



BOSHI WENKU

〔民商法〕

监护制度比较研究

JIANHU ZHIDU BIJIAO YANJIU

王竹青 杨科 著

知识产权出版社



中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

监护制度比较研究

王竹梅 著

中国政法大学出版社

本书获北京市委组织部“2009年北京市优秀人才培养资助项目”资助



监护制度比较研究

JIANHU ZHIDU BIJIAO YANJIU

王竹青 杨科 著

知识产权出版社

内容提要

本书详细介绍了两大法系主要国家有关监护的法律制度,并在比较的基础上进行了系统的分析研究。研究成果突出了未成年人监护中的“子女最大利益原则”,并得出两大法系在亲权及监护制度的设计上逐渐走向一致的结论。对成年人监护制度的研究,突出了对逐渐丧失意思能力的老年人的监护,监护的内容更加人性化,以应对全球老龄社会所带来的社会问题。本书在比较研究的基础上,对我国未来监护制度的设计提出了建议,并草拟了监护制度的学术建议稿。

责任编辑:石红华

图书在版编目(CIP)数据

监护制度比较研究/王竹青,杨科著. —北京:

知识产权出版社, 2010. 4

ISBN 978-7-80247-979-1

I. ①监… II. ①王…②杨… III. ①未成年人保护
法—对比研究—世界 IV. ①D912.704

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 065676 号

监护制度比较研究

王竹青 杨 科 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8130

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2010 年 4 月第 1 版

字 数: 230 千字

ISBN 978-7-80247-979-1/D · 980 (2924)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860 - 8325

责编邮箱: shihonghua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 9.125

印 次: 2010 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



序

监护制度源远流长，在历史上经历了从家族本位到个人本位的演进过程。随着时代的更替和社会条件的变化，传统的监护制度已经不能完全适应调整当代社会监护关系的客观需要，监护法也呈现出部分公法化的发展趋势。本书以大陆法系和英美法系各国的监护制度为比较研究的主要对象，内容兼及未成年人监护和成年人监护。上述两大法系的监护制度虽然各具特色，如大陆法系分设亲权和监护，英美法系则无亲权之设，统称为监护；其实，两者是异中有同，同中有异的。综览全书，我深切地感到，比较研究并不是作者的目的，只是一种方法和手段。立足于我国的现实，通过借鉴和选择，为完善我国的监护制度作理论上的准备，这才是作者的学术追求。

本书的第一作者王竹青女士，曾师从我攻读硕士学位和博士学位。其为人也，秀外慧中，好学敏求，监护制度是她较长期地悉心研究的领域之一。这部在博士学位论文的基础上改写而成的专著，资料翔实、丰富，评析深刻、全面，关于完善监护法制的基本思路 and 具体主张也是颇有见地的。名曰比较研究，实际上是一篇改革监护制度的建议书，一幅新监护制度的初步设计图。

毋庸讳言，我国古代的礼与法中虽然已有涉及监护的内容，但监护制度的近现代化是起步较晚的。清末民初的两部民律草案均未付诸实施，1930年《民法·亲属编》中的监护法规范体系也有欠完善。中华人民共和国成立后，1950年《婚姻法》和



1980年《婚姻法》中均无监护制度之设（后者的个别条款是与监护有关的），1986年的《民法通则》中，监护一节只有四条。通过民法的法典化完善我国的监护制度，是我国法学界和法律实务界许多人士的共识，有关监护制度的研究也有了显著的进展。本书的出版，可说是适逢其时的。依我之见，与相对稳定的未成年人监护比较，作者对复杂、多变的成年人监护的论述更具新意，其中的若干问题很可能会引起争议，但这又何妨，法学研究正是在不断的论争中前进的。

草此短文，为《监护制度比较研究》一书的出版向王竹青女士及其合作者致以祝贺，同时也兼有推介之意，希望本书中提出的问题能够得到社会各界的关注。监护制度在保护未成年人和欠缺行为能力的成年人的人身和财产权益等方面具有重要的、其他制度不可替代的作用，这是构建和谐家庭、和谐社会不可或缺的。

杨叔

2010年4月



前 言

监护制度是亲属法中的一项重要制度，它是为未成年人和无民事行为能力、限制民事行为能力的成年人设立的监督、保护制度，在世界主要国家的法律体系中占据着重要的地位。从世界两大法系来看，大陆法系国家以成文法为特点，监护制度一般都规定在民法典中的亲属编，英美法系国家以判例法为特点，监护制度则以单行法的形式出现，而且各国立法都对此有详细的规定，如《德国民法典》在第四编第三章以 130 个法条规定了监护制度；《法国民法典》在第十编第二章以 87 个法条规定了监护制度；《日本民法典》在第四编第五章以 39 个法条规定了监护制度，且于 2000 年修改后以单行法的形式增设了意定监护制度；英国调整未成年人监护关系的民事法律 1989 年以前主要有《1973 年婚姻关系法》、《1978 年家事程序暨治安法官法院法》、《1971 年未成年人监护法》，1989 年英国修改了儿童法，监护制度统一由《1989 年儿童法》来调整。英国调整成年人监护的法律主要有 1983 年《精神健康法》（*Mental Health Act*, MHA）、1985 年《持续性代理权授予法》（*Enduring Powers of Attorney Act*, EPA）、2003 年《英国老年法》以及 2005 年《意思能力法》。2005 年《意思能力法》取代了 1983 年《精神健康法》的第七部分（有关病人的财产及事务管理部分）以及 1985 年的《持续性代理权授予法》，成为目前英国成年人监护的主要法律依据。美国以《统一子女监护管辖法》、《防止父母绑架法案》



等单行法构成了未成年人的监护制度，成年人监护制度由 1969 年联邦《统一持续性代理权授予法》、《统一老年法》、《联邦社会保障法》、《精神保健法》、《身心障碍者美国人法》和各州的老年监护法组成。1986 年美国举行的“老年人司法程序”国家会议中首次提出监护替代方式中的最小限制理念，随后在《国家遗嘱法院标准》和《统一监护和保护程序法》中规定了监护替代方式。足见监护制度在各国法律体系中的重要地位。

从考量一个国家的文明进步来看，监护制度也起着重要的作用。一个文明富裕的国家，应该是一个少有所归、老有所养、鳏寡孤独者皆有所依靠的国家，而对无家可归的儿童、逐渐丧失意思能力的老人、精神残疾的精神病人或智力障碍者的监督保护，正是监护制度设立的目的。

随着社会的文明进步，监护制度的内容也发生了很大的变化，有很多国家的监护对象已从单纯的未成年人及无民事能力的成年人，发展为包括老年人、轻度智障者及身体残疾者在内的更为广泛的群体，体现了社会对弱势群体的保护以及对被监护人本人意志的尊重，这一发展趋势，应该引起我们的高度重视。

目前国内学者对我国监护制度的研讨主要集中在完善即将出台的民法典上，多数学者把监护制度视为民法中的一项制度，这是大陆法系国家的通例，我国目前的监护制度也规定在《民法通则》中，属于民法的一部分。但应该看到，监护制度在西方国家的发展，越来越反映出监护公法化的趋势，公权力对监护的介入以及国家对监护的监督，都充分反映了这一点。因此，在构建我国监护制度的过程中，对此应给予足够的重视。

我国目前的监护制度，仅在《民法通则》中有四个条文，虽然在过去近二十年里发挥过一定的作用，但它毕竟是计划经济体制下的产物。随着我国市场经济体制的确立，现有的监护制度已很难发挥应有的作用。因此完善我国的监护制度，使我国的监



护制度进入世界先进国家的行列，成为许多法律学人的心愿。本文的写作，旨在为实现此目的尽绵薄之力。

本书的主体部分由第一作者完成，附录部分由第一、第二作者合作完成。

目 录

前 言	1
第一章 概述	1
第一节 监护制度的历史	1
第二节 监护的概念	14
第三节 监护的性质	18
第四节 监护的原则	24
第二章 外国监护制度评介	31
第一节 德国现行监护制度	31
第二节 日本监护制度	64
第三节 法国监护制度	80
第四节 英国监护制度	107
第三章 未成年人监护制度比较研究	146
第一节 监护程序启动的比较分析	146
第二节 监护机构设置的比较分析	151
第三节 监护事务的比较分析	159
第四节 违反监护职责的法律责任的比较分析	165
第五节 监护终止的比较分析	168
第六节 父母离婚后对未成年子女监护的比较分析	170



第四章 成年人监护制度比较研究	177
第一节 成年人监护制度中的意思自治	177
第二节 监护开始的比较分析	183
第三节 监护人的比较分析	190
第四节 监护事务的比较分析	196
第五节 其他相关内容	201
第五章 我国现行监护制度评介	202
第一节 我国现行监护制度简述	202
第二节 现行监护制度中存在的问题	207
第三节 完善我国监护制度的必要性	221
第六章 我国未来的立法方向	229
第一节 我国监护制度的法律地位	229
第二节 我国监护制度的立法模式及立法体例	232
第三节 监护类型的修订	236
第四节 未成年人监护制度设计	247
第五节 成年人监护制度设计	258
附录：监护法（学术建议稿）	265
第一章 总则	265
第二章 未成年人监护	265
第三章 成年人监护	270
参考书目	274
后记	279



第一章 概 述

第一节 监护制度的历史

一、罗马法的监护制度

通说认为监护制度起源于罗马法,其依据是公元前450年的《十二铜表法》,该法是古罗马奴隶社会第一部成文法典,其中就对监护制度作了规定^①。根据罗马法,自然人被分为自权人与他权人。他权人处于家长权、夫权或买主权的保护或控制之下,无须监护,监护的对象是权利受到限制的自权人。自权人是指不受家长权、夫权和买主权支配的人,^②除家父外,自权妇女、不处于家长权之下的未适婚人、被解放的奴隶等,均属于自权人。在罗马法中,接受监护的人主要有:作为自权人的妇女,变成了“家父”的男性未适婚人或者未成年人,被解放的奴隶等。^③自权人妇女指年满12岁的女性;变成了“家父”的男性未适婚人指年龄不满14岁的无生存直系男性尊亲属的男性;未成年人指年龄不满14岁的男性和年龄不满12岁的女性,如果其家长死亡,或者其家长丧失自由权、市民权或家长权,或者其被家长或家主解放,或者其出生后即为无家长的非婚生子女,均属于需要

① 参见《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社,1984,第398页。

② 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆,2001,第118页。

③ 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社,2003,第157页。

监护的自权人。

与监护制度类似的是罗马法的保佐制度。早在《十二铜表法》中,就有对精神病人和浪费人设置保佐的规定。^①保佐是对因特定原因而处于限制行为能力状态的人采取的扶助和保护措施。在罗马法中接受保佐的人主要有:精神病人,受到禁治产处分的浪费人,某些聋哑人或慢性病患者。^②约在公元前191年,罗马又设立了未成年人保佐制度。^③经过帝政后期的改革,未成年人的保佐与监护趋于一致。^④

早期的监护和保佐都同家庭权益的维护有着极为密切的联系,它们的基本宗旨在于防止家庭财产或利益因有关当事人的“轻佻”或“浪荡”而遭受损失或流失;家庭有义务对获得独立地位的女性以及脱离了父权的“家子”继续给予一定的监控。^⑤周相先生对此也做过精彩的论述:“罗马古时,设置监护和保佐的目的是为了保护家族的财产利益,随着私有制的发展,家族财产逐步由家族共有过渡为个人私有,财产所有人可以全权处置自己的财产。但是,从家族的利益出发,如果个人无能,又不会或不善于管理财产,就会影响到法定继承人的利益,甚或死后无人继承、断绝家祀。于是在旧的家族共有制向新的个人所有制过渡时期,罗马产生了折中的监护和保佐制度,以免使家族的财产遭受浪费或被他人侵占。执行监护和保佐职务的人,就是家族中已达适婚年龄的男性法定继承人。在当时的罗马社会,认为女子识浅,宜永久处于监护之下,所以女子不能担任监护和保佐职务。由于最初监护和保佐是为了保护家族的利益,因而它们与家长权

① 周相:《罗马法原论》,商务印书馆,2001,第281页。

② 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社,2003,第157页。

③ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆,2001,第281页。

④ 同上,第289页。

⑤ 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社,2003,第157页。

一样,是属于权力的范畴,是片面的。”^①

随着社会的发展,监护和保佐目的发生了改变,从最初侧重家庭权益的维护转向侧重当事人权益的维护,其功能逐渐从家庭权利跟踪向个人利益保护转变。^②“到了共和国末叶,罗马的经济有了很大的发展,家族制度崩溃,财产共有的观念早已消失,家长以遗嘱为子女指定监护人和保佐人时,已不以家族利益为重,而以子女的利益为前提。这样,监护和保佐制度便由保护家族利益和法定继承人的利益而变为保护被监护人和被保佐人的利益。”^③值得一提的是,未成年人保佐制度产生于共和国末叶经济大发展时期,其产生之初,就是为了保护被保佐人的利益,这与精神病人的保佐和浪费人的保佐不同。^④

到共和国末叶,自权妇女逐渐脱离了被监护的对象。“由于受希腊哲学的影响,认为法律应当保护弱者,特别要保护妇女和儿童的利益,因而监护和保佐成了一种社会公益性质的职务,不再完全是私人的事情,而受公诉保护。监护人和保佐人无正当理由不能随意辞职,女子不能担任此职的原则这时也有了例外。”^⑤女子监护的消灭与社会的进步及经济的发展密切相关,当时家族制度日趋解体,女子对外活动增多,因而知识与经验也丰富起来。加之要式行为因经济的发展而不再被人们所乐于采用,新兴的略式行为则以当事人的诚实信用为基础,给女子在法律关系中以一定的保障。在这种情况下,女子监护对被监护人来说是一种行动的限制,而对于监护人来说则是额外的负担,其走向消灭已

① 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆,2001,第261页。

② 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社,2003,第157页。

③ 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆,2001,第261页。

④ 同上,第285页。

⑤ 同上,第261页。

成为必然。到公元410年，女子监护制度在罗马被正式废止[●]。

监护和保佐制度在罗马法时期已经初具规模。从主体上看，监护的对象主要是未成年人；保佐的对象主要是精神病人和浪费人。从功能上看，监护的作用主要在于补充受监护人的能力，保佐则是代理被保佐人管理财产。这种区别到帝政后期便逐渐消失。[●]学者大多认为广义的监护涵盖监护和保佐两种制度。从监护的理念来看，罗马法已经完成了从“为监护人的监护”到“为被监护人的监护”的转变，这种理念直到今天未曾改变，罗马法的价值由此可见一斑。

二、大陆法系近代监护制度的发展

罗马法发展到优士丁尼时代，已达到巅峰。随着罗马帝国的日渐衰落，罗马法也一度沉寂，这种状况一直到11世纪罗马法的复兴。此时的所谓复兴仅限于教学领域。直到十八九世纪，由于欧洲国家政治、经济的发展，原来的法律已不能适应这种发展，所以在具体制度上仍然要求诸于罗马法。

（一）《法国民法典》

1804年《法国民法典》最先系统地继承了罗马法的衣钵。这是一部以罗马法为蓝本，吸收了资产阶级法学新成果的第一部比较完备的法典。应当说，古代的罗马法与中世纪罗马法的复兴，是成功孕育《法国民法典》的历史摇篮，而法国大革命强烈的政治冲击与拿破仑的权威则是《法国民法典》能够得以成功传承罗马法的重要社会条件。[●]监护制度作为民法典的一部分同样反映着对罗马法的继受性质，同时又体现了某些发展。《法

● 周枏：《罗马法原论》，商务印书馆，2001，第279～280页。

● 同上，第262页。

● 李霞：《成年监护制度研究》，山东大学博士学位论文，2007，第59页。



《民法典》在体例上，将监护分为对未成年人的监护以及对成年人的监护与辅助制度。对未成年人的保护上，1804年《拿破仑法典》设立了亲权与监护并行的制度模式。对有父母的未成年人以亲权制度来保护，但法定亲权人只是未成年人的父亲，父母婚姻关系存续中，亲权由父单独行使之（第373条）^①。父亲死亡的，由母亲行使监护权；父母离婚的，由父亲行使对未成年子女的亲权及监护权（第286~287条）；对父母死亡、父母丧失亲权或无父母的孤儿，则以直系尊血亲为法定监护人。值得注意的是，父亲死亡时，母亲享有的是监护权而非亲权，同时设有监护辅助人。可见，亲权是父亲的一项特权，实质上是家长权的延续。对需要保护的成年人，《拿破仑法典》根据精神状态的不同，分别设立了监护制度和辅助制度。与罗马法相比，《拿破仑法典》将监护的对象扩大到有精神障碍的成年人，并且以禁治产宣告为前提。受禁治产宣告的成年人被剥夺行为能力，成为监护的对象，而不是保佐的对象，加强了对其人身权利的保护。1804年《拿破仑法典》第489条规定：“成年人经常处于痴愚、心神丧失或疯癫的状态者，即使此种状态有时间歇，也应当认定为禁治产人，应禁止其处理自己的财产，并设立监护。”“宣告某人为禁止产人后，其丧失一切民事行为能力，没有监护人的代理，其擅自为的一切法律行为均无效”（第502条）。“禁治产人于其身体及财产，视同未成年人，关于未成年人的监护的法律适用于禁治产的监护”（第509条）。被辅助的成年人是不够宣告禁治产的精神病人及浪费人，对其行为能力的剥夺是个别的，限定在特定的几种重要的法律行为之内，如诉讼、和解、借款、受领动产原本及交付受领凭证、让与及就财产定订抵押权的行为

① 本部分所引法条来自于李浩培、关传颐、孙鸣岗译：《拿破仑法典》，商务印书馆，1979，（1928年法文版）。

(第499条、第513条)。《拿破仑法典》对受禁治产宣告的成年人的监护与对未成年人的监护相同,包括身体监护及财产监护;对不够宣告为禁治产的成年人的辅助仅限于有关财产的法律行为。《拿破仑法典》的制定预示着一大法系的形成,在其后的100年间,很多国家以《法国民法典》为蓝本,制定了自己的民法典。

(二)《德国民法典》

1896年制定、1900年实施的《德国民法典》虽然模式和风格与《法国民法典》迥然不同,但与罗马法却有着深刻的渊源关系。其以罗马法的《学说汇纂》为蓝本,以《法国民法典》为基础,构建了体系完整、结构严谨的民事法律制度。在监护制度的设计上,《德国民法典》同样对未成年人监护与成年人监护分别作出规定。未成年人监护制度与《法国民法典》相同,是对不在亲权之下的未成年人的保护。亲权的行使同样以父亲健在为前提,常态下由父亲单方行使,母亲的亲权体现为对未成年子女的日常生活照顾。未成年人监护的另一个突出特点是公法色彩越来越明显。1922年7月9日《帝国少年福利法》规定了公职监护人之可能,而透过各地少年局的设立使一个完整的公职监护网得以形成。德国联邦法院于1960年之判决中明确表示监护制度乃系国家执行其对国民之公法上之保护任务;监护系一公职;监护人不再只限于家庭成员,任何国家为履行其照顾人民而指定之可信任之人均可为监护人。[●]与《法国民法典》相比,《德国民法典》对成年人的监护并无实质性差异,同样以禁治产宣告为监护开始的前提。1900年的《德国民法典》第6条规定:“精神病而受禁治产宣告者则变为无行为能力人。”经禁治产宣告者,应为其选任监护人。监护及于被监护人之所有事物,包括身

● 曹诗权:《未成年人监护制度研究》,中国政法大学出版社,2004,第187页。