



西藏民族学院法学文库
Tibet Institute for Nationalities

老年人监护制度研究

倪娜 / 著



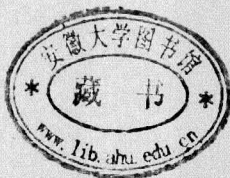
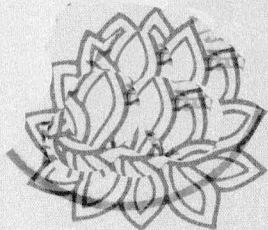
厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

西藏民族学院法学文库
Tibet Institute for Nationalities

老年人监护制度研究

倪娜 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

老年人监护制度研究/倪娜著. —厦门:厦门大学出版社, 2012. 12

(西藏民族学院法学文库)

ISBN 978-7-5615-3514-1

I. ①老… II. ①倪… 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 161003 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ xmupress. com](mailto:xmup@xmupress.com)

厦门市明亮彩印有限公司印刷

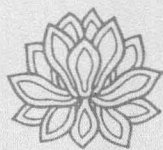
2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:15.25 插页:3

字数:250 千字 印数:1~1 200 册

定价:32.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



“西藏民族学院法学文库”编委会

编委会主任委员

朱崇实 刘洪顺

编委会副主任委员

王学海 侯 明

编委会委员

朱福惠	邱伟杰	侯利标	徐崇利
朱炎生	蒋东明	陈福郎	施高翔
陈立明	朱玉福	杨长海	姚俊开
黄军锋	胡晓琴	李 红	

总 序

由厦门大学出版社和西藏民族学院联合推出的西藏自治区首部法学理论研究丛书——“西藏民族学院法学文库”即将问世，这是国家实施对口援藏战略以来，厦门大学支持西藏民族学院学科建设的又一重要成果，也是西藏民族学院法学研究的重大进展，值得热烈祝贺！

身处中国改革开放最前沿的厦门大学和地处祖国腹地的西藏民族学院的合作，具有战略意义。自2002年开始，国家教育部确定国内一流高校对口援助西藏民族学院。由著名爱国华侨领袖陈嘉庚先生于1921年创建的厦门大学，是中国近代教育史上第一所华侨创办的大学，也是中国唯一地处经济特区的国家“211工程”和“985工程”重点建设的高水平研究型大学。秉承“自强不息，止于至善”的校训，厦门大学的办学水平和科研实力享誉国内外。作为西藏高等教育的开拓者，1958年创建于关中平原、古都咸阳的西藏民族学院，不仅光荣地扮演着“西藏干部摇篮”和“西藏人才基地”的醒目角色，而且也是中国藏学研究重镇，西藏在祖国内地的窗口。她以“爱国、兴藏、笃学、敬业”为校训，坚持面向西藏、服务西藏的办学宗旨，肩负着为培养西藏社会主义事业合格建设者和可靠接班人的历史使命，创造了辉煌的办学业绩，全面而深刻地影响了西藏和平解放以来的历史进程。2008年10月，中共中央总书记、国家主席胡锦涛致信祝贺西藏民族学院建校50周年，对她的历史功绩给予高度评价。厦门大学和西藏民族学院两校间构架起来的对口援藏和全面合作机制，不仅使

尚处发展阶段的西藏民族学院获得了积极推进学科建设、提升教育教学质量的高端平台,而且对传承西藏民族文化,加快西藏跨越式发展,维护国家统一和民族团结,实现中华民族的伟大振兴具有重大的意义。

法学专业是西藏民族学院的特色专业和重点发展专业。创办于20世纪90年代初的西藏民族学院法学专业,虽然历史不长,但成绩斐然,已经成为西藏法学专业人才的培养基地。1993年,根据时任西藏自治区党委书记的胡锦涛同志的指示,西藏民族学院正式开办法学专业,开创了西藏地方培养社会主义法律专业人才的先河。近20年来,西藏民族学院法学专业经历了由专科到本科,由单一方向到多方向培养,由传统综合法学到专业特色凸显的巨变,具备了较强的办学实力。2009年,法学专业被确定为西藏自治区特色专业。法学教学团队也在2010年被确定为自治区级教学团队。2010年5月,西藏民族学院法学院正式成立,标志着法学专业的发展已经跃升至新的历史起点。

法律专业人才对西藏社会稳定和发展的意义不言而喻。自1950年西藏和平解放到1965年建立“西藏自治区”,中国共产党在西藏的民族区域自治政策取得了历史性的胜利,成为新中国民族政策的成功范本。作为中国最大的民族区域自治地区之一,迫切需要一大批政治素质过硬、法律素养扎实、富于使命感的法学专门人才,致力于积极推进中国特色的民族自治政策的顺利实施,不断完善党的民族区域自治政策,传承和弘扬民族文化,促进各民族融合和共同发展,维护西藏的和谐稳定,捍卫国家安全。与此同时,西藏民族学院培养的法学专门人才,在西藏各级立法、执法部门,以自己良好的职业素养和高度的责任感,为推进西藏地方法律体系建设,健全民族区域自治政策,保障西藏社会经济发展,作出了出色贡献。随着西部大开发和中央第五次西藏工作座谈会的召开,西藏又将迎来发展的伟大历史机遇,同时对法学人才的需求又将大大增加。法学人才在西藏当代社会发展和国家长治久安的历史进程中,必将扮演着更加重要的

角色。我们必须从战略高度认识人才队伍建设,精心培养西藏自己的法学领域专家学者,不断形成面向西藏、服务西藏且具有相当影响的研究特色,全力打造西藏法学理论的研究基地。“西藏民族学院法学文库”丛书的出版,将有力助推西藏民族学院法学学科和专业发展,有利于更好地培养西藏法学专业人才,有利于西藏的发展和稳定,共襄中华民族的伟大复兴大业。

厦门大学出版社志存高远,无私援助,以西藏民族学院朱玉福博士的《中国民族区域自治法制化:回顾与前瞻》为开卷之作,隆重推出“西藏民族学院法学文库”,并将陆续出版西藏民族学院学者的法学著作,对西藏民族学院法学学科建设和学科梯队的构建以最直接的扶植,其学术眼光和文化使命感令人钦佩。我期望西藏民族学院法学院不负厚望,制定规划,抓住契机,在未来可预期的时期内,以此为高端平台,推出系列化学术精品,提升法学研究的水准,构建富于特色的法学学科框架,把西藏民族学院的法学研究推向新的境界,为西藏的法制建设和社会文明作出历史性贡献。

西藏民族学院院长 刘洪顺
2010年7月16日

内 容 摘 要

本书围绕“老年人监护制度”这一主题展开。全书除“导论”部分外,共分为四章。其中,第一章确立了讨论老年人监护问题的基础和背景。第二章从价值层面探讨构建老年人监护制度的价值所在。假如不能从价值的角度证明老年人监护制度构建的正当性和合理性,那么具体构建该制度的必要性就值得怀疑了。第三章主要是对国外成年人监护制度改革和老年人监护制度的构建所进行的介绍与分析。通过这种介绍与分析,我们可从中发现能够被我国未来老年人监护制度构建所借鉴之处。第四章是对我国老年人监护制度的未来构建所提出的一些建议。以下分别对各章的主要内容进行说明。

第一章“监护制度概述”。首先,对监护的概念、性质、分类和功能进行了分析和概括,为监护制度的深入探讨奠定了基础;其次,对监护制度的历史沿革进行了梳理;最后,对监护制度与现代民法中其他具体制度的关联进行了分析,尤其是对监护制度与行为能力制度作了较为深入的分析。该部分主要有以下几点基本认识:第一,从对监护的概述和历史沿革的梳理中可以发现,监护制度的根本功能是保护弱者。监护制度具体形式和内容的差别无非是保护范围、保护程度以及保护方式方面的差别。第二,现代民法没有为老年人设置专门的保护制度,其主要原因在于行为能力制度被作为监护制度的逻辑前提,而行为能力制度又是以理性作为判断标准来判定哪些人属于“弱者”从而需要法律保护。老年人并没有被认定为理性上的弱者,因此也就没有被监护制度作为保护对象加以考虑。

第二章“老年人监护制度的价值之维”的主要内容三部分构成。第一部分,讨论了老年人社会地位的变迁,并以此为现实基础进一步探讨了老年人监护制度之价值。第二部分,主要分析了人文价值在现代语境中的内涵以及这种内涵与老年人监护制度的内在关联。第三部

分,关注的是老年人监护制度与正义价值之间的关联。以上部分所反映的主要观点是:第一,现代语境中的人文价值或者人文精神主要是在与科学精神相对的意义上来讲的,而法律以监护制度的形式对老年人加以保护正体现了人文价值在现代社会的内涵和要求,因为这种保护恰恰是以排除理性的算计与考量而得以实现的,因此闪现出了不同于科学精神的人文光辉。第二,分配正义通过利益分配的方式来实现。法律就是一种权利义务的分配体系,因此法律技术本身就应体现分配正义。而老年人监护制度作为一种保护弱者的制度,通过向弱势的老年人进行权利分配的倾斜,从而达到分配正义的要求。

第三章“老年人监护制度域外立法研究”的内容主要包括三个方面。第一,介绍了国外成年人监护制度改革的概况,主要包括立法背景、观念支持和立法概况等内容。第二,介绍了大陆法系国家和地区的成年人监护制度改革:一是扩大受监护制度保护的对象,尽可能将需要监护的老年人纳入保护范围;二是更加注重对需要监护者的具体情况的考量,并增加保护的层级和类型,以适应监护的多样化需求,但同时加强了监护监督制度;三是赋予法官对于监护个案更大的自由裁量权;四是创设了意定监护制度,更加尊重当事人对于自身事务的安排。第三,介绍英美法系国家的监护制度改革:一是持续代理制度,二是公共监护制度。以上监护制度的改革在一定程度上都是为了应对以前监护制度对老年人保护不够的问题,因此,在这个意义上,也可以称之为老年人监护制度改革。这些改革措施对我国建立老年人监护制度有着重要的借鉴意义。

第四章“我国老年人监护制度之构建”的主要内容有三:第一,我国构建老年人监护制度的社会背景和法制背景;第二,我国老年人监护制度体系的具体建构;第三,我国老年人监护制度构建所需要的良性运行环境。我国未富先老,且老年人的人口总数巨大,老龄化的速度惊人,老龄人口中高龄老人增速很快。同时,由于家庭结构的变化以及现代社会人口的高流动性,使得传统社会家庭养老的功能弱化。此外,我国的社会保障体系也还很不完善。这样的社会背景使得老年人处于一种

非常弱势的地位,急需法律的关怀和保护。因此,老年人监护制度的构建有着紧迫的现实需要。该部分的主要观点有:第一,我国未来的老年人监护制度体系应主要由法定监护制度、意定监护制度和公共监护制度构成,并通过转介条款之立法技术被《老年法》所吸纳,形成公、私法的接轨。第二,文化认同是制度运行的源头活水。具体到老年人监护制度上,我国传统文化中的伦理观念及孝道精神值得重估与褒扬。

关键词 老年人监护;弱者保护;意定监护;公共监护

目
录

导论	1
一、论题说明	1
二、研究的动因	2
三、研究现状综述	3
四、研究方法和结构安排	14
第一章 监护制度概述	19
第一节 概 述	19
一、监护的概念	19
二、监护的性质	25
三、监护的分类	30
四、监护的功能	33
第二节 监护制度的历史沿革	38
一、罗马法中的监护制度	38
二、近代民法中的监护制度	46
三、监护制度的现代新发展	53
第三节 现代民法体系中的监护制度	61
一、监护与行为能力	61
二、监护与代理	66
三、监护与扶养	71

第二章 老年人监护制度的价值之维	75
第一节 老年人地位之历史变迁	76
一、西方社会中的老年人	77
二、我国社会中的老年人	82
三、对现代社会老年人之地位及其保护的观察	88
第二节 老年人监护与人文主义	90
一、人文主义简述	90
二、人文主义之于现代民法	100
三、人文主义之于现代监护制度	103
第三节 老年人监护与正义	107
一、正义简述	108
二、正义之于民法	114
三、正义与老年人监护制度	118
第三章 老年人监护制度域外立法研究	124
第一节 老年人监护制度域外立法概述	124
一、社会背景	124
二、观念支持	127
三、立法概况	130
第二节 大陆法系国家和地区的老年人监护制度立法	135
一、法国	135
二、德国	138
三、日本	140
四、韩国	143
五、我国台湾地区	145
第三节 英美法系国家的老年人监护制度立法	149
一、英国	149
二、美国	153
第四章 我国老年人监护制度之构建	161
第一节 构建我国老年人监护制度的背景	161

一、人口现状	161
二、家庭结构	164
三、立法现状	166
第二节 我国老年人监护制度之构建	175
一、法定监护制度之改革	176
二、意定监护制度之创设	179
三、公共监护制度之构建	182
四、《老年法》对监护制度之引入	186
第三节 老年人监护制度所需的良性环境	193
一、重估传统伦理观念之价值	194
二、重拾我国传统孝道精神	198
结 语	203
参考文献	205
附录一	215
附录二	221
后 记	225

导 论

一、论题说明

本书以“老年人监护制度研究”为题,首先对该题目有以下几点需要加以说明:第一,本书所称之“监护”和“监护制度”,并非拘泥于概念法学的窠臼,而是从功能分析的角度出发,在广义上使用这些称谓的。霍姆斯大法官曾经说过:“法律的生命在于经验而不在于逻辑。”笔者折服于这位洞悉法律真谛的大法官的智慧,并得益于这种智慧的启发而悟到,对于监护制度的研究和思考,应该从功能分析中求得经验王国中呈现的丰富启示,而放弃在概念法学的孤塔下死守形式逻辑的慰藉。第二,“老年人监护制度”这个概念并不是在描述意义上而是在一种分析意义上使用的。具体来说,笔者试图用它来概括所有与监护制度有关的对老年人的法律保护形式,主要是在概括和综合的意义上使用它,而无意于将“老年人监护”作为一个概念法学背景下具有确切含义的法律术语或者法学概念来使用。也就是说,它是指一个以老年人保护为出发点的一系列相关制度的总称。只不过,它主要依托的是监护制度而已。既然有形式民法和实质民法之分,那么与此类似,也就应该有形式监护制度和实质监护制度之分。“老年人监护”是在实质监护制度的意义上使用的。第三,题中虽使用了“制度”一词,但笔者无意于过分强调老年人监护制度的独立性。因为笔者深知,尽管老年人群体有其自身的特点,因此以老年人作为保护对象的老年人监护制度自有其独立性,但其独立性仅仅是在一种有限的意义上来谈的。事实上,老年人监护制度往往是在成年人监护制度的大框架下得到讨论和研究的。然而,在我国社会老龄化的严峻背景下,探讨“如何让监护制度更好地发挥保护老年人的功能”这个问题还是具有紧迫的现实意义的。

二、研究的动因

本书的写作动因首先起于从斯芬克斯谜语中受到的启示。在希腊神话故事《俄狄浦斯》中有一个以隐谜害人的怪物斯芬克斯。她曾给俄狄浦斯出过这样一个谜语：“什么东西早晨用四只脚走路，中午用两只脚走路，傍晚用三只脚走路，而且脚越多时越无能？”俄狄浦斯回答：“是人。在生命的早晨，他是个孩子，用两条腿和两只手爬行；到了生命的中午，他到了壮年，只用两条腿走路；到了生命的傍晚，他年老体衰，必须借助拐杖走路，所以被称为三只脚。”俄狄浦斯回答对了，而且他的智慧隐含在这个看似简单的谜语的背后。这智慧就是对我们人类个体生命历程的深刻洞悉：在体能的角度，我们人类个体一生需要经历一个初生时幼弱，继而逐渐强壮，到老年又复归衰弱的过程；其实，在智能发展上，人类个体又何尝不同样遵循着类似之规律？“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”、“童叟无欺”等表述已经证明我们人类对于自身老幼两个较弱阶段早有洞悉，并对个体体能和智能的发展变化规律深有感悟。

那么，从民法学的角度来看，上述对人类个体生命历程的深刻洞悉和感悟是否在现代民法中得到体现了呢？笔者遗憾地发现，答案是否定的。因为，较之斯芬克斯谜语对人的三分式之理解，民法却是对人进行了一种二分式之理解，即对自然人只作了成年与未成年之二分，而不考虑成年后的人并不是一成不变而是会因年老而再度趋于衰弱。而如果再进一步从监护制度的角度来看，民法对人的二分式的狭隘理解则表现为，对于老幼这两种弱势身份，近代民法却并没有对两者均等地加以保护，而是厚小薄老。对少小者，即未成年人，各国民事立法均有未成年人监护制度；但是民法对于老年人的保护，却直到最近几十年前都还一直付诸阙如。对此，我们不由要追问：现代民法为什么没有设置对老年人的特别保护制度？现代社会中的老年人应不应该、又需不需要得到法律上的保护？如何对需要保护的老年人进行法律上的保护？正是这些问题激发了笔者的研究并催生了本书的写作，成为引导笔者进行思考的主线。

尽管从希腊神话的智慧中得到了启示，但笔者的研究和思考绝不仅仅是无谓的玄想，而是本着对现实的关切并建立在我国社会现实的依据之上的。这些现实依据主要有两个方面：一是我国社会的人口年龄构成现状及其发展趋势；二是我国监护制度的立法现状。就前者而言，根据联合国关于老年型社

会的标准我国已于 2000 年步入了老年型社会。并且,根据学者们的预测,我国今后几十年里老年人口的比例还将继续增大。此种社会现状使法学不能回避对于社会老龄问题的关注。如何在法律层面上保护人数不断增长的弱势老年人就是一个值得研究的问题。就后者而言,我国目前关于老年人的专门立法主要是 1996 年颁布实施的《老年人权益保障法》。民法中仅在广义的扶养制度中对作为父母的老年人有所涉及。现有立法在制度上共同存在的一个明显弊端就是将对于老年人的照管义务实际上完全交给了家庭,尤其是成年子女。^① 这样的制度设计固然有其合理性,但也存在以下问题:(1)由家庭完全承担扶养和照管义务必然受限于家庭成员的实际扶养能力和生活状况;(2)限制了老年人可能从社会中获得帮助的范围;(3)在一定程度上淡化了政府的义务,虚化了政府职责。这些问题的存在促使我们从民法学的角度寻求新的解决途径。而具有弱者保护功能的监护制度则是一个值得探索的方向。其他国家和地区的立法改革和实践也正是在这个方向上进行的。国际社会普遍的老龄化以及老年人越来越明显的社会弱势地位,已经引起包括法学在内的各学科的广泛关注。在这个背景之下,各国近几十年来都已经开始通过对监护制度的立法修订,在成年监护制度改革中将老年人作为重要的保护对象纳入其保护范围。从目前的情况来看,虽然各国的成年监护制度对于老年人的保护条件和保护程度的规定不尽相同,但是将对老年人的保护纳入监护制度体系的做法已经成为一种大的趋势。但我国目前相关的理论和立法实践似乎仍然较为滞后。因此,笔者希望通过对老年人监护制度的研究,为我国未来老年人法律保护制度的建构稍尽薄力。

三、研究现状综述

(一)我国的研究现状

从我国目前对老年人监护问题进行研究的相关文献来看,理论界的研究成果还不够丰硕。这些成果主要有以下一些:首先,相关的专著仅有一部,即李霞教授所著《民法典成年保护制度》(2007 年)。其次,目前在“中国博士学位论文全文数据库”中还未见到一篇被收入其中的博士论文;在“中国优秀硕

^① 《老年人权益保障法》的第二章为“家庭赡养与扶养”,其中第 10 条规定:老年人养老主要依靠家庭,家庭成员应当关心和照料老年人。

士论文全文数据库”中,也仅有3篇对老年人监护制度进行专门研究的硕士论文,即黑龙江大学张黎的硕士论文《老年人监护制度研究》(2009年)、李娜的硕士论文《老年人监护立法研究》(2008年)和扬州大学张芳的硕士论文《老年人监护制度研究》(2008年)。再次,已发表的相关学术论文数量也相对较少。在“中国期刊全文数据库”中进行检索可以发现,近10年来发表的题目中包含“老年人监护”的论文仅有13篇。在以上已发表的成果中,《民法典成年保护制度》对成年人监护制度进行了相对系统的研究,并在这个大框架下对于老年人监护问题也有所涉及,尤其是关于老年人人权保障的国际标准、国外社会老龄化的背景介绍以及国外老年人保护的相关立法介绍等方面的内容对于老年人监护制度研究具有一定的借鉴意义。另外,张芳的硕士学位论文《老年人监护制度研究》从比较法的视角出发,首先对国外的相关立法进行了比较分析;在此基础上,又针对我国社会现实和法制现状提出了构建我国老年人监护制度的一些建议。张黎的硕士学位论文《老年人监护制度研究》则首先从历史的角度梳理了监护制度的发展脉络,进而也对国外成年人监护制度的相关立法改革进行了介绍和分析,最后立足于以上介绍和分析探讨了我国老年人监护制度的构建。李娜在其硕士学位论文《老年人监护立法研究》中首先以分析我国的人口现状入题,在此基础上谈及老年人法律保护的必要性;紧接着也对国外的相关立法进行了介绍并对我国老年人监护制度的构建提出了一些设想。已发表的讨论老年人监护制度问题的学术论文其内容一般也都涉及现状分析、国外法介绍以及我国制度建构的设想等内容。总体来讲,以上研究成果为老年人监护制度的深入研究奠定了一定的基础,具有方法论和比较法方面的参考价值。

但是,毋庸讳言的是,目前的研究还存在一些不足与缺陷。

1. 目前的理论缺乏对老年人监护制度在宏观上的系统研究。目前的研究主要集中于对外国立法例以及各国在成年监护制度方面的法律修订的介绍和分析。但是,老年人监护制度只是整个民法体系中以监护制度为大框架和大背景的一个具体制度,它是和其他诸多民法的具体制度有着紧密的逻辑联系的。首先,它和行为能力制度有着密切的联系。可以说,在近代民法体系中,行为能力制度构成了监护制度的前提。学者也认为监护制度的设立目的