

# 论未成年人侵权责任能力类型化构造

——基于民法典的内外在体系

席志国

(中国政法大学民商经济法学院,北京 100088)

**摘要:**“未成年人致人损害责任体系”向来为民法学中的疑难问题,民法典编纂过程中亦存在较大的争议。未成年人致人损害责任体系的核心在于未成年人责任能力制度,而未成年人责任能力之构建又取决于法律体系所欲实现的内在价值体系。自民法通则以降,我国法律完全否认了未成年人的责任能力,从而由其监护人承担法律责任。此种立法模式固然实现了充分保障受害人利益和未成年人利益的价值追求,但是却并未能够兼顾其他现代侵权责任法所追求的价值。法学、心理学、人类学、社会学、教育学以及经济学等新的研究成果共同指向只有将未成年人的责任能力按照其年龄予以类型化,也即区分为绝对无责任能力与相对无责任能力,才能够在损害预防、受害人保护、未成年人养成、鼓励父母养育子女等诸多现代民法典的内在价值体系中实现最佳平衡。

**关键词:**未成年人;责任能力;法律体系;过错原则

**中图分类号:**DF529 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2020)03-0054-09

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2020.03.006

## 一、缘起

当前全国人大宪法和法律委员会组建的民法典起草小组已经完成了民法典草案的第三次审议,即将提交全国人民代表大会予以讨论表决,值此关头为民法典草案的最终完善积极建言献策当为学界不可推卸之责任与历史使命。民法典草案在德国民法典所确立的潘德克吞体系的基础上形成了七编制的篇章结构,其中第七编为侵权责任编。民法典草案侵权责任编三审稿未就未成年人致人损害之法律责任的规范体系做实质性的修改,基本上沿袭了侵权责任法与民法通则的做法。这似乎表明该规范体系已经是非常完善并为社会各界所普遍接受的制度了。然而在笔者看来,在新时代背景下,这一

**收稿日期:**2020-03-31

**基金项目:**国家社会科学基金重大项目“民法典编纂的内部与外部体系研究”(18ZDA141);中国政法大学科研创新项目“农地‘三权’分置在民法典物权编中的体系化构建”(19ZFG82011);中央高校基本科研业务专项资金资助项目

**作者简介:**席志国,男,中国政法大学副教授,法学博士,德国波恩大学、美国爱荷华大学访问学者,主要从事民商法学研究。

规范体系恰恰是民法典侵权责任编中最需要修订和完善的制度,毋宁说无论就内在的价值体系而言,还是外在逻辑体系而言都值得进一步推敲与反思,故此我们应当籍民法典编纂之契机对其加以调适。民法典的编纂是我国法治进程中的里程碑事件,因此与以往的单行法相比,民法典的编纂对立法技术提出了更高的要求,每一个制度、每一个条文、每一个概念都必须经过千锤百炼、反复推敲,如此重大的制度更不能轻易错失此次法典编纂之契机<sup>[1]</sup>。

未成年人致人损害法律责任制度是整个侵权责任法中最复杂的制度之一,需要谨慎处之。就侵权责任法的外在体系而言,该制度不但涉及侵权责任编内部的体系性协调,而且还必须与民法典其他各编进行相应的体系性协作。2017年10月1日起开始实施的中华人民共和国民法总则所确定的潘德克吞立法体例决定了体系的重要性,也决定了民法典草案的基本路径<sup>[2]</sup>。首先,该制度必须与民法总则中关于监护人义务与责任的规定相协调;其次,该制度势必涉及亲属法中父母与子女等亲属关系的问题从而存在相互调适的必要性;再次,则会涉及合同法的问题,如在委托监护中被监护人致人损害的,如何在法定监护人与委托监护人之间进行利益平衡的问题,其责任基础在于委托人与被委托人之间的合同关系而非其他;最后,其亦涉及侵权责任法内部的责任关系的契合问题,即一般侵权行为与特别侵权行为相互之间的调适问题。就内在体系而言,则事涉监护人与被监护人、监护人与一般第三人、被监护人与一般第三人之间的利益平衡问题。而在这一利益平衡的过程中要考虑的因素亦牵涉诸多,包括但不限于历史传统因素、伦理道德因素、家庭政策因素、文化因素、经济因素与社会因素等。况且,这些因素随着时代的推移其相互之间的关系和价值顺位还会不断发生变化。正因如此,我国民法学界对于民法典草案所继受之侵权责任法与民法通则上关于被监护人侵权之规范体系之解释向来分歧严重。这些分歧包括但不限于以下五个方面的问题:第一,我国民法上是否存在责任能力制度?若存在其究竟是如何构建与实现的?第二,监护人对于未成年人致人损害所承担的责任究竟是何种责任?是替代责任还是自己责任?其理论基础何在?第三,《侵权责任法》第32条第2款如何进行解读?究竟是公平责任抑或是责任能力的基础?第四,委托监护人的责任如何认定?委托监护人与监护人之间的内部责任如何划分?第五,被监护人在学校等教育机构生活期间致人损害的,学校等教育机构应当承担何种责任?其与监护人之间的内部责任如何划定?学说上的分歧必然会折射到司法实务之中,法院在审理这一类型的案件时,经常会出现同案不同判的现象。盖不同的法院、不同的合议庭、不同的法官对于该法律制度的理解与解释恰与学理一样存在分歧。诚然,这些分歧也并非只有通过立法才能化解,事实上也可以通过司法实务与学说的共同努力借助法律续造而进行解决。然而这一过程必将漫长的,这也正是法律续造本身固有特质。民法典的编纂为解决这一问题提供了契机,学界必须抓住这一良机推动法典在包括这一规范体系在内的全面优化,不能任由该问题继续存在,否则必然违背了民法法典化的初衷。鉴于篇幅的限制,本文则集中精力解决其中最为基本的问题——未成年人的责任能力制度。

## 二、未成年人责任能力之意义及立法现状

查世界各国之法律,多数国家均将未成年人致他人损害之责任的规范体系独立于一般侵权行为而单独加以处理,其根本原因不外乎:一般侵权行为系采取过错责任,而过错的前提条件是行为人具有认识其行为之危险性与违法性的意思能力(Willensfaehigkeit),否则即无从谈起过错之有无,亦无法对其苛以相应的法律责任。对于该意思能力之有无,最好的做法当然是个案予以认定,但是一般而言法律为了简化适用上的难度退而求其次以年龄为标准进行了强行的界分<sup>[3]137</sup>。学说上将能认识到行为之危险性及其违法性,从而须为自己侵害他人权益的行为承担责任之资格以“责任能力”(Zurechnungsfahigkeit/Deliktsfahigkeit)定义之。有责任能力的自然人(包括有责任能力的未成年人)须对自己的行为负责,此为自己责任与过失责任之基本要义;而对于没有责任能力的未成年人则法律必

须解决在什么条件下受害人得以请求对于该未成年人负有监督义务之人(通常为其父母)承担责任。当然对于责任能力之定义,在我国尚有不同的观点,依据刘保玉教授与秦伟教授的研究共有五种不同的界定,分别是民事行为能力包容说(广义民事行为能力说)、侵权行为能力说、意思能力说、识别能力说以及独立责任资格说<sup>[4]</sup>。唯我国通说仍然沿袭大陆法系的传统定义,采取侵权行为能力说<sup>[5]</sup>。

民法典草案中作为未成年人责任能力之基础的是第1188条,该条第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。”该条完全继受了《侵权责任法》第32条第1款和《民法通则》第133条第1款之规定,未进行任何修改。关于民法通则与侵权责任法是否采纳了责任能力制度的问题,我国学者之间向来存在较大的争议,持肯定说者与持否定说者均不在少数<sup>[6]</sup>。如王利明教授认为“从根本上说,我国《侵权责任法》未采纳责任能力制度,是从侵权法的救济功能出发而作出的选择,同时也是对我国长期以来立法和司法实践经验的系统总结。”<sup>[7]</sup>李永军教授亦认为“在我国,无论是民法通则,还是侵权责任法都没有规定责任能力,仅仅规定了行为能力。行为能力显然不同于责任能力,它是积极行为的能力而非消极行为的能力。有完全行为能力者当然要承担责任,但无行为能力或者限制行为能力人是否承担责任,我国法上很不明确。从我国法院的司法态度和判例体现出来的规则看,司法中不用‘责任能力’这样的概念。”<sup>[8]</sup>在笔者看来,我国立法上虽然并未明确采纳“责任能力”这一概念,但是并不等于没有承认责任能力之实,只不过是责任能力包含在“行为能力”这一概念之下了。换言之,我国立法上的行为能力采取的是广义的定义,既包括了狭义的行为能力——法律行为能力(Geschäftsfähigkeit),又包括了责任能力(Deliktsfähigkeit)。对此佟柔教授指出“公民的行为能力,是指公民通过自己的行为取得民事权利和设定民事义务之资格。行为能力不仅包括公民为合法行为的能力,而且也包括公民对其违法行为应承担责任的能力。”<sup>[9]</sup>有学者将我国立法上的这种做法称之为“制度同构化”,“我国民事立法秉持责任能力与行为能力‘同构化’的立场,将行为能力一体适用于民事合法行为和民事违法行为,即将责任能力融于行为能力之中,有行为能力方有责任能力”<sup>[10]</sup>。将责任能力与行为能力同构的做法,来源于苏联民法典。苏联民法典将未成年人分为无行为能力人与限制行为能力人,不满14周岁的未成年人为无行为能力人,14周岁以上的未成年人为限制行为能力人。无行为能力人则无责任能力对其造成的损害无须承担责任,而限制行为能力人对其造成的损害须与其监护人承担连带责任。1922年的《苏俄民法典》第405条规定:“无行为能力人对于其所致之损害不负责任,负有监管义务之应代为负责。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。”我国民法通则虽然接受了苏联关于民事行为能力与责任能力同构的做法,但是也并没有完全照搬,而是依照我国当时的国情进行了相应的改造,即将无行为能力人与限制行为能力人均作为无责任能力人加以规定<sup>[11]</sup>。

由此可见,我国立法上是将责任能力完全等同于行为能力,而且也没有像行为能力那样在无责任能力人与完全责任能力人之外另行承认一类限制责任能力人。依据《民法典草案》第1188条第1款之规定,完全行为能力人即为完全责任能力人,应当对其全部违法行为承担法律责任;无行为能力人与限制行为能力人则均为无责任能力人,无论其实施何种损害行为均不构成民法上的侵权行为,因而其自身也无需对此承担损害赔偿等责任。自比较法上予以观察,责任能力这一概念也仅仅是在学理上使用来描述法律规范,在立法上很少直接使用责任能力这一概念。相反,立法上仅仅是规定什么年龄的人以及具有何等认知能力的人负担或者不负担何种侵权责任而已。由此看来,问题的关键并不在于我国法律上是否有责任能力制度,相反在立法上究竟应当如何构建未成年人的责任能力制度,具体而言包括但不限于如下几个方面:应当选择什么样的标准来构建未成年人的责任能力?是单纯的年龄标准抑或是需要附加个人实际认知能力标准?其中年龄标准究竟应当以哪一个年龄段为准?是应当如同现行民法典草案所继受民法通则与侵权责任法那样将所有未成年人均作为无责任能力人,还是应当对其

再进一步类型化?对这些问题的回答,必须建立在前文所阐释之民法典的内在价值判断与利益评价的基础之上,同时又必须要符合民法典的外在逻辑体系。

### 三、未成年人责任能力之证成

依据《民法典草案》第1188条的第1款并结合《民法总则》第17~20条之规定,凡是不满18周岁的自然人均为未成年人,均属于无责任能力人,均无需对其致害行为承担法律责任。由于我国立法向来没有立法理由书,故对于立法者之历史上的主观目的很难获得,随着时间的推移就更加扑朔迷离了。这里我们只能自法律规范之内容中探寻其客观的立法目的:民法典草案所继受之民法通则与侵权责任法的做法大体上是基于如下几方面的考量:首先是出于保护未成年人利益的需求。通过责任能力制度避免心智尚未健全的未成年人对自己所无法认知和控制的行为承担不利后果,以防止其日后进入社会负担过重之债务而阻止其人格的健全发展,这一点与法律行为能力考量相同。其次则是保护受害人利益的需要。该基本判断在于未成年人往往没有承担损害赔偿的财产,若法律规定由引起损害的未成年人承担责任,势必导致多数受害人无法获得相应的赔偿。再次是简化法律之适用,基于此不采纳多数国家与地区法律将特定年龄段以上的未成年人的责任能力有无交给法官予以个案判断的做法。《民法典草案》对于未成年人的责任能力采取了一刀切的做法,避免了法官在个案中再进行利益衡量。因而极大地简化了法律之适用,并因此降低了“同案不同判”现象的发生概率。应当说,这些理由在民法通则制定的时代具有其正当性。然而时过境迁,无论是就全球范围还是仅就我国而言,社会各个方面早已发生了天翻地覆的变化,故作为民法通则责任能力制度基础的理由是否还足以支撑起民法典采取相同规范方式则需要进一步予以检讨。

第一,就保护未成年人利益而言,尽管当前这一价值判断本身并未发生实质性变化,但是就如何对待未成年人才是对其发展最为有利的观念已经在心理学、教育学、伦理学、社会学与人类学等学科共同研究成果的基础上发生了实质性的变化与更新。保护未成年人、促进未成年人的健康成长并使其成长为独立、勇敢、正义、负责任的公民社会的合格成员,必须让未成年人按照其年龄和智力发育的程度逐渐进入社会生活,在社会生活中逐渐历练成长,唯其如此未成年人的人格始得以养成。而若将未成年人一直放在温室里不敢让其经历任何风雨洗礼,社会各界是无法期待其能够成长为所共同期待中的合格成员的。为此,必须要给予未成年人一定程度的自由行为的空间,以便于其能够逐渐养成独立应对社会所固有的各种风险的能力。侵权责任法绝对不能为了避免损失的目的而试图让父母把孩子们都装在套子里,凡事都要干预与控制的父母绝对不应当被树立为榜样而予以鼓励的,孩子绝对不能被作为“小大人”(kleine Erwachsenen)来对待。侵权责任法在价值追求上不应当偏离现代家庭法所确立起来的基本价值。这一价值诉求,集中体现在以第1626条第2款第1句之规定为代表的《德国民法典》中。依据该条规定,在履行其对子女的照顾与教育责任时,父母应当考虑子女与日俱增的能力以及子女不断增强的能够独立负责意识的需求<sup>[12]157-158</sup>。可见,侵权责任法必须要将未成年人理性养成的价值纳入考虑之中。法律一律拒绝让未成年人承担任何法律责任,哪怕该未成年人的认知能力早已达到甚至超过成年人的认知能力时也拒绝让其承担责任,其后果必然会如李永军教授所指出的那样:“我国民法没有规定被监护人,特别是未成年人的责任能力,因此,其就不承担独立侵权责任。一旦发生因其不法行为侵害他人的情形,就会由其监护人承担责任后果。这种方式在司法实践中可能比较简单,但从效果上,客观上放松了对被监护人自律的要求。与当下中国的现实不相吻合。”<sup>[13]</sup>由此可见法律承认一定年龄之上的未成年人具有责任能力,毋宁说正是对养成未成年人自我负责、尊重他人、遵纪守法之人格所必须的。

第二,一律否认未成年人责任能力而让其监护人(比较法上均称监督义务人,因为监督义务人范

围要大于监护人故本文以下亦以监督义务人代替监护人的称谓)承担责任,一定会增加受害人损害赔偿请求权实现的机会之观点也颇具疑问。在经济高度发展的今天,很多未成年人不再都是身无分文嗷嗷待哺的状态了,其已经通过赠与、继承等方式获得了较大数额的财产,从而亦能以其自己的责任财产承担法律责任,此为其一。更为重要的是法律尚有其他机制能够更好地保障受害人之损害赔偿请求权的实现。如我国台湾地区所适用之民国时期的《民法典》第187条,通过由父母等监督义务人与具有责任能力之未成年人承担连带责任的方式来保障受害人的利益。这样受害人之损害赔偿请求权所及的责任财产就不仅仅是父母的全部财产,也包括了该未成年人的全部财产,其财产范围显然大于民法典草案仅规定由监护人承担责任的情形。再考虑到依据《民法典草案》第1188条第1款第2句之规定,监护人若尽到了监护责任还可以减轻责任,受害人获得赔偿的机率反而会大打折扣。“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。”<sup>[14]</sup>侵权责任法恰恰是要在受害人之保护及一般第三人行为自由之间寻求最佳平衡,不能因其一而损害另一个价值追求。

第三,就法律适用的简单化而言,当前民法典草案的做法无疑是最为简单的一种。但考虑到我国法学教育自1978年恢复高考以来已有40余载,已经向法院和律师事务所输送了大批合格的法律毕业生,其对法律应用的技术已经较为娴熟,在个案中应用类型化等法律方法进行相应之判断从而得出较为妥适之判决结果应当非属难事。这与20世纪80年代制定民法通则时期多数法官与律师均未经过正规法学教育从而对于法律技术尚处于初级阶段早已形成了鲜明的对照,因此法律技术不应当再成为实现法律价值的阻力,相反却应当助力法律价值的实现。事实上民法典承继民法通则及侵权责任法的做法也并未起到减少法官适用法律之难题的作用。盖该规范本身所引发的争议不在少数,学说上可谓众说纷纭、实务上则无所适从,同案不同判的现象亦非少见;而法律规范因价值判断上的龃龉所引发的法官内心中的挣扎更是难以化解<sup>[10]</sup>。对此金可可教授与胡坚明博士在对42起典型案例进行分析研究后更是得出如下之结论:“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。”<sup>[14]</sup>

第四,民法典草案现有做法也背离了侵权责任法预防损害的功能。与损害赔偿功能并行的另一侵权责任法的功能是损害预防功能<sup>[15]</sup>。良好的制度设计不应当仅仅在于不幸发生之后将该不幸事件的损失在不同人之间进行分配,相反在于能够预防该损失的发生。预防损害的发生不仅仅对当事人而言是有利的,而且还有利于整个社会的公共福祉。那么现代侵权责任法是如何来预防侵权责任发生的呢?即透过“过错责任原则”,通过让有过错的引致损害的一方当事人承担民事责任的方式来促使其尽到必要的注意义务,从而防止损害的发生。无论责任标准失之过严抑或是失之过宽均无法起到预防作用。失之过严则无论行为人实施何种行为都不承担责任,那么行为人即会肆无忌惮地践踏别人的权利从而引起他人之损害;同样失之过宽,行为人无论多么小心也难以避免损失的发生,并须为此承担责任,那么行为人干脆放手搏之或者干脆为了不承担责任将自己装在套子里面而缩手缩脚。依据民法典草案之规定,所有未成年人均无须对其后果承担责任,那么很多年龄较大有认知能力的未成年人将会肆无忌惮地去侵害他人的权益,而无须担心自己承担责任,至于是否由其父母承担责任对于很多叛逆期的未成年人而言可能无所谓。更何况,对于该等年龄已经较大,甚至远离父母到外地上学的未成年人父母来说,其又可以轻而易举地证明自己已经尽到了监护责任从而依据《民法典草案》第1188条第1款第2句之规定减轻责任。

第五,最后也是最为重要的理由则是法律一律拒绝未成年人承担责任本身与法律的根本价值追求——正义相违背。正义原则是法律的最高原则,一切法律规范都必须符合其所处时代的社会正义

观念,否则即会成为恶法。自启蒙运动以来,基于自由主义世界观(Weltanschauung des Liberalismus),侵权责任法一直将过错责任原则作为其基础,用耶林的话来表达就是“使人承担责任的不是损害本身,而是造成损害的过失”。因此,由于自己的过错而给他人造成损害的则必须承担责任,反之没有过错即使给他人造成损害亦不应承担责任,是侵权责任法领域的最高正义。对于不具有认知能力的未成年人,其自然不应当承担责任;反之若已经具有认知能力因此可以分辨是非的未成年人,可以因过错或者故意给他人造成损害的则必须负起责任,这是最起码的正义要求。长期以来我国法律把所有的未成年人都排除于承担责任的门槛之外,对于年龄较大的具有认知能力的未成年人来说已经构成了法律上实质性的非正义。这一点亦可以从我国刑法关于未成年人刑事责任能力的规定中看出来。依据《中华人民共和国刑法》第17条之规定,年满16周岁的未成年人具有完全刑事责任能力,对于所有的犯罪都要承担刑事责任;年满14周岁不满16周岁的则对于较为严重的犯罪承担刑事责任。刑法这样的做法,恰恰说明了14周岁以上的未成年人已经具有了理性能力,能够判断是非,从而亦应当承担相应的法律责任。同样就行政责任而言,我国法律亦不以成年人为限。《中华人民共和国治安管理处罚法》第12条规定“已满十四周岁不满十八周岁的人违反治安管理的,从轻或者减轻处罚;不满十四周岁的人违反治安管理的,不予处罚,但是应当责令其监护人严加管教。”由此可见,承担行政责任能力的年龄界限和承担刑事责任能力的年龄界限一样,都是14周岁而非成年。更具说明价值的是2017年公安部所公布的《中华人民共和国治安管理处罚法修正案》将行政拘留的责任能力从16周岁降低到了14周岁。据此,比民事责任能力严苛的行政处罚(包括行政拘留)和刑事责任都不以成年为必要,而唯独于民事法律领域中将具有相应的理性能力的未成年人予以豁免就出现了价值评价上的失衡,从而违反了基本正义原则。这表明我国民事责任能力的最低年龄比刑事责任能力的最低年龄要高,即具有刑事责任能力的人不一定具有民事责任能力,有民事责任能力的人肯定具有刑事责任能力。这只能说明我国民法通则规定只有具有完全民事行为能力的人才具有民事责任能力是极其不合理的<sup>[5]</sup>。显而易见,一个已经上了高中的学生,不可能对于殴打他人、盗窃、故意毁损他人财产等行为的社会危害性和违法性不具有判断能力和认知能力,若其情节严重构成了刑事犯罪,但是却因系未成年人而无须对受害人承担民事损害赔偿赔偿责任,无论如何都难以做出合理的解释。

#### 四、未成年人责任能力制度的比较法考察

接下来我们再转向比较法上关于未成年责任能力的做法,从而可以对以上诸理由进一步予以验证。就笔者所研究的范围以观,比较法上鲜有将未成年人一律确定为无责任能力从而完全使其免于承担责任的情形。相反,基本上都是将未成年人进一步予以类型化而予以不同之对待,正是“相同情形相同对待、不同情形不同对待”之正义原则的要求。

首先就英美法系而言,普通法向来就不存在未成年人没有责任能力的规则,在侵权行为法上一直以来将未成年人与成年人一样予以对待。其主要原因在于传统普通法中侵权行为法的功能在于补偿原告受到的损害而非在于实现正义。因此普通法中侵权行为采纳的是严格责任(strict liability)。普通法上的严格责任规则是将精神上有缺陷的人与其他普通人一视同仁。在普通法上精神疾病、未成年、身体残疾、乃至自卫都不构成抗辩的理由。十九世纪以后普通法中侵权法关于损害赔偿的功能开始逐渐让位于道德评价从而开始以主观过错作为责任的基础。因而也开始考虑未成年人主观认识状态以减轻其责任<sup>[16]</sup>。这一趋势是从未成年人与有过失的问题开始的。传统的观点并不存在一个年龄界限,在此年龄界限以下不能被认为具有与有过失能力的。丹宁勋爵对此观点提出了挑战与批评。在Gough vs Thorne ([1966]1 WLR 1387)案件中丹宁勋爵写道,一个非常小的孩子是不可能对于与有过失负有责任的。较大的孩子对此可能负有责任,但是也要取决于具体情形<sup>[17]</sup>。时至今日,在美国未成

年人侵权责任应当减轻或者被免除已经被多数司法辖区所认可。以至于美国法学会的《侵权法重述》第3版第10条对此有专门的规定“a. 如果一个孩子的行为不符合相同年龄、相同智力水平和相似生活经验合理谨慎之标准的即可被认定为过错,但是构成b款和c款的除外。b. 不满5周岁的孩童不具有过失能力。c. 如果未成年人所从事的是典型的成年人才从事的危险行为,则上述a款规定不适用。”美国法学会在关于该条的评注中指出“所有的美国法院系统都认为未成年应当作为判定行为人是否过失所考虑的因素。然而各法院系统对于具体如何考量才是最好的做法存在分歧。绝大多数法院都赞同采纳重述第10条a款规定的弹性标准。但是也有一部分法院采取了另外一套标准:14岁以上的未成年人推定为其有过失能力,但是可以以证据推翻该推定;7岁以上不满14岁的则推定为没有过失能力,但是可以证据推翻该推定;不满7岁的则一律没有过失能力。”<sup>[18]</sup>可见在英美法现在普遍的做法是不采取一刀切的做法来确定未成年人是否具有责任能力,而是将其作为判断是否具有过失(Negligence)的参考因素,因不同的案件而有所不同。

在大陆法系中,可以说所有侵权责任法在这一方面高度一致,父母承担责任的强度必然以某种方式与子女的年龄相关联。尽管各国法律在具体细节上各不相同,但是基本方向完全相同。对于年龄较小的孩子父母的责任较强,而相应的该等未成年人不承担责任或者只承担较小的责任;相反,对于年龄较大的未成年人父母的责任则相对较小,该未成年人则或者完全承担独立责任或者至少承担较大的责任。孩子年龄越大,就越接近能够独立承担法律责任的年龄界限,因而父母的责任也就逐渐减轻<sup>[12]</sup><sup>144</sup>。例如《德国民法典》第828条规定“(1)不满7岁的未成年人对其给他人造成的损失不承担责任。(2)7岁以上不满10岁的未成年人对于以机动车、有轨车辆或者磁悬浮车辆所造成的损害不负责任。但是若其系故意实施上述行为的则应当承担责任。(3)尚未满18岁的未成年人若未因前两款规定被排除的,若其所实施致害行为时不具备承担责任的相应的认知能力的则亦无须负责”。《日本民法典》第712条规定“未成年人给他人造成损害,如果是因为不具备足以识别自己的行为责任的智力,则不对其行为负赔偿责任。”据此日本民法对于未成年人之责任能力系采取个案判断的模式,也即“根据该行为人的判断能力的程度以及该行为的性质等进行个别的判断。”<sup>[19]</sup>我国台湾地区所谓“民法典”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赔偿责任。”也采取与日本民法相同的做法,须依个案进行判断。最新民法典趋势的代表者荷兰民法典更是将未成年人分成三个不同的年龄段,14岁之前、14岁至16岁、16岁至18岁(成年),分别规定了监督义务人之不同的责任。其他多数国家法律则是依据未成年人系无行为能力人还是限制行为能力人而异其责任能力。一般而言均基于无行为能力人根本不具有意思能力的原因,将其确定为绝对无责任能力人,因而该未成年人本人对于任何致害行为均无需承担法律责任。相反,对于限制行为能力人,均认为尽管其意思能力尚未达到成年人的程度,但是毕竟具备了意思能力,而且该意思能力也会随着年龄的增加逐步趋于健全,更何况不同的人的意思能力本来也各不相同,再加上个案又千差万别,故多数国家法律均规定须对限制行为能力人的责任能力进行个案认定。

## 五、未成年人责任能力类型化的立法构建

基于上述之考量,笔者建议民法典草案应当新的基础上借鉴比较法上通行的做法,对于未成年人的侵权责任能力按照其年龄进一步予以类型化,即将未成年人区分为绝对无责任能力人与相对无责任能力人,以异其致害行为的法律效果。区分绝对无责任能力与相对无责任能力的标准当然须基于心理学、社会学与人类学的研究成果而选择一个固定的年龄,规定在该年龄以下的未成年人为绝对无责任能力人,其所实施的符合侵权责任之其他构成要件而致人损害的行为,由对其负有监督义务的人

承担。对于该年龄之上的未成年人则为相对无责任能力人,对于其所实施的符合侵权行为之其他构成要件的行为须分情形予以考虑,从而确定是由其自己承担责任抑或是由对其负有监督义务的人承担责任,因为其已经具备了相当程度之意思能力。这样的做法正好也与《中华人民共和国民法总则》关于行为能力之规定相符合。民法总则并未一律否认未成年人的行为能力,而是将未成年人区分为无行为能力人与限制行为能力人两种而异其合法的法律行为能力。依据《民法总则》第19条与第20条之规定,8岁以上的未成年人即为限制行为能力人,这说明8岁以上的未成年人已经具有一定的意思能力,盖行为能力是以其具备一定程度的意思能力为前提的。意思能力是一种内在秉赋,无论一个人置身于民事活动的哪一个领域,作为其行为基础的意思能力,本质上是统一的、一致的。既然限制民事行为能力人在民事法律行为领域内具有一定的意思能力,那么当其做出像侵害他人权益之类的有意识举动时,认为其根本不具备辨识能力,无侵权责任能力,既不符合常理常情,又违背法理与法律逻辑<sup>[20]</sup>。更何况行为人对于其致害行为违法性的认识比对于其法律行为效果的认识通常要容易一些。一个12岁的未成年人通常都知道打伤别人是不对的,但却未必知道出租一套房屋的法律意义与风险<sup>[21]</sup>。尽管一定年龄之上的未成年人虽然已经有了相当程度的意思能力,但是毕竟尚未成年,意思能力仍然不够健全,还会随着年龄的不同而有所不同,这无疑是一个渐进的过程,法律不能不顾这一事实而规定其须对所有的致害行为都负责。较为妥当的做法是如德国民法典和我国台湾地区适用之“中华民国”民法典那样对于一定年龄之上的未成年人其是否有责任能力须依个案加以认定,也即采纳年龄界限+个案审查的方式。

就未成年人之责任能力的具体制度设计而言,笔者建议可参考美国侵权法重述以及荷兰民法典的做法,将侵权责任能力区分为三种类型:一是绝对无责任能力人。不满8周岁的未成年人,也即无行为能力人为绝对无责任能力人,其实施的任何致害行为均无须负责;二是推定无责任能力人。8周岁以上但是不满14周岁的未成年人推定其无责任能力,但是若被害人或者监督义务人有证据证明其对于此等加害行为具有足够的认知能力的,则可以认定其为有责任能力须承担法律责任;三是推定有责任能力人。对于14周岁以上的未成年人推定其有责任能力,但是若未成年人一方能够证明其对于该致害行为不具有承担责任的认知能力的,则可以免于责任承担。这一年龄标准选择一方面与民法总则所规定的限制民事行为能力保持一致,从而不至于与民法总则存在评价上的矛盾;另一方面也与我国刑法典所规定的刑事责任能力年龄以及行政处罚法的修改方向保持一致,从而在整个法律体系内实现价值评价上的一致性。事实上德国学说界也认为《德国民法典》第828条第1款规定7周岁(特殊情形的为10周岁)作为标准过低,因而建议其在改革时应当采纳荷兰民法典的做法以三分法为佳<sup>[3]143</sup>。

即便如此,对于推定无责任能力人与推定有责任能力人而言,其在个案中的认定仍然是非常弹性的。因此为了防止法官在判案时过于武断,需要学说与判例(特别是最高法院通过指导案例的方式)共同努力逐渐将此类案件予以类型化,即对于相对责任能力人因不同年龄段针对日常生活所经常发生的案件类型再予以细化。此外,为了防止未成年人不具有足够的财产承担责任从而出现受害人救济不足的情形,笔者亦建议采纳我国民国时期《民法典》第187条第1款之做法,于未成年人有责任能力从而须独自承担责任的情形下由监督义务人与其承担连带责任,受害人得请求监督义务人承担全部责任,监督义务人在承担完责任后得以对未成年人进行全部追偿。至于监督义务人之具体责任则属于另一个重要的问题,作者将留待他文再行讨论。

#### 参考文献:

- [1]席志国.民法典编纂视野下的动产担保物权效力优先体系再构建——兼评《民法典各分编草案(二审稿)》第205-207条[J].东方法学,2019(5):48-59.
- [2]席志国.《民法总则》中法律行为规范体系评析[J].浙江工商大学学报,2017(3):22-33.



- [3] WAGNER G. Deliktsrecht[M]. München; Verlag Franz Vahlen, 2013.
- [4] 刘保玉, 秦伟. 论自然人民事责任能力[J]. 法学研究, 2001(2): 77-88.
- [5] 余延满, 吴德桥. 自然人民事责任能力的若干问题[J]. 法学研究, 2001(6): 100-115.
- [6] 郑永宽. 论责任能力的价值表达与实现机制——兼评《侵权责任法》第32条的规定[J]. 北方法学, 2015(9): 69-78.
- [7] 王利明. 自然人民事责任能力制度探讨[J]. 法学家, 2011(2): 50-61.
- [8] 李永军. 我国未来民法典中主体制度的设计思考[J]. 法学论坛, 2016(2): 74-92.
- [9] 佟柔. 民法原理[M]. 北京: 法律出版社, 1983: 44.
- [10] 李晓倩. 未成年人致人损害的规范逻辑与立法选择[J]. 环球法律评论, 2018(4): 120-134.
- [11] 郑晓剑. 侵权责任能力与监护人责任归责之适用[J]. 法学, 2015(6): 13-22.
- [12] BAR V C. Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Band 1[M]. München; C. H. Beck. 1996.
- [13] 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): 59-67.
- [14] 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): 103-120.
- [15] WANDT M. Gesetzliche Schuldverhältnisse[M]. 9. Aufl. München; Verlag Franz Vahlen. 2019: 269.
- [16] HARLOW K. Applying the Reasonable Person Standard to Psychosis: How Tort Law Unfairly Burdens Adults with Mental Illness[J]. Ohio state law journal, 2007(68): 1733-1760.
- [17] COOKE J. Law of Tort[M]. 5th edition. New York; Person Education Limited, 2002: 148.
- [18] The American Law Institute. Restatement of the Law Third; Torts[M]. MN St. Paul; The American Law Institute, 2010: 117.
- [19] 吉村良一. 日本侵权行为法[M]. 张挺, 译. 文元春, 校. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 57.
- [20] 朱广新. 论未成年人致人损害的赔偿责任[J]. 法商研究, 2020(1): 171-184.
- [21] 杨代雄. 重思民事行为能力与民事行为能力之关系——兼评我国《侵权责任法》第32条[J]. 法学论坛, 2012(2): 56-63.

## On the Typo-Construction of Tort Capacity of Minors

XI Zhiguo

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** The system of liability for damage caused by minors has always been a difficult problem in the field of the civil law, and there are also major disputes during the drafting of the tort liability law and civil code. The core of the liability system of the damage caused by minors lies in the system of the tort capacity of minors, which depends on the internal value system that the legal system aims to realize. Since the publication of the *General Principles of Civil Law* (1986), the Chinese tort law has completely denied the responsibility capacity of minors, so that their guardians should bear the legal responsibility. Although this legislation mode has realized the value of fully protecting the interests of victims and minors, it does not take into account the value pursued by other modern tort laws. The new research results in jurisprudence, psychology, anthropology, sociology, pedagogy and economics point out that the capacity of minors should be further classified according to their age, that is to say, into absolute incapacity and relative incapacity. Only in this way many values pursued by the modern civil law systems can be balanced, such as preventing damage, compensating victims, cultivating minors, and encouraging parents to bear and raise children.

**Key words:** minors; tort capacity; legal system; principle of negligence



(责任编辑 陶舒亚)