

# 人口老龄化背景下监护人承担侵权责任的体系解释

李国强\*

**内容提要** 在人口老龄化背景下,监护制度的创新性变革具有体系效应,虽然《民法典》中关于监护人承担侵权责任的规范未作实质性改进,但其体系解释逻辑必须重新梳理。在《民法典》总则编放弃广义民事行为能力的表述后,解释论需要通过民事行为能力的条件关联到民事责任能力来解决责任主体问题,进而确定监护人履行监护职责过程中承担法定监督义务的情形,明确监护人承担侵权责任应统一适用过错责任归责原则。在教唆、帮助侵权的场合,监护人依过错承担相应责任,并与教唆人、帮助人承担部分连带责任。在委托监护的场合,受托人未履行监护职责仅对委托人(监护人)承担违约责任,只有存在履行约定义务之外的过错行为导致被监护人的损害时,才与监护人依据各自过错承担按份责任。基于体系的动态性考量,被监护人“有财产”作为规范要素是对监护人承担侵权责任构成要件简单类型化缺陷的补正,在救济被侵权人和保护监护关系之间进行平衡。

**关键词** 成年监护 民事行为能力 民事责任能力 法定监督义务

## 目次

- 一、引言
- 二、侵权责任编中“民事行为能力”的功能解释
- 三、监护人履行监护职责过程中的“法定监督义务”
- 四、监护人承担侵权责任归责原则的统一
- 五、被监护人“有财产”与监护人承担责任的动态体系考量
- 六、结论

\* 大连海事大学法学院教授。本文系2018年度司法部国家法治与法学理论研究项目一般课题“人口老龄化背景下成年监护制度完善研究”(项目批准号:2018SFB2042)的阶段性成果。

## 一、引言

我国人口老龄化形势日趋严峻,根据最新统计数字,我国已经进入老龄社会并向超老龄社会发展。<sup>①</sup>人口老龄化对经济运行全领域、社会建设各环节、社会文化多方面都具有深远影响,在民事立法层面,《民法典》创新了协助决策模式的成年监护制度以区别替代决策模式的未成年监护制度。<sup>②</sup>基于这种变革,民法解释论应结合社会背景作体系逻辑的调整,突破以未成年监护为典型应用场景的局限,结合成年监护关系梳理内在的规范逻辑,进行法律内的及超越法律的法的续造,并基于个别法规范之间及其与法秩序主导原则间的意义脉络对规范的全部内容进行体系化解读和阐释。目前,我国民法学界对监护人承担侵权责任的既有研究主要局限于对《民法典》第1188条的阐释,<sup>③</sup>且解释论主要以未成年人监护为应用场景、根据替代责任理论解释监护人责任的构成,<sup>④</sup>未能有效回应社会背景变迁。

体系解释是“对立法者置于实质性上下关联当中的具体规范采取逻辑上相互一致的方式进行解释”。<sup>⑤</sup>《民法典》侵权责任编具体规则之间及其与总则编等其他各编的规则之间并非彼此无关的简单并存,解释监护人承担侵权责任规则必须结合《民法典》相关条文的意义脉络、上下关系体系位置及其对该当规整的整个脉络的功能,而且,这些规范所涉及的各种价值应依循共通的思想脉络进行衡量,并实现正当化、一体化,以避免规范彼此间的矛盾。<sup>⑥</sup>整体而言,《民法典》侵权责任编关于监护人承担侵权责任的具体规则基本沿袭自《侵权责任法》,其中,规定监护人承担侵权责任一般规则的第1188条和规定教唆、帮助侵权时监护人承担侵权责任的第1169条第2款,除作文字用语的调整外并无规范内容的创新,仅在第1189条增加规定了委托监护中的侵权责任。基于此,民法理论应结合新型成年监护制度对上述条文的规范内容进行体系解释,确保规范中每个语词的解释都契合对整个法秩序的解释。而且,解释适用还需关联到《民法典》总则编

① 按照1956年联合国文件《人口老龄化及其社会经济后果》的标准,65岁以上人口比例超过7%的为老龄化社会。See United Nations Department of Economic and Social Affairs, *The ageing of populations and its economic and social implications*, ST/SOA/Ser. A/26, Dec.1956, p.7. 根据国家统计局2024年2月29日发布的公报,我国65周岁以上人口21676万人,占总人口的15.4%,已经达到了65周岁以上人口超过总人口14%的深度老龄化的老龄社会标准。参见《中华人民共和国2023年国民经济和社会发展统计公报》,载国家统计局官网, [https://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202402/t20240228\\_1947915.html](https://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202402/t20240228_1947915.html), 2024年11月13日访问。

② 参见李国强:《论行为能力制度和新型成年监护制度的协调——兼评〈中华人民共和国民法总则〉的制度安排》,载《法律科学》2017年第3期,第135页。

③ 参见于飞:《〈民法典〉背景下监护人责任的解释论》,载《财经法学》2021年第2期,第19页;郑晓剑:《〈民法典〉监护人责任规则的解释论——以〈民法典〉第1188条为中心》,载《现代法学》2022年第4期,第34页。

④ 参见李永军:《论监护人对被监护人侵权行为的“替代责任”》,载《当代法学》2013年第3期,第59页;张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第91页。

⑤ 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(原书第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第216页。

⑥ 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316页。

第 27 条、第 28 条、第 33 条等规定的监护人选任规则,以及第 34 条、第 35 条规定的监护职责履行规则等。本文主要围绕基于人口老龄化背景下的成年监护关系展开讨论,这是因为相关规则应用于成年监护场景需要解释的内容更具有复杂性和特殊性,但基于法律解释的一致性与连贯性,对监护人承担侵权责任的体系逻辑阐释应一体适用于未成年人监护。

## 二、侵权责任编中“民事行为能力”的功能解释

《民法典》第 1188 条是规范监护人承担侵权责任的一般规则,同时是关于责任主体的特别规则。该条文并未完整表述侵权责任构成条件,而是仅规定了监护人成为承担侵权责任的主体的情况,从条文内容看,行为人“无民事行为能力、限制民事行为能力”是导致其监护人成为责任主体的条件。此外,涉及监护人承担侵权责任的第 1169 条第 2 款、第 1189 条也都将行为人“无民事行为能力、限制民事行为能力”作为前提性条件予以规定。但是,民事行为能力的规范意旨是保护心智能力不健全者通过民事法律行为建立法律关系,并不直接指向侵权责任归结的问题。传统民法确定责任归结主体资格使用的是民事责任能力概念。<sup>⑦</sup>我国民事立法长期回避使用民事责任能力概念,导致《民法典》侵权责任编在使用“无民事行为能力、限制民事行为能力”作为规范构成条件时,还需要通过对内涵进行体系解释来明确其在侵权责任语境下的隐性评价内容。

### (一)《民法典》未区分民事行为能力和民事责任能力

我国《民法典》的外部体系构造主要源自大陆法系的近代民法典,近代民法典的典型做法是区分规定行为能力和责任能力(不法行为能力)。<sup>⑧</sup>但是,我国民事立法从《民法通则》开始就没有规定民事责任能力,这主要基于两方面的缘由。

第一,我国民事立法长期采用广义民事行为能力概念,民事行为能力不仅包括实施民事法律行为的资格,还包括能否对违法行为承担责任的资格。<sup>⑨</sup>这是源于苏联民法的做法。<sup>⑩</sup>苏联民法教科书认为,“某人对自己的有过错的违法行为承担责任的能力是民

<sup>⑦</sup> 参见王利明:《自然人民事责任能力制度探讨》,载《法学家》2011年第2期,第59页。

<sup>⑧</sup> 《德国民法典》在债务关系法编第 827 条、第 828 条规定民事责任能力的相关内容,有别于总则编第 104 条关于民事行为能力的规定。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社 2003 年版,第 156 页。《日本民法典》第 712 条、第 713 条也作类似的处理。参见[日]吉村良一:《日本侵权行为法》(原书第 4 版),张挺译,中国人民大学出版社 2013 年版,第 57 页。

<sup>⑨</sup> 参见佟柔主编:《民法原理》(修订版),法律出版社 1986 年版,第 55 页。广义民事行为能力有两种解读:一是作为行为能力和责任能力的上位概念使用,典型代表为德国民法学说;二是作为包含承担侵权责任资格的广义概念使用,主要见于苏联及我国民事立法的解读。参见郑晓剑:《自然人侵权责任能力制度研究》,法律出版社 2015 年版,第 43-54 页;陈帮锋:《民事责任能力:本原与异化》,载《中外法学》2012 年第 2 期,第 297 页。

<sup>⑩</sup> 1922 年《苏俄民法典》第 9 条规定:“满 14 岁的未成年人,可以经法定代理人同意,实施法律行为。……并且对由于他的行为使他人所遭受的损害负赔偿责任。”参见《苏俄民法典》,郑华译,法律出版社 1956 年版,第 4 页。值得注意的是,1964 年《苏俄民法典》删去了该内容,只在解释上使用广义民事行为能力。参见中国社会科学院法学研究所民法研究室编:《苏俄民法典》,中国社会科学出版社 1980 年版,第 8 页。

事行为能力的要素”<sup>⑪</sup>。我国早期民法教科书照搬了这种观点,指出:“公民具有行为能力,就意味着他能够用自己的行为发生、变更和消灭民事法律关系,并对自己的违法行为负担民事上的法律责任。”<sup>⑫</sup>此后,1987年施行的《民法通则》规定了广义民事行为能力,并用比较笼统的“民事活动”一词来概括包括民事法律行为和侵权行为在内的所有作为民事法律事实的行为,如《民法通则》第11条在规定完全民事行为能力时就使用了“独立进行民事活动”的说法。在此基础上,从《民法通则》第133条到《侵权责任法》第32条,都直接以民事行为能力欠缺为由规定被监护人不能独立承担侵权责任,从而将具有完全民事行为能力等同于具有独立承担民事责任的资格。

需要注意的是,《民法典》关于“民事行为能力”的相关规定不同于《民法通则》:虽然《民法典》第4—9条规定基本原则的条款仍然使用“民事活动”一词,但是规定“完全民事行为能力”的《民法典》第18条已经将措辞从《民法通则》第11条的“独立进行民事活动”改为“独立实施民事法律行为”。就此,可理解为总则编放弃了广义民事行为能力的表述。因此,即使位于侵权责任编的第1188条还使用“无民事行为能力人、限制行为能力人”的表述,也不能继续按照“广义民事行为能力”来解释了。<sup>⑬</sup>

第二,《民法典》之前的监护制度主要以未成年人为监护对象,不采纳民事责任能力概念有利于保护被侵权人。在2017年《民法总则》施行之前,采取替代决策模式规范的监护制度主要适用于未成年人,虽然司法解释扩张了被监护成年人的范围,也不过是从“精神病人”有限扩张到“精神病人(包括痴呆症人)”<sup>⑭</sup>。在此背景下,监护人承担侵权责任主要以父母承担子女所为行为后果为典型应用场景,因未成年人处于监护人的监督管束之下,为全面保护受害人,不采纳民事责任能力概念可以更好地强化侵权法的救济功能。<sup>⑮</sup>在《侵权责任法》颁布之前,虽然有若干学者建议根据行为人的年龄增加民事责任能力的规定,<sup>⑯</sup>但并没有被立法采纳。《侵权责任法》释义书给出的理由是:“如果规定民事责任能力,就涉及没有民事责任能力的行为人造成他人损害的,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。”<sup>⑰</sup>这里提到的“我国的国情和现实的做法”主要是指未成年监护场景下的侵权后果归结。<sup>⑱</sup>但在

⑪ [苏] B.T. 斯米尔诺夫等:《苏联民法》(下卷),黄良平、丁文琪译,中国人民大学出版社1987年版,第402页。

⑫ 中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第64-65页。

⑬ 但是,《民法典》释义书仍然将第1188条规定的民事行为能力解释为民事主体从事民事活动所具备的资格。参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(下),法律出版社2020年版,第2296页。

⑭ 参见李国强:《我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向》,载《当代法学》2014年第6期,第73页。

⑮ 参见前注⑦,王利明文,第58页。

⑯ 参见刘宝玉、秦伟:《论自然人的民事责任能力》,载《法学研究》2001年第2期,第77页;丁文:《自然人民事责任能力制度之反思与重构》,载《法商研究》2005年第1期,第53页。

⑰ 王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》(第2版),法律出版社2013年版,第180页。

⑱ 与我国类似,《法国民法典》也不承认民事责任能力,虽然最初规定监护人责任是过错推定责任,但通过1997年2月19日 Bertrand c/Domingues 案的判例又进一步确定了责任推定,父母只有在证明存在不可抗力或受害人过错时才能免责。学者认为法国民法已经事实上采纳了无过错责任归责。需要注意的是,该案针对的是父母作为未成年子女的监护人承担侵权责任。参见王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第489页。

人口老龄化背景下,《民法典》规定的成年监护对象范围显著扩大,相关的做法也应随之变化。根据“不能辨认或者不能完全辨认自己行为”标准,被认定为民事行为能力欠缺的成年人包括各种辨识能力的人,例如,一些因心智能力退化影响独立为民事法律行为的老年人也会被认定为限制民事行为能力人,但这样的人在个案中又完全可能具备承担侵权责任的辨识能力,其赔偿资力也足以保护被侵权人。因此,民法不采纳民事责任能力概念的合理性进一步受到质疑。

## (二) 民事行为能力与民事责任能力判断根据的一致性

在《民法典》总则编从狭义意义上规定民事行为能力后,第 1188 条继续用行为人“无民事行为能力、限制民事行为能力”作为监护人承担侵权责任的条件就显得底气不足。在语义解释已经确定民事行为能力概念不包含承担侵权责任资格内容的情况下,解释论只能从体系逻辑上梳理第 1188 条规定的“民事行为能力”与“民事责任能力”的一致性、同根性,<sup>①</sup>从功能主义的角度解释其内涵。

第一,民事行为能力和民事责任能力都可以根据年龄判断。民事行为能力的类型化一般依据年龄区分为成年人和未成年人,未成年人因为辨识能力不足被置于父母等监护人的保护之下,因此不能对自己所为的致害行为独立承担责任。<sup>②</sup>虽然相同年龄自然人的心智发育水平存在个体差异,客观上辨识能力差异不能用年龄绝对区分,但自罗马法以来,一直以年龄为一般标准来判断自然人是否具备完全行为能力。<sup>③</sup>这是因为以年龄为判断标准可以避免举证的困难,进而实现保护交易安全的需要,换言之,年龄标准的实质是简单类型化区分自然人对行为的辨识能力。就此而言,民事行为能力与民事责任能力的判断是一致的。<sup>④</sup>《德国民法典》第 828 条就是用年龄标准区分责任能力,同时,该条还明确规定,满 7 周岁而未满 18 周岁的儿童和青少年的责任能力取决于其在具体情况下进行有赔偿义务的行为时是否已经具备认识其责任所必要的理解力。<sup>⑤</sup>这种做法既表明用年龄标准可以简单类型化民事责任能力,也表明在具体情况下需要根据个案对判断标准进行调整。

民事行为能力使用年龄标准是为了保护未成年人,而民事责任能力也是使用年龄标准来确保未成年人不会陷入法律上的不利后果,避免其独立承担民事责任。<sup>⑥</sup>所以,《民法典》在侵权责任编的第 1188 条使用民事行为能力,主要是为了用民事行为能力类型化的年龄标准保护未成年人,同时也保护了被未成年人加害的被侵权人,功能上与使用民事责任能力一致。

第二,民事行为能力和民事责任能力的实质判断标准都是行为人的辨识能力(或称

<sup>①</sup> 参见李永军:《民法总则》,中国法制出版社 2018 年版,第 182 页。

<sup>②</sup> 日本民法理论在解释民事行为能力和民事责任能力关系时都使用“事理辨识能力”概念。四宫和夫=能見善久『民法総則』(創文社,2018 年)35 頁参照。

<sup>③</sup> 参见[德]马克斯·卡泽尔、[德]罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社 2018 年版,第 164 页。

<sup>④</sup> 参见陈聪富:《侵权行为法原理》(第 2 版),元照出版公司 2023 年版,第 278 页。

<sup>⑤</sup> 参见前注<sup>④</sup>,卡尔·拉伦茨书,第 156 页。

<sup>⑥</sup> 参见《民法总则》第 18 条评注,朱广新执笔,载陈甦主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社 2017 年版,第 119 页。

“识别能力”)。尤其是在成年监护关系中,成年人因“不能辨认或者不能完全辨认自己行为”被认定为欠缺民事行为能力者而需选任监护人。这种辨识能力的判断既可以区分需要保护的成年人,也可以作为成年人是否具备对自己所为行为进行不法性判断的依据。民法传统上依据识别能力将成年人中的精神病人和宣告确定的禁治产人(准禁治产人)作为民事行为能力欠缺者而加以保护,此种识别能力的判定也可以用于侵权责任构成的场合,行为人需具有识别能力及防止损害发生之能力,足以避免他人权益之侵害,为有责性成立的要件。<sup>25</sup>对于未成年人和精神病人来说,一般无需个案审查是否具有承担责任的资格,但受害人可以举证证明行为人具有辨识能力,从而推翻法律的推定。<sup>26</sup>而完全民事行为能力人有辨识能力,能对自己行为后果进行判断,可以形成过错,一般应对自己所为的加害行为承担责任。<sup>27</sup>

需要注意的是,我国《民法典》第1188条规定将限制民事行为能力人与无民事行为能力人作一致的处理,相当于认为承担侵权责任场合相比为民事法律行为的场合对辨识能力的要求更高。此种认识与日本民法学界的观点类似。日本民法学者的理由是,民事法律行为是社会中的正常行为,其法律效果比较容易被认可,而民事责任能力的认定需要行为人具有认识到加害行为将发生法律上责任的能力,因此,所要求的是比为民事法律行为的辨识能力程度稍高的辨识能力。<sup>28</sup>这种认识对未成年人来说极具合理性,但因成年监护中被监护人对象范围较为复杂,就此却不能一概而论。例如,一些限制行为能力的老年人因各种原因不能独立为民事法律行为,却完全具备独立承担侵权责任的辨识能力。况且,《民法典》已将成年监护对象扩张到一个非常大的范围,只要符合“不能辨认和不能完全辨认自己行为”的条件,包括精神障碍者、智力障碍者、身体障碍者在内的成年人,甚至是一些老年人都可能被认定为民事行为能力欠缺者,因而,需要基于能否“辨认自己行为”的条件并结合加害行为的具体场合方能判断行为人是否具有承担责任的辨识能力,进而确定其是否具有过错以及是否构成侵权责任。根据《民法典》第35条第3款规定,某些老年人作为被监护人只是因为需要在监护人的协助下经常性地参与到社会生活中,这种仅需要协助表意的老年人在侵权的场合完全具备独立承担民事责任的资格。

第三,我国《民法典》对成年人欠缺民事行为能力的认定采取宣告和个案认定相结合的方式,这与传统民法对民事责任能力认定以个案审查为主、划一标准为辅的做法一致。<sup>29</sup>《民法典》第24条规定利害关系人和有关组织可以向人民法院申请认定成年人欠缺民事行为能力。成年人辨识能力的不足是因为先天因素或者疾病、意外事故等诸多原因造成的,短时期内难以恢复,依民事诉讼特别程序将其认定为欠缺民事行为能力有助

<sup>25</sup> 参见前注<sup>⑧</sup>,卡尔·拉伦茨书,第156页。

<sup>26</sup> 参见前注<sup>⑨</sup>,陈帮锋文,第287页。

<sup>27</sup> 参见陈帮锋:《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,第104页。

<sup>28</sup> 内田贵『民法Ⅱ債権各論』(東京大学出版会,2011年)367頁参照。

<sup>29</sup> 参见前注<sup>⑨</sup>,陈帮锋文,第287页。

于为其选任监护人,从而使其在社会交往中得到全面的保护。但是,欠缺民事行为能力宣告的特别程序虽然较普通诉讼程序简单,也需要较长的周期,并且一般人并不愿意将其丧失民事行为能力的信息披露于外,法院宣告会对成年人的日常生活、工作等会造成不必要的影响。<sup>⑩</sup>这些都导致对欠缺民事行为能力的认定在特殊情况下还需要进行个案审查。另外,成年人虽然被推定为具有承担民事责任的资格,但是其可以通过证明行为时没有辨识能力而得以免责。例如,《民法典》第1190条第1款规定,完全民事行为能力人因为暂时没有意识或失去控制而没有辨识能力的,无需承担侵权责任。<sup>⑪</sup>这从侧面证明我国《民法典》是承认个案认定辨识能力的。《民法典》第1188条的规定相当于推定民事行为能力欠缺者没有民事责任能力,但是可以在个案中通过举证推翻而证明某些民事行为能力欠缺者可以独立承担侵权责任。在人口老龄化的背景下,《民法典》扩大了成年监护对象的范围,被监护人既有对违法行为的判断能力,也有足以承担赔偿责任的财产,一味地让监护人承担侵权责任并不能更好地保护被侵权人。同时,对于根据《民法典》第28条第4项选任的近亲属以外的成年法定监护人以及根据第33条选任的意定监护人来说,让其直接对“不能完全辨认自己行为”的被监护人的致害行为承担侵权责任也是不公平的,因此结合个案的认定是很有必要的。

### 三、监护人履行监护职责过程中的“法定监督义务”

规定监护人承担侵权责任的《民法典》第1169条第2款、第1188条、第1189条均使用“监护职责”这一关键词,但监护职责在这三条规范构成上的功能却不尽相同:“未尽到监护职责”在第1169条第2款是责任构成的条件;在第1188条是减轻责任的事由;而第1189条只提到监护职责可以委托他人履行,他人依过错承担相应责任,但对过错和未履行受托的监护职责之间的关系却未加以明确。事实上,侵权责任编语境下使用的“监护职责”与总则编“监护”一节规定的“监护职责”内涵并不完全一致,在前者中,是否“尽到监护职责”实质表达的是监护人履行监护职责过程中是否违反了“法定监督义务”的意思。

#### (一) 监护职责的内涵及其与“法定监督义务”的关系

《民法典》有32处内容使用“职责”一词,虽然使用频率较高,但是“职责”并不属于精确的法律概念,没有像“权利”“义务”“责任”<sup>⑫</sup>一样成为民法范畴。简单从文义阐释,职责是一个人在其最重要的社会关系中应该进行的价值付出。具体到《民法典》总则编监护制度中的“监护职责”,既与民事权利义务关系相关联,也表现出多重涵义,

<sup>⑩</sup> 参见前注<sup>⑬</sup>,黄薇主编书,第52页。

<sup>⑪</sup> 参见前注<sup>⑭</sup>,王利明文,第60页;前注<sup>⑮</sup>,郑晓剑书,第142页。

<sup>⑫</sup> “责任”在《民法通则》中使用较为随意,如“监护责任”等,《民法典》重新确定作为民法独立范畴的“民事责任”概念,“监护责任”也修改为“监护职责”。参见李国强:《〈民法典〉民事责任制度的演进逻辑及体系解释基础》,载《当代法学》2021年第6期,第68页。

并且监护人在履行监护职责的过程中可能承担“法定监督义务”。

第一,监护职责主要表现为“保护被监护人”的义务内容。在《民法典》中,“监护职责”与“代管人职责”“代理人职责”“遗产管理人职责”以及教育机构的“管理职责”等规范内容一致,都表现出义务属性。在法定监护关系中,监护人履行监护职责亦如义务人履行义务,甚至可以说监护主要表现为基于一定身份关系对被监护人承担的义务,是法律课加给监护人的片面义务。<sup>③③</sup>而在成年意定监护关系中,监护职责可以通过意定监护协议具体约定,属于受托人的合同义务,如果没有具体约定,那么意定监护人应该履行与法定监护人一致的监护职责。根据《民法典》第34条第1款规定,监护人履行职责主要是作为被监护人的代理人,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益。“保护被监护人”的表述体现了履行监护职责本身不是权利行使,只是根据第34条第2款的规定,监护人履行监护职责也会产生相应的权利。

第二,监护职责一般与身份关系对应,或者在意定监护关系中与权利对应。法律关系中的权利和义务是对应关系,监护职责虽表现为义务属性,但在法定监护中一般并不直接对应权利。法定监护是以身份关系为基础构造的,监护职责主要表现为监护人基于身份关系须负担的内容,典型如父母对未成年子女的监护或者成年子女对父母的监护:根据《民法典》第26条的规定,父母享有对未成年子女的亲权,对子女有抚养、教育、保护的义务;成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。父母子女之外的近亲属担任监护人时承担的监护职责,通常也是在家庭职能范围实现。但随着人口老龄化,亲属作为成年监护人的可选任对象不足,亲属以外的人或组织担任监护人而构成的社会监护显著增加,此时,监护人的监护职责就并非对应身份关系,而可能只是基于公共职能等来补充家庭职能的不足。<sup>③④</sup>另外,在根据《民法典》第33条设立的成年意定监护关系中,监护人的监护职责既包含通过意定监护协议约定内容,也包括未被排除的法定监护职责,无论是否明确约定,监护职责都对应意定监护协议的合同权利,构成合同义务的内容。<sup>③⑤</sup>

第三,虽然规范监护职责的宗旨是保护被监护人,但是监护人在履行监护职责过程中也可能承担保护他人安全的“法定监督义务”。监护职责主要包括财产管理和人身保护两方面内容,无论是父母、其他近亲属作为监护人还是亲属以外的人或组织担任监护人,均概莫能外。监护人履行监护职责本身并不保护其他人,尤其是在成年监护的场合。只是因为监护人在保护被监护人人身的时候,也会因身份关系等承担一定管束的职责,如防止被监护人给他人造成危险,从而承担了保护其他人安全的注意义务。这种注意义务就是“法定监督义务”。<sup>③⑥</sup>需要注意的是,父母对未成年人子女以及成年子女对父母

<sup>③③</sup> 参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第472页;王丽:《监护二元属性新论》,载《法学论坛》2018年第6期,第151页。

<sup>③④</sup> 日本现阶段已经是社会监护超过家庭监护。草野芳郎=岡孝編集『高齢者支援の新たな枠組みを求めて』(白峰社,2016年)70頁参照。可以预见,在高龄少子化的现实下,我国也必然走向这一步。

<sup>③⑤</sup> 参见李国强:《成年意定监护法律关系的解释——以〈民法总则〉第33条为解释对象》,载《现代法学》2018年第5期,第190页。

<sup>③⑥</sup> 新井誠=赤沼康弘=大貫正男『成年後見制度:法の理論と実務』(有斐閣,2014年)126頁参照。



负担的基于身份关系的义务与监护职责不能混淆,因为并非监护人都如父母子女那样具有身份关系上的权利和义务。<sup>③7</sup>

## (二) 侵权责任编规定的监护职责和法定监督义务具有内在统一性

由于《民法典》继续秉持了《侵权责任法》确定的以救济被侵权人为核心的宗旨,<sup>③8</sup>所以解释论应结合救济被侵权人的立场进一步展开,监护人履行监护职责会同时把被监护人限定在不至于对其他人造成危险的范围内。只有探明监护职责与法定监督义务的内在统一性,才能确定《民法典》第1169条第2款、第1188条、第1189条规定的“监护职责”的侵权责任法功能。

第一,以救济被侵权人的立场解释监护人尽到“监护职责”关联的法定监督义务。被监护人因欠缺辨识违法行为的能力、不具有向外意志而给他人造成损害,此时基于自己责任原则,不应让被监护人承担责任。尤其是在未成年人监护的场合,多数情况下被监护人并无实际赔偿资力,为更好地救济被侵权人,有效的路径是由监护人承担侵权责任。监护人在履行监护职责时应对他人进行保护,以避免承担不利后果。但是,监护人并不能无条件地替代被监护人承担侵权责任,如果某种情形下无需监护的一般人造成损害时不构成侵权,则同样情形下被监护的人造成同样损害也不应构成侵权。监护职责可能是依据身份关系等而产生的法定监护,也可能是依据意定监护协议而产生的意定监护。不管是哪种监护,既然监护人和被监护人的关系都围绕监护职责展开,而法律倾向于救济被侵权人,那么监护人对被监护人除一般的监护职责外就还须关联负担更多的监督义务,以更好地保护他人的合法权益。<sup>③9</sup>不过,此种监督义务已经超出了监护制度本身设置的监护职责内容,属于与监护关系及其根据的基础关系(如身份关系等)相关的法定注意义务。

第二,监护人履行监护职责的同时具有可以控制危险的能力,构成确定的法定监督义务。<sup>④0</sup>以法定监护这一履行监护职责的典型场合为例,法定监护人对被监护人应予以全面的保护,这种持续不断的保护会形成被监护人与其他人隔离的状况,这既是对被监护人的保护,也控制了被监护人对其他人造成的危险。监护人履行监护职责能控制危险会投射于过错的构成要件,因为基于监护人与被监护人之间的密切关系,监护人应该能够预见在履行监护职责的过程中会因违反注意义务给他人造成侵权的后果。如在《民

<sup>③7</sup> 如父母对未成年子女身份上的法定义务包括进行生活上的照料,保障未成年人接受义务教育,以适当的方式、方法管理和教育未成年人,促进未成年人的身心健康发展等,一些学说将上述身份关系上的义务与监护职责混淆在一起,进而得出亲属以外的人或组织担任监护人也需要履行这些“职责”(义务)的不合理结果。参见李永军:《民法总则》,中国法制出版社2018年版,第191页;前注<sup>①3</sup>,黄薇主编书,第86页。

<sup>③8</sup> 参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第27页。

<sup>③9</sup> 参见汪倪杰:《〈民法典〉视域下监护人责任的解释论重构——以监护制度的辐射效应为视角》,载《法治研究》2024年第3期,第91页。

<sup>④0</sup> 也有观点认为不能以危险控制作为监护人承担侵权责任的根据,这会加重监护人负担,削弱监护人履行职责的积极性。参见张婧晗:《〈民法典〉监护人责任的性质再论与规范统合》,载《河南财经政法大学学报》2023年第5期,第107页。但笔者认为,让监护人承担无过错归责的广义替代责任才是加重监护人的负担,根据危险控制来确定监护人的注意义务,通过明确监护人的法定注意义务可以回归自己责任的正途。

法典》第1169条第2款规定的教唆、帮助侵权的场合,如果监护人平时对被监护人严加管束,但仍然出现被监护人被教唆、帮助而损害他人的情形,监护人就无需承担侵权责任。需要注意的是,《民法典》第1189条规定的受托人基于委托关系而负担的监护职责不属于法定监督义务,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(法释〔2022〕6号)(以下简称《民法典总则编解释》)第13条的规定可知,以履行监护职责为内容的委托关系是在监护人和受托人之间产生,具有合同相对性,即使受托人没有履行义务,也只需对作为委托人的监护人承担违约责任。<sup>④</sup>总而言之,监护人承担侵权责任是因为在履行监护职责的过程中未尽到法定监督义务而承担的自己责任,而非基于监护关系承担的替代责任。

### (三) 不同监护情形下监护人承担法定监督义务的判断

传统民法规范将未成年监护预设为监护人责任人的应用场景,无论是父母对未成年子女的亲权还是近亲属担任监护人,基于身份关系产生的义务与监护职责都容易被混淆。但是,在人口老龄化的社会背景下,成年监护制度越来越不需要依附于身份关系,选任监护人的范围扩张至亲属以外的人或组织,而且监护人选任的方式及监护职责的内容也发生了根本性改变,这在意定监护关系中表现得尤为明显。由于亲属以外的人或组织担任监护人时大多不是和被监护人一起生活,不能对监护人进行近身照顾和全面保护,成年监护逐渐走向有限监护。<sup>⑤</sup>因此,需结合监护的具体类型对监护人承担的法定监督义务进行解读。

第一,基于父母子女关系以及其他近亲属关系担任监护人的法定监督义务。根据《民法典》第27条的规定,父母是未成年子女的当然监护人,而根据《民法典》第1068条的规定,父母不仅具有教育、保护未成年子女的义务,而且应当依法就未成年子女给他人造成的损害承担民事责任。父母的监护职责是全方位的,其为子女负担的保护他人的法定监督义务也是全面的。<sup>⑥</sup>与父母对子女的监护不同,《民法典》第1069条虽然规定了成年子女对父母的法定义务,但并没有确定子女对受其监护的父母造成的损害后果承担民事责任。父母子女之外的其他近亲属担任监护人虽然都具有身份关系,但并不当然承担法定监督义务——如果被监护人和监护人之间存在家庭关系,则监护职责会受到家庭关系的影响,此时方有可能确定其承担保护他人的法定监督义务。<sup>⑦</sup>

第二,亲属以外的人或组织担任监护人的法定监督义务。亲属以外的人或组织担任监护人是作为家庭监护的补充而存在(尤其在老龄化社会中,存在很多脱离家庭组带的

<sup>④</sup> 参见朱广新:《论监护委托下被监护人致人损害的责任承担》,载《法律适用》2023年第6期,第26页。

<sup>⑤</sup> 参见李霞:《成年监护制度的现代转向》,载《中国法学》2015年第2期,第203页。

<sup>⑥</sup> 参见刘征峰:《被忽视的差异——〈民法总则(草案)〉“大小监护”立法模式之争的盲区》,载《现代法学》2017年第1期,第181页;朱广新:《未成年人保护的民法问题研究》,中国人民大学出版社2021年版,第25页。日本法还将父母作为亲权人的法定监督义务区分为具体的监督义务和概括的监督义务,具体的监督义务要求违反监督义务与损害后果有特定关联的才承担侵权责任,概括监督义务(或者称人身保护型义务)则必须证明监护人在所有的生活关系都没有懈怠监督义务。参见前注<sup>⑤</sup>,吉村良一书,第143页。

<sup>⑦</sup> 参见朱广新:《论监护人的确定机制》,载《中国应用法学》2022年第3期,第148页。

社会监护),虽然其可以在一定程度上履行监护职责、保护被监护人,但由于这些监护人一般只能定期对被监护人的生活起居、思想教育情况进行检查,难以对被监护人进行全方位的教育和管束,<sup>④5</sup>因而通常很难确定其负有法定监督义务。当然,对此应结合个案中监护人履行监护职责的具体情况进行判断,如果监护人对被监护人有管束的可能,即可确定监护人承担法定监督义务。

第三,意定监护人或委托监护的受托人一般没有法定监督义务,但特殊情况下也应承担法定监督义务。就《民法典》第33条规定的意定监护和《民法典》第1189条确认的委托监护而言,其共同特点是其监护人履行监护职责的内容都来自协议(合同)的约定。在意定监护的场合,可以通过协议约定特定的监护职责,属于约定义务。但如果意定监护协议没有明确约定监护职责或者仅约定了概括的监护职责,即相当于通过意定监护协议选任了与法定监护人职责相同的监护人,则该监护人的法定监督义务的确定应参考亲属以外的人或者组织担任监护人的情形进行判断。在委托监护的场合,根据《民法典总则编解释》第13条的规定,监护人将全部或部分监护职责委托给他人,受托人并不因此成为监护人。这就意味着受托人根据合同约定代替监护人履行监护职责时,虽然也会有管束被监护人的内容,但是并不意味着受托人应对被监护人承担义务。<sup>④6</sup>结合《民法典》第1189条规定,委托监护的受托人之过错并不包含“违反监护职责”。<sup>④7</sup>总而言之,委托监护的受托人与通过意定监护协议约定有限监护职责的意定监护人一样,负担的主要是约定义务,除非受托人在履行监护职责过程中存在其他过错,否则不需要承担侵权责任。<sup>④8</sup>此时的过错,仅是因为受托人履行约定义务时衍生出一些法定注意义务。

#### 四、监护人承担侵权责任归责原则的统一

民法学界围绕《民法典》第1188条的解释论研究多将其解读为无过错责任归责的典型,<sup>④9</sup>也有少数观点认为第1188条是过错推定责任归责,<sup>⑤0</sup>参与立法的专家编著的释义书只提到了监护人责任的归责原则一直以来都有争议,并没有明确表明采取哪种观点

<sup>④5</sup> 新井誠 = 赤沼康弘 = 大貫正男 · 前掲書 <sup>④6</sup> 125 頁參照。

<sup>④6</sup> 參見前注 <sup>④1</sup>, 朱廣新文, 第 26 頁。

<sup>④7</sup> 我國的做法與《德國民法典》第 832 條(2)項的做法不同, 德國法認為以合同承擔監督實施的人也要承擔違反法定監督義務的侵權責任, 而我國法律規定只需負擔違約責任。但是, 德國民法 1990 年以成年照管制度替代成年監護制度後, 照管人原則上只負責法律事務, 並不會產生法定監督義務。參見 [德] 迪特爾·施瓦布:《德國家庭法》, 王葆蔭譯, 法律出版社 2022 年版, 第 588 頁。

<sup>④8</sup> 參見前注 <sup>④1</sup>, 朱廣新文, 第 33 頁; 前注 <sup>④5</sup>, 李國強文, 第 191 頁。

<sup>④9</sup> 參見《民法典》第 1188 頁評注, 王竹執筆, 載鄒海林、朱廣新主編:《民法典評注·侵權責任編》(1), 中國法制出版社 2020 年版, 第 281 頁; 前注 <sup>④1</sup>, 張新寶書, 第 89 頁。

<sup>⑤0</sup> 參見侯雪梅:《挑戰與應對: 民法典時代監護人責任規則再審視》, 載《殘疾人研究》2021 年第 4 期, 第 64 頁; 前注 <sup>④3</sup>, 于飛文, 第 25 頁。另外, 楊立新教授一直按照過錯推定責任解釋《侵權責任法》第 32 條規定的監護人責任。參見楊立新:《《中華人民共和國侵權責任法》條文釋解與司法適用》, 人民法院出版社 2010 年版, 第 182 頁。

或进行解释<sup>⑤1</sup>。同时,《民法典》第1169条第2款规定的是一般过错责任归责,第1189条规定委托监护的受托人承担责任也采用一般过错责任归责,该条还同时规定了对监护人的无过错(或过错)责任归责。归责原则是确定侵权责任构成的基础,具体制度在针对同一事实的归责应该是逻辑统一的,民法解释论在具体制度的层面应考虑更多的因素,就复杂制度在体系上实现规范内容的统一性和评价的一致性。<sup>⑤2</sup>因此,有必要厘清各种情形下监护人承担侵权责任适用的归责原则。

### (一) 监护人承担侵权责任适用两种归责原则的抵牾

按照通常的理解,《民法典》第1188条是关于监护人承担侵权责任的一般规定,第1189条是委托监护场合侵权责任的特别规定,应优先于第1188条适用。虽然第1169条第2款规定于总则性章节,但因为是关于多数人侵权情形下监护人承担侵权责任的特殊规定,相比于第1188条规定而言,也应该作为特殊规定优先适用。<sup>⑤3</sup>按照前述民法学界通常的解释,作为一般规则的第1188条规定的是特殊的无过错责任归责,而第1169条第2款和第1189条却适用过错责任归责,这就会产生法律适用上的矛盾。

第一,依据《民法典》第1169条第2款,在被教唆、帮助的民事行为能力欠缺者(被监护人)实施加害行为后,教唆人、帮助人首先应单独地承担全部的侵权责任,这是因为被监护人如果没有辨识能力就没有过错,其只是教唆人、帮助人实施侵权行为的工具人,但如果此时监护人违反法定监督义务构成过错,则被侵权人可以请求监护人承担“相应的责任”。<sup>⑤4</sup>在此情形下,如果第1169条和第1188条针对监护人承担侵权责任的归责原则不同,被侵权人就会倾向于选择越过第1169条,不顾有教唆、帮助的事实,径直依据第1188条规定的无过错责任归责规范要求监护人承担侵权责任,因为如此就不用作为原告举证证明教唆、帮助的事实,也无需证明监护人有过错,除非被侵权人提前了解到监护人赔偿资力不足而教唆人、帮助人赔偿资力明显充足。因此,两个条文之间存在适用上的漏洞。

第二,依据《民法典》第1189条,委托监护的受托人基于委托关系负担履行监护职责相关内容的合同义务,只应对委托人(即监护人)承担不履行合同的违约责任。如果此时被监护人的行为给他人造成了损害,也应该认定是监护人而非受托人没有尽到法定监督义务。在此情形下,基于对第1188条属于无过错归责的理解,应该由监护人承担责任。但是,第1189条后半句又规定受托人有过错的要承担相应的责任,这个相应的责任是独立于监护人责任的过错责任。对于此过错的判断,有的学说认为是因为受托人没有尽到“管理和教育”的监护职责,<sup>⑤5</sup>但如果这样理解的话,第1188条和第1189条就存在

<sup>⑤1</sup> 《民法典》释义书表达的是既非无过错责任归责原则也非过错责任归责原则。参见前注<sup>④9</sup>,黄薇主编书,第86页。

<sup>⑤2</sup> 参见[德]克劳斯·威廉·卡纳里斯:《法学中的体系思维与体系概念——以德国私法为例》(原书第2版),陈大创译,北京大学出版社2024年版,第61页。

<sup>⑤3</sup> 参见杨立新:《教唆人、帮助人责任与监护人责任》,载《法学论坛》2012年第3期,第54页。

<sup>⑤4</sup> 参见《民法典》第1169条评注,叶名怡执笔,载前注<sup>④9</sup>,邹海林、朱广新主编书,第56页。

<sup>⑤5</sup> 参见《民法典》第1189条评注,王竹执笔,载前注<sup>④9</sup>,邹海林、朱广新主编书,第288页。

矛盾,因为被侵权人既可以向监护人主张无过错的监护人责任,也可以向委托监护的受托人主张过错责任,且根据的事实也是一样的,这将导致重复赔偿。笔者认为,第1189条规定的受托人的过错,并非因受托人没有履行作为受托义务的监护职责而构成,而应该是其履行职责时因违反其他法定注意义务而导致的过错。如此解释,受托人即可以和监护人依据过错比例分担责任。<sup>⑤6</sup>

## (二) 不应以无过错归责原则解释《民法典》第1188条

笔者认为,上述涉及监护人承担侵权责任的规则之间存在适用上矛盾的根源,在于对《民法典》第1188条的无过错责任归责的理解。我国民法理论一直以替代责任解释监护人责任,将第1188条与规定典型替代责任的第1191条作一致的理解。但是,第1191条规定的用人者责任是基于劳动关系等用人关系承担的替代责任,其理论根据是“人格吸收”及“经济实力优势”两个前提性的假设。<sup>⑤7</sup>而监护人责任的前提条件是被监护人不具有独立承担责任的资格(无民事责任能力),监护人承担侵权责任是因为其违反了法定监督义务,是对自己不作为的后果承担责任,应属于自己责任而非替代责任。

当然,将监护人责任解释为无过错责任归责在《民法典》之前的时代背景下具有现实合理性。因为《民法通则》和《侵权责任法》预设的应用场景是未成年人监护,以父母为典型的监护人,其与被监护人既具有身份关系又共同生活,对被监护人具有全面的监管能力。但即使在未成年监护的场合,无过错责任归责的解释也存在漏洞,例如,将监护人责任解释为替代责任的“他人行为说”一方面不承认被监护人具有为侵权行为的民事责任能力,另一方面又直接基于保护被监护人以及他人的目的确认监护人承担无过错责任,其理由是:监护人不仅有义务保护被监护人不受他人的损害,而且有义务防止被监护人加害于他人。<sup>⑤8</sup>这个理由实际上认为监护人是基于违反义务而承担的自己责任,与无过错责任归责根据的替代责任并不一致。

将《民法典》第1188条解释为无过错归责与人口老龄化背景下的成年监护制度更加不契合。因为,成年监护的对象群体主要是“不能完全辨认自己行为”的老年人,基于《民法典》第35条第3款确立的协助决策模式的监护职责履行原则,监护人要最大程度地尊重被监护人的真实意愿,保障并协助其实施民事法律行为,尤其是,在亲属以外的人或组织担任监护人时,其并不能将老年人作为“危险源”加以严格管控,因而很多情况下也无法对被监护人近身照顾和管束。<sup>⑤9</sup>在意定监护的场合则更是如此,监护人可能只是根据意定监护协议的约定进行有限的财产管理和人身保护。<sup>⑥0</sup>因此,在成年

<sup>⑤6</sup> 也有观点将第1189条解释为抗辩规范而非独立的请求权基础,理由是如果将其理解为请求权基础规范,则被侵权人须证明委托关系的存在和受托人的过错,而这显然难以证明且对被侵权人是不公平的。参见徐涤宇、张家勇主编:《中华人民共和国民法典评注(精要版)》,中国人民大学出版社2022年版,第1246页。

<sup>⑤7</sup> 参见王成:《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》,载《清华法学》2023年第5期,第39页。

<sup>⑤8</sup> 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第528页。

<sup>⑤9</sup> 参见前注<sup>⑤0</sup>,侯雪梅文,第62页;熊金才、孙焱:《民法典基层组织监护职责法条解析及其适用》,载《汕头大学学报(人文社会科学版)》2022年第5期,第33-35页。

<sup>⑥0</sup> 参见前注<sup>⑤5</sup>,李国强文,第192页。

监护场景下对负担有限监护职责的监护人进行无过错责任归责与履行监护职责的事实严重不符。<sup>①</sup>

需要注意的是,在《民法典》规定的无过错责任归责的典型规则中,如环境污染和生态破坏责任、高度危险责任等,即使行为人证明自己没有过错也不会影响责任构成,甚至不会导致免除或减轻责任,而第1188条却规定了监护人“尽到监护职责”可以减轻责任的条件,这种规定显然不符合无过错责任归责的逻辑。<sup>②</sup> 如果认为监护人在履行监护职责的过程中承担的是法定监督义务的话,那么尽到监护职责就会关联到没有过错。可见,这种过错条件的规定也可以证明第1188条并没有确立无过错责任归责原则,参与立法者编著的《侵权责任法》释义书的解释也一定程度上反映了这种观点。<sup>③</sup>

### (三) 基于违反法定监督义务确定统一的过错责任归责原则

解决上述问题的关键是将《民法典》第1169条第2款、第1188条、第1189条的归责原则作一致理解,以过错责任归责原则统一监护人承担侵权责任的规范解释。其中,将第1188条解释为过错推定的特殊过错责任归责。过错推定归责规定于第1165条第2款,其典型应用场景的表述为“不能证明自己没有过错”,抑或是关联到违反不作为义务,表述为“能够证明尽到教育、管理职责”(如《民法典》第1199条)。与这些规范内容类比,第1188条规定的尽到监护职责可以减轻责任与过错推定责任的逻辑是一致的。这种解释与传统民法代表《德国民法典》《日本民法典》一致,这些民法典规定的都是过错推定责任。我国传统作无过错责任归责的理解是由于在未成年人监护的场合比较容易从客观上推定过错所导致,这是因为监护人和被监护人具有共同生活的家庭关系而相对严格地认定过错。当然,法律也可以针对父母对未成年子女监护单独规定无过错归责,例如,法国通过判例在父母的责任推定事实上确立无过错责任归责。<sup>④</sup> 但与法国不同,我国《民法典》没有区分未成年监护和成年监护,而是一体规定了监护人责任,如此便不能把仅适合未成年人监护的特殊做法用作一般规则的解释。

如果确定《民法典》第1188条是过错推定的特殊过错责任归责,那么监护人就是因违反法定监督义务而承担过错责任,这就可以统一解释《民法典》第1169条第2款、第1189条规定的侵权责任构成。在第1169条第2款规定的教唆、帮助侵权的场合,教唆人、帮助人因过错承担全部责任,监护人因过错承担相应的责任,最终由教唆人、帮助人和监护人承担部分连带责任。在第1189条规定的委托监护的场合,因未尽到监护职责而违反法定监督义务是监护人的过错,即使受托人未履行合同约定的监护职责,其也仅需对委托人(监护人)承担违约责任;因受托人有履行监护职责之外的过错导致被监

<sup>①</sup> 日本学者在论述成年监护人违反法定监督义务的责任时,认为成年监护人没有防止被监护人对他人造成损害的权限,原则上没有法定监督义务,只能是根据日本民法典第709条承担一般的过错责任。上山泰「成年後見人等と民法714条の監督責任」家族〈社会と法〉20号(2004年)72頁参照。

<sup>②</sup> 参见前注<sup>③</sup>,于飞文,第20页。

<sup>③</sup> 《侵权责任法》的释义书认为监护人责任不能简单地将其归为无过错责任或者过错推定责任。参见前注<sup>①</sup>,王胜明主编书,第180页。

<sup>④</sup> 参见前注<sup>①</sup>,王泽鉴书,第489页。

护人造成损害后果的,可以在委托监护的受托人和监护人之间进行过错的比较,从而确定按份责任。

## 五、被监护人“有财产”与监护人承担责任的动态体系考量

从《民法通则》第133条到《侵权责任法》第32条,再到《民法典》第1188条,学界普遍对条文第2款规定的内容进行抨击,<sup>⑥5</sup>对于该条款的解读包括“平行关系说”“递进关系说”“内外关系说”等诸多学说。其中,“平行关系说”认为,《民法典》第1188条第1款和第2款适用于两种不同的前提。第1款适用的前提是被监护人没有财产,此时由监护人承担侵权责任。第2款适用的前提是被监护人有自己的财产,此时应当由被监护人首先承担责任,监护人承担的是补充责任,只有在被监护人的财产不足时,才由监护人承担补充责任。<sup>⑥6</sup>“递进关系说”认为,《民法典》第1188条第1款和第2款不是平行适用的关系,第2款相对于第1款而言是一种递进关系的规则。其中,第1款确立的是监护人承担侵权责任的一般规则,第2款是处理特殊情况时的特别规则,但该特别规则并非否认由监护人承担侵权责任的一般规则,只是为了给予被侵权人以充分救济而对监护人与被监护人责任财产相互区分的原则予以突破,从而可以从被监护人的财产中支付赔偿费用,这是对被监护人与监护人强加的一种公平责任。这种责任要求有财产的被监护人须独立承担责任,以周全救济受害人,如果受害人仍不能从被监护人处获得完全赔偿,监护人须无条件地第二次负担赔偿责任。<sup>⑥7</sup>“内外关系说”认为,《民法典》第1188条的两款规定分别调整对外和对内关系,其中第1款是对外承担责任的基础规则,第2款则是调整监护人和被监护人之间的内部关系,这里所说的内部关系是监护人与被监护人之间的责任分担关系。<sup>⑥8</sup>

笔者比较赞同“内外关系说”的观点,《民法典》第1188条第2款规定实际上是从救济被侵权人的角度出发的现实考虑的结果,在被侵权人受到来自被监护人加害行为的情况下,结合监护制度规范的体系逻辑,如果被监护人有独立的财产,从其财产中支付赔偿既有利于保护被侵权人,也有利于减轻监护人的负担。这在未成年人监护的场合有一定合理性,被监护人一般很少有独立的财产,而且未成年人多与父母等监护人共同生活,造成他人损害的,是用其父母等监护人的财产进行赔偿,只有在被监护人有独立财产的情况下,才应当从其财产中支付赔偿。<sup>⑥9</sup>这种解释与成年监护的现实更加契合——在老龄化背景下,成年监护的对象范围扩大,很多被监护人都有独立的财产,尤其

<sup>⑥5</sup> 参见前注③,郑晓剑文,第34页。

<sup>⑥6</sup> 参见前注③,程啸书,第428页。

<sup>⑥7</sup> 参见薛军:《走出监护人“补充责任”的误区——论〈中华人民共和国侵权责任法〉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,第120页。

<sup>⑥8</sup> 参见前注②,陈帮锋文,第104页。

<sup>⑥9</sup> 参见前注①,王胜明主编书,第180页。

是限制行为能力的老年人因为经常参与社会交往也容易给他人造成损害,即使这些被监护人因为没有辨识能力不能独立承担侵权责任,从其独立的财产中支付赔偿也符合公平原则。不过,在此前提下,对被监护人“有财产”与监护人承担侵权责任的关系还需要进一步阐释。

动态体系处于固定要件和一般条款之间,以特别的方式在正义的一般化和个性化倾向的两极性之间取得平衡,<sup>⑩</sup>基于体系的动态性考量,对加害人、受害人财产状况的社会性衡量也构成损害赔偿的要素之一。按照这一逻辑,《德国民法典》第829条构造的是在加害人(被监护人)和受害人之间进行公平分担损失的规则,加害人分担损失的前提是受害人无法得到侵权责任的保护。<sup>⑪</sup>与德国做法不同的是,我国《民法典》第1188条第2款是在基于第1款确定监护人承担侵权责任的前提下,在监护人和被监护人之间公平分担损失。可以认为,被监护人“有财产”是对监护人承担侵权责任构成要件简单类型化缺陷进行补正的要素,以帮助在救济被侵权人和保护监护关系之间进行平衡。

### (一) 被监护人“有财产”是损失分担机制的衡量要素

前述作为主流观点的“平行关系说”将《民法典》第1188条第2款理解为监护人承担补充责任,认为该条款是一个独立的请求权基础,与该条第1款是并列的关系,进而使被监护人“有财产”成为承担侵权责任的前置性条件。<sup>⑫</sup>这种观点似乎符合救济被侵权人的价值衡量,一定程度上也可以减轻监护人的负担,在亲属以外的人或组织担任监护人的情况下,尤其是成年监护的场合,更具有现实意义。但是,如果仅以被监护人“有财产”作为责任构成条件,就会完全破坏第1188条第1款规定的责任构成逻辑,转而形成一个完全依据有无财产归责的不当结果。<sup>⑬</sup>而且,按照被监护人有无财产确定后果归结在实践中也不可行,很容易在诉讼程序中导致司法机关的选择性难题——究竟是由原告方举证证明被监护人有财产而适用第2款,还是由被告方的监护人举证证明被监护人有财产而自己可以减轻赔偿责任甚至免责——显然,无论怎么做都是不合理的。所以,被监护人“有财产”不应该成为承担侵权责任的前置性条件。监护人根据《民法典》第1188条第1款承担侵权责任是因为履行监护职责过程中违反了法定监督义务,从根本上说,监护职责和法定监督义务都是因保护被监护人而产生的,所以即使被监护人不具有承担侵权责任的资格,从结果上考虑以被监护人的财产支付赔偿也符合公平原则。因此,第2款不应该成为给被监护人强加独立责任的依据,其只是规定可以被监护人的财产来支付赔偿费用。<sup>⑭</sup>

通过考量被监护人“有财产”的要素,民法试图处理特定情况下被监护人和监护人

<sup>⑩</sup> 参见前注<sup>⑤</sup>,克劳斯·威廉·卡纳里斯书,第74页。

<sup>⑪</sup> 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》(原书第5版),齐晓琨译,法律出版社2006年版,第191页。

<sup>⑫</sup> 参见前注<sup>③</sup>,程啸书,第433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222页。

<sup>⑬</sup> 参见王竹:《侵权责任法疑难问题专题研究》(第3版),中国人民大学出版社2023年版,第322页。

<sup>⑭</sup> 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,第16页。



之间的利益平衡问题,从而克服被监护人和监护人的财产独立可能导致的对受害人救济落实不利的影响。<sup>⑤</sup>最高人民法院的观点也证明了应作此理解——《关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释(一)》(法释〔2024〕12号,以下简称《民法典侵权责任编解释(一)》)第5条第1款的规定表明,被侵权人应该请求承担责任的主体是监护人,不能单独请求被监护人承担侵权责任,监护人也不能以被监护人有财产来抗辩。需要注意的是,《民法典》第1188条第2款的表述混淆了责任归结和支付赔偿。由于该款使用了“不足部分,由监护人赔偿”的不精确表述,有的学者就将之理解为在被监护人“有财产”的情况下首先用被监护人的财产支付补偿,该财产补偿无法填平受害人的损害时,受害人可以继续向监护人主张侵权责任的赔偿。<sup>⑥</sup>这种理解在体系逻辑上有漏洞,补偿应该是在不能承担侵权责任后的损失分担,属于最后的救济。如果补偿不足还可以要求承担侵权责任赔偿,那么监护人最终承担的还是侵权责任吗?显然,符合监护制度宗旨的合理逻辑只能是,监护人因为履行对被监护人的监护职责过程中违反了法定监督义务而承担侵权责任,考虑到其法定监督义务是因保护被监护人权益而产生,在赔偿时因为被监护人有独立于监护人的财产,所以从被监护人的财产中支付赔偿金,不足部分由监护人以自己的财产支付。

## (二)“相应的责任”与被监护人“有财产”的关系

《民法典》第1169条第2款、第1189条都规定了“相应的责任”,按照前文所述,前者是监护人基于违反法定监督义务承担的过错侵权责任,后者是委托监护受托人基于违反其他注意义务承担的过错侵权责任。因为这两条规范都会出现监护人与其他责任主体构成多数人侵权的情况,所以,必须同时考虑被监护人“有财产”对责任构成的影响。

在适用《民法典》第1169条第2款时,首先由教唆人、帮助人承担侵权责任,监护人是依据过错承担相应的责任,此相应的责任和教唆人、帮助人承担的责任构成部分的连带责任。<sup>⑦</sup>最高人民法院在司法解释中也采此观点,《民法典侵权责任编解释(一)》第12条规定表明,教唆人、帮助人应承担全部侵权责任,监护人在未尽到监护职责的范围内与教唆人、帮助人共同承担责任,最后的责任分担则依据教唆人、帮助人和监护人的过错比例确定,但教唆人、帮助人要先承担连带责任,而且不得主张和监护人承担按份责任。需要注意的是,按照《民法典侵权责任编解释(一)》第12条第2款的规定,监护人先行支付赔偿费用后,就超过自己相应责任的部分可以向教唆人、帮助人追偿。可见,该规定认为教唆人、帮助人应承担全部责任,而监护人承担的“相应的责任”是补充责任。其次,在监护人需要承担过错责任时,应继续适用第1188条第2款的规则,如果被监护人有财产的,应当先用被监护人的财产支付赔偿费用,不足部分再由监护人的财产

<sup>⑤</sup> 参见前注<sup>⑥</sup>,薛军文,第122页。

<sup>⑥</sup> 参见前注<sup>③</sup>,汪倪杰文,第98页。

<sup>⑦</sup> 参见程啸:《我国侵权法上“相应的责任”的体系解释》,载《环球法律评论》2024年第3期,第109页。也有观点认为构成按份责任,但这种观点就脱离了第1169条第1款的规定,逻辑上不严谨。参见第1169条评注,叶名怡执笔,载前注<sup>④</sup>,邹海林、朱广新主编书,第56页。

支付。<sup>⑦⑧</sup>也就是说,被监护人“有财产”只是在监护人承担责任时的衡量要素。

在适用《民法典》第1189条时,被侵权人既可以向监护人主张监护人责任,也可以向委托监护的受托人主张因其他过错而需承担的“相应的责任”。有的观点认为监护人和监护受托人之间构成不真正连带责任,也有的观点认为构成部分连带责任。<sup>⑨</sup>但按照前文所述的观点,委托监护人的受托人负担履行监护职责是合同义务,未履行监护职责构成违约责任,而其“相应的责任”应该是基于其他过错构成,受托人和监护人承担的是按份责任而非连带责任。因此,在监护人承担的责任中,直接按照第1188条第2款适用即可,并不会影响到委托监护的受托人承担的责任。但是,依照《民法典侵权责任编解释(一)》第10条第1款的规定,受托人和监护人是共同承担责任,不是承担按份责任;而依照该条第2款,监护人承担责任后可以按照《民法典》第929条委托合同的相关规定向受托人追偿,两款的规定存在逻辑上的矛盾,将委托监护受托人的违约责任和其因过错承担的侵权责任混淆了,应予纠正。

## 六、结 论

民法体系具有开放性,“体系的从来不是将科学或法律的发展固定在某种特定的状态,而只是展示当前取得的所有认识之间的整体关联,保证相互之间的协调性,特别是帮助人们更加容易地确定某一特定点上的变动,会因为内在一致性的命令而对其他位置产生任何反作用”<sup>⑩</sup>。虽然《民法典》第1169条第2款、第1188条、第1189条有关监护人承担侵权责任的规定基本延续了《侵权责任法》的做法,但是在人口老龄化的背景下,监护制度的重心已经从替代决策模式的未成年监护转移到协助决策模式的成年监护,仍仅按照之前的经验逻辑去解释法律条文已无法应对现实的问题,所以应结合《民法典》的体系化逻辑重新进行解释,同时,民法理论必须时刻准备好质疑既有的法学理论体系,并基于更新、更好的认识扩展或改变体系。

在老龄化背景下,解释监护人承担侵权责任需要从《民法典》体系解释的层面理顺逻辑,解决相关法律条文之间的关系问题。对《民法典》第1169条第2款、第1188条、第1189条应遵循统一的法律逻辑进行解释,明确所谓“无民事行为能力人和限制民事行为能力人”的表述只是借用民事行为能力来确立民事责任能力,而“未尽到监护职责”的规定对应的是监护人违反法定监督义务,在此基础上,明确监护人承担侵权责任是基于过错责任归责的自己责任而非基于无过错责任归责的替代责任。由此,《民法典》第1188条适用的应是过错推定的过错责任归责原则,进而与《民法典》第1169条第2款、第1189条规定的过错责任归责实现评价一致性。在教唆、帮助侵权的场合,教唆人、

<sup>⑦⑧</sup> 参见前注<sup>⑤</sup>,杨立新文,第48页。

<sup>⑨</sup> 张新宝教授认为构成不真正连带责任,而程啸教授认为构成部分连带责任。参见前注<sup>④</sup>,张新宝书,第93页;前注<sup>⑦</sup>,程啸文,第109页。

<sup>⑩</sup> 前注<sup>⑫</sup>,克劳斯·威廉·卡纳里斯书,第61页。

帮助人应承担全部侵权责任,监护人因其过错承担相应的责任,并最终与教唆人、帮助人承担部分连带责任。在委托监护的场合,因未尽到监护职责而违反法定监督义务是监护人的过错,即使受托人未履行监护职责也仅对委托人(监护人)承担违约责任,在受托人有履行约定义务之外的过错导致被监护人造成损害后果的,受托人和监护人承担按份责任。另外,当事人财产状况的社会性衡量也构成损害赔偿的要素之一,被监护人“有财产”作为要素可以弥补监护人承担侵权责任构成要件简单类型化的缺陷,在救济被侵权人和保护监护关系之间进行平衡。

---

**Abstract:** Innovative reform of the guardianship system against the backdrop of an aging population has systemic effects. Although articles 1169(2), 1188, and 1189 of the *Civil Code*, which regulate the tort liability of guardians, have not been substantially improved, the logic of their systematic interpretation must be re-examined. After the General Provisions of the *Civil Code* abandoned the broad concept of civil capacity, interpretative theory needs to address the issue of liability subjects by linking the conditions of civil capacity to civil liability capacity. This, in turn, determines the conditions under which guardians fulfill their statutory supervisory obligations in the course of performing their guardianship duties. It clarifies that the fault-based liability principle should be uniformly applied when guardians assume tort liability. In cases of instigating or aiding a tort, guardians shall bear corresponding liability due to their fault and shall be jointly and severally liable in part with the instigator or aider. In cases of entrusted guardianship, the trustee shall only be liable for breach of contract to the principal (guardian) for failure to perform guardianship duties. Only when the trustee's fault, beyond the failure to perform agreed obligations, results in harm to the ward, shall both the trustee and the guardian bear several liability according to their respective faults. Based on dynamic considerations of the legal system, the normative element of the ward 'having property' serves as a correction to the simplistic typification defect in the constitutive requirements for guardians' tort liability. This strikes a balance between remedying the injured party and protecting the guardianship relationship.

---

(责任编辑:任彦)