

【文章编号】1002—6274(2015)06—021—09

民法总则编纂视野中的成年监护制度

焦富民

(南京财经大学 法学院 江苏 南京 210023)

【内容摘要】面对高龄化社会的现实需求和身心障碍者福利新理念的内在驱动,我国民法总则编纂为重塑现代成年监护制度提供了契机。构建现代成年监护制度的核心在于将成年监护制度与被监护人的行为能力加以“脱钩”。其主要内容包括:扩大被监护人的范围,凡不能自我保护与照顾的人均可作为被监护人,同时采列举的方式明确规定精神障碍者、智力障碍者、身体障碍者、辨识能力衰退的老年人、因不良嗜好而致辨识能力欠缺者等均可适用监护制度;根据成年被监护人的具体辨识能力程度,设立监护、保佐和辅助三个层级的监护类型;增设意定监护,并明定意定监护优先于法定监护适用;建立以监护监督人为主、监护监督机构为辅的双重监督体制,采列举的方式明确规定监护监督的职责。

【关键词】成年监护 辨识能力 监护层级 意定监护 监护监督

【中图分类号】DF529 【文献标识码】A

党的十八届四中全会明确提出编纂民法典,使民法学人期待已久的愿望得以尽快实现。全国人大常委会法制工作委员会已正式启动了民法典编纂工作,决定首先进行民法总则的起草。梁慧星教授领衔的中国社科院法学所中国民法典立法研究课题组修订的《中国民法典建议稿·总则编》(以下简称《梁稿》)于2014年由法律出版社正式出版,早在2013年还推出了《中国民法典草案建议稿附理由·亲属编》(简称《梁稿·亲属编》)^①;王利明教授主导的中国法学会民法典编纂项目领导小组组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》(以下简称《王稿》)于今年4月20日向社会公开征求意见;杨立新教授主持的中国人民大学商事法律学研究中心民法典编纂研究课题组也适时推出了《中华人民共和国民法·总则编》建议稿2.0版(以下简称《杨稿》)。“制定完善的成年监护制度的最佳时机,应当是在制定‘民法总则’之时,在有关监护制度中实现成年监护制度的全面改革。”^[1]我国成年监护制度在立法上明显滞后,与此相关的理论研究也不够体系化。本文拟采功能主义的比较方法,结合三部建议稿关于成年监护制度的规定,对我国新制度

体系的构建进行合理性的论证,以期为我国民法总则中成年监护制度的完善略尽微薄之力。

一、成年监护制度变革的缘由:高龄化社会的到来和身心障碍者福利新理念的驱动

(一)高龄化社会是变革成年监护制度内在的现实需求

近代民法,无论是法国民法典旧法例还是德国民法典旧法例,亦或是日本民法典旧法例均未见对高龄者监护做出相应的法律规制。“在民法典制定的当时,起草者不可能考虑到这种高龄化社会的到来,日本民法典规定的成年人监护制度不可能包括对因年龄增大而判断能力衰退的无行为能力人的保护。”^{[2]P385}20世纪六十年代以来世界各国、各地区开启的成年监护制度的现代改革,均与高龄化社会的到来有着密切的关联,都是基于对高龄人士的关爱。“高龄者因年龄因素可能会在精神或智力上有所耗弱,对私人事务的处理会出现辨别能力不足情况,但不同高龄者其辨别能力不足之程度亦不相同,而传统禁治产宣告整齐划一地剥夺或限制当事人的行为能力,一旦高龄者被宣告为禁治产人,则意味着其不能

作者简介:焦富民(1964-)男,江苏高邮人,法学博士,南京财经大学法学院教授、博士生导师,研究方向为民商法学。

参加所有被禁止的民事活动,这显然与其剩余意志相背,与其有相应辨别能力的事实不符。为保护高龄且意思能力不足者的切身利益,尤其尊重其处理私人事务的自决权利,传统成年人监护法应当被适当修正。”^[3]

按照联合国的有关规定,特定国家65岁以上的高龄者所占总人口的比例超过7%,或者60岁以上的人口超过10%,即可称为高龄型国家。根据国家统计局2015年2月26日公布的《中华人民共和国2014年国民经济和社会发展统计公报》里的数据显示,中国最新的人口数量是13.6782亿。其中60周岁及以上人口为2.1242亿,占比为15.5%;65周岁及以上人口为1.3755亿,占比为10.1%。^②预计到今年年底即“十二五”期末全国高龄人口将增加4300多万,达到2.21亿,届时80岁及以上的高龄老人将达到2400万,65岁以上空巢高龄老人将超过5100万,失能半失能高龄人口将达到4000万。^③越来越多的高龄老人面临老年生活安排的问题,如身体的照顾、财产的管理以及相关的监护问题。法律必须关切社会现实,然而我国成年人监护制度主要体现在《民法通则》第2章第2节第17条、18条与19条和最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》);《婚姻法》、《老年人权益保障法》、《妇女权益保障法》和《残疾人权益保障法》也有所规定。我国现行成年人监护制度过于偏重对被监护人事务的全面接管,缺乏对被监护人应有自治地位的维护;其适用对象仅限于精神病人和痴呆症者,缺乏对“事务识别能力与判断能力欠缺的老年人、残疾人、长期处于昏迷状态的人以及植物人”的照顾和保护。我国现有的成年监护制度无法满足高龄老人权益保护和正常化生活的需要,因此,成年监护制度新的设计不可能无视高龄化社会到来的现实,也不可能回避因年龄增大而导致辨认能力衰减的高龄老人问题的挑战。

(二) 成年障碍者“自我决定权”与“生存正常化”之新理念是变革成年监护制度的内生动力

近代民法,“为了保护本人和第三人的利益以及维护交易安全,大陆法系各国都对行为能力欠缺的成年人采取了强制的保护措施,即无论行为能力欠缺者的行为能力残余程度是多少,一律将其分成两类:完全无行为能力人和限制行为能力人,并通过法院进行

司法拟制,宣告行为能力欠缺的成年人为禁治产人或准禁治产人,宣告后意味着其所为法律行为一概无效或者重大法律行为无效,然后对其设立监护或保佐等以弥补其能力之不足。”^[4]一方面法律以保护本人的财产权益为名实则偏重交易安全的维护和第三人利益的保护,另一方面法律以保护本人的身体健康不受损害为表象,漠视其可能在具体事务中尚存的部分意思能力,其实质上是过多地限制或剥夺了本人的自由。

“20世纪中期以降,为应对如何对待身心障碍者的人权的问题,成年监护开始转向‘人权模式’。该模式重申并确认了脆弱的身心障碍者的人权和基本自由,并采取能动措施支援个人的自主和自立。身心障碍者不再仅仅是医疗和福利的对象,而是社会生活的平等参与者,他治为主的保护逐渐转为自治为主的支援或辅助,立法理念从法律父爱转向尊重自我决定权和正常化。”^[5]“尊重自我决定权”是上个世纪六十年代以来产生的一个全新的理念。具体而言,在涉及到被监护人的人身、财产事务安排时,应当充分考虑身心障碍者的残余能力,最大限度的尊重其自我意愿;同时维护和尊重成年人在有辨识能力时对其丧失心智之后所作的预设性安排,这是意思自治的充分体现。“生存正常化”是指“对于残疾人,应该尽可能保障其‘能过上所有人都具有的通常的生活的权利’,并依此作为目标提高社会福祉,一般被译成‘日常态化’。这是丹麦在针对智力障碍者实施的福祉政策中阐发的理念,据说是由尼尔斯·埃里克·米克尔森(Bank - Mikkelsen)最早提出的。”^[6]^{P39}1982年联合国《关于身心障碍者的世界行动纲领》第一章开宗明义,明确其“宗旨为加强推行有关伤残预防和伤残复健的有效措施,并实现以下目标:促使身心障碍者得以‘充分参与’社会生活和发展,并享有‘平等地位’。”^④说到底,贯彻这一理念,就是重视身心残障者“平等参与社会生活及享有人格尊严不被侵犯的权利,享有维护其生活正常化的权利。”^[7]《梁稿·亲属编》第76章第二节“成年人照顾”强调其“主要理念在于,重视成年障碍者的人权,尊重其残余意思能力和自我决定权,援助其在不受歧视的条件下,平等、正常地参与社会生活。”^[8]^{P405}

由此,一方面高龄化社会的现实需求,另一方面身心障碍者福利新理念的内在驱动,二者的合力共同

推动现代中国改革现有民法上的成年监护制度,重新塑造现代成年监护制度。而当下制定我国《民法典》已提上议事日程,《民法总则》正在起草过程中,重构中国成年人监护制度应是最佳时机。

二、成年监护制度变革的核心:与行为能力脱钩

大陆法系国家(地区)近代民法,对成年残障人所予以的保护措施,均无视受监护人残存的意思能力的差别,在立法技术上拟制出“行为能力”这一概念,在先行剥夺或限制这类成年人的行为能力后,再给予他治式的监护措施。1804年《法国民法典》在承袭罗马法的基础上,对成年精神病人、精神相对不正常或者生活态度浪费者,确立了禁治产和准禁治产宣告制度。“对因精神病(痴愚、心神丧失或疯癫)宣告为禁治产者,视同未成年人,应任命监护人和监护监督人各一人,由监护人全面照顾其身体和管理其财产”;“对浪费人被宣告为准禁治产者,由法院任命辅助人进行诉讼、和解、借款、受领动产原本并交付受领凭证、让与和就其财产订定抵押权的行为。”^{[9]P252}《德国民法典》旧法例对精神病人或精神耗弱者“不能处理自己的事务”、挥霍浪费者因挥霍浪费“致自己或者家属有陷于贫困之虞”以及酗酒或吸毒者“不能处理自己的事务,或者致自己或其家属有限于贫困之虞,或危及他人安全”^{[10]P137-138},“得根据禁治产宣告制度宣告为无行为能力者或限制行为能力人,设置监护人,由监护人在监护法院的资助协作下,代理或协助禁治产人的财产事务,必要情形,监护禁治产人的人身。”^{[9]P256}参照法国和德国民法典而于1898年制定的《日本民法典》,在成年监护制度方面,也是现行剥夺或限制成年障碍者的行为能力,因袭的是禁治产和准禁治产路径。其第7条规定:对于处在心神丧失常态之人,家庭裁判所,得以本人、配偶、四亲等内之亲属、监护人、保佐人或检察官之请求,宣告禁治产。第11条继续规定:心神耗弱人、聋人、哑人、盲人及浪费人,为准禁治产人,得附保佐人。“由于禁治产人本人完全没有判断能力,所以完全由监护人代理本人管理本人的财产;而准禁治产人是因为判断能力不够充分,因此本人所做的重要财产行为,需保佐人同意方能由效力。”^{[2]P384}我国台湾地区民法旧法例第14条第1项也规定:对于心神丧失或精神耗弱,致不能处理自己事务者,法院得因本人、配偶、最近亲属二人或检察官之申请,宣告禁治产。由于该民法典不设准禁治产

制度,身体体能上的残障,“在法律上不应产生权利能力或行为能力受到限制的后果”^{[11]P86},然而“对于聋、哑、盲、浪费者,如不能处理其自己事务,除依其程度,认为精神耗弱,使受禁治产之宣告外,别无他法也。”^{[12]P134}修改前的法国、德国、日本和我国台湾地区成年监护制度通过司法拟制,首先对辨别能力有障碍的成年人的行为能力进行剥夺或限制,在完成了正当化与合法化程序之后,就为监护人介入成年障碍人的生活形成监护法律关系提供了契机。因某些缘由而被宣告禁治产、准禁治产的成年人,被褫夺行为能力而成为无或限制民事行为能力人,从而意味着立法将这些成年人的意思能力、心智水平等同于未成年人。

自上个世纪六十年代以来,法国、德国、日本以及我国台湾地区纷纷废除禁治产制度,并改革原有的成年监护制度。法国1968年1月3日第68-5号法律“舍弃无行为能力的私法抽象拟制,转为完全依个案审查具体有无实际行为能力。”^{[9]P254}《法国民法典》第425条规定“凡是经医疗认定因精神或身体官能损坏,不能表达自己的意思,无法自行保障其利益的成年人,均可获得本章规定的某一种法律保护措施之利益。除另有规定之外,实行法律保护措施,既是保护当事人的人身,也是保护其财产利益,但可明文将其限制于两种任务之一种任务。”^{[13]P140-141}在德国,人们首先从法律政策上猛烈抨击禁治产制度,“宣告某人为禁治产人的做法具有歧视性的效果;而且完全丧失行为能力也超过了目的所需的程度,因为被宣告为禁治产的人通常完全能够自行从事一些日常生活行为或者法律上并非不利的行为。”^{[14]P411}德国于1990年9月12日公布、1992年1月1日起施行的《关于改革监护法和成年人保佐法的法律》,废除了成年人禁治产制度,而代之以“照管”制度。经过1998年6月25日的法律的修正,“照管”被称为“法律上的照管”。为了达到改善成年病人和残疾人法律地位的立法目的,德国民法典不但废除了禁治产制度,而且以“法律上的照管”代替原来的成年人监护和残疾人保佐。跟禁治产人不同的是,被照管人的行为能力并不因法律上的照管而自动地丧失或受到限制。^⑤修改后的《德国民法典》第1896条第1款规定“成年人因心理疾患或身体上、精神上或心灵上的残疾而完全或部分地不能处理其事务的,照管法院根据该成年人的申

请或依职权为其选任一个照管人。该项申请也可以由无行为能力人提出。以成年人因身体上的残疾而不能处理其事务为限,仅得根据该成年人的申请为其选任照管人,但该成年人不能表明其意思的除外。”^{[15]P353-356}德国法的现行照管制度,“一个显著的改变即是使受照管同当事人的行为能力相脱钩。”^[16]日本、韩国成年监护制度等也“剪断了监护与行为能力的关联”,承认社会生活、社会现实的复杂性,而构造出新的现代成年监护制度。^⑥

“改革后的大陆法系国家的成年人监护制度不再以行为能力欠缺的宣告为前置条件,对行为能力的有无采个案审查方式,此种制度更为有力地保护了行为能力欠缺的成年人,也留给了其更大的私法自治空间。”^[4]我国现行民事立法尽管没有禁治产和准禁治产宣告制度,但有无民事行为能力、限制民事行为能力宣告的规定,而且,此种宣告是监护得以设立的前置程序。《杨稿》和《王稿》在构建新的成年监护制度时基本上延续了我国传统民法的规定。如《杨稿》第39条[丧失或者部分丧失民事行为能力宣告]规定:“精神病人、持续性植物状态人以及其他丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人的利害关系人,可以向人民法院申请宣告精神病人、持续性植物状态人以及其他丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,根据他健康恢复的状况,经本人或者利害关系人申请,人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。”《王稿》第22条[精神障碍患者的民事行为能力]第3款也规定“宣告精神障碍患者为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人,以及撤销该宣告的,适用民事诉讼法的有关规定。”令人欣慰的是,《梁稿·亲属编》在说明构架成年监护制度理由时,明确“废止现行民法通则宣告精神病人为无行为能力人或者限制行为能力人并为其设立监护人的禁治产制度,新创成年照顾制度。”^{[8]P405}这就剪断了成年照顾制度与行为能力的关联,体现了成年监护制度的现代立法理念与发展趋势。我们以为,成年监护制度的变革必须充分借鉴现代成年监护制度的立法经验,将成年监护制度与被监护人的行为能力加以“脱钩”。这是构建现代成年监护制度的核心所在。其实,在古罗马时期,法律上并

不存在行为能力的概念,对成年人行为能力的确定主要采取性别、精神与身体状况、生活态度等标准,尽管性别标准带有严重的性别歧视,但其身心标准、生活态度标准对后世民法的影响时至今日依然存在。从司法实践层面上说,设立监护与否,和确认成年人有无行为能力无多大关联。在现代社会,即使某一成年人具有行为能力但其存在不能有效保护自身的人身和财产之情形或之虞,也可设立或预设监护。更何况,《杨稿》和《王稿》均无一例外地继受了成年意定监护制度,具有完全辨识能力的成年人可以事先挑选监护人并与其协商订立监护协议。意定监护制度采用的前提,本身就立足于与行为能力制度“脱钩”的。据此,我们建议取消作为设立监护前置程序的行为能力欠缺宣告制度,成年人需不需要设立监护采行个案审查的方式,不以是否欠缺行为能力来确定适用成年监护制度对象范围。

三、成年监护制度变革的内容:扩大成年被监护人的范围和采法定意定相结合的监护制度

(一) 采概括加列举方式,扩大成年被监护人的适用范围

我国现行《民法通则》将成年监护对象狭隘地限制在精神病人,《民通意见》在规制精神病人时强调包括痴呆病人。相比罗马法时代,早在《十二铜表法》不仅有了疯子和浪荡子作为监护对象的规定^⑦,而且至优士丁尼时期,成年人被监护的范围进一步扩大至弱智者、聋者、哑者、患慢性病者和70岁以上的老年人^⑧,令今天的我们汗颜。1804年《法国民法典》在承袭罗马法的基础上,明确成年人中的精神病人、精神相对不正常或者生活态度浪费者适用成年监护制度;1900年德国民法典其监护制度主要适用于精神病患者或精神耗弱者、挥霍浪费者和酗酒或吸毒者。相比罗马法,近代成年监护制度适用的范围似乎限缩不少,缺乏对高龄者、身体障碍者等的保护。

现代各国民法关于成年被监护人的范围均呈扩大化的发展趋势,且多以抽象概括的方式加以理性化的界定。如《法国民法典》第425条关于“凡是经医疗认定因精神或身体官能损坏,不能表达自己的意思,无法自行保障其利益的成年人”的规定,修改后的《德国民法典》第1896条第1款关于“因心理疾患或身体上、精神上或心灵上的残疾而完全或部分地不

能处理其事务的”成年人之规定,很能说明问题。值得一提的是,美国弗吉尼亚州1997年《成年人监护改革法》(The 1997 Guardianship Reform Act)将成年人能力欠缺定义为“缺乏接受或分析信息的能力,或者对于公众、环境、事务缺乏反应,以至于如果没有监护人的协助和保护,其就不能保护自己的人身、健康和安全的,也无法处理自己的财产和经济事务。”^[17]法、德民法典采用的是医疗认定的标准,而英美法系的趋势是采行功能性判断标准,即无能力可以是全部也可以是一部分;无能力是一个法律用语而不是一个医学用语,无能力的判决必须得到有关成年人持续性的基本功能损害的证据支持,同时无能力的判决必须包括:该成年人可能会因为无能力而不足以照顾自己或者管理自己的财产,但年龄、行为怪异、贫穷和医学诊断都不足以单独证明无能力判决的合法性。^⑨《杨稿》第36条就成年监护的适用主体具体列举了精神病人和持续性植物状态人,同时明确了“其他丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人”作为被监护主体^⑩;《王稿》第22条和第25条仅明定“精神障碍患者”和“其他不能辨认或者不能完全辨认自己行为的人”为被监护的主体。笔者以为,成年监护范围的类型化是现代成年监护制度的重要趋势。由此,对适用主体范围的例举,两稿仍执拗于精神层面的障碍者,并且在兜底条款的表述上,暴露此两稿设计的监护制度并未与行为能力制度脱钩,大大限制了成年被监护人的范围,如此,似乎不能因应市场经济发展的需要,也缺乏一定的操作性。《梁稿·亲属编》第1908条第1款规定“照顾是依法对因精神、智力、身体障碍而不能处理自己事务的成年人的人身和财产进行保护的制度。”在论及该立法理由时,其解释到“设置照顾的对象,也不限于‘精神障碍者’,还包括‘智力障碍者’和‘身体障碍者’,统称为‘成年障碍者’。所谓‘智力障碍者’,指智商低下者、弱智者、老龄痴呆者、危重病人等不能进行正常思维判断的成年人;所谓‘身体障碍者’,指视觉障碍者、听觉障碍者、语言障碍者、肢体障碍者、重要器官失去功能者及植物人。”应该说,《梁稿·亲属编》遵循了现代成年监护制度的最新规定,这是值得称道的。然而,起草人同时认为,“鉴于现行民法通则并未设立针对浪费者、酗酒者、赌博成瘾者、毒品成瘾者的‘准禁治产’制度,且现今各国立法例相继废止‘准禁治产’制度,

因此不宜将浪费者、酗酒者、赌博成瘾者、毒品成瘾者纳入成年照顾的对象范围。”^{[8]P405-406}这一理由似乎过于牵强,民法通则和民通意见仅仅规定“精神病人”、“痴呆症”,也并未规定其他“智力障碍者”和“身体障碍者”,而且现今各国立法例也废止了禁治产制度,难道也不宜将这些纳入成年照顾的对象?尽管《梁稿·亲属编》是我们见到的相对全面的成年监护制度适用对象,然而准此而言的缺陷,再加上兜底条款的阙如,不能不说是有些遗憾的。因此,根据现代成年监护制度的最新理念和立法目的,我国成年人监护制度的改革宜进一步扩大成年被监护人的范围,其适用对象宜采用概括加列举的方式进行规制,凡不能自我保护与照顾的人,均可作为被监护人;同时可以采列举的方式明确规定精神障碍者、智力障碍者(如弱智者、智商低下者、自闭症者等)、身体障碍者(如盲聋哑人、危重病人、植物人等)、辨识能力衰退的老年人、因不良嗜好而致辨识能力欠缺者(如吸毒成性者、赌博成性者、酗酒成性者等),均可适用监护制度。

(二)根据成年被监护人的具体辨识能力,设立监护、保佐和辅助等三个层级的监护类型

就其成年人监护而言,罗马早期就以法律的形式规定了监护制度,而且在保护的层级和方式上又分为监护与保佐两种。《十二铜表法》规定的妇女的监护属于典型的法定监护^⑪,从《十二铜表法》至优士丁尼《法学阶梯》,对精神病人、浪费人、弱智者、聋者、哑者、患慢性病者与70岁以上的人,所给予的均是法定保佐。也就是说,在罗马法时代,不仅有了成年监护的法律规定,而且对成年监护有了监护和保佐层级上的区分及其不同的规制。法国、德国、日本等民法典旧法例均是在剥夺或限制成年人行为能力的基础上设计的,因而“监(保)护措施过于僵化,不能适应脆弱成年人的多层次保护需求。而为了最大限度地实现个人自主权就必须增加保护类型”。^⑫成年人保护的方式必须根据保护对象辨识能力的不同情况采取不同的保护模式。

修改后的法国成年人监护制度分为司法特殊保护、保护意义的监护和保护意义的财产管理等三个层级,我国台湾地区新修正的成年人监护制度也分为监护与辅助两个层级。日本修改后的成年人法定监护有三个层级:对于因精神上的障碍而欠缺辨识事理能

力且已经处于常态的人”,可以实行监护;“对于因精神上的障碍而辨识能力明显不足的人”,可以实行保佐;“对于因精神上的障碍而辨识事理能力不足的人”,可以实行辅助。这些国家或地区对法定监护层次均进行了类型化,即“针对脆弱的成年人所残留的意思能力的不同程度,划定本人的自治范围”。^[5]然而,德国废弃原来的“监护、辅助”二元保护方式改采“照管”一种类型。“德国民法规定的措施只有一种——照管,在形式上尽管不作区分,实则是最广泛的类型。它以权利侵害最小化的方式最大化地满足障碍者的保护需求,堪称贯彻比例原则的典范,显示了公权力的立法和司法在行使时确保自治与他治的平衡。”^[5]我国现行民法通则和民通意见对成年监护措施未作区分,保护层级单一化,既不同于日本等国的多元化层级,也异于德国的“照管”一元化,其无视成年障碍者具体辨识能力的差异,过分限缩了本人的基本自由。《王稿》因袭了我国民法通则关于成年监护保护层级单一化的规定。《梁稿·亲属编》借鉴德国“照管法”的规定,其“成年人照顾”的一元化制度也不适合我国当今的国情和法官素质的现状。《杨稿》在第36条“成年监护”的基础上,又在第40条规定了“障碍人的照管”,其第1款规定:成年人因心理疾患或者身体上或者心灵上的障碍而不能处理其事务的,法院根据该成年人或其近亲属的申请,或者依照职权,为其选任照管人。第3款继续规定:照管人仅在必要范围内处理被照管人事务,照管人处理被照管人事务应当尊重被照管人的意愿,以符合被照顾人最佳利益的方式进行,照管人在照管事务范围内代理被照顾人进行法律行为。然而第2款关于“成年人因身体上的残疾而不能处理其事务的,可以申请选任照管人,但不能准确表达其意思的除外”之规定,似乎与第1款有重复之嫌,且实在看不出有什么必要,第1款的规定已包括“身体上的残疾者”。《杨稿》既规定一体化的成年监护制度,又借鉴德国法的一元化“照管”名称,使得法条内部也不太和谐与协调。笔者以为,日本的分类层级,可资借鉴。根据我国成年被监护人的具体辨识能力程度,设立监护、保佐和辅助等三个层级的监护类型:对缺乏辨识能力无法全部处理自己事务且处于常态的,实行监护;对辨识能力明显不足不能处理自己部分事务的,实行保佐;对辨识能力不足不能处理自己特定事务的,实行辅助。诚

然,“不管采用何种类型的监护措施,都不应当剥夺被监护人为日常生活必须行为的行为能力,以及单纯获益行为的行为能力。”^{[18]P119}

(三) 增设意定监护种类,并明定意定监护优先于法定监护适用

根据修正后的德国民法典第1896条规定的精神,“因心理疾患或身体上、精神上或心灵上的残疾而完全或部分地不能处理其事务”者,“在其有行为能力时,以法律行为给予其配偶、子女或其他可受信赖人以授权,在自己丧失行为能力之际,由受托人代理活动。”^{[9]P260}这里蕴藏着意定监护的原则。例如,95岁的某男子身体尚佳,但因年事已高,经常神情恍惚,不能处理自己的事务。其65岁的女儿身体和精神都很好,且愿意照顾他和他的财产。在此种情形,照管法院可以根据该男子的申请选任其女儿为照管人。^⑬日本以民事特别法的形式专门规定了任意监护制度,2000年《日本任意监护法》第2条第1款规定:“任意监护合同是委任人对受任人的委托合同,当本人由于精神障碍而事理辨识能力变得不充分时,本人将自己生活、疗养看护及与财产管理相关事务的全部或一部分委托受任人,并就委托事务赋予受任人以代理权”。其第3条还规定“任意监护合同必须以法务省令确定的公证证书形式订立。”^{[8]P414}“通过完善监督制度等,使得本人能够为了日后而安心地将自己的监护事务托付给特定的人,授予其必要的代理权的制度,便是任意监护制度。”在日本学者山本敬三看来,“实际的判断能力处于不足状态时,有法定监护。可是,在发展到这一步之前,如果能有备于日后判断能力的不足,将自己的有关生活、疗养护理的事务托付给特定的人,那么本人的自己决定就能更好地得以实现。”^{[19]P52}在普通法上,意定监护被称为持续性代理制度,根据美国《持续性代理权授予法》(Uniform Durable Power of Attorney Act 1979)第1条的规定,“持续代理权是,本人以书面形式指定代理人,该代理人的代理权不受本人无行为能力、精神障碍或者时间的影响,或者当本人无行为能力时该代理权开始生效,除非指定了结束时间,代理权的效力自设立开始,不受时间限制。”^[20]美国、英国、新西兰和澳大利亚等普通法系国家均引进了该制度。由此,意定监护制度是现代成年监护制度变革的共同选择。

所谓意定监护,“系指基于当事人的意思表示而

成立,并就监护人的选定、监护事务与监护(代理)权限等,由当事人自己决定的委任监护契约。易言之,本人在能力完全时,通过委任契约,预先为自己能力不足时的生活(尤其是老年)做出安排,以确保年老时的生活符合自己的意愿。”^[5]我国民法通则仅规定了法定监护和选任监护等方式,忽略了成年的被监护人的自主权与残余能力,尽管《老年人权益保障法》第26条有了“协商确定监护人”的规定,但不尽完备。^⑭值得肯定的是,无论《杨稿》^⑮、《王稿》^⑯还是《梁稿·亲属编》^⑰均有意定监护的规定。然而,《杨稿》、《王稿》均没有“剪断”成年监护制度与民事行为能力的关联,强调以“具备完全民事行为能力的成年人”为设定意定监护的前置条件,并以“丧失或者部分丧失民事行为能力”作为意定监护生效的重要时点,这不能不说是一个败点。根据意思自治的原则,应当充分尊重被监护人的意愿,允许被监护人在有意识能力时签订监护合同,且该合同成立生效的时点“为本人意思能力衰退,不能处理自己的事务时”。成年监护制度中即使法定监护制度非常完备,如果没有意定监护制度作为补充,也不可能成为完整的成年监护制度。因此,完善我国成年监护制度时,宜进一步明确规定意定监护,并明定意定监护优先于法定监护适用。

(四) 明确监护监督人的范围,规定监护监督人的职责

我国《民法通则》第18条第1款规定“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。”其第3款继续规定“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格。”我国现行民事立法关于成年人监护的监督制度内容相对模糊,没有事前与事中的监督机制,事后的监督也缺乏具体的实施细则,可操作性不强。缺乏监督的机制是缺乏生命力的,甚至是没有生命力的。罗马法时期的监护监督制度尽管是现代监护监督制度的雏形,但在当时的历史背景下确是富有成效的。关于“监护人、保佐人在履行其职责时必须站在被监护人、被保佐人的立场诚实地保护被监护人、被保佐的利益”之规定,以及“监护人滥用职权行

为的法律救济措施”的规定,^[21]对于今天的我们仍有借鉴意义与参考价值。设立专门的监督人或监督机关也是现代各国与地区民事立法的通例。如《法国民法典》第454条规定“如设置了亲属会议,除保留亲属会议的权力之外,法官认为有必要时,可以指定一名财产管理监督人或监护监督人。如财产管理人或监护人是受保护人的一亲系中的血亲或姻亲,应尽量从另一亲系中选任财产管理监督人或监护监督人。”^{[13]P107}《日本民法典》明确规定了成年监护监督人的选任、职务,为了确保监护监督的成效,其第850条还特别规定“监护人的配偶、直系血亲及兄弟姐妹不能担任监护监督人。”^{[22]P7}德国民法还专门规定了家庭法院作为监护监督人的义务与责任。

“从理论上讲,监护制度对本人的保护,是以限制基本权利和自由为前提,以干预其日常事务为手段的,因而监护对本人而言,如同一把双刃剑,从而也决定了监督的必要性。从实践上看,本人一旦欠缺能力便无法监督监护人(保佐人、辅助人、委任监护人),失去了监督与控制的监护人(代理人),在执行职务时全靠自己的道德良知。在缺乏监督的真空地带,监护权的滥用极易滋生。”^[5]监护人履行监护职责,通过限制、干涉被监护人基本权利和自由以实现对利益的保护。成年障碍者自身欠缺辨别能力,如若没有第三方的监督,极易滋生监护权的滥用。《杨稿》不仅规定了意定监护,而且还规定了意定监护的监督人,其第38条[意定监护的监督人]明确规定:成年人可以依照自己的意思,选任监护监督人,并与其签订委托监护监督合同。该监护监督合同在委托监护合同生效的同时生效。监护监督合同生效后,受委托的监护监督人有权监督意定监护人的监护行为。其第44条[监护监督机构]继续规定:被监护人的所在单位、居民委员会、村民委员会为监护监督机构,对于监护人履行义务状况进行监督。各级政府的民政部门为国家的监护监督机构,负责监督监护人的监护行为,保护被监护人的合法权益。由此,《杨稿》既规定了意定监护监督人,还规定了监护人的所在单位、居民委员会、村民委员会为法定监护监督机构,各级政府的民政部门为法定国家的监护监督机构。《梁稿·亲属编》第1914条首先规定了“照顾监督人”的范围和顺序,有意定照顾监督人的先意定照顾监护人,没有的则适用法定照顾监督人,即与被照顾

人血缘关系最近的有监督能力的人为第二顺序的照顾监督人,没有与被照顾人血缘关系最近的有监督能力的人,则由当地民政部门或者社会保障部门担任第三顺序照顾监督人。^⑩不仅如此,其第1915条还规定了“照顾监督人的职责”^⑪。相比较而言,《王稿》仅在第34条原则性规定了“国家的监督、保障”,即“居民委员会、村民委员会或者民政部门以及其设立的救助保护机构履行监护职责,国家应当进行监督、提供保障”,实为缺漏。为此,为贯彻成年监护制度的立法目的,督促监护人真正履行监护职责,妥当保护成年障碍者的权益,一是应建立以监护监督人为主、监护监督机构为辅的双重监督体制,明定被监护人的配偶、直系血亲、兄弟姐妹、律师及亲朋好友等可以担任

监护人,但监护人的配偶、直系血亲及兄弟姐妹不能担任监护监督人,被监护人可以意定监护监督人,有意定监护监督人必须优先适用;同时明定人民法院、民政部门、村民委员会、街道社区作为监护监督机构,强化国家公权力和社会力量直接介入监护监督事务。二是应采列举的方式明确规定监护监督的职责,诸如监督监护人是否站在被监护人的立场上忠实地履行监督保护义务;在监护人缺位时请求人民法院立即选任监护人;当监护人滥用职权时代理被监护人请求司法救济等。由此,通过建立相对完善的对监护人的监督制度,有助于防止监护的伦理风险,从而更好地实现成年人监护的目的。

注释:

① 《杨稿》和《王稿》均在民法总则部分对监护特别是成年监护制度进行了规定,《梁稿》在民法总则部分未对成年监护制度做出规定,而是在其《亲属编》对成年监护制度做了详尽的规定。所以,本文研究成年监护制度,是以《杨稿》、《王稿》和《梁稿·亲属编》为蓝本进行比较分析的。

② <http://politics.people.com.cn/n/2015/0226/c1001-26602192-6.html> 2015年5月27日访问。

③ 数据来源于《2014年度中国老龄事业发展统计报告》<http://baike.baidu.com/view/509361.htm?fr=aladdin> 2014年8月31日访问。

④ <http://disable.yam.org.tw/book/export/html/554> 2015年7月16日访问。

⑤ 参见陈卫佐译《德国民法典》法律出版社2010年版,第535页注释[10]。

⑥ 参见李霞《成年监护制度的现代转向》,《中国法学》2015年第2期;李昊《大陆法系国家(地区)成人年监护制度改革简论》,《环球法律评论》2013年第1期。

⑦ 《十二铜表法》第五表“监护法”第7条A规定“若有人发疯,则其近亲或其同族人享有对其本人及其财产的权力。”第7条B继续规定“浪荡子不得管理其本人之财产”;“禁治产之疯子及浪荡子,应受其父系近亲之监护。”参见《世界著名法典汉译丛书》编委会《十二铜表法》法律出版社2000年版,第18页。

⑧ 至优士丁尼时期,除了精神病人和浪费人,“而对弱智者、聋者、哑者和患慢性病者,由于他们不能经得起自己的事务,也须为他们指定保佐人。”参见[古罗马]优士丁尼《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第87页。不仅如此,当时还有了对70岁以上高龄者实施监护或保佐的规定,罗马人把高龄者看作为体力行为能力不足者,优士丁尼I.1.25.13曾规定“70岁以上的人可使自己豁免监护或保佐”,“因为被认为在自己事务的管理上都需要他人帮助、在他人的管理下的人,承担对他人的监护或保佐,是不合理的。”参见[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第98-99页。

⑨ See John E. Donaldson, Reform of Adult Guardianship Law, University of Richmond Law Review (1998) p. 1281.

⑩ 《杨稿》既规定了成年监护,也于第40条规定了“障碍人的照管”,将“因心理疾患或者身体上、精神上或者心灵上的障碍而不能处理其事务的”成年人列为被照管人。

⑪ 《十二铜表法》第五表“监护法”第1条规定“甚至成年女子,因其生性轻佻,也应予以监护……惟独维斯塔女尼可以例外,古罗马人尊重其圣职,故彼等可以免受监护。”《世界著名法典汉译丛书》编委会《十二铜表法》,法律出版社2000年版,第15页。

⑫ See Carolyn L. Dessin, Financial Abuse of the Elderly: Is the Solution A Problem? 34 McGeorge Law Review 267 (2003). 转引自李霞《成年监护制度的现代转向》,《中国法学》2015年第2期。

⑬ 参见陈卫佐译《德国民法典》法律出版社2010年版,第536页注释[11]。

⑭ 《老年人权益保障法》第26条规定“具备完全民事行为能力的老年人,可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时,依法承担监护责任。”

⑮ 《杨稿》第37条[成年人意定监护]:成年人可以依照自己的意思选择监护人,并与其签订委托监护合同,将本人的人身、财产监护权,全部或者部分授予监护人,约定该合同在本人丧失或者部分丧失行为能力的事实发生后生效。

⑯ 《王稿》第26条[成年协议监护]:具备完全民事行为能力的成年人,可以就自己的日常生活、医疗护理、财产管理等事务的部分或者全部,与自己信赖的自然人、法人或者其他组织协商,确定自己的监护人。监护人在成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时,承担监护责任。

⑰ 《梁稿·亲属编》第1911条[根据委托照顾合同指定照顾人]:成年人在有意能力时,可以与受托人订立委托照顾合同,约定于本人意思能力衰退,不能处理自己的事务时,由受托人处理自己生活、医疗看护及财产管理事务的全部或一部,并就委托事务授予受托人代理权。

⑱ 《梁稿·亲属编》第1914条[照顾监督人]:下列人员或者机构为照顾监督人:(一)被照顾人在委托照顾合同中指定的照顾监督人;(二)与被照顾人血缘关系最近的有监督能力的人,但担任照顾人的除外;(三)被照顾人住所地的民政部门或者社会保障部门。民政部门或者社会保障部门担任照顾人的,其上一级主管部门为照顾监督人。

①9 第1915条[照顾监督人的职责]:照顾监督人的职责如下:(一)监督照顾人的事务,必要时要求照顾人报告照顾有关事宜;(二)当缺少照顾人时,应立即向人民法院提出申请;(三)当照顾人或其代理人与被照顾人为法律行为时,代理被照顾人。

参考文献:

- [1] 杨立新. 我国老年监护制度的立法突破及相关问题[J]. 法学研究, 2013, 2.
- [2] [日]宇田川幸则. 浅论日本关于成年人监护制度的修改[A]. 于渠涛主编. 中日民法研究(第一卷)[A]. 法律出版社, 2003.
- [3] 陈苇, 姜大伟. 现代成年人监护制度的立法变革及启示——以法律价值分析为视角[J]. 中华女子学院学报, 2014, 1.
- [4] 赵虎, 张继承. 成年人监护制度之反思[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2011, 2.
- [5] 李霞. 成年监护制度的现代转向[J]. 中国法学, 2015, 2.
- [6] [日]近江幸治. 民法讲义I 民法总则(第6版补订)[M]. 渠涛, 等译. 北京大学出版社, 2015.
- [7] 陈苇, 李欣. 私法自治、国家义务与社会责任——成年监护制度的立法趋势与中国启示[J]. 学术界, 2012, 1.
- [8] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由·亲属编[M]. 北京: 法律出版社, 2013.
- [9] 龙卫球. 民法总论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [10] [德]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上册)[M]. 王晓晔, 等译. 法律出版社, 2003.
- [11] 黄立. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [12] 郑玉波. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [13] 罗结珍译. 法国民法典[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [14] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [15] 陈卫佐译. 德国民法典[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [16] 李昊. 大陆法系国家(地区)成年人监护制度改革简论[J]. 环球法律评论, 2013, 1.
- [17] 余纯虞, 振武. 成年人监护适用对象比较研究[J]. 理论月刊, 2006, 6.
- [18] 史浩明. 中国民事法律制度继承与创新[M]. 北京: 人民法院出版社, 2006.
- [19] [日]山本敬三. 民法讲义[M]. 解亘译. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [20] 李霞. 意定监护制度论纲[J]. 法学, 2011, 4.
- [21] 焦富民. 罗马法成年人监护制度的设计及其启示[J]. 审判研究, 2014, 3.
- [22] 渠涛编译. 日本民法典[M]. 北京: 法律出版社, 2006.

The Adult Guardianship System in the Perspective of the General Principles of Civil Law Codification

Jiao fu-min

(Nanjing University of Finance & Economy, Nanjing Jiangsu 210023)

【Abstract】Facing the new concept of the aging society reality demand and disabled welfare internal driving, China's general principles of civil law codification to reshape the modern adult guardianship system provides the opportunity. The core of the construction of the modern adult guardianship system is to decouple the adult guardianship system and the behavior of the guardian. The main contents include, expand the range of persons under guardianship, those who can not take care of self protection and people can be used as a guardian, and explicitly enumerate provisions for bad habits and lack of capacity can be used to identify the guardianship system of persons with mental disorders, mental disorders, physical disabilities, the elderly, the ability to identify the recession; is the specific identification ability of guardian according to the adult guardianship, guardianship type, set up curatio and auxiliary three levels; additional guardianship, guardianship and grant priority to legal guardianship application; to establish monitoring supervision, monitoring and oversight bodies as the dual supervision system, to list the way of clearing monitoring the duty of supervision.

【Key words】adult guardianship; identification ability; monitoring level; intended guardianship

(责任编辑:唐艳秋)