

国家司法考试专题讲座

# 民法69讲

李建伟 编著

本书以69个专题讲座为平台，以民法体系为支架，全面、系统地分析了民法通则、合同法、担保法等20个民法立法文件；以近1000个实例，串起4000余个知识点，几乎囊括了司法考试视野内所有的民法法律规范。法条、法理与实例较为完美的契合，使本书在司法考试众多备考复习辅导书中卓然不群，是司法考试过关的最好路径。同时，此书对于法官、律师等广大司法办案人员是本具有指导意义的参考用书，也是一本民法学的通俗读本。

人民法院出版社

# 目 录

## 民法的体系与构成

——代前言	(1)
-------	-----

## 民法通则部分

专题 一	民事权利能力、民事行为能力	(2)
专题 二	监护制度	(8)
专题 三	宣告失踪、宣告死亡	(17)
专题 四	民事主体、诉讼主体、责任承担者	(24)
专题 五	法人一般	(32)
专题 六	委托与代理	(42)
专题 七	诉讼时效期间	(53)
专题 八	物权一般及其效力	(60)
专题 九	物权的优先性	(67)
专题 十	动产的原始取得	(74)
专题 十一	共有及优先购买权	(84)
专题 十二	土地所有权及用益物权	(92)
专题 十三	不当得利与无因管理	(104)
专题 十四	人格权	(109)
专题 十五	一般侵权行为与归责原则	(123)
专题 十六	共同侵权行为	(133)
专题 十七	特殊侵权行为责任(一)	(140)
专题 十八	特殊侵权行为责任(二)	(149)

## 担保法部分

专题 十九	担保一般	(160)
专题 二十	保证合同一般	(169)
专题二十一	保证责任	(175)
专题二十二	定金	(186)
专题二十三	抵押权(担保物权)一般	(194)

专题二十四	抵押权生效规则	(200)
专题二十五	抵押权的内容	(207)
专题二十六	动产质权	(213)
专题二十七	权利质权	(219)
专题二十八	留置权	(223)
专题二十九	商法上的担保制度	(229)

## 合同法部分

专题三十	合同及债权一般	(236)
专题三十一	合同（民事法律行为）形式	(247)
专题三十二	合同条款及解释	(257)
专题三十三	要约规则	(262)
专题三十四	承诺规则	(268)
专题三十五	格式条款	(276)
专题三十六	缔约过失责任	(280)
专题三十七	合同成立与生效	(285)
专题三十八	效力待定的合同	(292)
专题三十九	无效的合同	(297)
专题四十	可变更、可撤销的合同	(302)
专题四十一	解决争议条款的独立性	(308)
专题四十二	履行抗辩权	(312)
专题四十三	合同保全	(317)
专题四十四	合同权利义务转让	(324)
专题四十五	合同解除	(331)
专题四十六	债的消灭	(342)
专题四十七	违约责任	(348)
专题四十八	合同（债）的相对性	(359)
专题四十九	加害给付（请求权竞合）	(366)
专题五十	买卖合同的标的物所有权转移	(373)
专题五十一	买卖合同标的物的风险负担、孳息归属	(378)
专题五十二	瑕疵担保责任	(385)
专题五十三	特种买卖合同	(390)
专题五十四	商品房买卖合同	(396)
专题五十五	其他转移财产所有权的合同	(406)

专题五十六	转移使用权的合同	(414)
专题五十七	完成工作成果的合同	(421)
专题五十八	提供劳务(服务)的合同	(426)
专题五十九	技术合同	(436)

### 知识产权法部分

专题六十	著作权一般	(444)
专题六十一	邻接权	(455)
专题六十二	商标专用权一般	(462)
专题六十三	专利权一般	(478)
专题六十四	知识产权的侵权及救济	(491)

### 婚姻继承法部分

专题六十五	继承一般	(502)
专题六十六	继承方式	(509)
专题六十七	结婚与婚姻效力	(519)
专题六十八	夫妻财产关系	(527)
专题六十九	离婚	(535)
跋		(545)
判断司法考试辅导用书的好书标准		(547)
附一: 关于北京万国学校		(550)
附二: 北京万国学校 2004 年教学计划		(553)
附三: 北京万国学校各地分校		(554)
附四: 2003 年司法考试万国各分校通过率与所在省通过率比较图		(556)
关于本书的几点说明		(557)

国家司法考试民法专题讲座 69



民法  
法通  
则  
部  
分



# 专题一 民事权利能力、民事行为能力

## [母法条]

### 《民法通则》

第9条 公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。

第36条 法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

### 《合同法》

第47条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

## [相关法理]

民事权利能力是指民事主体依法享有民事权利和承担民事义务的资格。简言之，有民事权利能力，才有成为民事主体的可能（前提）。

民事行为能力是指民事主体能以自己的行为取得民事权利，承担民事义务的资格。简言之，民事行为能力为民事主体享有民事权利，承担民事义务提供了现实性。

自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡，死亡包括生理死亡与宣告死亡。自然人的民事行为能力则因个体心智、健康状况而有差异。

法人的民事权利能力、行为能力，均从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

民事权利能力、民事行为能力属于抽象理论范畴，但这是学习民法学的基础与起步，与其相联系的直接考点并不在少数。

本专题还涉及到自然人的住所问题。

## [知识点及实例]

### （一）民事权利能力

#### 1. 自然人的民事权利能力始于出生

如何理解“出生时间”是一个重要知识点。



依《民通意见》第1条，认定自然人出生时间的标准依次为（记住：“依次”两个字）：（1）户籍证明；（2）医院出生证明；（3）其他有关证明。

**【例】** 张家有孙子张明，张明要过生日，张明母亲记得5月28日生下张明；医院的接生簿上记载的是5月29日；医院出具的出生证明上记载的是5月30日；当地派出所的户口本上记载的是5月31日。请问张明的法定出生时间为哪一日？

**【答案】** 5月31日。

## 2. 自然人的民事权利能力终于死亡

自然人的民事权利能力终于“死亡”，但有继承关系的多人在同一事件中死亡的，如何确定死亡的时间呢？这是一个重要知识点。

依《继承法意见》第2条，此时如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡；死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同的，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同的，推定同时死亡。

## 3. 自然人民事权利能力的例外规定

以上两点是关于自然人民事权利能力起、止时间的原则性规定。凡原则之外，必有例外，以下两点例外是重要知识点：

### （1）关于胎儿的应留份额

若僵硬坚持权利能力始于出生，则“遗腹子”在其父亲死亡时将得不到任何遗产，这显然对该胎儿不公平。故《继承法》第28条规定了对胎儿的应留份额保护制度，以作为“权利能力始于出生”原则的一个例外。

**【例】** 甲、乙为夫妻，甲有父母丙、丁。甲死亡时，未留遗嘱，其妻乙正怀有胎儿，问甲之遗产如何分配？

**【答案】** 依《继承法》第28条及第10条，甲之遗产原则上应分为4份，即乙、丙、丁各一份，预留一份给胎儿。但问题在于，应留份制度是以推定胎儿活体出生为前提的。在胎儿出生时，可能存在以下三种情形，导致不同的权利分配形态：

①胎儿为活体，则该应留份属于该婴儿，由其母亲乙监护保管。

②胎儿为死体，则原预留份失去意义，应依法定继承制度处理，即以甲为被继承人，以乙、丙、丁为继承人，再分配这一原预留份。

③胎儿出生为活体，但旋即死去，则该预留份已转化为该婴儿的财产，依法定继承制度作如下处理：被继承人为婴儿，继承人为其母亲乙一人（法条依据见《继承法意见》第45条）。

### （2）死者的人格利益保护问题

依权利能力终于死亡原则，死者不再享有民事权利能力，自然也无从享有人格权。但若发生了有人侵害死亡人的人格利益（如隐私、名誉、肖像、姓名

等)时,法律是否予以保护呢?答案是肯定的。对此,最高人民法院在1993年8月7日的《关于审理名誉权案件若干问题的解答》与2001年3月18日的《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》都做了肯定回答。那么此时法律保护的对象是什么呢?是死者的人格权吗?答案是否定的,因为此时死者不再享有人格权。那么是死者近亲属的人格权吗?答案也是否定的。因为人格权具有专属性,死者生前的人格权不可能移转到其近亲属身上。那么法律在保护什么呢?依民法学界通说,法律此时保护的是社会公共利益。

## (二) 民事行为能力

### 1. 自然人民事行为能力的分类

自然人民事行为能力的分类,依个人年龄、心智发展及健康状况,分为三等,即:

#### (1) 完全行为能力

其必须符合的两个条件:①年龄在18周岁以上;②精神正常,但有一例外,即:《民法通则》第11条第2款及《民通意见》第2条中关于16—18周岁的特别规定。正是基于此,《劳动法》第15条将童工的下限规定为16周岁而非18周岁。

#### (2) 限制行为能力

有两种情形:①年龄10周岁以上不满18(16)周岁的;②不能完全辨认自己行为的。

#### (3) 无行为能力

也有两种情形:①年龄不满10周岁;②完全不能辨认自己行为的。

### 2. 无行为能力人的民事行为能力效力

人们往往有一种误解,认为一个人既然为无行为能力人,那么其一切民事行为为均属无效。其实不然。实际上,无行为能力人的民事行为能力可分三种情况:

(1) 依《民通意见》第6条及第129条,无行为能力人纯获利益的行为并不因其无行为能力而无效。如,一个1周岁孩童接受其叔父赠与的行为。

(2) 依民法原理,无行为能力人处分零花钱的行为一般亦有效,如一个9周岁儿童花3元钱买一冰糕的合同行为。

(3) 除以上两行为外,其余皆无效。

### 3. 限制行为能力人的民事行为能力效力

比照以上第2点之逻辑,也可以分为4种情况:

(1) 纯获利益的行为有效。

(2) 在相应的民事行为能力范围内的行为有效。如一个16周岁中学生花50元钱买一本汉英辞典的合同行为。



(3) 超出民事行为能力范围而实施的合同行为为效力待定行为（参见《合同法》第47条）。

(4) 超出行为能力范围而实施的单方民事行为为无效行为。本来，依《民法通则》第58条第2款，限制行为能力人超出民事行为能力范围实施的民事行为统归无效，但依上述《合同法》第47条，其中的合同行为又属效力待定，故不受《合同法》调整的单方行为，仍应适用《民法通则》第58条第2款，仍属无效。如《继承法》第22条规定，无行为能力人与限制行为能力人所立的遗嘱概属无效，此处的“遗嘱”系典型的单方民事法律行为。

#### 4. 特殊行为能力问题

上面的篇幅论述的都是自然人民事行为能力的一般情形。对于个别特殊行为能力问题，应适用特别法。如，自然人的结婚能力，依《婚姻法》第6条，要等到女20周岁、男22周岁才享有。

### （三）法人权利能力与经营范围的关系

《合同法解释（一）》出台之前，传统民法理论及司法实践多认为法人的权利能力要受法律的限制，且每个法人的权利能力也不相同，法律限制的表象即是法人（以企业法人为例）所领取的企业法人营业执照上的“经营范围”。故企业法人超出了核定的经营范围，就是超出了权利能力，依《民法通则》第58条的规定就应属于无效行为。

实际上，企业法人的民事权利能力与经营范围之间并无必然联系，切不可将经营范围视为企业法人的民事权利能力。对此，《合同法解释（一）》第10条规定：原则上，人民法院不能以“当事人超越经营范围订立合同”为由而认定该合同无效，除非当事人违反了以下禁止性规定：

- (1) 限制经营的，如麻醉品、黄金及黄金制品等；
- (2) 特许经营的，如食盐、烟草制品；
- (3) 法律、行政法规（不包括其他立法文件）禁止经营的，如毒品等。

实际上，以上三种禁止性规定在当前社会经济生活中仅属极其例外的情况。《合同法解释（一）》第10条非常重要，应予以重视。

**【例1】** 甲公司是一棉麻贸易公司，乙工厂是一炼钢厂。2001年10月，甲、乙公司签订了一份钢铁贸易合同，问：该合同效力如何？

**【答案】** 有效。

**【例2】** 甲股份有限公司经董事会决议，变更公司章程，在其营业范围中增加“制售成衣”一项，但尚未向工商行政部门办理变更登记手续。甲公司董事长刘某未经授权与乙纺织厂签订一项订购布料的合同。对甲公司与乙纺织厂之间的购货合同，下列判断中正确的是（2003年试卷三第89题）：

- A. 因甲公司尚未办理营业范围的变更登记手续，故无效
- B. 因董事长刘某未经授权，故无效
- C. 尽管甲公司的行为违反了登记管理方面的规定，但购货合同有效
- D. 购货合同如获得甲公司的追认即有效

【答案】 C

当然，法人的权利能力并非无所不包，还是要受到法律的限制，这一限制是通过“法人的目的事业”范围来实现的。如机关法人为非营利法人，若其签订了一份营利性质的合同，则属于无效行为。

综上，对于有关现行法所要求的（如《公司法》第 11 条）企业法人应在经营范围内从事经营活动的规定，应做灵活理解，不可再囿于传统的陈旧学说。

#### （四）住 所

自然人的住所确定有以下原则：

(1) 户籍所在地的居住地为法定住所；

(2) 经常居住地与住所不一致的，前者视为住所；

(3) 经常居住地是指自然人离开住所地最后连续居住一年以上的地方，住院治病的除外；

(4) 由户籍所在地迁出后迁入他地之前，无经常居住地的，原户籍所在地仍为住所。

【例】 张大来的原户籍所在地在杨村，1994 年张大来从杨村开出迁住证迁往李村，但在李村登记前，张大来得病，在县城关医院住院 1 年零 3 个月，病愈后张大来前往北京市打工，并在某区办理了暂住证居住期限为 6 个月，现住某区某街道某号。现问：张的住所应确定为何处？（1997 年律考卷二第 9 题）

- A. 杨村
- B. 李村
- C. 县城关医院
- D. 北京某区某街道某号

【答案】 A。

#### [附子法条]

##### 《民法通则》

第 11 条 十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

**第12条** 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

#### 《民通意见》

**第1条** 公民的民事行为能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准；没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的，参照其他有关证明认定。

**第6条** 无民事行为能力、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。

**第15条** 有监护资格的人之间协议确定监护人的，应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。

**第129条** 赠与入明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。

#### 《继承法》

**第28条** 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

#### 《继承法意见》

**第45条** 应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的，应从继承人所继承的遗产中扣回。

为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。

#### 《公司法》

**第11条** 设立公司必须依照本法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力。

公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司的经营范围中属于法律、行政法规限制的项目，应当依法经过批准。

公司应当在登记的经营范围内从事经营活动。公司依照法定程序修改公司章程并经公司登记机关变更登记，可以变更其经营范围。

#### 《劳动法》

**第15条** 禁止用人单位招用不满十六周岁的未成年人。

文艺、体育和特种工艺单位招用不满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。

#### 《合同法解释（一）》

**第10条** 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

#### 《民诉意见》

**第4条** 公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人的住所地是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。

**第5条** 公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方。但公民住院就医的地方除外。

## 专题二 监护制度

### [母法条]

#### 《民法通则》

**第16条** 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

(一) 祖父母、外祖父母；

(二) 兄、姐；

(三) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

**第18条** 监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。

**第133条** 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。

有财产的被监护人造成他人损害的，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。

### [相关法理]

监护就是对限制行为能力人、无民事行为能力人的人身、财产及其他合法权益进行监护和保护的一种民事法律制度。关于监护的性质，究竟属一种权利，还是一种职责？存在争议。通说认为，监护即为被监护人利益而设，并无监护人任何利益，故属一种职责。

监护是“自然人”一章中的重要内容，本专题主要包括两个部分的内容，即监护制度的一般内容和被监护人的侵权责任，其中后者是重点。

被监护人致人损害的侵权责任，属于我国《民法通则》规定的八类特别侵权责任之一。一般认为，这种侵权责任的构成要件有四：

- (1) 被监护人实施了侵害行为；
- (2) 造成了他人人身或财产损害；

(3) 侵害行为与损害后果之间有因果关系；

(4) 被监护人与责任承担人间存在监护关系。

可见，监护人承担被监护人致人损害的侵权责任：一不要求监护人有过错，故其归责原则为无过错原则；二不考虑被监护人本人有无过错，因为其本身为无行为能力人或限制行为能力人，多无意思（认识）能力，也就无过错能力。

本专题的重点在于谁来承担对第三人的赔偿责任，对此，《民法通则》第133条规定了基本原则，而《民通意见》及其他司法解释的几个条文规定了具体情形，下面分别论述。

还要说明的是，为叙述的方便，以下论述若无特别指明，均是以未成年人这一类被监护人为对象的。

## [知识点及实例]

### （一）一般内容

#### 1. 未成年人的监护人

这一问题包括监护人的种类、范围及顺序、人数等诸问题，我们从监护人的种类为切入点加以叙述：

##### （1）法定监护人

①父母：父、母首先是未成年人的当然法定监护人，这一关系由出生而始，父母离婚并不影响其成立。但依《民通意见》第21条，下列三种情形下与子女共同生活的一方可通过（也必须通过）人民法院取消另一方之监护资格：a. 对子女有犯罪行为的；b. 对子女有虐待行为的；c. 对该子女明显不利的。

②其他法定监护人：依《民法通则》第16条第2款，若父、母均不在人世或均丧失监护能力的，下列人员亦为法定监护人：

祖父母、外祖父母；

成年兄、姐。

以上人员有顺序之分，但同一顺序中担任监护人的，并无人数限制，一人或数人均可（《民通意见》第14条第2款）。

##### （2）指定监护人

未成年人父母之外的近亲属担任监护人，可能会发生争当或推脱担任监护人之情。在此情形下，有关近亲属可以协议解决；协议不成，可由有关组织指定。指定有两种：

①有关组织（即未成年人父母生前所在单位，或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会）指定。

## ②人民法院指定。

两个指定之关系：前者是后者的必经程序；否则，人民法院不予受理（《民法通则》第 16 条第 3 款及《民通意见》第 16 条）。

另外，一经指定，不得擅自变更。否则，由变更前后的监护人承担连带监护责任（《民通意见》第 18 条）。

## (3) 委托监护人

依《民通意见》第 22 条，法定或指定监护人也可通过委托协议将监护职责委托给他人履行，此时成立委托监护。

## (4) 其他监护人

除上述指定、法定监护人外，还有其他自然人（组织）担任监护人：

①未成年人的其他亲（亲属）友（朋友）：值得注意的是，此类人并无法定义务，故其成为监护人应具备两个条件：一是该亲友自愿；二是征得有关组织同意。

②有关组织。

## 2. 精神病人的监护人

上面论述的是未成年人的监护问题，至于精神病人的监护，原理同上，但有关人员范围与顺序与上面所述有所不同，考生自己多加注意（参见《民法通则》第 17 条）

## 3. 监护人的职责

依《民通意见》第 10 条，监护人职责有六：

- (1) 保护被监护人的身体健康；
- (2) 照顾被监护人的生活；
- (3) 对被监护人进行管理和教育；
- (4) 保护和管理被监护人的财产；
- (5) 代理被监护人进行民事活动；
- (6) 代理被监护人进行诉讼。

以上 6 点，考生做到了解即可。但对于第 (4) 点，应予重点掌握，此处有一重要法则，称为：“非为被监护人的利益，监护人不得处分其财产”。（《民法通则》第 18 条第 1 款）试析下述二例：

**【例 1】** 童非乃一著名童星，收入颇丰，其父童格欲从其收入中拿出 1 万元，资助生活困难的弟弟童安（即童非之叔父），问：可否？

**【例 2】** 阮玉乃一著名童星，片酬颇丰，其母阮玲从其收入中拿出部分现金为其父买了一幢房子，问：该行为的效力？

**【答案】** 例 1 中之行为不可；例 2 中其行为无效。

## 4. 监护人的法律责任

此处的法律责任有别于下面讲述的监护人对于被监护人的侵权行为承担的

法律责任，而专指监护人怠于履行监护职责或积极侵害被监护人合法权益所引致的法律责任。依《民法通则》第18条第3款，该责任有二：

- (1) 致被监护人财产损失的，应承担赔偿责任；
- (2) 依有关人员/单位申请，人民法院可撤销其监护资格。

## (二) 被监护人的侵权责任

### 1. 承担原则

(1) 被监护人无独立财产的，由监护人全部承担；但监护人尽了监护责任的，可适当减轻其责任。

(2) 被监护人有独立财产的，应先从其财产中支付，余额由监护人承担；但单位担任监护人时，单位不承担。

上述两个基本规则及其“但书”，难点在于第一个“但书”。试看下例：

**【例】** 精神病人甲在妻子乙的陪同下外出散步，顽童丙上来挑逗甲，并激怒了甲，甲上前追打丙，乙竭力劝阻无效，结果甲还是赶上去打伤了丙，致丙花去医疗费1000余元，问该医疗费如何承担（单选题）？

- A. 全部由乙承担
- B. 全部由丙的父母承担
- C. 乙承担主要责任，丙的父母承担次要责任
- D. 丙的父母承担主要责任，乙承担次要责任

**【答案】** C。

本题的选择，鲜有A、B项者，难点在于C、D项的抉择，深层原因在于如何理解《民法通则》第133条第1款“监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任”中的“适当减轻”。依民法原理，此处的“适当减轻”规则的应用是以有第三人承担责任为前提的。换言之，本案中乙作为甲（被监护人、侵权人）的监护人，确已“尽了监护责任”，其赔偿责任理当“适当减轻”，那么其赔偿责任“适当减轻”后，是主要责任还是次要责任呢？我认为，一个原来100%的赔偿责任，经“适当减轻”后，所承担的仍为主要责任。

### 2. 父母离婚后的责任分担

依《民通意见》第158条，此时父、母承担的不是平行责任，而是有先后之分的：

- (1) 同该子女共同生活的一方独立承担；
- (2) 惟前者不能独立承担的，另一方才与其共同分担。

可见，此时父、母双方承担的是一种“补充性赔偿责任”，即与子女共同生活的一方不能独立承担时，另一方再承担余额，故与子女共同生活的一方承担责任较重（第一位的），而另一方处于补充地位。

但如果将此时父、母之责任承担关系说成是“与子女共同生活的一方承担主要责任，另一方承担次要责任”，又是错误的。试析以下三题：

**【例】** 甲、乙为夫妻，有一子丙 12 岁，甲、乙离异，丙随母乙生活。一天，丙致小朋友丁伤害，花去医疗费 8 万元。经查：

题 A：乙有个人财产 20 万元，甲有个人财产 200 万元。

题 B：乙有个人财产 7 万元，甲有个人财产 200 万元。

题 C：乙有个人财产 1 万元，甲有个人财产 200 万元。

问：以上三种情形下，甲、乙如何承担上述 8 万元之赔偿金？

**【答案】** 在题 A 中，乙一人财产足矣，甲的赔偿额可为零。

在题 B 中，乙一人财产可赔偿大部分责任（保留必要的个人生活资料），甲可承担小部分（次要）责任。

在题 C 中，乙一人财产仅可赔偿小部分或不赔（考虑保留其个人生活资料），但甲要承担主要责任。

可见，本例中甲虽处于补充性地位，但从实际赔偿效果来看，可能承担次要责任（题 A、题 B），也可能承担主要责任（题 C）。故“与子女共同生活的一方承担主要责任”的说法是错误的。总之，补充性连带责任与主要、次要责任（按份之债的一种）的说法，并非一回事。

### 3. 委托监护时的责任承担

依《民通意见》第 22 条，委托监护情形下发生了被监护人侵权责任，有关当事人应如何承担，对此可从以下三层意思理解：

(1) 原则上仍由监护人（委托人）承担；

(2) 委托人与受托人之间另有约定的，仍应由监护人对第三人承担责任，尔后监护人可依约向受托人追偿；

(3) 受托人在履行监护职责时确有过错的，由委托人与受托人对第三人负连带赔偿责任。

以上三点，难点在第 (2) 点：一定要理解《民通意见》第 22 条“但另有约定的除外”是何意思。试析下例：

**【例】** 甲有一子乙 12 岁，甲要出国学习一年，遂委托其妹丙（即乙之姑母）照看乙一年，甲、丙二人约定：由甲每月支付给丙监护费 2000 元；若出现乙之侵权，甲、丙依 2:8 之比例分担赔偿责任。6 个月后，乙将小朋友丁打伤，花去医疗费 1 万元。问丁的父母应如何主张该费用请求权？

A. 向甲主张 2000 元，向丙主张 8000 元

B. 向甲、丙任何一人主张 1 万元

C. 向甲主张 1 万元，尔后甲向丙主张 8000 元

D. 向丙主张 1 万元，尔后丙向甲主张 2000 元



【答案】 C。

本题中并未交待丙在监护中是否有过错，故不能推定甲、丙承担连带责任，故B错，D项亦无依据。关键在于：甲、丙之内部约定有无对抗第三人之效力？我认为没有对抗力。此时应理解为监护人仍应对第三人承担全责，尔后再依其与受托人之间的内部协议追究受托人的应承担份额。故C项正确。

#### 4. 监护人不明时的责任承担

依《民通意见》第159条，由顺序在前的有监护能力的人承担责任。此外应注意两点限制：(1) 顺序在前的；(2) 且有监护能力的。

【例】 未成年人甲的父母于5月8日意外死亡，5月9日甲打伤乙，致乙花去医疗费5万元。经查，甲的祖父母有财产10万元，甲的外祖父母家徒四壁，甲的成年兄长丙有个人财产20万元。问：谁来承担5万元的赔偿责任？

【答案】 甲的祖父母。

#### 5. 擅自变更监护人时的责任承担

依《民通意见》第18条，此时由变更前后的监护人承担。

【例】 甲现年12岁，父母新亡，其父所在工厂指定甲的祖父乙为监护人，后乙与甲的外祖父母丙、丁协议由后者担任监护人。第二天，甲打伤小朋友戊，致医疗费1万元，问：谁来承担责任？

【答案】 乙、丙、丁。

#### 6. 教育、医疗单位的赔偿责任

这是监护制度的难点，又由于现行司法解释的不尽合理，故与人们的日常认知有所距离，无形中增加了理解的难度。

依《民通意见》第160条，在幼儿园、学校及精神病院生活、学习、治疗的“无行为能力人”，受到伤害或致人伤害的，依下列原则处理：

(1) 受到伤害的，有过错的单位应给予“适当”赔偿；

(2) 致人伤害的，被监护人仍然承担赔偿责任；

需注意的是，此处教育、医疗单位承担的是过错责任，而不是无过错责任，这一立法原则为《人身损害赔偿解释》第7条第1款所继续坚持。但更需注意的是该条文与《民通意见》第160条相比有3处不同：

(1) 它扩大了行为人的适用范围，即由“无行为能力人”扩展到“未成年人”；

(2) 它又缩小了主体的范围，即由“教育机构与精神病院”缩小到“教育机构”

(3) 教育单位有过错的，其赔偿责任范围由“适当”承担赔偿责任到“相应的”赔偿责任，难点还在于，在有第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，除第三人承担赔偿责任外，有过错的教育机构要承担“相应的补充”赔偿