

未成年人致人损害的规范逻辑与立法选择

李晓倩

内容提要:我国未成年人致人损害制度的法律文本与司法实践之间呈现出显著的背离,现行法律规范处于失灵状态。在实体法维度上,未成年人致人损害责任主体的确定,既需要考虑制度的体系性制约,又需要顾及中国固有的社会文化,实现未成年人保护和受害人保护的平衡;在程序法维度上,诉讼构造的设计需要以实体法为基础,遵从当事人处分原则。基于此,我国“民法典侵权责任编”应将未成年人致人损害的责任主体确定为监护人,并规定未成年人可承担公平责任;在诉讼构造上,监护人为适格被告,例外情况下基于受害人的选择,监护人与未成年人均作为被告时,构成普通共同诉讼。

关键词:未成年人 民事责任能力 归责原则 诉讼构造

李晓倩,吉林大学法学院讲师,吉林大学司法数据应用研究中心研究员。

关于未成年人致人损害的规范,全国人大法工委“民法典侵权责任编(草案)”征求意见稿沿袭了《民法通则》和《侵权责任法》所确立的思路,这意味着立法者认为既定的规则能够有效规范生活事实。但是,学界围绕相关问题的讨论从《侵权责任法》制定延宕至今,诸如是否应当引入民事责任能力、监护人的归责原则、被监护人的责任形态等问题,并未达成共识,依然是编纂“民法典侵权责任编”过程中颇具争议的问题之一。从目前的立法趋势来看,立法者对引入民事责任能力等建议持较为消极的态度,其理由早在《侵权责任法》制定时便有明确阐释,即既有规则来自司法实践,^[1]而既有规则到底来自于哪些司法实践,是多大样本的司法实践,却从未有公开资料进行说明。

未成年人致人损害规范在司法实践中适用的有效性,的确是检验其纠纷解决实效的最终标尺。民事实体法的实施从来离不开司法实践的支撑,因为民事实体法本质上是裁判法,其只有以司法实践为背景予以检视,我们才会更清晰地理解其正当性和有效性。^[2]

[1] 张新宝著:《侵权责任立法研究》,中国人民大学出版社2009年版,第114页。

[2] 参见贾宏斌:《民法教与学的有效路径——漫谈蔡立东教授“民法七维学习法”》,《高教研究与实践》2015年第1期,第45页。

作为实体法的实施机制和操作系统的程序法,须以保障实体法的实现为目的,这意味着实体法和程序法之间应当契合或匹配。但是,通过考察法律文本与裁判文书,可以发现我国未成年人致人损害规范的实体法与程序法之间、法律文本与司法实践之间却存在显著的背离现象。本文在以上背景下展开讨论,以期从政策选择的实质合理性和规则设计的技术合理性两个层面,提出对该问题的妥适解决方案。

一 现行法律规则的困境

(一)我国现行未成年人致人损害规范的内在悖论

《侵权责任法》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。”第2款规定:“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。”依照通说,该条第1款与第2款之间为“平行关系”,即第1款适用于未成年人无财产之情形,第2款适用于未成年人有财产之情形。^[3] 在此种解释论进路下,未成年人有无财产成为判断其民事责任能力的决定性因素。

但是,将未成年人的财产状况作为其民事责任能力的决定性因素,引发了理论与实践中的诸多矛盾。首先,抹煞了民事责任能力的规范意义。民事责任能力是民事主体承担民事责任的资格,这种资格不应因财产的有无与多少而发生变动。^[4] 民事责任能力的判断可以委诸于立法的预先设定,或者立法对法官的授权,但无论如何不能取决于民事主体的财产状况。虽然财产构成民事主体承担责任的担保,但是财产状况是变动不居的,如果将财产作为民事责任能力有无的判断标准,则民事责任能力将处于不确定的变动状态。更有甚者,如果民事责任能力之有无只是意味着责任财产之存否,则根本没有必要在责任财产之外另行创设民事责任能力概念。^[5]

其次,有悖于自己责任的基本理念。《侵权责任法》第32条第1款规定未成年人致人损害时由监护人承担责任,但第2款规定未成年人有财产时,则由未成年人以财产承担责任,这很可能被解读成以未成年人的财产为监护人承担责任。同时,相较于无财产的未成年人,有财产的未成年人需要承担更加不利的法律后果,未成年人的财产反而成为其负担。这显然违反侵权法上自己责任的基本理念,亦与主体的平等性和未成年人保护的基本观念相冲突。

最后,不符合司法运作规律。行为人是否有财产、有多少财产可以用来承担民事责任,是一个需要审理以后才能确定的问题。法院在裁判的过程中居于被动的角色,其职能

[3] 参见张新宝著:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2006年版,第211页;杨立新著:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第231页;汪渊智著:《侵权责任法学》,法律出版社2008年版,第377页。

[4] 目前学界对民事责任能力的理解争议颇多,已经形成“判断能力说”“意思能力说”“行为能力说”“年龄说”“财产说”“混合标准说”等多种学说。参见孙玉红:《我国监护人责任规范的反思与再解读》,《法律科学》2016年第1期,第104页。

[5] 参见郑永宽:《论民事责任能力的价值属性》,《法律科学》2010年第4期,第81页。

仅在于审查原、被告之间的纠纷,无纠纷则无规制。进入诉讼程序后,未成年人有无财产,受害人一般并不关心,监护人也不主动请求,不会有讼争的两造,很难构成一个争议。不仅如此,即使经过审理,法院也很难作出裁判。

从实体法与程序法之间的关系观之,程序法规范以实体法规范为基础,二者之间应当协调而无冲突。依照“平行关系说”,以《侵权责任法》第 32 条为纠纷解决的实体法基础,未成年人和监护人的诉讼地位将出现两种情形:未成年人无财产时,监护人为单独被告,因为未成年人没有民事责任能力,不应作为责任主体。未成年人有财产时,视未成年人的财产状况和原告的选择,未成年人为单独被告,或者未成年人和监护人为共同被告。

需要说明的是,围绕《侵权责任法》第 32 条第 1 款和第 2 款之间的关系,学理解释上除了通说主张的“平行关系说”之外,还有“原则与例外关系说”“内外关系说”等观点。“原则与例外关系说”认为,第 2 款是第 1 款的例外规定,在责任承担上应当打破监护人与未成年人财产分离的逻辑,尽管监护人可以从未成年人的财产中支付赔偿费用,但责任主体仍然是监护人。^[6] 显然,以此为实体法基础,在诉讼构造上监护人应为独立被告。“内外关系说”提出,第 1 款规定的是受害人与监护人之间的外部关系,第 2 款规定的是监护人与未成年人之间的内部关系。从适用上看,外部关系适用在先,内部关系适用在后,只有损害赔偿关系处理完成,才适用责任分担关系。因此,未成年人对其致害的行为对受害人不承担责任,监护人应对该损害承担责任。^[7] 据此,在诉讼构造上监护人亦应为独立被告。

但是,无论对《侵权责任法》第 32 条秉持何种解释论进路,却均无法避免实体法规范与程序法规范的冲突。2015 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下称“《民诉法解释》”)第 67 条明确规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告。”根据权威解读,《侵权责任法》第 32 条第 2 款是确定未成年人和监护人为共同被告的实体法基础。^[8] 由此,《民诉法解释》第 67 条成为耐人寻味的条款:其为何罔顾《侵权责任法》第 32 条第 1 款,而仅仅从第 2 款出发作出了共同被告的诉讼构造选择?这两款之间到底是什么关系?《民诉法解释》第 67 条是对实体法的误解,还是另有深意?无论如何,可以肯定的是,《侵权责任法》第 32 条和《民诉法解释》第 67 条之间出现了龃龉,形成了“法律体系上之违反计划的不圆满状态”^[9]

(二)我国未成年人致人损害纠纷司法实践

为考察未成年人致人损害纠纷的法院立场,本文利用“中国裁判文书网”进行案例检索与分析。案由限定为“监护人责任纠纷”,文书类型限定为“判决书”,裁判日期限定为“2010 年 7 月 1 日 - 2018 年 5 月 1 日”,检索时间为 2018 年 5 月 2 日。经检索,本文共得到 397 件判决书,排除重复案号后,得到 392 件判决书。其中,有 116 件判决书与本文的

[6] 参见薛军:《走出监护人“补充责任”的误区》,《华东政法大学学报》2010 年第 3 期,第 122 页。

[7] 参见陈帮锋:《论监护人责任:〈侵权责任法〉第 32 条的破解》,《中外法学》2011 年第 1 期,第 108 页。

[8] 参见沈德咏主编、最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著:《最高人民法院民事诉讼法理解与适用》(上),人民法院出版社 2015 年版,第 254 页。

[9] 黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 377 页。

研究主题无关,^[10]故最终确定作为研究对象的判决书 276 件。

1. 未成年人致人损害纠纷中的被告分布

分析这些判决书发现,未成年人致人损害案件中的被告出现三种样态,分别是未成年人为被告、监护人为被告以及未成年人和监护人为共同被告。

表 1 未成年人致人损害纠纷中被告的列明情况

分类	未成年人为被告	监护人为被告	共同被告
数量	32	41	203
比例(百分比)	11.59%	14.86%	73.55%

从表 1 可以看出,有 73.55% 的法官将未成年人和监护人列为共同被告。而且《民诉法解释》于 2015 年 2 月 4 日修订后实施,在此之前立法及司法解释对未成年人和监护人的诉讼地位没有明确规定。本文确定的 276 个研究对象中,裁判日期在 2015 年 2 月 4 日之前的判决书有 86 件,其中 55 件未成年人和监护人为共同被告;在 2015 年 2 月 4 日之后的判决书有 190 件,其中 148 件未成年人和监护人为共同被告。也就是说,即使是在《民诉法解释》第 67 条生效之前,也有较多案件将未成年人和监护人列为共同被告。

2. 未成年人致人损害纠纷中责任的承担情况

本文考察发现,虽然多数法官将未成年人和监护人确定为共同被告,但在裁判结果上,却通常仅追究监护人责任,追究未成年人责任的判决为数不多。也就是说,“共同被告”的诉讼构造背后,却是“单独责任”的法律后果。

表 2 未成年人致人损害纠纷中责任承担情况

分类	未成年人责任	监护人责任	连带责任	监护人补充责任
数量	6	223	43	4
比例(百分比)	2.17%	80.80%	15.58%	1.45%

从表 2 可以发现,在 276 件判决书中,有多达 223 件判决书确定由监护人独立承担责任,占比 80.80%。这说明,未成年人虽为被告,但多数法官依照《侵权责任法》第 32 条第 1 款,确认未成年人非责任主体,侵权责任由监护人承担。值得说明的是,在 276 件判决书中仅有 7 件判决书提及了未成年人的财产状况。比如,在(2015)京少民初字第 6 号判决书中,法院判定:“被告叶某甲(未成年人)于本判决生效之日起十日内赔偿原告李某某 5307.55 元;如被告叶某甲财产或财产不足以支付,不能履行部分的赔偿责任由被告叶某乙(监护人)负担。”在论及未成年人的财产状况时,法官又罔顾《侵权责任法》第 32 条第 1 款,而径直依照第 2 款进行判决。

3. 未成年人致人损害纠纷中法律规则的适用情况

本文考察发现,未成年人致人损害案件的判决文书中,《民法通则》第 133 条、《侵权

[10] 排除的情形主要包括:未成年人为原告的案件、不构成未成年人侵权的案件、与监护人责任无关的案件、被监护人为精神病人的案件等。

责任法》第 32 条、《民事诉讼法解释》第 67 条为主要裁判依据。

表 3 未成年人致人损害纠纷中的裁判依据^[11]

	《民法通则》第 133 条	《侵权责任法》第 32 条	《民事诉讼法解释》第 67 条	案件总数
一审	36	229	3	226
二审	1	7	0	50

对比表 1 和表 3 的数据,可以发现,虽然在 73.55% 的案件(表 1)中,法院将未成年人与监护人列为共同被告,但是绝大多数判决却并未援引《民事诉讼法》第 67 条。这再次说明,“共同被告”诉讼构造的形成并非以既定规则为根据,也即《民事诉讼法解释》实施之前,“共同被告”已经成为法官的现实选择。

通过对以上实证数据的分析可以发现,在实体法规则的适用层面,未成年人的财产状况并未成为法官裁判的核心关切。法官并不关心未成年人是否拥有财产,财产状况不成为责任构成以及责任承担的要件。在程序法规则的适用层面,虽然多数法官选择了“共同被告”的诉讼构造,但与其说这一选择是遵从《民事诉讼法解释》第 67 条的结果,不如说是便利法院工作推进的现实选择。总之,未成年人致人损害的实体法规范之间,以及实体法规范和程序法规范之间存在诸多龃龉。实体法规范是裁判规则,程序法规范是实体法规范的实施机制和操作系统,而司法实践是检验法律文本有效性的最终平台。只有具有正当性和有效性的法律文本方能在司法实践中得到落实,反之,如果法律文本无法在司法实践中得到落实,其正当性和有效性即值得质疑。

二 法律规范选择的既定约束

立法作为一种实践活动必须遵循体制强制的要求。法律规范身为一个价值体系,应该贯彻其外在与内在体系上之无矛盾性的要求。^[12] 故而,规则必须遵守体系性约束,这既包括内在的制度性约束,也包括外在的文化与社会性约束。

(一) 制度“同构化”的体系性制约

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。早在 20 世纪 80 年代,佟柔教授即强调“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^[13]”。^[13] 但行为能力与责任能力的技术构成毕竟不同,自

[11] 未成年人致人损害纠纷中的裁判依据,是指判决书中“本院认为”和“判决如下”部分所引用的法条。这里需要说明的是,一件判决书中可能引用数个法条,故表 3 中一审和二审判决书中所引用的法条数量之和并不等于案件总数;同时,二审判决书中可能只引用程序性法条,而不引用实体性法条,故二审判决中引用实体法条的数量明显少于一审判决书。

[12] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 444 页。

[13] 佟柔主编:《民法原理》,法律出版社 1983 年版,第 44 页。

然人的行为能力可以区分为无行为能力、限制行为能力和完全行为能力,但自然人的责任能力仅可区分为无责任能力和有责任能力,两者对应,必然是无行为能力和限制行为能力者均无责任能力。这种同构化的结果,当然会推导出未成年人不具有责任能力的结论。

关于我国立法上的这种同构化立场,理论界观点不一。事实上,民事行为能力与民事责任能力是否必须分列,肯定与否定之理由交错杂陈。

“肯定说”提出以下理据:其一,两者所指向的法律规范对象具有一致性,仅是从正态和反态的不同角度设定了规范机制,基于法律效果的共通,制度设计也可以更为凝练。其二,义务本就可以阐释为法律关系主体依法承担的某种必须履行的责任,义务与责任不是一成不变的,而是处于变动不居的状态中。其三,持民事行为能力与民事责任能力区分论者的主要依据是后者较前者具有更多的制度“粉饰”(如年龄限制),故两者应当分立。但是,这种逻辑可能存在因果倒置之嫌。其四,民事行为能力与民事责任能力同构并不会产生制度运作上的困难。^[14]

“否定说”则从形式逻辑出发,认为行为能力的判准是意思能力,责任能力的判准是识别能力,而属于推理层次的意思能力表征着比属于判断层次的识别能力更高的认识水平,处于理性认识的不同层次。但依照《侵权责任法》第32条第1款,只有完全行为能力人具有责任能力,而未成年人均不具有责任能力。这意味着对于限制民事行为能力的未成年人来说,其具有民事行为能力却不具有民事责任能力,责任能力的标准反而高于行为能力的标准。因此,有学者主张在立法上应引入“民事责任能力”概念,实现法律逻辑的顺畅。^[15]

但是,《民法总则》已于2017年10月1日正式实施,其并未采纳“民事责任能力”的思路,该选择与《侵权责任法》和《民法通则》一脉相承。换言之,民事行为能力与民事责任能力同构化的既有立场已成为未成年人致人损害制度设计必须考量的前提。立法作为一种实践活动不能拘泥于某种理论的逻辑,而必须超越理论的纷争,选择最有利于解决问题的制度设计方案。但法典的内容也不是无逻辑的放肆,也不能全然不顾理论逻辑。^[16]其间的斟酌选择,须置于体系化诉求的背景之下,体系强限制了民法制度的可能选择,“法律的发展必须立足于过去的成就,‘继续’向前进步,中间不得有类于突变的断层现象。如是,新的制度才能在由旧有制度所构成之体系中生根、成长、茁壮”。^[17]“民法典侵权责任编”的未成年人致人损害制度设计必须在实现既定调整目标的前提下,尽量化解可能产生的内部矛盾,减少逻辑冲突以便利具体制度的理解和适用。

(二)“路径依赖”的惯性

《侵权责任法》第32条与《民法通则》第133条一脉相承,^[18]体现了我国立法在该问

[14] 参见曾世雄著:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第205页。

[15] 杨代雄:《适用范围视角下民事责任能力之反思——兼评〈中华人民共和国侵权责任法〉第32条》,《法商研究》2011年第6期,第61页。

[16] 蔡立东:《公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读》,《法制与社会发展》2004年第1期,第61页。

[17] 黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第573页。

[18] 《民法通则》第133条规定:“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。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,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。”

题上的一贯立场。事实上,否认未成年人的民事责任能力在我国民事立法上由来已久,《民法通则》的相关规定也是对既有立法的承继。我国《民法通则》颁布之前,立法机关曾于 20 世纪 50 年代、60 年代和 80 年代三次起草民法典。1955 年起草的《债编通则第一次草稿》第 37 条区分了无民事行为能力人和限制民事行为能力人,无民事行为能力人不具有民事责任能力,造成的损害由其法定代理人负赔偿责任;限制民事行为能力人具有民事责任能力,造成的损害由其自己负赔偿责任,不能或者赔偿不足时,由法定代理人负责赔偿。^[19] 其后,1957 年起草的《债权篇通则草稿》第 14 条、《债的通则第二次稿(另案)》第 72 条、《损害赔偿(或改为:因侵权行为所产生的债)[第三次草稿]》第 5 条均沿用了该条文。^[20] 至 60 年代,第二次民法典起草工作开始,取消了限制民事行为能力人具有民事责任能力的规定,彻底否认了未成年人的民事责任能力。1964 年 7 月 1 日起草的《中华人民共和国民法草案(试拟稿)》第 18 条第 3 款规定:“监护人必须维护未成年人的合法权益。监护人对未成年人造成的公共财产的损失或者他人财产上的损失,应当负赔偿责任。”其后,同年 9 月 25 日草拟的“对民法 1964 年 7 月 1 日试拟稿第一编的修改意见”第 7 条和同年 11 月 1 日起草的《中华人民共和国民法草案试拟稿》第 18 条沿用了该条文。^[21] 1980 年起草的《中华人民共和国民法草案(征求意见稿)》第 448 条采用了“识别主义”的立法模式,规定未成年人能够辨认自己行为的后果并且已有独立经济收入的,应当对自己造成的损害与他们的父母、监护人或者有义务对他们进行监护的组织承担连带责任。^[22] 其后,1981 年起草的《中华人民共和国民法草案(征求意见稿二稿)》第 345 条和《中华人民共和国民法草案(第三稿)》第 469 条沿用了该条文;但是,1982 年起草的《中华人民共和国民法草案(第四稿)》第 426 条又删除了关于连带责任的规定,再一次彻底否认未成年人的民事责任能力。^[23] 1986 年,《民法通则》颁布实施,第 133 条一方面否认未成年人的民事责任能力,另一方面又对于有财产的未成年人“区别对待”,形成“二元化”判准的责任承担模式。

从 20 世纪 50 年代到 80 年代,民法草案数次起草,相关条款几经变更,但除了改革开放初期的民法草案曾提出完全以识别能力确定未成年人的民事责任能力之外,其余民法草案对赋予未成年人民事责任能力均持消极态度,换言之,我国民事立法否认未成年人的

[19] 1955 年《债编通则第一次草稿》第 37 条第 1 款规定:“无行为能力人造成他人的损害由法定代理人负赔偿责任。限制行为能力人造成他人的损害,由限制行为能力人负责赔偿,在不能或者赔偿不足的时候,由法定代理人负赔偿责任。”参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(上),法律出版社 2003 年版,第 181 页。

[20] 参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(上),法律出版社 2003 年版,第 202、225、243 页。

[21] 参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(下),法律出版社 2003 年版,第 101、140、165 页。

[22] 1980 年《中华人民共和国民法草案(征求意见稿)》第 448 条规定:“无行为能力人和行为能力受限制的人不法造成的损害,由他们的父母、监护人或者有义务对他们进行监护的组织承担责任。但是,未成年人能够辨认自己行为的后果并且已有独立经济收入的,应当对自己造成的损害承担连带责任。父母、监护人或实行监护的组织如果能够证明已经尽到了监护责任,可以酌情减轻或者免除他们的责任。”参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(下),法律出版社 2003 年版,第 428 页。

[23] 1982 年《中华人民共和国民法草案(第四稿)》第 426 条规定:“无行为能力人和行为能力受限制的人不法造成的损害,由他们的父母、监护人或者有义务对他们进行监护的组织承担责任。父母、监护人或执行监护的组织如果能够证明已经尽到了监护责任,可以酌情减轻或者免除他们的责任。”参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(下),法律出版社 2003 年版,第 616 页。

民事责任能力由来已久。由此,我们可以清晰地观察到立法上的路径依赖效应,也即在制度变迁过程中,存在某种自我强化机制,这种机制使制度变迁一旦走上某一途径,其既定方向和轨道在以后的发展中会得到自我强化。路径依赖虽然并未给我们提供一剂直接的政策良方,但它是一个重要的分析工具,其暗示着法律变革根植于固有的背景框架之中,受到几十年甚至上百年既有发展和效果的约束。

(三)“家庭主义”传统的约束

长期以来,家庭构成了中国社会秩序以及社会利益的基本归属单元,进而构成法律调整的基本单位。正如费孝通先生所言:“权力是社会控制个人的力量……权力的来源固然是社会的,但是社会不能直接来约束人,它还得藉着人来表现……我们可以见到在父权社会里,父亲对于孩子的行为常要担负道德上和法律上连坐的责任。”^[24]这种“家庭主义”的社会文化思想是传统中国社会运作的根基,必然映射于法律制度之上。因此,“养不教,父之过”不仅是一种道德非难,也是一种法律责任分配的正当性基础。在家庭成员与外部发生纠纷时,家庭成员间会形成一个统一的认同和行动单位,家庭成为其成员在外部纠纷中的依靠力量,外部纠纷不仅仅是私人之间的纠纷,更是不同家庭认同体间的纠纷。^[25]甚至,在财产继承领域,被继承的财产被视为是父子一体的财产,父亲不能凭一纸遗嘱而把自己任何一个儿子排除在合法继承财产之外,这是古代中国法律与西方法律的显著差异,这也是中国的“家庭主义”和西方的“个人主义”比较鲜明的不同。^[26]

“个人主义”强调自我负责,认为个人构成了人之科学中分析的终极单位,也是各种价值的最终归宿。个人主义之下“自己责任”的观念是近代西方的民事责任制度的基础。在此机制之下,理性的个人成为民事立法对主体的基本假定,其对自己的过错所造成的他人的损失承担责任。“理性的个人”意味着民事主体有能力进行思考和表达,进而形成“意思能力”;有能力预见行为可能产生的结果,进而形成“辨识能力”;有能力约束自己的行为,进行形成“控制能力”,总之理性的个人能够自主选择决定自己的事务并追求价值的实现。其逻辑的结果自然是理性的个人亦能够自我负责。因此,以“个人主义”为基础的近代民事责任立法的核心价值,就是最大限度地保护和促进个人自由的实现。但是,个人主义的民事责任立法也造成了受害人救济不利的后果,现代的民事责任立法更加重视受害人救济,在致人损害责任的构成中“过错”不再是唯一的认定因素,受害人救济愈发成为侵权法的目标。

个人主义起源于西方文明,其在支撑西方社会发展的同时,亦引发了种种问题与危机。不仅如此,其运作实际上是依靠西方自身的文化传统。事实上,任何历史都是产生于社会文化之上,都是充分运用自身传统价值观念来应对矛盾的历史,在各自选择的基础上,在历经磨合的艰难之后,形成自己“完整的现代性”。^[27]回望中国历史,必须承认,我

[24] 费孝通著:《乡土中国》,上海世纪出版集团2007年版,第506页以下。

[25] 参见瞿同祖著:《中国法律与中国社会》,中华书局2006年版,第72页以下。

[26] 参见[美]黄宗智著:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》(卷三),法律出版社2014年版,第287页。

[27] 参见孙向晨:《个体主义与家庭主义:新文化运动百年再反思》,《复旦学报(社会科学版)》2015年第4期,第68页。

们意欲放弃“家庭”的传统观念,但却没有找到可以对其替代的现代性价值,而这正是导致当下社会产生一系列价值失范和行为失范的重要根源。因此,中国即将制定的民法典,在思想基础的层面亦须考虑,如何确定个人主义的接纳边界,如何弥补现代社会普遍接受的“个人主义”的固有缺陷以及如何与我们的文化传统实现对接。对此,黄宗智先生总结道,中国今天的法律文本只在表面上接纳了西方的个人主义产权概念和西方的法律话语,但在实践层面上所采用的明显不单单是那样的法律和逻辑。在更深的层面上,继续援用的是被继承人与继承人一体化的、两代人一体化的“家庭主义”法理。^[28]

(四)“未成年人保护”的理念共识

“未成年人保护”之理念不仅为《民法总则》所强调,而且已在域外民事立法中达成共识,并深刻影响了未成年人致人损害的规范思路。以比较法观之,未成年人是否具有民事责任能力,存在出生主义和识别主义之不同立法模式。两种模式均是“个人主义”理念的产物,虽然在法律技术机制上迥然有别,但在法律实现效果上却殊途同归。

出生主义主张,自然人出生即具有民事责任能力。法国民法采出生主义模式。针对未成年人致人损害责任,虽然采纳过错主义的归责原则,但是从其立法及判例来看,过错完全取决于主体实施的行为,与加害人的年龄、个性、智力、职业上的能力都没有关系,故谓之绝对客观过错。^[29] 因《法国民法典》采用绝对客观过错概念,因而可以推导出所有人都有民事责任能力的结论。^[30] 在法国侵权法改革的过程中,有观点质疑监护人责任以未成年人的致害行为为简单构成要件的司法判例,认为应当重新以未成年人有过错为要件。^[31] 但是,最新的改革方案仍然坚持司法判例的方向。同时,法国司法部 2017 年 3 月发布的《民事责任法改革草案》第 1246 条规定:“对未成年人行为当然承担责任的是:行使亲权的父母;对未成年人人身负责的监护人;基于司法或行政裁决,负责持续安排和控制未成年人生活方式的自然人或者法人,在此情况下,该未成年人的父母不承担责任。”^[32] 出生主义模式的优点在于:一方面,强调民事主体的平等性,强化了对受害人合法权益的保护。另一方面,简化司法操作的复杂性,只要行为人实施了一定的不法行为,就认为其具有过错,而无须调查行为人的具体状况。

识别主义主张,自然人有无民事责任能力,以其识别能力为标准。德国民法采识别主义模式,日本和我国台湾地区亦同,但标准稍异。德国民法采取的是相对抽象的识别能力标准,即对未成年人的民事责任能力作了切分,未满 7 周岁的未成年人无民事责任能力,如发生致人损害行为,其监护人承担责任,本人无需承担责任;而已满 7 周岁未满 18 周岁的未成年人发生致人损害行为则需要考察其实施加害行为时是否具备识别能力,具备识别能

[28] [美]黄宗智著:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》(卷三),法律出版社 2014 年版,第 291 页。

[29] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社 2001 年版,第 101 页。

[30] 参见郑永宽:《论民事责任能力的价值属性》,《法律科学》2010 年第 4 期,第 84 页。

[31] 参见 2009 年 7 月 15 日法国上议院针对《卡特拉草案》民事责任部分专门成立的评估工作组公布的《第 558 (2008-2009)号咨讯报告》,http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf,最近访问时间[2018-03-21]。

[32] 参见 2017 年 3 月法国司法发布的《民事责任法改革草案》,http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf,最近访问时间[2018-03-21]。

力者方具有民事责任能力,能够成为责任主体,反之不能成为责任主体。^[33] 日本民法采取了完全抽象的识别能力标准,与德国民法规定的不同之处在于,日本民法没有采纳年龄与识别能力挂钩的形式主义立场。^[34] 因此,法官在司法实践中拥有更大的自由裁量权。我国台湾地区“民法”也采取了抽象的识别能力标准,没有根据年龄判定未成年人有无识别能力,是否具有识别能力完全取决于个案的具体情况,同样赋予了法官广泛的自由裁量权。

但是,对于什么是识别能力,各国和地区立法都没有详细的规定。在学理上,识别能力的界定也不尽相同,有的认为“以恰当的方式判断一个行为之社会价值的的能力”;有的认为“区别善与恶以及理解后者的法律后果的能力”;还有的认为“理解一个人的行为之侵权性的能力”。^[35] 比较采用识别能力标准的典型立法例,从理论上观察,各有其优缺点。德国采纳的相对抽象的识别能力标准,充分考虑了灵活性与可操作性的结合,但也不可避免会出现忽视个案特殊性的问题。日本与我国台湾地区采取完全抽象的标准,判断主体是否有识别能力,需要具体审查个案的情况,虽然赢得了司法判决的妥当性,但却牺牲了案件审理的效率性,并且对法官提出了较高的要求。

出生主义模式与识别主义模式展现了未成年人作为致人损害责任主体的不同的法律逻辑。出生主义以法律逻辑的简明为导向,识别主义以法律逻辑的周延为根据。但在实际的法律效果上,二者的区别却并非如想象般明显。因为,即使未成年人成为责任主体,因其拥有财产的可能性较小,故很有可能只是“名义上”的责任主体。在制度设计上,出生主义与识别主义实则均设置了通向监护人责任的制度管道。这具体表现在:

其一,规定监护人和未成年人的连带责任。在出生主义模式下,《法国民法典》第1242条第4款明确了监护人应对未成年人致人损害行为承担连带责任;识别主义模式下,德国与日本的民法典虽未对连带责任作明文规定,但在解释论上,德国民法的立场是当未成年人有故意或者过失,也即未成年人的行为成立侵权行为时,应与监护人成立连带责任;^[36] 日本学界公认在此情形下成立不真正连带责任;^[37] 我国台湾地区的“民法”第187条第1款则对此作出明文规定:“无行为能力人或者限制行为能力人,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”。连带责任的存在,实际上为受害人追责监护人提供了最有裨益的制度选择,受害人完全可以通过向监护人行使损害赔偿请求权,实现救济目标。

其二,严格限制监护人的免责事由。无论是出生主义模式还是识别主义模式,对监护人责任均采过错推定的归责原则。虽然,在理论上存在监护人举证自己对于监督未成年

[33] 《德国民法典》第828条:“未满7岁的人不对其所加给他人的损害负责。(2)已满7岁但未满10岁的人,不对其在有关汽车、有轨交通工具或悬空缆车的事故中所加给他人的损害负责。已满7岁但未满10岁的人故意引起损害的,不适用前句的规定。(3)以未满18岁的人的责任未依第1款或第2款被排除为限,其在实施加害行为时不具备对于识别责任为必要的判断力的,不对其所加给他人的损害负责。”《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第318页。

[34] 《日本民法典》第712条:“未成年人造成他人损害时,如不具有足以识别其行为为责任的知识和能力,则不对其行为承担赔偿责任。”《日本民法典》,王爱群译,法律出版社2014年版,第114页。

[35] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第104页。

[36] 参见王泽鉴著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第408页。

[37] [日]圆谷峻著:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第279页。

人无过错而主张对于未成年人致人损害行为免负其责的可能,但为举证免责,监护人应承担两项举证责任:第一,须证明对未成年人的特定加害行为已尽监督义务而防范加害行为的发生;第二,须证明对于未成年人的生活已为全面之监护义务。^[38] 但是,各国家或地区纷纷通过判例来限制过错推定下的免责事由,使得过错推定责任在效果上几乎等同于无过错责任。法国法院早期还在讨论关于监护人在监管或教育方面的“过错”问题。因《法国民法典》第 1242 条第 4 款规定了“一起居住”的制度构成要件,法院会探讨监护人没有和未成年人住在一起是否具有过错。但是,1997 年 2 月 19 日法国最高法院(Bertrand 案件)判例转变为严格责任,监护人不能通过证明自己在监管或教育上没有过错而否定责任,监护人的免责事由限缩至不可抗力 and 受害人与有过失。^[39] 学者亦认为,关于监护人是否尽其监督义务,应当从严认定。如未成年人之间在学校打斗,导致其中一名未成年人受到损害,此种情形如果允许监护人以监督范围力所不及为免责事由,将会使受害人陷入无法得到赔偿的境地,故我国台湾地区“民法”第 187 条第 2 款的规定,应当以从严解释为宜。^[40]

出生主义与识别主义模式下,连带责任的设计与严格限制监护人免责事由的立场,无疑是仅在形式上确定了未成年人的责任主体地位,而在实质上却将责任导向了监护人。同时,出生主义模式与识别主义模式之别充分说明,对于相同或相似的生活事实,完全可以存在不同的法律规范模式。立法的选择,是多种因素影响的结果,既包括制度内的体系性制约与路径依赖,也包括制度外的法律传统和社会习惯的共同作用。

三 “民法典侵权责任编”的立法选择

承继《民法通则》的相关规定及其实践,一方面构成了我们设计“民法典侵权责任编”中未成年人致人损害制度可以利用的宝贵财富,另一方面则是我们很难摆脱的依赖性路径。无论如何,对一个在我国已经实施了几十年的民事规则,我们不能也不应采取虚无主义的态度,毕竟它不仅体现着,而且曾经并将继续不断塑造着中国“集体潜意识”的深层结构,可以成为民法典相关制度迅速取得合法性的支撑。^[41] 基于历史和社会实践形成的既定选择,内含着我们无法否认的实质合理性,问题的关键或许在于,应当如何提高制度实现的技术合理性。

(一)我国未成年人致人损害实体法规范的构造

1. 监护人承担过错推定责任

首先,监护人责任的归责原则应当为过错推定。监护人责任的归责原则有无过错和过错推定两个选择。无过错责任原则的基础是将未成年人视为“社会危险”的来源,因为未成年人对行为缺乏控制能力,是产生“社会危险”的原因,这显然是按照“危险责任”的

[38] 参见邱聪智著:《从侵权行为规则原理之变动论危险责任之构成》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 130 页。

[39] 参见王泽鉴著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版,第 413 页。

[40] 参见王伯琦著:《民法摘编总论》,我国台湾地区正中书局 1982 年版,第 88 页。詹森林先生亦持相似观点,参见詹森林著:《民事法理与判决研究》(五),元照出版公司 2007 年版,第 353 页。

[41] 参见蔡立东:《论法人之侵权行为能力——兼评〈中华人民共和国民法典(草案)〉的相关规定》,《法学评论》2005 年第 1 期,第 71 页。

一般法理要求社会危险的管理者承担责任,且这种责任的归责原则是较为严格的。但是,如果父母没有过错而规定他们应负责任,这就会把子女和高度危险的来源可笑地混同起来。^[42] 过错推定责任原则的基础是监护人义务的违反,也即监护人违反对未成年人负有的保护及教养义务,以及对其侵害他人权益行为的监督义务。向监护人配置责任,是考虑到未成年人的行为可能对他人造成损害,也考虑到监护人影响未成年人行为的可能性。在这里,推定监护人违反了义务,并且具有过错,但他有机会通过举证而被免除责任。^[43] 如前文所述,从规则运行的实际效果看,无过错责任原则与过错推定责任原则的区别不大。二者的区别,实则存在于法律逻辑之上。采无过错责任原则,一则会导致与法律目的之间的紧张关系,即监护人对未成年人具有法定的监督义务,无过错责任原则会割裂这种重要关联;二则会与《侵权责任法》第9条第2款发生体系性矛盾。该款规定:“教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的,应当承担侵权责任;该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的,应当承担相应的责任。”显然,在该种情形下,监护人若尽到监护义务,则无须承担责任;若未尽到义务,仅承担“相应”责任。《侵权责任法》第9条第2款与第32条第1款的规范核心均为监护人义务,若反而将一般情形下的未成年人致人损害责任的监护人责任规定为无过错责任,会发生厚此薄彼,法律逻辑冲突之嫌。^[44] 故此,监护人责任采过错推定更为适当。

其次,监护人责任的性质是自己责任。监护人责任的性质有“替代责任说”和“自己责任说”两种观点。自己责任的产生基础是监护人对未成年人具有监管义务,未成年人致人损害意味着监护人违反了此种义务,属于义务之违反而产生的责任。替代责任的产生基础是监护人为未成年人的行为负责,此种替代责任可以视为身份关系下的为他人承担责任,反映了家庭基于伦理承担着教育子女的核心功能,尤其在责任承担上承担成本内化的基本任务。^[45] 但是,将监护人的责任形态确定为替代责任,不仅在法律逻辑上存在障碍,而且在法律实现机制上徒增成本。以法律逻辑言之,如若未成年人不具备民事责任能力,替代责任如何成立? 换言之,所谓替代责任,应当是监护人的责任以未成年人的行为成立致人损害责任为前提,即首先对未成年人归责,然后再转移给监护人。在未成年人不承担致人损害责任的情况下,显然失去了“替代”的转换前提。以法律实现机制而言,替代责任与自己责任区别的核心意义在于内部追偿问题。也即如果监护人的责任形态为自己责任,则不存在监护人赔偿后向未成年人追偿的问题;而如果监护人的责任形态确定为替代责任,则需要进一步明确赔偿后的追偿问题。监护人与未成年人之间是否成立追偿关系,事关监护人与未成年人之间利益平衡。我国台湾地区“民法”虽然有条件地承认未成年人具有民事责任能力,能够和监护人承担连带责任,但对于内部追偿关系亦未加规定。至于其中缘由,王泽鉴先生的解读是,“立法者或系以为事涉家庭关系,不宜明文规定,以免滋生困扰”。事实上,在父母是未成年人监护人的场合下,一般很少有追偿发生;唯有当监护人并非父母时,可能存在监护人意欲行使追偿权的可能性。基于未成年人保

[42] 参见[苏]约菲著:《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52页。

[43] 参见[德]马克西米利安·福克斯著:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第179页。

[44] 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》,《法学研究》2012年第5期,第116页。

[45] 参见朱岩著:《侵权责任法通论》,法律出版社2011年版,第442页。

护之考虑,立法不应当规定监护人的追偿权,避免未成年人形成过早的生活负担。此时监护人虽负有额外之负担,但相较于将该种负担转移至未成年人处,由监护人承受更为妥当。由是观之,将监护人的责任确立为自己责任,不仅法律逻辑更加顺畅,而且降低制度的实施成本,不失为更加妥当的选择。

2. 未成年人承担公平责任

否认未成年人的民事责任能力而由监护人承担过错推定责任,可能引发的问题是,如果监护人无财产而未成年人有财产,则受害人可能无法得到赔偿。正是基于这一点考虑,《侵权责任法》第 32 条第 2 款才将财产作为责任承担的判断标准。其实,将财产作为未成年人承担致人损害赔偿责任的考量因素,并非我国独有,但域外立法例通常将财产纳入衡平责任范畴,而非是未成年人是否承担致害责任的判准。例如,《德国民法典》第 829 条规定:“以不能从负有监督义务的第三人处获得损害赔偿为限,在第 823 条至第 826 条所称情形之一下因第 827 条、第 828 条而不对其所引起的损害负责的人,在根据情事,特别是根据当事人的状况,赔偿损害为公平原则所要求,且不剥夺其维持适当生计以及履行法定扶养义务所需金钱的限度内,仍须赔偿损害。”^[46]我国台湾地区“民法”第 187 条第 3 项亦规定:“如不能依前两项规定得到损害赔偿时,法院因受害人之声请,得斟酌行为人及其法定代理人与受害人之经济状况,令行为人或其法定代理人为全部或者一部之损害赔偿。”除上述两例典型立法,规定衡平责任的还有《希腊民法》第 918 条、《意大利民法》第 2047 条第 2 项、《葡萄牙民法》第 489 条、《瑞士债务法》第 54 条等。^[47]

衡平责任,也即我国的《侵权责任法》第 24 条规定的“公平责任”,其本质在于道德规范的法律化,实现分配正义之理念。法律一方面使无识别能力人得不负侵权行为的损害赔偿,其法定代理人亦得举证免责,他方面为保护受害人,亦应使经济能力较佳的行为人及其法定代理人,负全部或一部的赔偿责任。衡平责任与无过错责任不同,虽然仍使用“损害赔偿”等字样,但其性质,已迥异其趣。^[48]可见,未成年人致人损害之场合,将财产之有无作为未成年人承担责任之重要维度,具有合理性。但问题的关键在于,未成年人的财产状况影响甚至决定致人损害责任的分配逻辑,其间取舍的决定因素是技术的形式合理性。技术形式合理性并不是无足轻重的,法学研究的一个重要任务就是要在实质合理的基础上形成简洁、清晰和逻辑上和谐的规则体系,方便法律的使用和对法律的学习与掌握。^[49]在监护人无财产的场所,斟酌未成年人与受害人的财产状况,并使经济状况较佳的未成年人承担公平责任,能够治愈《侵权责任法》第 32 条第 2 款的逻辑矛盾,不失为妥适的选择。

在未成年人承担公平责任时,需要注意的问题有二:其一,公平责任的成立前提。条件一,未成年人无民事责任能力,自不待言;条件二,监护人无责任或有责任但不能足额赔偿;条件三,未成年人有财产。这里的未成年人的“财产”,应当作限缩解释,排除维持未成年人生活及成长的必需品。其二,公平责任中“财产”的适用范围。适用公平责任时,对“财产”的考量一方面应当顾及未成年人的财产状况,另一方面也应当考虑到双方当事

[46] 《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社 2015 年版,第 318 页。

[47] 参见王泽鉴著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版,第 400 页。

[48] 参见王泽鉴著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版,第 401 页。

[49] 葛云松著:《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社 2008 年版,第 182 页。

人的社会保险情况。在欧洲国家,有观点认为未成年人的活动不是一种可归咎于父母的生育行为所导致的社会风险,而是社会共同体的成员所必须承担的正常的风险,因此,社会化的保险制度提供了较为重要的支撑,家庭责任保险普遍存在。^[50] 我国的家庭责任保险制度虽然并不完备,但也有越来越多的商业保险公司提供各种各样的意外责任保险,因此,在基于公平责任要求未成年人以财产承担责任时,应当将保险情况考虑在内。

监护人承担过错推定责任,未成年人承担公平责任的法技术路线,具有以下优势:首先,消除了财产主义模式的弊端。未成年人的财产状况不再是其民事责任能力的判准,未成年人民事责任能力的有无与民事行为能力的完全与否挂钩,财产在责任的归属上并不发挥作用,仅在责任的承担上发挥作用,未成年人承担公平责任并非是严格意义上的归责,而只是对损害的合理分担,由此消弭了法律逻辑的矛盾和繁复。其次,呼应了既定的约束条件。由监护人作为责任主体是民事责任能力与民事行为能力同构化的必然逻辑,是对《民法通则》第133条和《侵权责任法》第32条立法精神的承继和立法技术的改良,也是对中国社会家庭主义传统的回应,同时亦契合国际立法的理念共识。最后,奠定了诉讼构造明晰化的实体法基础。监护人承担过错推定责任,未成年人承担公平责任的法技术路线解决了“平行关系说”所导致的诉讼构造的无所适从,监护人的责任主体地位和未成年人在特定条件下的责任承担者角色,为诉讼构造的确立提供了简明清晰的基础。

(二) 程序法规范的构造

《民诉法解释》第67条确立了“共同被告”的诉讼构造,明确未成年人致人损害之诉为必要共同诉讼,该选择具有其现实和历史原因。现实的原因是,最高人民法院认为未成年人与监护人共同参加诉讼有利于审判执行工作的开展。^[51] 历史的原因是,我国司法实践长期存在重实体轻程序的倾向,强调纠纷的一次性解决,而忽略当事人程序性权利的保障。因此,我国民事诉讼法上的必要共同诉讼呈现高度泛化的倾向,在该种诉讼形态中法院可依职权追加必要共同诉讼人,具有强烈的职权主义色彩。但是,以法院工作的推进为民事诉讼制度设计的起点,有本末倒置之嫌。但是,无论我们如何强调中国司法的现实困境,都无法否认适格当事人制度应当立基于实体法上的权利义务关系基础,以及程序法上的当事人诉权的行使与保障,而非是法院工作的推进与展开。以制度的运行者(法院),而非制度的利用者(当事人)为制度设计基点的立法,偏离民事诉讼制度的目的与初衷,显然欠缺正当性。

未成年人致人损害之诉的构造,应当取决于当事人间实体法律关系的规定性。以监护人承担过错推定责任、未成年人承担公平责任作为实体法基础,未成年人致人损害之诉的诉讼形态取决于受害人的选择。

其一,如果受害人选择以监护人为被告,在监护人责任成立但却没有财产可供赔偿场合,应当允许受害人另行起诉未成年人,要求其承担公平责任。此时法院不能以重复诉讼为由不予受理,后诉与前诉之间不成立一事不再审。

[50] 参见薛军:《走出监护人“补充责任”的误区》,《华东政法大学学报》2010年第3期,第119页。

[51] 参见沈德咏主编、最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著:《最高人民法院民事诉讼法理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第253页。

其二,如果受害人选择以未成年人为被告,法院应当行使释明权,告知受害人在该类诉讼中监护人的责任主体地位。若受害人不同意追加监护人为被告,此时法院应当以被告不适格为由,驳回受害人的起诉。因为未成年人承担公平责任须以监护人责任的落空为前提,故法院应当驳回受害人仅针对未成年人提起的诉讼。

其三,如果受害人选择以监护人和未成年人为共同被告,或者选择以未成年人为被告,经法院释明后同意追加监护人为被告,此时形成的多数人之诉为普通共同诉讼。我国的共同诉讼制度以诉讼标的“共同”或“同种类”作为界分标准,分为必要共同诉讼和普通共同诉讼。必要共同诉讼中诉讼标的是“共同”的,也即在多数当事人之间存在一个共同的诉讼标的;普通共同诉讼中诉讼标的是“同种类”的,也即在多数当事人之间存在数个诉讼标的。在未成年人致人损害之诉中,因受害人与监护人之间和受害人与未成年人之间基于不同的实体请求权,形成了不同的诉讼标的,因此当受害人选择将监护人和未成年人列为共同被告时,构成普通共同诉讼。

着眼于法律的改进,应采用实用性与合理性相结合的思路检讨《侵权责任法》和《民事诉讼法解释》关于未成年人致人损害纠纷中责任主体和诉讼构造的制度设计。这一思路首先着眼于制度设计的实用性,即制度选择必须能够有效实现侵权法的主要功能和目标,其实现程度是检验制度设计成功与否的关键,侵权责任法的具体制度设计应以此为圭臬。在此初选的基础上,则以中国制度选择的现实约束为背景,以法律的生成逻辑和法律传统作为次级制度选择的指针,构建具有合理性、可行性和实效性的责任配置方案及诉讼构造。故此,“民法典侵权责任编”中的未成年人致人损害制度,应当规定监护人为责任主体;监护人无责任或者财产不足以赔偿的,未成年人可承担公平责任。在诉讼构造上,监护人应为适格被告,当受害人选择监护人和未成年人为共同被告时,构成普通共同诉讼。

[Abstract] There is a significant deviation of judicial practice from legal texts in the field of tort liability of minors in China, leading to the failure of legal texts to guide the judicial practice. In the substantive law dimension, consideration should be given not only to systemic constraints, but also to China's social and cultural context in the determination of the liability subjects responsible for the damages caused by minors, so as to strike a balance between the protection of minors and the protection of victims. In the procedural law dimension, the design of concrete litigation structure in such cases must be based on the substantive law and comply with the principle of disposition by the parties. Therefore, the tort liability chapter of Chinese civil code should establish the custodian of a minor as the liability subject for damages caused by the minor and stipulate that the minor should bear equitable liability under certain circumstances. As for the litigation structure, the custodian should be prescribed as the eligible defendant while the victim could also choose to sue both the custodian and the minor in a general joint action.

(责任编辑:姚 佳)