

外国家庭法及妇女理论研究中心项目

One of the Items of Foreign Family Law and Women's Theory Research Center

家事法研究学术文库

Works of Researches on Family Law

陈苇主编

Chen Wei Chief Editor



FAMILY LAW

私法自治视域下的 老年人监护制度研究

Researches on the old-aged guardianship system
from the perspective of autonomy of private law

李欣著

by/Li Xin



群众出版社

外国家庭法及妇女理论研究中心项目
家事法研究学术文库

陈 苇 主编

私法自治视域下的 老年人监护制度研究

李 欣 著

群众出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

私法自治视域下的老年人监护制度研究/李欣著. —北京: 群众出版社, 2013. 1

(家事法研究学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5014 - 5083 - 1

I. ①私… II. ①李… III. ①老年人—监护—社会制度—研究
IV. ①C913.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 282395 号

私法自治视域下的老年人监护制度研究

李 欣 著

出版发行: 群众出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2013 年 1 月第 1 版

印 次: 2013 年 1 月第 1 次

印 张: 12

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 324 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5014 - 5083 - 1

定 价: 40.00 元

网 址: www.qzCBS.com

电子邮箱: qzCBS@sohu.com

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

《家事法研究学术文库》顾问

(以姓氏笔画为序)

巫昌桢(中国政法大学教授)

杨大文(中国人民大学教授)

杨与龄(台湾“国立”政治大学教授)

张贤钰(华东政法大学教授)

陈明侠(中国社会科学院法学所研究员)

林秀雄(台湾辅仁大学教授)



丛书主编简介

陈苇 女，四川资中县人，1987年于西南政法学院民法专业硕士研究生毕业，获法学硕士学位，留该校任教至今。主要研究方向为婚姻家庭继承法，妇女、儿童、老人权益法律保护。2003年12月至2004年12月，其受国家留学基金资助公派出国留学，作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修外国家庭法一年，现任西南政法大学民商法学院教授、博士生导师、外国家庭法及妇女理论研究中心主任、婚姻家庭继承法及妇女理论教研室主任，兼任家庭法国际学会执行委员会委员、中国婚姻家庭法学研究会副会长，重庆市人民代表大会内务司法委员会咨询专家、重庆市妇联法律顾问，重庆市渝北区人民代表大会代表，重庆市沙坪坝区人民法院“未成年人司法制度研究基地”专家咨询委员会委员。

陈苇教授担任负责人已主持完成并正式出版国家社科基金项目、司法部“法治建设与法学理论研究”项目、重庆市“十五”哲学社会科学规划项目、重庆市教育委员会人文社会科学重点项目等成果著作五部。代表性成果包括：独著、主编、主持翻译的《中国婚姻家庭法立法研究》（第一版、第二版）、《外国婚姻家庭法比较研究》、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》、《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》（国家社科基金项目成果著作，入选2010年度首届“国家哲学社会科学成果文库”）、《改革开放三十年（1978~2008）中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》、《加拿大家庭法汇编》、《澳大利亚家庭法（2008年修正）》、《美国家庭法精要》（第五版）、《澳大利亚法律的传统与发展》（第三版）等著作、译作二十余部；在《中国社会科学文摘》、《中国法学》以及International Journal of Law, Policy and the Family, The International Survey of Family Law, US-China Law Review, 21st Century Law Review等中外学术刊物发表中英文学术论文六十余篇；此外，已主编出版《家事法研究》学术论文集六卷（2005年卷~2010年卷）和“家事法研究学术文库”系列著作七部；应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材一部：Practical Global Family Law ——United States, China and Italy（2009年4月在美国出版）。

前 言

自1978年西南政法学院复办以来,我国著名的婚姻法专家、中国法学会婚姻法研究会副总干事杨怀英教授担任我校婚姻法研究方向的学科带头人。1985年3月至7月,我校承担了司法部委托的全国法律专业婚姻法师资进修班的教学任务。当时全国著名的婚姻法专家巫昌桢、杨大文、王德意、李忠芳、任国钧等教授应邀前来我校,与我校全国著名的婚姻法专家杨怀英教授及胡平等教师一起为来自全国的婚姻法师资进修班学员们上课,传授婚姻法学的理论知识和教学经验。如今,该婚姻法师资进修班学员们大部分都成为各高校的婚姻法领域的著名专家学者和骨干教师,他们为国家培养了大批优秀的人才。因此,可以说,我校是我国婚姻法学人才培养的摇篮。在科研方面,杨怀英教授先后主编出版了:《滇西南边疆少数民族婚姻家庭与法的研究》(法律出版社1988年出版);《中国婚姻法论》(重庆出版社1989年出版,1991年荣获重庆市社科优秀科研成果三等奖);《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》(四川民族出版社1994年出版,1996年荣获四川省社科优秀科研成果二等奖)等专著和教材。1995年杨怀英教授去世后,由中国法学会婚姻法研究会常务理事邓宏碧教授担任婚姻法学科带头人。邓宏碧教授、胡平副教授等老教师带领婚姻法课程的教师们继续努力进行教学和科研工作。尤其值得指出的是,邓宏碧教授主编的《中国少数民族人口政策研究》(国家社会科学“八五”规划重点科研项目,重庆出版社1998年出版),2001年荣获重庆市社会科

私法自治视域下的老年人监护制度研究

学优秀科研成果一等奖。

本人于1979年9月考入西南政法学院法律系本科学习,1983年6月毕业任教一年后,于1984年9月考入西南政法学院攻读民法专业硕士研究生,师从杨怀英教授,主要研究婚姻家庭法。1987年7月本人硕士研究生毕业后留校任教至今。我在母校学习和从事教学科研工作至今已有30多年了。在这30多年期间,在母校各级领导和老师们的辛勤培养下,我由一名学生成长为教授、博士生导师、博士后合作导师;于1996年5月起担任民法教研室副主任,于1999年5月起担任民法教研室主任,于2003年5月起至今担任婚姻家庭继承法教研室主任。在婚姻法学界老一辈专家的辛勤培养下,本人于1996年7月起担任中国法学会婚姻家庭法学会理事;于1999年7月起担任中国法学会婚姻家庭法学会常务理事;于2004年7月至今,担任中国法学会婚姻家庭法学会副会长。2003年12月至2004年12月,本人受国家留学基金资助由教育部公派出国留学,作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修外国家庭法一年。我留学回国后,于2005年1月向学校提出了建立“西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心”的书面申请。2005年4月1日,西南政法大学校长办公会议批准同意该研究中心成立,任命我担任主任。

自2005年4月该研究中心成立后,本人夙夜忧虑,恐负厚望,带领研究中心的教师和研究生组成科研创新团队,勤奋科研,不敢懈怠。近七年,我担任项目负责人,主持完成并公开出版的专著、译著有十余部:《外国婚姻家庭法比较研究》(重庆市哲学社会科学“十五”规划项目,2006年1月出版)、《加拿大家庭法汇编》(2006年1月出版)、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》(重庆市教委人文社科项目,2007年1月出版)、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》(国家社科基金项目子课题,2008年1月出版)、《澳大利亚家庭法(2008年修正)》(重庆市教委人文社科重点项目,2009年1月出版)、《美国家庭法精要》(2007年第五版,

2010年3月出版)、《改革开放三十年(1978~2008)中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》(西南政法大学重点项目,2010年1月出版)、《中国婚姻家庭法立法研究》(第二版,2010年1月出版)、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》(国家社科基金项目结项成果,入选2010年度《国家哲学社会科学成果文库》,全国哲学社会科学办公室在“出版说明”中指出:入选成果代表当前相关领域学术研究的前沿水平,体现我国哲学社会科学界的学术创造力,按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版,2011年3月出版)、《澳大利亚法律的传统与发展》(第三版,2011年6月出版)、《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》(中国司法部部级科研项目,2012年5月出版)等。此外,应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材1部: *Practical Global Family Law——United States, China and Italy* (2009年4月在美国出版)。

为促进婚姻家庭继承法领域的学术研究和学术交流,本人于2005年起创办《家事法研究》学术论文集刊。自《家事法研究》首卷面世以来,历时六年,先后出版了2005年卷至2010年卷共计六卷,推出了一批具有前沿性的学术论文,培养了一批学术新人,受到学术界同人和实务界人士的肯定和好评,产生了良好的社会影响。为进一步扩大《家事法研究》的学术影响,经本人提出申请,中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事会研究同意,《家事法研究》从2011年卷起始转为“中国法学会婚姻家庭法学研究会”的会刊。可以相信,今后在该研究会的精心主办下,《家事法研究》将在法学理论研究与司法实务探索相结合的沃土中更加茁壮成长,枝繁叶茂!

长江后浪推前浪。为了推出婚姻家庭继承法学研究领域具有前沿性、创新性的学术著作,培养学术新人,本人主编出版《家事法研究学术文库》丛书。此套丛书主要遴选婚姻家庭继承法研究领域具有前沿水平的博士学位论文和学术专著,每年拟出版2~3

私法自治视域下的老年人监护制度研究

部著作。本学术文库丛书的出版目的，旨在通过出版婚姻家庭继承法学研究领域的前沿学术著作，进一步提升家事法研究的理论水平，推出一批婚姻家庭继承法学研究领域的新秀，促进我国婚姻家庭继承法学研究朝着更深、更广的方向发展，以更多的优秀研究成果为国家的立法和司法服务。本学术文库 2012 年已出版以下四部著作：《婚姻家庭法之女性主义分析》、《基于性别的家庭暴力之民法规制——中国法与美国法之比较》、《亲属法的伦理性及其限度研究》、《人文主义视阈下的离婚法律制度研究》。2013 年将出版以下三部著作：《遗产债务法律制度研究》、《防治家庭暴力立法与实践研究》、《私法自治视域下的老年人监护制度研究》，以飨读者。

最后，对群众出版社的编辑老师们对本文库丛书辛勤的编辑工作，我表示衷心的感谢！

陈 苇

2012 年 8 月 28 日

辩证的私法自治理念 ——老年人监护制度的应然选择 （代自序）

从近代民法到现代民法，从形式正义到实质正义，私法自治一直是民法的核心理念。私法自治理念使个人自决成为可能，使民主自由观念深入人心。老年人监护制度作为民法亲属法之成年人监护制度的重要组成部分，其以老年弱势群体保护为核心，以保护年老体衰，意思能力欠缺的老年人为重点，贯彻了较大程度的国家干预理念。随着经济发展水平及人们生活水平的提高，社会生活环境的大幅度改善，人类寿命普遍延长，人口老龄化成为全世界关注的重大问题。基于此，世界上不少国家的成年人监护制度纷纷将行为能力衰退的老年人纳入老年人监护法律制度的保护范围。同时，在老年人监护制度中倡导以辩证的私法自治理念为核心，采用较少限制的法律家长主义干预手段，尊重老人依其自主决定权，平等、正常而不受歧视地提出对社会的新诉求。在承认所有人具备完全平等的法律人格的近代私法体系下，每个自然人都应有决定自己行为的权利，应当以辩证的私法自治理念为核心，以“实质平等”保护为目的，以较小限制的法律家长主义原则引领老年人监护立法。

我国已于1999年进入人口老龄化社会。在后人口转变时期下，如何解决老龄化及高龄化问题成为重要课题。在未富先老的现实国情下，在低生育率导致的少子化极大加重了家庭子女的养老负担的情形下，在经济发展、社会保障、养老保障等各方面皆跟不上人口

私法自治视域下的老年人监护制度研究

老化速度的当今中国，如何降低老年人的身体健康和日常生活照料的风险，如何在最大限度地尊重老年人自主决定权的范围内，保护老年人合法权益，维护老年人日常生活需要，成为重中之重。有鉴于此，笔者在现行制度存在不完善之处及完善的必要性与可行性的基础之上，根据对国外老年人监护制度的比较与借鉴，尝试以一种辩证的私法自治理念为理论基础，挑选现行的四部有关成年人监护的立法建议稿进行比较评析，并从老年人监护制度的立法理念的选择、立法体例的重构及具体制度的构建与完善等方面提出立法建议，可为老年人监护制度研究起到抛砖引玉之作用。

就我国老年人监护制度的完善而言，本书提出了如下思考：

关于老年人监护制度立法理念的选择：在老年人监护制度中，我们应当将辩证的私法自治理念贯彻入老年人监护制度中，遵循较小限制的法律家长主义原则。这体现在具体制度中，即为吸收国外老年人监护制度中的“尊重自主决定权”和“限制监护”理念，在老年人监护制度的设立、变更和终止进程中，在老年人监护制度的运作过程中，在涉及被监护人人身、财产事务安排时，应当最大限度地尊重被监护人的自我意愿，尊重自主决定权理念，要求在老年人监护进程中，无论监护人、监护监督人还是公权力机关等都起辅助作用，而不是全权的大包大揽。其中意定老年人监护制度应当实行全权的个人自治，而法定老年人监护制度也应当最大限度地尊重被监护人的个人意愿。

关于老年人监护制度立法体例的重构：应当考虑到老年人监护本身具备的特殊性，应当将其同精神病人的监护区分开来，将意思能力衰弱的老年被监护人纳入老年人监护的立法框架之下，并将老年痴呆患者放入老年人监护制度体例之中；在涉及老年人监护制度的具体内容时，应当将老年人监护制度分为意定老年人监护和法定老年人监护两种形式，将意定老年人监护制度作为老年人监护制度的首要模式，而法定老年人监护制度作为补充模式，其二者共同构成的老年人监护制度也应当是亲属法体系下的成年人监护制度中的

重要一环。

关于意定老年人监护制度的创设：应当创设意定老年人监护制度。将意定老年人监护合同的订立作为意定老年人监护制度设立的必备形式要件。并对意定老年监护人的任职资格与监护职责作出明确限定。应当规定老年人可以依据本人真实意思表示选任两个或两个以上的复数意定老年监护人并限制监护人的监护职责。在老年监护人履行监护职责方面，应当始终贯彻尊重自我决定原则、帮助原则、具体分析原则、最少限制原则。此外，为弥补老年人在一定程度上无法对意定老年监护人的监护行为进行监督的可能性，应根据老年人本人、利害关系人之请求等，选任合适的自然人或法人意定老年监护监督人。

关于法定老年人监护制度的完善：应当从更新法定老年人监护的适用标准，扩大法定老年人监护制度的适用对象，细化法定老年人监护的适用类型，确立法定老年监护人的任职资格，明确老年监护人的监护职责，维护老年被监护人保留性权利，细化法定老年人监护监督制度等几个方面完成对法定老年人监护制度的完善。

总之，老年人监护制度作为亲属法之成年人监护制度的重要组成部分，从罗马法中的监护与保佐的简略规定到近现代法中形成稍具规模的体系，其立法的变革经历了漫长的过程。在这一世界性变革过程中，从对财产监护的关注到对人身监护的重视，从法律对个人事务的大包大揽到帮助决定，其反映了法律观念变迁过程中对私法自治理念的尊崇。受传统义务本位文化影响，我国是一个长期以来私法理念颇为缺失的国家，强调私法自治理念有利于向权利本位文化的转型。在研究老年人监护制度的变革和法律完善中，我们也应当将私法自治理念纳入到一个更广阔的社会视野中，从狭隘的、传统的、单一的概念中解放出来，认识到无论何种变革，都应当回归到人，回归到人赖以生存的社会，回归到尊重个人自由平等的基本价值取向上来。

学海无涯，笔者在前人研究成果基础上作出的思考，不免挂

目 录

前言	陈 苇 (1)
辩证的私法自治理念	
——老年人监护制度的应然选择 (代自序)	李 欣 (1)
导 论	(1)
一、选题背景和选题意义	(1)
二、研究视角的选择	(3)
三、研究现状	(15)
四、研究思路与研究方法	(20)
第一章 老年人监护制度概述	(23)
第一节 老年人监护的本质属性	(26)
一、权利抑或义务——国内学界关于监护本质的 争论	(26)
二、老年人监护本质属性之科学界定	(28)
第二节 老年人监护的制度边界	(30)
一、老年人监护与成年人监护	(30)
二、老年人监护与代理	(32)
三、老年人监护与赡养	(33)
四、老年人监护与生前预嘱	(35)
五、老年人监护与财产规划	(37)

私法自治视域下的老年人监护制度研究

第三节 老年人监护制度的特征与分类	(41)
一、老年人监护制度的特征	(41)
二、老年人监护制度的分类	(41)
第四节 老年人监护制度的功能定位	(43)
一、家庭养老保障功能	(43)
二、弥补行为能力缺陷功能	(44)
三、老年弱势群体利益维护功能	(44)
四、维护交易安全功能	(46)
第二章 老年人监护制度之历史流变与述评	(47)
第一节 老年人监护制度的历史演进	(47)
一、从“家族本位”到“国家干预”——罗马法中 老年人监护制度的演进	(47)
二、从“大包大揽”到“个人自决”——近现代 老年人监护制度的变革	(53)
三、“自主决定权”的延伸与拓展——老年人监护 制度的最新立法理念	(78)
第二节 老年人监护制度历史流变述评	(92)
一、老年人监护制度的发展趋势——以私法自治为 核心的国家义务与社会责任	(92)
二、老年人监护制度发展趋势之动因分析	(104)
第三章 老年人监护制度的理论基石	(126)
——一种辩证的私法自治理念	(126)
第一节 辩证的私法自治理念——个人自治与国家 干预	(126)
一、个人自治——私法自治理念的核心	(126)
二、国家干预——私法自治理念的限定	(130)
三、辩证的私法自治——以个人自治为核心的国家 干预	(134)

第二节 老年人监护制度与辩证的私法自治理念	
——以老年弱势群体保护为切入点	(140)
一、老年弱势群体的出现	(140)
二、辩证的私法自治理念与老年人监护制度贯彻之缘由	
——老年弱势群体之平等保护	(146)
第三节 老年人监护制度的应然选择——以个人自治为	
中心的国家干预	(149)
一、老年人监护制度之立法原则——较少限制的法律	
家长主义	(149)
二、意定老年人监护制度——全权的个人自治	(151)
三、法定老年人监护制度——个人意愿最大程度的	
尊重	(152)
第四章 老年人监护制度之域外法考察	
——现行制度比较与评析	(155)
第一节 意定老年人监护制度之域外法考察与评析	(155)
一、可持续性代理模式	(155)
二、任意监护模式	(173)
三、法定监护改良模式	(178)
四、比较与借鉴——三种立法模式述评	(181)
第二节 法定老年人监护制度之域外法考察与述评	(190)
一、个体监护模式	(190)
二、二级分层监护模式	(211)
三、三级分层监护模式	(217)
四、比较与借鉴——三种立法模式述评	(229)
第五章 我国老年人监护制度的现状	(242)
第一节 我国老年人监护立法现状	(242)
一、老年痴呆者监护的设立	(242)
二、老年痴呆者监护人的监护资格与监护职责	(245)
第二节 现行老年人监护立法的局限性	(247)

私法自治视域下的老年人监护制度研究

一、立法理念滞后	(248)
二、立法体例不科学	(249)
三、意定老年人监护制度缺失	(250)
四、法定老年人监护具体制度不完善	(251)
第三节 完善我国老年人监护制度的必要性	(267)
一、人口背景：后人口转变时期的到来	(267)
二、思想基础：老年人自主决定权保障呼声日隆	(272)
三、现实需求：家庭养老的紧迫性日益显著	(273)
第四节 完善我国老年人监护制度的可行性	(275)
一、理念基础：私法自治理念在我国亲属法领域的贯彻	(275)
二、社会基础：老年人现实状况的吁求——以实证调查为突破口	(278)
三、立法基础：意定老年人监护于我国之萌芽	(300)
第六章 完善我国老年人监护制度之立法构想	(306)
第一节 老年人监护制度之专家立法建议稿述评	(306)
一、老年人监护的设立	(306)
二、老年人监护的类型	(307)
三、老年监护人的任职资格	(309)
四、老年监护人的监护职责	(310)
五、老年人监护监督	(311)
六、老年人监护的变更与终止	(312)
第二节 老年人监护制度之立法完善	(313)
一、立法理念的选择	(313)
二、立法体例的重构	(315)
三、意定老年人监护制度的创设	(317)
四、法定老年人监护之制度完善	(322)
结语	(337)
主要参考文献	(340)

后记	(353)
----------	-------

附 录

西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心简介 (中英文对照)	(356)
---	-------