

北京市教育委员会人文社会科学研究计划面上项目

Shehui Zhuanxing Beijingxia

Woguo Jianhu Zhidu De Lifa Wanshan

社会转型背景下 我国监护制度的 立法完善

刘金霞○著

本书从我国社会转型过程中的监护问题以及
转型社会的监护需求出发，
在分析其他国家和地区有益经验的基础上，
结合我国国情，对如何构建与完善我国民法未成年人与
特殊成年人保护制度进行了深入

人民法院出版社

社会转型背景下
我国监护制度的
立法完善

Shehui Zhuanxing Beijingxia
Woguo Jianhu Zhidu De Lifa Wanshan

刘金霞○著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会转型背景下我国监护制度的立法完善/刘金霞著. —北京:
人民法院出版社, 2014. 6

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0979 - 5

I. ①社… II. ①刘… III. ①监护制—立法—研究—中国
IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 116856 号

社会转型背景下我国监护制度的立法完善

刘金霞 著

责任编辑 赵作棟

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(100745)

电 话 (010)67550565(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京雷杰印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 322 千字

印 张 12.625

版 次 2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0979 - 5

定 价 35.00 元

版权所有 侵权必究

前言

一、关于监护制度的内涵与外延

监护制度起源于罗马法，为近现代各国民法所继受。近现代各国民法中均规定了监护制度。所谓“监护是一项关系到未成年人和处于特殊情况的成年人权益保护的民事法律制度”^①。本质上，监护制度是关于未成年人和特殊成年人的民法保护制度。

就未成年人的民法保护而言，传统上，大陆法系和英美法系的制度设计有所不同。大陆法系设计了亲权和监护两项制度，相互衔接或并行。采用亲权和监护相互衔接的立法例者如德国、日本等国以及我国台湾地区，通常将未成年人监护视为亲权的补充与延长，就未成年人而言，优先受到父母亲权的保护，对于不在父母亲权之下（如父母已经死亡或者父母无亲权能力或父母被剥夺亲权）的未成年人则由监护人予以保护。法国虽然也规定了亲权和监护两项未成年人保护制度，但其亲权与未成年人监护制度的设计独具特色，不似德国、日本等国以及我国台湾地区那样以监护作为亲权的补充与延长，在未成年人保护中相互衔接，“法国监护制度最显著的特点为亲权与监护并存。未成年人的父母双方均生存的，对该未成年子女财产的管理，在法律上也视为

① 陈苇主编：《外国婚姻家庭法比较研究》，群众出版社2006年版，第452页。

一种监护，因而其管理行为亦相应地受到一定的限制。如父母任何一方死亡，都得对未成年子女的财产管理设置监护人。”^① 因此，在法国，亲权与监护是并行的，父母的亲权主要表现在对未成年子女的人身照护，父母对未成年子女的财产照护则为监护。英美法系与大陆法系则有所不同。在英美法系，无亲权之设置，“亲权与监护不分，皆以之为监护，有父母时以父母为自然的监护人。”^② “大陆法系关于亲权与监护的制度在英美法系中由‘监护’（guardianship, custody）这一概念所统领，即监护的职责包括了大陆法系中亲权的内容。”^③ 在未成年人民法保护的意义上，英美法系的监护制度被称为广义的监护，而大陆法系的监护制度则被称为狭义的监护。

就成年人的民法保护而言，传统上，大陆法系国家一般在民法典总则编规定禁治产和准禁治产宣告制度，剥夺或限制被宣告人的行为能力，并同时在亲属编分别就禁治产人或准禁治产人设置监护制度和保佐（或保护）、辅助制度，并将保佐（或保护）、辅助制度一并规定在监护制度中，准用有关禁治产监护的规则。如德国、法国、日本、瑞士等国，均采用了这样的立法例。保佐（或保护）、辅助制度，目的都是对监护的补充，完善了对处于特殊情况下成年人权益的保护。但也有一些国家或地区在民法典总则编中只规定了禁治产宣告，而未规定准禁治产宣告，相应地，在亲属编也仅规定了禁治产人监护制度，未规定准禁治产人保佐（或保护）、辅助制度，如我国台湾地区。在成年人民法保护的意义上，监护又被区分为大监护和小监护。理论上将包括了禁治产人监护和准禁治产人保佐（或保护）、辅助的监护，称为

① 杨大文主编：《亲属法》，法律出版社2004年版，第272页。

② 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第657页。

③ 曹诗权：《未成年人监护制度研究》，中国政法大学出版社2004年版，第197页。

“大监护”，而将禁治产人监护，称为“小监护”。

可见，各国民法对于未成年人及特殊成年人保护制度的设计与规定并不完全一致。

我国现行民法，就未成年人的保护，未规定亲权制度，而是将父母对未成年子女的保护统一纳入监护制度之中，规定父母健在的，首先以父母为未成年子女的监护人，父母已经死亡或者没有监护能力的，始由其他法定人员或指定人员担任监护人。从《民法通则》规定看，“我国仿效英美法，建立了统一的监护制度。”^①因此，我国就未成年人的民法保护，采用了广义的监护概念，包括了父母对未成年子女的教养保护等在大陆法系传统上属于亲权的内容。就成年人的民法保护，我国现行民法规定了对无民事行为能力 and 限制民事行为能力的精神病人（含痴呆症人）的保护，未采用大陆法系传统的禁治产人、准禁治产人的概念，也未区分监护与保佐（或保护）、辅助，将无民事行为能力和限制民事行为能力的精神病人（含痴呆症人）的保护，统一称为监护。

本书对于各国及地区监护制度的考察和比较以及对我国监护制度的立法完善的研究，采取广义的、大监护的概念，考察范围包括亲权、未成年人监护、禁治产人监护以及准禁治产人保佐（或保护）、辅助制度。但是在专门提及亲权、保佐（或保护）、辅助，并以与亲权、保佐（或保护）、辅助相对应的概念使用“监护”一词时，在未成年人民法保护的领域，监护则为狭义上的监护；在特殊成年人民法保护的领域，监护则为“小监护”。

随着社会变迁、观念变革，特别是国际残障人权保障事业的不断发展，各国的监护制度也不断发展，成年监护制度在不断发展中名称也发生了变化，如法国称之为成年保护制度，德国称之为成年照管制度。但是，为了叙述方便和便于理解，本书仍然整

① 余延满：《亲属法原论》，法律出版社2007年版，第451页。

体上沿用监护的概念，惟在具体到法国、德国成年监护制度时，根据其民法典的规定，使用成年保护或成年照管的概念。

二、监护制度的流变与发展

随着社会变迁与观念变革，未成年人民法保护制度与成年民法保护制度也不断地发展、变革。

（一）亲权的流变与发展

亲权渊源于罗马法和日耳曼法家父权和父权。在整体上，从罗马法时期到近代，亲权制度经历了从家族本位到亲本位再到子本位的转变，罗马法和日耳曼法时期的家父权和父权具有人身支配性、家族本位的特点，后期向亲本位转移，是由父亲单方行使的权力。在近代资本主义国家继受该制度时，受近代人本主义影响，亲权逐渐从支配性权力转向保护性的权利与义务，从亲本位转向子本位，亲权的目的是保护未成年子女的利益，但仍然保留了家长权的痕迹和特征，由父亲单方行使。^①

第二次世界大战以后，随着国际人权事业的不断发展进步，人权观念不断深化，男女平等观念进一步加强与深化，儿童权利受到普遍重视和尊重。基于男女平等的观念，在亲权的行使上，逐渐确立了父母共同亲权原则，赋予父母在对未成年子女教养保护中平等的权利，体现了男女平等。基于对未成年人权利的尊重和对未成年人利益的保护，一些国家和地区在亲权改革中逐渐弱化了家长对未成年子女的监督和统领成分，强化了父母对未成年子女的照护义务，使得亲权成为权利与义务的总和。德国民法典经 1979 年的修订，甚至不再使用“亲权”的概念，以“父母照顾”取而代之，突出强调父母对未成年子女进行“父母照顾”首先是义务，其次才是权利的观念，完全剔除了原来“亲权”

^① 刘金霞：《亲权制度的流变及其现代发展的借鉴意义》，载《北京青年政治学院学报》2013 年 2 月第 1 期。

中所包含的父母对子女具有人身支配性质的“权力”。^① 法国民法典经过 2007 年的修订，确认了亲权以子女的利益为最终目的，并确立了子女最佳利益原则，我国台湾地区“民法”经过现代修订，也导入了子女最佳利益原则。亲权以子女的利益为最终目的，以子女最佳利益为原则确定亲权的各项制度准则，成为现代亲权的显著特征。亲权的性质逐渐从父母对未成年子女的人身支配性“权力”转化为父母对子女照顾的义务与权利的统一。

（二）监护的流变与发展

监护制度在现代发展中，同样经历了由“为家之监护”向“为受监护人之监护”^② 的转变。在罗马法初期，设置监护的目的是为了保护家族财产利益，避免受监护人挥霍、浪费自己的财产，或者财产被他人侵吞而侵害了受监护人的法定继承人的利益。到了罗马共和国末期，监护的观念发生了很大的变化，由主要保护家族财产利益以及被监护人的法定继承人的利益转变为主要保护受监护人也就是弱者的利益，监护的性质也从权力转变为具有公务性质的职务，是一项义务。罗马法关于监护的观念，后来被近现代的法国民法典、德国民法典以及日本、瑞士等国的民法典广为继受并发展。

在未成年人监护中增加了监护人对未成年人人身照护的责任，加强了对监护人监护执行的限制与监督。引入未成年人（儿童）最佳利益原则，强调监护的目的是为了未成年人利益，应当尊重未成年人意见，维护未成年人的尊严，从而使监护由传统的支配、统领、监督转向照顾权，使监护从传统的重财产管理轻人身照护转向人身照护和财产管理两个方面。

^① 父母照顾是取代德国民法典过去曾经使用的“亲权”的一个名词，是父母照顾未成年子女的义务和权利的总和。参见陈卫佐译注：《德国民法典》（第 2 版），法律出版社 2006 年版，第 509 页。

^② 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 694 页。

在成年人监护方面,从近代到现代,则经历了由对被监护人“他治”保护为主向被监护人“自治”保护为主的转变以及由注重财产管理到注重人身照护的转变,从家庭亲属自治到国家监护、社会监护的转变。20世纪中后期,成年残障者人权保障运动在全球范围兴起,高龄人口照顾保护面临法律制度层面的现实需求,传统的监护制度已经不能很好地适应社会的发展和观念的变迁。因此,从20世纪中后期至21世纪初期,大陆法系一些国家和地区通过法律修订对传统的成年监护制度进行了改革,引入了“维持生活正常化”理念和“尊重自我决定权”理念,废止了禁治产和准禁治产宣告制度,不再一律剥夺或限制受宣告人的行为能力,通过个案审查或细化行为人行为能力类型,增加制度的科学性、合理性和适用弹性,扩大了受监护人的范围,并创设了意定监护制度,从而形成了以受监护人“自治”为主、“他治”为补充,具有“保护援助”特征,保护方式灵活多样的新型成年监护制度。新型成年监护制度更加尊重受监护人本人残存的意思能力,注重维持其生活正常化,注重受监护人本人的参与,注重对其权益的保护,监护人的作用主要是对意思能力不足者进行协助,对意思表示或者沟通有困难者进行援助,而不是全面接管其生活。经过改革的成年监护制度,更加注重对受监护人的人身保护和照管,而不仅仅是财产管理,甚至一些国家已经不再称呼监护制度,如法国称为成年保护制度,德国称为成年照管制度。

近代大陆法系民法监护制度,受人本主义思想影响,强调平等、自由和个人自律,将监护视为家庭内部的私人事务,采取家庭自治原则,监护人主要由一定范围的亲属担任,对监护人的监督也由亲属内部机构——亲属会议完成,国家甚少干预。然而,随着社会的变迁,人口流动性增强,大家族聚族而居现象减少,人际关系日渐疏远,亲属之间不再像传统社会那样同财共居、来往密切,家庭亲属自治的功效难以发挥,单纯以家庭内部力量监

护始有不足，对国家公权力介入的依赖性渐强。受社会本位思想和福利国家思想的影响，大陆法系国家始以公法和社会法的形式规定国家公权力介入监护领域以补充民法监护制度的不足，对民法监护制度也进行了大规模的修改，主要内容就是删除或弱化亲属会议，删除法定监护，以国家公权力机关介入监护的监督、监护人的选任与辞任、变更、监护开始的裁定、监护事务的执行等，同时设公职监护人在被监护人无适当监护人时直接充任监护人并由国家给予监护的资金保障。这些规定使得监护从私法领域的家庭内部事务逐渐转变为公法领域的社会事务，监护人也突破了亲属局限，由监护法院（德国）、家庭法院（日本）、监护官署（瑞士）等公权力机关根据有利于被监护人的原则选任，除了被监护人的亲属外，其他自然人、一些符合要求的社会团体（机构）也可以被选任为监护人。现代国家一般认为，对需要照顾的人提供充分保护不仅是国家的任务，同时也是一项公共任务。德国联邦法院在1960年的判决中也明确表示：“监护制度乃系国家执行其对国民之公法上之保护任务；监护系一公职。”新修订的法国民法典第394条规定：“监护，作为对儿童的保护，是一种公共性质的任务。监护是家庭与公共行政部门的责任。”第415条第4款规定：“（对成年人的保护）此种保护是家庭的责任，也是公共行政部门的责任。”这就是学者所称的监护公法化、社会化。监护公法化、社会化的本质在于国家公权力介入监护制度，国家以最终监护人的身份对被监护人给予保护，从而确立了国家监护的理念并形成了国家监护的制度格局。事实上，二战以后，“两大法系的新制度，均强化了公权力对监护制度的干预。多数国家将监护职务确立为国家之公务，设立专职机构执行监护工作，使得监护制度兼具公法和私法双重属性。”^① 监护从原来的家庭私人事务转化为国家公共事务与责任。

① 李霞：《民法典成年保护制度》，山东大学出版社2007年版，第83页。

三、社会转型背景下我国监护制度的立法完善

我国现行监护制度，由 1986 年制定的《民法通则》所确立，至今已经有近三十年的历史。在近三十年中，我国社会发生了巨大而深刻的变化。这段时期，我国改革开放在深度和广度上不断推进，并取得辉煌成就。同时，这段时期我国社会发生了全面的转型。由经济体制的改革和转轨而引发的经济结构、社会结构、文化心理、价值观念的变化加速了中国社会从传统向现代的全面转型。

从社会形态上讲，我国的社会转型是由传统型社会向现代型社会的转变，是从农业的、乡村的、封闭的传统社会逐渐过渡到工业的、城市的、开放的现代社会的转型。在转型过程中，随着工业化的推进，必然伴随着城市化的进程。城市化进程的推进，必然导致大量农村人口向城市的转移。由于我国经济发展的不平衡，我国的流动人口呈现从农村人口向小城镇继而向中等城市、大城市转移，从经济不发达地区向发达地区、从西部向东部、从贫穷地区向富裕地区转移的特点。由于我国长期的城乡二元体制，导致青壮年父母以打工的方式向城市转移的过程中将孩子留在老家，从而形成我国特有的庞大的农村留守儿童群体，这些留守儿童普遍存在着亲情缺失、亲权监护（即父母监护）缺失的问题。而社会转型、人口流动、竞争压力增大，也导致传统的大家庭解体，家庭结构趋向核心化，家庭规模趋向小型化，代际之间的孝道、赡养、照料老人的观念日益淡化，家庭对老人提供最基本生活保障的传统不断削弱，获得子女经济支持的老人比例下降，传统的家庭赡养功能弱化，家庭养老资源减少。而我国生活、卫生保障水平的提高，又使得人口寿命普遍延长，人口老龄化趋势严重，老龄人口照护问题面临着重大的挑战。

从监护制度本身来看，1986 年的《民法通则》赋予了“单位”包括未成年人父母所在单位、精神病人所在单位担任未成

年人或者精神病人监护人的资格及其监护指定机关的资格，这种规定在当时的社会背景下或许具有其合理性和可行性，但是经过三十年的经济体制改革与社会变迁，这种由“单位”包揽职工及其家属一切，为职工及其家属提供“从摇篮到坟墓”的各种生活服务，包括职工住房、班车服务、托幼机构、子弟小学、生活福利、卫生防疫、养老保险、医疗保险等等“单位制”制度已经逐渐解体，原来由单位承担的各种社会职能已经逐渐从单位分离，交由专门的机构去承担，由未成年人父母所在单位、精神病人所在单位担任未成年人或者精神病人监护人及其监护指定机关的规定已经失去其科学性、合理性和可行性。而《民法通则》关于由未成年人、精神病人住所地的居民委员会、村民委员会担任监护人及其权利指定机关的规定，与上述社会组织功能和定位不符，缺乏专业性和可操作性。而我国未成年人和精神病人监护的实践也表明，对于没有法律规定的自然人作为监护人的孤儿（即未成年人）“一部分由国家 and 集体举办社会福利事业单位集中监护养育，直至他们长大成人，对监护养育的痴呆和重残孤儿实行终身供养；另有一部分分散在群众家中寄养，福利院对其实行监护；还有一部分由国内公民根据法律规定收养，少部分被外国公民依法收养”^①。而成年精神病人的监护也鲜有由其所在单位、其住所地居民委员会、村民委员会担任监护人的。由“单位”、住所地村民委员会、居民委员会担任监护人的规定，已失去法律规范的指引作用。

客观检视我国现行监护制度，无论是未成年人监护还是成年人监护，在具体制度上规定得都过于简略。在我国社会转型的背景下，现有规定已经严重不适应社会需求，亟须修订并重新进行制度设计。社会转型必然要求法律转型。“社会转型期也是制度

^① 《中国儿童状况白皮书》，载法律图书馆网站。<http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/24/20050709193812.htm>。

的转型与创新过程，必须采用新的科学方式加强制度的创新与实践。”^① 对于社会转型给我国监护制度带来的问题与挑战，我国立法应给予积极的回应，借鉴其他国家和地区的有益经验，进行理念纳新和制度创新，重新构建与完善我国民法未成年人与特殊成年人保护制度，以实现未成年以及处于特殊状态需要予以保护的成年人的照管、保护、援助。

^① 魏海青、郑旭峰、荣保华：《制度和谐：和谐社会的基石》，载《石家庄铁道学院学报》2008年第1期。

目 录

第一部分 大陆法系主要国家和地区监护制度

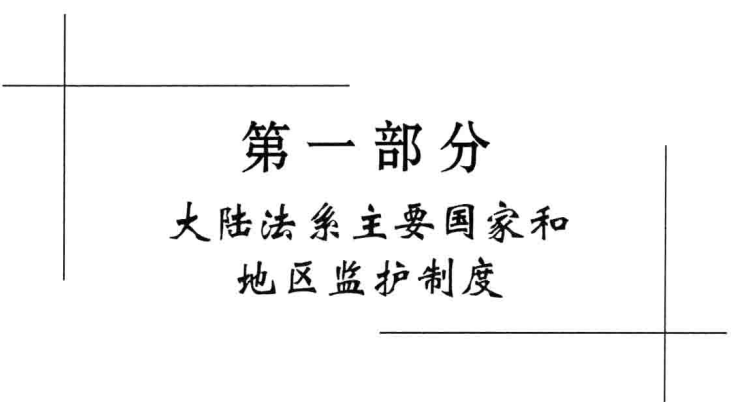
第一章 罗马法监护制度概况·····	3
第一节 罗马法家父权制度之概况·····	3
第二节 罗马法监护制度之概况·····	9
第三节 罗马法之未适婚人监护·····	12
第四节 罗马法之妇女监护·····	16
第五节 精神病人、浪费人、未成年人的保佐·····	19
第二章 法国民法典监护制度及其现代发展·····	26
第一节 法国民法典亲权制度及其现代发展·····	28
第二节 法国民法典未成年人监护制度及其现代发展·····	38
第三节 法国民法典成年监护制度及其现代发展·····	45
第三章 德国民法典监护制度及其现代发展·····	66
第一节 德国民法典亲权制度及其现代发展·····	68
第二节 德国民法典未成年人监护制度及其现代发展·····	78

第三节	德国民法典成年监护制度及其现代发展	86
第四章	日本民法典监护制度及其现代发展	97
第一节	日本民法典亲权制度及其现代发展	100
第二节	日本民法典未成年人监护制度及其现代发展	106
第三节	日本民法典成年监护制度及其现代发展	109
第五章	我国台湾地区“民法”监护制度及其现代发展 ...	125
第一节	台湾地区“民法”亲权制度及其现代发展	126
第二节	台湾地区“民法”未成年人监护制度及其 现代发展	132
第三节	台湾地区“民法”成年人保护制度	146

第二部分 社会转型背景下我国监护制度的立法完善

第六章	我国现行监护制度及其历史沿革	165
第一节	我国现行监护制度概览	165
第二节	我国监护制度的特点、性质	177
第三节	我国监护制度的历史沿革	183
第七章	我国监护制度立法完善的考虑基点	203
第一节	社会转型的内在要求	203
第二节	和谐社会建设的内在要求	217
第三节	民法法典化视野	222
第四节	民法公法化、社会化趋势	228
第八章	我国未成年人监护制度的基本模式选择	237
第一节	亲权与监护——分离与整合之争	237

第二节 亲权与监护制度之比较·····	243
第三节 亲权的起源及其历史流变·····	247
第四节 我国民法未成年人保护制度的立法模式选择·····	254
第九章 我国父母照顾制度的体例安排与基本内容·····	272
第一节 我国父母照顾制度的立法体例安排·····	272
第二节 我国父母照顾制度的主要内容·····	276
第十章 我国未成年人监护制度的立法完善·····	300
第一节 我国未成年人监护机关体系的完善·····	301
第二节 我国未成年人监护制度的完善·····	306
第十一章 我国成年监护制度的立法完善·····	335
第一节 我国成年监护制度的整体设计·····	335
第二节 我国成年监护制度的完善·····	350
后 记·····	381

A decorative graphic consisting of a vertical line on the left and a horizontal line on the right, intersecting at the center of the title text.

第一部分

大陆法系主要国家和 地区监护制度