

监护制度

比较研究

李霞 著



山东大学出版社
Shandong University Press

山东省法学会“十五”重点研究课题
济南大学科研基金资助项目

监护制度比较研究

李 霞 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

监护制度比较研究/李霞著. — 济南: 山东大学出版社, 2004. 10
ISBN 7-5607-2865-0

I. 监…

II. 李…

III. 青少年保护-法律-对比研究-世界

IV. D912.74

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 091557 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码: 250100)

山东省新华书店经销

山东省恒兴实业总公司印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 14.5 印张 375 千字

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

印数: 1—2000 册

定价: 26.00 元

版权所有, 盗印必究

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社营销部负责调换

前 言

我们生活的世界是一个由成人主宰的世界，我们生活的世界是由强者主宰的世界。未成年人的利益、意思能力薄弱的成年人的利益时刻处于危险之中。虽然爱护未成年人、保护弱者是一种普遍的人类文化价值，是社会文明和传统美德的体现，但是在相当长的时间里，未成年人除了作为“问题”受到关注之外，他们的权利几乎被遗忘；意思能力薄弱的成年人除了受到被动的保护之外，他们残余的意思被忽略。因而，在法律上，他们被监护制度所关照。作为一项古老的法律制度，监护自罗马时代就成为市民法上的重要内容，沿承至今两千多年仍为各国私法上一项不可或缺的制度。对监护制度的研究也成为民法学者不敢懈怠的使命。本课题的研究也正是基于对此古老法律制度的敬畏，经过三年多的研究呈现给读者。随着研究的深入，监护制度覆盖的两大部分内容——未成年人监护和成年人的监护日渐丰满，溢出本书三十余万字的容许量，只好将未成年人监护制度作为先期成果付梓，虽然本书书名为《监护制度比较研究》，实为未成年人监护制度的比较研究。关于成年人监护制度有待作者再继续研究并于以后交付成果。

21 世纪的当今，在国际人权的广阔背景下，以“儿童最大

前 言

利益”为主旨，关于未成年人的地位、权利、发展和保护，从家庭到社会，从学校到国家，进而跃居到国际社会主旋律，成为共同关注的世界性主题，彰显出未成年人权保护的国际化主色调。1924年的《日内瓦儿童权利宣言》揭开未成年人权利国际性保护的序幕。1959年联合国成立后的《儿童权利宣言》向世界呼吁：“儿童因身心尚未成熟，在其出生以前和以后均需要特殊的保护和照料，包括适当的法律上的保护。”之后，在诸多国际性的人权保护的法律文本中，都有关于未成年人的保护问题，由此形成了儿童保护的多向度、多层面特点。

随着国际人权运动浪涛的激荡，联合国于1989年11月20日在第44届联合国大会纪念《儿童权利宣言》实施三十周年之际通过了《儿童权利公约》。1989年《儿童权利公约》（以下简称《公约》）的制定和颁行是第一个专门保障儿童权利的国际性法律文件，它完成了未成年人权利保护的根本性转向，是人类文明史上的界碑。早在1978年联合国人权委员会会议上，波兰的亚当·洛帕萨教授（Adam Lopatka，后为《公约》起草工作组主席）就倡议起草儿童权利公约。1979年纪念《儿童权利宣言》二十周年和庆祝国际儿童年成立大会上，波兰政府提出《公约》草案的正式文本，并于1980年提交联合国人权委员会工作组讨论。西方几个大国最初的态度并不十分积极。一方面，它们试图削弱首倡者的重要性；另一方面，又设法放慢、延长草拟过程。因为在他们看来，有些强调意识形态的国家想在《公约》中否定儿童政治权利的做法降低了《公约》的立法标准，如里根政府就试图在《公约》中加进一些反映各种公民和政治权利的条款。这种事态使《公约》的起草一再陷入困境。然而自1986年以后，联合国儿童基金会开始在《公约》的准备中发挥积极作用，特别是鼓励发展中国家加入《公约》的起草，从而使《公约》草案获得国际社会的广泛认同，并为《公约》的实施打下了坚实的基

础。毋庸讳言，与人权领域其他公约一样，该《公约》也是各国间妥协的产物，它糅合、反映了不同的社会法律制度、不同宗教信仰和价值观念的国家的各种观点。发展中国家关注的侧重点是儿童的基本生存权，如保健、医疗、教育等；而发达国家则更强调民主自由权利，如宗教信仰、通信自由、隐私权等。制定《公约》的十年，也是各方寻求妥协的过程，或者说是东西方价值观念进行折衷的十年。终于，1989年11月联合国大会通过了这个《公约》，并同时获得世界各国的广泛接受。正如P·奥斯通(Philip Alston)先生所指出，《公约》显示了国际人权领域半个世纪以来追求“普遍性的”人权的成就，它发展并重新建构了四十五年前《世界人权宣言》中的相关原则。特别是在《公约》中为保护儿童权益所遵行的具有纲领性质的最大利益原则，更是得到了人权学者和人权活动家的关注。该原则为考察不同的文化价值和普遍的人权标准提供了理想的参照，西方学者就此问题展开过激烈的讨论。

作为全面反映儿童生存和发展权利的国际公约，是世界各国为保护儿童所达成的通识，监护制度作为保护儿童权利的基础框架制度必然受其影响，其意义在于以下三点：

1. 《公约》确认儿童成为权利的主体，是首次明确承认儿童享有权利而国家负有“尊重和确保”责任的全球性文件。《公约》赋予了儿童的这种权利地位或资格，反映了人们意识到儿童是易遭受侵害的社会成员，需要给予特殊的保护。

《公约》给予儿童的特殊保护，并不是仅仅针对作为家庭成员或者其他社会成员存在的儿童，而是针对儿童本身，即儿童所拥有的权利并不意味着父母或其他相关保护人或组织也有相同的权利。儿童是独立的人，不依赖于他（她）同其他（她）保护他们的个人或组织之间的关系。《公约》不仅将儿童确认为权利的主体，而且让儿童有可能在国内司法系统或行政程序中主张这些

前 言

权利。这种程序性权利使儿童地位发生了可执行的转变，儿童从保护措施消极“客体或对象”转变为权利的积极主体。过去保护儿童是一种恩赐，甚至是对儿童的一种怜悯，现在儿童成为权利的主体，监护制度的性质也发生重大转向，从以父母权利（权力）为主导到以儿童权利为主导。

2. 《公约》确认了儿童权利的内容，成为衡量监护制度保护内容的标准，也成为监护监督的依据。《公约》既是儿童权利的巩固者，也是儿童权利的开创者。《公约》综合了八十个直接或间接有关儿童权利的文书中表达的儿童权利。《公约》还创设了新的儿童权利，如儿童的生存与发展权，禁止以任何形式对儿童的剥削等。对于监护制度而言，监护者需要以此内容为标准行使权利和履行责任，一旦监护者忽视或侵害这些儿童权利，政府或非政府组织就可以介入，依照这些权利标准干预违规的监护事务，使儿童权利得到更好的保护与实现。

3. 《公约》对成员国内监护实践的影响。对于一些国家而言，依照本国的宪法，国际条约的内容直接成为本国法律的一部分，因此在这些国家，《公约》经由国内法律程序可以在法庭上直接被引用，从而具有普遍效力，具有可执行力。而对于所有的成员国而言，《公约》是有效地倡导儿童福利的压力。一旦加入本《公约》，政府就会受到内在压力，这些压力来自于那些按照《公约》规定行动的个人和组织。这些儿童权利的倡导者的行为包括监督政府执行《公约》的情况以及发现实施中的缺陷与不足，他们也会要求国家为提高和确保儿童福利提供财政支持。《儿童权利公约》对未成年人的监护和家庭保护给予了极大的关注，提出了多方面的要求，是现代未成年人监护制度的共同标准，也是未成年人利益保护的要求，更是《公约》对192个缔约国的监护立法及其行动实践的倡导，反映了当代未成年人监护社会化和监护制度公法化的转向。中国加入《儿童权利公约》昭示

着中国的民法典的制定乃至正在实施的《婚姻法》、《未成年人权益保障法》等相关法律，应该检讨与反思固有的理论预设和现行法律规范，使之与全球化的未成年人保护的现代理念产生共鸣，即未成年人是独立的个体，而不是父母的个人所有物，不是附属于父母。为了保护儿童、纠正成年人，尤其是父母不当地对待未成年人的方式，国家应该积极介入未成年人监护的私领域，这也是指导我国未成年人立法与司法实践的基本理念。

在重视对未成年人权利保护的同时，我国还应建立未成年人保护的单独机构，以促进未成年人权利的实现。联合国鼓励成员国设立保障儿童权益的专门机构，以促进儿童权利的实现。目前，世界上至少有四十多个国家建立了儿童事务监察员制度。在欧洲，设有这种独立机构的国家因此受到欧洲理事会的褒奖。欧洲儿童发展战略委员会和欧理会还专门任命一名儿童事务代表。1997年欧洲儿童督察员系统建立，与独立的欧洲人权组织接通。二者联合起来倡导儿童权利，共同改善儿童生活环境促进儿童独立机构的发展。

我国对未成年人监护制度，无论是法学研究，抑或监护立法，还是监护理念，都滞后于当下国际社会对儿童权利保护和儿童事业发展的要求和进程，滞后于世界先进诸国的监护制度变革潮流，为此，在当今的全球一体化趋势下，对该制度的研究更加急迫必要。

总之，本课题的研究旨在促进我国的未成年人立法，探讨我国现行民法中监护制度的不足，借境域外各国（地区）的立法模式，革除陈念，完善正在制定的民法典，并推动司法实践。

李霞

2004年于教师节

目 录

第一章 概述.....	(1)
第一节 概说.....	(1)
一、监护的概念.....	(1)
二、监护制度.....	(7)
三、监护法律关系	(18)
四、监护的性质	(25)
五、监护权	(38)
第二节 监护制度与民法体系	(39)
一、监护制度与民事主体制度	(40)
二、监护与婚姻家庭制度	(57)
三、监护制度的功能	(65)
第三节 亲权与监护	(69)
一、亲权的概念和特征	(70)
二、亲权的内容	(77)
三、亲权与监护的区别	(88)
四、亲权与监护制度的分立	(89)

目 录

第二章 未成年人监护的制度比较	(99)
第一节 罗马监护制度的发轫及其流变	(100)
一、古罗马的监护制度以人格身份制度为前提	(101)
二、以家长权为中心的家庭治理结构	(105)
三、监护制度的育成	(107)
四、监护制度框架的构筑	(112)
第二节 欧陆法系监护制度	(120)
一、德国的亲权和监护制度	(120)
二、法国的亲权和监护制度	(143)
三、挪威的监护制度	(149)
第三节 英美法系监护制度	(160)
一、美国的监护制度	(160)
二、英国的监护制度	(177)
三、澳大利亚的监护制度	(189)
四、英、美法系监护制度评析	(193)
第四节 港澳台地区监护制度	(199)
一、香港的监护法	(199)
二、澳门监护制度	(209)
三、台湾地区监护制度	(219)
四、评析	(229)
第五节 中国内地固有法上的监护	(230)
一、中国固有法中的亲子规范	(231)
二、中国固有法中的监护	(235)
三、国家与社会的介入	(237)

第三章 监护制度评析·····	(244)
第一节 比较法上的观察与评析·····	(244)
一、概述·····	(244)
二、家庭主义、个人主义和国家主义的监护样态转变 ·····	(247)
三、监护的公法化和社会化·····	(249)
四、监护制度的现代范式·····	(254)
第二节 我国的监护制度及其评价·····	(262)
一、我国监护制度的内容·····	(262)
二、我国现行监护制度的检讨·····	(267)
三、未成年人监护立法的宏观思考·····	(276)
第四章 未成年人监护制度·····	(280)
第一节 监护的设立·····	(280)
一、监护制度的设立原因·····	(280)
二、《民法通则》中的父母监护 ·····	(284)
第二节 监护机关·····	(296)
一、概述·····	(296)
二、监护权力机关·····	(297)
三、监护执行机关——监护人 ·····	(297)
四、我国的监护机关 ·····	(304)
五、立法建议·····	(308)
第三节 监护的转移·····	(311)
一、监护权转移的概念·····	(311)
二、监护权转移的原因·····	(313)
三、监护权转移的形式·····	(314)
四、监护权转移的时间·····	(318)

目 录

五、监护权转移下当事人责任·····	(319)
第四节 监护监督机关·····	(323)
一、监护监督机关·····	(323)
二、监护监督人的职责·····	(325)
三、我国现行的监护监督·····	(326)
四、我国监护监督制度的确立·····	(332)
第五节 监护保障机关——公权力的介入·····	(340)
一、概述·····	(340)
二、监护保障机构——青少年事务局·····	(341)
三、儿童福利机构的设立·····	(343)
第六节 监护人的缺格、辞职及免职·····	(344)
一、监护人的缺格·····	(344)
二、监护人的辞职·····	(347)
三、监护人的免职·····	(350)
四、我国民法典亲属编监护资格的立法完善·····	(352)
第五章 监护的内容·····	(357)
第一节 监护事务·····	(357)
一、身上之监护·····	(358)
二、法定代理权·····	(360)
三、财产上的管理·····	(363)
四、我国现行法律中的监护职责·····	(371)
五、现行制度的检讨与立法建议·····	(373)
第二节 监护人的报酬及责任·····	(379)
一、监护人报酬·····	(379)
二、我国监护人报酬请求权的设立·····	(380)
三、监护人的责任·····	(381)

四、我国的监护责任评析·····	(384)
第三节 监护关系的终止·····	(404)
一、监护关系之终止·····	(404)
二、终止后的效力·····	(406)
三、我国监护制度中的监护终止·····	(410)
第六章 监护纠纷的法律救济·····	(412)
一、监护人在诉讼中的法律地位·····	(412)
二、监护纠纷的解决·····	(416)
三、被监护人诉监护人时诉讼主体的确定·····	(420)
第七章 联合国《儿童权利公约》与监护制度·····	(423)
一、联合国的《儿童权利公约》·····	(423)
二、《儿童权利公约》有关监护的内容概要·····	(426)
三、《儿童权利公约》解决具体监护问题的有关规定·····	(431)
四、2002 年联合国儿童特别会议对监护制度的建议 ·····	(435)
参考书目·····	(439)
后记·····	(449)

第一章 概 述

监护，作为一项古老的法律制度，虽几经演变，在现代民法上仍有独特的功能和价值。世界各国立法例，均设有监（保）护制度来维护行为能力欠缺者的权益。大部分国家在法律观念上一直基于伦理意识，主要以血缘亲属关系来确定监护人，故将监护制度置于私（民）法，尤其是婚姻家庭法（亲属法）领域内。在研究民法时，监护制度作为一项重要的民事法律制度，便是一个必不可少的研究对象。

第一节 概 说

一、监护的概念

监护，在拉丁语中指称“tutela”，正如塞尔维（Servius）下的定义那样：“是指由市民法赋予的、对那些因年龄原因不能自我保护的自由人给予保护的一种权利或权力。”“监护人（tutores）是指有着上述权利之人。‘监护人’的含义来源于他们对

监护制度比较研究

被监护人的保护。他们犹如看守寺庙的人被称为寺庙保护人一样。”^①与罗马法的影响相伴随，罗马法语境的监护也广为传播，无论是法语中的“tutelle”，还是意大利语中的“tutela”，亦或德语的“Vormundschaft”以及直接或间接继受罗马法的其他语系，虽然在监护制度的设计形式上有诸多变异，但其基本内涵和外延无不在一定程度上带着罗马法语境中监护的痕迹。与此不同，英美法语境中的监护，“Custody”与“Guardianship”一直交替使用，在理论和实践中试图将两者明确区分既无意义，也很困难；《英汉双解法律词典》中虽将“Custody”释为“Control of a person, such as the right and duty of a parent to keep and bring up a child after a divorce”，将“Guardianship”理解为“State of being a guardian”，实际上也并没有分辨出两者的真实内涵。但有一点值得注意，在中文类书籍和词典中，基于译介中主观化理解的作用，一般多使用“Guardianship”，而英文类辞书多使用“Custody”。

考察“监护”的汉文词源，可以明确：在本土语言文化框架内。“监”与“护”，多数情形下是分开指称：“监”者，“临下也”、“观也”、“察也”、“领也”、“摄也”、“视也”，《辞海》将其首意解为“监视、督察”；“护”者，“救视也”、“助也”、“监视也”、“总领之也”、“保安之也”、“慎守也”，《辞海》将其释为“卫护、护助、回护、包庇、监领”。由此可以看出“监”与“护”不仅有语义上的贯通连用的构词基础，而且有指称行为或现象连接完整的造词逻辑取向，成词“监护”顺其自然，并可以引申出监督、控管、引领、照顾、看护、保护、救助、扶助、管

① [意] 桑德罗·斯哥巴尼选编，费安玲译：《婚姻·家庭和遗产继承》，中国政法大学出版社2001年版，第151页；[意] 彼德罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第169～170页。

教等含义。所以，在古汉语中，“监护”一词虽未通用，但并不是没有出现过。目前所见，古汉语的“监护”有两种解释：一曰督察、督管；二曰监督保护。《汉书·疏广传》记有“使其弟中郎将舜监护太子家”。但是，查阅中国法制史书籍和律令文献，考察几千年的中国法学著述，未曾见到“监护”一词的制度术语和法律称谓。直到1911年的《大清民律草案》中，“监护”一词在中国法律上才正式亮相，随后1925年完成的第二次民律草案和1930年的《民国民法典》（中国历史上第一部民法典）相继使用“监护”。^① 与此同步，中国的法学研究、法学教育和法律实践中开始不断出现“监护”这一概念。

由此可以得出结论：“监护”作为一个制度术语，其制度语源不是来自中国固有法律制度和法律文化，作为法律称谓之“监护”尚属空白。法学词汇中的“监护”是西方民法和罗马私法的移植物。^② 因而，“监护”一词输入中国法学词汇，在一定意义上是中国近代或现代法制发展、私法兴起的表现。

新中国成立后近三十年时间内，法学语境中的监护受到制度和学术上的双重冷落，民事立法未曾接纳监护，几次民法典的尝试也将监护排拒；婚姻法虽然零散地反映了某些监护的规则，但没有形成较完整的制度体系。从20世纪80年代初始，法学中的“监护”得以彰显：1986年颁布的《民法通则》以“监护”为名，设专节规定监护制度，这是“监护”概念在沉睡五十多年后的首次立法出生，法学理论研究开始广泛使用“监护”。民法学教材和法学类词典和工具书、民法论著不仅接受了“监护”这一概念，而且还进行了词义解释和制度阐述；从20世纪90年代

^① 参见胡长清《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第16～22页。

^② 参见龙卫球《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第13～15页。

监护制度比较研究

开始,婚姻家庭法的教学和研究也将监护纳入关注视野,诸多著述和教材不仅以专章解读“监护”,而且结合婚姻法的修改提出了一系列立法动议。各个基本法和单行法、行政法规、部门规章和地方性立法根据各自规范和调整对象的关联度,接受和采用了“监护”称谓,“监护、监护人、被监护人、监护职责”等概念成为当今法律体系中的基础用语。司法实务和民众生活普遍认同了监护语词和制度内涵,形成了较为一致的社会认知意识基础。

时至今日,经过近一个世纪的理论探索和法制实践,法学语境中的监护在中国基本完成了移植,实现了这一法律制度术语的共识。法学界为监护作出了较为精确且基本趋同的定义。就其表述来看,代表性的有如下几种:监护是指“对未成年人、精神病人的人身、财产以及其他一切合法权益的监督和保護”^①;监护在“法律上指对未成年人、精神病人等的人身、财产以及其他一切合法权益的监督和保護”^②;监护“指对未成年人和精神病人,设定专人以监督、管理和保護其人身和财产利益的民事法律制度”^③;监护是指“对无民事行为能力人和限制行为能力人的人身和财产权益的监督和保護”^④;“监护是民法上所规定的为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设定監督保護人的一项制度”^⑤;“监护,是为了监督和保護无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益而设置的一项民事法律制度”^⑥;“监护,是指对于法律上那些由于年龄或精神健康原因而不能自我保护的

① 《辞海》(缩印本),上海辞书出版社1980年版,第1688页。

② 《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆2001年版,第614页。

③ 江平主编:《民商法学大辞书》,南京大学出版社1998年版,第387页。

④ 佟柔主编:《中国法学大辞典》,中国检察出版社1984年版,第358页。

⑤ 王利明:《民法新论》,中国政法大学出版社1998年版,第166页。

⑥ 佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第118页。