

2014
第3辑

总第69辑

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

本辑要目

【专论】

焦富民 / 罗马法成年人监护制度的设计及其启示

【法学专论】

周晓晨 / 机动车交通事故责任强制保险中的受害人范围研究

【法官论坛】

殷 华 宋 硕 / 机动车损失保险中按责赔付条款的效力认定与制度完善

【判例评析】

袁 博 / 论摄影作品的独创性判断

——上海川云食品有限公司诉上海阳光名邸餐饮管理有限公司著作权侵权纠纷案评析

王 蕾 / 出租车交通事故责任承担问题研究

——以出租车经营的“温州模式”为视角

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

人民法院出版社

2014年第3辑

总第69辑

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明·主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2014年. 第3辑:总第69辑/王利明主编. —北京:人民法院出版社, 2015. 3
ISBN 978-7-5109-1176-7

I. ①判… II. ①王… III. ①判例-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. ①D920.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 046587 号

判解研究

总第 69 辑(2014 年第 3 辑)
中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745
电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223667(读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店
开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 229 千字
印 张 14
版 次 2015 年 3 月第 1 版 2015 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-1176-7
定 价 38.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇〇年

七月一日

《判解研究》丛书编委会

顾问：万鄂湘 奚晓明

编委会主任：王利明

编委会副主任：杨立新

编委会成员：(按姓氏笔画排序)

孔祥俊 王 轶 龙翼飞 刘春田

刘贵祥 刘德权 张勇健 宋晓明

吴汉东 罗东川 郑学林 姚 辉

郭明瑞 董安生

主 编：王利明

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 麻锦亮 梁展欣 雷震文 张 璇

目录 CONTENTS

◇ 专论

罗马法成年人监护制度的设计及其启示 焦富民(1)

◇ 法学专论

机动车交通事故责任强制保险中的受害人范围研究 周晓晨(22)

我国小微企业知识产权证券化问题研究 温少昊(39)

和解裁决的性质及其效力探微 黄忠顺(51)

中国劳动法对外国人的适用:权利与规制 陆海娜(70)

◇ 法官论坛

机动车损失保险中按责赔付条款的效力认定与

制度完善 殷 华 宋 硕(84)

环境民事公益诉讼中责任方式的适用要点 万 挺(99)

“对赌协议”投资方利益保护的归位

——以三个判决和一个裁决为视角 张 璇(113)

◇ 判例评析

论摄影作品的独创性判断

——上海川云食品有限公司诉上海阳光名邸餐饮管理

有限公司著作权侵权纠纷案评析 袁 博(126)

通谋虚伪意思表示规则及其在我国的适用

——基于以商品房买卖合同形式为债权担保行为的考察

…………… 睢晓鹏(136)

出租车交通事故责任承担问题研究

——以出租车经营的“温州模式”为视角…………… 王 蕾(147)

私募股权投资中对赌协议的法律性质及其

法律效力探讨…………… 王 维 喻永会(159)

期货交易强行平仓的性质及法律规制…………… 钟 维(174)

◇ 调查与研究

集体土地房屋征收补偿中的“不透明”现象分析

——以杭州部分地块政策及案例为索引…………… 张巧薇 潘 健(190)

◇ 海外案例选介

欧盟医药行业反向支付协议监管及其启示…………… 萨楚拉(204)

◇ 编辑后语…………… (215)

罗马法成年人监护制度的设计 及其启示

焦富民*

“成年人监护，是指为了监督和保护欠缺民事行为能力之成年人的合法权益而设置的一项民法法律制度。从体系上看，成年人监护制度是监护制度的一个重要组成部分。”^① 该制度发端于罗马法，早在《十二铜表法》第五表，就有对精神病人和浪费人设置监督和保护的规定；到了优士丁尼时代，将监督、保护的对象延伸至“弱智者、聋者、哑者和慢性病患者”。时至今日，罗马法关于成年人监护的理念与制度依然闪耀着智慧的光芒，其对于构建我国现代成年人监护制度具有独特的启示和借鉴意义。

一、罗马法成年人监护制度的形成与发展

从维护家族利益的需要出发，《十二铜表法》第五表在规定一般监护的基础上，还特别规定了成年妇女的监护、精神病人与浪费者等成年人的保佐制度，开启了成年人监护制度的先河。伴随着罗马经济的进一步繁荣与社会

* 南京财经大学法学院教授，扬州大学法学院博士生导师。

① 赵虎、张继承：《成年监护制度之反思》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2011年第2期。

的不断进步，以家族制和宗族制为基础的社会渐趋解体，社会结构出现了重大转型。到了优士丁尼时期，成年监护制度的理念逐步转变为以保护被监护人利益为主，监督保护的对象在拓展，监督保护的种类也在完备，特别是罗马后期已萌生了监督监护的意识与相应的制度，成年人监护制度日益发达与完善。

(一) 成年人监护制度设计的理念：从保护家族利益向保护个人利益的转变

在罗马古时，无论设置监护还是保佐，主要目的均是为了保护家族的财产利益。“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，就会影响法定继承人的利益，甚或死后无人继承，断绝家祀。”^①到了共和国末期，罗马的经济有了很大的发展，家族制度崩溃，财产共有的观念渐次消失。这样，“监护与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了。”^②“其功能逐渐从家庭权力跟踪向个人利益保护转变。”^③同时，受希腊哲学法律应当保护弱者之影响，监护和保佐逐渐被肯认为具有社会公益性质的职务，从而受公诉之保护。

(二) 成年人监护制度适用的对象：从“精神病人”“浪费人”至“弱智者、聋者、哑者和慢性病患者”与高龄者的扩充

《十二铜表法》第五表“监护法”第1条规定：“甚至成年女子，因其生性轻佻，也应予以监护……唯独维斯塔女尼可以例外，古罗马人尊重其圣职，故彼等可以免受监护。”^④也就是说，在古罗马时代，妇女，不论是未成年还是成年，其一律为被监护人。妇女监护（tutela mulierum）是指针对作为自权人的妇女实行的监护，这种监护一般是终身的。“实际上，古人认为，女性即便达到了成熟年龄，由于其心灵的轻浮，均应受到监护”，因此，妇

① 周栢：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆1994年版，第261页。

② 周栢：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆1994年版，第261页。

③ 黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第157页。

④ 《世界著名法典汉译丛书》编委会：《十二铜表法》，法律出版社2000年版，第15页。

女监护的适用对象“不受年龄的限制，甚至包括出嫁者。”^①在盖尤斯看来，“成年的妇女也处在监护之下，似乎没有什么扎实的理由支持这种观点，妇女因心灵轻浮而常常容易受骗，因而，通过监护人的准可（*auctoritas tutoris*）对她们加以指导是公正的，这种普遍的观点看起来是华而不实的。成年妇女自己处理其事务，监护人在某些情况下给予其形式上的准可，而且他常常是在裁判官的强迫下充当保证人。”而且，根据公元前18年的尤利法（*lex Iulia*）和公元9年的巴比和波培法（*lex Papia Poppaea*），妇女可以“因生育子女而获得的权利摆脱监护。”^②后来，随着妇女在罗马家庭、社会和法律地位的渐次上升，“妇女监护制度逐渐被弃置不用，并且在公元5世纪彻底消亡，在优士丁尼法中已经不见踪影。”^③在罗马法时代，由于男女的严重不平等，即便是成年妇女其地位也很低，与现代社会男女平等的理念与现实不可同日而语，因而没有什么借鉴意义与价值。本文在这里仅是为了梳理监护对象的需要，同时也是为了探寻成年人监护的内在机理与丰富内涵。

《十二铜表法》第五表“监护法”第7条A规定：“若有人发疯，则其近亲或其同族人享有对其本人及其财产的权力。”第7条B继续规定：“浪荡子不得管理其本人之财产”；“禁治产之疯子及浪荡子，应受其父系近亲之监护。”^④根据《十二铜表法》的规定，疯子即精神病人的保佐人由其最近的族亲担任，无族亲时由宗亲担任。“根据精神病人的特点，保佐人的职责有两项：一是保护精神病人的身体，如精神病人的病情尚可医治的，应视其财产状况，延医治疗，如已为不治之症，也应将其关闭家中，以防损害他人。二是管理精神病人的财产。”^⑤由此，保佐人在管理精神病人的同时还负责该人的生活，保护其身体；身体保护是精神病人保佐的重要特点；而保佐人管理精神病人的财产，仅限在被保佐人的精神病发作时进行，因精神病人在病

① [古罗马]盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第40~41页。

② [古罗马]盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第41、52页。

③ 黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第163页。

④ 《世界著名法典汉译丛书》编委会：《十二铜表法》，法律出版社2000年版，第18页。

⑤ 周栢：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆1994年版，第282页。

态发作时，全无智能，而在清醒时则可自行处理一切事务。“一个成为疯子的人被认为仍然保留其先前所有的身份、地位、职位以及父权，正如他保留其财产的所有权一样”，因为“疯人仍保留着意志的残留”。^①在罗马法上，并不取消精神病人的行为能力，其行为的有效与否，要观其是在清醒时所作为抑在谨慎错乱中所为。《十二铜表法》所规定的浪荡子即浪费人（prodigus），“是指那些挥霍滥用其由法定继承所得的祖产，以致损害其法定继承人利益的男性自权人。”^②罗马法起初设置浪费人保佐的目的在于保护其法定继承人的利益。“如果浪费人无法定继承人，即无设置保佐的必要；或他所浪费的不是祖产，而是自己的劳动所得或是其他人所赠与或遗赠，也不受保佐的限制。”^③罗马法规定的浪费人的保佐人由其族亲担任。到共和国末期，浪费人保佐监管的范围扩及浪费人的全部财产。因为，如果浪费人挥霍滥用财产，不仅害及家庭、影响社会安宁，对国家也是一种损失。由于浪费人与精神病人不同，他并非没有识别能力，“因而在法学昌明时期大法官承认浪费人具备准适婚人即相当于儿童的行为能力，可以独自进行对自己有利的、即不负义务而纯获法律上利益的行为，如接受不附负担的赠与，甚至接受继承，更新债务等”；“帝政后期，浪费人的行为能力又有所扩大，地奥克莱体亚努斯帝曾规定，浪费人对让与和缔结契约等行为，若得保佐人的同意亦可生效。”^④

至优士丁尼时期，除了精神病人和浪费人，“而对弱智者、聋者、哑者和患慢性病者，由于他们不能经得起自己的事务，也须为他们指定保佐人。”^⑤在罗马法上，除了以年龄的形式标准为尺度的行为能力规定外，还有以智力的实质标准为尺度的类似行为能力规定。徐国栋先生指出：“罗马法中的过错分为‘故意’和‘过失’，至少按现代作者的分析，前者是‘意志

① D. 1. 6. 8pr. D. 1. 5. 20 乌尔比安：《论萨宾》（第38卷），转引自罗智敏译：《学说汇纂（第一卷）正义与法·人的身份与物的划分·执法官》，中国政法大学出版社2008年版，第101、115页。

② 参见周栢：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆1994年版，第281、283页。

③ 周栢：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆1994年版，第283页。

④ 周栢：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆1994年版，第284页。

⑤ [古罗马] 优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第87页。

的瑕疵’ (Vizio della volontà), 属于善恶问题, 归实践理性管辖; 后者是‘智力的瑕疵’ (Vizia dell intelletto), 即未预见到应预见到的事情, 属于认识能力问题, 归理论理性管辖。”^① 正因为如此, “弱智者”属于“智力的瑕疵”, 存在认识能力的限制, “不能经得起自己的事务”, 因此“须为他们指定保佐人”。而之所以须为患慢性病者指定保佐人, “这是体力不支导致行为能力缺陷需要由他人补充此等能力的例子。”不仅如此, 罗马法还将聋者、哑者和患慢性病者一并归为“体力行为能力不足者”。之所以要为聋者、哑者指定保佐人, “这是因为官能缺陷——我把此种官能的器官的运作能力看作体力的一种形式——影响人的信息接收和输出能力, 从而影响主体智力做出的行为能力补充规定, 不妨把它说成是因为体力影响智力的混合性规定。把这些规定与涉及智力的零散行为能力规定结合起来, 可以披露出罗马人对行为能力基础的不完全同于现代立法者的理解。”^② 更为重要的是, 罗马人把高龄者也看作为体力行为能力不足者, 优士丁尼 I. 1. 25. 13 规定: “70 岁以上的人可使自己豁免监护或保佐” “因为被认为在自己事务的管理上都需要他人帮助、在他人的管理下的人, 承担对他人的监护或保佐, 是不合理的。”^③ 不难理解, 在当时的罗马人看来, 70 岁以上属于高龄人, 因其体力、智力不支, 在自己事务的管理上是需要他人帮助的。

(三) 成年人监护制度的种类: 从法定走向法定的完善与意定的隐现

就其成年人监护而言, 罗马早期就以法律的形式规定了监护制度, 而且在保护的层级和方式上又分为监护与保佐两种。《十二铜表法》规定的妇女的监护属于典型的法定监护; 而对精神病人和浪费人实行的是法定保佐制度。

成年妇女的监护, 一般由宗亲、恩主或原家长、买主担任监护人; 在无其他监护人时, 由长官指定监护人。除此之外, 还存在信托监护, 某个妇女希望摆脱她现有的监护人并且得到另一个监护人, “如果妇女被一个男人所解放并且经此男人准可将自己卖给他人, 然后被退卖并且被解放, 庇主就不

① 徐国栋:《民法哲学》, 中国法制出版社 2009 年版, 第 164 页。

② 参见徐国栋:《民法哲学》, 中国法制出版社 2009 年版, 第 165 页。

③ [古罗马] 优士丁尼:《法学阶梯》, 徐国栋译, 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 98~99 页。

再是监护人，她以解放她的人为监护人，后者叫做信托监护人”。^①而对于成年妇女，监护人不直接经管其财产，监护人只是在某些情况下给予形式上的准可而已。从《十二铜表法》至优士丁尼《法学阶梯》，对精神病人、浪费人、弱智者、聋者、哑者、患慢性病者与70岁以上的人，所给予的均是法定保佐。

在罗马法时代，不仅有了成年人监护的法律规定，而且对成年人监护有了监护和保佐层级上的区分及其不同的规制。监护和保佐在适用对象、职能上均存在一定的差异：一是成年监护适用于成年妇女，而成年保佐主要适用于精神病人、浪费人、弱智者、聋者、哑者、患慢性病者和70岁以上的人；二是成年监护是对那些不能自我保护的成年妇女给予保护的一种“权利和权力”^②，而保佐则是对“被认为不适宜管理财产”者的权利代管^③；监护“不得就特定事务或为特定事件指定了监护人，因为他是为人，而不是为事件或事务指定的”^④，而“保佐人可以为特定事项指定”^⑤。准此而言，“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。”^⑥诚然，“有时，被监护人也接受保佐人，例如在法定监护人不合适的

-
- ① [古罗马]盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第54页。
- ② 对 *Vis ac potestas* 这一拉丁文语词，费安玲将其翻译为“权利”，参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社2001年版，第151页；而黄风则认为应将其译为“权力”，参见黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第158页。笔者认为，根据优士丁尼 I.1/13.1，可能将其译为“权利和权力”更为科学，参见[古罗马]优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第65页。
- ③ 参见 D.27, 10, 13。[意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社2001年版，第189页。
- ④ [古罗马]优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第69页。
- ⑤ [古罗马]优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第87页。
- ⑥ 周栒：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆1994年版，第262页。但尤里安在其《学说汇纂》第21编已明确规定：“保佐人的职责不仅应当是保护财产，而且还要照顾被保佐人的身体和精神病人的健康。”参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社2001年版，第189页。

情况下，因为对一个已有监护人的人，不能【再为他】指定监护人。同样，如果通过遗嘱指定的、或由裁判官或总督指定的监护人不适合于管理，但也没有诈欺地管理事务，通常给他增加一个保佐人。同样，在非永久地，而是暂时地被豁免监护之监护人的位置上，通常指定一个保佐人。”^① 因此，监护和保佐有时是可以同时并存的。

成年监护可以实施遗嘱监护，应该可以被视为意定监护的雏形。《十二铜表法》第五表“监护法”第3条规定：“凡在自己临终时对有关自己家产或有关【隶属他的人】的监护权所作的处理，不得违反。”^② 根据盖尤斯的理解，“只要儿女处于父权之下，就允许父亲通过遗嘱给儿子或女儿指定监护人。”^③ 精神病人等的保佐也可以实施遗嘱监护，“父亲亦能以遗嘱的方式规范地指定保佐人；不过如果已指定，则需要得到行省执行官的认可。”^④ 相较于法定而言，意定监护强调主观意愿，且提前为被监护人、被保佐人未来指定监护人、保佐人，况且成年被监护人或被保佐人也有一定范围内享有自主选择或更换自己的监护人的权利。笔者以为，这或许可以视为现代意定监护的萌芽，只不过性质和内涵不完全相同而已。

（四）成年人监护制度的实施：监督监护的形成

“随着罗马社会结构的变化与发展，罗马人表现出了对监护制度的日益重视，通过逐步完善对监护人的监督制度来防止监护的道德风险，实现监护制度的目的。到了优士丁尼时期，罗马法已经形成了监督监护人的严密制度体系，以多种形式监督监护人诚信地履行职责。”^⑤ 罗马法是否“已经形成了监督监护人的严密制度体系”笔者不敢苟同。但有一点可以肯定的是，罗

① [古罗马] 优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第89页。

② 《世界著名法典汉译丛书》编委会：《十二铜表法》，法律出版社2000年版，第17页。

③ [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编：《婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社2001年版，第159页。

④ [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编：《婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社2001年版，第165页。

⑤ 叶榭平：《罗马法监护监督制度的理念及其意义》，载《华中科技大学学报》2009年第6期。

马法已经有了初步的监督监护制度。

首先,规定监护人、保佐人在履行其职责时必须站在被监护人、被保佐人的立场诚实地保护被监护人、被保佐人的利益,这是做好监护监督的前提和基础。如根据乌尔比安的论断,“监护人不得同时承担购买和出售的责任”,强调不得作为买受人或出卖人与自己所监护人的人进行买卖交易;又如根据保罗的论断,“不应当在清点财产之前管理任何财产,除非他的管理行为不能有任何迟延”^①,否则应对被监护人、被保佐人所遭受的财产损失承担责任;再如,除遗嘱指定的监护人和通过调查指定的监护人或保佐人外,“为免男女被监护人和男女受保佐人的财产被监护人或保佐人浪费或减少,裁判官关注,不论是监护人还是保佐人,都要就此事由提供担保【允诺】。”“如果监护人或保佐人不作出担保【允诺】,强制从他们收取质物。”^②此外,在有多数监护人的情况下,“一个人可以就被监护人或青年的不受损害提供担保【允诺】,将安排他优先于【其】共同监护人或共同保佐人单独进行管理;或者,只要其共同监护人提供了担保【允诺】,该人就被安排在他之前,由该本人单独进行管理。”此时,这一管理人即为“执行监护人”(tutor gerens),其他监护人为“名誉监护人”(tutor honorarius)。“前者有补充能力和单独管理财产之权,后者仅有补充能力,但对执行监护人负监督和保证的责任”,“如果各监护人没有划分权限,则每一监护人对被监护人的财产都有管理的权利和义务,对其共同监护人的行为得提出异议,彼此互负连带责任。”^③

其次,明确了监护人滥用职权行为的法律救济措施,这是做好监护监督的保障。从古罗马时代起,就出现了针对监护人滥用职权行为的法律救济措施,至共和国末期法律救济措施不断完善。《十二铜表法》第八表第20条B就曾规定:“当监护人侵吞他们所监护者的财产时,应当确定,我们是否应如十二铜表中反对监护人的规定,对这些监护人中的每一个人个别地提出按

① [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社2001年版,第175、177页。

② [古罗马] 优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第89、91页。

③ 周栢:《罗马法原论(上册)》,商务印书馆1994年版,第273页。

两倍赔偿的诉讼。”^① 在优士丁尼法中，此种诉讼已可扩展适用于一切类型的监护人。在优士丁尼《法学阶梯》中也有监护监督的规定，“因被认为在某些事情上受到怀疑而被褫夺监护的人”，停止作为监护人。^② 其第一卷第26题“受怀疑的监护人和保佐人”将范围进一步扩大，该诉讼可针对任何类型的监护人或保佐人提起，“所有的监护人，不论是遗嘱监护人还是非遗嘱监护人，还是其他种类的监护人，都可成为涉嫌者。因此，即使是法定监护人，也可受到控告。”而且，“这种诉权近于众有诉权，换言之，对一切人开放。”在优士丁尼时代，“未依诚实执行监护的人，就算他可以清偿，是受怀疑的”，“而受怀疑的人，如果确实是由于故意被褫夺，他破廉耻”。“然而，如帕比尼安所认为的，如果某人因受怀疑被控告，在审理结束前，他被禁止管理。”而且，在当时，还特别强调：“欺诈地执行监护或保佐的人，即使他们提供了担保【允诺】，也必须被褫夺监护，因为担保【允诺】并不改变监护人的恶意计划，但提供了更长久的侵害他人家财使自己致富的机会。”^③ 在当时看来，受怀疑的人，是因其品质受怀疑的人。当然，监护人和保佐人尽管贫困，然而忠诚和勤勉，必不得把他作为受怀疑者褫夺。

综上，基于成年监护的原初理念，罗马法上已有了成年监护适用对象、种类与监护监督等的最初规定，这是现代民法关于成年人监护制监督度的最初萌芽。

二、近代民法关于成年人监护的构造及其现代化变革

（一）传统民法关于成年人监护的构造

罗马法上的成年监护制度特别是保佐制度被后世大陆法系各主要国家或地区所继受，成为传统民法中成年监护制度的雏形。“为了保护本人和第三人的利益以及维护交易安全，大陆法系各国都对行为能力欠缺的成年人采取

① 《世界著名法典汉译丛书》编委会：《十二铜表法》，法律出版社2000年版，第43页。

② [古罗马] 优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第87页。

③ [古罗马] 优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第103~107页。

了强制的保护措施，即无论行为能力欠缺者的行为能力残余程度是多少，一律将其分成两类：完全无行为能力人和限制行为能力人，并通过法院进行司法拟制，宣告行为能力欠缺的成年人为禁治产人或准禁治产人，宣告后意味着其所为法律行为一概无效或者重大法律行为无效，然后对其设立监护或保佐等以弥补其能力之不足。”^①

1804年《法国民法典》在承袭罗马法的基础上，对成年人中的精神病人、精神相对不正常或者生活态度浪费者，确立了禁治产和准禁治产宣告制度。“对因精神病（痴愚、心神丧失或疯癫）宣告为禁治产者，视同未成年人，应任命监护人和监护监督人各一人，由监护人全面照顾其身体和管理其财产”；“对浪费人被宣告为准禁治产者，由法院任命辅助人进行诉讼、和解、借款、受领动产原本并交付受领凭证、让与和就其财产订定抵押权的行为。”^②旧法典保留有夫权和对妇女监护的残留制度，其第1428条明确规定：“妻的一切个人财产由夫管理之。属于妻的一切动产诉讼及占有诉讼，夫得单独提起之。”

《德国民法典》旧法例对精神病人或精神耗弱者“不能处理自己的事务”、挥霍浪费者因挥霍浪费“致自己或者家属有陷于贫困之虞”以及酗酒或吸毒者“不能处理自己的事务，或者致自己或其家属限于贫困之虞，或危及他人安全”^③，“得根据禁治产宣告制度宣告为无行为能力者或限制行为能力人，设置监护人，由监护人在监护法院的资助协作下，代理或协助禁治产人的财产事务，必要情形，监护禁治产人的人身。”德国旧法例还规定：“对监护人得设置监护监督人。如果监护人在处理事务时受到阻碍，对监护下的人，应设置保佐人。”^④对残废（聋、盲或哑等身体上的缺陷）但没有处于监护下的成年人，在可能取得其同意的情况下应当取得其同意，得对其人身或财产设置保佐人；根据《德国民法典》旧法例第1911、1913、1914条的规定，对不在人、利害关系人不明时以及缺少进行管理和使用财产的委任

① 赵虎、张继承：《成年监护制度之反思》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2011年第2期。

② 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第252页。

③ [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上册）》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译，法律出版社2003年版，第137~138页。

④ 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第256页。