

# 未成年人监护的责任减轻规则

——以《侵权责任法》第32条第1款后段为中心的讨论

## On the Mitigation Rule of Guardian Responsibility for the Infringements by Minor: Centre on the Second Part of Article 32.1 in Chinese Tort Liability Law

刘敏

LIU Min

**【摘要】** 未成年致人损害，监护人是否承担责任以及如何承担责任，涉及多方利益的分配。我国《侵权责任法》第32条确立了监护人的无过错责任，由此带来了监护人责任过重的问题。为缓解监护人过于沉重的负担，应充分发挥《侵权责任法》第32条第1款后段所确立“责任减轻规则”的减震功能。对于“尽了监护职责”，宜解释为“履行了监督义务”。在判断监护人是否履行监护义务时，应结合监护人的具体类型加以判定。父母担任监护人的，履行监督义务应具有可能性和必要性，如其已经采取通常情况下理性人会采取的措施，可以认定其尽了监护职责。父母以外的自然人或组织机构担任监护人的，对其履行监督义务之判断，当采较父母更为宽松的标准。

**【关键词】** 未成年人 监护责任 监督义务 减轻规则

**【中图分类号】** DF526 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)06-0075-10

**Abstract:** It involves the distribution of multi-stakeholder, when a minor infringement. In this case, we need to determine whether a guardian take responsibility, and how to take responsibility. Article 32 in Chinese Tort Liability Law regulates the liability without fault of the wards for the injured, which result the heavy burden on guardian. To ease the burden on guardians, we should give full play the damping function of the second part of the Article 32.1 of Tort Liability Law. For the understanding of the fulfillment the duty of guardianship, we should interpret it as the guardian having fulfilled the obligation of supervision. In judging whether a guardian has fulfilled his obligation, it should be determined by the consideration of the guardian type. If the guardian is the parents, we can account that they have fulfilled their obligation of the supervision when they take the measures a reasonable person would take under normal circumstances. If a natural person or organization other than his parents as guardian, we should adopt more relaxed standard compared to the parents.

**Key words:** Minor Guardian responsibility Obligation of supervision The mitigation rule

**【收稿日期】** 2016-09-09

**【作者简介】** 刘敏，男，1982年2月生，湖南科技大学法学院讲师，法学博士，研究方向为亲属法。

## 一、问题的提出

未成年人致人损害,系未成年人进行社会活动的伴生物。如何分担此项活动所带来的风险,涉及受害人、未成年人及其监护人三方主体的利益。就监护人对未成年致人损害的责任承担,各国的立法设计存在明显的不同。我国《侵权责任法》沿袭了《民法通则》第133条的设计思路,其第32条第1款规定:“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。监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任”。<sup>①</sup>围绕该款规定,学界就责任主体、归责原则、举证等问题展开讨论。目前较为一致的看法是,该条的责任主体为监护人,归责原则为无过错责任。<sup>②</sup>从规范的设置目的看,该款规定偏重于对受害人的救济,由此强化作为监护人的责任。

针对《侵权责任法》第32条所确立的归责原则,已有学者提出了批评,认为该条“客观上放松了对被监护人自律的要求”<sup>[6]</sup>、“不利于未成年之成长与保护”<sup>[7]</sup>。然而,少有人关注监护人利益的保护问题。在制度设计上,《侵权责任法》第32条第1款因追求对受害人及未成年人的保护,存在过度牺牲监护人利益的弊端。监护人在三方利益的立法衡量格局中,其利益处于弱保护的状态,由此引发了监护人利益是否应予保护以及如何保护的问题。审视《侵权责任法》第32条第1款的规范逻辑,该款前段之规定确立了监护人对未成年致人损害承担无过错责任的基调。后段则是对这一严苛基调的缓和。因此,合理地解释“监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任”,对于处于不利地位的监护人而言,具有重要的意义。

## 二、监护责任减轻规则的发展脉络

《侵权责任法》第32条第1款,系对《民法通则》第133条第1款的重复。我国《民法通则》第133条第1款规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任”。比照两者,细微的变化为:民事责任改为侵权责任,删除“适当”的表述。可以认为,除了表述上更加严谨外,《侵权责任法》第32条第1款并未从根本上改变《民法通则》第133条第1款所确立的规则。因此,探究《侵权责任法》第32条第1款后段的立法目的,就有必要回溯至《民法通则》及其制定之时的民法学说。

一种观点认为,《民法通则》第133条系效法1922年《苏俄民法典》第405条而来。<sup>[8]</sup>此种观点,是否妥当,值得商榷。据查,1922年《苏俄民法典》第405条规定:“无行为能力人对于其致之损害不负责任。负有监督义务之人应代为负责。未成年人于本法第9条所规定之情形所致之损害,其父母或监护人亦应与未成年人共同负责”。<sup>③</sup>苏联著名的民法学者坚金与不拉图斯在其编著的《苏维埃民法》是这样解读《苏俄民法典》第405条的:“应当指出,未成年人的责任根据和他的父母或保护人的责任根据不是一回事。当未成年人在造成损害的违法行为中有过错时,他才对损害负责。未成年人的父母或保护人在对未成年人进行监督中有过错时,才对损害负责。如果他们能够证明在他们的行为中没有过错,或是无行为能力人所造成的损害是他们所不能防止的时,就可以免除责任”。<sup>[9]</sup>结合苏联民法学者的论述,可以发现,《苏俄民法典》第405条系以

① 需要说明的是,《侵权责任法》第32条第1款后段,涉及未成年人监护与精神病人监护。二者虽同为对行为能力欠缺者的监护,但因监护对象存有较大的差异,监护人责任减轻规则的适用亦应有所不同。限于篇幅,本文仅分析前者。

② 关于《侵权责任法》第32条所确立监护人责任的性质及归责原则,我国学术界存在着过错推定与严格责任(无过错责任)、补充责任与替代责任的争论。<sup>[1-5]</sup>

③ 《苏俄民法典》第9条:“未成年人之满14岁者,得经法定代理人(父母、养父母、监护人、保佐人)之同意,为法律行为。有权独立支配其所得之工资,并对于因其行为所致于他人之损害负赔偿责任。”

过错责任为基础,它区分了两种未成年人致人损害的责任类型,不满14周岁的未成年人致人损害的,由其监护人承担责任;而满14周岁的未成年人,其致人损害的,与监护人承担连带责任。

《苏俄民法典》第405条及苏联民法学者的论述,曾为我国民法学界所接受。《民法通则》颁布实施前,在一本广为流传的民法教材中,编写者就认为应对未成年之人损害的责任承担进行区别化处理。对于无行为能力人,由其监护人赔偿;对于有部分行为能力人(已能认识和理解自己行为的性质和后果),并且已有独立经济收入的,承担连带责任。<sup>[10]</sup>然而,我国《民法通则》并未采纳《苏俄民法典》第405条所确立的模式,其第133条并未根据未成年人致人损害时的行为能力(识别能力)做具体化处理。与之相反,该条采取了一刀切的形式,对未成年人致人损害之违法行为,规定概由其监护人承担责任。就此而言,断言我国《民法通则》第133条系效法《苏俄民法典》第405条而来,是有失妥当的。

细读《民法通则》第133条与《苏俄民法典》第405条,当可发现,两者在监护人尽了监督职责的效果处理上,存有明显差异。按照苏联民法的规则,监护人尽了监督义务,或者是无行为能力人所造成的损害是他们所不能防止的,就可以免除责任。与之不同的是,中国法上,监护人虽然尽了监督义务,但是仍然不能构成其免除责任的理由,监护人唯得减轻其责任。此种归责,不妨称之为未成年人监护的责任减轻规则。《民法通则》颁布实施后,对于该规则,有学者认为:“监护人如果尽了监护职责,并无疏忽的过错,则应减轻他的民事责任。这样规定,既能保证受害人的财产损失得到补偿,有效地保护其合法权益,又能促使监护人加强他们的监护责任,预防侵权行为的发生。”<sup>[11]</sup>也有学者认为:“第133条,关于监护人对无行为能力和限制行为的能力人致人损害的责任。这一条规定的是无过错责任。这一条中有减轻的情节:‘监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任’。这样规定有好处,有利于促使监护人加强对被监护人的监管。”<sup>[12]</sup>从当时学者的论述来看,未见

批评,可知当时的学术界(甚至包括司法界)是赞成这种做法的。

还有学者认为,我国民事立法之所以放弃照搬苏俄民法上的相关做法,是因为要与1957年《治安管理条例》衔接的需要。<sup>[13]</sup>按照《治安管理条例》第29条的规定,未成年子女造成损害时,家长、监护人有赔偿经济损失的义务。<sup>①</sup>由于《治安管理条例》所确立的规则在实践中并未出现问题,《民法通则》第133条沿袭了这一做法,将未成年人作为一个整体对待,对未成年人引起的致人损害,交由其监护人一体承担。值得注意的是,持衔接论的学者并未对《治安管理条例》第29条的制定背景做进一步的说明。本文认为,衔接论不足以证成我国《民法通则》第133条第1款所采取的立场。在法律评价上,《治安管理条例》适用于有较重大过错的行为,因此规定监护人的赔偿责任同时不给予其免除责任的优惠,有其合理之处,甚至可以认为是否会发生严重违反《治安管理条例》的行为,和监护人是否尽了监护责任有很大相关性,故不适用免除责任规则。与《治安管理条例》相较而言,《民法通则》第133条第1款处理的是一般意义上的侵权行为,将两者放在一起做简单的对比,并认为《民法通则》第133条第1款的立场,系为与《治安管理条例》衔接,是不科学的。

我国民法对于监护人责任的处理,之所以放弃了效法苏联民法而自创规则,应当从立法背后的社会文化观念中寻找原因。从词义上推论,采取减轻规则而不是免除规则,当可认为立法者确认应对监护人提出更高的标准,以此促使监护人履行职责。那么,支配这一立法的社会观念,从何而来?当可认为,强化监护人责任,在中国有着肥沃的文化土壤。生活在农耕时代的中国人,基于特有的家庭观念,长辈对未成年子女负有家庭教育的道德责任,父母有义务将未成年子女培养成为不破坏社会秩序的人。“在父权社会里,父亲对于孩子的行为常要负担道德上和法律上连坐的责任。‘子不教,父子过’,已成了我们家喻户晓的成语。为了维持自己的名誉和安全,做父亲的不能不注意家教。溺爱子女会受社会的贬

① 《治安管理条例》第29条:因违反治安管理造成的损失或者伤害,由违反治安管理的人赔偿或者负担医疗费用;如果造成损失、伤害的是不满十八岁的人或者精神病人,由他们的家长、监护人负责赔偿或者负担医疗费用。

责。”<sup>[14]</sup>在日常的家庭教育中,父母应教导子女为人处世的道理,督促子女形成良好的生活习惯。如子女违法违纪,其父母即被认为未恪尽教导之责。未成年人致人损害,尽管监护人已经在侵害行为发生时尽了监护职责(或者说即使在场也无法阻止),因平时未尽教育之责,作为监护人的父母仍然需要承担道义上的非难。这种文化观念,在当今中国社会,仍然具有很大的市场。<sup>①</sup>由此才能明了,为何监护人尽了监护职责,却仍只能减轻而不是免除其责任。

通过对历史资料的梳理和分析,可以认为,我国《侵权责任法》第32条第1款的形成,并非对外国法的照抄照搬,而是基于中国国情元素对外来规则的一次大胆手术改造。改造后,《侵权责任法》第32条第1款前段通过无过错责任加重了监护人的责任,而后段则通过“监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任”的表述,试图缓解监护人的责任。<sup>②</sup>

### 三、监护人“尽了监护责任”的理解

从词义上看,《侵权责任法》第32条第1款后段“监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任”的表述,已经明确了监护人对于“尽到监护责任”负有举证责任。然而,如何判断监护人已尽监护之责,存有不同理解。学理上,责任的承担,以当事人对法定或者约定义务的违反为前提。监护人违反了何种义务,从而需要对未成年人致人损害的行为承担责任,需要明确。

一种观点认为,监护人之所以对未成年人的致人损害行为承担监护责任,系其违反了法定的教育与照顾义务。“家长是否履行了教育义务,是判断其是否疏于监护的主要标准。反过来,监护人承担责任的归责方式也影响他的教育方式。……如果监护人对被监护人,事无巨细,一一教导,极尽教育义务,是否可认定为尽到监护义务?不能。如果仅尽了教育义务,没有尽照顾义务,在法律上仍不能说尽到监护义务。”<sup>[18]</sup>亦有学者认为:“未成年人的父母在监督、教育其未

成年子女方面没有尽到一个有理性的人在同样或者类似情况下的应当尽到的注意义务。”<sup>[19]</sup>

上述观点,将履行教育和照顾义务与否作为判断监护人是否疏于监护的标准,混淆了家庭法与侵权法上关于监护的功能定位。“设立监护制度的目的,是为了保护被监护人的人身、财产及其他合法权益不受损害。同时监护人也要承担起管教好未成年人和无行为能力人、限制行为能力的精神病人的责任,对于被监护人给他人造成损害的,监护人应当承担责任。”<sup>[20]</sup>仔细分析监护制度的功能,可以发现,监护制度在家庭法与侵权责任法领域具有不同的作用与侧重点。家庭法领域,监护制度的功能定位为保障未成年人的健康成长,因此,作为监护人应当对其进行悉心照顾和教育,同时保护未成年人免于受到第三人的侵害。进入侵权法领域,监护的功能则在于督促监护人履行监督义务,从而避免其所监护的未成年人致第三人损害。当然,监护人对未成年人悉心教导,在一定意义上能够减少未成年人致人损害的可能性,但是,在法律因果关系的链条上,监护人对未成年人进行教育,并不能构成其可以减轻责任的正当理由。同时,认为监护人所负有的是一种注意义务的观点,亦值得商榷。在理论上,侵权法上的注意义务,内容包含万千,在未成年人致第三人损害的情况下,监护人所负的注意义务,仍然需要进一步明确。部分持注意义务论的学者认为,此种注意义务包括监督和教育两个方面的内容。<sup>[19]</sup>然而,正如本文已然讨论的,侵权法上的监护职责,内容上不应包括教育义务。因此,与其将监护职责理解为注意义务,不如将其解释为监督义务妥当。

将监护职责解释为监督义务,亦可得到比较法上的验证与支持。德国法上,在致第三人损害的场合,监护人对未成年人承担的义务系监督义务。依《德国民法典》第832条之规定,依法律规定有义务对未成年实施监督的人,有义务赔偿需监督者所不法加给第三人的损害。监督义务人已满足其监督义务的要求,或即使在适当实施监

① 近年来发生的星二代(其中不少已成年)违法,父母主动代子受过的新闻屡见不鲜。<sup>[15]</sup>

② 我国学者将第32条第1款后段所确立的规则称为“附责任减轻事由的无过错责任”。<sup>[16-17]</sup>

督的情形下也会发生损害的,不发生赔偿义务。<sup>①</sup>在明确监督义务后,德国的学术界和法院将重点放在监督义务的范围上。德国联邦最高普通法院对监督义务做了较为详尽的论述:对未成年应有的监管措施的范围,应当根据其年龄、特点和性格来确定。在此,需要划定一个界限来确定何种监管措施是必要的,而且不应向监管人提出过分的要求。<sup>[22]</sup>在日本法上,于无能力者加于第三人的损害,监督义务人应负赔偿责任,但在其未懈怠其义务时,可以免除责任。<sup>②</sup>可以认为,该国民事立法者亦以监护人是否充分履行监督义务,作为判定责任的基准。与德日两国的做法相同,我国台湾地区“民法”于第187条规定,无行为能力或限制行为能力人不法侵害他人权利,其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。上述立法例表明,于被监护人致第三人损害的情况下,监护人得否减免责任,以其是否充分履行监护义务作为评判的标准,至于监护人是否对被监护人进行了教育,并不在考虑之内。这一经验对同为大陆法系成员的我国大陆,不无借鉴意义。在笔者看来,我国传统的社会道德观念,子女被视为父母的附从,父子人格一体,作为监护人的父母,应对子女言传身教,从而形成“与人为善,勿害他人”的基本行为准则,如子不教,即为父之过。这一观念在礼法合一的时代,具有一定的伦理正当性。然而,进入现代社会,人们已经认识到:未成年人虽系父母所养,但人格上并不附从于父母,未成年人致人损害,虽与父母之教育有一定的关联,但是两者之间不具有必然的联系。未成年人成长过程中存在致人损害的风险,是一种客观存在。未成年人成熟后所带来的利益与贡献,并非由其父母所独享,作为受益者,社会也应当适当地分担这一风险。世易时移,继续坚持以“子不教,父之过”作为追究监护人责任的义务基础,既不科学,亦不符合现代社会的伦理取向。

基于上述分析,在解释“尽了监护责任”时,应将其明确为“尽了监督义务”。接着需要讨论的是,监护人在何种情形下可以认定为履行了监督义务。在我国的司法实践中,部分判例在认定监护关系存在的前提下,就直接认定监护人未履行监护职责,从而做出对监护人不利的判决。在“徐某某诉吴某某等监护人责任纠纷案”中,原告与被告系初级中学同学,被告在学校卫生间内打伤原告,导致原告左耳鼓膜穿孔。法院经审理认为:“被告因个人感情问题将原告打伤,对原告徐某某因伤造成的各项经济损失,被告依法应当承担主要责任,原告不能正确处理同学关系,及时化解同学之间的矛盾,负有次要责任。对原告要求被告监护人承担赔偿责任,本院认为,事发时被告吴某某系限制民事行为能力人,根据我国法律规定,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。”<sup>[24]</sup>在该案中,由于被告对原告的侵害行为发生在学校,作为监护人对被告不具有监督的必要性和可能性,既然无法实施监督,在适用法律时应运用《侵权责任法》第32条第1款后段,以适当减轻监护人的责任,然而,裁判者并没有注意到这个问题。与前述案件相比较,我国已有不少法院开始注重监护人履行监督职责的可能性问题。例如,在“陶某与刘某乙、黄某、刘某丙监护责任纠纷案”中,被告在母亲黄某的陪伴下在轮滑场练习,在休息时被告刘某乙过来找原告玩耍,之后被告刘某乙不小心用手指将原告右眼戳伤。法院经审理认为:“被告黄某、被告刘某丙对被告刘某乙负有日常教育和制止危险行为来减少和避免侵权的发生的义务,依法对无民事行为能力的侵权行为承担赔偿责任,但享有尽职减责的抗辩事由。被告刘某乙脚踩轮滑时其父母无法随时贴身跟随,故被告黄某、被告刘某丙的监护职责适当减轻。”<sup>[25]</sup>在该案中,未成年致人损害时,其监护人虽在场,但是因在轮滑场的特殊缘故,监护

① 《德国民法典》第832条:(1)依法律规定有义务对未成年或因精神上或肉体上的状态需要监督者实施监督的人,有义务赔偿需监督者所不法加给第三人的损害。监督义务人已满足其监督义务的要求,或即使在适当实施监督的情形下也会发生损害的,不发生赔偿义务。(2)以合同承担监督的实施的人,负同样的责任。<sup>[21]</sup>

② 《日本民法典》第714条:(一)无能力人依前二条规定无其责任时,对其应予监督的法定义务人,就无能力人加于第三人的损害,负赔偿责任。但是,监督义务人无怠其义务时,不在此限。(二)代监督义务人监督无能力人者,亦负前款责任。<sup>[23]</sup>

人无法贴身跟随,其不具有即时制止被监护人侵害行为的可能性,在此情形下,监护人虽按照《侵权责任法》第32条的规定仍然需要承担责任,但是应属于可减轻的情形。

裁判者疏漏了责任减轻规则,反映了司法实践对该规则的理解不足。未成年人致第三人损害,在要求监护人承担无过错责任的情形下,如欲发挥《侵权责任法》第32条第1款后段的减震器作用,就应当在具体案件审判过程中充分考虑“监护人是否具有监督的必要性和可能性”。我国相关的司法解释亦曾考虑到监督义务履行的可能性问题。如《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第158条规定:“夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;如果独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任”。在夫妻离异的情况下,未成年人往往随一方生活,由此就导致另一方不具有履行监督义务的可能性,在此情况下,未成年人致人损害的,要求未与该子女共同生活方直接承担责任,不具有合理性。与此类似,英美法系对于监护人就未成年人致第三人损害承担责任,创设了与大陆法系监督义务相类似的义务:控制义务。按照美国《侵权法重述》(第2版)第316条规定:“在下列情形下,父母有义务行使合理关注,控制其未成年子女,以防止他/她故意伤害他人或采取如此行为以致造成使他人遭受身体伤害的不合理风险:(a)该父/母知道或有理由知道他/她有控制其子女,并且(b)该父/母知道或应当知道行使此类控制的必要性与时机。”<sup>[26]</sup>该条重述得到美国众多判例的援引,成为美国司法判例责令父母就未成年子女的侵权行为承担侵权责任的重要依据。<sup>[27]</sup>在笔者看来,无论是监督义务还是控制义务,本质上都是要求监护人对未成年人的行为进行管理,从而实现第三人利益的保护。当然,这种管理不应是无限度的,毕竟未成年人虽为无行为能力或者限制行为能力人,但其具有独立的人格,监护人虽有义务管理未成年人,但是基于监护人与未成年人相互独立的人格,监护人不能无限度地就未成年人的行为负责。“大多数父母在生育后代之前都以为,自己有足够的能力为后代创造良好的家庭成长环境并教育后代形成良好的

品性。但是,在他们生育了后代之后,这些父母就会发现真相并非如他们之前想象的那样。他们的孩子一来到这个世界就具有自己的特性,这些特性既有别于其他人的特性,也与父母之前的期待有所不同。”<sup>[28]</sup>“未成年人的某些个性特征和行为是父母无法自由选择并且没有控制能力的。”<sup>[29]</sup>基于这种逻辑,我们当认识到,未成年人致人损害,本身就是社会所应当承担的风险,这种风险不应由监护人全盘承受。

基于前述分析,裁判者在适用“监护人尽了监护职责”时,应将“监护职责”理解为“监督义务”。同时,在判断监护人是否履行了监督义务时,应当考虑监护人履行监督义务的可能性与必要性。在具体的操作上,可以就具体行为的危险情况决定。其应当考量的因素包括:其一,未成年人的个性、年龄、发育程度及先前行为等。“在判断监护人是否尽到监护义务、可否适当减轻其责任时,同时需要考量被监护人的年龄和识别能力状况。”<sup>[30]</sup>其二,行为或活动的性质。王泽鉴先生认为,在判断监护人所应采取监督措施的必要性和合比例性时,应将行为或活动的性质考虑在内。例如使用电动玩具、嬉戏于街道巷口、在路边玩球、驾车等;监护人的情况也应当考虑,例如子女众多、在外就业、配偶生病等。<sup>[31]</sup>当然,基于我国立法者对于监护人承担责任所采取的严格立场,裁判者在具体认定履行监督义务的必要性和可能性时,应综合衡量,裁量上可采适度从严的基准。

#### 四、监护人类型与减轻规则的适用

在明确“尽了监护职责”的含义外,在具体案件的裁判过程中,还应注意监护人的类型对减轻规则适用的影响。在中国法上,未成年人的监护人既有自然人,也有组织机构。依《民法通则》第16条的规定,监护人的确定遵照如下规则:未成年人的父母是未成年人的法定监护人。在未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的情况下,未成年人的祖父母、外祖父母、兄、姐、关系密切的其他亲属或者愿意承担监护责任的朋友(经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的),可担任未成年人的监护人。作为兜底,在前两种情况下无人担任监护人的,由未成年人的父、母的

所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。比较而言,中国法上的监护人范围,与大陆法系国家如德国、法国等国存在着较大的差异。在制度设计上,德法两国皆将监护人界定为父母以外的其他亲属或者社会团体,由此产生父母照护与监护人监护的制度分流。<sup>[32-33]</sup>作为照护人的父母与作为监护人的亲属或社会团体,其所享有的权利与承担的义务是有所不同的。我国法在设计监护制度时,并未做此区分。由此也就带来了监护人责任减轻规则的适用问题:在履行监督义务时是否采用同一标准?

我国《民法通则》第133条规定,在未成年人致人损害的情形下,作为监护人的单位并不承担赔偿责任。然而,《侵权责任法》第32条并未延续这一做法。对于这一立法者的故意沉默,一般认为是“为了促使单位监护人尽职履行监护职责,防止其怠于行使监护职责,放任被监护人侵权行为的发生,保证被侵权人受到的损害得到赔偿,本条修改了民法通则的规定,明确单位监护人应当承担与非单位监护人同样的责任”<sup>[20]</sup>。易言之,《侵权责任法》第32条有意加重监护人的责任以保护被侵权人的利益。由此,我们能否理解为,在确定监护人履行监督义务时,应不加区分监护人的类型,而采取统一的标准呢?在笔者看来,加强单位监护人的责任,目的上确实是为了保护被监护人的利益,但是不能由此得出“为保护被监护人的利益,而应忽视监护人的类型对减轻规则适用的影响”之结论。《侵权责任法》作为权利救济之法,强调对被侵权人的保护,无可厚非。但是,任何法律制度都是“立法者对社会上各种现存的利益和将来可能产生的利益加以综合平衡的结果”<sup>[34]</sup>。在未成年人致第三人损害的场合,存在着被侵权人的利益、未成年人的利益以及监护人的利益。总体上看,为了保护被侵权人的利益,《侵权责任法》要求未成年人的监护人承担无过错责任,同时基于未成年人成长中其侵害行为的社会性,立法者设计了“责任减轻规则”,以矫正该制度中利益过度失衡问题。基于利益平衡的考虑,在实施无过错的严苛归责原则下,对于“责任减轻规则的适用”有必要做更为灵活的解释,其中就包括应根据监护人的不同类型确立监督义务的履行标准。

事实上,我国已有学者从监护人类型的视角

对现行监护人责任制度发出批评与质疑。有学者指出,对监护人类型不加区分而统一要求对第三人承担无过错赔偿责任,亦不利于未成年人的保护。“我国监护人主体范围是广义上的,不仅包括父母,还包括其他单位、组织,这些监护人主体无法像父母一样愿意无条件无限制地承担被监护人的侵权责任。如此,法律必须要考虑监护人的利益,特别是除父母之外其他自然人、单位监护人的利益,以免出现无人愿意担任监护人的窘境。”<sup>[35]</sup>在笔者看来,被侵权人的利益固然需要保护,但是在进行保护的过程中,不当忽视对未成年人利益的保护。未成年人利益的保护,不仅是民法的任务,同时也是宪法的基本任务。在德国,依《德国民法典》第828条第2项规定,未满7岁的未成年人有识别能力时,就因过失不法侵害他人权益的行为,应负损害赔偿。德国学术界普遍认为,此种损害赔偿将使未成年人长期负担债务,致妨碍其人格发展,因而发生使未成年人负侵权行为损害赔偿的规定是否违宪的争议。<sup>[36]</sup>与此类似,由于我国《侵权责任法》对于未成年人致第三人损害要求其监护人承担无过错责任,同时监护人又采广义监护人的理解,就难免出现部分本可充当监护人的亲友拒绝担任监护人的情况,这显然对未成年人利益的保护不利。为鼓励父母以外的亲友担任监护人,传统的大陆法系国家往往区分亲权(父母照顾权)与监护,前者指向父母对未成年子女的义务和责任,后者则调整父母以外的其他自然人与无行为能力及限制行为能力人之间的关系。父母以外的亲友担任监护人的,法律允许监护人因监护活动而请求报酬。与之对照,中国法采泛化的监护人概念,未妥当区分父母与父母以外的监护人,从而带来了监护制度功能的虚化问题。

欲解决上述问题,方案有二:其一,对《侵权责任法》第32条所使用的“监护人”概念做限缩解释。亦即在未成年人致第三人损害的情况下,该监护人仅指未成年人之父母。在未成年人无父母或父母不具有监护能力的情况下,其他的监护人不承担责任。其二,对《侵权责任法》第32条中的“监护人”概念仍然做通常的理解,即与《民法通则》第16条保持一致,只是在责任的承担上充分运用《侵权责任法》第32条第1款后段的“减轻规则”,在判断监护人是否充分履行监

督义务时,结合监护人的具体类型做分析。

在笔者看来,上述方案中,第一种方案不足为取。个中理由在于,限缩解释的适用前提在于法律规定的文义过宽,与立法者所要表达的意图不符。“如果法律文本的文字表述过于宽泛,与立法者所想表达的意图不符,没有将特定的案件类型排除在外,就会导致立法者的意图难以真正实现、立法者的表述比其意愿要多的现象。在此情况下,需要进行限缩解释,将特定法律规范的适用限缩到立法者原本希望适用的案件类型或特定法律关系。”<sup>[37]</sup>方法论上,欲对条文做限缩解释,就首先要明确立法者的意图。那么,《侵权责任法》第32条制定时,立法者是否具有将监护人定义为“未成年之父母”的意图?查阅相关的立法文献,尚未找到足以支持这一观点的资料。与之相反,我国立法者为了保护被侵权人的利益能够获得充分救济,改变了《民法通则》第133条的做法,对于作为监护人的单位是否承担责任做出故意沉默。“有的时候立法者已透过沉默表达了他的意思,此即为‘反对解释’的情形。”<sup>[38]</sup>反对解释所产生的结果,就是原来不用承担责任的单位,在《侵权责任法》颁布实施后,亦需要对未成年人致人损害承担赔偿责任。在此意义上,我国立法者并未改变原来使用监护人概念时所持有的立场。既然如此,基于对立法者立法目的的尊重,我们对于《侵权责任法》第32条所使用的监护人概念进行解释时,仍应做通常的解释。

同时,对于《侵权责任法》第32条所使用的监护人概念做通常的解释,亦符合法律解释学所遵循的一般原理,即在无特别理由的情况下,应当遵循文义解释、体系解释方法优先的原则。

与第一种解决方案相比较,第二种解决方案的优势在于:第一,它符合民法体系化的要求,不会对我国既有的民法体系造成冲击和破坏。体系化的思维一直是法学中基本思维方式,具体就民法而言,它要求解释者能够在民法的外部规范体系与内部的价值体系之间保持整体的一致性。更进一步而言,在使用监护人的概念时,《侵权责任法》、《婚姻法》等法律应当与《民法通则》保持一致的范围。由于我国《民法通则》(第16条)及《婚姻法》(第28、29条)已经采用了广

义的监护人概念,对《侵权责任法》第32条做通常性解释,符合体系一致性的要求。第二,充分运用《侵权责任法》第32条第1款后段的“责任减轻规则”,符合“权利与义务对等性”的基本法理。父母以外的亲友或者单位担任未成年人监护人后,对于未成年人负有抚养和教育的义务,同时对未成年人致第三人损害的情况下,需要承担责任。而作为监护人,其不得主张报酬,这就会引发权利与义务不对等的问题。当然,我国的《婚姻法》要求“有负担能力的孙子女、外孙子女,对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母,有赡养的义务”、“由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹,对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐,有扶养的义务”,但是从我国实践来看,这些规定基本没有得到适用,成为我们通常所说的“僵尸条文”。<sup>①</sup>除此之外,充当监护人的未成年父母所在单位、居委会、村委会乃至民政部门,其对于未成年人的监护,显然属于无偿的付出。有鉴于此,通过对监护人的类型区分,从而适用《侵权责任法》第32条第1款后段的“责任减轻规则”,对于平衡父母以外的其他监护人的权利与义务,具有现实必要性。第三,充分运用《侵权责任法》第32条第1款后段的“责任减轻规则”,符合中国的社会认知与习俗。中国传统社会中的“差序格局”以及极具象征意义的“五服制度”都表明,中国人对于法律与道德上权利义务的确定,往往以彼此之间亲疏远近作为根据。具体就未成年人致第三人损害的情形而言,不同类型的监护人对未成年人所承担的监督义务,在程度上应当是不一致的。要求父母以外的监护人承担与父母相同程度的监督义务,不符合社会的一般认知。正如学者所言:“父母作为亲权人对自己的未成年子女致人损害承担无过错责任,还算合情合理。其他监护人对此亦同样要承担无过错责任,就有点显失公平了,因为其他监护人不仅对被监护人的财产无收益权,而且依我国现行立法监护人并不能因监护行为获得任何报酬。”<sup>[39]</sup>

基于上述认识,在适用《侵权责任法》第32条第1款后段时,对于监护人的监督义务履行之判断,应结合监护人的具体类型加以考量。

<sup>①</sup> 根据笔者在北大法宝数据中的检索,尚未发现相关案例。



在具体的操作上,可以考虑做如下步骤:

其一,对于父母担任监护人的,判断其是否履行了监督义务,可以采取“理性人”的标准。理性人标准来源于罗马法上的善良家父。<sup>①</sup>家父是罗马家庭中的重要概念,它一般指称“没有任何活着的男性尊亲属的人”<sup>[41]</sup>。在法律上,一个人成为家父,即意味着他处于自己的权力之下,已经具备了独立的行为能力。“善良家父”则是社会道德对家父所提出的要求。它要求取得独立主体地位的人,能以公正善良之心待人处世,劳作勤谨,与人为善,处他人之事如处自己之事,待人如待己,实际上是一个标准、正常和模范的道德人形象。<sup>[42]</sup>在现代社会中,对于监护理性人标准的适用,通常采取“理性人测试”的方式,即:就被告实际所做或所想与一个理性监护人在相似情境下会做什么或怎么想,进行比较。<sup>[43]</sup>如果作为父母的监护人,在履行监督义务时,已经做到了一般情况下理性人所采取的措施,此时,可以认定该监护人已经履行了监督义务,应当适用责任减轻规则。

其二,对于父母以外担任监护人的自然人或者组织机构,其监督义务履行程度的判断标准应当低于父母担任监护人的情况。毕竟,父母以外的自然人或组织担任监护人,其付出与回报不具有对等性,因此要求其对于未成年人致第三人损害承担责任时,对于其是否履行了监督义务应当采取较未成年之父母更为优惠的标准。在笔者看来,关于父母以外的自然人或者组织担任监护人的责任承担问题,可以借鉴我国《合同法》中关于委托合同(第406条)、保管合同(第374条)的规定。之所以建议借鉴委托合同及保管合同的相关规则,主要的理由在于:其一,监督义务的履行,本身就是一种劳务的付出,此种劳务与委托、保管具有相似性;其二,父母以外的自然人或组织担任监护人的,其监督义务的履行,是一种无偿行为。合同法上,有偿与无偿,对受托人及保管人的责任承担影响重大。无偿的保管合同,保管人仅在故意或者重大过失的情况下,对受托保管的财产的损失承担责任。基于对委托及保管规则的借鉴,适用减轻规则时,在监护人未

履行监督义务,或者就监督义务之履行瑕疵存有故意或者重大过失的情况下,可认定监护人未尽监护职责。而监护人就监督义务之履行瑕疵仅有轻过失的情况下,可以认定监护人已经尽了监护的职责。在这种情况下,可以适用责任减轻规则,以减轻监护人的责任,从而实现监护人、被监护人及被侵权人之间利益的平衡。

## 五、结论

受“损害赔偿的焦虑”之影响,我国《侵权责任法》以给予受害人充分救济为价值取向,由此出现了监护人对未成年人致第三人侵害负无过错责任这一独具中国特色的制度设计。这一制度既不同于大陆法系国家的传统,也不是对苏俄民法的一种移植,它本质上是中国民法的一种基于自身现实的创造。这一极为苛刻的设计,引发了不利于未成人格自由发展的社会担忧。在笔者看来,这种担忧不无道理。本质上,未成年人致人损害是一种必然存在的社会现象,它“不是一种可以归咎于父母生育行为所导致的社会风险。”<sup>[3](P119)</sup>将这一社会风险交由监护人承担,存在是否妥当的问题。加之我国民事立法采用的是广义的监护人概念,父母以外的自然人或组织机构,也需要对未成年人致第三人的损害承担无过错责任,更加剧了监护人、被监护人及被侵权人之间的利益不均衡问题。

为平衡三方利益,在当前民事立法未改变无过错归责原则的前提下,在司法实践中应充分发挥《侵权责任法》第32条第1款后段所确立“责任减轻规则”的减震器功能,以缓解监护人过于沉重的负担。具体而言,对于“尽了监护职责”,宜解释为“履行了监督义务”。同时,在认定监护人是否履行监督义务时,应当结合监护人的具体类型加以判定。父母担任监护人的,在履行监督义务具有可能性和必要性的情况下,如其已经采取了一般情况下理性人会采取的措施,可以认定其已履行了监督义务,进而适用责任减轻规则。父母以外的自然人或组织机构担任监护人的,应当对其履行监督义务采宽松的标准。在仅有轻过失的情况下,可以认定其已经尽了监护的职责。

<sup>①</sup> 一般认为,“善良家父”、“善良管理人”、“理性人”之间,除了因时代背景、适用领域等不同而引发的差异之外,实质上应具有-致性,均是以-定的人格形象为参照来就所面临之问题得出结论。<sup>[40]</sup>

## 参考文献

- [1] 张新宝. 侵权责任法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 211.
- [2] 张民安, 杨彪. 侵权责任法 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2011: 354.
- [3] 薛军. 走出“补充责任”的误区——论《侵权责任法》第32条的理解与适用 [J]. 华东政法大学学报, 2010 (3).
- [4] 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 [J]. 苏州大学学报: 法学版, 2011 (6).
- [5] 张学军. 监护人承担的“侵权责任”辨析——兼论对未成年人“尽到监护责任”的解释 [J]. 政治与法律, 2013 (6).
- [6] 李永军. 论监护人对被监护人侵权行为的“替代责任” [J]. 当代法学, 2013 (3): 67.
- [7] 金可可, 胡坚明. 不完全行为能力人侵权责任构成之检讨 [J]. 法学研究, 2012 (5): 106.
- [8] 陈帮锋. 论监护人责任——《侵权责任法》第32条的破解 [J]. 中外法学, 2011 (1): 103.
- [9] [苏] Д. М. 坚金, С. Н. 布拉图斯. 苏维埃民法: 第3册 [M]. 李光谟, 等译. 北京: 法律出版社, 1957: 358.
- [10] 佟柔. 民法概论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1982: 311-312.
- [11] 金平, 邓大榜, 程正宗等. 民法通则教程 [M]. 重庆: 重庆出版社, 1987: 433.
- [12] 顾昂然等. 民法通则讲座 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2000: 228.
- [13] 江平, 张佩霖. 民法教程 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1986: 334.
- [14] 费孝通. 乡土中国 生育制度 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 193-194.
- [15] 李婷. “星二代”丑闻不断, 明星家庭子女教育引质疑 [N]. 文汇报, 2012-02-18.
- [16] 张新宝. 侵权责任法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 125-129.
- [17] 程啸. 侵权责任法 [M]. 北京: 法律出版社, 2011: 280.
- [18] 兰仁迅. 监护人责任制度的重新反思——兼评我国民法草案第28条 [J]. 华侨大学学报: 哲学社会科学, 2004 (4): 55.
- [19] 张民安. 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 [M]. 广州: 中山大学出版社, 2010: 189.
- [20] 王胜明. 《中华人民共和国侵权责任法》条文解释与立法背景 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2010: 131.
- [21] 德国民法典 [M]. 陈卫佐, 译. 第3版. 北京: 法律出版社, 2010: 306.
- [22] BGB NJW 1993, 1003f [M] //周友军. 德国法监督义务人责任制度及其借鉴//私法研究: 第7卷. 北京: 法律出版社, 2009: 58-80.
- [23] 日本民法典 [M]. 王书江, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999: 123.
- [24] 徐某诉吴某某等监护人责任纠纷案民事判决书 [A]. 山东省青岛市城阳区人民法院 (2013) 城少民初字第64号.
- [25] 陶某与刘某乙、黄某等监护责任纠纷案民事判决书 [A]. 湖北省武汉市江汉区人民法院 (2015) 鄂江汉巡民初字第00700号.
- [26] [美] 肯尼斯·S·亚伯拉罕, 阿尔伯特·C·泰特. 侵权法重述——纲要 [M]. 许传玺, 等译. 北京: 法律出版社, 2006: 71.
- [27] 张民安. 侵权法上的替代责任 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 368-369.
- [28] Judith T. Younger, Responsible Parents and Good Children [J]. Law&Ineq, 1996 (14): 489-513.
- [29] [美] 黛博拉·A·尼古拉. 父母就未成年子女暴力事件承担的责任: 道德责任还是法律责任 [M] //张民安. 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. 广州: 中山大学出版, 2010: 364.
- [30] 郑晓剑. 侵权责任能力与监护人责任规则之适用 [J]. 法学, 2015 (6): 21.
- [31] 王泽鉴. 侵权行为 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 393-394.
- [32] [德] 迪特尔·施瓦布. 德国家庭法 [M]. 王葆蒨, 译. 北京: 法律出版社, 2010: 445.
- [33] 张民安. 法国民法 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2015: 158.
- [34] 梁上上. 利益衡量论 [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 95.
- [35] 张力, 郑志峰. 功能论视角下我国监护人责任的反思与重解 [J]. 西南政法大学学报, 2014 (4): 73.
- [36] Wilhelm Canaris, Die Verfassungswiderigkeit von § 828[BGB als Ausschnitt aus einem größeren Problemsfeld, JZ1990: 679.
- [37] 王利明. 法律解释学 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 132.
- [38] 黄茂荣. 法学方法与现代民法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 330.
- [39] 余延满. 亲属法原论 [M]. 北京: 法律出版社, 2007: 507.
- [40] 叶金强. 私法中理性人标准之构建 [J]. 法学研究, 2015 (1): 103.
- [41] [意] 彼得罗·彭梵得. 罗马法教科书 [M]. 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 94.
- [42] 炎白. “善良家父”与“诚实信用” [J]. 比较法研究, 2001 (1): 105.
- [43] Steven P. Scalet. Fitting the People They Are Meant to Serve: Reasonable Persons in the American Legal System [J]. Law&Philosophy, 2003 (1): 75-110.