

文章编号: 1674-5205(2017)03-0131-(010)

# 论行为能力制度和新型成年监护制度的协调

## ——兼评《中华人民共和国民法总则》的制度安排

李国强

(吉林大学法学院,吉林 长春 130012)

**〔摘要〕** 简单类型化的成年人行为能力欠缺制度随着社会的发展尤其是老龄化社会的到来凸显出诸多问题,并且和联合国《残疾人权利公约》第12条规定相悖,应予修改,替代其功能的是新型成年监护制度。《民法总则》应该从理念上确认属于协助决策模式的新类型成年监护制度,通过援助成年障碍者利用残存的判断能力进行决定而实现其利益。在具体交易场合,成年被监护人需要监护人帮助其完成自主意思的表达,从而以具体法律关系中判断意思能力的规则代替成年人行为能力欠缺的认定,依据被监护人行为时的具体精神状况确定其所为法律行为的效力。

**〔关键词〕** 行为能力;成年监护;《民法总则》;《残疾人权利公约》;意思能力

**Abstract:** With the development of society, especially the aging society's advent, simple typed system of adult lack of capacity exposes many problems and it should be amended for its contrary to the article 12 of the United Nations' "Convention on the Rights of Persons with Disabilities" and should be replaced by a new adult guardianship system. "General Principles of Civil Law" should confirm the new type of adult guardianship system which belongs to a model of assistance of decision from the concept and help the adult disabilities make decisions to realize their interests by using their remaining judgment. In the specific transaction situation, the adult person under guardianship need the guardian to help him complete expression of autonomous meaning and we should replace the identification of adult lack of capacity by the rules of judging capacity of will in specific legal relationship and determine the effectiveness of legal acts according to the specific mental state when ward acts.

**Key Words:** Capacity for act; Adult guardianship; General Principles of Civil Law; Convention on the Rights of Person with Disabilities; Capacity of will

中图分类号: DF51 文献标识码: A

### 引言

行为能力制度确定自然人以自己的意识进行法律行为的度量条件,民法制度在传统上以年龄为限界标准,确定成年人具有完全的行为能力,再以年龄为标准将未成年人区分为限制行为能力人和无行为能力人<sup>①</sup>。当然,年龄标准不是行为能力实质的判断标准,因为行为能力制度的真正目的在于:其一,对心智发育不健全的人予以特别保护,使其不因自己的轻率行为而蒙受损失;其二,同时又将不具备成熟理智者排除在

其能力不能承担的民事活动之外,以免因其误入而又不能承担责任的状况发生,影响与其发生法律关系者的利益,从而保护交易安全。按照上述逻辑,传统民法再把心智能力不健全的成年人依据条件宣告为无行为能力或限制行为能力人<sup>②</sup>。但是,随着社会的发展尤其是老龄化社会的到来,民法传统上的类型化的成年人行为能力欠缺宣告制度不足以应对诸多社会问题,因此各国(地区)民事立法对此有所反应,从1968年法国废

收稿日期: 2016-05-09

基金项目: 吉林大学哲学社会科学青年学术领袖培育计划项目(2016FRLX14)“民法典编纂中的前沿问题研究”;吉林大学基本科研业务费项目(2010JC034)“人口老龄化与成年人监护制度的完善”

作者简介: 李国强(1978—),男,辽宁大连人,法学博士,吉林大学法学院教授、博士生导师。

<sup>①</sup> 依据年龄再区分为无行为能力人和限制行为能力人两种类型的做法并非各国所通用,《日本民法典》对于未成年人只有限制行为能力的规定,而《德国民法典》和《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)则再区分为无行为能力和限制行为能力,《民法总则》也继续坚持了《民法通则》的做法。

<sup>②</sup> 我国《民法总则》第21条、22条和第24条规定了确定成年人为无行为能力人和限制行为能力人的条件。有的国家立法虽然没有无行为能力人和限制行为能力人的区分,但是规定了大致相当的禁治产人和准禁治产人,也可统称为行为能力欠缺的成年人。

除禁治产人的制度开始<sup>①</sup>，德国在 1990 年、日本在 1999 年、我国台湾地区在 2009 年、韩国在 2011 年均废除了禁治产人和准禁治产人制度。另外，限制心智力不健全的残疾人的行为能力，与残疾人权利保障和尊重残疾人自我决定权的理念严重不符，尤其是中国在 2008 年已经批准了《联合国残疾人权利公约》，该公约第 12 条就规定应该确认残疾人平等的享有“法律能力(legal capacity)”，由此相关法律均应修改以符合该公约的规定。

所以，本文拟从明确简单类型化的成年人行为能力欠缺制度存在的问题入手，进而论证在功能上取代成年人行为能力欠缺制度的新型成年监护制度的构成，再通过对意思能力规则的解读协调行为能力制度和新型成年监护制度的关系，并且在民法典编纂的背景下，对不久前全国人民代表大会十二届五次会议通过的《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)中的行为能力制度和新型成年监护制度协调问题予以评价。

### 一、简单类型化的成年人行为能力欠缺宣告制度应予修改

民法传统上的制度安排是按照成年人的精神状况宣告其丧失或限制行为能力，《民法总则》基本上沿袭这种传统的制度安排。但简单类型化的成年人行为能力欠缺宣告制度随着社会的发展凸显出诸多问题，如前所述，多国(地区)废除了成年人行为能力欠缺制度。从各国(地区)修改法律的过程看，废除成年人行为能力欠缺宣告制度主要有以下三个方面理由：

(一) 简单类型化的成年人行为能力欠缺宣告制度的固有缺陷

从自然人个体的角度看，一个人的判断能力的状况需要结合具体交易场合的条件才能确定，并不能一概而论的说成年人在每个交易场合都具有相应的判断能力，反之亦然。但是传统民法的法律行为制度规范的交易行为却具有普遍性，按照德国学者的说法，“一个人在从事每一项法律行为之前，不可能对行为相对人或行为对方进行某种形式的‘成熟测试’”。<sup>(1)410</sup>而且从减少具体操作成本的角度考虑，在法律上提出抽象的标准以供司法实践中普遍适用也是解决问题的简单可行的方案。民法的传统做法是将一个人心智力状况与他的精神健全情况联系起来，提出法律上的类型化的判断标准。我国学者多认为，现代世界各国对自然人行为能力类型化的划分标准是以所谓意思能力的状况为标准的，即以自然人是否具有正确的识别事物或判断事物的能力为总的标准<sup>②</sup>。进而在成年人中又进一步确认精神障碍者为丧失行为能力的人。民法传统上的这种简单类型化的做法为司法实践提供可便利适用的规则，但是这种制度在创设之初就表现出固有的缺陷，而且随着社会的发展还被逐渐放大。

第一，成年人个体的特殊性和宣告制度的普遍性之间存在矛盾。从具体个体的心智力状况看，未成年人虽有早熟的情况存在，但是心智不成熟的情况大体相当。当然，法律还会为其预留缓冲的空间，例如《民法总则》第 18 条第 2 款的规定。但是成年人欠缺判断能力则会依据个体差异以及交易场合的不同而千差万别，仅就程度而言也可能多种多样，比如精

神障碍患者，即使不是间歇性的，很多情况下他们仍然对某些事物有着或多或少的认知能力，而对好转或缓解不全的精神障碍者行为能力的评定更是医学上较难的问题，应综合判断其具体民事法律行为是否受精神症状的影响。<sup>(2)</sup>但是传统民法的成年人行为能力欠缺制度却无视这种个体差异，从而造成对于被宣告为行为能力欠缺的成年人进行过度保护的可能。即使被宣告行为能力欠缺的成年人还残存一定的判断能力，或者在具体交易的场合是完全具备充分判断能力的，但是由于其已经被宣告欠缺行为能力，所以仍不能由自己决定，使本该能自己完成的法律行为必须交给他人决定，从而不必要地限制了合同自由，缺乏对本人自我决定权的尊重，而其监护人(法定代理人)的意思有时候也可能并不符合本人的利益需求。虽然无论《民法通则》第 13 条还是《民法总则》第 22 条都规定成年限制行为能力人可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动，但是《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 47 条又确认限制行为能力人订立的合同是效力待定，需要其法定代理人追认，其实质并没有尊重限制行为能力人残存判定能力的事实。因此可以说，宣告制度缺乏深刻的理由，并不能达到维护精神障碍者利益的初衷，对成年人存在精神障碍时，过分限缩本人自我决定的机会，忽略本人剩余判断能力的存在，不利于加强对本人利益的最佳保护<sup>③</sup>。另外，从相反的方面看，由于类型化的宣告制度有严格的法定条件和程序，所以会导致没有被宣告行为能力欠缺的成年人，即使不具备足够的判断能力，也得不到帮助和保护，尤其是心智能力逐渐衰退的老年人会因此陷入交易的不利境地。

第二，成年人行为能力欠缺宣告方式侵袭了隐私空间，导致了适格者的排斥。传统民法规定成年人行为能力欠缺均需以宣告方式进行，通过法院的特别程序再加上特定方式进行公示<sup>④</sup>。一经宣告即被视为弱者对待，这种宣告方式及其必

① 法国通过 1968 年 1 月 3 日第 68-5 号法律，废除了《法国民法典》原先的关于禁治产和准禁治产宣告制度。可以比较李浩培等译《拿破仑民法典》，商务印书馆 1979 年版；以及罗结珍译《法国民法典》，法律出版社 2005 年版，这两个版本关于第 1 编第 11 章第 2 节规定明显不同。

② 相关内容参见马俊驹、余延满《民法原论》(第四版)，法律出版社 2010 年版，第 89 页；李霞《论成年非完全行为能力人的类型及其法律行为之效力》，《政法论丛》2010 年第 5 期，第 18 页。

③ 参见龙卫球《民法总论》，中国法制出版社 2002 年版，第 230 页。〔日〕山本敬三《民法讲义 I 总则》(第三版)，北京大学出版社 2012 年版，第 34 页。

④ 如 2000 年《日本民法典》修改前对于禁治产和准禁治产宣告，应当通过户籍公示是否被剥夺或限制了行为能力，参见〔日〕山本敬三《民法讲义 I 总则》(第三版)，北京大学出版社 2012 年版，第 34 页。再比如 1968 年修改前的《法国民法典》第 501 条规定：宣告禁治产或任命辅助人的第一审和第二审判决，基于原告的申请，应做成并送达于当事人，且在 10 日的期间内，揭贴于公判庭及当地公证人事务所悬挂的揭示牌，参见李浩培等译《拿破仑民法典》，商务印书馆 1979 年版。

须的公示有可能与个人的隐私相抵触<sup>①</sup>。首先被宣告者本人不想使自己被当成不正常的人的情况为外人所知。其次按照传统家庭观念来说,保护判断能力不足的人并代为管理财产应是亲属的义务,亲属对于成年人出现判断能力低下的情况,往往选择不通过繁琐的宣告方式来解决,同时还担心被宣告后的公示会导致判断能力低下的人受到歧视。在我国,宣告制度虽没有规定须在户籍进行登记公示,但仍因为宣告特别程序本身的公示色彩而受到适格者排斥,更因为传统家庭照顾残疾人的生活方式的限制,也无需通过宣告行为能力欠缺就可以对心智能力低下的亲属进行照顾和保护。笔者以“行为能力和限制行为能力”为案由对北大法宝的案例库进行搜索,涉及到成年人行为能力的案例较少,只有303件<sup>②</sup>,这与现实中符合行为能力欠缺宣告条件的适格者的人数远远不成比例,可以认为大量符合宣告条件的成年人并没有被申请宣告行为能力欠缺。而通过这些案件裁判依据的比较还会发现,由于申请宣告行为能力欠缺需要进行精神状态的司法鉴定等程序,心智能力出现问题的成年人的亲属如果不是在对管理被监护人财产发生争议的情况下,一般不会申请行为能力欠缺宣告的特别程序,自然也不能实现该制度设计的保护目的。总而言之,在我国,成年人行为能力欠缺宣告制度是一定程度上被闲置的制度。

## (二) 行为能力欠缺宣告制度不适应老龄化社会到来的冲击

我国从20世纪70年代实行计划生育制度以来,随着人口出生率的下降和人口平均寿命的增长,老龄人口的比重迅速上升。从1982年到1990年老龄人口增长26%,而同期中国人口只增长了13%。<sup>(3)</sup>按照统计数字,2001年我国65岁以上的老年人占总人口的比重已经达到7.1%,这标志着我国此时已经进入老龄化社会。<sup>(4)</sup>不仅在我国,第二次世界大战以后,世界上很多国家(主要是发达国家)都面临老龄化社会到来的问题。例如日本,1970年65岁以上的老人已占总人口的7%(老龄化社会的标准),到1995年所占比例高达14%,而2005年这一比例正在突破20%,到2012年老年人口已占总人口的24.1%。<sup>(5)</sup>人口老龄化仅为表象,其所反映的问题是:社会经济的发展导致社会结构的变化和人们意识的改变,家族纽带和家族观念进一步弱化,并且个人权利意识不断高涨,需要保护和照顾的老年人不断增多,但是传统的行为能力欠缺宣告制度和成年监护制度都不能与此社会背景相适应。

第一,老年人心智状态和判断能力的特征要求改变成年人行为能力欠缺宣告制度。通常老年人会随着年龄的增长而心智状态衰退,判断能力逐渐下降。不能一概而论地说老年人到一定年龄会出现“早期老年痴呆”<sup>③</sup>的症状,但是确实会表现出类似的心智状态衰退的表现,此时老年人客观上需要有人帮助其完成自主意思的表达,但却不能因此而认定老年人符合成年人行为能力欠缺宣告的条件。正如美国学者理查德·波斯纳所阐述“如果仅仅因为证实一个人有最早期老年痴呆症的症状,例如偶尔不辨方向、失去短期记忆等,就认定这个人没有能力改变遗嘱、签订租约、在法庭上作证、因犯罪行为遭起诉,这将是荒谬的。同样,如果给一个连自己最亲近

的家人都不认识的人以法律能力或责任也是荒谬的。但是如何在连接这两个极端的线条上划出分界线?老年痴呆症的持续增加使这成了一个紧迫的问题。”<sup>(6)</sup><sup>370</sup>与上述内容类似的情况,老年人即使没有罹患老年痴呆症,因为身体机能的退化,老年人的判断能力也呈现递减的趋势而不是一下子消失,但是几乎所有的老年人对自己判断能力的逐渐下降是没有感觉和拒绝承认的,他们与未成年人相比有较强的自我表达意识,会坚持由自己来完成意思表达为法律行为,即使老年人的亲属想要通过行为能力欠缺宣告制度为其设置监护也不可能。首先,老年人本身不会允许别人剥夺自己的行为能力,即使他已经经常性地表现出糊涂的特征。其次,老年人的精神状态很难符合传统民法为行为能力欠缺宣告制度设定的条件,因为传统宣告制度以医学鉴定为标准,而在老年人很难确定完全丧失或部分丧失判定能力,只是表现出判定能力的下降。

第二,社会保障体制的变革和创新养老方式导致制度更新的要求。老龄化社会背景下的养老已经成为一个制度难题,世界各国在低生育率的情况下都要求建立新的社会保障体制和社会养老制度。在我国,几千年传统的“养儿防老”的观念已经为时代所淘汰,尤其在实行计划生育政策的情况下,基于少子化和大量“核心家庭”的现实,可以预见家庭养老为主的现行养老体制必然崩塌<sup>④</sup>。社会保障体制变革促使公权力介入传统民法自留地的成年人监护领域,而创新养老方式也会要求民法制度必须能够兼容协调。例如日本的护理保险制度,需要护理的人要利用护理服务就必须申请需要护理的认定,并根据需要订立护理服务合同,对于判断能力不足的老年人来说,在尊重自主意思前提下有人能帮助做这种申请和缔结合同的制度就必不可少了。<sup>(7)</sup><sup>31</sup>这种情况下的关键问题是从老年人的切身利益出发,而帮助其完成这些事务的人既可以是老年人的亲属也可以是社会工作人员,此时老年人残存的判断能力的表达和社会工作人员等人的帮助应该构成

① 在日本,禁治产的用词不仅给人不好的印象,而且被宣告禁治产的人在民法以外的法律中还要受到选择工作、营业自由、选举权等各方面的限制,因此更加助长了人们对这类人等的偏见。参见渠涛编译《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第426页。

② 数据来源北大法宝: <http://vip.chinalawinfo.com/case/Result.asp?SFlag=11> 2016年9月27日访问。也有学者统计,2010年广州基层法院民一庭受理民事案件29,132件,其中申请行为能力欠缺宣告案件仅有95件,同时期广州有精神障碍患者40万人。参见余正源《认定公民无民事行为能力程序的立法检讨与立法完善之价值》,《法治论坛》2011年第2期,第324页。

③ “老年痴呆症”是“阿尔茨海默病”的俗称,是一种起病隐匿的进行性发展的神经系统退行性疾病。临床上以记忆障碍、失语、失用、失认、视空间技能损害、执行功能障碍以及人格和行为改变等全面性痴呆表现为特征,病因迄今未明。65岁以前发病者,称早老性痴呆;65岁以后发病者称老年性痴呆。参见百度百科“阿尔茨海默病词条”, <http://baike.baidu.com/link?url=09tQFdlQckilcieEejgfvWT84cr9t9ROS7gvUsM-B84q0R5mcjvWuiSx9jL7xVt> 2016年9月25日访问。

④ 笔者在长春市高新技术产业开发区的两个社区随机做调查发现,在经济状况较好的老年家庭,虽然子女不在身边,但是通过社区工作人员辅助做一些事项,基本可以满足老人在医疗等方面做出正确意志表达。当然,这种情况是否普遍,笔者不敢做一般判断。

制度规范的主要内容,而传统或有或无的成年人行为能力欠缺宣告制度显然不能适应这种情况。

(三) 行为能力欠缺宣告制度违反联合国《残疾人权利公约》的要求

传统民法上成年监护的对象为精神障碍者,主要包括智力残疾者。由于残疾人保护理念和制度的更新,也要求废除成年人行为能力欠缺宣告制度。中国在2008年批准了联合国《残疾人权利公约》,该公约第12条“在法律面前获得平等承认”以一种看似简单的表达对缔约国提出了以下要求“缔约国应当确认残疾人在生活的各方面在与其他人平等的基础上享有法律能力(legal capacity)。”根据与第12条相关的谈判过程和讨论记录可以看出,“法律能力(legal capacity)”一词不仅意味着“拥有权利的能力(the capacity to have rights)”,也包含了“行动或行使权利的能力(the capacity to act or exercise one's rights)”。<sup>(8)63</sup>近代以来,各国法律都普遍赋予自然人无差别的平等权利能力,再对保护权利能力予以宣示没有实际意义,所以该公约第12条的“法律能力”绝不限于权利能力而应该包括行为能力。尤其需要提到,2012年9月公布的《联合国残疾人权利委员会对中国履行〈残疾人权利公约〉的审议结论》中,对于第12条履行情况的意见是:委员会督促缔约国采取措施废除法律、政策和实践允许监护和托管成年人的规则,采取立法行动取代现行规则以尊重人的自主选择权。其后,联合国残疾人权利委员会在2014年5月公布的关于联合国残疾人权利公约一般注释第1号中,确定法律能力的含义是享有权利和义务并且可以行使权利和义务的能力,从而可以确定残疾人行使权利和义务的能力即行为能力是不能限制的,并进一步要求对于残疾人以自己的意思能力参与法律关系给予援助。事实上的判断能力和法律上的能力是完全不同的概念,即使事实上判断能力不足,也应该承认享有法律能力,在享有法律能力的前提下,通过援助方式使判断能力不足的成年人能自己为交易行为。因此,通过宣告成年人行为能力欠缺以保护残疾人的制度和《残疾人权利公约》第12条的内容是相违背的。<sup>(9)127</sup>

《残疾人权利公约》奉行的是“平常化(Normalization)”和“对自我决定权的尊重”的理念,这是20世纪中期以来,国际社会流行的关于残疾人福利方面的新理念<sup>①</sup>。落实到具体制度即要求从监护制度转向协助决策制度,按照美国学者Robert D. Dinerstein的观点,传统的“完全监护制度的本意是为残疾人提供保护,但有许多例子表明监护人可能滥用监护权,忽略被监护人,或者无法有效保护被监护人权益”。<sup>(8)67</sup>而《残疾人权利公约》要求的“协助决策制度”则保留了残疾人作为首要决策者的地位,通过他人(或法人)协助来完成自主意思的表达,在最大限度上实现个人自由。对比传统民法的行为能力欠缺宣告制度,会发现虽然制度保护成年残疾人的宗旨一致,但由于理念的不同会出现从保护的角度出发却与残疾人的自主意思违背,进而在结果上也可能不符合残疾人的利益。因此,基于《残疾人权利公约》的国家义务,缔约国应该废除成年人行为能力欠缺宣告制度及其相关制度,而代之以帮助成年人实现自主意思的新制度。

## 二、创设协助决策模式的新型成年监护制度 以更好地保护“成年障碍者”<sup>②</sup>

即使《民法总则》没有废除民法传统上的成年人行为能力欠缺宣告制度,也应该以全新的理念创设新型成年监护制度<sup>③</sup>。传统的民法成年监护制度的主要目的在于保护被监护成年人的合法权益,并且防止被监护人对社会或他人造成损害,其设立的初衷虽为保护成年精神障碍者,但在实际效果上更多地保护了交易安全,并没有从根本上以精神障碍者的立场考虑问题。<sup>(10)33</sup>从监护制度的学说源头看,格老秀斯认为监护是指某人对他人和他人财产享有之合法权威(lawful authority),其目的是为了被监护人的利益。<sup>(11)15</sup>因此,传统成年监护制度忽略了财产关系并非成年精神障碍者民事生活的全部,对于老年人、残疾人等更广泛意义上的成年障碍者来说,有利于其身心健康的生活恐怕是其需要得到法律保护的最主要方面,这种身心健康的生活不仅仅包括财产的合理处分,也包括生活的其他方面,而且其恰不能完全依靠自己来实现这些目的。

传统民法的成年监护制度属于替代性决策模式的制度,虽然以保护成年障碍者为出发点,但是会轻视或无视成年障碍者自主的意思。《民法总则》应该从理念上确认属于协助决策模式的新型成年监护制度,通过援助成年障碍者利用残存的判断能力进行决定而实现其利益。所以,新型成年监护制度下,被监护人的意志不应该有任何来自他人意志的限制,因而也不存在被歧视进而涉及申请后会有暴露隐私担心的问题,成年监护人只能帮助被监护人来完成法律行为,不能替代其为意思表示。总而言之,成年监护理念的更新表现在以下三个方面:

### (一) 扩张成年监护制度的适用对象范围

《民法总则》之前的法律制度对于成年监护制度的适用

① “平常化”是1959年丹麦的一个智力残疾人的父母在社会活动中提出的理念,不应该将身心障碍的人看作特别的群体,在与世隔绝的社会里生活,而应该将他们放在一般的社会中,与普通一起生活、活动。即身心障碍的人也是社会的一个成员,整个社会环境或条件应让身心障碍人全方位参加社会活动,他们作为人可以过普通生活、参加常人的活动,这样的社会才是正常的社会。“对自我决定的尊重”的理念要求法律以尊重自我决定和残存的判断能力的有效利用为制度设计的指导,残存判断能力的有效利用以尊重自我决定为前提,从而促进残疾人回归社会和正常参与社会活动。参见〔日〕宇田川幸则《浅论日本关于成年人监护制度的修改》,渠涛主编《中日民法研究》(第一卷),法律出版社2003年版,第385页;渠涛编译《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第427页。

② 梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》第1908条规定适用成年监护制度的对象不限于“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”。参见梁慧星主编《中国民法典草案建议稿附理由:亲属编》,法律出版社2013年版,第405-406页。另需说明的是,民法典草案学者建议稿有若干部,笔者只以对成年监护规定最详细的梁慧星主编建议稿做比较考察。

③ 新型的成年监护制度还能否叫做“成年监护制度”是个争议的问题,梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》改为“成年照顾”,从制度前后理念的变化看,“成年照顾”比“成年监护”更符合新制度创设的理念和内容,但是考虑立法仍然延续使用“监护”一词,所以本文也使用“成年监护”这一用语。

对象范围也是一个扩张的过程,最初《民法通则》第13条限定成年人监护的对象为“精神病人”,但紧随其后颁布的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称“《民法通则意见》”)第5条就已经对“精神病人”做出扩张的解释,明确规定“精神病人”包括“痴呆症人”。而司法实务中又进一步扩张了成年监护的对象范围,按照《民法通则意见》规定的标准,司法实务应以医学标准鉴定证明被申请人是否是“精神病人”或“痴呆症人”,但实际上医疗鉴定机构往往直接就确定“行为人为无(或限制)行为能力人”,近乎完全抛弃了“精神病人”这一立法标准。<sup>[12]</sup>而且实践司法中将表达意思能力丧失的情况也包括在内<sup>①</sup>。

基于上述立法与法律实践不符的现实状况,《民法总则》第24条扩张了成年的行为能力欠缺者的范围,以“不能辨认和不能完全辨认自己行为”为认定标准,从而在立法上再次扩张了成年被监护人的范围,这个范围基本上包含了现阶段司法实务中确定需要监护的成年人的范围,这些人要么是心智能力处于较低的水平,要么是无法正常的表达自己的意思。但是需要指出的是,这个范围还可以扩张,我国学者梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》第1908条就扩张规定适用成年监护制度的对象不限于“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”<sup>②</sup>。在这一点上,日本成年监护的立法没有做到,而韩国、我国台湾地区在修改法律规定成年监护的时候就将身体障碍者也列为保护对象,可见扩张监护对象范围是趋势。<sup>[5]</sup>如此扩张另一个好处是当被监护的对象范围不限于精神病人还包括老年人、肢体有残疾的人等情况的时候,本人及其亲属担心因宣告而受歧视的问题也逐渐消解,应该说《民法总则》监护对象范围的扩张还不是很够。

## (二) 协助决策模式下监护类型的创新

传统民法的成年监护制度的类型一般包括狭义监护和保佐两种,分别针对禁治产人和准禁治产人。<sup>[13]</sup><sup>[256]</sup>我国《民法通则》第17条没有采用这种做法,而是从监护人选任机制上区分为法定监护和指定监护,这两种类型实质上都是传统民法上狭义的监护,在监护设定的过程中并不需要考虑被监护人的意志,也缺乏依据被监护人残存判断能力的情况而设置不同类型。《民法总则》在继续《民法通则》做法的基础上,又在第29条中规定了在法定监护中可以协议确定监护人的规则,更重要的是第33条明确规定了成年意定监护制度。《民法总则》中成年监护制度的改进有两个方面需要注意。

第一,《民法总则》第33条规定意定监护制度是立法上进步,但却缺乏可操作的具体内容。意定监护,是指在成年人具有意思能力时与自己所选任的意定监护人缔结意定监护合同,在自己将来因身心障碍等原因致使意思能力不足时,有关自己的生活、疗养看护以及财产管理事务的全部或部分赋予代理人的制度。意定监护对被监护人意思的尊重达到一个较高的境地,为各国地区法律普遍接受<sup>③</sup>。例如,日本有民法之外单行的《关于任意监护契约的法律》,所谓任意监护是指在公权力机关监督下的意定代理制度。<sup>[14]</sup><sup>[18]</sup>修改后的《奥地利普通民

法典》、《瑞士民法典》都有预防性代理权的制度,其制度功能与日本的任意监护一致。预防性代理权是指被代理人丧失了认识和判断能力或者丧失了表达能力的情况下,事前依据合同确定的代理权按照其内容发生效力<sup>④</sup>。《德国民法典》修订和制定《关于修订监护法和保佐法的法律》后所确立的防老授权限制原则,也起到了意定监护的作用,根据修订后的《德国民法典》第1896条第3项的规定,在有防老授权时,原则上限制适用保护制度,有必要时(即有必要监督或撤回授权代理时),始需设置保护人。防老授权有一般授权,也有就个别法律行为授权(如银行授权)。<sup>[13]</sup><sup>[261]</sup>除此之外,属于英美法系传统的英国和美国都有持续性代理权授予制度,其功能也与意定监护一致。<sup>[10]</sup><sup>[250-261]</sup>《中华人民共和国老年人权益保障法》(以下称《老年人权益保障法》)第26条也规定了意定监护制度,严格的说仅有第1款涉及到可以设定意定监护。无论是《老年人权益保障法》第26条,还是《民法总则》第33条,仅仅用一条的内容规定意定监护不能涵盖意定监护制度的所有具体内容,严重缺乏相关的实施办法,比如当事人之间的协商采取何种办法、协商结果是否需要登记或公证、如何对监护人的行为进行监督等都没有规定。<sup>[15]</sup>所以意定监护制度是在本人以意定监护合同形式选任代理人的同时,采用公权力机关监督的手段<sup>⑤</sup>,保证委托人在心智能力不充分的情况下代理人仍然能够尽职尽责。为了保证这种合同的合法性、有效性,意定监护合同应该由公证机关做成的公证证书证明。按照日本的做法是在做成公证证书之后,还须委托登记机关对任意监护合同登记。<sup>[16]</sup><sup>[18]</sup>另外,按照私法自治原则,原则上意定监护应当具有优先于法定监护的效力。

① 如“申请人左某某要求宣告高某某为无民事行为能力人案”,河南省襄城县人民法院(2011)襄民特字第04号判决书,北大法律信息网:[http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=118074389&keyword=%e7%94%b3%e8%af%b7%e4%ba%e5%b7%a6&EncodingName=&Search\\_Mode=accurate](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=118074389&keyword=%e7%94%b3%e8%af%b7%e4%ba%e5%b7%a6&EncodingName=&Search_Mode=accurate),2016年9月25日访问。再如“李某与王某某民事行为能力人申请案”,上海市虹口区人民法院(2014)虹民一(民)特字第39号判决书,北大法律信息网:[http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=pfnl&Gid=120282623&keyword=%e8%a1%8c%e4%b8%ba%e8%83%bd%e5%8a%9b&EncodingName=&Search\\_Mode=accurate](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=120282623&keyword=%e8%a1%8c%e4%b8%ba%e8%83%bd%e5%8a%9b&EncodingName=&Search_Mode=accurate),2016年9月25日访问。

② 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。参见梁慧星主编《中国民法典草案建议稿附理由:亲属编》,法律出版社2013年版,第405-406页。

③ 比较特殊的是我国台湾地区立法修改没有规定意定监护制度,在法律修正时,多数委员认为意定监护制度的引进不具有急迫性且涉及范围过广。但是,在现行法的解释上,有学说认为依据持续性代理权授予的理论,基于契约自由和自我决定权的尊重,应承认相当于意定监护的委任契约的效力。参见陈自强《台湾民法与日本债权法之现代化》,元照出版公司2011年版,第219页。

④ 参见周友军、杨垠红译《奥地利普通民法典》,清华大学出版社2013年版,第46页〔日〕冈孝《从瑞士新法角度检讨日本任意监护制度》,载野村丰弘先生古稀纪念文集编集委员会《民法的未来》,商事法务2014年版,第11-23页。

⑤ 这个公权力机关在日本是家庭法院,我国立法可以确定为基层人民法院,更好的方案则是更新立法单独设立的家庭法院。

第二,即使是法定监护也应根据被监护人的判断能力情况而给予不同的保护,监护人应当尊重被监护人的真实意愿。《民法总则》第35条第3款规定“成年人的监护人履行监护职责,应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿,保障并协助被监护人独立实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为;对被监护人有能力独立处理的事务,监护人不得干涉。”该规定明显与传统上民法的替代决策模式的监护制度理念不同,从保护被监护对象的角度考虑,协助决策模式下的成年监护制度可以更充分的考虑成年障碍者的残存意思能力。但是,就类型区分来说,《民法总则》还可以特设“辅助”制度以弥补对特殊人群(如身体障碍者)特殊情况考虑的不足,以更好保护所有的监护对象范围内的自然人个体。

### (三) 改变监护人的选任机制并规定监护监督人

在新型成年监管理念之下,首先应该确立监护人选任机制的申请主义,设定申请顺位,并由人民法院根据个案的具体情况指定适当的人担任监护人。但是,《民法总则》没有改变《民法通则》关于法定监护和指定监护区分的具体做法,没有规定选任监护人的申请主义,只是在第31条第1款规定指定监护人可以由有关当事人直接向人民法院申请,由人民法院指定。另外,《民法总则》也明确体现出被选任为监护人的范围从亲属为主向家庭与社会分担转型的趋势,由于家族式家庭的逐渐解体,“核心家庭”成为社会主流,亲属的减少导致对亲属之外的社会监护人的需求增加,与成年监护有关的公权力的制度建构应该鼓励亲属之外的人担任监护人<sup>①</sup>。

但更重要的问题是,《民法总则》未规定监护监督人制度,同时法律允许多个监护人并存,由于职责重叠,导致争议无法解决,也无法解决在监护人和被监护人利益相反的情况下如何达成交易的问题。<sup>(17)</sup>由于监督不到位,会出现监护人怠于监护而对被监护人的保护实际形同虚设的情况。如果增设监护监督人制度,让符合监护人条件的多数亲属区分不同职责,有的做监护人,有的做监护监督人,就可以解决职责重叠,并且可以明确职责,对监护人做有效的监督。监护监督人的职责主要包括:一是对监护事务进行监督,必要时可以要求监护人报告有关事宜;二是在缺少监护人或监护人已不适合担任监护人时,向法院申请选任监护人;三是在监护人与被监护人利益相反的情况下,代理被监护人与监护人为法律行为<sup>②</sup>。而且,由于成年监护的内容已经不限于对财产的处理,在所谓的身心监护行为中,如何判断监护人的行为是为被监护人的身心利益所为,监护监督人的监督是做出日常评判的一个重要依据。一般来说监护监督人的职责除了监督监护人善意良好的履行监护义务外,还应该包括:在没有监护人的情形,毫不迟延的请求公权力机关选任;在存在紧迫事由的情形,作必要的处分;对于监护人或代表人做出与被监护人利益相反的行为时,代表被监护人,等等。<sup>(7)44</sup>监护的权力机关的监督也是必不可少的,我国人民法院确认监护人之后,一般不会再去管监护的情况,所以也应该仿照日本家庭法院的设置而确立公权力对监护监督人的监督。

## 三、以意思能力规则确定成年被监护人所为法律行为的效力

新型成年监护制度要求立法应该确定所有的成年人都是

有行为能力的,但是《民法总则》并没有废除成年人行为能力欠缺宣告制度,结合《民法总则》有关法律行为的规定和《合同法》的相关规定,仍然是以民事主体行为能力的或有或无确定法律行为的效力。这种处理方式虽然简单,但并不符合成年被监护人的利益,笔者试图解释即使是确定成年被监护人都有行为能力,也可以通过具体衡量,以重新解释意思能力的规则衔接新型成年监护制度和法律行为制度。

意思能力是自然人认识自己行为的动机与结果,并根据此认识决定其正常的意思的能力<sup>③</sup>。传统民法意义上,意思能力属于一种心理能力,属于一种未被法律定型化的事实能力。同时,意思能力反映的是民事主体在具体交易场合心智状态的判断标准。在成年被监护人为法律行为时,具体确定其是否具有意思能力的规则可以既明确法律行为的效力又保护成年被监护人。理由在于:其一,新型成年监护制度以尊重被监护人自主意思为前提,除少数完全没有意识的成年人(如植物人)外原则上也认同被监护人还是有或残存一些意识的,而扩大的成年监护对象中的身体障碍者一般都有自主意思,但是残存的自主意思能否保证其自主完成法律行为,在具体的场合考虑其有无相应的意思能力可以解决这个问题。其二,基于前述理念的更新,立法应该在一般意义上宣示所有的成年人都是有行为能力的,但是事实上很多具体交易的场合成年被监护人又需要监护人来帮助其完成自主意思的表达,所以这里所说的成年被监护人有行为能力已经无具体的意义了,具体交易场合考虑的意思能力才能衔接法律行为的效力判断的规则。因此,民事立法应确定以具体交易场合判断意思能力的规则来代替成年人行为能力欠缺的概括认定。

### (一) 意思能力的具体判断规则

在具体的法律关系中,意思能力应当是指行为人实施法律行为时对其行为后果的认识能力。意思能力的有无,当为客观存在之事实。<sup>(18)</sup>但是,依据此标准来衡量一个成年人在一个具体的交易场合是否具有意思能力是很难完成的任务,相当于在行为之后才能证明交易当时是否欠缺意思能力,这在一般意义上会给交易的对方当事人带来难以预料的损害从而损及交易安全。意思能力是在具体场合的心智状态的衡量,不能在交易频繁的市场中进行简单衡量和具有可预测性,于是才出现了依据年龄和精神状态将自然人划分为不同类型的行为能力,这是近代民法采用类型化的行为能力制度来代

<sup>①</sup> 例如日本就在社会保障的层面确立法人监护和市民监护等制度,通过公权力促使社会公益法人或热衷公益的市民去担当监护人,从而解决亲属监护不足的问题。参见全国权利拥护支援网络编:《权利拥护支援和法人监护》,Minerva书房2015年版,第167-174页。

<sup>②</sup> 参见(日)新井诚、赤沼康弘、大贯正男编《成年监护制度——法的理论和实务》,有斐阁2006年版,第133页;解巨《老年人财产管理中的利益相反行为》,《当代法学》2014年第5期,第87页。

<sup>③</sup> 传统民法上的意思能力也被认定是一种概括的、相对稳定的状态,同一民事主体在不同情形下意思能力是相同的,导致传统行为能力制度难以应付多变的社会生活,不具有灵活性和实用性。参见叶欣《现代成年人保护制度设立之原因——基于意思能力与行为能力关系的探讨》,《学习与实践》2011年第9期,第82页。

替意思能力判断的原因<sup>①</sup>。新型成年监护制度确立后,则回归法律行为制度之源头,重新用具体场合的意思能力判断的规则来确定法律行为的效力。当然,此时由于有了类型化的新型成年监护制度来保护成年障碍者,所以也无需担心因不了解交易主体的概括情况而损及交易安全。从尊重被监护人的角度讲,无论如何,自然人在清醒的时候发出的意思表示,都是有效的。<sup>(1)413</sup>

切忌把意思能力也定位为一个抽象概念,否则又会走入简单类型化的行为能力欠缺宣告制度的老路。简单类型化的确定成年人有无行为能力的固有缺陷前文已经述及,所以,简单回归意思能力判断的本源,而又进行简单类型化的抽象设置也是不能解决问题的,必须确定具体意思能力判断的规则,主要有两个方面。

第一,确定推定有意思能力原则。凡是成年人所为法律行为,都首先推定是在具有意思能力的情况下做出的意思表示,而必须通过反证在具体交易场合没有意思能力,才会认定法律行为无效,而证明行为人为具体场合无意思能力需要严格的标准,即使是被明确诊断为精神障碍疾病的患者,也只能在具体交易场合通过相对人或监护人举证证明其疾病状态进而由人民法院认定法律行为无效。同时,严格的标准也约束交易相对人在交易时考虑表意人是否真的有意思能力。例如,英国的《意思能力法》规定的成年人欠缺意思能力的标准,该法第1条第2-4款规定“其一,意思能力推定(第1条第2款)除已确认欠缺意思能力外,凡是人都应当被推定为具有完全的意思能力,即直到被证明该人没有能力亲自决定,否则必须认定有能力;其二,支援意思决定(第1条第3款)除采取所有具体步骤支援协助该人做决定而均告无效之外,任何自然人不应该被认定无决定能力;其三,尊重愚蠢行为(第1条第4款)任何人不能仅因为其做或者有不理智的行为,而被推定无自己下决定的能力。”<sup>(10)80-81</sup>另外,推定有意思能力规则还应该包含这样的内容:即使是通过无意思能力来保护行为人,也需要证明行为人为无意思能力的事实,在交易环境中为各方所应知,从而确定在保护交易安全的前提下,确定对无意思能力人的保护。在保护交易安全这一点上该制度和简单类型化的行为能力欠缺宣告制度是具有同样功能的。

第二,在具体场合明确行为人“意思”的内涵。主体的意志或意思能力是其行为能力的主要核心,传统民法也将意思能力作为行为能力的判定标准。由于意思能力属于内在的隐性心素,不便为相对方辨识,因此当自然人以自己的意思通过法律行为创设或变动法律关系的同时,还要求其在为法律行为时还应遵守社会应有的秩序,以保证交易的安全和对交易相对人权利的保护。<sup>(19)</sup>在这里,自然人为法律行为时,每个当事人都必须具有有效的“意思”。所谓行之有效的“意思”具体来说就是指在能够判断自己行为结果的精神状态下具有的意思。权利的取得和义务的承担只能基于自己的意思进行。按照日本学者的观点,从封建制度中脱颖而出成为基础理论的该项原则,是将法律行为有效性的根据和基础置于内心的“意思”,即当事人对法律效果可以发生的意愿。这种内心的“意思”是意思表示与法律行为有效的要件。意思理论可以

归纳出这样一个道理:若无正常的“意思”,也不会发生有效的法律效果。<sup>(20)34</sup>在现代,借助于各种客观的度量方法,“意思”这种纯粹内心的因素,也可以从外部度量,这主要包括事后的医学鉴定结果的综合考虑,当然并不是从医学上直接鉴定行为人为有无有效的“意思”,而是通过对行为前后健康状况的认定确定有无可能做出有效的“意思”,而司法的具体综合衡量更加重要。<sup>(21)371</sup>另外,“意思”的客观化还可能依赖于对于交易形式的类型化规则,例如各种典型合同,由于在类型化的交易中,内容已经相对固定,主体意思能力和真实意思的结合被客观化了。因此,对于交易相对人来说,真实意思的判断被放置于具体法律关系中,而且这种关系还是有具体的要求的,主体是否有真实的意思结合具体的法律关系往往是显而易见的。

## (二) 成年监护人对无意思能力的补正

近代民法无差别的赋予所有生物意义上的人以平等的权利能力,但是具有权利能力的主体却并非都能以自己的理性来确立交易中的独立主体地位,最初的权利能力概念要求人必须同时自己具有尊严且自己具有理性才能享有,而现在的权利能力概念则只要求人自己具有尊严,至于理性,其自己不具有也没有关系,只要其通过一定的制度能够“借用”到他人的理性即可。<sup>(22)</sup>因此,成年监护制度不再是对已被宣告为行为能力欠缺的主体进行保护的制度,而是为被监护人实现“理性”,使被监护人意思能力得到补正的制度,换句话说,就是从事前的保护转为事中的帮助。

监护人对成年被监护人的帮助需针对具体情况,在不同的具体场合体现。以现实中对“老年痴呆症”患者的监护为例。根据传统民法的规则应确定为精神病人同样的处理。但从阿尔茨海默病的发病过程看,虽直接影响意思能力,但其过程是渐变的,且始终残存一定的判断能力。<sup>(23)</sup>按照新型成年监护的规则,从医疗诊断上确认某人罹患阿尔茨海默病开始,即可为其设定成年监护,但是在发病的早期,病人几乎在所有的交易场合均具有意思能力,即使是晚期,病人也具备对很多事物的判断能力,不能认为一般意义上的丧失行为能力而应具体考察有无意思能力。但是,通过审查病人的意思能力具体情况不能有针对性的解决个案场合的问题,只有成年监护人作为经常性的意思能力的补正,才可以解决多数具体交易场合法律行为效力认定的问题,即有监护人的补正意思则可以确认法律行为有效,反之没有监护人的补正则需要更多的证据对病人的意思能力加以具体认定。其实这种补正的规则安排由来已久,罗马法上对浪费人的保佐制度即体现这种思维,立法最初规定,浪费人具有相当于儿童的限制行为能

<sup>①</sup> 意思能力的有无作为一种客观事实,其直接与自然人的生理和心理的实际状况相联系,因而需要具体考察方可确定;但行为能力的有无则是一种法律上的价值判断,判断标准通常依据的是纯粹单一的年龄主义,从而导致对其行为能力的判断与其心智能力的实际情形的判断相脱节,所以有意思能力的人未必有行为能力(如早熟的未成年人)而有行为能力的人也未必在任何场合均具有相关事务的意思能力(如醉酒的成年人等)。参见郑晓剑《自然人民事行为能力欠缺制度之缓和路径研究——基于比较法视野下的观察和思考》,《私法》2012年第2期,第91页。

力。到帝政后期则对浪费人的限制放宽,规定除重大行为由保佐人代为进行外,一般行为只要经保佐人同意即可由浪费人自己处理。<sup>[24]</sup>近代民法中的保护(保佐)制度,其实起到的就是对成年被保护人的意思能力补正的作用,但是新型成年监护制度采取的是“协助决策模式”,所以对于成年被监护人自我决定的干涉要求是最低限度的,这和传统民法的保护制度还是不同。

### (三) 无意思能力的法律效果判断

既然意思能力的判断是在具体的交易关系中,那么具体的法律行为的效果如何即成为意思能力规则的重要内容。法国、德国、日本等国废除行为能力欠缺宣告制度,其价值追求是很清楚的,即自由的价值高于一切。取而代之的是,对精神病人、精神不正常的人,按照个案审查,通过实际衡量其精神正常与否,加以决定有无意思能力,无意思能力则法律行为无效。例如2016年提交日本国会审议的《民法修正案》总则编第二章自然人新增第二节“意思能力”为第3条之二规定:“法律行为的当事人为意思表示时不具有意思能力,则法律行为无效。”该条是将日本民法之前没有明文规定的意思能力做具体规定,并且依据具体交易中对意思能力的审查结果确定法律行为的效力。这样既可以使心智能力低下的人能够根据自己的能力参加一定范围内的民事法律关系,又可以避免无限制的承认那些欠缺理智的人所为法律行为的效力。

当然,所谓个案审查也必须有一定的规则依据,只不过这种规则是相对灵活的。例如《德国民法典》关于行为能力具体审查的规则,《德国民法典》没有做到与联合国《残疾人权利公约》保持一致,继续保留限制行为能力人的制度,但是关于成年人在具体交易场合是否具备具体行为能力及其所为法律行为的效力的规则,仍可作为意思能力判断规则的参考。换句话说,《德国民法典》虽然没有完全废除成年人限制行为能力的全部内容,但是修改后法律所表达的已经是“具体行为能力”而非“抽象行为能力”了。其具体规则如下:其一,根据《德国民法典》第104条第2款,处于非暂时性的、不能自由决定意志的精神错乱状态的人,不具有行为能力,因为这种人在事实上没有理智权衡的能力。这种状态也可以限制在某种特定的行为范围。不过,在清醒的时候发出的意思表示,却都是有效的。其二,《德国民法典》第104条第2款规定不适用于仅为暂时性的错乱。对暂时性的错乱适用第105条第2款的规定。这种人不丧失行为能力。但是第105条第2款规定这种在“无意识或暂时性的精神错乱状态下发出的意思表示无效”。<sup>[7]412-414</sup>

以具体交易场合是否具备意思能力来确定法律行为效力的判断规则隐含的一个规则是:除非欠缺意思能力,其行为并非无效。要为法律行为就必须具有能够判断自己行为结果的意思能力,若欠缺意思能力,则法律行为无效<sup>①</sup>。并且,应当按照法律行为的不同种类分别具体判断意思能力的有无。<sup>[25]155</sup>我国立法亦应借鉴德国、日本等国的立法确立意思能力审查规则,但更重要的还是在司法实践中具体把握。

## 四、民法典编纂中行为能力制度和成年监护制度的安排

虽然《民法总则》改进了成年监护制度,增加了一些新的

规则,在理念上有一定的提升,但是《民法总则》没有废除已经出现问题的成年人行为能力欠缺制度,也没有彻底地创设新型的协助决策模式的成年监护制度,在接下来的民法典编纂的过程中,应该通过进一步的制度完善来解决相关问题。

### (一) 应当在亲属法中具体规定新型成年监护制度

从各国修改法律的经验看,民法典中安排成年监护制度的体例主要有三种做法。

第一种是没有规定行为能力制度仅规定成年监护制度,代表立法是《法国民法典》。《法国民法典》没有总则编,其第一编是“人”,本来规定有禁治产人和准禁治产人制度,该制度和有法律行为制度的各国行为能力欠缺宣告制度功能一致。1968年法国通过第68-5号法律废除禁治产和准禁治产宣告制度之后,也修正了民法典的监护和辅助制度,对心智状态不健全而缺乏意思表示能力或无法单独地进行自我保护的人,采取特殊保护,以前的司法拟制程序已被三种新的具有保护色彩的司法制度所代替,分别是司法保护(第491条)、监护(第493条)、财产受管理(第508条)。<sup>[26]13)254</sup>与此相类似的还有《奥地利普通民法典》,由于没有总则编,所以修订之后也仅在第一编“人法”当中,规定了成年监护的相关制度。<sup>[27]39</sup>

第二种是民法典总则编主要规定行为能力制度而在民法典的“亲属编”主要规定成年监护制度,代表立法是《德国民法典》。修改前的《德国民法典》也有禁治产宣告制度,至1990年《对成年人监护及保佐照顾法律的改革法》公布并生效之后,才全面废除了禁治产宣告制度,通过此次改革,法律不可能再拟制成年人欠缺行为能力。当然法律也不是无限制地承认那些缺乏理智地形成意思能力的人所从事的法律行为,《德国民法典》将有关成年人行为能力欠缺的内容规定于法律行为一章中,如法典第104条第2款和第105条第2款就对此进行了规定。《关于修订监护法和保佐法的法律》主要是对行为能力有欠缺的成年人设立救济性规定,其修正了旧法例对行为能力有欠缺的成年人的监护和保佐制度,代之以一种弹性的保护制度,即以照管代替旧法例的监护和保佐,这部分内容则仍然规定于民法典的亲属编。<sup>[28]</sup>

第三种是除了在民法典总则编规定替代限制权利能力的成年监护相关制度外,还在亲属编再具体规定成年监护的程序和条件等具体制度。修改前的《日本民法典》在总则编中对成年人行为能力欠缺制度作了一般性规定之后,在其亲属编第五章“监护”中,对行为能力欠缺的成年人的监护制度具体构造作了详细规定。1999年12月日本国会通过了四部法律《关于修改民法一部分的法律》,《关于任意监护契约的法

<sup>①</sup> 在日本司法实务中,其实早在成年人行为能力欠缺宣告制度废除之前,也为意思能力确立了效力规则:被宣告为禁治产的人在被宣告之前所为的法律行为,如果证明其在宣告之前就事实上无意思能力,法律行为当然无效。“即便是在禁治产宣告前的行为,只要是事实上无意思能力,其行为也应无效。进而言之,与此相同,如果是禁治产状态中所为行为,只要有完全无意思能力的事实,则无须任何撤销的意思表示而当然无效,是为至明之法理。”日本大审院判决明治38年(1905年)5月11日判决,载《大审院民事判决录》第11辑第706页。参见(日)近江幸治《民法讲义I民法总则(订补六版)》,渠涛等译,渠涛审校,北京大学出版社2015年版,第35页。

律》,《关于监护登记的法律》和《关于伴随(关于修改民法一部分的法律)修改有关法律的法律》。这次修改不仅使日本民法总则编中原有的“禁治产、准禁治产制度”和亲属编中规定的“监护制度”发生了巨大变化,而且创立了“任意监护制度”和“监护登记制度”,由此带来大规模的法律制度的改革。<sup>(29)</sup><sup>382</sup>当然日本成年监护制度仍然确认被监护人是限制行为能力人,只是废除了禁治产人、准禁治产人的宣告制度,在总则编同时规定了成年监护的三种类型区分以取代之,所以《日本民法典》和修改之前的体例编排一致,分别在总则编规定行为能力的相关制度和在亲属编规定成年监护的具体内容。

从法律适用的角度看,《法国民法典》这种只在一编规定的模式显然更简单和明确。但是,《法国民法典》如此规定的原因是因为《法国民法典》没有总则编,也没有“法律行为”制度,所以废除了禁治产和准禁治产制度也无需对成年被监护人是否有行为能力做出制度交代,只需在具体的交易关系中去判断被监护人是否有意意思能力即可。而《德国民法典》的严格总则、分则结构,要求必须对受到法律保护的成年被监护人是否有行为能力做出判断,所以还是在《德国民法典》总则编第104条确定成年人可以是无行为能力人,其对成年人行为能力欠缺制度的废除仅限于宣告制度,因而不彻底的。《日本民法典》也是总则、分则结构,但是2016年即将提交国会审议的《民法改正案》中彻底废除了成年人行为能力欠缺制度,同时把成年监护(包括保佐、辅助)开始、撤销以及成年被监护人所为法律行为效力的规定放置于总则编,而把有关成年监护人的选任、监护职责等内容放置于亲属编,这既保留了总则和分则的体系,也使成年监护制度和其相关的亲属制度一并规定以有利于规则的适用。

在我国,由于1950年、1980年《婚姻法》均未对监护制度做出规定,所以在1986年颁布的《民法通则》第二章公民(自然人)的第二节规定了成年人行为能力欠缺宣告制度的同时,也全面规定了成年监护制度。这种规定在一起的体例有助于明确两种制度的协调关系,但由于成年监护中监护人的选任和亲属关系密切相关,所以也存在适用上的问题。所以《日本民法典》规定的模式更值得我国民法典编纂借鉴,即在总则编规定成年监护的基本内容,以在功能上替代行为能力欠缺宣告制度,表明新型的成年监护制度是无需宣告径行对成年人进行帮助和保护,但对于成年监护的具体条件和程序则在亲属编进行具体规定。其实,早在2002年九届全国人民代表大会常务委员会就审议了《中华人民共和国民法(草案)》,这部带有汇编属性的民法草案中还坚持了《民法通则》的编排体例。在当时,婚姻法学者陈明侠就提出:现在正值民法典起草,监护一章回归婚姻家庭编是理所当然的。现在的问题在于是原封不动地将《民法通则》第二章第二节的规定移到婚姻家庭编中呢?还是作较大的改动呢?监护的范围如何确定,是广义的监护,还是狭义的监护……等等。经专家小组讨论,关于监护制度,婚姻家庭编作了专章规定,分设未成年人的监护;无民事行为能力、限制民事行为能力的成年人的监护二节。实行父母为未成年子女法定监护人的监护制度,并对

监护人、被监护人、监护监督人、监护的中止与丧失、监护关系的终止等问题做了规定<sup>①</sup>。这种观点立足于婚姻家庭编制度的完整性,确定了监护制度应有的内容,颇值赞同。梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》就采纳了这种观点。按照我国民法典编纂的思路,应该既有总则编也有婚姻家庭编,民法典编纂中除了《民法总则》中规定成年监护制度外,应该同时在民法典的亲属编(或婚姻家庭编)中具体规定成年监护的条件和程序。从传统民法编排规律看,应该分别在总则编规定和行为能力有关的成年监护的类型等内容,而在亲属编规定监护人选任等有关成年监护的具体内容。作为21世纪的中国民法典的编纂,更应该考虑的一个问题是如何保持制度的完整性和一致性,并且最大限度地贯彻制度创设所依据的理念。

(二) 解决我国《民法总则》中行为能力制度和成年监护制度安排问题的意见

总结前文观点,对于我国《民法总则》中行为能力制度和成年监护制度的合理安排,笔者试提出以下意见:

第一,废除成年人行为能力欠缺宣告制度。虽然刚刚颁布的《民法总则》仍然规定了成年人行为能力欠缺宣告制度,但是基于前文述及的理由,立法应做修改对于成年人不再区分出无行为能力人、限制行为能力人这些类型。同时应规定如何对成年被监护人的意思能力的确定规则做出原则性规定,即对被监护人在具体法律关系场合是否有意意思能力进行个案审查,依据其行为时的具体精神状况确定对成年被监护人行为效力的认定,针对其行为时精神是正常还是不正常、能否预见行为的法律后果、自我保护意识程度等进行综合考量。首先需借助于同居亲属的判断来认定,在没有同居亲属或同居亲属为利害关系人的情况下参考医学鉴定结果综合认定,然后决定法律行为的效力。这样既可以使心智能力低下的人的自我决定权得到尊重,又可以在交易安全允许的范围内确认他们所为的法律行为的效力。

第二,关于成年监护制度的具体内容设计。明确法定监护和意定监护两种成年监护类型。首先,法定监护在坚持一元主义的前提下,再针对特殊的情况如身体障碍者等设定特殊的辅助制度,这比较接近《韩国民法典》2011年新创设的成年监护制度的类型,在法定监护之下再规定“特定监护”等特殊类型。<sup>(5)</sup><sup>126</sup>其次,更重要的是,在民法总则有关成年监护的规定中必须具体规定意定监护制度,以尊重心智能力欠缺的人的自由意思。

当然,新型成年监护制度的创设并不是简单民法制度改进所能完成的任务,还需要其他法律制度的配套跟进。在

<sup>①</sup> 但是需要特别注意的是,这种观点是建立在传统民法的替代性决策模式的监护制度基础上的,其成年监护制度是为解决行为能力欠缺的成年人的问题,而不是从协助心智能力低下的成年人实现其自主意思的角度出发安排制度,因此也不能认为可以解决新型成年监护制度编排的问题。由于新型成年监护以“协助决策模式”转型为“替代决策模式”,并且监护人的选任范围也由亲属扩张到法人甚至其他普通市民,因此再强调必须把成年监护制度的具体构造内容规定在婚姻家庭编中是否合适,值得斟酌。陈明侠《关于监护制度的完善》,载《中华女子学院学报》2002年第4期,第25页。

现代民法中,新型成年监护制度(亦或者叫做“保护”或“照顾”等名称)已经与传统替代决策型的成年监护制度不同。民法所能规定仅为协助被监护人实现自主决定参与法律关系的内容,而更多涉及成年被监护人的利益保护和人身监护是

与诸多领域相关的一个宏观性的问题,所以有必要将涉及《老年人权益保障法》、《残疾人保障法》的内容做协调规定,不要限制民法作为私法的本质特征而丧失协调性。

### 参 考 文 献

- (1)〔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.
- (2)王俊杰,等.精神障碍者民事行为能力两分法的理论依据〔J〕.法律与医学杂志,2002(4):243-244.
- (3)王忻昌.对我国人口老龄化进程几个相关问题的分析〔J〕.南京人口管理干部学院学报,1995(3):41-45.
- (4)陈敦贤.中国人口老龄化与产业结构调整〔J〕.中南财经政法大学学报,2002(3):60-63.
- (5)〔日〕冈孝.东亚成年监护制度的比较〔J〕.李国强,译.吉林大学社会科学学报,2013(2):124-131.
- (6)〔美〕理查德·波斯纳.衰老与老龄〔M〕.周云,译.北京:中国政法大学出版社,2002.
- (7)〔日〕山本敬三.民法讲义I总则(第三版)〔M〕.解亘,译.北京:北京大学出版社,2012.
- (8)〔美〕Robert.D.Dinerstein.实施《残疾人权利公约》第12条中的“法律能力”〔M〕//陈博,译.刘小楠.反歧视评论.北京:法律出版社,2014.
- (9)〔日〕田山辉明.成年监护制度和残疾人权利公约〔M〕.东京:三省堂,2012.
- (10)李霞.成年监护制度研究——以人权的视角〔M〕.北京:中国政法大学出版社,2012.
- (11)〔荷〕胡果·格劳秀斯.格劳秀斯私法导论〔M〕.张淞纶,译.北京:法律出版社,2015.
- (12)李国强.我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向〔J〕.当代法学,2014(6):72-79.
- (13)龙卫球.民法总论〔M〕.北京:中国法制出版社,2002.
- (14)〔日〕冈孝.读中国民法典草案第一编总则——以关于成年人监护制度的若干规定为中心〔M〕//小林一俊博士古稀纪念论集编集委员会.财产法诸问题的考察.东京:酒井书店,2004.
- (15)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):119-130.
- (16)〔日〕冈孝.以瑞士新法角度检讨日本任意监护制度〔M〕//野村丰弘先生古稀纪念论文集编集委员会.民法的未来.东京:商事法务,2014.
- (17)张学军,张镭.成年监护制度综议〔J〕.江海学刊,2005(5):215-221.
- (18)尹田.自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析〔J〕.河南政法管理干部学院学报,2001(6):11-14.
- (19)程小勇.我国成年人民事行为能力欠缺制度的窘境及突围〔J〕.西部法学评论,2013(1):83-89.
- (20)〔日〕近江幸治.民法讲义I民法总则(补订六版)〔M〕.渠涛,等译.渠涛,审校.北京:北京大学出版社,2015.
- (21)〔日〕新井诚,赤沼康弘,大贯正男.成年监护制度——法的理论和实务〔M〕.东京:有斐阁,2006.
- (22)刘召成.权利能力与行为能力的合与分〔J〕.国家检察官学院学报,2013(5):146-155.
- (23)老年痴呆的症状分期表现〔N〕.健康报,2007-08-01(3)
- (24)周枏.罗马法原论〔M〕.北京:商务印书馆,1996.
- (25)〔日〕大村敦志.从三个不同纬度看日本民法研究——30年、60年、120年〔M〕.渠涛,等译.北京:中国法制出版社,2015.
- (26)法国民法典〔Z〕.罗结珍,译.北京:法律出版社,2005.
- (27)奥地利普通民法典〔Z〕.周友军,杨垠红译.北京:法律出版社,2013.
- (28)德国民法典(第3版)〔Z〕.陈卫佐,译.北京:法律出版社,2010.
- (29)〔日〕宇田川幸则.浅论日本关于成年人监护制度的修改〔M〕//渠涛.中日民法研究(第一卷).北京:法律出版社,2003.

(本文责任编辑 焦和平)