

未成年人监护制度 公法化

赵霖 著



贵州民族出版社

未成年人监护制度公法化

赵霖 著



贵州民族出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

未成年人监护制度公法化/赵霖著. —贵阳: 贵州民族出版社, 2009. 3

ISBN 978—7—5412—1546—9

I. 未… II. 赵… III. 未成年人保护法—研究—世界 IV. D912.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 020452 号

- 书 名** 未成年人监护制度公法化
作 者 赵 霖
出版发行 贵州民族出版社
(贵阳市中华北路 289 号 邮编 550001)
责任编辑 龙映红
封面设计 夏一楠
印 刷 贵阳经纬印刷厂
开 本 850 mm×1 168 mm 1/32
印 张 11.5
字 数 290 千字
版 次 2009 年 3 月第 1 版
印 次 2009 年 3 月第 1 次印刷
印 数 1~1 000 册
书 号 ISBN 978—7—5412—1546—9/D·63
定 价 28.00 元

序

曹诗权*

未成年人监护制度是未成年人社会保障体系和未成年人法律保护的基础性制度,涉及国家、社会、学校、家庭多个方位。在当今中国未成年人3亿多,“留守儿童”、“流浪儿童”、“罪错儿童”和“双亲残损儿童”多发态势下,如何构建公法化、社会化的监护制度,不仅具有很高的理论价值,而且具有强烈的社会现实意义。由此决定了该书的理论研究价值。

这本书阐释了未成年人监护制度的基本内容,比较分析了大陆法系和英美法系监护制度,准确解读了我国现行监护制度的相关规范。在此铺垫下,论述了监护制度公法化和公法下的国家责任。这一研究思路脉络清晰、方向明确、观点正确、见解独到,既有对现有研究成果的借鉴,更有作者勤于思考、大胆创新的努力。

综观全书,主题思想既超越了中国传统的重家庭、轻国家,重亲属、轻社会的未成年人责任定式,又突破了现行制度的历史误区和现实局限,显科学性、针对性和改革性。

2007年11月28日

* 湖北省司法厅副厅长、中南财经政法大学教授。

目 录

第一章 导论·····	(1)
第二章 未成年人监护制度发展的背景·····	(4)
一、未成年人监护制度的历史背景·····	(4)
二、未成年人监护制度的世界背景·····	(22)
第三章 未成年人监护制度的理论背景·····	(70)
一、从社会学角度解析·····	(70)
二、从法学角度解析·····	(91)
第四章 未成年人监护制度概述·····	(152)
一、监护制度的概念·····	(152)
二、未成年人监护的重要意义·····	(155)
三、监护制度的比较研究(两大法系对监护制度的 规定比较)·····	(168)
第五章 我国的未成年人监护制度·····	(177)
一、我国未成年人监护制度的渊源·····	(180)
二、我国未成年人监护的机关·····	(192)
三、我国未成年人监护制度的种类·····	(195)
四、我国未成年人监护的内容·····	(199)

五、我国未成年人监护制度的特点与不足之处	(200)
第六章 一种需要给予关注的价值倾向——监护制度的 公法化	(204)
一、未成年人监护领域面临的一种困惑	(204)
二、未成年人监护制度公法化的提出以及历史沿革	(207)
三、未成年人监护公法化的理论基础与必要性思考	(210)
四、未成年人监护制度公法化中的国家责任	(216)
五、一种未成年人监护公法化的构建	(223)
六、结束语	(228)
参考书目	(276)
附 录	(279)

第一章 导 论

未成年人^①维系着祖国的将来,是人类文明的希望。而伴随着人类社会进步所出现的未成年人的社会问题亦是人类社会共同关注的焦点之一。所谓未成年人问题是指未成年人由于种种原因造成的其行为、思想状况与社会对他们的期望相违背所引发的社会问题。社会对未成年人的期望它并没有一个非常刚性的标准。未成年人问题反映的其实是我们对于未成年人的保护与教育的问题,在法律意义上即是我们对未成年人的监护的问题。

而具体到贵州省实际情况,由于贵州省独特的省情,未成年人问题呈现出不一样的情况。贵州省是一个地处祖国西南的边远省份,虽然贵州人民正在勤劳勇敢的开创着自己的未来,但是由于历史原因和客观的自然条件的限制,在全国的经济发展格局中处于比较落后的地位。从全国 31 个省市区来看,贵州人口总量在全国排第 15 位,主要经济指标总量也排在 20 多位。贵州国土面积为 17.61 万平方公里,为全国(不含台湾、香港特别行政区和澳门特别行政区,下同)面积的 1.8%,2004 年全省人口占全国总人口的 2.99%,生产总值仅占全国总量的 1.15%。同年,人口密度为 222 人/平方公里,比全国平均水平多 86 人/平方公里。2004 年,全国人口经济密度为 0.95 人/万元 GDP,最好的上海为 0.18 人/万元 GDP,最差的贵州为 2.44 人/万元 GDP。人口经济密度是指每单

① 未成年人是指未满 18 周岁的公民。

位生产总值(一般为万元 GDP)负担的人口数,它是反映一个地区的人口稠密程度以及人口和经济的关系的重要指标。贵州是全国唯一的一个超过 2 人/万元 GDP 的省份,比全国倒数第二的甘肃省还多 0.74 人/万元 GDP。人均占有资源量低。仅从人均耕地看,2004 年末,贵州人均耕地为 0.68 亩(约 0.045 公顷),仅占全国平均水平的 47%。已突破联合国粮农组织规定的人均 0.8 亩(约 0.053 公顷)的警戒线,部分县市区还突破了该组织规定的人均 0.5 亩(约 0.033 公顷)的危险线。这种经济上的落后性决定了贵州省未成年人生存发展状况及水平与其他发达省份的差距。

首先,未成年人口受教育的情况差。2003 年末,15 岁及以上人口文盲率:贵州为 19.68%,比全国 10.95%高出 8.73 个百分点。“五普”时贵州小学辍学率:男生 1.59%、女生 2.12%,比全国男生 0.50%、女生 0.61%高出 1.09 和 1.51 个百分点。可见贵州同全国相比,文盲率高,辍学率高。“五普”时贵州人口平均受教育年限为 6.1 年,比全国同期平均水平少 1.5 年。贵州人口受教育程度差。

其次,性别结构失衡现象显著。全省出生人口性别比从 2001 年起偏离正常值,且有逐年攀升之势,省内一些市州已严重偏离正常值。

再次,未成年人口分布不合理。农村出生人口量比重大,新生人口对扶贫开发呈刚性制约。2004 年,全省乡村人口占总人口的 75.2%,而农村出生人口占全省出生人口总量的 89%。新出生人口的近 90%在农村,新增农村人口的比例比农村人口占总人口的比例还高 9.5 个百分点。

第四,人口出生缺陷发生率高,严重制约未来人口素质的整体提高。据 2002 年全省人口出生缺陷基线调查,全省年出生缺陷总发生人口约 2.8 万人。受农村医疗、卫生、保健、生活习惯、生活质量等影响,贵州农村人口出生缺陷总发生率在 20%以上,年出生

缺陷总发生人口在 2.6 万人以上。这不仅直接导致数十万家庭的生产生活困难,且成为增加人口数量的又一因素,因为生育政策规定有出生缺陷儿的家庭可再生一孩。出生缺陷发生率高不仅给家庭、社会带来沉重的负担,更为重要的是给未来贵州人口素质整体提高埋下严重的隐患。

最后,贵州人口结构除了出生人口性别比失衡显现外,农村婴儿死亡性别比和贫困地区男性婚姻边缘化现象出现。据 2005 年 11 月对黔东南州的初步调查,黎平、从江等民族地区年度婴儿死亡中女婴死亡占 70% 以上,显然存在着深层次的社会问题,必将加剧未来人口性别比失衡的程度。

在这样一个宏观的背景下,近年来,贵州省的未成年人问题变得更加严重了,未成年人形势更加不令人乐观,而且未成年人的生存状况进一步恶化。无所事事的未成年人,盲目消费的未成年人,离家出走的未成年人,违法犯罪的未成年人采取过激行为,甚至是自杀的未成年人以及出现心理疾病的未成年人的增多,都是未成年人生存状况恶化的表现和标志。受到网络不良影响的未成年人,范围逐渐从城市扩大到农村。暴力、色情以及拜金主义对未成年人的影响是导致许多未成年人最后走上犯罪道路的重要原因。一些未成年人身上存在着社会问题,我们说这不能简单地认为这就是他们自己的问题,因为未成年人他们的心智并没有完全成熟。未成年人在法律上来说还是需要受到特殊保护的群体,他们不具有完全的行为能力,也不具有完全的责任能力。未成年人的生活、学习都是在其监护人的保护、引导下进行的。未成年人问题的出现,其实反映了家庭、学校、社会、国家在对未成年人进行引导、教育的过程中出现了问题,体现在制度中即是我们对未成年人的监护出现了问题。所以我们有必要重新对我们的未成年人的监护进行审视,完善我们的监护制度,给未成年人健康成长创造更好的制度环境,这也是我们构建和谐社会的需要。

第二章 未成年人监护制度发展的背景

一、未成年人监护制度的历史背景

民法学界梅仲协先生早在 1943 年就曾说过：“监护制度为个人之私事，‘国家’不加干涉，乃我民法之短处。按儿童为民族将来命脉之所系，心神丧失或精神衰弱不能处理事务者，亦为社会之损失。彼以个人主义、自由主义为骨干之法国民法，视监护制度为人民之私事，一任个人之任意处置，固不足责，乃中国以民族主义为立国之本者，而亦以监护事宜，委诸个人或亲属会议之自由措施，殊所不解。”^①对于监护制度，学界陈惠馨教授也曾说：“民法所规定之未成年人之监护制度，由于建立在过去传统社会中家族及亲属关系密切的社会基础上，因此将监护监督机关均委由与受监护人具有密切关系之亲属或亲属会议来执行与监督。这样的制度来保护传统社会中未受亲权保护之未成年人或许绰绰有余，但是在现代社会中，人际关系日渐淡薄，亲属间不再如传统社会般同财共居或密切往来之情况下，仍将监护制度赋予家族及亲属制度之下，任

^① 林秀雄“论未成年人之监护及‘民法’第 1094 条之修正”，载谢在全等：《物权、亲属编》，第 285～286 页。

凭其任意自由措施,不以公权力介入监督始有问题。”^①

在我国古代,设立的监护制度形式上无独立的社会价值。因为在古代社会小农经济自成封闭、宗法家长制自治完整的社会背景下,对于未成年人的监护完全按家治体系掌握在拥有家长权的家长手中,所以对家族中的未成年人,没有必要设置所谓明确的专职监护人。而在实际生活中,关于未成年人的人身和财产上的所有的一切事务也的确已经由家族内部的众多家长进行了安排处理。但在实质上,监护制度却体现了捍卫家族内部权力而将国家公力和社会责任排斥在外的家族自治的特点。我们从以下两个方面可以看出:第一,家长享有专属特权,集未成年人的人身和财产权于一体,包括对未成年人的教育、管理、督促以及所有财产的支配权、控制权;第二,家长享有专属的自决权,亲属团体或家族是未成年人的唯一监护组织,对于未成年人的行为,国家赋予家长全面的自决权,从而在职责主体上,直接地表现为家长的职权和亲属的责任,国家职责被巧妙地转嫁到家庭。坦言之,中国古代社会是最典型也是最极端的宗法家庭本位化、人格化的社会形态。家庭成为社会身份等级和治理机制,也是各个王朝更替变迁的修复模块和统治基础,包括经济制度、政治制度、法律制度在内的一切社会制度体系都建立在家这个牢不可破的团体之上,道德观念、法律观念等无不以此为中心。在清末以前的整个中国社会,家庭这个血缘亲属团体构成真正的社会细胞,是功能齐备的社会组织形式。所以曾经有学者指出:“从生产方式和社会结构来看,中国古代社会的生产方式与社会结构,可以说是内向的自然经济与外向的宗法主义的统一。自然经济的特点是孤立的、内向的,它只创造使用价值并由自己把它消化掉。农业与手工业活动的结合,使人们获得了赖以生存的生活资料。他们生活在彼此隔绝的村落里,用不

^① 陈惠馨著:《亲属法诸问题研究》,第344页。

着买什么,也无须买什么,就能世代生存下去。在自给自足的自然经济土壤上,宗法家族根深叶茂、树林成荫。宗法家族是人们生产、生活的基本单位。宗法组织像一张巨大无比的网,通过血缘和姻亲的纽带把一个个封闭的村落联结起来,并进而组成国家。从形式上看,宗法结构是外向的、扩张的。自然经济与宗法结构互相促进、互为条件、携手同行,达到和谐的统一。”^①以此为基础,“以父系血缘为纽带的宗法家族结构大大膨胀起来。它在国家、政治、法律的外衣下面得到空前的发展,宗法血缘的社会价值和社会职能空前提高,它不仅成为划分统治与被统治阶级的标尺,而且还成了确定统治阶级内部成员权利、义务的尺度。宗法家族成为社会的细胞,家长、族长成为家族的代表。社会与个人的关系,国家与臣民的关系,实际上不过是君主与家长、族长的关系。家长、族长是全体家族成员的最高领袖,又是国家的无衔的官员。在家长、族长的淫威下,一般家族成员毫无独立的人格和权利,个人的自由、意志、权利统统被淹没在父系家长特权的洪涛之中。”综上所述,在世界范围内,监护在中国古代社会的特点体现为家长权自治监护。中国古代历朝统治者为了使这种家族自治的宗法治理结构得到有效维护,使国家从小家安宁到大家稳定,推崇儒家文化,大行礼法并用,以“三纲五常”、“君臣父子夫妇兄弟朋友”、“慎终追远”、“祖先崇拜”、“传宗接代、绵延子孙”以及“父义母慈兄友弟恭子孝,内平外成”等观念增进家庭的凝聚力和亲和力,从而让家庭内部权力全部归属于家长,即所谓“家无二主,天无二日,国无二君,家无二尊”,也就是一家之内,子必从父,弟必从兄,妻必从夫,家属必从于家长。^② 这样就将家庭内部的尊卑等级身份关系明确划分了出来,未成年人的监护便与宗法家族紧密地联系在一起,国家、社会

① 武树臣等著:《中国传统法律文化》,第57页。

② 瞿同祖著:《中国法律与中国社会》。

便不再会为“已经由家族解决”的监护问题耗费精力并提供独立生存的空间,从某种意义上来说监护在中国古代社会就失去了独立存在的意义和价值。

但据记载,在中国古代社会,“于分家后不久,家长即为死亡,而留下孤儿情形,亦有之。此时,即寻求家族外之人任监护人以代行家长之职务。”可见,在中国历史上,官府的公权行为介入以孤儿为对象监督和保护,并将人身监护与财产监护分离的现象,并非完全没有,实际上从某一方面来说也体现出未成年人监护公法化问题的原始萌芽状态和需求。还比如,在宋代和元代的法制中规定:孤儿的监护事务可分为两种:一为身份上的事务任由亲属、缘故行使;二为财产管理事务,则由官检校(管理)。也就是说,在宋代,法律专门为妥善管理孤儿的财产问题,特别设立了检校库,由国家负责妥善管理孤儿的财产。到了元朝,其继续宋朝的相关规定,在通制条格中就载有十岁以下的孤儿要托付亲属养护,国家就该孤儿所需的经费按期给付的相关规定。并具体说明若在父死母存的情况下,母亲若改嫁(不论系招夫或携子嫁人),则其对子女财产之管理显然受到官方之监督(官知其数)。直至该子女已婚或满十五岁时,此种官方监督管理之关系始结束。至于若母亲未改嫁,在其典卖家产时,必须得到官方之同意,始可为之。可见在中国古代社会实际生活中,人们也已经意识到了完全由家族自治而将国家公权力排斥在外的做法的不足,一旦发生不可预计的天灾人祸等意外事故,谁能保证家庭中的家长(成年人)都无意外发生,而成年家长的人生老病死就可能出现孤儿现象,那么这个时候就不可避免地会发生这一家族的未成年人无长辈亲属(家长)监护的局面,也就是无人抚养、教育和保护。因而,当这种情况出现的时候,就自动出现了一系列与监护制度有关的词语,如“管家”、“顾命”、“托孤”等。但这些现象和词语的出现并不能说明在古代社会就已经形成了严格规范的监护制度,因为在这些词语和相匹配的行为

中并没有关于监护清晰明确的权利义务,而且在很大程度上是由于社会运行过程中针对这些现象而自发出现的一种调节,其行为不受国家强制力保护,严格意义上来讲是受社会习惯或习俗调节,顶多可把它看做是中国古代监护制度的萌芽的诱因。法律就是统治阶级利益的体现,统治者就是通过法律对人的行为进行制约来维护自身的利益和秩序。正因为如此,中国古代社会的婚姻家庭法律制度对未成年人的监护功能就没有明确地赋予权利义务,而是以其独特的家长权支配体系和宗法制亲属自治结构进行负载,这实际上对于现代中国的未成年人监护制度的发展起到了一定的阻碍作用。

1840年鸦片战争以后,随着帝国主义和资本主义的入侵,资本主义、帝国主义与中国的封建专制主义相结合,使中国封建的法律体系和司法制度逐步半殖民地半封建化。到清朝末年,传统的中华法系发生了重大变化,法典的“诸法合体,以刑为主”体例被西方式的由多个部门法共同组成的体系所取代;以儒家的纲常伦理为指导思想和基本原则,以“一本于礼”、“家族本位”为基本特征的法律文化受到了西方法律思想和法制原则的巨大冲击,形成中西法律文化汇合的新特征。为了变法修律,清朝政府于1904年5月15日设立了修订法律馆。1905年3月4日又设立了考察政治馆(1907年8月13日,考察政治馆更名为宪政编查馆)。根据清朝最高统治者的谕旨,清朝政府确定,以西方各国为模式来修订法律和改革法制。修订法律大臣沈家本等人在1905年4月24日《删除律例内重法折》中指出:“方今改订商约,英、美、日、葡四国均允中国修订法律,首先收回治外法权,实变法自强之枢纽。臣等奉命考订法律,恭绎谕旨,原以墨守旧章,授外人以口实,不如酌加甄采,可默收长驾远馭之效。”在1911年完成的《大清民律草案》(史称第一次民律草案),可以视为中国现代民法的始祖。翻阅《大清民律草案》第四编亲属法,可见其内列监护条款规定如下:未成年

人无和亲权人或行亲人不得行其亲权时，须设监护人；监护人须以下列之次序充之：祖父、祖母、家长、最后行亲权之父或母以遗嘱指定监护人；无指定之人时，由亲属会议选相当之人充之；亲属会议对监护人的监护行为进行协助和监督……通过以上我们不难看出，继德、日民法体例及法律概念、原则和制度引入中国后，受西方法学思潮影响的《大清民律草案》正式推出了未成年人监护制度，这是对原中国无监护历史的一大突破，也是一大创新，同时为后来中国监护制度的发展打下了夯实的基础。虽然说这一规定带有浓厚的封建性，而且因为清王朝的迅速灭亡而未得到真正的实施，但是我们不能不说它对现代中国的民事立法和民法理论产生了深远的影响，也可算是中国监护制度立法的鼻祖。1930年国民政府民法典亲属编公布，意味着中国历史上的第一部民法典正式出台，在此以前，先后通过了1915年民律亲属编草案、1925年民律草案（史称第二次民律草案）和1928年民律亲属法草案，但都不是正式出台的法典。这部民法典规定了父母与未成年子女之间的权利义务关系；确立了遗嘱指定监护、法定监护、亲属会议选定监护三种监护类型；将法定监护人的范围界定在：与未成年人同居之祖父母、家长、未与未成年人同居之祖父母、伯父或叔父；赋予亲属会议选定监护人和监督监护的职权；对监护人的资格、权利义务、撤换和职责行使等均作了具体要求。但因为这部法律在关于未成年人监护的立法意图上，既要顾及到中国原有的习惯又要参考和采用德国和日本的立法，所以其法律效力有局限性。具体来说，虽然作为未成年人监护制度的内容，从法律意义上是首次面向社会，但其针对亲子关系和未成年人监护还是未能超越家庭和亲属自治完全依靠亲属体系承担监护事务和监护职责的传统模式，国家公力干预和社会化也还是非常的微弱，所以其所产生的法律效力只能局限于形式意义而未有其实质意义。

新中国建立之后，民法典的起草工作，在艰难曲折的道路上前

进。直至 20 世纪 80 年代中期,在改革开放的新形势下,民法典的起草工作正式提上议程。但是,令人遗憾的是,立法者决定将完整的民法典分割成若干个民法的部门法,各个分别制定、公布、实施。由此,中国民法就由一个完整的基本法,变成一个由《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)统帅的,由《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)、《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)、《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)、《中华人民共和国收养法》(以下简称《收养法》)、《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)等单行法集体构成的民事法律群。这种民法典分散的现状,不符合民法立法的规律,不适应社会主义市场经济的发展需要,也不利于保护公民、法人的民事权利。由于多种因素的影响,1949 年新中国成立后的民事立法几起几落迟缓滞后,未成年人监护制度和其他民法制度一样,长期未得到社会应有的重视和立法层面的反映。所以虽然 1950 年《婚姻法》和 1980 年《婚姻法》在有关亲子关系和亲属扶养关系中涉及一些属于监护方面的实体内容,但在有关法律条文中却从未看到监护这一法律概念出现过,也可以由此肯定并不因这两部法律中带有涉及监护实体内容的条文我们就认定相对完整、独立、清晰的未成年人监护制度架构已形成。真正出现和采用“监护”一词的是 1986 年颁行的《民法通则》,作为民事活动的基本准则,在其民事主体“公民”一章中对监护作了原则性的规定。从而拉开了以《民法通则》和《婚姻法》为主体,以《收养法》、《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)、《中华人民共和国义务教育法》(以下简称《义务教育法》)、《中华人民共和国残疾人保护法》(以下简称《残疾人保护法》)、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防未成年人犯罪法》)、《中华人民共和国母婴保健法》(以下简称《母婴保健法》)、《中华人民共和国人口与计划生育法》(以下简称《人口与计划生育法》)、《中华人民共和国妇女权益保护法》

(以下简称《妇女权益保护法》)等特别法为配套,以其他法律部门的相关规定、最高人民法院的司法解释和各有关行政法规、行政规章及被授权立法的地方性规范为补充的未成年人监护的规范体系建设。1986年的《民法通则》使监护概念作为一个法律术语走出了幕后,登上了舞台,从而告别了中国社会无监护制度规范体系的局面,并得到法学界人士普遍的认可。

但如果因为这样我们就认为我国拥有了系统完整的未成年人监护制度,而忽略现行监护制度缺失,就不可能将现行监护制度建设得更加完善。因为从现行监护制度的指导思想来看,《民法通则》中的相关规定只是起到了指导监护制度的基本规则性作用,而经2001年修改的1980年制定的《婚姻法》,也只在亲属扶养制度而加以停留提点,以通篇没有出现监护一词为例,可见在有关监护的立法上还未能摆脱长期以来由中国历史所造成的局限性。这主要是由于我国几千年来传统观念的影响,究其原因主要是监护往往是发生在家庭内部的,而家庭关系又是基于婚姻、血缘纽带关系建立的,人们在生活中往往将家庭内部事务归结为“个人私权”领域。按照俗语所说的“清官难断家务事”的说法,一旦有未成年人需要监护的情形发生,那就应当是这个家族内部的事,即使这个家族所公认的监护人有严重失职,乃至侵犯被监护人的人身权利与财产权利的情形出现,家族外部的任何人也不便插手,更不可能涉及监护问题的社会化和公法化。因此在这一时期的立法中往往有重私力自治,轻公力干预;重家庭责任,轻国家责任;重亲属监护,轻社会监护人的明显特征存在。何况专制的家长制长期在我国的家庭制度中实行,这就导致在家庭关系中,子女在法律上没有任何权力的保障,家长通过法律拥有对子女的绝对权威,社会舆论导向也始终将子女视为家长的财产,家长除了对子女的人身拥有绝对的权威之外对家族财产也拥有绝对的控制权。就是这样的思想在中国盛行了几千年,以至于到1949年新中国建立后,中央人