



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社



现代成年人保护制度的民法研究

武
汉
大
学
学
术
丛
书

Academic Library

Wuhan University

叶欣 著

现代成年人保护制度的民法研究

武汉大学学术丛书

叶欣 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代成年人保护制度的民法研究/叶欣著. —武汉: 武汉大学出版社, 2011. 11

武汉大学学术丛书

ISBN 978-7-307-09361-4

I. 现… II. 叶… III. 成年人—人权—保护—民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 254173 号

责任编辑: 钱 静 责任校对: 黄添生 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 12 字数: 166 千字 插页: 3

版次: 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-09361-4/D · 361 定价: 31.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

序

对弱势群体的保护和关注程度，是现代社会文明、理性和正义的一个重要标志。在民事领域内，成年人因其心智成熟，一般被认为是当然的、独立自主的民事主体，但有一般就有例外。本书所探讨的成年人保护制度将那些因某些原因处于弱势的成年人以被保护对象的方式纳入研究范畴，突破了传统成年人监护制度相对狭隘的研究视野。作者认为，我国现有的成年人监护制度尚不完善，如何对这一制度进行理论证成与现代化变革是一个极具挑战性的课题。

作者以系统构建现代成年人保护制度为研究目标，对其予以了法理学、法哲学的论证，在合理比较和借鉴各国立法经验的基础上，对成年人保护制度的理论基础、构建框架、保护模式都进行了充分的阐述和分析，以实现对那些处于弱者地位的成年人利益的倾斜性保护。

一项新的法律制度的产生和建立，需要融入丰富的、深刻的学术争论和智识探讨的结果。本书的意义首先在于为相关领域的深入研究作了基础性的铺垫，对至目前为止的相关学术研究状况和脉络进行了细致的梳理，以独特的视角和方法提出现代成年人保护制度

的构想和论断。其次，基于保护弱者正常生活理念的需要，本书研究的课题较好地切合了现实的社会需求，是推进弱势群体权益保护研究的一次有意义的尝试和探索，使我们从民法的角度对成年人保护制度的本质性认知和理解上升到一个新的高度，在一定程度上弥补了现代成年人保护制度理论研究的薄弱环节。

作者一直致力于从事民法学的学习和研究，勤奋而好学。但对处于弱势的成年人保护问题进行系统、清晰的论证和阐述，并非易事，本书不可避免地也存在一些需进一步完善之处。就整体而言，本书所提出的见解和建议无疑对于成年人保护的理论基础研究具有启发性。在本书付梓之际，作为作者的博士生导师，我为此而感到欣慰，谨致数语，是为序。

张里安

2011年10月18日于路珈山

内 容 提 要

本书将如何保护处于弱势地位的成年人在私法领域的合法权利作为选题，着重研究已经成年的身体障碍者、精神障碍者、智力障碍者和老年人的权利保护问题。我国民法上的传统成年人监护仅针对精神病人和痴呆症者设立，并以全面或部分限制其行为能力的方式进行监管，却对因身体或智力上的不足而完全或部分不能处理其事务的人，没有作出明确的规定，其利益未能够得到有效保护。当今世界各国对成年人监护制度纷纷进行改革，建立以尊重自己决定权、充分活用其能力为理念的现代成年人保护制度。在这种背景和发展趋势之下，如何对我国传统的成年人监护制度进行修改和完善，是一项重要的研究课题。

全书除引言与结语外，共分为五章，对成年人保护制度展开了全方位的研究，勉力建立适合我国的现代成年人保护体系。第一章着力分析成年人保护的涵义与性质、功能分析及理论分类，对成年人保护制度的构建基础和理念进行哲理上的阐述。第二章采用比较研究的方法对两大法系成年人保护制度的发展趋势予以梳理，从历史的层面考察归纳各国成年人保护制度的特点及发展规律，以之作

为有益的参考。第三章运用逻辑分析的方法，论证行为能力的理论基础，重新定位成年人保护制度设立的动因、模式及行为能力与成年人保护的关系。第四章从人身利益和财产利益两个方面对现有成年人保护的其他方式进行分类分析，整合各种具体制度的特点来实证研究处于弱势的成年人权益保护问题。第五章在解读我国目前立法草案的基础上，重点探讨成年人保护关系的动态发展、成年保护人的选任、基本原则、保护对象、监督机制等方面的问题，系统建构和完善我国现代成年人保护制度，促进我国民法现代化的进程。

关键词：自我决定 正常化 保护 意思自治

目 录

序	1
内容提要	1
引 言	1
一、研究意义	1
二、研究背景	3
三、研究现状	4
四、研究思路	5
五、研究目标和方法	5
 第一章 成年人保护制度的基本理论	7
第一节 成年人保护制度概说	7
一、成年人保护的涵义与性质	7
二、成年人保护的功能分析	17
三、成年人保护的分类	19
第二节 成年人保护制度的构建基础	23
一、法理基础——自主决定权的尊重	23

二、法哲学诠释——法律家长主义理论·····	25
第三节 成年人保护制度的理念与民法的基本原则·····	30
一、平等原则与维持生活正常化理念的协调·····	33
二、弱者保护原则与活用尚余能力理念的融合·····	35
三、私法自治理念·····	38
第二章 成年人保护制度的历史考察与比较·····	44
第一节 罗马法上的监护和保佐制度的发轫·····	44
一、监护和保佐的实质及其历史起源·····	44
二、监护和保佐的对象·····	46
第二节 大陆法系的成年人保护制度——禁治产宣告制度的 废除·····	47
一、德国的成年人照护制度·····	47
二、法国的成年人司法特殊保护制度·····	51
三、日本的成年人后见制度·····	53
四、瑞典的新监护法·····	55
五、瑞士的成年人监护制度·····	57
六、本节小结·····	59
第三节 英美法系持续性代理权授予制度的发展·····	61
一、美国的成年人监护制度·····	61
二、英国的《持续性代理权授予法》·····	66
三、加拿大的《统一代理权法》·····	70
四、本节小结·····	71
第三章 私法上人的能力与成年人保护·····	73
第一节 行为能力的理论分析·····	74
一、行为能力的内涵和价值·····	74
二、德国民事行为能力确立的思想基础——自由意志理论 ·····	79
三、自然人行为能力的判断标准·····	82
四、权利能力与行为能力·····	87

第二节 成年人保护制度的设立动因:意思能力的欠缺·····	89
一、意思能力的传统定型化·····	90
二、意思能力与行为能力的关系·····	93
三、意思能力的独立之探讨·····	94
四、成年人保护制度的设立与行为能力、意思能力的关系 ·····	96
第三节 欠缺意思能力的成年人保护·····	98
一、日常生活中必要行为的有效性·····	98
二、纯获利益行为的有效性·····	100
三、欠缺意思能力的成年人的行为的效力·····	101
四、欠缺意思能力的成年人保护·····	107
第四节 有意识能力而欠缺处理事务能力的成年人保护·····	107
一、有意识能力而欠缺处理事务能力的成年人的保护范围·····	107
二、有意识能力而欠缺处理事务能力的成年人的保护方式·····	109
 第四章 成年人保护的其他方式·····	112
第一节 财产利益的管理方式之代理·····	113
一、法定代理与意定代理·····	113
二、代理制度保护之不足·····	114
第二节 人身利益的照顾方式之一——扶养·····	115
一、扶养范围包括人身利益照顾·····	116
二、扶养范围无法扩张至财产管理·····	116
三、尊重意思自治的欠缺·····	117
第三节 人身利益的照顾方式之二——护理保险·····	117
一、监护照顾的社会化趋势·····	117
二、护理保险机制的确立·····	118
第四节 人身利益的照顾方式之三——医疗措施·····	119
一、预立医疗照护指示·····	120
二、医疗告知同意权·····	122

第五章 我国成年人保护制度的建构与完善	125
第一节 我国成年人保护制度的基本模式	125
一、从我国立法草案看成年人保护制度	125
二、我国成年人保护制度的模式选择	128
三、配套制度的设立	131
第二节 成年人保护关系的动态分析	135
一、成年人保护关系的设立	135
二、成年人保护关系的终止	136
第三节 成年保护人的选任	138
一、成年保护人的资格	138
二、成年保护人的确定	140
三、成年保护人的权利	143
四、成年保护人的义务	148
第四节 成年人保护的基本原则	151
一、比例原则	151
二、最少限制方法原则	152
第五节 成年人保护对象范围的扩张	153
一、老年人的照护	153
二、身体障碍者的权利保护	155
三、心智障碍者的照护	156
第六节 成年人保护的监督方式	159
一、监督机制	160
二、监督事务	161
结 语	163
参 考 文 献	165
后 记	176

引 言

一、研究意义

希腊大哲学家亚里士多德在其名著《修辞学》一书中曾说，“高龄者——就是已经走过了它们的黄金时代”。现任美国第七巡回上诉法院法官、芝加哥大学法学院教授理查德·A. 波斯纳认为，“把衰老看做这样一个过程是最为有益的，这个过程的因素之一就是身体（包括躯体和精神）的能力在许多方面的无情下降，在这里称为‘身体衰退（Decline）’”。^①生理上的衰退，包括运动机能、肢体动作机能、反射机能、肌肉质能、体力、精神、活力、视觉与其他知觉的敏感度、生育能力、免疫系统等方面的下降；心理上的衰退，包括记忆力（特别是短期记忆力）、冒险精神、接受新事物或挑战的意愿的降低。值得注意的是，某些疾病的罹患率随着年龄的增加而上升，正是老化的明显特征，因此，医疗照护也是老

^① [美] 理查德·A. 波斯纳：《衰老与老龄》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 18～19 页。

化过程中不可避免的问题。1995年,56岁的波斯纳法官出人意料地把学术目光投向了老龄化这样一个在法律学术界一直不大被看重的领域。^①老龄化社会给我们不仅带来了一系列的社会问题,也带来了值得关注的法律问题。老年人随着年龄的增长、生理机能的衰退,其判断能力、意思表达能力逐步下降,容易被社会、家庭所忽视,而我国民法上缺乏对老年人这样的弱势群体的明确保护,为使处于弱势地位的成年人在私法领域的合法权利得到切实的保护是本书研究的重要意义。随着社会的全面转型和法治建设的逐步深入,在我国的社会生活中,不仅未成年人需要设立监护,保护其合法的人身权益或财产权益,而且成年人在某些情况下因精神状态、智力发育、年龄等原因同样需要设立监护,以保护其合法的人身或财产权益。苏力教授认为:“老年人与青年人的一个重要差别是智力,这一点人们都接受并往往认为老人不如年轻人。”波斯纳指出:“借助心理学上‘固态智力’和‘动态智力’的概念区分,上面的判断实际上是人们选择性抽样和概括的结果……一般说来,年轻人的动态智力较强,固态智力较弱,换言之,他们学习创造的能力较强,知识更新快,但这些知识都未能身体化,经验累积少;老人则相反。一般说来,在完全衰老之前,每个人都会随着年龄的增长而某些能力加强,有些能力则会随着年龄增加而减少。”^②与未成年人监护相比,成年人监护在不同时期、不同法律传统和不同社会价值取向下有不同的监护发生原因,这也导致了其具体制度的不同。我国民法理论界有部分民法学者对于成年人监护的理论研究开始予以关注,但主要处于介绍评述阶段,缺乏系统性,研究深度也有待加强,于是对成年人保护制度^③进行深入、系统的分析和研究成为这一选题的现实意义。本书拟在现有讨论的具体制度之上,深入分

① [美] 理查德·A. 波斯纳:《衰老与老龄》,中国政法大学出版社2002年版,译序,第II页。

② [美] 理查德·A. 波斯纳:《衰老与老龄》,中国政法大学出版社2002年版,第VI页。

③ 本书以建立现代的成年人保护制度为目的,以区别于传统的成年人监护制度,故称谓不同以示区别。

析设立成年人保护制度的理论基础及多元化的财产、人身保护机制，并对我国成年人保护制度提出构想，以期对我国民法典制定这一重要内容时有所裨益。

二、研究背景

为回应现代民法对弱势群体保护的要求，世界各国对成年人监护制度纷纷进行改革，扩大成年人保护的对象范围，旨在建立以尊重自己决定权、充分活用其能力为理念的现代成年人保护制度。在大陆法系国家中，法国在1968年率先对成年人监护制度进行了重大修改，奥地利在1984年和1990年、德国在1992年、日本在1999年也随之进行了重大修改。英美法系对成年人监护是通过普通法上代理制度的完善来实现的。针对普通代理制度在此问题上的缺陷，英美法系国家在其判例基础上，也相继出台了一系列持续性代理权法，来弥补其不足，满足现实社会的需要。如英国于1985年制定了《持续性代理权授予法》，加拿大于1978年制定了《统一代理权法》，美国于1969年制定了《统一持续性代理权授予法》。从各国对成年人监护对象的演变过程来看，原先的监护对象主要是精神状态异常、浪费挥霍、酗酒和吸毒的人，并对这些人群的行为能力在较大程度上进行限制，剥夺其意思决定事项的能力，监护人对受监护人的财产和人身利益具有极大的支配性，受监护人完全处于一种被动状态。通过一系列的立法改革，各国相应扩大了成年人保护的对象——将因身体障碍、心神或精神障碍者，身体功能失常或个人官能衰退等不能保护自己利益、欠缺判断能力和老年人也纳入保护范围，特别是包括了因身体残障而不能独立处理自己事务、需要他人予以保护的人。同时对被保护人的行为能力也不再进行剥夺，更多地尊重被保护人的意思能力，从人身利益和财产利益方面全方位地进行保护。

对于我国而言，目前，我国传统成年人监护仅针对精神病人和痴呆症者设立，以全面限制和剥夺行为能力的方式进行监管，忽视了对因身体或智力上的不足而完全或部分不能处理自己事务的人的权利保护。在各国修改成年人监护制度的国际潮流之下，我们必须

审视我国现有的成年人监护制度,针对监护对象较狭窄、监护方式单一等问题以及老龄化社会的现实需求、价值理念转变的要求,逐步完善我国的成年人保护制度。

三、研究现状

在立法方面,我国《民法通则》第二章第二节共有4个条文规定了监护制度,将监护分为对未成年人的监护和对精神病人的监护,内容非常简略。虽然《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》中对此问题作了补充规定和扩充解释共14条,在一定程度上弥补了《民法通则》规定的不足,但仍显笼统。在地方性法规中,上海市于2001年12月28日通过了《上海市精神卫生条例》,这是我国第一部对精神卫生工作进行了详细规定的地方性法规,该条例已于2002年4月7日起施行。该条例第1条即开宗明义,以加强精神卫生工作,保障精神病患者的合法权益,提高市民的心理健康水平为宗旨。该条例对精神病人的自主决定的权利进行了一定的保护,如第22条、第23条的规定,这在一定程度上也说明了我国对行为能力有欠缺的成年人自主决定权利的关注和价值追求的转变。

在理论研究方面,我国近年来关于成年人监护制度的成果主要有:白绿铨《日本修改成年人监护法律制度动态》(载《法学》1993年第3期)、王宁《日本民法民事行为能力制度刍议——兼谈我国民事行为能力制度的完善》(载《河北法学》2002年第6期)、孙建江《成年人行为能力欠缺制度研究》(载《法学》2003年第2期)、李霞《成年后见制度的日本法观察——兼及我国的制度反思》(载《法学论坛》2003年第5期)、魏树发《成年人监护法的理念和立法课题》(载《福建论坛·人文社会科学版》2006年第11期)、梁国启《中日成年人监护制度比较研究》(吉林大学2004年硕士论文)、范新天《成年人监护制度研究》(西南政法大学2005年硕士论文)、谢玉美《现代成年监护制度探析》(苏州大学2006年硕士论文)、刘立木《论我国成年人监护制度改革》(四川大学2006年硕士论文)、李因来《高龄者照护法律制度研究》(山东大

学 2006 年硕士论文)。

总体来说,这些研究成果表明我国学者已开始关注成年人保护的领域,但对成年人保护制度的研究主要处于介绍评述阶段,并未涉及成年人保护制度建立基础的理论阐述和内容体系的具体构建,而且研究深度也有待加强,于是对成年人保护制度进行深入、系统的分析和研究体现了本书选题的现实意义。

四、研究思路

当老年人因年老体衰、判断能力逐渐丧失而需要他人协助处理财产或身体照顾等事务时,我国目前的法律制度——扶养、监护、代理等是否足以满足老年化社会有关老年人财产与身体利益照顾的需求?各种法律制度在对老年人的适用上有什么利弊呢?如何在已有的法律制度之间寻求一种衡平,实现老年人利益的最大化?这是本书努力研究的方向。世界各国对成年人监护制度纷纷进行改革,建立以尊重自己决定权、充分活用其能力为理念的现代成年人保护制度。现代成年人保护制度中的成年人监护或成年人照顾不应该以进行监管为中心,而应该以被保护人的需要为中心。这一认识迫使原来的法律体系或法律理念进行了改革。我国目前成年人监护的对象仅限于精神病人(包括痴呆者),却忽视了因身体或智力上的不足而完全或部分不能处理其事务的人,由于现行民法未作出明确的规定,其利益没有能够得到有效保护。因此,对已经是成年人的身心障碍者、智力障碍者和精神障碍者的人身、财产和其他合法权益如何从私法的角度进行有效的保护成为亟待解决的重大问题。本书对这一问题的深入研究希望能对实现构建和完善我国成年人保护制度奠定坚实的理论基础这一目标有所帮助。研究的具体思路遵循从成年人保护的构建基础、价值理念、国外制度的比较考察、基础能力分析、保护方式以及制度内容的构建等方面来进行阐述。

五、研究目标和方法

本书将建立适合我国适用的、尊重被保护人人权和意思自治的现代成年人保护制度作为研究目标。以历史考察、比较的方法阐述

大陆法系和英美法系的成年人保护法律体系及发展状况，采用法哲学分析方法、逻辑分析和归纳方法等多种方法对成年人保护制度的构建基础、成年人的能力、保护方式、成年人保护制度的具体构建进行论证分析。