

监护责任能否约定推定转移 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_9B_91_E6_8A_A4_E8_B4_A3_E4_c122_483154.htm 一、问题的提出 1

1998年11月20日早，北京私立博文学校高一学生张冲在校与走读生董某发生口角，后被董某殴打伤及下腹部、裆部。经医疗诊断，张冲左睾丸破裂、左阴囊血肿，双侧睾丸包膜下充血、阴囊血肿，不得不做“左侧部分睾丸、输精管和附睾切除手术及修补手术”。术后，张冲身体一直未痊愈。1999年3月21日，年仅16岁的张冲服用大量“心律平”自杀身亡。死前，张冲曾多次担心地问其父亲：“我会不会成为小太监？”2001年5月，张冲父母以民事赔偿案由诉至北京市第一中级人民法院，要求学校赔偿经济和精神损失300万元。2000年12月15日，该案的民事赔偿一审告结，市一中院判决博文学校赔偿张冲父母因张冲人体损伤造成的经济损失4万余元，赔偿精神抚慰金2万元。法院一审认为，张冲受到伤害，博文学校负有管理不善的责任，对张冲由此造成的经济损失及对张冲父母造成的精神损害，学校应酌情予以补偿。博文学校虽在招生简章中称其系寄宿学校，但不因张冲寄宿学校而产生监护义务的转移，博文学校与张冲之间系一种管理与被管理的关系，原告要求博文学校对张冲承担监护责任，没有法律依据，不予支持，但学校应承担管理不善的责任。张冲父母要求的180万元精神损失费过高，对过高部分法院不予支持。判决博文学校赔偿张冲父母经济和精神损失费共6万余元。对于这一判决，张冲的父母表示不服并向北京市高级人民法院提起上诉。2001年7月25日

，北京市高级人民法院对该案作出终审判决：博文学校给予张昭夫妇精神抚慰金增至8万元，赔偿因张冲人体损伤造成的经济损失4.8万元，给付张昭夫妇相关合理损失费1.5万元，退还张冲赞助费学杂费2.7万元。市高级法院认为，原审法院判决仅认定博文学校与张冲之间系管理与被管理的关系，博文学校应在加害人赔偿范围内酌情予以补偿不当，且确定赔偿范围及计算赔偿数额有误。除加害人董某应承担相应的赔偿责任外，博文学校同时亦应承担对张冲受到侵害和董某实施侵害的监护不力的赔偿责任。监护人可以将监护职责部分或全部委托给他人。博文学校在招生简章中承诺：封闭式管理，老师24小时伴读。张昭夫妇据此将孩子送往该校寄宿学习，应视为家长将未成年子女的部分监护权委托给学校，学生在注册登记和交费后委托关系成立，学校对未成年学生应承担部分监护职责，由此即产生了学校要保证张冲在校期间人身安全的监护责任。另据了解，1999年8月，董某已被房山法院判处有期徒刑一年零六个月（综合2000年12月16日、2001年7月26日《北京晨报》、2001年7月26日《法制日报》和2001年7月31日《北京青年报》相关报道）。此案从起诉开始，一直受到各种媒体的追踪与关注，教育界、法律界人士对法院的一、二审判决也有不同反应。此案虽已划上了句号，但案中涉及的主要法律争议并未因此结束，监护责任能否约定推定转移便是其中一个值得深入探讨并需要形成共识的重要问题。张冲一案虽然并非我国首例涉及学校责任的民事赔偿案，但却是一个相当典型且后果比较严重的校园暴力侵权案。由于种种偶然必然因素影响特别是众多传媒对案件审理的追踪报道和法学法律界人士对相

关问题的讨论，该案产生了超越案件本身的深远影响，也使监护责任能否约定或推定转移这一具有普遍意义或价值的民法问题引起了人们的广泛关注与重视。关于案件的讨论也许会随着审判的落幕而降温，但人们却因此获得了冷静思考和对相关问题进行反思的充裕时间与良好机会，这无疑对深化监护责任认识和日后的立法司法大有裨益。

二、监护责任能否约定推定转移

监护责任是指监护人不履行监护职责、侵害被监护人的合法权益和对被监护人造成的不法损害依法应承担的法律责任，是针对无行为能力人、限制行为能力人的监督保护而产生的以民事责任为主的法律责任。监护责任的转移则是指由于法定事由的出现，监护责任从特定监护人身上依法转移给新的监护人的现象。按照我国《民法通则》的规定，监护责任应由法律规定的监护人（包括自然人和单位）承担，只有在监护人死亡、监护资格被依法撤销、监护人丧失民事行为能力等法律规定的事由出现时才会引起监护责任的转移。在监护人地位或监护关系不变的情况下，监护人能否通过约定将其监护责任的一部分或全部转移给他人承担，或由有关组织和法院根据实际情况推定监护责任的转移，立法并未就此作出规定。但1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《意见》）第22条规定：“监护人可以将监护职责部分或全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应由监护人承担，但另有约定的除外；被委托人确有过错的，负连带责任。”监护责任的约定推定转移，指向一系列相关现实法律问题：未成年人在校在园期间学校、幼儿园有无监护义务与责任？精神病人住院治疗期间医院

有无监护责任？未成年人、精神病人在其他一切脱离监护人看管情况下其他受托照管人有无监护责任？如果有，是否意味着监护人已无监护责任？如果无，该怎样理顺和处理好监护人责任与学校或相关受托人责任之间的关系？在什么情况下监护责任可以约定或推定转移？谁有权推定监护责任的转移？监护责任的约定转移有什么法律要求？推定监护责任的转移需要遵守怎样的条件与程序？……限于结构与篇幅，我们不妨以相关校园纠纷问题为中心展开主题的讨论。未成年人入学会不会引起监护责任的转移？不同的利益群往往会有不同的认识。家长们普遍持肯定意见。他们认为，学生在校期间实际上是由学校充当监护人的角色，尤其是在幼儿园、私立学校和寄宿学校中。这些场所多实行封闭管理，学生在校寄宿，家长不可能行使监护权，出了问题，责任当然在学校。家长虽是学生的法定监护人，但学生在校期间应由学校行使临时监护人的权利和责任，校方应该担负教育、保护、管理的职责，应该承认这种未成年人实际监护权的转移。教师们则有不同的看法：学生在学校发生事故或出现意外是难以避免的，这是学校和教师都不愿意看到的事情。问题是，社会往往把受害学生作为同情对象而忽视学校权益的保护，把责任全部推给学校，这显然是一个法律误区。这一问题解决得不好，将构成制约学校教育健康发展的障碍并演变为严重的社会性问题。值得注意的是，在与案件处理没有利害关系的法学界和司法界，同样存在着两种相互对立的认识与主张。在对张冲一案的审理中，一、二审法院的判决也体现出完全不同的审判思维与理念。在对该案的讨论中，法学法律界人士也就学校责任是否属监护责任等问题发生过激烈的观念

冲突与思想交锋。北京京涛律师事务所许文胜律师认为，监护权的转移是肯定存在的。根据有关司法解释，这种监护责任的委托在法律上是承认的，即未成年人被送入学校，家长与学校是一种监护权的委托和被委托关系。中国政法大学教授杨振山则认为：未成年人的父母或者依法确定的监护人对未成年人行使法定监护职责，此职责不因学生入学而免除或者转移给学校。学校则是国家法定的教育机构，我国实行九年制义务教育制度，学校与学生的关系是一种管理与受管理的关系，学校负有对学生进行管理的职责，其中理应包括对学生的人身安全与健康的照管义务，这种义务属于法定义务，如果学校因过错未能适当履行该义务，应就其过错承担相应的责任（见2001年3月13日《北京日报》）。应当说，监护责任能否约定推定转移这一普遍性问题是很难通过对某一个案的讨论而形成正确认识的，因为其内容范围及其指向的现实问题远远超出张冲一案触及的范围，但这并不妨碍我们从个案的焦点介入主题的讨论。从根本上说，监护责任能否约定推定转移完全取决于一国民法中的监护制度性质与监护制度的基本设计，其中涉及到法律价值的判断与取舍，问题的背后还隐藏着复杂的法理分析及思维方法。因此，在法学讨论层面上，我们不仅要关注监护责任能否约定或推定转移，更应关注监护责任该不该以约定或推定方式转移这一根本性问题。笔者认为，根据一般法理、我国监护制度的体系设计和现行相关立法的具体规定，监护责任可以约定推定转移的认识及结论是对立法精神的错误解读，监护责任的约定推定转移缺乏充足的法理基础和法律依据。在张冲一案中，原审法院的判决思路似乎比终审法院的判决更准确地体现了相关

民事立法的意图与精神。三、监护责任约定推定转移的法理障碍 在我国，监护责任之所以不宜或不能约定推定转移，主要是因为存在以下三大法理障碍：（一）监护的性质决定了监护责任不能约定转移。现代民法理论认为，监护作为一种具体民事法律制度，是民事权利义务的结合体。它既表现为民事权利即监护权，也表现为特定民事义务即监护职责或监护义务。只要监护人的身份不变，监护资格没有丧失，就不会发生监护责任转移的情形。依照一般法理，权利可以由权利人依法转让或处分，而当事人尤其是义务人对其义务的处分与转让在一般情况下法律是不容许的。监护的权利义务双重属性和不可分离性，意味着监护责任的转移，必须以监护权的转移为前提。另一方面，监护权与监护职责也具有人身属性与法定性，而且监护责任的转移与特定当事人如受害人等具有非常大的利害关系。故除非法律有明确规定或权利人（受害人）同意，监护责任是不能由监护人约定转移给非监护人以外的其他民事主体的或由有关组织及法院随意推定转移给其他主体的。在我国的监护制度中，监护关系的法定性质决定了监护责任的转移只能诠释监护人变更或改变情形下的监护责任承担主体变更现象，其他种种关于监护责任转移的扩大性解释都是缺乏法理基础的。（二）监护责任约定推定转移的理由在法理上无法成立。目前，赖以支持监护责任转移的一般理由是：学生在校学习或寄宿，使家长的实际监护权丧失。监护人已无法对被监护人进行监护，此时的监护人应为学校。出了问题，法律责任当然在学校。乍听起来，上述理由似乎成立，然而却经不起分析与推敲：首先，监护的职责是难以离析和转移的。作为法定的权利义务表现，监

护事项是十分广泛的，其要求也是不同的，哪些责任可以分离哪些不能分离在法理和立法上还难以界定；其次，学校根本无力承担巨大的监护职责。监护行为种类繁多，既有积极的行为要求即作为，也有消极的行为要求即不作为。将对众多学生的监护转由学校实施显然是不切实际的，在某种程度上也是与学校的教育职责存在冲突的；再次，监护职责的变更与监护人的变更是紧密相连的，而且必须遵守严格的法律程序而不能随意约定或推定变更；最后，监护职责和监护责任的承担以监护资格为基础，而不是以监护人是否能切实履行监护职责为前提。依照我国的监护制度，监护职责与监护责任是法定的，绝不允许当事人约定转移或有关组织及法院推定转移。只要监护人的身分不变和资格不丧失，监护人对被监护人造成的民事损害便应承担相应的监护责任。否则，便会出现监护人无故推卸监护责任的问题。《意见》第21条规定：“夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对孩子的监护权……”这无疑意味着监护责任并非以能够切实享有监护权或以具备实际监护条件为前提。如果被监护人的行为对他人造成的不法侵害和损害，不与子女共同生活的监护人（父或母）同样需要依法承担一定的监护责任。（三）现行立法不允许监护责任约定推定转移。传统民法学认为，监护是一种法定的亲权。我国民法规定的监护制度中只肯定了法定监护而没有规定其他监护方式，民法教科书中所列的指定监护从本质上仍属法定监护的范畴，因为有关组织和法院只能根据法律的规定监护人范围及程序加以指定而不能随心所欲地指定，故有关组织或法院根据案件具体情况推定监护责任的转移是没有法律依据的。目前被援引支持监护责

任约定转移观点的唯一依据是《意见》第22条规定。但仔细分析不难发现，据此得出监护责任可以约定转移的结论其实是对该司法解释的曲解：（1）解释中涉及的依照当事人约定转移的责任是合同责任而不是监护责任。转移责任是有严格条件限制的而且只是作为特例出现，只限于监护人和被委托人另有约定之特定情形。在一般情况下，即使监护人将监护职责委托给被委托人，监护人仍要对被监护人造成的民事损害承担监护责任。如果当事人之间没有明确具体且合法的义务、责任转移约定，则义务与责任都不会发生转移。被委托人之所以在有特别约定情形下替监护人承担责任，是由于受合同义务的约束而并非监护责任转移所致。监护人将特定监护职责委托给受托人后，监护职责已转变为合同义务，责任的性质已因此发生根本性改变；（2）监护职责的转移与监护责任的转移是两个不同的概念。根据《意见》第22条监护职责可委托给他人的规定推导出监护责任可以转移的结论，是将监护职责与监护责任、监护责任与非监护责任（合同责任）混为一谈的错误认识；（3）该解释本身已表明监护职责的转移并不会导致监护责任的转移。《意见》第22条规定“...被委托人确有过错的，负连带责任。”在这里，被委托人承担的连带责任性质已清楚地表明：在被委托人有过错的情况下监护人仍应与被委托人共同承担连带责任，监护人的监护责任并未因已将监护职责托付他人而消灭。而被委托人应承担的连带责任，应理解为过错责任而非监护责任。四、监护责任约定推定转移之利弊应当承认，如果单从解决某一现实问题的需要出发，监护责任的约定推定转移并非在理论上没有可能。问题是，我们不仅要考虑到立法的必要性，更要

注重立法的科学性和公正性。在西方一些国家，由于法律允许监护人指定监护和以遗嘱确定监护人，监护权与监护责任的约定推定转移或许是正常的现象。但我们并不能忽视不同国家监护制度之间可能存在的差异，制度差异是衡量监护责任能否约定推定转移的重要法理法律基础。正如前文所述，监护责任的约定推定转移涉及到制度建构和法律价值判断与取舍等复杂问题。只有正确权衡监护责任约定推定转移的利弊得失，才能保证立法的科学与公正。监护责任的转移的立法含义变更及其扩大化，从大处看涉及到未成年人合法权益的保护与学校合法权益的协调问题，并从一个侧面推动或制约着教育的发展。从积极意义上看，肯定监护责任约定推定转移的合理存在无疑有利于保护特殊民事主体尤其是在校学生的合法权益，也利于增强学校的管理意识。但总体上，允许监护责任约定推定转移明显弊大于利：（1）加大学校的民事风险，制约基础教育事业的健康发展。各类学校是人员构成比较复杂的场所，由于学生人数众多，管理力量的相对薄弱，各种民事侵权事件的出现在所难免。在各种教育教学活动中，特别是像野外活动、体育运动、实习和学雷锋等活动，是有一定的安全隐患的。如果立法规定监护责任可因学生的入学入校而转移，其结果势必是将理应由学生的监护人承担的一切民事侵权和其他民事损害责任推给学校，很容易形成民事风险与民事纠纷冲击基础教育和学校正常教学活动的不利局面。由于学校随时可能面临各种民事风险并承担那些无法预知的后果，学校广泛开展各种与素质教育要求相适应的教学活动的主动性、积极性便很难调动起来，再好的教育方法也难以实施。（2）有悖民法公平原则。按照公平原

则的要求，作为未成年人的学生的合法权益保护与作为教育者的学校的合法权益保护都必须得到兼顾，而不应顾此失彼或厚此薄彼。立法规定监护责任可约定推定转移，其目的不外是将本属监护人承担的责任转嫁给学校。这种强加的责任不仅是不适当的，而且也是不公平的。按照权利义务相一致的公平原则，在一般情况下，只有义务而没有权利的立法是失之公正的。从法理上看，除非学校自愿承担，监护责任的转移必须以监护权的转移为前提。从这个角度看，主张监护责任的约定与推定转移，实属片面公平观念或思想的反映。允许监护责任的约定与推定转移，未必有利于对受害人的公正保护，尤其是在监护人随意约定变更其他自然人为责任人的情形下。其他责任人承担责任的能力与监护人承担责任的能力是可能存在差异的，当变更后的责任人承担责任的能力小于原监护人时，就会对受害人形成不利。由此可见，即使是《意见》第22条规定的责任承担约定，其公平性和法理依据也是值得商榷的。依照一般法理，责任或义务的转移，都必须取得权利人的同意。故这种责任承担约定，由于可能对被害人构成不利且被害人不是约定的主体，对被害人没有任何法律约束力的。（3）容易形成法律歧视。有人提出，在国外和我国的香港特别行政区，全日制寄宿学校未成年人的监护权是由学校负责的，如果私立学校出了事故，由校方自己负责。如果是公立学校，则由相关的基金来负责赔偿。由此而主张，在有无监护责任问题上，应视学校性质不同如公立学校、公益学校和私立学校区别对待。对于私立学校，应强调监护责任的全部转移，而对于公立学校则仅承担部份责任。以办学体制差异从民事立法上区别对待不同性质的学

校责任，无疑会形成新的法律歧视，也是与市场经济条件下的教育规律和办学方针背道而驰的。从公平观念上看，私立学校不要国家投资，减轻国家基础教育办学压力与负担，更理应受到立法的重点保护而非歧视。（4）导致法律悖论出现。首先，监护责任的约定推定转移命题本身便是一个法律悖论。从内涵上分析，监护责任的约定推定转移，意味着监护责任从原监护人那儿转移到新的监护人身上。一旦被监护人造成民事损害，原监护人便无责任，但事实却并非如此；其次，承认监护责任的约定推定转移，在特定情形下也会形成不能圆说的悖论。如同校学生之间斗殴致损害发生，学校同时作为侵权行为人和受害人的监护监护责任承担者和权利享受者，纠纷双方赔偿的权利和承担赔偿的义务集于学校一身，理应可以相互抵销，但这显然也是一个法律悖论。（5）增大立法司法难度。采监护责任约定推定转移说，从客观上也必然增大立法与司法的难度。从立法层面上分析，监护责任的约定或推定转移，需要解决原有监护制度改造、监护方式多元化、监护关系的双重或多重化、监护责任转移条件、转移程序、转移方式、谁有权推定转移、转移多少、转移的限制、监护责任回归、公平立法和科学立法等一系列复杂的问题。而从司法层面上分析，伴随监护责任转移的则是法律关系复杂化、民事损害归责的复杂化、纠纷范围扩大、适用法律难度增大和司法操作困难等负面连锁反应的频现。监护责任约定推定转移说之所以在法学界有立足之地并对民事司法可以形成一定影响，从根本上说是因为对解决无行为能力人、限制行为能力人的法律保护方法多样性缺乏正确的认识。其实，监护制度只是保护未成年人、精神病人合法权益

的民事法律制度之一，人们除此之外还可以借助其他各种相关民事法律制度和方法对上述两大特殊群体的利益进行充分的法律保护。相比之下，直接运用过错学说和过错责任制度解决相关问题要比借助监护责任约定推定转移说科学、公正和简便得多。事实上，所谓的监护责任的约定推定转移说最终也要依赖过错学说或原理才能进行归责。利用监护责任约定推定转移说解释学校的监护不力过错责任，其实是绕了一个毫无必要的大弯。学校没有履行依法应承担的管理职责或存在疏忽，已足以说明学校的过错。更重要的是，过错学说可以解决的实际问题范围比监护责任约定推定转移说指向的范围广泛得多，而且在主体上并不仅仅局限于未成年人、精神病人合法权益的保护。否定监护责任约定推定转移说，并非推卸学校的过错责任，而是归责理论的要求和趋利避害的需要。

五、结语 监护责任的约定推定转移最初只是被作为一个司法话题提出来，随着讨论的深化却转而进入了民事立法深层，这应当归功于法学的理性与成熟。当人们从张冲一案的争论中走出来，想必会发现案件的判决结果已显得不那么重要了。民事立法不仅要充分体现出其应有的人性关怀，更要维持起码的秩序与公正。特定民事立法中的基本精神与具体意图，需要通过正确的司法大力张扬。此外，当我们强调立法司法的必要性时，千万别忘却立法的科学性和司法的适当性。2001年7月13日，在上海市人大常委会第29次会议上，倍受社会各界关注、立法准备工作长达7年的《上海市中小学校学生伤害事故处理条例》获得通过，并将于2001年9月1日施行。这是我国第一部规范校园伤害事故处理的地方法规。该《条例》明确规定：中小学校在学生伤害事故中承担过错

责任，学校以投保责任事故险的方式，对应负责责任的受伤害学生进行赔偿（据2001年7月14日《江南时报》）。这也不失为协调学生与学校权益保护的有效法律方法和措施，并印证了监护责任的约定推定转移并非立法司法的唯一选择与最佳选择。（作者系广西公安管理干部学院副教授）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com