

山东大学法学文丛

CHENGNIAN JIANHU ZHIDU YANJIU
YI RENQUAN DE SHIJIAO

成年监护制度研究——以人权的视角



李霞◎著



中国政法大学出版社



NLIC2970860614

成年监护制度研究

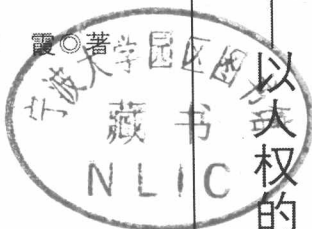
山东大学法学文丛

CHENGNIAN JIANHU ZHIDU YANJIU
YI RENQUAN DE SHIJIAO



李

霞◎著



NLIC2970860614



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

成年监护制度研究 : 以人权的视角 / 李霞著. --北京 : 中国政法大学出版社, 2012. 9

ISBN 978-7-5620-4496-3

I. ①成… II. ①李… III. ①成年人—监护制—研究 IV. ①D913.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第222534号

- 书 名 成年监护制度研究——以人权的视角
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32开本 14.25印张 370千字
版 本 2012年12月第1版 2012年12月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4496-3/D·4456
定 价 39.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

总 序

学术既是探索未知领域之路途，个人品格之表达，也为兴国之利器，在中国现代社会转型的大背景下，恐怕尤为如此。毕竟，一百多年命运多舛的中国近代史，和国人谋求民族振兴、学术昌隆的梦想，是一个让当代学人任其如何潇洒和毅然也走不出的背景。

近代中国遭遇的是“三千年未有之大变局”。先有清廷大举洋务，推行实用科学，苦心孤诣造就“同治中兴”，然而甲午之败，让人不免慨叹国家之积贫积弱不只在器物，也在制度和人心，对“百代尤行秦法制”之弊，认识日深，于是立宪制，开国会，倡共和，修律法。然而以中国之老大帝国，难有小国“船小易调头”之利，沉重的传统，也不易收获一转百转、立竿见影的效果，中国转型之艰，历时之久，似乎是国运使然。

然而我们在奋力前行。中国早已从一个传统的“文化共同体”转变为现代民族国家，她对秩序的需要，也愈来愈依赖于制度的力量。据此视角，新中国的六十年亦可一分为二：前三十年百废待兴、徘徊探索，后三十年踌躇满志、励精图治。其间法制的昌明与否，几乎也成为时代进步与否的风向标，法制兴隆则国泰民安，法制衰微则万马齐喑。下一个三十年将如何？中国恐怕要从谋求经济富强转入以构建现代法治文明为中心的历史阶段。即便以我们最可为之自豪的经济成就而论，当放权让利所能获致

的功效愈来愈有限时，其继续维持也需要以坚实的民主法制为保障，否则可能有功亏一篑的危险。

故而，下一个三十年我们将步入以确立、保障我们国家长治久安的宪政和法律体制为使命的时代。这个时代的生命，将以人权为灵魂，以法制为肌体，以民主为血脉。我们正处于这样一个历史的关头，它将历练我们的勇气，挑战我们的智慧。千里之行，始于足下，我们每个人都应尽心竭力为这个大背景涂写绚丽的色彩。

山东大学地处齐鲁文化之邦，文博史远，历久弥新，其法学教育也可谓源远流长。二十世纪二十年代的山东高等法律专科学校，是当时山东大学的六所学校之一。改革开放以来的山大法学教育，始于一九八〇年代，先是初建法学专业和法律系，一九九四年后法律系转制为法学院，汇集精英学人，筚路蓝缕，影响日隆，现已跻身中国法学教育重镇之列。近三十年来，山大法学从以中国法律史研究见长，正逐渐展现出多个研究领域均衡发展、齐头并进的发展态势。

呈现在您面前的这本著作，是“山东大学法学文丛”的一种。这套丛书诞生于中国法学教育如火如荼的时代。它是一只仰望蓝天的雏鹰，正伸展着年轻而有力的翅膀；它是一棵茁壮生长的大树，奋力展现的是生命的力量。丛书精选山东大学中青年法律学人力作，以学术创新、理性平和、品质均衡为追求。所谓学术创新，即或对既存法律问题提出独到见解，或开拓前人未涉之领域，或提出新的理论命题；所谓理性平和，即融汇正义的激情于深思熟虑的笔墨之间，允执厥中，力戒以情绪代替判断；所谓

品质均衡，即严格选目，宁缺毋滥，以学术价值为唯一遴选标准。我们期冀这套文丛展现山大法学教育和研究的最新成果，不揣浅陋，以求教于学界。

山大法学教育这棵茁壮成长的大树，是以著名法律史学家乔伟先生为代表的诸位创立者、众多在这里学习和工作过的人们的智慧和汗水浇灌出来的。乔老先生性情刚直，学通古今，垂范后学，令人感念有加。今“山东大学法学文丛”付梓之际，距先生驾鹤西去已二十二载，谓稚嫩，谓探索，皆表心怀，也以之告慰先生，并督促后继者自勉。

文丛自去年即已开始筹划，拟每年推出三五种，以期若干年后有集腋成裘之效，专业领域涵盖民商法、刑事法、宪法与行政法、诉讼法、国际法、中西法律史、法理学等学科门类。中国政法大学出版社关怀学术事业，不计物质得失，欣然惠允文丛出版，在此特致诚挚谢忱。

捷径往往是最长的弯路，善积跬步，方能行千里，学术的成长须从点滴开始，这是我们在编辑这套文丛时始终铭记的。

是为序。

徐显明

二〇〇九年夏于山东大学

前 言

成年监护制度，与未成年人监护制度相对称。自罗马法以来就承担着保护成年人中弱者的民事权益的功能。因其兼具公法、私法两种属性，并涵盖了民事行为能力、代理、监护等制度，因而自古以来，一直是私法中的重要内容之一。遗憾的是，尽管我国民法各领域进行了大量的修订和完善，但对成年监护制度的研究却一直处于迟缓阶段，即使有一些研究成果陆续问世，也是仅就该制度的某一方面或碎片性的研究，至今仍缺少一部对该制度予以系统综合的研究成果，故本书致力于成年监护制度的系统研究。

成年监护的论域涉及民事主体制度、行为能力制度、代理制度、监护、委任合同等基本制度，同时也将论及国际人权保障和程序法律制度等。通过研究，意在剖析法律制度中对身心障碍者的私权保护中存在的法律障碍，即私法制度的成年人监护制度，对精神、智力等方面有缺陷的残疾人以及老年人在参与社会的过程中所面临的法律制度上的障碍予以分析，以便消除成年监护制度中存在的阻碍身心障碍者充分融入社会的法律障碍。

全书内容共分七部分——正文五章和附一、附二。

第一章首先对成年监护制度的含义、分类、目的进行了界定，对成年监护制度与行为能力欠缺制度以及其他相关民法制度的关系进行了辨析。通过研究指出：所谓成年监护制度，是一种

学理上的概念，我国民法中的成年监护制度是指成年人因意思能力不足而不能处理自己的事务时设立的保护和援助制度。监护的性质是一种职责，具有私法、公法两种属性，成年监护的种类分为成年法定监护和成年意定监护两种。其次，简要介绍了与本研究有关的国际人权法对精神障碍者、智力障碍者、盲聋哑人、老年人的人权保护标准。本章同时还揭示了成年监护制度在对特定的成年人的人权保障方面的重要作用，由于我国已经加入或签署了上述国际人权公约，故其提出的理念及标准就成为我国成年监护法制的基本标准，是现代中国成年监护制度修正和建构的基础，即以人的尊严为核心价值，以新的人权观对心智障碍和其他残疾人人权予以私法保护。传统成年监护制度对本人的意思能力尊重不够。行为能力欠缺制度落后，无法与现代化成年监护制度相匹配，在人口老龄化社会面前显得力不从心，与发达国家行为能力制度立法的最新成果相去甚远。修正我国成年监护制度，实现其对人权的保障是创设我国现代化的成年监护制度的应有之义，它不仅是完善我国民法基础理论进而服务我国民法典制定的需要，而且可以确保国内法与国际人权规范和标准的一致进而提升我国人权保障的维度。

第二章介绍了当代各国成年监护制度的修正背景、修法的大致过程、修正的主要内容，并透过两大法系修法后的新制度，总结出当代新制度的共同特点。本次修法的背景是基于老龄化社会的来临，对成年监护制度的需求，旧制度无法达到预定的立法效果，偏离人权保护的国际化标准，存在严重的瑕疵。修法的主要过程：20世纪以来，各国先后对成年监护制度从价值理念到制度

架构进行了规模宏大的改革。修正后的新成年监护制度，其基本理念是保障人权或尊重本人的自我决定权、维护本人参与正常人的生活秩序——促使其参与正常人的社会。新制度扩大了保护的對象，包括精神障碍者、高龄者和智力障碍者；修正了行为能力制度，废除无行为能力的表述；丰富了监护方式，由旧制度的两种增设为三种，三种保护人的职责内容各异；突出了意定监护的地位，使其优先于法定监护。分别通过对大陆法系以及普通法系国家成年监护改革内容的研究，分析了新制度的共同特点：时间上的同时性、内容上的同质性和对制度改革的同需性。最后形成结论：现代成年监护制度实现了由古代保护财产权、近代保护交易社会到现代保护个人为中心的转向。

第三章是法定成年监护制度。本章主要探讨了现代监护制度的基本原则、实质要件、形式要件、监护机关、监护事务、监护类型等，结合对我国《民法通则》及相关司法解释中的法律规范的分析，通过与现代成年监护制度的对比，指出了现存制度中存在的若干问题，包括理念、体系、规范等方面的缺陷和漏洞，以及现行制度运行的社会效果，阐明了将来成年监护制度的可能趋势。我国现行制度的主要问题表现为：其一，过分追求交易秩序而忽略对本人的保护。有关设计为保障交易秩序，对行为能力欠缺者采用了强制性保护即剥夺行为能力的司法宣告，将当事人隔离于交易社会与民事生活之外，复为其设置法定监护人代其实施民事行为，监护人的意思原则上优先于受监护人。其二，悖逆意思自治原则。现有制度，以法定监护为主，不论各类障碍者残留的意思能力如何，一律以他治代替自治，缺少对其剩余意思能力

的尊重，而行为能力欠缺司法宣告采定型化的无行为能力及限制行为能力的两分法，无视个人残余行为能力的差异，缺乏妥当性。其三，意定监护的缺席。由于行为能力欠缺者尚残余部分意思能力，因而，在监护人的选定上，应优先适用本人选任的意定监护人，但现行制度，对意定监护皆缺少应有的关注与利用。其四，受监护主体的偏狭。现行制度中仅精神病人及痴呆症者两类主体有资格利用成年监护，而众多源自年龄（尤以高龄者为甚）、心理、精神、身体体能（残障者）的行为能力欠缺者备受漠视。其五，公权力的虚位。国家公权力没有进行适当的干预，监护的社会化程度低，从而预测到我国成年监护制度改革的可能性。同时阐明了改革的理路，即以人权保障为中心的尊重身心障碍者“自我决定权”和维持身心障碍者生活“正常化”为指导理念进行的制度改革。

第四章重点研究成年法定监护的程序保障。这是本书全面系统地法定监护程序问题作为一个学术问题首次提出。作为成年法定监护的形式要件，本章对传统民法成年监护的设立以禁治产宣告，即剥夺本人行为能力的司法宣告为前提，因悖逆现代障碍者人权保护国际标准而废除，在“无能力”等带有歧视性术语被弃用的国际趋势的基础上，对《民法通则》在成年监护的启动、运行和终止等环节无视程序保障的问题进行了剖析，并在此基础上对几个有关程序保障的制度之间的关系，如行为能力欠缺、无意思能力与无行为能力、剥夺行为能力与现代成年监护的理念进行深度的论证，认为中国大陆成年行为能力欠缺制度应该对以下几个内容予以完善：无行为能力与限制行为能力合并；限制行为

能力人实施的法律行为的效果变成“可撤销”；意思能力从行为能力中独立；成年监护的适用以意思能力为标准；在此基础上，成年监护的标准采实质性损害标准、“最小限制性替代措施”标准、“功能性行为能力”标准、神经心理评估结果与法律判断相结合的标准；在监护的程序启动上，采“申请主义”，最后以监护宣告作为法定监护的开始。

第五章是对意定监护制度的首次系统探讨。含意定监护制度的理念、概念、特征、性质以及与我国相关制度的关系等。作为20世纪下半叶发端的新制度，本章主要介绍了该制度产生极其年轻的三个历史阶段，接着对大陆法系和英美法系中本制度的不同形式进行了阐述和比较，最后对我国法制的阙如进行了分析，在检索了现行相关法制有无替代的相近私法制度后，得出了引进意定监护制度的必要性的结论。本章属于本研究的最新成果，为国内首创。

第六章在介绍了各国意定监护的主要框架的基础上，对其中的主要分歧点进行了比较，结合中国的社会和法制状况，对我国意定监护制度的基本结构进行了初步的构筑。对该制度引入我国法制的可能性进行了论证，具体的制度称谓是委任监护合同。在立法模式上，主要采日本模式，兼采韩国的优点。意定监护制度框架由委任监护合同和法院监督两部分构成。前者的本质是民法委任合同，适用委任合同的基本原理，同时，加上了法院（公权力）的监督，使本合同又不完全适用合同自由的基本原理，因而，该委托监护合同是一种新的合同类型。在委任监护制度的利用上，适用委任合同的基本原理，依委任监护合同的订立、委任

监护合同的登记、委任监护监督人的选任、监护合同的终止四个程序进行。在意定监护与法定监护的效力上，委任监护合同优先于法定监护。

附一：新制度的主要框架是意定监护和法定监护共存，两者相辅相成，以意定监护为主，法定监护为辅的成年监护制度模式。附一部分将本研究的最终成果以法律条文的形式展现出来。

附二：对附一中的法律条文进一步说明，在吸收了本书前五章的研究基础上，配有各国相关的立法例以及立法理由，为每一条具体的法律条文增加理论和实证的支持。

本研究重点集中在新引进的理念的证成、成年监护制度及相关法律制度的衔接设计、意定监护制度的引进、委任监护合同的基本结构等论域。本研究主要创新点如下：其一，制度理念奉行尊重自主决定权，生活正常化。即在尊重身心障碍者自治基础上，援助其充分融入正常人的社会生活并最终实现自立（人性尊严）的基本人权。其二，在理论研究和制度称谓中，应以中性术语替代原制度中的歧视性术语。以国际通行的“身心障碍者”取代原制度中的歧视性术语“精神病人”等。其三，制度的基本原则应为必要性原则和补充性原则。即应在对身心障碍者本人自治（自由）的最小限制的基础上，对其进行公力和私力的保护援助。其四，民事主体行为能力制度中，取消原制度中的“无行为能力”一级，行为能力由原来的三级制变为两级制，即完全行为能力、限制行为能力。在行为的效力上，限制行为能力为可撤销，取代原来的效力未定。其五，制度的利用者扩及于因精神障碍、智力障碍、年龄、身体障碍等不能处理自己的事务的成年人；监

护的设置应有实质要件和程序要件。实质要件为：成年人因精神、智力、年龄、身体等原因（障碍）不能处理自己的事务。程序上，监护的开始、变更和终止应予以监护宣告的程序保障；在司法宣告的内容上，取消行为能力欠缺司法宣告，代之以“监护（保佐、辅助）宣告”。其六，监护分为监护、保佐、辅助三类，三种保护人的职责内容各异，根据本人能力欠缺的不同状态，三种保护类型之间可以互相转换。其七，注重程序保障，从申请监护的程序启动到选任监护人的所有程序，应充分保障本人的程序参与，真正实现自我决定权（自治）。法院代表公权力机关，通过行使选任权和监督权实现适当干预，取代旧制度中的纯粹家庭自治。其八，对新制度——意定监护制度的功能，以及在我国能否找到替代制度进行了阐述与必要且充分的论证，并对新制度的引进予以坚实的论述，将中心落到意定监护制度在引进我国后的应然机构展开了详尽而充分的证成。

本研究的研究方法运用历史的、社会学的实证分析、比较法学及临床精神医学、精神卫生法学等多学科的知识，以成年监护制度为基本思路 and 主线，落实到新制度的设计上。一方面，在民法哲学层面研究成年监护制度的一般理论问题，包括成年监护制度的妥当性基础、基本原则、行为能力及其效力制度、意思能力、监护公示宣告与交易安全。发现现行的民法制度与理论中确实存在谬误与悖论。当我们在以效率、交易安全，乃至公共福祉等理由限制身心障碍者的自治权时，应依照基本权利限制的比例原则。利用比民法更为坚实的民法之外的其他学科的知识来研究民法。如采纳自然科学的精神健康法学与精神医学实证结果和临

床结论，以批判法学的视角考量现行成年监护制度中的法律规范。另一方面，在形而下的层面，对成年监护制度的结构、体系、实质要件、程序要件、监护人、受监护人、监护事务诸问题予以阐述。在规范民法学之外，本书采用多元化的研究方法，主要采比较法学的方法，以历史分析的方法探讨了成年监护制度的演进过程。采取了分析实证法学等方法揭示了两大法系主要国家成年监护制度的内容，借鉴了社会学、法社会学的方法，对我国现行成年监护制度运行的社会效果进行了剖析。最后结合中国的社会现实，对未来成年监护制度提供应然性制度框架。

由于保护身心障碍者的所有国际人权文件是适用于全人类的，人权文件中的平等和无歧视原则具有普遍性。而作为消除身心障碍者参与社会、获得发展机会的重要工具——法律，尤其国内立法，是实现国际人权规范的重要路径。人权法包括了保障个人人权的所有法律，可见之于一国的宪法和国内的法律、法规或司法判例中。我国 2004 年的宪法修正案对人权标准和价值的修正，昭示了我国人权体系走向了开放，人权的标准也就不再是本国单一的尺度了。我们已加入 21 个联合国人权公约，“加入”在法理层面上首先被理解为国家承担了接受国际标准衡量的义务，所以，国际人权标准，除我国声明保留的以外，同时也是我国的国内标准。本研究，将具有以下重要意义：

一、完善民法基础理论

成年监护制度关系到民事主体中自然人的意思能力、行为能力，同时也是民法中其他制度的连接。这项制度不仅在财产法领域，而且在身份法领域占有重要地位，系民事立法的前沿研究。

迄今为止，我国对此制度的系统研究尚属空白，理论基础研究薄弱，法律规则残缺，制度体系不完整。本研究内容涉及私法领域中的主体制度、行为能力欠缺制度、代理制度等基本制度，同时也将简单论及社会保障制度、精神卫生法律制度、民事诉讼法律制度等。此外，为法律适用提供详尽的法律规则，完善相关司法解释。由于历史的原因，社会上还存在对残疾人的偏见，通过立法进行校正尤其重要。国际社会已经认识到立法对提高残疾人的权利保障的重要意义，并积极制定联合国《残疾人权利国际公约》，但这些规定只有切实反映在法律政策中，才能成为推动社会观念变化和保护残疾人权利的有效方式。将国际公约、标准和规则转化成国内法也是全球化的必然趋势，同时，消除各种歧视观念、清除阻碍身心障碍者权利实现的法律制度（包括私法制度），健全和完善国内残疾人权利保障立法体系，这对促进中国残疾人权利保障具有深刻的影响。本研究，意在剖析法律制度中对身心障碍者的私权保护中存在的法律障碍，即私法制度的成年人监护制度，并对精神、智力等方面有缺陷的残疾人以及老年人在参与社会的过程中所面临的法律制度上的障碍予以分析，以便消除成年监护法律制度在促进身心障碍者充分融入社会中所面临的障碍。

二、解决人口老龄化带来的社会问题

21世纪人口老龄化问题是全球面临的严峻的社会问题，人口老龄化同时也严重影响全球经济，尤其是对发展中国家的影响至深且巨。联合国宣布中国于2000年进入老龄化社会，高龄人的财产管理、人身照顾、安养、护救、治疗成为综合性社会问题。因

此，要求创设各种新制度化解此问题，而迄今为止从私法制度层面研究老龄问题尚属空白。对高龄者问题的求解是民法学不可推卸的研究课题。对成年监护制度的研究，愈加彰显出该项工作对于本学科的重要意义和贡献，并及时为高龄化社会提供私法制度的供给。目前，理论研究主要集中在人口学、社会学、经济学、心理学、医学等方面，但这些研究还是远远不够的，而且这些研究成果如果没有立法保障，也只是一纸空文，因此，非常有必要从法律角度对人口老龄化问题进行专门的研究和探讨，以应对人口老龄化的挑战。

三、为未来民法典草案提供参考

本研究为民法典的现代化提供坚实的理论基础和立法依据，将为当下我国民法典这项宏伟立法工程拾遗补缺。民法典各种试拟稿中，有关成年人监护制度对成年监护制度基本未作改良，而是照搬传统民法现成的制度，对国外早在20世纪六七十年代以来的成年监护制度改革未曾予以应有的关注，尤其对该制度与国际人权保护状况的密切关联未作全面观察，仅仅是对现行制度的阙如之处进行修补，缺少现代理念价值的支持，本研究便是对此制度全面系统深入的研究，并将理论研究的成果直接转化为具体的法律制度。

对我国民法中的成年监护制度的检省和研究，一是对先进诸国成年监护制度大规模改革的呼应，二是对国际社会身心障碍者人权保障趋势的声援，是将联合国《精神发育迟滞者权利宣言》、《智力迟钝者权利宣言》、《聋盲者权利宣言》、《世界人权宣言》等国际人权规约的主要内容彰显于我国国内法中的努力和尝试，

同时也有助于为立法者和决策者提供参考，以确保国内法与国际规范和标准的一致，并将有关身心障碍者和高龄人权利的国际规范与标准运用于国内立法，确保身心有障碍的弱者得到与国际人权标准一致的法律保护。

四、促进国内法与国际人权规范和标准的一致

随着国际人权保障运动的深入展开，残疾人事务被认为是一个人权问题，全社会应当为全面促进和保障残疾人的人权付出努力，以保证残疾人在平等的基础上，有充分平等的机会参与社会生活和发展。国际社会自 20 世纪中后期以来，有关残疾人人权及其保护标准的一系列国际规范大量出现，为各国立法者和决策者提供重要指导，以确保国内法与国际规范和标准一致。将有关身心障碍者权利保护的规范与标准运用于国内立法，可以保护残疾人得到符合国际人权标准的法律保护。法律是人权最基本的制度保障，我们应当关注残疾人这一特殊困难群体的人权状况的改善，并通过制定和完善相关的法律法规，保障身心障碍者的人权。尽管国际法为国内立法和创立机制提供了参考和标准，但是反映这些国际规范的国内立法才是促进社会进步和最终确保残疾人权利的关键。所有国际人权文件都是适用于全人类的，因此它们同样保护残疾人的人权。法律是消除阻碍残疾人充分参与社会生活和发展各种障碍的重要工具。有关残疾人的国内立法，作为保证国际人权规范得以实现的一个重要工具，在国内立法中体现残疾人权利观十分重要。人权法指的是可以促进或者保障个人人权的所有法律。我国 2004 年宪法修正案对国际人权标准和价值的修正，昭示了我国人权体系由封闭走向了开放，人权修正条款使国