

《民法典》背景下监护人责任的解释论

于 飞*

内容提要：《民法典》第 1188 条几乎完全沿袭了《侵权责任法》第 32 条，也因此沿袭了后者的缺陷，因此应当在《民法典》施行背景下通过妥当的解释论发展第 1188 条。被监护人应依行为时识别能力之有无，来确定是否应当自己承担责任。监护人应对被监护人致人损害的行为承担过错推定责任。以上两种责任若同时发生，则产生连带责任。以上两种责任若均不发生，则可通过公平分担损失规则解决损害分散问题。

关键词：《民法典》第 1188 条 监护人责任 被监护人责任 公平分担损失

一、问题的提出

《民法典》第 1188 条规定如下：

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。

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。

以上规则源自《侵权责任法》第 32 条，几乎是完全沿袭。^{〔1〕}《侵权责任法》第 32 条又是整体沿袭《民法通则》第 133 条。^{〔2〕}这种立法上的一以贯之，意味着解释上的一脉相承。对我国监

* 于飞，中国政法大学民商经济法学院教授。

本文为国家社会科学基金重点项目“法学方法论视角下民法基本原则的司法适用研究”（17AFX019）的阶段性成果。

〔1〕《民法典》第 1188 条较之《侵权责任法》第 32 条，变动之处有二：其一，将第一款第二句的“监护责任”改为“监护职责”；其二，将第二款第二分句之前的“。”改为“；”。以上变动并不带来实质意义的变化，因此几乎是完全沿袭。

〔2〕《侵权责任法》第 32 条与《民法通则》第 133 条之间的整体沿袭与具体不同，可参见薛军：《侵权责任法对监护人责任制度的发展》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2011 年第 6 期。

护人责任制度，传统解释论采“平行关系说”：被监护人造成他人损害，若其没有财产的，则适用第1款规定，由监护人承担赔偿责任；若被监护人有财产，则适用第2款规定，从其财产中支付赔偿费用，不足部分由监护人承担。^{〔3〕}该说有努力实现被害人、监护人、被监护人三者利益衡平的目的。

这种沿袭固然可以保障立法与司法的稳定性，但也会将以往立法的缺陷承受下来：

第一，第1款被监护人的责任设置不当。无民事行为能力人、限制民事行为能力人侵权时，并非一概可以免责，而是应当根据其本人具体的识别能力而定。识别能力系辨别是非利害的能力，即认识到其行为为法律所不容许的能力。^{〔4〕}在加害人有辨别行为对错能力的前提下，明知行为错误而为之，当然应对自己行为的后果负责。我国《民法典》第17条规定，18周岁以上的自然人为完全行为能力人。依常识可知，18岁之前的未成年人——尤其是限制行为能力人——完全可能有识别能力。知错而为者不負責任，有违自己责任原则。

第二，第1款监护人的责任就其文字表述而言更接近无过错责任，我国通说也做如此解释。^{〔5〕}但该无过错责任与其减轻责任事由之间存在矛盾。比照其他无过错责任，如环境污染责任、高度危险责任等即可知，无过错责任中加害人没有过错不应对归责与赔偿有影响。在监护人责任中，却发生了监护人无过错会减轻责任的现象，此系体系违反。立法机关释义书就此认为：“监护人的责任不能简单地将其归为无过错责任或者过错推定责任”，“如果能够证明其尽到了监护责任的，可以减轻其侵权责任。”^{〔6〕}但这样一来，会导致监护人责任在归责类型上无法归属，从而使其缺乏理论支撑。

第三，第2款中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人对外承担侵权责任的唯一原因，是其“有财产”。这违反任何一种侵权法上的归责理由。侵权法上根本的归责理由有过错（过错责任）、危险（危险责任）、控制力（替代责任）、公平（所谓“公平责任”）等，^{〔7〕}但不包括“有财产”。因“有财产”而需承担“财富产生债务之恶果”^{〔8〕}，“其是否承担责任以及责任大小取决于其有无财产以及财产多少”^{〔9〕}，此种责任分配方式缺乏正当性和说服力。在一般侵权中，无过错的完全民事行为能力人尚且不必承担责任，而无识别能力的未成年人却仅因其有财产就要

〔3〕 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2013年版，第178-179页；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221页；《〈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237-240页；王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第528-530页；王利明：《侵权责任法研究》（下卷），中国人民大学出版社2018年版，第29-33页；张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2016年版，第133-134页；杨立新：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文释解与司法适用》，人民法院出版社2010年版，第191页。

〔4〕 关于识别能力与责任能力，请参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2016年版，第313-315页。

〔5〕 参见前引〔3〕，王利明书，第41页；前引〔3〕，张新宝书，第134页；高圣平主编：《中华人民共和国侵权责任法——立法争点、立法例及经典案例》，北京大学出版社2010年版，第396页。

〔6〕 前引〔3〕，王胜明主编书，第178-179页。

〔7〕 参见陈啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第110-111页。但“公平”似不应作为一种归责事由，因为所谓“公平责任”中实际上没有责任，也就谈不到“归责”。

〔8〕 曹险峰：《侵权责任法总则的解释论研究》，社会科学文献出版社2011年版，第162页。

〔9〕 前引〔3〕，张新宝书，第140页。

在其个人财产中优先赔偿，两相比较，显失比例。^{〔10〕}而且，此种责任可能“使得未成年人长期负担债务，致影响生计，未来生涯规划（包括结婚、就业），而妨碍其人格发展”^{〔11〕}。《宪法》第49条规定“儿童受国家保护”，《未成年人保护法》第3条规定“国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护”，然而此处，应受特殊保护的未成年人却承担了比成年人更苛刻的责任，这种反常对待难以正当化，并有违《宪法》《未成年人保护法》之精神。

第四，第2款中，有财产的被监护人赔偿后，“不足部分，由监护人赔偿”，这意味着监护人须承担补充责任。^{〔12〕}此时会发生两个问题：其一，被监护人有充足的财产实际上成了监护人无过错责任的免责事由，但这种免责事由构成显然缺乏法理支撑。其二，该款文义实际上要求受害人先对被监护人申请强制执行，执行完毕未获完全清偿才能明确存在“不足”，然后才能向监护人要求承担补充责任。这样会导致救济上的迟延。对受害人而言，多了一个有能力的赔偿主体（被监护人有个人财产）应当是一个获得救济上的有利因素，但在本条第2款的设计下，被监护人有个人财产反而成了一个可能导致救济迟延的不利因素。

以上问题，在《民法典》编纂之前已多有学者讨论，并在《侵权责任法》第32条的解释论上形成了不同于传统解释方法的“一般与例外关系说”、^{〔13〕}“内部与外部关系说”、^{〔14〕}“一般与补充关系说”^{〔15〕}等学说，更有批评者直接主张以“立法论”路径解决问题。^{〔16〕}本来在《民法典》编纂中最适宜以立法手段去解决问题，但从《民法典》第1188条对《侵权责任法》第32条的沿袭来看，这一愿望实际上落空了。在《民法典》新的规则体系中，如何发展我国监护人责任的妥当解释论，是当下需要认真讨论的课题。

本文依以下次序展开。首先讨论第1188条第1款上的被监护人责任，其次讨论第1款上的监护人责任，再次展开第2款的妥当解释，最后在结论中对第1188条各种适用情形进行总结。

此处还须有一个必要的限定。我国实行的是广义的监护人制度，包括未成年人的监护制度和成年精神障碍者的监护制度。本文为讨论方便，将以未成年人监护人责任为主体来展开，但所获得的结论原则上对成年精神障碍者的监护人责任亦可适用。^{〔17〕}

〔10〕 参见前引〔7〕，程啸书，第433页。

〔11〕 参见〔4〕，王泽鉴书，第464页。

〔12〕 对第2款上监护人负补充责任的认识，参见前引〔3〕，杨立新书，第191页。

〔13〕 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》，载《华东政法大学学报》2010年第3期。

〔14〕 参见金可可、胡坚明：《不完全行为能力人侵权责任构成之检讨》，载《法学研究》2012年第5期；陈帮峰：《论监护人责任〈侵权责任法〉第32条的破解》，载《中外法学》2011年第1期。

〔15〕 参见朱广新：《被监护人致人损害的侵权责任配置——〈侵权责任法〉第32条的体系解释》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2011年第6期。

〔16〕 参见杨代雄：《重思民事责任能力与民事行为能力之关系——兼评我国〈侵权责任法〉第32条》，载《法学论坛》2012年第2期；胡雪梅：《我国未成年人侵权责任承担制度之合理构建》，载《法学》2010年第11期；郑晓剑：《侵权责任能力与监护人责任规则之适用》，载《法学》2015年第6期。

〔17〕 有学者认为，应当区分未成年人和精神病人这两类不同的被监护人并进行分别规定，未成年人再做无行为能力人及限制行为能力人的区分。具体来说，无行为能力人造成他人损害，监护人承担无过错责任，但尽到监护职责的可以减轻责任；限制行为能力人造成他人损害，监护人承担过错推定责任；精神病人致人损害更趋近于危险责任，故无论其属于无行为能力或限制行为能力，监护人一律承担无过错责任。（参见前引〔7〕，程啸书，第433-434页。）以上分析有一定道理。本文认为，区分的核心实际上仍然是识别能力，故在建立识别能力制度的基础上，各类情形可以在同一标准下考虑。

二、被监护人的侵权责任

（一）依识别能力（责任能力）确定被监护人的责任

侵权法最根本的归责理由是过错。有识别其行为是非对错之能力者，在能尽而未尽必要注意的情况下，须对因此产生的损害负责。抽象地看，在对与错两条可选择的路之间，知道何者为对且有选择为对者却选择为错，自然要对自己的自决行为承担责任，这符合道德哲学。^[18] 以上说明，识别能力是过错的基础，这种识别能力也即责任能力。

我们可以做一个比较法上的观察。《德国民法典》第828条规定：“（1）未满七岁之人，就其所加于他人之损害，不负责任。（2）满七岁但未满十岁之人，就其于动力车辆、轨道电车或空中缆车之事故所加于他人之损害，不负责任。但故意造成侵害者，不适用之。（3）未满十八岁且其责任未经依第一款或第二款规定排除之人，在为加害行为时，未具识别其责任所必要之能力者，就其所加于他人之损害，不负责任。”^[19] 该条第1款将7岁以下未成年人一律确定为无责任能力，等于免除了7岁以下未成年人在个案中证明自己无识别能力的举证责任。这意味着，未满7周岁之人自始即不在侵权行为人之列，因此自始不受归责能力上的审查，就此而论，选择一个较低的年龄界限，具有信服力。第2款系德国《第二次损害赔偿法修正法》所新设之规定，意在将机动车辆、轨道电车或空中缆车致人损害中，将不受责任能力审查的年龄界限放宽到10周岁，当然故意致损的除外。据发育心理学提供的可靠认识，儿童通常只有在满10周岁之后，始能够认识到机动化道路交通之特别危险，并且做出相应的行为，特别是正确地估计距离和速度。^[20] 而在第1、2款情形之外，未满18周岁的行为人须依第3款之规定，于个案中具体地判断责任能力之有无，在此原则上推定加害人具有责任能力，加害人须对判断能力缺失的情况负举证责任。^[21]

《日本民法典》第712条规定：“未成年人对他人施加损害的情形，不具备足以辨识自己行为责任的智力时，对其行为不负赔偿责任。”^[22] 该条与《德国民法典》第828条的显然不同在于，其对所有未成年人一律在个案中判断是否“具备辨识自己行为责任的智力”。“责任能力不是一律单以年龄决定的，必须考虑行为的种类、该少年的成熟程度等多方面的情况。”^[23] 与日本民法相类似，我国台湾地区“民法”第187条第1款规定：“无行为能力人或限制行为能力人，不法侵害他人之权利者，以行为时有识别能力为限，与其法定代理人连带负损害赔偿责任。行为时无识别能力者，由其法定代理人负损害赔偿责任。”不设绝对无识别能力制度，对不具备完全行为能力人一律采取个案认定。^[24]

相较而言，德国立法模式更显合理。一个较低的年龄界限之下的未成年人不具备识别能力，

[18] 参见前引[4]，王泽鉴书，第12-13页。

[19] 《德国民法典》，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译，北京大学出版社2017年版，第735页。

[20] 参见杜景林、卢谌：《德国民法典——全条文注释》，中国政法大学出版社2015年版，第673-674页。

[21] 参见〔德〕马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第88-89页。

[22] 《日本民法典》，刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译，中国法制出版社2018年版，第174页。

[23] 于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社2015年版，第143页。

[24] 参见前引[4]，王泽鉴书，第313页。

这符合经验常识。王泽鉴教授还特别指出，不设绝对无识别能力，而就个案具体决之的做法，固具弹性，但有法律适用安定性上的隐忧。^[25] 因此，在一个较低年龄下设置绝对无识别能力的模式，有利于未成年人保护、司法效率及法律适用的安定性，堪称是更好的制度安排。

我国《民法典》第 1188 条实际上是一概免除了无行为能力人、限制行为能力人的侵权责任，在法律效果上等于将年满 18 周岁这一完全民事行为能力标准，作为具备责任能力的标准对待。较之德国民法 7 周岁以上即可能承担侵权责任，显然标准过高。从法理上讲，将行为能力等同于责任能力，无法自洽。行为能力是意思表示能力，要求对交易的性质、过程、结果有能力进行一定的判断和预见，因此标准较高。而责任能力是判断行为是非对错的识别能力。儿童纵然对复杂的市场交易缺乏判断能力，但达到一定年龄后就应当已经知道打人是错误的、毁人物品是错误的，此时就具备了行为是非对错的识别能力，也就应对自己的错误行为负责。以年满 18 周岁作为我国实质上的具备责任能力的标准，既脱离实际，也有违法理。

（二）我国被监护人侵权责任的重构

1. 广义的行为能力

我国立法上并无识别能力或责任能力概念，从《民法通则》到《侵权责任法》、再到《民法典》均没有，这是重构的困难之处。立法机关释义书曾指出：“在侵权责任法起草过程中，有的意见建议根据行为人的年龄，增加行为人责任能力的规定。本法对此没有作出规定。因为如果规定责任能力，就涉及没有责任能力的行为人造成他人损害的，监护人是否需要承担责任。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。”^[26] 该观点似乎认为如果考虑了被监护人的责任问题，就意味着监护人的免责。以上存在误解。被监护人责任与监护人责任是两项责任，前者基于被监护人自己的侵权行为产生，后者基于监护人未尽监护职责产生，两者相互独立。即使被监护人因没有责任能力不负侵权责任，监护人也完全可能因未尽监护职责而产生监护责任。我国不规定责任能力，只是硬性地将被监护人的责任免除了而已，这种方式对监护人责任是否产生没有影响，也不会因此提高对受害人的保护水平。

在我国制定法上没有责任能力或识别能力概念的前提下，本文认为可以借用“广义行为能力”概念。王泽鉴教授指出：“侵权行为能力属于广义行为能力，与法律行为能力（狭义的行为能力）原则上均以识别能力（意思能力）为判断标准。”^[27] 当然，侵权行为能力（责任能力）与法律行为能力有重大区别，^[28] 前文亦有所述，但两者都源于行为人的心智能力，具有同源性。在中国法缺乏责任能力概念之时，这种同源性就使得我们可以将行为能力与责任能力适当勾连起来，弥补我国制定法上的制度欠缺。^[29]

具体可效仿《德国民法典》第 828 条区分对待的方式。《德国民法典》第 104 条规定 7 周岁

[25] 参见前引 [4]，王泽鉴书，第 458 页。

[26] 前引 [3]，王胜明主编书，第 180 页。

[27] 前引 [4]，王泽鉴书，第 313 页。

[28] 参见刘保玉、秦伟：《论自然人的民事责任能力》，载《法学研究》2001 年第 2 期；尹田：《自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析》，载《河南省政法管理干部学院学报》2001 年第 6 期。

[29] 比较法上将责任能力与行为能力相勾连的立法例，可参见《意大利民法典》第 2046、2047 条。（参见《意大利民法典》，费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 510 页。）

以下的自然人无行为能力，^{〔30〕}该年龄限制与第828条第1款上绝对无识别能力的年龄限制相同。我国《民法典》第20条规定不满8周岁的未成年人为无民事行为能力人。在解释论上，我们可以参照《德国民法典》的方式，将我国8周岁以下的无行为能力人视为无责任能力，一律免除侵权责任。8周岁以上的限制行为能力人参照《德国民法典》第828条第3款，在个案中判断行为人识别能力之有无。

具体判断标准可以借鉴比较法上的通说，福克斯指出，责任能力“只要求对一般危险或一般损失的认识能力，以及能够一般地理解到自己的行为可能以某种方式产生责任”^{〔31〕}。王泽鉴教授认为，识别能力“系认识其行为的不法或危险，并认知应就其行为负责的能力”^{〔32〕}。因此，只要行为人能够认识到自己的行为具有某种危险，并认知自己须承受相关不利后果，即为已足。同时，责任能力并不要求行为人具有基于前述认识而采取相应行为的能力，^{〔33〕}而是只要求达到有认识的程度即可。

2. 与过错责任相结合

未成年人对自己的侵权行为承担责任，这是一般过错责任的问题。该责任的产生基础或者说受害人的请求权基础不在《民法典》第1188条，而在《民法典》第1165条第1款（源于《侵权责任法》第6条第1款），即过错责任一般条款。^{〔34〕}

因此，在解释《民法典》第1188条第1款第1句“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任”时，应当认为，在本章“责任主体的特殊规定”的标题之下，该句意图解决的仅仅是监护人责任问题，并不直接涉及被监护人的侵权责任。因为被监护人对自己的侵权行为承担责任，是侵权法的一般情形或一般规定；监护人对他人行为负责才属于一个“责任主体的特殊规定”。故被监护人侵权责任在第1188条第1款第1句中未被提及，但不等于不存在。故应当将“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的”这一分句，与《民法典》第1165条第1款过错责任一般条款相结合而为判断。也即，行为能力不足者致人损害的，首先应当判断其是否有责任能力；8周岁以下无责任能力，8周岁以上须在个案中具体判断。有识别能力的，则依《民法典》第1165条第1款检验其是否满足一般侵权行为诸要件，即加害行为、损害、因果关系、过错等，一旦满足则行为能力不足者须自己承担责任。

三、监护人的侵权责任

（一）责任性质：无过错责任抑或过错推定责任

受立法表述影响，我国学说上一般认为监护人责任是无过错责任。^{〔35〕}但持过错推定说者也

〔30〕 参见前引〔19〕，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书，第86页。

〔31〕 前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第88页。

〔32〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第458页。

〔33〕 参见前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第88页；前引〔4〕，王泽鉴书，第458页。

〔34〕 此种解释方法，可参见前引〔14〕，金可可、胡坚明文。

〔35〕 参见前引〔3〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第221页；前引〔3〕，王利明书，第31-32页；前引〔3〕，张新宝书，第134页。

不乏其人，杨立新教授认为：“确定监护人责任，适用过错推定责任原则归责，即从加害行为人致人损害的事实中，推定其监护人有疏于监护的过失。监护人认为自己无过错，实行举证责任倒置，即监护人可以举证证明自己无过错。不能证明自己无过错的，监护人应当承担侵权替代责任。”〔36〕

从比较法上看，过错推定的立法例居绝大多数。如《德国民法典》第 832 条第 1 款规定：“对于因未成年，或因其精神上或状态，而须监督之人，依法负有监督义务者，就该人不法加于第三人之损害，负赔偿义务。监督义务人已尽监督之能事，或纵加以相当之监督仍将发生损害者，不生赔偿义务。”〔37〕福克斯指出：“出现了需要监管的人违法地作出侵权行为的情况时，则应推定监管义务人违反了监管义务，并推定违反义务与损害之间存在因果关系。”〔38〕可见，《德国民法典》第 823 条第 1 款上不仅推定过错，还推定因果关系。《日本民法典》第 714 条第 1 款规定：“依前两条的规定：无责任能力人不负责任的情形，对该无责任能力人负法定监督义务的人，赔偿该无责任能力人对第三人损害。但是，监督义务人未怠于履行其义务，或者即使怠于履行其义务损害仍会发生时，不在此限。”〔39〕而“没有懈怠监督义务的证明责任在监督者。存在这种无能力人的违法的加害行为，视为监督者的监督不充分，这是为求得监督者对此进行反驳。”〔40〕我国台湾地区“民法”第 187 条第 2 款规定，前项情形，法定代理人如其监督并未疏懈，或纵加以相当之监督，而仍不免发生损害者，不负赔偿责任。王泽鉴教授指出此为推定过失责任，并分析其原因认为“‘民法’对法定代理人之所以采推定过失责任，系以监督法定代表人与行为人间之内部事项，属于法定代理人支配的领域，应由其就监督并未疏懈负举证责任，较为合理，以保护被害人。”〔41〕此外，比利时、希腊、卢森堡、意大利、俄罗斯等国都规定了监护人的过错推定责任。〔42〕

无过错责任的立法例极罕见。《法国民法典》虽在规则上采过错推定责任，但在 1997 年 Bertrand c/Domingues 一案中，法院指出“唯有不可抗力或被害人与有过错，始得免除让-克劳德·伯特兰（Jean-Claude Bertrand）与其同居之未成年儿子所造成损害之当然责任”，于是，法国监护人责任从法典上的过错推定责任，发展成为以不可抗力及受害人过错为免责事由的无过错责任。〔43〕

本文认为，将监护人责任界定为过错推定责任更妥当，理由如下：

1. 监护人责任的制度设计，应当有利于督促监护人对被监护人克尽教育、管理的职责。若承担无过错责任，等于说监护人是否尽到监护之教育管理职责在责任归属上是没有意义的，这显

〔36〕 前引〔3〕，杨立新书，第 182 页。类似观点参见张民安、梅伟：《侵权法》，中山大学出版社 2008 年版，第 151 页。

〔37〕 前引〔19〕，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书，第 737 页。

〔38〕 前引〔21〕，马克西米利安·福克斯书，第 180 页。

〔39〕 前引〔22〕，刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译书，第 174 - 175 页。

〔40〕 前引〔23〕，于敏书，第 148 页。

〔41〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第 467 - 468 页。

〔42〕 参见前引〔7〕，程啸书，第 429 - 430 页；〔德〕克里斯蒂安·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 190 页。

〔43〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第 488 - 490 页。

然不利于督促监护人提高注意和勤勉程度。

2. 在无过错责任条件下, 责任人已经无法通过主观上提高注意的途径来减少危险, 若仍欲降低责任发生概率, 就唯有从客观上减少未成年人的活动上着手。这必然影响未成年人的健康成长。

3. 养育子女并非高危作业, 子女也并非社会发展不得不容忍的一种危险源。“如果父母没有过错而规定他们应负的责任, 这就会把子女和高度危险的来源可笑地混同起来。”〔44〕

比较而言, 监护人责任与另一种替代责任即雇主责任有很大区别。雇主责任应采无过错责任的原因, 在于雇主利用雇员扩大活动范围, 享受因之获得的利益, 亦应承受因此产生的损害; 同时, 雇主通常为企业, 能够以较小成本预防损害发生, 并能通过价格机制及保险来分散损害。〔45〕而监护人并非借助未成年人扩大其活动范围, 也未从中获取利益, 同时监护人也不是企业, 不具有商业上分散损害的手段。替代责任仅意味着一个主体代替另一个主体承担责任, 行为主体与责任主体分离, 并不意味着其归责原则一定是无过错责任。若将监护人责任与另一种无过错责任即危险责任相比较, 差异更显著。正如王泽鉴教授指出的: “无过失责任的依据系持有危险物品或从事危险活动而获有利益者, 应承担其危险所致损害的责任。未成年子女是否为一种危险, 容有争议, 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。”〔46〕

综上, 将监护人责任设定为一种过错推定责任, 既侧重保护了受害人, 也没有沦为一种无原则的保护, 而是保留了监护人举证证明自己确实尽到了监护职责而免责的机会, 从而有利于督促监护人恪尽职守, 也有利于未成年人的成长。以上设计利益机制似更均衡。

如何在解释上产生过错推定责任? 可以将第 1188 条第 1 款第 1 句后段与同款第 2 句前段相结合, 即“由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的”, 虽然第 1 句后段没有提及监护人承担侵权责任要有过错, 但既然第 2 句前段提及监护人尽到监护职责(无过错), 可以推知过错有归责上的意义。而且, 监护人当然须对自己尽到监护职责负举证责任, 既然当事人须证明自己无过错, 这就符合了过错推定责任的构成方式。

(二) “监护人尽到监护职责的, 可以减轻其侵权责任”的合理解释

在监护人无责任的同时, 如果被监护人也因无责任能力而免责, 会导致受害人自担损害, 可能出现过于不公平的后果。比较法上, 德国、奥地利、希腊、意大利、葡萄牙、瑞士、比利时等立法例, 均就此设有衡平责任, 但以上衡平责任系发生在行为人(被监护人)与受害人之间, 并不及于监护人。我国台湾地区“民法”第 187 条第 3 款将法定代理人也纳入衡平责任之中, 理由为“无行为能力人或限制行为能力人之经济状况, 在目前社会殊少有能力足以赔偿被害人之损害。苟仅斟酌行为人之经济状况, 而不及其法定代理人, 则本条项立法之目的, 实难达到。为期

〔44〕〔苏〕O. C. 约菲:《损害赔偿的债》, 中央政法干部学校翻译室译, 法律出版社 1956 年版, 第 53 页。转引自前引〔7〕, 程啸书, 第 430 页, 脚注 5。

〔45〕参见前引〔4〕, 王泽鉴书, 第 499 页。

〔46〕前引〔4〕, 王泽鉴书, 第 492 页。

更周延保障被害人之权利，第3项爰予修正，增列‘法定代理人’，其经济状况亦为法院得斟酌并令负担损害赔偿之对象”〔47〕。以上法律发展，符合社会现实情况，值得肯定。因此，“可以减轻其侵权责任”一句，可以解释为监护人能够证明自己无过错不承担责任之时，法官可以根据个案情况，运用公平分担损失规则令监护人适当地补偿受害人损失。

应当指出，《民法典》上的公平分担损失规则已经发生了很大变化。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。”与《侵权责任法》第24条相比，该条增加了“依照法律的规定”，这一调整非常关键。在调整之前，《侵权责任法》第24条是完全法条，可以独立地作为法官的裁判依据，但也受到很多批评。〔48〕在增加“依照法律的规定”之后，第1186条变成了不完全法条中的引用性法条，必须援引法律另有明文之规定，才能据以裁判并发生“双方分担损失”的法律后果。在经过前述解释论作业后，《民法典》第1188条第1款第2句“监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任”，就成为了一个第1186条所指的“法律的规定”，可以在监护人无过错不承担责任时发生公平分担损失。

如此制度设计，已经与传统解释有了很大差别。传统解释中，监护人是无过错责任，在其举证证明自己已尽到监护职责的情况下也不能免责，仅能减轻责任，被称为“严格责任的衡平化”。〔49〕但是，前文已述，无过错责任中加害人实际上的无过错，并不应当影响归责和赔偿，故这里本身就存在问题。而在本文所述的解释构造下，监护人是过错推定责任，其举证证明自己尽到监护职责（无过错）时，监护人原则上无责任，仅在结果严重不公平之时，才发生公平分担损失。尤其值得注意的是，公平分担损失规则并非当然适用，而是需要法官在个案中根据双方经济地位等情事，具体判断是否出现了严重的结果不公平，故监护人仍有完全免责的机会。而且，将“可以减轻其侵权责任”一句解释为无过错的监护人需要进行适当公平补偿，也有机会根据实际情况获得更大比例的实质性责任减轻。

在解释论上还有两点要指出。其一，综合前述，我们对第1188条第1款第2句前段“监护人尽到监护职责的”进行了两次利用。第一次是确定监护人的过错推定责任时，该句被解释为过错推定的标识；第二次是此处确定监护人公平分担损失时，用以满足公平分担损失规则中“受害人和行为人对损害的发生都没有过错”之要件。其二，第1188条第1款第2句后段中“侵权责任”的用语，实际上与公平分担损失的性质不符。因为公平分担损失规则所产生的不是责任，而是“补偿”。但正如王泽鉴教授对我国台湾地区“民法”第187条第3款衡平责任中“损害赔偿”这一用语所解释的：“第187条第3项，虽仍用损害赔偿字样，惟其性质，已迥异其趣。”〔50〕《民法典》第1188条第1款第2句后段中的“侵权责任”，也可做同样理解。

〔47〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第476-477页。

〔48〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（6），中国政法大学出版社1998年版，第293页；前引〔7〕，程啸书，第134页。

〔49〕 参见前引〔3〕，王利明书，第49页；前引〔3〕，张新宝书，第141页。

〔50〕 前引〔4〕，王泽鉴书，第478页。

四、《民法典》第1188条第2款的解释——被监护人公平分担损失

（一）被监护人公平分担损失

之前解释围绕着《民法典》第1188条第1款展开，使得被监护人、监护人各自产生责任。既然被监护人、监护人的责任问题都已解决，此时该条第2款存在的意义是什么。

实际上，第1款尚且遗留一个问题没有回答。即，若被监护人因没有责任能力而无责任，监护人也因无过错而无责任，且监护人没有财产，导致第1款中针对监护人的公平分担损失无法发挥作用，此时若受害人得不到补偿而产生严重不公平，该当如何？

如前所述，德国、奥地利、希腊、意大利、葡萄牙、瑞士、比利时等立法例中，均设有行为人即被监护人的衡平责任，这是更常见的比较法通例。我国台湾地区“民法”第187条第3款原来也仅规定了被监护人对受害人的衡平责任，后在1999年债法修订时，为加强对受害人保护，增列了“行为人的法定代理人”的衡平责任。^[51]故，被监护人对受害人的衡平责任，实为此处公平分担损失的基础规则，不应缺少。

因此，我们可以将《民法典》第1188条第2款第1句“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”，解释为被监护人的公平分担损失规定。此时，第1188条第2款第1句亦构成一个第1186条所指的“法律的规定”。以上理解有以下四点益处：

1. 使监护人责任制度趋于完整。经以上解释，被监护人的过错责任（《民法典》第1188条第1款第1句前段“无民事行为能力人、限制行为能力人造成他人损害的”）、监护人的过错推定责任（《民法典》第1188条第1款第1句后段、第1款第2句前段“由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的”）、监护人的公平分担损失（《民法典》第1188条第1款第2句“监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任”）、被监护人的公平分担损失（《民法典》第1188条第2款第1句“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”）都已具备。

2. 无民事行为能力人亦无责任能力，即使有财产也本不应承担责任，为何在第2款中会支付赔偿费用？在公平分担损失规则之下，这一点能得到很好的解释。无民事行为能力人仅意味着其因无责任能力而没有过错，但此时仍然可能满足第1186条中“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的”这一公平分担损失的前提，故在第1188条第2款第1句构成一个法律另有明文规定的情况下，法官可以基于个案情形，尤其是双方当事人的经济状况而判决公平分担损失。

3. 第2款中为何会基于财产产生责任？这一点在公平分担损失下也解释得很妥当。公平分担损失所考虑的重要情事就是双方的经济状态，第2款中行为能力不足者是否“有财产”这一立法上表述，正是在考虑加害人的经济状况。

[51] 参见前引[4]，王泽鉴书，第477页。王泽鉴教授称被监护人的法定代理人的衡平责任是台湾地区“民法”特有的制度。

4. 公平分担损失不是民事责任，并非一种法律上的否定性评价，而是一种损失分担方法，具有损害分散和社会保障的意义。第 2 款第 1 句从本人财产中“支付赔偿费用”，这里是“支付费用”而非“承担赔偿责任”，恰与公平分担损失的非责任之性质相契合。

（二）《民法典》第 1188 条第 2 款第 2 句“不足部分，由监护人赔偿”的解释

若《民法典》第 1188 条第 2 款第 1 句是被监护人公平分担损失的表述，则后面的第 2 句“不足部分，由监护人赔偿”有何意义？

事实上，被监护人公平分担损失获得适用意味着被监护人的过错责任、监护人的过错推定责任都已经无法获得适用了。此时再要分散损害，只能从被监护人公平分担损失、监护人公平分担损失上去考虑。此时的问题是，两种公平分担损失之间，有无一定次序。

本文认为，即使在公平分担损失方面，行为人（被监护人）也应居于更基础的地位。行为人的行为导致了损害发生，作为损害发生的原因，其更有理由进行优先补偿。而且如前所述，多数立法例仅规定了行为人的衡平责任；我国台湾地区“民法”第 187 条第 3 款原本也只规定了行为人的衡平责任，法定代理人的衡平责任系后来增列。可见比较法上也是把衡平责任的重点放在行为人身。因此，在解释上，应认为被监护人、监护人公平分担损失之补偿同时产生时，被监护人应当优先进行补偿，第 1188 条第 2 款第 2 句“不足部分，由监护人赔偿”，即意在表现这种先后次序。

五、结 论

这里对《民法典》第 1188 条监护人责任适用中的各种可能情形进行一个总结：

1. 被监护人为无行为能力人。此时，被监护人无责任能力，不产生责任。

接下来考虑监护人的责任情况。

（1）监护人不能证明自己无过错。此时由监护人单独承担责任。

（2）监护人能够证明自己无过错。此时监护人也不承担侵权责任。

接下来考虑公平分担损失的情形。法官可以根据个案具体情事，判断此时损害不转移是否构成一种严重的不公平。若构成，则法官可将损害在被监护人、监护人、受害人之间进行适当分担。被监护人、监护人方分担的损失，应当优先由被监护人进行补偿。

2. 被监护人为限制行为能力人

（1）限制行为能力人在个案中无识别能力。此时实际上与前述无行为能力人情形没有区别，不赘。

（2）限制行为能力人在个案中有识别能力。限制行为能力人有责任能力并且满足一般过错责任的构成要件的，须自己承担责任。但在此时，监护人是否尽到监护职责及是否产生监护责任，仍是一个独立问题，需要单独判断。

第一，监护人尽到监护职责，即无过错的，监护人无责任。仅被监护人单独负责。

第二，监护人未尽监护职责，即有过错的，监护人产生监护责任。

当同时发生被监护人责任与监护人责任之时，产生两者之间的关系问题。以上两个责任均以赔偿受害人全部损害为目的，若依一定标准发生按份责任，会产生有两个责任人反不如只有一个责任人对受害人有利的悖理情况。此时，应参考我国台湾地区“民法”第187条第1款之规定，成立被监护人与监护人之间的连带责任。^{〔52〕}

若被监护人有识别能力但无过错，且监护人尽到监护职责而无过错，则依旧考虑用公平分担损失规则解决问题，此时与无民事行为能力人情形相同，不赘。

Abstract: Article 1188 of the Civil Code almost completely follows Article 32 of the Tort Liability Law, therefore, it also follows the defects of the latter. The interpretation of Article 1188 should be properly developed under the background of the Civil Code. Whether the wards should bear the responsibility based on that whether it has the ability of identification on the time of behavior. The guardian should assume the liability of the presumption of fault for the act of damage caused by the wards. If the above two kinds of liability occur at the same time, they will produce joint and several liability. If the above two kinds of liability do not occur, the problem of dispersion of damage can be solved by the rule of equitable sharing of losses.

Key Words: article 1188 of Civil Code, guardian's responsibility, wards' responsibility, equitable sharing of losses

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

〔52〕 参见前引〔4〕，王泽鉴书，第468-475页。