

民事裁判視野下被侵權未成年人過失研究

李志遠*

摘 要：相較於立法對責任能力的消極態度，我國司法實務在認定被侵權未成年人過失時采民事行為能力標準判斷其是否具備識別能力，實質上採納了責任能力制度。責任能力本質上是過錯能力，法院基本形成了無民事行為能力人不具備過錯能力，限制民事行為能力人具備一定過錯能力的裁判共識。然而，在過失相抵中，被侵權未成年人需要承擔其監護人過失，從而架空了過錯能力所意欲達致保護未成年人的制度功能，對限制民事行為能力人更是雙重不利。為貫徹保護未成年人的價值理念，將被侵權人過失與監護人過失分離才是應有之義。

關鍵詞：責任能力 行為能力 替代責任 風險分配

一、文書統計及分析

本文關於被侵權人過失的文書樣本來源有四，一是中國裁判文書網，這是全國法院公布裁判文書的統一平臺；二是北大法寶數據庫，透過“司法案例”功能檢索 782 個案例；¹三是由國家法官學院與最高人民法院司法案例研究院合編的 2012 至 2021 年《中國法院年度案例》，搜集 1051 個侵權判例，²其中涉及被侵權人過失的判例有 454 個；四是由最高人民法院主管的三份刊物《人民法院報》《人民司法（案例）》《法律適用·司法案例》刊載的真實案例 58 個。³以上文書樣本，剔除個別內容殘缺、資料不詳以及重複者，共得有效樣

* 李志遠，暨南大學法學院碩士研究生。

1 運用北大法寶的“法寶聯想”功能，收集到引用《侵權責任法》第 26 條的典型裁判文書共 361 份，《民法通則》第 131 條的典型裁判文書 421 份，檢索日期截止至 2021 年 9 月 21 日。

2 兩家編寫單位均為最高人民法院的直屬事業單位，由其挑選的年度案例具有權威性和代表性。自 2012 年出版以來，《侵權賠償糾紛卷》共有案例 633 個，《人格權糾紛卷》中的“生命、健康、身體權糾紛”共有案例 418 個。

3 其中，《人民法院報》13 篇，《人民司法（案例）》40 篇，《法律適用·司法案例》5 篇。

本 550 件，時間跨度自 1996 年至 2020 年。為契合本文主題，進一步篩選出被侵權人為未成年人的案例 366 個。由於樣本較多，為方便研究又保證所選樣本具有較好的代表性，故採用統計學中的隨機抽樣法，從 366 份文書樣本中抽取出 183 個實際研究的樣本，⁴ 運用描述統計和典型個案分析的方法進行案例研究，以期透過宏觀與微觀層面，總結出中國司法實踐中認定被侵權未成年人過失的真實情況。

（一）文書的描述統計

1. 被侵權未成年人中無民事行為能力人與限制行為能力人各占一半

圖 1 展示了被侵權人的年齡分布情況以及相對應的案件數量，各年齡層的案件數量較為均勻，其中以 13 至 15 周歲所獲案例數量最多，有 41 件，占總研究案件數的 41.8%，而 4 至 6 周歲次之，亦有 39 件，占 39.8%。0 至 3 周歲及 16 至 18 周歲的案例相對較少，分別只有 20 與 18 件，各占 20.4% 與 18.4%。2017 年《民法總則》將無民事行為能力人與限制行為能力人判斷因素之一的年齡界限由 10 周歲下調至 8 周歲，但鑒於所收集的案例大多發生於法律修改之前，筆者此處仍以舊標準衡量，則被侵權人為無民事行為能力人的案例有 87 件，占 47.5%，限制民事行為能力人有 96 件，占 52.5%。

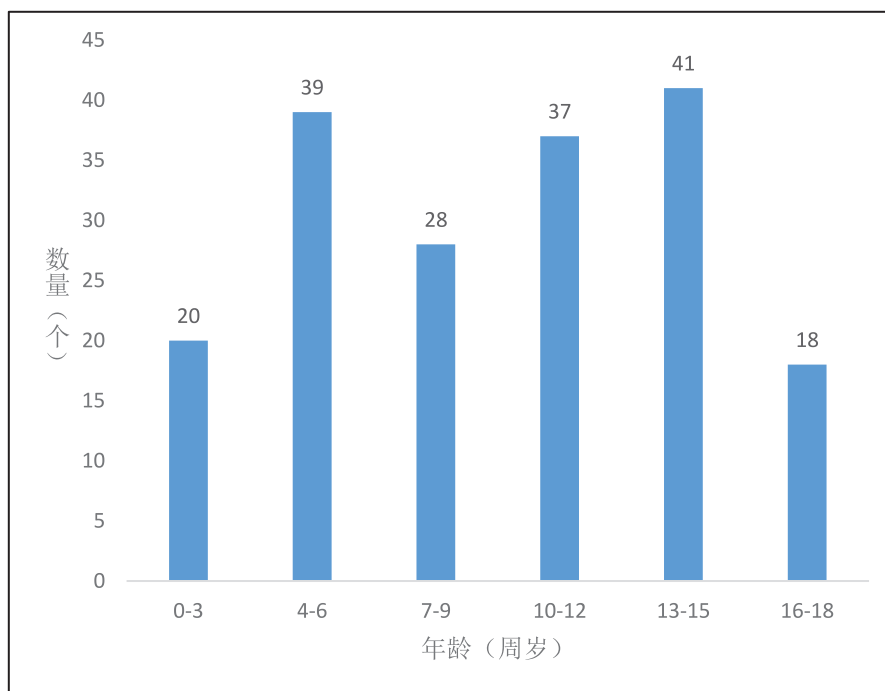


圖 1 被侵權人年齡分布情況及案件數量

4 隨機抽樣分為簡單隨機抽樣及系統抽樣。由於樣本個數較多，運用簡單隨機抽樣工作量大且代表性存疑，故采系統抽樣。具體操作方式：將 366 份文書樣本輸入至 Excel，運用其隨機排序的功能將樣本順序打亂；再以第 1 份文書為起點，每間隔 1 份文書樣本抽取 1 個代表，最終總共抽取 183 份文書。筆者認為，實際研究的文書樣本數量相對可觀、時間跨度大，應當具備研究的可行性以及研究結論的可靠性。

2. 認定被侵權未成年人過失時普遍傾向同時考慮其監護人過失

圖 2 展示了被侵權人過失成立理由在不同年齡層中的案件數量分布情況。法院認定被侵權未成年人與有過失時，存在三種處理方式，分別是僅考慮被侵權人本人的過失、僅考慮被侵權人的監護人過失以及同時考慮前述二者過失。其中，僅考慮被侵權人的監護人過失的案例高達 83 個，占 45.4%，算上同時考慮本人與其監護人過失則有 121 個，占比更高達 66.1%，可見我國司法實務在認定被侵權未成年人過失時普遍傾向於考慮其監護人過失。同時，結合圖 3 所展示的三種處理方式在各年齡層中的使用比率可知，僅考慮被侵權人的監護人過失的處理方式在被侵權人為 0 至 9 周歲的案例中極其突出，0 至 3 周歲無一例外將其監護人過失視為被侵權人過失，4 至 6 周歲與 7 至 9 周歲也各占 84.6% 與 60.7%。同時，此種處理方式與被侵權人的年齡增長呈負相關，隨著被侵權人年齡增大，法院認定被侵權人過失時更多聚焦於其本人的過失，而非僅考慮其監護人過失。10 周歲是處理方式發生變化的轉折點，僅考慮被侵權人本人的過失的比率在 10 至 12 周歲的案例中開始上升至 35.1%，13 至 15 周歲與 16 至 18 周歲更高達 68.3% 與 72.2%。同時考慮本人與監護人過失的處理方式也值得關注，從 4 至 6 周歲開始逐步上升，10 至 12 周歲達到頂峰，占 40.6%，後雖有所回落，但仍保持 25% 左右的水平。

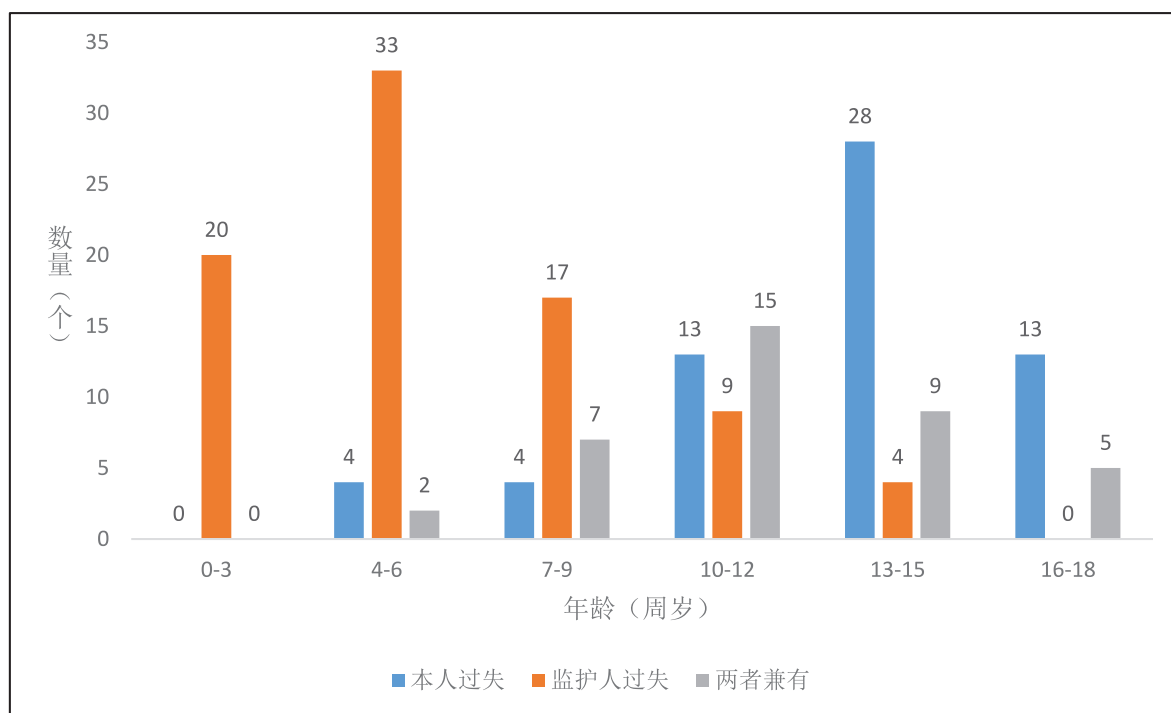


圖 2 被侵權人過失成立理由在不同年齡中的案件數量分布情況

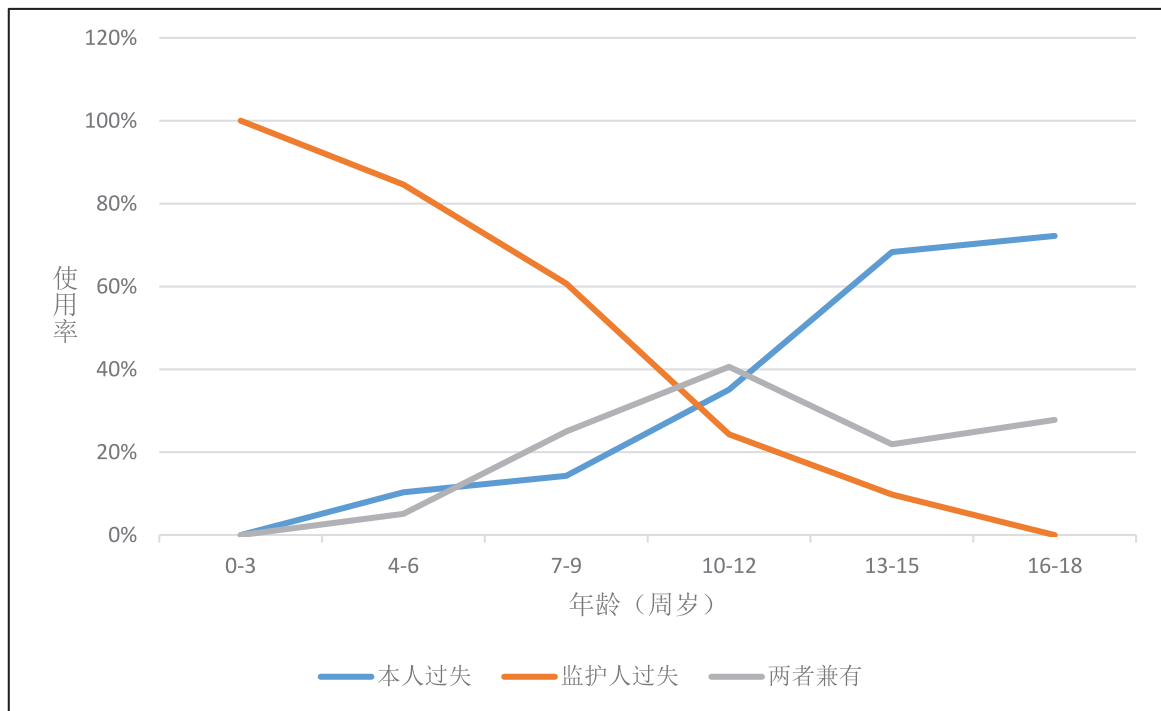


圖 3 被侵權人過失成立理由在不同年齡中的使用率

(二) 小結

我國司法實務在認定被侵權未成年人與有過失時，總體傾向於將其監護人過失納入考量範圍。但此種傾向又因被侵權人年齡的變化而有所不同，0 至 9 周歲的被侵權人過失的認定，絕大多數判決將其監護人過失直接視同為被侵權人本人的過失而實現過失相抵。10 至 18 周歲的被侵權人過失的認定，其監護人過失的考量地位明顯削弱，法官轉向就被侵權人本人是否存在過失進行認定。10 周歲這一關鍵節點，恰好對應我國過去的自然人民事行為能力的年齡標準。實際上，我國法院普遍做法可以總結為，以民事行為能力作為界分標準，被侵權人為無民事行為能力人時，其過失僅考慮其監護人過失，被侵權人為限制民事行為能力人時，需要考慮其本人的過失，又不排除同時考慮其監護人過失。區別對待的主要分野在於個案中被侵權人是否對行為的危險性具備“一定的認識和辨別能力”，⁵我國法院普遍認為無民事行為能力人不具備此種能力，限制民事行為能力人則具備。

5 “廖外生等訴廣州市流溪河流域管理辦公室等人身損害賠償糾紛案”（廣東省高級人民法院（2017）粵民申 2797 號再審民事裁定書），法院認為：“廖勇祥事發時已滿 16 周歲，具有一定的認識和辨別能力，其不習水性，仍罔顧危險到天然河道遊泳，導致溺水身亡。”；“周宇健、信宜市懷鄉引水工程管理處生命權、健康權、身體權糾紛案”（廣東省高級人民法院（2019）粵民申 7518 號再審民事裁定書），法院認為：“（被侵權人）周麗燕在事發時尚未年滿 3 周歲，對自己的行為缺乏控制力，對潛在的危險更是缺乏基本的辨別能力。”

二、責任能力與被侵權人過失

（一）責任能力的制度價值

一直以來，我國學者認為在被侵權人為未成年人的侵權案件中，我國司法實務的普遍做法是，無需考慮其本人是否具備責任能力，⁶而徑行考察監護人是否存在過錯，將監護人過失與未成年人本人的過失視為一體，實現過失相抵的法律效果。然而，參照筆者上述實證研究可知，該結論是片面的，僅能夠大致說明被侵權人為無民事行為能力人時，法院所表現出來的處理結果。至於學者為何會在被侵權人過失的場合提及責任能力一詞，則需要從該概念本身談起。

責任能力本質上是過錯能力，即行為人能夠形成過錯從而能夠承擔過錯侵權責任的能力或資格。⁷由定義可知，責任能力是站在侵權人的角度所產生的概念，目的之一在於使具體個案中的侵權人承擔過錯責任具備正當依據。責任能力的另一制度價值在於，對包括未成年人在內的無責任能力人的權益保護。無責任能力的人“不能認識其行為的危險，而在其行為上有所選擇或控制，不應徑使其負侵權行為損害賠償，以保護無識別能力的行為人。”⁸然而，此項功能卻成為部分學者反對引入責任能力的突破口，其認為在風險社會的背景下，侵權法“首先關注的是如何對不幸的被侵權人提供救濟，其分析問題的出發點是被侵權人，而非加害人。”⁹因而，責任能力制度與侵權法救濟功能相互沖突。筆者不贊成此種觀點，主要原因有二，一是侵權法的任務在於平衡保護被侵權人權益與維護一般人的活動自由，¹⁰此一永恒的主題即使在風險社會的背景下也須秉持。實際上，所有侵權法的爭論，無非是在此兩項任務中進行價值選擇，以達致二者的動態平衡。不承認侵權人的責任能力固然能最大化被侵權人的利益，但也限制了無責任能力侵權人的行為自由。更重要的是，課與侵權人過錯責任卻不以其具備責任能力為前提，無異於結果責任的重現，與民法所遵循的自己責任原則相背離，也與法律傾向保護社會弱勢群體的理念相悖。二是被侵權人救濟的渠道不止侵權法領域，社會保險等制度的日益發展也印證了被侵權人一旦權益受損，其所能夠得到的救濟並非只有侵權法一個選項。過度強調侵權法的救濟功能存在將該功能泛化的風險，忽視了整個社會原本有序運行的保障體系。

德國、日本和我國臺灣地區肯定過錯能力制度，但在過錯能力的判斷上存在不同的模

6 參見奚曉明、王利明主編：《侵權責任法裁判要旨與審判實務》，人民法院出版社2010年版，第168頁。

7 鄭曉劍：《侵權責任能力與過失相抵規則之適用》，載《法學》2014年第10期，第47頁。

8 王澤鑒：《侵權行為》（第三版），北京大學出版社2016年版，第457頁。

9 王利明：《自然人民事責任能力制度探討》，載《法學家》2011年第2期，第54頁。

10 參見陳聰富：《侵權行為法原理》，元照出版有限公司2018年版，第1頁。

式。德國採“一般標準與特別認定”的模式，¹¹其中，適用對象為未成年人的第 828 條，¹²首先規定了未滿 7 歲的人絕對不具有過錯能力的一般標準，再有兩項特別認定規則，一是滿 7 歲又未滿 18 歲的人是否具有過錯能力需要個案判斷，即考察其在實施加害行為時是否具有識別其責任所必要的能力（第 3 款）。二是滿 7 歲但未滿 10 歲的人，因其過失在動力車輛、軌道電車或空中纜車的事故中造成他人損害的不負責任（第 2 款）。日本和我國臺灣地區則完全採取個案判斷的模式，但在日本司法實踐中也逐漸形成了以年齡作為一般的判斷標準，以 12 周歲左右作為當時日本判斷行為人是否具有識別能力的年齡節點。¹³

（二）鏡像原則下被侵權人過失的責任能力

被侵權人過失在構成要件上遵循所謂“鏡像原則”（mirror-image），此原則是比較法上的主流學說。¹⁴基於平等處理的理念，相應於侵權人僅就自己的侵權行為負賠償責任，被侵權人亦以自己的過失行為作為承擔無法全額獲賠之不利益的前提，即雙方同在貫徹自己責任原則。侵權人責任成立的構成要件及判斷標準鏡像反射至被侵權人與有過失當中，在事實構成該當性、不法性和可責性諸方面，存在著結構上的相似性和對稱性。¹⁵這其中當然也包括責任能力在構成被侵權人過失上的鏡像反射。然而，學界通說認為被侵權人之過失不同於侵權人構成侵權責任之過失，前者違反不真正義務，即自我保護義務，後者違反真正義務，即勿害他人義務。¹⁶因此，二者在體系上雖然具有對稱性，但仍存有本質區別。所以，侵權人構成侵權責任的要件與判斷標準不能毫無條件地完全適用於被侵權人與有過失的建構，應當針對被侵權人過失的特殊性進行調整。

承認過錯能力的國家和地區，相應地也要求被侵權人需要具備過錯能力始構成被侵權人過失。德國與我國臺灣地區主流觀點認為，被侵權人過錯能力的判斷標準同采侵權人的過錯能力標準。¹⁷日本則主張被侵權人僅需具備所謂“事理辨別能力”，即只要求其具有能夠避免使自己發生損害所必要的注意能力即可，而不需要具備完全的辨別行為責任的智

11 程嘯：《侵權責任法》（第三版），法律出版社 2021 年版，第 318 頁。

12 《德國民法典》第 828 條規定：“（1）未滿七歲之人，就其所加於他人之損害，不負責任。（2）滿七歲但未滿十歲之人，就其於動力車輛、軌道電車或空中纜車之事故所加於他人之損害，不負責任。但故意造成侵害者，不適用之。（3）未滿十八歲且其責任未經依第一項或第二項規定排除之人，在為加害行為時，未具識別其責任所必要之能力者，就其所加於他人之損害，不負責任。”譯文參照臺灣大學法律學院、臺大法學基金會編譯：《德國民法典》，北京大學出版社 2017 年版，第 804 頁。

13 [日]圓穀峻：《判例形成的日本新侵權行為法》，趙莉譯，法律出版社 2008 年版，第 104 頁。

14 See U·Magnus/ M·Martin-Casals：Unification of Tort Law：Contributory Negligence, Kluwer KLUWER LAW International 2004, p259,261-62.

15 張穀：《作為自己責任的與有過失——從結構對稱性角度所作的評論》，載張雙根等主編：《中德私法研究》（總第 4 卷），北京大學出版社 2008 年版，第 37 頁。

16 參見王澤鑒：《損害賠償》，北京大學出版社 2017 年版，第 309 頁。

17 參見史尚寬：《債法總論》，中國政法大學出版社 2000 年版，第 305 頁；同注⑩，第 511 頁。

能。¹⁸ 由此可見，日本試圖因應不真正義務的特殊性，就被侵權人過錯能力進行調整。誠然，此種做法在理論上具有意義，但由於兩種能力在內容上無太多實質區別，仍需要法官在個案中探知行為人是否具備主觀能力。

（三）我國司法實踐中被侵權人過失的責任能力

反觀我國立法機關認為不應引入責任能力制度，¹⁹ 即構成侵權行為無需侵權人具備過錯能力，因此，構成被侵權人過失更不要求其具有過錯能力。然而，縱觀我國大量裁判文書可知，法院普遍採“民事行為能力”標準在個案中具體判斷被侵權未成年人對行為或風險的識別能力以確定其是否構成被侵權人過失。²⁰ 實際上，我國司法實踐較立法“先行一步”，本質上承認責任能力制度。倘若以德國法模式作為參照，對應筆者所實際研究的不滿 7 周歲的案例樣本，高達 93.2% 的判決認為被侵權人屬於無民事行為能力人或年齡較小，否認其本人成立被侵權人過失。滿 7 歲又未滿 18 歲的案例樣本則與德國法有細微區別，這與我國過去自然人民事行為能力以 10 周歲作為分界點之一有關。故我國司法實踐是以 10 周歲作為拐點，在 10 至 18 周歲的樣本中，對被侵權人本人過失具體分析的個案占比也高達 86.5%。就適用結果而言，我國司法實踐幾乎與德國立法達成一致。當然，以民事法律行為中的行為能力制度作為過錯能力的判斷標準在理論上難以自洽，有學者更謂將導致難以消解的錯

18 日本最高裁判所昭和 39 年（1964 年）6 月 24 日判決，載《最高裁判所民事判例集》第 18 卷第 5 號，第 854 頁。轉引自於敏：《日本侵權行為法》，法律出版社 2006 年版，第 414 頁。該判決中被侵權人系八歲兩個月大的幼童（小學二年級），法官以通常學校有對交通安全作適當教育為由，認定交通事故中的被侵權人具備“事理辨識能力”。倘若參照責任能力的年齡標準（12 周歲左右），“事理辨識能力”的年齡標準更低。因而，相對於采過錯能力說，被侵權人過失也更容易成立。

19 全國人大常委會法工委民法室：《中華人民共和國侵權責任法條文說明、立法理由及相關規定》，北京大學出版社 2010 年版，第 125 頁。

20 如“謝某某訴上海動物園飼養動物致人損害糾紛案”（載《最高人民法院公報》2013 年第 8 期），法院認為：“原告事發時僅 4 周歲，沒有民事行為能力，對喂食猴子等危險情況沒有認知能力和處置特殊情況的能力”；“華某某訴上海市第一八佰伴有限公司人身損害賠償案”（上海市浦東新區人民法院（2011）浦少民初字第 51 號一審民事判決書），法院認為：“原告系已滿 10 周歲不滿 11 周歲的限制行為能力人，正值小學四年級結束的暑期，結合其實際年齡和受教育程度，其對乘坐扶梯的注意事項應當有一定程度的認知，能夠認識並理解安全標記及“小心碰頭”的含義”；“伍某升訴宿遷青華中學因其從上鋪掉落摔傷人身損害賠償糾紛案”（江蘇省宿遷市宿城區人民法院（2013）宿城民初字第 1213 號一審民事判決書），法院認為：“雖然伍某受傷時系剛滿 12 周歲的小學生，其年齡和智力狀況不能使其完全預測到可能出現的安全隱患，但是對於宿管員已經交代過的事項，其應當予以遵守，其對於頭朝沒有護欄的一側睡覺的危險性應該具有一定的認識，因此，伍某對此次受傷也存在一定的過錯”；“汪吉美訴儀征龍興塑膠有限公司生命權糾紛案”（載《最高人民法院公報》2017 年第 6 期）法院認為：“受害人楊穎作為一名高中生，對通常事物應當具有一定的認知能力和自身安全防範意識。2011 年 7 月 12 日，天降暴雨，洪水沖開河道南端龍興公司的圍牆後，在寧通高速北側輔道形成湍急的水流，路人多繞道而行，熟悉路況的楊穎不聽他人勸阻未能在確定安全的情形下騎車通過事發路段，也是造成該事故的原因之一。”

誤。²¹ 筆者看來，目前我國司法實務的主流做法實屬無奈之舉，一方面立法對責任能力采消極態度，另一方面又要貫徹個案考察責任分配與保護未成年人利益的理念，在現行法律制度中，似乎只有民事行為能力標準較為合適，至少在法院對被侵權未成年人是否具備過錯能力進行實質判斷時，民事行為能力背後的年齡標準以及由此延伸出的教育程度等標準，在具體個案的分析中展現出便捷性與相當的合理性。值得注意的是，近年來，部分法院的判決“大方”承認責任能力，甚至稱之為學界通說，更指出責任能力以識別能力作為判斷標準。相對應地，未成年人構成被侵權人過失同樣要求具備過錯能力。如有法院判決認為，“在未成年人為被侵權人時，過失相抵原則的適用，理論上的通說為責任能力說，即以未成年人有識別能力為必要。因無民事行為能力的未成年人不具備責任能力，其不具備過失相抵能力，故在被侵權人為未成年人時，一般通過考量監護人與有過失而減輕侵權人的責任”，²² 又如，“被侵權人楊某事發時年僅 5 歲，為無民事行為能力人，因為其年齡太小，心智尚未發展成熟，不能理性、全面地理解其所從事的民事活動，對行為的後果亦缺乏預見性，其本身沒有相應的責任能力，能否適用過失相抵的關鍵是考量監護人有無過錯”。²³

雖然司法實務實質上肯定過錯能力作為構成被侵權人過失的要件之一，並在具體個案中加以分析判斷，使無過錯能力的未成年人免於被認定為被侵權人過失而承擔損害賠償金額減損之不利益，卻又認為被侵權未成年人需要承擔其監護人過失。因此，就實際結果而言，即便引入過錯能力也變得毫無意義，過錯能力所意欲達致的保護未成年人的價值目標將被架空。在我國司法實務實質承認過錯能力的背景下，未滿 8 周歲的未成年人需要承擔監護人過失，滿 8 周歲又未滿 18 周歲的未成年人具備一定識別能力，其本人是否存在過失本身應當具體考量，但同時又不排除考慮其監護人過失。如此一來，對於滿 8 周歲又未滿 18 周歲的未成年人而言，更是承擔雙重不利，過錯能力竟成為加重未成年人負擔的制度。因此，相較於呼籲實證法正面採納責任能力制度，如何論證將監護人過失與被侵權人本人的過失分離處理或許才是現實中最迫切解決的問題。也只有將二者的過失相分離才能真正發揮責任能力保護未成年人的功能。讓未成年人承擔其監護人過失的做法本質上是課與未成年人承擔替代責任，依照鏡像原則，筆者欲從與之在結構上相對應的——監護人承擔未成年人損害結果的替代責任出發，探討未成年人承擔其監護人過失是否具有可行性和合理性。

21 朱岩：《侵權責任法通論·總論》，法律出版社 2011 年版，第 325 頁。

22 北京市大興區人民法院（2016）京 0115 民初 15107 號一審民事判決書。

23 北京市順義區人民法院（2019）京 0113 民初 18622 號一審民事判決書。

三、被侵權未成年人是否應當承擔監護人過失

(一) 鏡像原則下的理由檢視

1. 監護人承擔替代責任的正當依據

《民法典》第 1188 條規定的監護人責任基本延續了《侵權責任法》第 32 條的表述，雖然本條因第二款的的存在引致學界對其如何理解以及是否合理爭論不斷，但至少根據第一款的規定，我國法的監護人責任屬於替代責任。²⁴所謂替代責任，即為他人行為負責的責任，本質上屬於無過錯責任。然而，在侵權法中，自己責任是基本原則，為他人行為負責是例外，因此，課與監護人嚴苛的替代責任，必須要有充足、合理且正當的理由，以下敘明之。

第一，未成年人易損害他人之風險應當由監護人管控。一般而言，未成年人相較於一般成年人，缺乏足夠的自制力與社會經驗，未必能夠對其所實施的行為之後果有清晰且正確的認識，卻又活潑好動、喜好新鮮事物、樂於探索未知世界，往往因其“驚人之舉”而造成他人人身或者財產上的損害。即便未成年人思慮已盡量周密，但其身體尚未全面發展，其行為也未必能夠完全受其思想支配，仍可能造成他人損害。那麼此類損害後果應當由誰承擔？首先，基於血緣上的緊密聯系，此類損害當然應當由其監護人承擔，這是不證自明的。通常情況下，父母是未成年子女的監護人，且因人類本性，父母天然對未成年子女負有撫養與照看的義務，為未成年子女承擔較重的責任也是合乎社會期待的。“今日社會均衡意識也或許認為是當然的，許多家族法學說也認為既然是父母，前提是由自然的愛情向著照料子女進展的，可以說，幾乎就不去考慮照料子女義務的存在與否、其存在的根據以及強制履行其義務的問題。”²⁵其次，作為子女的第一任老師，在與未成年子女朝夕相處的過程中，父母透過其言傳身教，影響未成年子女的方方面面，重要性無人可以取代。透過父母平日的教育，能夠有效降低未成年子女侵害他人權益的可能性。最後，就經濟效益的角度分析，賦予監護人替代責任也能警醒監護人認真履行其監護職責，提高照看子女的注意程度，達到預防風險現實化的目的。

第二，提高被侵權人損害填補的可能性。侵權法的兩大機能為填補損害與預防損害，²⁶而在替代責任中，更著重於損害填補。欲使被侵權人的損害獲得實質、完整、迅速的填補，一個重要的前提是，侵權人有足夠的賠償資力。除了個別擁有一定財產外，對於大多數未

24 參見楊立新：《侵權責任法》，法律出版社 2010 年版，第 205 頁；王利明、周友軍、高聖平：《中國侵權責任法教程》，人民法院出版社 2010 年版，第 452 頁；李永軍：《論監護人對被監護人侵權行為的“替代責任”》，載《當代法學》2013 年第 3 期，第 63 頁等。

25 [日]鈴木初代：《應盡照顧被保護人的私人義務——以應盡監護未成熟子女的父母的義務為中心》，陳同花譯，載《外國法譯評》2000 年第 2 期，第 12 頁。

26 參見前注 [8]，第 7-11 頁。

成年人而言，因其年幼，難以獨立賺取金錢，因此尚不具備經濟能力。即便有一定的勞動收入，但其薪水仍難以同成年人正職工作的薪酬相比較。所以，當未成年人造成他人損害時，很難期待僅僅透過未成年人的財產，即可以完全滿足被侵權人填補損害的需求。相反，監護人則擁有優於其未成年子女的資力，可以提高損害填補的可能性。在邏輯上，此與英美侵權法中的“深口袋”理論有相似之處。²⁷ 另外，基於公平觀念，課與監護人替代責任，能夠避免監護人以自身沒有過錯為由推責。否則，在未成年人無財產的情況下，被侵權人權益將得不到任何救濟。

第三，監護人可以事先透過責任保險分散風險。雖然監護人承擔替代責任能夠最大限度保護被侵權人的合法權益，但無疑也將限縮監護人的行為自由。權衡行為自由與權益保護是侵權法的永恒主題，因此就監護人承擔替代責任，存在相關配套制度以緩和對監護人行為自由的限制。比較法視角下，德國和法國發展出所謂“家庭責任保險”，在德國有超過七成的家庭投保，法國以此作為監護人承擔替代責任的正當依據之一。²⁸ 我國保險產業日益發達，也有專門針對監護人的責任保險。作為監護人，明知其須為監護人損害後果承擔替代責任，又有完善的責任保險制度，提前投保責任保險顯然是理性之舉。責任保險是損害分散的有效手段，監護人得以將其所負的替代責任風險轉嫁、分散，避免在未成年子女造成他人損害的後果真實發生時，自己因替代責任而陷入財務困境。

第四，有助於未成年子女日後發展。基於對未成年日後健康發展的角度，由監護人承擔替代責任，免去未成年人在無經濟能力的情況下本應負擔的一筆債務，以免因而影響其未來生涯。盡管我國現行立法要求有財產的未成年人需承擔賠償責任，但考慮到這種情況在實踐中屬於少數，即便擁有一定財產，未成年人一般也並不依賴該筆財產生活，其日常生活仍需要依賴其監護人，故不會嚴重影響未成年人未來的發展。對未成年人的特別保護是現代文明社會的主流思潮，況且作為國家發展的未來動力，課與監護人替代責任也符合法政策的目標。

2. 替代責任不能成為被侵權未成年人承擔其監護人過失的法理基礎

監護人承擔替代責任的理由能否作為被侵權未成年人承擔其監護人過失的法理基礎需要逐一檢視。首先，除非監護人存在嚴重違反監護職責的行為，否則，未成年人無法選擇自己的監護人。²⁹ 同時，未成年人也無能力控制其監護人的行為，法律只能期待父母監督、教育未成年子女，不會期待未成年子女反過來積極監督、教育父母。因此，雖然未成年人

27 參見[美]文森特·R·約翰遜：《美國侵權法》，趙秀文等譯，中國人民大學出版社2004年版，第3頁。

28 參見前注[8]，第492頁。

29 參見繆宇：《監護人過失與未成年人過失相抵》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2013年第3期，第26頁。

與父母存在緊密聯系，但其並非防免監護人過失風險的最佳人選。其次，讓被侵權未成年人承擔監護人過失，等同於將無法向監護人求償的危險由被侵權未成年人獨自承擔。這顯然對侵權人有利，不僅因監護人過失而減輕侵權賠償數額，還無需承擔無法向監護人求償的風險。但對於未成年人而言，因其日後仍需要依賴監護人輔助其擴充活動範圍，且為維護與父母之間的家庭情誼，現實生活中發生未成年子女向父母追償的可能性極低。換言之，監護人最終無需就其監護過失承擔責任，無法滿足促使其加強對未成年子女監管的法律期待，反而起到了反效果。再者，監護人承擔替代責任的理由之一是為被侵權人找到一個比實際侵權人更有資力的人，進而確保被侵權人的損害得到充分填補，是站在保護被侵權人權益的角度出發的。但在討論未成年人是否承擔其監護人過失的情況下，未成年人處於被侵權人的角色，如果以該項理由視之，則有自相矛盾之處。因為使未成年人承擔監護人過失反而加重其自身負擔，使其損害無法得到完全的賠償。另外，風險分配需要考量多種因素，其中之一即是承擔風險者相較於他人更容易吸收、分散和移轉風險。如前所述，未成年人雖與監護人關係密切，但無法預測、控制監護人過失的風險，且受限於經濟能力，相較於侵權人，其幾乎無法承擔風險。即便侵權人同為未成年人，侵權人依然有其監護人承擔替代責任。假設讓未成年人子女承擔監護人過失，社會能期待其事先投保責任保險以分散風險嗎？答案顯然是否定的。最後，令未成年子女負擔可能影響其未來生涯的替代責任，顯然與保護未成年人的主流思潮相背離。由此可見，通過檢視監護人替代責任的法理基礎，其理由無一可以支持未成年人承擔其監護人過失的替代責任。

（二）值得關注的法理基礎——損益同歸

誠然，將加害人責任成立的要件與被侵權人與有過失的要件作同等處理，系出於公平思維，然而這種結構上的相似性並非必然適用於被侵權人對己責任的構建。歸根結底，出現排斥的原因在於二者的立法目的各異，並不能單純依靠邏輯推導。關於被侵權人過失相抵的問題，包括其是否應當承擔監護人過失的討論，必須應當回歸被侵權人與有過失的制度目的。有關與有過失的法理基礎，已有學者詳加論述，主要可以分為因被害人不注意、本身行為具有違法性，或因加害人的非難可能性以及行為違法性降低、其行為僅有部分因果關係等，認為被侵權人與侵權人應當共同承擔損害結果。³⁰ 筆者認為無論採取何種見解，都在於達致個案責任分配的公平與正義，使侵權人與被侵權人之間的利益狀態得以衡平。正如有學者所言，“使加害人承擔與其不相幹且無利害關係之第三人之過失，就被害人與加害人雙方利益之衡平及調整言之，似非公平妥當”。³¹ 但有學者從損益同歸的角度解讀與有

30 陳聰富：《過失相抵之法理基礎及其適用範圍》，載張雙根等主編：《中德私法研究》（總第4卷），北京大學出版社2008年版，第3-35頁。

31 劉春堂：《論第三人與有過失與過失相抵》，載《保險專刊》1990年第21期，第66頁。

過失值得關注，其認為“與有過失之概念，系出於損害分配之客觀公平性，該等公平性之評估，應由全體加害人與被侵權人間通盤考量，被侵權人既因其法定代理人之照顧或施惠行為享受利益，自應承擔因此所生之風險，法定代理人之過失如由其他加害人承擔，無疑使法定代理人無資力之風險全部轉嫁於其他加害人承擔”。³²“獲得利益者，應負擔責任，乃正義的要求”，³³正是施加賠償義務人以無過錯責任的正當依據之一，學理又稱“報償理論”。然而，此觀點無法正當化監護人承擔的替代責任，因為“很難說監護人從其履行監護義務的過程中能夠獲得利益，自然也不能說監護人基於報償原理對被監護人的行為負責”。³⁴但在論證未成年人承擔監護人過失時，似有可取之處。第三人並無從被侵權人的監護人處獲得任何得益，而未成年人卻因監護人的存在而可能獲得如教養、保護等利益，因監護制度設立的目的是在於彌補未成年人在身心及法律上行為能力的不足。

需要繼續探討的是，未成年人獲得的“利益”能否達到使其承擔監護人過失風險的程度，即所獲利益與承擔的風險在程度上是否相當。首先要厘清未成年人基於監護人的存在享有哪些利益。按照民法典規定，子女享有受父母撫養、教育和保護的權利。撫養和教育為積極利益，保護為消極利益，二者共同目的均指向子女身心健全發展，相輔相成。由監護人保護所帶來的利益又細分為兩種情形，一是“避免被侵權人違反對己義務”的利益，二是“避免自傷行為出現”的利益。因對己義務的性質，僅有對己義務的違反並不會產生任何法律上的效果，需要存在侵權人對被侵權人的侵權行為，被侵權人的對己義務違反才有法律上的效果。而在未牽涉侵權人的情況下，其性質僅單純為自傷行為。

然而，在現實生活中，法律所規定的利益並非必然發生，因為即便沒有監護人的監管，未成年人也可能不會有自傷行為或違反對己義務的情事。換言之，監護人所獲利益不同於雇主所獲利益，前者存在不確定性，而且此種利益具有高度的人身屬性，而非經濟利益。如前所述，即便無法律強制規定，未成年人亦天然享有這些利益，如果以此要求其承擔監護人過失的責任，相當於肯認未成年人享有所謂的天然權利也需要成本，承擔其不可防控的風險，顯然悖離法理。因此，損益同歸理論也不應作為未成年人承擔監護人過失的依據。

（三）“公平分配責任”與“保護未成年人利益”的價值權衡

目前學界通說認為未成年人不應當承擔其監護人過失，但仍有少數學者持相反的觀點，且兩派觀點針鋒相對。有學者從二者的緊密關係出發，認為“被害人與其法定代理人基本上系處於同財共居及福禍與共之關係”，³⁵應承擔監護人過失。反對觀點則認為“法定代理人與未成年人關係密切，但人格相互獨立，財產亦獨立，未成年人無代負法定代理人責任

32 林誠二：《代負責任及與有過失間之關連性》，載《臺灣法學雜誌》2009年第127期，第162頁。

33 前注[8]，第15頁。

34 尹飛：《為他人行為侵權責任之歸責基礎》，載《法學研究》2009年第5期，第42頁。

35 前注[31]。

之理由”。³⁶ 反對觀點尊重主體獨立性的思路顯然更具說服力。經過梳理發現，通說主要以保護未成年人為核心理由，王澤鑒教授提出三點理由，第一，“代理僅限於法律行為，關於債務之履行，法定代理人之行為始得視為被害人行為；在侵權行為情形，代理人之行為，原已不具代理之意義”；第二，“法定代理制度系為保護未成年人而設，而未成年人應優先保護，為我民法之基本原則，使未成年人逕就不具代理性質之行為負責而遭受損失，與法律保護未成年人之意旨，似有相違”；第三，“法定代理人行為對損害之發生，既具有相當因果關係，與有原因，則加害人於賠償後，仍得向其求償，此一方面可減輕加害人之責任，他方面亦足促使法定代理人盡監督義務。若隨意犧牲法律所應特別保護未成年人之利益，借以警惕法定代理人，衡諸法理，似難謂妥。”³⁷ 然而，少數學者又認為“法定代理制度固系為保護未成年人而設，然此尚不足以導出必須犧牲他人之利益以保護未成年人之結論，亦無為保護未成年人即可完全不顧他人利益之理”，³⁸ “法定代理人與被侵權人多屬同一家庭之成員關係，其他加害人再向法定代理人依過失比例請求分擔責任，實際上仍系由被侵權人之家庭中取償，如此反而造成反覆求償之困擾，另在法定代理人之過失相較於其他加害人之過失為高時，要求其他加害人負擔全部責任反而對於其他加害人責任分擔不公平之現象”。³⁹

筆者認為，正反兩種觀點表面上在探討法定代理制度能否成為未成年人承擔其監護人過失的理由，但本質是“公平分配責任”與“保護未成年人利益”兩大原則的博弈。從民法體系出發，保護未成年利益的制度設計隨處可見，除了總則編的監護制度，在民事法律行為中亦見立法者保護未成年人利益的傾向。以限制民事行為能力人為例，對於其所實施與其年齡、智力不相適應的民事法律行為須其法定代理人追認才認定為有效，相對人不能以其善意為由主張行為有效，僅能在其法定代理人追認前行使撤銷權。即在善意相對人的交易安全與未成年保護的取舍中，立法者最終選擇保護未成年人利益。交易安全在法律行為的制度設計中的重要性毋庸置疑，然而仍需要讓位於立法者認為更高的價值追求，即保護弱者的利益以體現以人為本。責任的合理分配同樣是侵權法所追求的重要價值，暫且不論其地位與法律行為中的交易安全是否相當，單就與之權衡的對象而言，相對方是惡意的侵權人。依體系解釋，如認為未成年人在過失相抵時考慮其監護人過失，則意味著未成年利益保護在面對惡意的侵權人時需要退讓，似與民法典整體的價值理念相背離。實際上，

36 謝哲勝：《侵權行為被害人法定代理人與有過失——民法第二百十七條修正評析》，載《財產法專題研究（二）》，元照出版公司1999年版，第67頁。

37 王澤鑒：《第三人與有過失與損害賠償之減免》，載《民法學說與判例研究》（第一冊），北京大學出版社2009年版，第64頁。

38 前注[31]。

39 前注[32]。

如前所述，未成年人是否該承擔監護人過失的問題重點在於，無法向法定代理人求償之危險，是否應由未成年之被害人承擔。而風險分配須至少考量兩大因素，一是風險承擔者是否較相對方更容易吸收、分散和移轉風險，二是風險承擔者是否較相對方更容易預知並防控風險。未成年人相較於侵權人而言難以承受風險，至於能否預知與防控，未成年人與侵權人實際上均無能力防免未成年人之監護人過失。但侵權人至少能控制不損害他人之行為，無論從過失還是因果關係的角度，若無侵權人的行為，則所謂監護人過失並無侵權法上的意義，造成的後果完全由未成年人與監護人自負。侵權人與監護人承擔連帶責任，即使存在向監護人求償不能的風險，但仍有能求償的可能，且在現實生活中，相較於未成年子女，侵權人更有可能獲得求償。當然，也有學者主張原則采“不應承擔說”，例外采“應承擔說”，認為未成年人利益在某些個案中無保護之必要。任何制度皆有其界限，同樣地，未成年人利益也並非無限度的給予保障。⁴⁰我國臺灣地區有所謂“強制有效行為”制度，即限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行為為有效。王澤鑒教授認為“之所以強制法律行為有效，系以限制行為能力人既已能使用詐術，其智慮不薄，而且玩弄手段，無保護之必要。”⁴¹我國民法典並無此項規定，在現行立法體例下，相對人因善意可在其法定代理人追認前撤銷，或者行使受欺詐方的撤銷權。雖然制度設計各異，但在價值選擇上，均偏向保護交易安全。在侵權行為中同樣存在未成年人欺詐的情狀，例如，某甲為17歲之高中女生，某日觀看電視購物頻道時，該頻道強力推銷某品牌之減肥藥。因某甲在學校時常被取笑體重過重，心血來潮乃拿起電話撥打購物頻道所示之訂購電話，訂購該減肥藥乙組。並於服務人員詢問購買人資料時，謊稱其為剛成年之親生姐姐，並報以其姐姐之姓名、出生年份（該藥物僅適合成年人服用）、身份證字號等，並約定交易方式為貨到付款，而完成交易。貨物送抵時，為防止送貨人員看穿，某甲更穿著其母之衣服使其看似業已成年，並以其姐姐的身份證、印章收取貨物。後某甲服用該藥物不當，致使厭食症，造成某甲發育不良且並發憂鬱、貧血、無月經等相關症狀。在此例中，甲的法定代理人可依民法典第1165條向經銷商主張侵權責任。該公司則主張甲的法定代理人對某甲之照顧保護不周，為與有過失，依民法典第1173條減輕其賠償範圍。⁴²筆者認為雖然就損害發生的角度而言，被侵權的未成年人主觀惡性更大，且為造成損害結果的主要原因力，但在責任的分配上，仍須考慮保護未成年利益的因素。合理的解決方式應是某甲成立被侵權人過失，在過失相抵時，僅針對某甲個人的過失，而不應包含其監護人過失。否則，在實質承認責任能力的司法選擇下，某甲則承擔了雙重過失，明顯不利。

40 參見陳澤嘉：《論與有過失》，中正大學法律研究所2010年碩士論文，第129頁。

41 王澤鑒：《民法總則》，北京大學出版社2009年版，第316頁。

42 前注[40]，第131頁。

（四）應然的責任分配方案

綜合未成年人保護、風險合理分配以及法政策等因素考量，被侵權未成年人在任何情形下都不應當承擔其監護人過失。換言之，被侵權未成年人是否與有過失僅應以未成年人本人為據。在我國司法實務實質上承認責任能力的背景下，將監護人過失與被侵權人本人的過失分離處理，對於限制民事行為能力人尤為重要。一旦監護人過失不再與被侵權未成年人本人的過失綁定，在個案中將被視為與侵權人侵權行為共同導致未成年人損害。此時，按共同侵權原理，應由侵權人與監護人承擔連帶責任，但侵權人清償後可向監護人追償其監護過失的責任。

四、結論

被侵權人過失是侵權法上最常用的減責事由之一，但被侵權人是否應當承擔第三人之與有過失，特別是未成年人是否應當承擔其監護人過失則仍有不少爭議。通過實證研究發現，相較於立法對責任能力的消極態度，我國司法實務在認定被侵權人過失時采民事行為能力標準判斷其對行為的危險性是否具備一定的認識和辨別能力，實質上承認了責任能力制度。然而，責任能力所欲達致保護未成年人利益的價值目標卻因被侵權人需要承擔監護人過失而被架空。實際上，將二者過失分離才能夠使責任能力在過失相抵當中同樣得以貫徹保護未成年人的價值理念。在我國司法實務中，分離處理對於限制民事行為能力人更尤為重要。讓被侵權人承擔其監護人過失本質上屬於替代責任，與之在結構上相似的監護人替代責任無法正當化被侵權人替代責任。透過綜合考量多項因素後，得出被侵權未成年人不應承擔其監護人過失。在被侵權人一方存在監護人過失時，應由侵權人與監護人對被侵權人承擔連帶責任，侵權人清償後可向監護人追償監護過失的責任。