

大陆法系国家成年人监护制度改革简论

李昊

内容提要:大陆法系国家与地区成年人监护制度的改革从20世纪60年代开始,至今已持续了四十余年。从表面上看,这场改革的动因是由于国际人权思潮的蓬勃发展,使得大陆法系各国的法律体系不得不调整自身以适应新的时代。但本文在系统梳理德国、日本和我国台湾地区成年人监护制度的改革情况后认为,国际人权思潮的流行仅仅是此次大规模成年人监护制度改革的外在推手,改革的内在驱动力在于成年人监护制度对法律体系之唯科学崇拜的清算,其深层次的根源乃是法律体系对自身方法的反省。这一制度变迁揭开了自然真实、社会真实之外包裹的理念外衣,重塑了该领域的真实存在,肯认了现实社会生活的多元性与复杂性。此次成年人监护制度的改革不应仅仅被视为是人权思想的胜利,更应该看作是民法方法论的更生。若把这种更生与当下存在的反法典化、解法典化潮流结合起来看待,其意义或将更为重大。

关键词:大陆法系 成年人监护 任意监护 法律科学 民法方法论

李昊,北京航空航天大学法学院、人文与社会科学高等研究院副教授。

肇始于20世纪60年代的大陆法系民法典成年人监护制度的改革不断扩大深入。在这场席卷了大陆法系各国的改革之中,对中国民法影响莫大的德、日两国也弄潮其间,纷纷废除了本国民法中的禁治产制度,代之以新的成年人保护方式。2009年11月23日,我国台湾地区的成年人监护制度改革也正式生效,旧法中施行八十多年的禁治产宣告制度被废除,而代之以以受监护宣告与受辅助宣告为中心的成年人保护制度。众所周知,民法典本是国家章典,市民社会据以立身进业,如此大规模的修订,其背后究竟蕴含着怎样的缘由,又暗示着怎样的方向?如果说国际人权思潮的广泛传播成为这次持续数十年的改革浪潮的外在推手的话,那么法律体系自身有没有其内在的驱动力?带着这些问题,本文将在系统梳理德国、日本和我国台湾地区成年人监护制度改革的基础上,指出国际人权思潮的承认仅仅是一个立足于“法律科学”之外的表象,法律科学内部还存在着对自身方法的反思,这就是一种方法上的“去科学崇拜”倾向。正是这一倾向或曰反省,使得这场影响弥远的制度变迁由一种体系外力量的倒逼演化为法体系的内在自觉,从而形成了这次成年人监护制度改革的真正驱动力。

一 《德国民法典》成年人监护制度的改革^[1]

(一) 改革前的禁治产制度

1. 宣告禁治产的原因

按照旧的《德国民法典》，自然人年满 21 岁即为成年人（第 2 条），一般状况下自然人成年后即获得完全行为能力，但对于精神或智力不健全的成年人，或有其他不良癖好的成年人，则通过禁治产宣告制度来限制乃至剥夺其单独从事有效法律行为的能力。该法第 6 条规定：“有下列情形之一者得被宣告为禁治产人：1. 因精神病或精神耗弱致不能处理自己事务者；2. 因挥霍浪费致自己或其家属有陷于贫困之虞者；3. 因酗酒成癖不能处理自己事务者，或致自己或其家属有陷于贫困之虞，或危及他人安全者。”由此可知，当时可被宣告禁治产的人有精神病者、精神耗弱者、挥霍浪费者、酗酒成癖者几类。在这些主体当中，较易引起误解的是“精神病者”和“精神耗弱者”的区别。拉伦茨指出，“按占主导地位的学说，‘精神病’与‘精神耗弱’的区别仅在于程度上的差别。因精神病被宣告禁治产者，除个别情况外，是因为精神错乱不能处理自己的事务。换言之，其处理自己事务的能力不及满 7 周岁的儿童。因精神耗弱而被宣告禁治产者，其精神仅轻度错乱，可能会像 7 岁以上未成年人那样处理自己的事务。”^[2]

2. 宣告禁治产的后果

旧《德国民法典》对于不同的宣告原因设置了不同的结果。该法第 104 条第 3 款规定，因患精神病而受禁治产之宣告者，无行为能力；第 114 条规定，因精神耗弱、挥霍浪费、酗酒成癖而被宣告禁治产者，其行为能力与年满七岁之未成年人相同，质言之，即属限制行为能力人。关于禁治产宣告的撤销，旧《德国民法典》第 6 条规定，禁治产之原因消灭时，应撤销其宣告。

3. 成年人监护的内部关系

旧《德国民法典》的成年人监护规定于法典第四编第三章第二节，包括第 1896 条至第 1908 条计十三个条文。内容涉及监护人之选任、监护人之职责，监护监督等。第 1896 条开宗明义规定：如成年人被宣告禁治产时，应设置监护人。此举明确指出了规定于总则中的禁治产宣告与亲属法中的监护制度之间的先行后续关系与牵连关系。第 1898 条至第 1900 条规定监护人的顺位为配偶、父母、祖父。值得注意的是，这三条中有两条提到了对被监护人父母权力的限制——受监护人之父母不得指定或排除监护人；不得先于配偶对被监护人加以监护；在被监护人被收养时亲生父母不得要求监护。第 1901 条与第 1902 条两条规定了监护人对被监护人的职责：人身监护与能力补充。

(二) 改革后的照管制度

德国的成年人监护制度改革发轫于 20 世纪 70 年代，其成果便是于 1990 年 9 月 12 日公布、1992 年 1 月 1 日开始实行的《照管法》（*Betreuungsgesetz*, BtG）。^[3] 这部法律废止了禁

[1] 本部分所称“旧《德国民法典》”是指 1900 年在德意志帝国首次生效的版本，所据译本为王宠惠先生的英译本，参见 *The German Civil Code*, translated and annotated by Chong Hui Wang, (London: STEVENS AND SONS, LIMITED, 119 & 120, CHANCERY LANE, Law Publishers, 1907)。所称“新《德国民法典》”是指 2009 年以后的版本，所据译本参见陈卫佐译注：《德国民法典》（第三版），法律出版社 2010 年版。

[2] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 138 页。

[3] BGBl. I S. 2002 ff.

治产制度,用照管人代替了原来的监护人,^[4]从而对原《德国民法典》进行了“德国民法自 1900 年实施以来最大规模的修正”。^[5]此后,在 1998 年、^[6]2005 年和^[7]2009 年,^[8]德国又分三次对民法中的照管制度进行了调整,本文所据即是 2009 年修订之后的版本。

新的照管制度包括如下主要内容:

第一,较之于先前的禁治产制度,现行的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。^[9]现行《德国民法典》第 1896 条第 1 款规定,“如果成年人由于心理疾病或身体上、精神上或心灵上的残障而完全或部分地不能处理自己的事务,则由照管法院经该成年人的申请或依职权为其任命一名照管人。该项申请亦可由无行为能力人提出。如果成年人系由于身体上的残障不能处理其事务,则只有经该成年人申请方得任命照管人,但该成年人不能表明其意愿的除外。”

从本款的规定可以看出:(1)成年人监护的发生方式有两种,其一是需要照管的成年人申请,其二是照管法院^[10]依职权指定;(2)排除了旧法中作为公权力代表的检察官可以申请宣告某人禁治产的规定,只要成年人存有的意思能力足以使之成为申请照管行为者,则必须由本人申请,其他人不得代为申请。第 1a 款特别强调,照管人不得违反成年人的自由意愿而予以选任;(3)为了排除行为能力限制造成的本人申请机制被架空,该条例外规定了无行为能力的成年人也可以申请设立照管,即在诉讼程序中,无行为能力的成年人也有“完全行为能力”;^[11](4)如段首所述,照管制度与行为能力脱钩。即便是被照管,也不会损及被照管人的行为能力,被照管人仍具有行为能力。从《德国民法典》允许对诸如仅有身体残疾而行为能力并不欠缺的人设置照管人的规定上,也可以看出这一点。^[12]仅在被照管人处于非暂时的不能自由决定意思的精神错乱状态时,依据《德国民法典》第 104 条第 2 款,被照管人才无行为能力,^[13]照管人依据第 1902 条,成为其法定代理人。

第二,照管并非必须的环节。据新《德国民法典》第 1896 条第 2 款第 1 句的规定,只有在有必要予以照管的范围内才允许设立照管人(必要性原则)。^[14]如果该成年人的事务可以通过一名非 1897 条第 3 款所称人员的意定代理人或通过其他不必任命法定代理人的辅助人员即可恰当完成照管人的任务的话,则照管即无必要,此时代理取代照管。^[15]此即所谓的照护授权,^[16]类似于后面所说的日本民法上的任意监护制度,它允许当事人于

[4] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 411-412 页。

[5] 参见王竹青、杨科:《监护制度比较研究》,知识产权出版社 2011 年版,第 52 页。

[6] BGBl. I S. 1580 ff. 此次修改将“照管”改称为“法律上的照管”。参见陈卫佐译注:《德国民法典》(第三版),法律出版社 2010 年版,第 535 页。

[7] BGBl. I S. 1073 ff. 此次修订主要对第 1896 条、第 1897 条、第 1899 条、第 1901a 条、第 1980b/e/f/h/i/k 条和第 1915 条等做了微调。

[8] BGBl. I S. 2286 ff. 此次修订着重新增了有关“病人处分”的规定(第 1901a-b 条)。

[9] Siehe Dieter Giesen, BGB Allgemeiner Teil; Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl., de Gruyter, 1995, S. 232; Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 30. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2006, S. 149, Rn. 266, 287; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 32. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008, S. 123, Rn. 7.

[10] 所谓照管法院,是区法院中专司照管事件、安置事件以及其他相关事件的部门(《法官组织法》第 23c 条;《关于家庭事件和非诉事件的程序的法律》第 271 条),它代替了之前的监管法院。参见[德]迪特尔·施瓦布:《德国国家庭法》,王葆蔚译,法律出版社 2010 年版,第 458 页。

[11] [德]迪特尔·施瓦布:《德国国家庭法》,第 462 页。

[12] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,第 415-416 页。

[13] Brox, Allgemeiner Teil des BGB, S. 149, Rn. 266; Palant/Heinrichs, Einführung, Titel 1. Geschäftsfähigkeit, Rn. 2a.

[14] Jauernig/Berger/Mansel, Vorbemerkung, § 1896 Rn. 5, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck München, 2011.

[15] [德]迪特尔·施瓦布:《德国国家庭法》,第 462 页。

[16] 也有译为“预防性代理权”的,参见李霞:《意定监护制度论纲》,《法学》2011 年第 4 期。

丧失心智之前,已有授权他人作为处理自己事务之任意代理人时,优先于成年人照管制度实行,但对任意代理人仍设有监督机制,使其于代理重要事项时亦受照管法院的监督(参见《德国民法典》第1904条第5款、第1907条第5款)。^[17]

第三,关于照管人的选任,在新《德国民法典》中,照管人可因被照管人申请而任命,也可以由法院依职权任命。新法第1897条规定了三种照管主体:其一为一般自然人(第1款);其二为团体照管人或机关照管人(即团体或机关里专门或部分从事照管工作的工作人员,第2款);其三为职业照管人(第6款)。^[18]第1900条还规定了机关或社团作为照管人的情形。在上述照管人中,以选任自然人为原则,无自然人担任照管人的情况下方才引入机关团体作为照管人。在选择自然人作为照管人的情形下,法院要充分考虑被照管人的利益,充分尊重被照管人的意见。如若被照管人提出了照管人人选,则法院在所建议之人不会违背被照管人自身利益的情况下,应当依从该项建议之人选;如若被照管人明确提出排除某些人作为自己的照管人,则该项建议也应当被充分考虑。如果被照管人未提出任何建议,则需侧重考虑与被照管人存在亲属关系或人身关系的人,如配偶、父母等。在无合适的自然人作为照管人的情形下,应当由“职业照管人”(第1897条第6款)、社团或机关(第1900条)担任照管职务。新法第1899条还授权照管法院可以选任复数照管人,第1908i条并准用第1792条的规定,允许设置照管监督人。

第四,关于照管人的职责,新法的规定较为琐碎,比较系统地规定在第1901条、第1901a条、第1901b条中。根据第1901条第1款,照管原则上是在法律上处理被照管人的一切必要的日常事务。照管人还应亲自照管这些事务(第1897条第1款)。第1901条第2款、第3款特别规定了照管人的行为准则是被照管人的最佳利益:“照管人必须以符合被照管人最佳利益的方式处理被照管人的事务。被照管人的最佳利益也包括在其能力所及的范围之内按照自己的愿望和想法计划其生活的可能性”;“照管人必须满足被照管人的愿望,但以这样做不与被照管人的最佳利益相抵触、且对照管人来说是可合理地期待的为限。”这体现了法律特别注重的自主决定因素。^[19]

根据第1902条,被照管人在职责范围内,得以在裁判上和裁判外代理被照管人,即享有法定代理权。照管人的另外一项重要职责为“允许之保留”。^[20]所谓“允许之保留”,依照1903条第1项之规定,“以为避开被照管人的人身或财产的显著危险而有必要这样做为限,对于涉及照管人职责范围的意思表示,被照管人必须得到照管人的允许。”如果说旧法的禁治产制度之实现是以监护权为其核心与皈依的话,那么新的照管制度则是以“允许之保留”制度为核心,这一制度构成了照管人的权力来源,是照管人据以对被照管人实行管理的唯一支点。仅在允许之保留的情形,对涉及照管人职责范围内的意思表示,被照管人需要得到照管人的允许(可适用第183条第1句),此时准用第108条至第113条、第131条第2款、第210条有关限制行为能力人所为法律行为之效力的规定,也即在允许之保留的情形,在照管人的特定职责范围内,被照管人所实施的法律行为在效果上与限制行为能力人所实施的法

[17] 参见戴瑀如:《初探德国成年辅助法——兼论我国成年监护制度》,《月旦法学杂志》第167期,第142页、第150页。

[18] 2005年第二次修订照管法时,承认职业照管人可以获得报酬,并增订《监护人与照管人报酬法》明文规定给付报酬的方式。参见戴瑀如:《初探德国成年辅助法——兼论我国成年监护制度》,第142页、第144页。

[19] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,第464页。

[20] 梅迪库斯教授认为,允许保留在内容上类似于过去的禁治产宣告,参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,第414页。

律行为类似。^[21] 也有德国学者认为,此时被照管人的行为能力受到限制或受到部分限制,其地位相当于限制民事行为能力人。^[22] 但第 1903 条第 2 款和第 3 款对允许之保留又作了例外的规定,即针对一定的具有高度个人性的行为(如缔结婚姻、死因处分等,第 2 款)、纯获益行为(第 3 款,相当于第 107 条的规定)以及日常生活琐细事务(第 3 款),被照管人无须征得照管人的允许即可为之。^[23] 第 1904 条至第 1908 条以及第 1908i 条(准用第 1805 条、第 1821 条、第 1822 条、第 1823 条)还规定了需照管法院批准照管人才可进行的行为,如重大医疗行为、绝育、安置等。

第五,依据《德国公证法》(Bundesnotarordnung, BnotO)第 78 条,联邦公证人协会(Bundesnotarkammer)作为登记机关,负责对照护授权和照管处分进行自动的电子登记(即中央照护登记簿,第 78a 条专门对在中央照护登记簿宣告照护授权的相关内容进行了规定)。《德国照管机关法》(Betreuungsbehördengesetz, BtBG)第 6 条第 2 款还规定,照管机关的持证人可以对照护授权和照管处分的签名或画押进行公开认证。

第六,依据 2009 年 9 月 1 日生效的《德国家庭事件和非讼事件程序法》(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG),照管和允许之保留可以被废止或受到限制(第 294 条),也可以加以延长(第 295 条),但法院应自采取这些措施时起 7 年内作出相应的裁决(第 294 条第 3 款、第 295 条第 2 款)。^[24]

上文较为全面地梳理了《德国民法典》改革之后成年人监护制度的基本情况,其中的差异显而易见;但如果我们以一种线性的历史观对这一变迁进行观察的话,改革后的照管制度较之先前的禁治产制度,其进步性体现在什么地方? 对此,笔者选取了几个比较点,列表如下:

表一:德国民法成年人监护制度改革前后对照表

	原因	申请人	效果	监护人/照管人的选任	对被监护/照管人的限制
禁治产宣告制度	精神病人	成年人本人及法律规定的其他入	无行为能力	以配偶、父母、其他近亲属为顺位指定,父母不得干涉。	同不满七岁幼儿之行为效力
	精神耗弱、挥霍浪费、酗酒		限制行为能力		同已满七岁未成年入之行为效力
法律上的照管制度	成年人因心理疾患或身体上、精神上的残疾而完全或部分地不能处理其事务	若成年人本人有相应意思能力,则只能由自己申请;若成年人无意思能力,方可由其他人代为申请。	行为能力不必然因照管而受到限制	1. 因被照管人的申请而任命,被照管人对照管人人选有建议的,若不害及其利益,必须从之; 2. 法院依职权任命。	仅就个案情形的特定范围设定照管;监护法院因个案设定允许之保留,允许之保留范围之内的事项需照管人事先允许,其他则否。

[21] 此时,被照管人仍具有行为能力,仅是其所为的法律行为在效力上受到限制。Brox, Allgemeiner Teil des BGB, S. 149, Rn. 288.

[22] Giesen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, S. 232; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2006, S. 374, Rn. 994; Palant/Heinrichs, Einführung, Titel 1. Geschäftsfähigkeit, Rn. 2a.

[23] Köhler, BGB Allgemeiner Teil, S. 123, Rn. 7.

[24] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,第 462-463 页。在 2005 年第二次照管法修订前,该期限最长为 5 年。siehe Schlüchter, BGB-Familienrecht, 10. Aufl., Heidelberg, S. 285. 转引自戴瑞如:《初探德国成年辅助法——兼论我国成年监护制度》,第 148 页。该法自 2009 年起为《德国家庭事件和非讼事件程序法》所代替。

从上述表格可以看出,在笔者所撷取的这几个关键点中,与禁治产宣告制度相比,新的照管制度一个最大的不同即在于弱化了原先制度的刚性分类与硬性规定:照管制度的开始程序赋予了不能完全处理自身事务的成年人以更多的自由和自我选择,同时若该成年人有自我决定的能力则其他人不得代行申请;被置于监护地位时也不再受到行为能力的限制;在照管人的选任上更加尊重被照管人的意图;对被照管人行为的限制因个案之特定范围设定。这些特点使得新制度能够有更多的空间去依据个案当事人的现实情况安排制度。然而为什么说这种安排体现了法制的进步性?这种进步是在什么意义上言及的?众所周知,成年人监护制度的改革受到了国际人权潮流的冲击,但法学内部有没有立足于自身的反思?笔者认为这就涉及到了《德国民法典》乃至德国私法学所包含的方法问题,而唯有对这一方法的认知与批判才能洞悉新照管制度的方法论意义。

二 德国式禁治产制度之方法批判与反思

(一) 法律科学方法下的禁治产制度

《德国民法典》是一部依据法律科学方法建造起来的法典,禁治产制度是这部法典中依据法律科学方法设计的制度。本部分将对这一观点的依据加以交代。如前所述,禁治产的条文虽规定于旧《德国民法典》的总则编中,但该制度的全貌却远不止总则中那三两个条文,而是涉及到了民法的主体制度、法律行为制度、监护制度等横跨总则、亲属两编的复杂构造。

其一,逻辑的始端——行为能力与自然人格的实证法律表达。自然人格是一个古老的话题,然而自然人格与法律人格的断裂似乎与法律的起源一样久远:早在罗马法上就存在了“homo”与“persona”的区分,前者指自然意义上的人,后者指市民法上的“人格”。^[25] 据考证,“人格”这一说法最早源于拉丁文的“persona”一词,最原初的涵义是话剧演员在演出时所带的面具,后来引申为在法律的视野中屏蔽了个人个别因素的无面向、无差别的单纯存在。^[26] 在自然意义上,每个人在世界上的存在都有人格作为依托,但在实证法律上却并非所有自然人格都天然地具备法律上的人格;因此,如何在实证法上将自然人格进行表达进而加以规制,就成了一个技术上的问题。在此,《德国民法典》通过“权利能力”概念去界定人格的本质,这是静态的本质;同时又以“行为能力”概念去规制人的行为,以构成运动的方式。这样,借助“权利能力”和“行为能力”两个支点,将人格的存在与人格的运动方式分离开来,从本质的角度去界定“人”,同时又在能力的角度去表达“人”,以此支撑起了人之形象的实证化,克服了身份制的独断和国籍制的狭隘,实现了自然人格与法律人格最大程度的契合。

其二,禁治产制度——立足于行为能力的限制。《德国民法典》诞生于接受过启蒙运动洗礼的时代,尽管启蒙运动的余波已然荡尽,但启蒙运动的精髓在德国却以最为极端的方式被表现了出来——彼时德国思想界对于意志自由的珍视达到了一种近乎偏执的程度,这一点也被深深地熔铸进了饱蘸着康德(Immanuel Kant)与萨维尼(Savigny)思想

[25] 周栢:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第160页。

[26] [日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第19页。

的《德国民法典》中——19 世纪德国法律科学最重要的概念是“法律行为”，它是一个主体在市民社会中实现生存发展的主要工具；而“法律行为”的核心即是“意思表示”，意思表示的真实与否直接决定法律行为的效果，使之有效、无效、效力待定；同样，意思能力的瑕疵与否也能够使得主体所为的法律行为有效、无效或效力待定。在德国法的体系中，意思能力虽不决定人的本质，但却深刻影响着主体在市民社会中的存在方式与自我决定的程度。“禁治产宣告”制度完成了对意思能力瑕疵成年人的行为能力进行限制与剥夺的正当化与合法化，给他人介入意思能力瑕疵成年人所形成的法律关系提供了契机。据民法典体系，因某些原因被宣告禁治产的成年人，被褫夺行为能力而成为限制行为能力人或无民事行为能力人，这就意味着法典将他们的意思能力、心智水平等同于幼儿或未成年人。

其三，监护与法定代理制度——成年人能力补足与监护人的介入依据。成年人意思能力的瑕疵与该瑕疵的法律认同——禁治产宣告，产生了能力补充的需求，而这种需求在法典中的满足是通过监护与相对应的法定代理制度完成的。具体而言，法定代理制度为他人介入禁治产人的法律关系打开了孔径，监护制度则为这种介入的主体提供了身份皈依。

笔者将禁治产制度视为法律科学的产物，主要有以下两个依据。

一是生活事实的概念化。如前所述，在禁治产制度的设计中，主体制度之铺陈，监护制度之保障，都是基础性的或技术性的工作，该制度的真正枢纽是禁治产宣告的程序及其效果；而这一宣告的主要功能是通过主体制度产生的。禁治产宣告中，被宣告为禁治产的人被忽略了现实面向而归入到无行为能力人、限制行为能力人的概念中。依照康德给出的概念产生过程，概念由知性产生，知性加工对象，对象由直观给予，直观观察现象，而现象是由感官受刺激而产生，因而现象已经不再是客观存在了，所以概念也就脱离了真实的客观存在而只是一种理念。唯有理念化的概念能够进入到逻辑的空间内进行形式的处理，它已经抹去了“人”的真实存在而成为了形式逻辑与体系的一环。

二是制度的体系化。按照萨维尼的定义，体系是一个“解释的各种对象的统一”^[27]的状态，强调的是一种内部的自洽与圆融。在禁治产制度中，被宣告禁治产而成为无行为能力人、限制行为能力人效果的归属完全按照总则当中相应的规定，在监护人的设置、职权等技术性要素中绝大部分适用未成年人（即当然的无行为能力人、限制行为能力人）的规定，在形式上形成了法典内部各要素之间最大限度的平滑。基于这两点依据，笔者以为禁治产制度未曾背离《德国民法典》的法律科学方法的论调，在概念和体系两个最为重要的面向上恪守了法律科学的教条，成为了法律科学方法的产物。

（二）形式理性的产物——法律科学的前置批判与禁治产制度

《德国民法典》是 19 世纪德国潘德克顿科学的产物，本身即是科学方法的集大成者，追随着这部民法典的其他立法成果当然也因而具有了浓重的法律科学色彩。虽然“法律科学究竟指什么”这一问题至今在德国都没有一个为人所广泛接受的精确定义，但是这似乎并不意味着我们无法对这一概念的特征做出一个总结和阐述。事实上，已经有学者将德国法律领域的科学方法追溯到莱布尼茨的时代，并认为几何方法与法律材料的结盟即

[27] [德]萨维尼：《萨维尼法学方法论讲义》，杨代雄译，法律出版社 2008 年版，第 105 页。

构成“法律科学”。^[28]当然,这里的“科学”还是强调法律之特性与古代的“prudence”相对立的意义。然而这并不是近代法律科学的全部内涵,19世纪的德国法律科学概念似乎与萨维尼更具有亲缘性,这个萨维尼意义上法律科学之特征的梳理工作已经由美国学者雷曼(Mathias Reimann)完成。^[29]在一篇名为《19世纪德国法律科学》的文章中,作者将萨维尼的法律科学概括为两个特征,即历史与体系。这两个被熔铸于一炉的特征成为了“种子”,在萨维尼身后的学术发展中,两个不同的路径养成了四个不同的学派,其中最为著名的就是依附于“体系”特征而发展起来的“普赫塔—万格罗(Adolf von Vangerow)—温德沙伊德”的“潘德克顿法学”,这一学派对概念的崇拜和体系建构极其狂热,它的基本工作方法被耶林描述为“法学之分析(法律字母)—逻辑的集中—法学的建构”三部分,最终形成的体系具有“涵盖(所有)实证素材”、“无矛盾”、“法律之完美性”之特征;经由这种方法建造起来的体系,最终将成为“最生动、最舒适、最明显”的形式,并且成为“素材之永不枯竭的来源”。^[30]

潘德克顿学派的主要贡献在于将19世纪的德国私法形塑成了一个概念层级分明、制度设计细致、逻辑清晰一贯的庞大逻辑体系,以一个相对精炼的科学体系支配了无限的法律素材与生活质料,整合并简化了繁冗膨胀的实在法,使得法律生活得以完全在一种严明的逻辑建构中展开。在潘德克顿法学作为一个学派发展成熟之后,又乘着1874—1896年《德国民法典》起草制定的东风,通过温德沙伊德将自己变成了整个德国的国家意志与民法科学,并深刻地影响了整个世界的法制进程。

然而,这一思想进路自始至终都受到质疑,这种质疑在法学方法领域最早爆发出来。早在体系/科学崇拜之潘德克顿法学出现之前,德国法律科学的精神教父萨维尼便考虑到了体系的崇拜与逻辑的恣意可能带来的危险与隐忧,他强调以历史的研究方法对过度体系化进行限制,^[31]“将体系视为处于历史发展中的东西予以阐述”,竭力防范法体系脱离历史范畴与生活面向而陷入空洞的冥想。^[32]耶林著名的小册子《法学的概念天国》以一种戏谑的方式将这种概念崇拜描述为一种从杆子上取物下来又放回去的攀爬游戏,^[33]这就从根本上质疑了以概念化、体系化为基本特征的法律科学自身的意义与价值。不过,在这本小册子中耶林并没有提出一种替代可能性去消解法律之科学崇拜,他后来在《法律中之目的》一书中曾试图以因果律和目的律的区分去将人类生活从逻辑与体系之下解放出来,^[34]从而开启了由利益法学到评价法学的路径,最终在拉伦茨教授手中发扬光大。

其实,不仅仅是在法学领域,在19世纪后期整个欧洲文化界都在进行着对以逻辑与概

[28] 美国学者罗杰·伯科威茨所著《科学的馈赠》(田夫、徐丽丽译,法律出版社2011年版)一书即围绕该主题展开论述。See also M. H. Höfllich, *Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, 30 *Am. J. Legal Hist.* 95, 120 (1986).

[29] 中文译文见[美]马蒂阿斯·雷曼:《19世纪德国法律科学》,常鹏翱译,载易继明主编:《私法》第5辑第1卷,北京大学出版社2005年版。

[30] 吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索展开》,台湾大学法律学研究所2003届博士学位论文,第50—56页。

[31] 萨维尼将这种过度的体系化称为“超出真正的体系化”,参见[德]萨维尼:《萨维尼法学方法论与格林笔记》,第107页。

[32] 参见杨代雄:《萨维尼法学方法论中的体系化方法》,《法制与社会发展》2006年第6期。

[33] 参见[德]耶林:《法学的概念天国》,柯伟才、于庆生译,中国法制出版社2009年版,第15—16页。

[34] Rudolf von Jhering, *Law as a Means to an End*, (Boston: The Boston Book Company 1913). 转引自吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索展开》,第74页。

念为特征的科学方法与科学崇拜的批判。^[35] 其中就有著名的德国哲学家、现象学创始人胡塞尔。他在《19 世纪欧洲科学危机与超验现象学》一书中,将逻辑与概念的联盟视为“科学的危机”。“正是这件理念的衣服使得我们把只是一种方法的东西当作真正的存有,这层理念的化装使得这种方法、这种公式、这种理论的本来意义成为不可理解的,并且在这种方法的朴素的形成中从来没有被理解过。”^[36]

笔者以为,民法科学法体系之概念与体系/逻辑的方法本身是一种对生活的独断,其潜藏的内部逻辑是以建构理性实现对现实生活的安排。这种体系建构固然可以形成对无限之现实素材的简洁表达与整理,但是这种表达与整理却是以牺牲个体的独特性和无视现实的复杂性为代价的,它的严密体系和基于形式正当性的产生方式足以使其成为一个封闭的、恣意的结构,这样做的严重后果即是使体系丧失了未来面向与生活面向,法体系的进化依靠内部要素的自我繁殖,^[37] 而且其所面临的对象不再是罗马法时代那种活生生的现实,而是冰冷的概念。此外,由于这种科学的法体系本身只进行形式论证,低位阶的具体制度的正当性则无法通过实质论证加以证明,所以只得依靠法体系外在的权威来维持其效力,这就使得民法科学体系在缺乏生活体验的同时,又形成了一个刚性的结构,从而使得整个社会与法体系本身有陷入意识形态的乌托邦中的危险。或许正是部分因为如此,当社会主义思潮、人权思潮汹涌而至的时候,民法的科学法体系往往因为自身刚性的结构而无法做出有效的回应,最终陷入大修乃至解体的命运。

我们再把目光收回到禁治产制度上来。作为民法的重要概念,成年人监护制度也在这种极端的体系化构成中得以展开,前文即已整理出了成年人监护制度在《德国民法典》所形成的法律体系中,其严密的逻辑,完整的建造,明显带有鲜明的德国式法律科学的印记。然而在法律科学的视域中,“适用法律的过程,就是把某个生活事实归入到某个特殊的概念中的过程。概念是由一般性的特征组成的,每一个概念都是对其上位阶的概念的具体化,如果不断推进这一过程,就可以找出私法中最一般性的概念,如法律上的‘人’、权利、法律行为等。”^[38]

因此,概念作为法律科学体系的基本要素,其发现是自下而上的,而其构造形态却是自上而下的。在自然人的概念之下,无行为能力人、限制行为能力人、完全行为能力人三个概念构成了周延的逻辑整体,在形式上足以穷尽所有生活质料。然而其适用的方法是将生活中的现实套入到相应的概念当中去,结果法律适用的实质就变成了以概念来规定生活,强行将市民社会的自然人主体分作三个类型,禁治产宣告制度又将本该具备完全行为能力者限制到无行为能力、限制行为能力的类型之中,而直接适用相应的效果。对于法律科学体系自身来说,这一安排方式具有内在必然性。在民法当中,禁治产制度的设立恰恰是对生活经验的制度处理,将精神水平无法达到法律所拟制的理性人之要求的自然人以这一制度

[35] 笔者以为,法学界将概念和体系作为科学的特征,并将基于这种方法建构起来的法体系视为“法律科学”,并非是一座法学领域的空中楼阁,而是与工业革命以来整个西方社会的科学崇拜潮流有密切的源流关系,甚至于就是科学思想在法学领域的具体表现而已。

[36] [德]埃德蒙德·胡塞尔:《19 世纪欧洲科学危机与超验现象学》,张庆熊译,上海译文出版社 1988 年版,第 61 - 62 页。

[37] Jhering: *Geist der römischen Recht*, Bd. 1, S. 29, 转引自吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索展开》,第 59 页。

[38] 谢鸿飞:《法律行为的民法构造》,第 60 页。

为依据投入到“无行为能力”“限制行为能力”的概念中,从而适用其相应的能力限制与制度就成为了理所当然的事。而且也惟其如此,才能够保持体系内部的一致性,确保其科学的特征。然而,上述方式的缺点显而易见。在这种方式下,制度直接处理对象与基本依据是概念,是以概念规定生活。当时的概念产生方式类似于现代民法所称的“类型化”方法,所得概念只是大多数社会现象的最大公约数与典型化抽取,^[39]这种方法对事物的区别标准并非本质的不同而是程度的差异,这就必然会导致概念之核心(典型现象)与边缘部分(非典型现象)的疏离。对生活素材所规定的类型越少,与之完全契合的核心部分(典型现象)就越少(因为满足的要求较多),相应地边缘部分(非典型现象)也就越多。将此类边缘部分(非典型现象)适用于核心部分(典型现象)的规则,其结果就是对边缘部分(非典型现象)特有之特征的无视。亦即对边缘部分(非典型现象)的个性的无视,这也就解释了为何诞生于20世纪初的《德国民法典》对工业化时代的法律关系之漠视——劳工、消费者、铁路事故等被屏蔽于民法典所建立的形式理性的构造之下,他们的特殊性没有得到法典的承认。

这便是在法律科学内部方法的弊端所引致的禁治产制度的现代危机。其实这些仅仅是具象的问题,其背后潜藏的根源在于法律科学体系对现实生活之多元化、多样性与复杂性的忽略。这一忽略所造成的后果是很严重的,众所周知,近代法典化运动除了赋予市民社会一部法典之外,还使法典成了一个本体,在原先的工具价值之外又赋予了人类的法律以目的价值的含义,本体意义的存在客观上造成了法典修改的障碍,而工具意义则成为促成法典改革的动力源泉,两种价值理性的张力与平衡就成了一个恒久且复杂的主题。

在对禁治产制度的批评中,无论是法学界内部还是国际人权潮流,他们的批评意见往往集中在不顾及当事人残存意志多少,一律以贬损行为能力的方法加以限制,这有害于“人权”或“民法价值”。^[40]其实,如果把这一批评化入到法学方法的谱系中来看的话,其实质正是概念边缘部分(非典型现象)的个性被法学概念所遮蔽。而所谓的成年人监护制度改革,恰恰是将这种被概念所屏蔽的个性加以承认,打破概念与体系的形式合理性的论证,使得市民社会的多元化、复杂性得已获得法律意义上的肯认。这是法典的工具性价值向目的性价值的一次出击。而反观德国新的成年人监护制度,照管的主体不再被投入到“无行为能力人”、“限制行为能力人”的概念中,而是由法院按照当事人的具体情况来确定是否需要照管,以及需要多大强度、多大范围的照管。被照管人与自然人主体类型的概念脱钩,以一个鲜活的、自然意义上的真实的人的面貌进入到法律体系内部,这不能不说是《德国民法典》诞生百年以来方法层面的最大变迁,而德国“法律上的照管”制度的先进性与进步性正是在这个意义上体现了出来。

[39] 谢鸿飞:《法律行为的民法构造》,第60页。

[40] 例如,梅迪库斯在其《德国民法总论》一书中就称“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。”参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,第411页。龙卫球教授称:“旧有宣告制度(即禁治产宣告制度——笔者)的弊端是法律价值上的。为追求简单,旧有宣告制度不合理地抽象限缩被宣告人的具体机会,这种做法实际上是剥夺了个人的自由地位。”参见龙卫球:《民法总论》(第二版),中国法制出版社2002年版,第229页。

三 日本、我国台湾地区民法成年人监护制度的现代改革

上文系统梳理了《德国民法典》中成年人监护制度改革前后的制度情况,以及制度变迁背后民法方法论的更生。笔者认为这一变迁是《德国民法典》实施百年以来方法论领域对法律之科学体系的最大挑战。然而,进行成年人监护之现代化改革的并非只有德国一家,与德国民法一脉相承的日本、我国台湾地区、韩国、瑞士诸民法也分别于近年实施了本国的新成年人监护制度,^[41]本部分将以日本和我国台湾地区为代表,系统梳理其民法典成年人监护制度的改革内容,并与德国民法加以比较。

(一) 日本民法典关于成年人监护制度的改革

日本法上的成年人监护制度改革发端于 1995 年,改革草案于 1999 年 12 月获得批准,2000 年 4 月 1 日起施行。新立法包括作为民法典修改的《部分修改民法的法律》,作为配套法律的《关于任意监护契约的法律》、《伴随部分修改民法法律实施调整相关法律的法律》和《关于监护登记的法律》等。^[42]

在修改前,《日本民法典》规定的成年人监护制度只有两种:一是禁治产,一是准禁治产。禁治产针对没有判断能力的人,准禁治产针对判断能力不够充分的人。对禁治产人要安排监护人,对准禁治产人则安排保佐人。禁治产人由于完全没有判断能力,完全由监护人代理本人管理本人的财产,而准禁治产人的重要财产行为需要保佐人同意才能生效。^[43]可以说,旧法中成年人监护制度的对象基本限定为重度精神障碍者,没有照顾轻度认知障碍症等情况,后者在进行需要高度判断力的商业交易时存在着蒙受不利益的风险。并且,一旦被宣告为“禁治产”或“准禁治产”,该事项须记载于户籍簿,遭致很多人的抵触。在有夫妻关系存在的情况下,作为保护人的监护人和保佐人还必须由配偶担任,人数也限定为 1 名,在配偶已达高龄而需要复数监护人时,这种保护体制不敷需求。^[44]

针对上述问题,从应对高龄化社会和充实残疾人福祉的角度出发,日本在对本人保护这一理念的基础上,引进了基于对判断能力不足的高龄人和残疾人等予以保护和援助而阐发的“对自我决定的尊重”和生活常人化等新型理念,从整合自我决定与本人保护两者关系出

[41] 《瑞士民法典》中新的成年人监护制度被称为“成年人保护”制度,替代了现行法中的“监护”制度。成年人保护制度由 2008 年 12 月 19 日颁布的《瑞士民法典》修正案(AS 2011 S. 725)加以规定,将于 2013 年 1 月 1 日生效。新制度的特色有二:一是规定了照顾委托和病人处分两种新制度,有行为能力人可以在自己有判断能力时对自己的权利进行预先处分;二是将辅佐制度细分为随性的辅佐(新法第 393 条)、代理性的辅佐(新法第 394 条)、协助性辅佐(新法第 396 条)和全面性的辅佐(新法第 398 条)四种,在随性辅佐的情形,被辅佐人的行为能力不受限制(新法第 393 条第 2 款),在代理性辅佐的情形,成年人保护局可以对被辅佐人的行为能力进行相应的限制(新法第 294 条第 2 款),在协助性辅佐的情形,被辅佐人的行为能力依法受到相应的限制(新法第 396 条第 2 款),在全面性的辅佐情形,依据新法第 398 条第 3 款和第 17 条的规定,被辅佐人无行为能力。由于资料的局限,本文对此不拟展开论述,仅做一简要说明。《韩国民法典》中的成年人监护制度与日本法非常相似,有关韩国成年人监护制度改革的概述及与日本法的比较,参见[日]冈孝:《面向 21 世纪的东亚成年人监护法》,解亘译,载《中日民商法研究》(第十一卷),法律出版社 2012 年版,第 47 页。

[42] [日]郑英模:《成年人监护制度与司法书士》,渠涛译,载《中日民商法研究》(第十卷),法律出版社 2011 年版,第 265-266 页;刘得宽:《成年“监护”制度之比较研究——以日台德为中心》,《月旦法学杂志》第 101 期,第 116-117 页。以下所引新《日本民法典》的条文,来自渠涛编译的《最新日本民法》,法律出版社 2006 年版。

[43] [日]宇田川幸则:《浅论日本关于成年人监护制度的改革》,载《中日民商法研究》(第一卷),法律出版社 2003 年版,第 383-384 页。

[44] [日]郑英模:《成年人监护制度与司法书士》,第 266 页。

发,将民法上的成年人监护制度修改成一个富有弹性和便于利用的制度。^[45] 修订的三项原则为必要性原则、补充性原则和尊重本人意思的原则。^[46]

新的成年人监护制度由法定监护与任意监护两大部分构成,各自展开了一个规则谱系,从形态上解构了旧的禁治产和准禁治产制度,建立起了自己的作用空间。

1. 法定监护制度

就法定监护而言,日本新民法根据辨识事理的能力(判断能力)的衰退程度,区分了三种类型来保护有精神障碍或身体残障的成年人,即将法定监护制度区分为三种类型:监护制度、保佐制度、辅助制度,从而有别于德国的一元论。^[47] 监护制度和保佐制度替代了原来禁治产制度和准禁治产制度,而辅助制度则针对轻度精神障碍者。^[48]

关于新的法定监护制度,可分为涉及行为能力的部分和涉及监护的部分,《日本民法典》将前者规定在第一编“总则”的第二章“人”中,而将后者规定在第四编“亲属”的第五章“监护”和(新设的)第六章“保佐及辅助”中。^[49]

(1) 监护制度(第7条以下、第838条以下)。根据新《日本民法典》第7条,监护制度的适用对象为“因精神上的障碍而辨识事理能力明显欠缺而已经处于常态的人”,经由本人、配偶、四亲等以内亲属、监护人、监护人的监督人、保佐人、保佐人的监督人、辅助人、辅助人的监督人或检察官之声请,家庭法院可以宣告被申请人受监护,为被申请人设立监护人。^[50] 监护人对被监护人的职责与原禁治产监护人的职责大略相同,包括财产管理权(第859条第1款)、法律行为的概括性代理权(第859条第1款)、^[51] 法律行为撤销权(第9条、第120条第1款)等。然而在这其中,日本新民法突出了运用、尊重被监护人残存意思能力的理念,即被监护人的日常生活行为,如购买日用品等为有效(第9条),其他法律行为则可撤销,在此限度内,成年被监护人的行为能力受到限制。^[52] 就成年人监护人的任务,新法特别规定,是日常生活等监护,即料理被监护人的生活、疗养、看护以及财产管理等事务,从事这些事务时,必须尊重成年被监护人的意思,并需照顾到其身心状态和生活状况(第858条)。这些义务被统称为“身上照顾义务/身心关怀义务”,^[53] 具体内容是有关被监护人的疗养看护、护理,如住院合同、住养老院的合同、在家疗养服务合同等,而不包括日常生活的看护、护理等属于单纯劳动的行为。^[54] 第859条之3还明确规定了成年监护人处分成年被

[45] [日]郑英模:《成年人监护制度与司法书士》,第265-266页、第273页。

[46] [日]田山辉明:《日本成年监护制度的现状与课题》,解亘译,载《中日民商法研究》(第八卷),法律出版社2009年版,第49页。

[47] 参见[日]冈孝:《面向21世纪的东亚成年人监护法》,第48-49页。

[48] [日]郑英模:《成年人监护制度与司法书士》,第266-267页。

[49] 参见[日]山本敬三:《民法讲义I总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第41页。

[50] 根据《关于任意监护契约的法律》、《老人福祉法》、《智力障碍者福祉法》、《精神保健以及精神病人福祉法》等相关法律,任意监护的受托人、任意监护人、任意监护监督人、市町村长也可以声请监护、保佐和辅助开始审判。参见[日]山本敬三:《民法讲义I总则》(第3版),第41页、第49页、第53页。

[51] 《日本民法典》第859条第1款使用了代表的称谓,但解释上包括代理在内。参见[日]新井誠、赤沼康弘、大貫正男,成年後見制度——法の理論と實務,有斐阁,2006年初版,页91,转引自陈自强:《台湾民法与日本债权法之现代化》,元照出版公司2011年版,第215页;[日]山本敬三:《民法讲义I总则》(第3版),第47页。

[52] [日]宇田川幸则:《浅论日本关于成年人监护制度的改革》,第388页;[日]山本敬三:《民法讲义I总则》(第3版),第45页。

[53] 宇田川幸则将这一义务称之为“身上照顾义务”,三本敬山则将这一义务称之为“身心关怀义务”,参见氏著《民法讲义I总则》(第3版),第48页。

[54] [日]宇田川幸则:《浅论日本关于成年人监护制度的改革》,第390页。

监护人居住用的不动产时,须取得家庭法院的许可。监护人还不得为利益相反行为(第 860 条)。

(2) 保佐制度(第 11 条以下、第 876 条以下)。该制度规定于新法第 11 条,该条规定的受保佐对象为“因精神上的障碍而辨识事理能力明显不足的人”,其中排除了对旧法中所规定的挥霍浪费的人或其他有身体障碍者的适用,仅对精神耗弱者施以保护。保佐的宣告程序,经由本人、配偶、四亲等以内亲属、监护人、监护人的监督人、辅助人、辅助人的监督人或检察官之申请,家庭法院可对精神耗弱者做出受保佐的宣告。保佐人的职权比较零散,分布在新民法总则与亲属编中,总结起来有以下三种权利。其一,同意权。据新民法第 13 条第 1 款规定,被保佐人的以下九类行为须得保佐人同意:①支取或利用本金;②借债或承担保证;③以不动产或其他重要财产权利的得丧为目的的行为;④诉讼行为;⑤赠与、和解或达成仲裁协议;⑥对继承的承认、放弃和遗产分割;⑦拒绝他人提出的赠与要约、放弃遗赠,承诺附负担的赠与的要约或承认附负担的遗赠;⑧新建、改建、扩建或大型修缮;⑨超过第 602 条所规定期间的租赁。对第 1 款未列举的行为,家庭法院可以根据第 11 条列举之人或保佐人或保佐监督人的申请,裁定被保佐人也须取得其保佐人的同意,但第 9 条但书规定的日常生活行为不在此限。家庭法院还可以根据被保佐人的请求,作出许可,以替代保佐人的同意。其二,撤销权。被保佐人的行为在未得到保佐人的同意或替代同意的许可时,被保佐人、保佐人可撤销之(第 13 条第 4 款)。其三,代理权。据新民法第 876 条的规定,保佐开始后,家庭法院根据第 11 条所列之人或保佐人或保佐监督人的请求,可裁定保佐人对被保佐人的某些特定法律行为具有代理权。但除被保佐人本人以外的人请求赋予保佐人代理权的申请,须得被保佐人同意方可,以期最大限度地尊重被保佐人的意思。就保佐人的义务,第 876 条之 5 第 1 款规定,保佐人在料理保佐事务时,须尊重被保佐人的意思,而且需照顾到其身心状态和生活状况。其宗旨与成年监护人的情形相同。

(3) 辅助制度(第 15 条以下、第 876 条之 6 以下)。根据新民法第 15 条,辅助制度的适用对象为“因精神上的障碍而辨识事理能力不足的人”,但“在第 7 条和第 11 条规定原因中的人不在此限”。经由本人、配偶、四亲等以内亲属、监护人、监护人监督人、保佐人、保佐监督人或检察官之申请,可以裁定为受辅助人,然而非本人提出申请者,须得被申请人本人同意。辅助人的权利与保佐人大致相同,包括代理权(第 876 条之 9,需要被辅助人的同意)和同意权(第 17 条)。根据新法第 17 条,家庭法院可以根据第 15 条第 1 款规定的人或辅助人或辅助监督人的请求,做出旨在使被辅助人为特定法律行为时必须得到辅助人同意的裁定,但仅限于第 13 条第 1 款规定的行为中的一部分,非被辅助人本人请求做出该项裁定的,须有被辅助人本人的同意。对于须得到辅助人同意的行为,若辅助人在并无损害被辅助人利益之虞仍不同意的,家庭法院可根据被辅助人的请求予以许可,以替代辅助人的同意。必须得到辅助人同意的行为,在未得到该项同意或替代同意的许可时,(本人、辅助人)可以撤销。就辅助人的身心关怀义务,民法第 876 条之 10 援引了第 876 条之 5 第 1 款(保佐人的事务)。

就法定监护人(含保佐人、辅助人)的选任而言,新的制度取消了以前禁治产制度的监护人选任顺位,废止了配偶法定监护人制度(旧法第 840 条),而是由家庭法院根据具体案件的情况,选取最适当的人担任监护人、保佐人或辅助人。法人也可以担任监护人(第 843 条第 4 款)。根据新民法,在选任时所需考虑的因素包括被监护人、被保佐人、被

辅助人的健康状况、意思能力、财产状况、与监护人、保佐人、辅助人的关系,以及监护人、保佐人、辅助人的人身财产状况等。此外,相较于旧的禁治产制度,新制度不再限制监护人、保佐人、辅助人的人数,上述诸职即可由一人担任,亦可由数人担任(第 859 条第 2 款、第 843 条第 3 款、第 876 条之 3 第 2 款、第 876 条之 8 第 2 款)。这样,对于财产管理事项得委任法律或会计实务家,对于人身上的监护事务则得委任有关福祉工作专家分别来担任。^[55]

就对法定监护人的监督而言,家庭法院可以根据情况设定监护监督人、保佐监督人、辅助监督人等,对相应事务进行监督。

通过对日本法定监护制度的描述可以看出,相对于德国法上的照管制度,日本法上的法定监护的改革步幅较小,只是在原先的禁治产和准禁治产的基础上多又设计了一个新的类型(辅助制度)以包纳更多的适用对象而已,且相关的权利义务关系除去监护人顺位的废除、复数监护人的选任与个别状况下本人同意要件的设立外,并没有太多的本质性区别。

2. 任意监护制度

随着高龄社会的来临,因患认知症(痴呆症)等判断能力(民法上的事理辨识能力)逐渐衰退的人日益增多,针对这一情况,日本政府在 1999 年修法时,以民法特别法的形式颁布了《关于任意监护契约的法律》^[56](下文简称《任意监护法》),设立了基于契约关系的任意监护类型,使得当事人在自己还有判断能力的时候通过订立契约来选定自己的监护人,^[57]成为此次修法的一大亮点,兹述如下。

所谓任意监护契约,是指本人在具有完全的判断能力的前提下,就自己将来因精神上的障碍辨认事理不足状况下的监护事务(关于生活、疗养看护和财产管理的事务),赋予任意监护人全部或一部的代理权,同时,附加在选任任意监护监督人时生效之特约的合同。^[58]日本法上的任意监护可分为将来型、即效型和复合型(移行型)三种类型。^[59]任意监护人的职权依任意监护契约的条款而定。由于这类合同对被监护人本人及家庭利益的影响甚大,需要一定公开性,故而《任意监护法》规定此类合同必须经过公证并登记。此外,该法还规定,当本人意思能力衰退时,经本人、配偶、四亲等以内亲属或被委托人的请求,家庭法院设立选任监督人后,合同方才生效。任意监护契约生效后,本人的行为能力仍不受限制,只要有意思能力,本人仍可单独实施有效的法律行为。而任意监护人则取得了任意监护契约约定的代理权。任意监护人也负有身心关怀义务,他在处理事务时,必须尊重本人的意思,关怀其身心状态和生活状况(《任意监护法》第 6 条)。^[60]而任意监护监督人的职责是监督被委托人的合同履行情况,定期向家庭法院报告。家庭法院的监督则作为对任意监护监督人监督的补充。

[55] 刘得宽:《成年“监护”制度之比较研究——以日台德为中心》,第 119 页。

[56] 因为这一制度跨越了民法的几个领域(代理、委托、监护等),所以在立法形式上,采用了民事特别法的形式。参见[日]宇田川幸则:《浅论日本关于成年人监护制度的改革》,第 391 页。

[57] [日]田山辉明:《日本成年监护制度的现状与课题》,第 50 页。

[58] 日本《关于任意监护契约的法律》第 2 条第 1 款对任意监护契约做出了法定定义,参见[日]冈孝:《面向 21 世纪的东亚成年人监护法》,第 63 页;[日]宇田川幸则:《浅论日本关于成年人监护制度的改革》,第 391 页。

[59] [日]郑英模:《成年人监护制度与司法书士》,第 270 页。

[60] [日]山本敬三:《民法讲义 I 总则》(第 3 版),第 61 - 62 页。

原则上,任意监护制度优先于法定监护制度,但在认为“为了本人的权益有特别必要时”,可以优先适用法定监护制度(第 10 条第 1 款)。这是新成年人监护制度以“对自我决定的尊重”为基本理念的结果。^[61]

3. 成年人监护登记制度

新法还废止了以往将受监护的事项记入户籍簿的做法,重新设置一种成年人监护登记制度,以此公示成年监护人的权限以及任意监护契约的内容。^[62] 这一登记内容可以为希望与之交易的人提供有关信息,并可以依据要求提供或者出示“登记事项说明书”(监护登记法第 10 条),从而实现交易安全。^[63]

整体上,日本的成年人监护制度改革引进了“重视本人的意思、尊重自我决定”、生活常人化等新理念,通过新设任意监护制度和辅助制度,对旧的制度进行了根本的改革,它们不仅增加了可以选择的监护制度的内容,而且可以及时地适应本人的判断能力衰退的程度、财产和身心的状态,成为非常有灵活性的制度。^[64]

(二)我国台湾地区“民法”关于成年人监护制度的改革

我国台湾地区的成年人监护制度改革肇始于 2002 年,最终的改革成果在 2009 年正式施行。与德日两国的改革路径相同,台湾地区“民法”也废除了禁治产制度,代之以受监护宣告与受辅助宣告两项制度。^[65] 但就修改幅度来说,台湾地区的改革还是较为保守,其中受监护宣告制度较之以往的禁治产宣告而言区别不大,依然是以剥夺当事人行为能力为特征达成的,故而被陈自强教授称为“台湾成年监护制度最大的败笔”。^[66] 这一新的成年人监护制度分布于第一编民法总则第二章人第一节(自然人)和第四编亲属编第四章监护的第二节(成年人之监护与辅助)中,其结构如下:

1. 成年监护宣告

首先,受监护宣告的原因。我国台湾地区“民法”第 14 条将受监护宣告的原因规定为“对于因精神障碍或其他心智缺陷,致不能为意思表示或受意思表示,或不能辨识其意思表示之效果者”,对比原禁治产制度规定的“心神丧失或精神耗弱,不能处理自己事务者”(旧法第 14 条),范围似乎没有什么实质性的变化。从立法理由上看,也仅是为了明确语意,避免适用时滋生疑义。

其次,受监护宣告的申请与撤销。我国台湾地区“民法”第 14 条规定,“本人、配偶、四亲等以内之亲属、近一年内有同居事实之其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构”能够申请受监护宣告。四亲等以内之亲属、近一年内有同居事实之其他亲属、主管机关或社会福利机构为新增的监护宣告的申请主体。受监护之原因撤销时,法院应依照前述申请人的申请,撤销宣告。

其三,受监护宣告之效力。我国台湾地区“民法”第 15 条规定,受监护宣告之人,无行为能力。这一剥夺行为能力的规定与之前的禁治产宣告制度相比较,除了名称有所变化以

[61] [日]宇田川幸则:《浅论日本关于成年人监护制度的改革》,第 392 页。

[62] [日]郑英模:《成年人监护制度与司法书士》,第 267 页。

[63] [日]铃木初代:《日本成年人监护制度改革后的现状及与之配套的公共设施和制度》,宇田川幸则译,载《中日民商法研究》(第一卷),法律出版社 2003 年版,第 371 页。

[64] 参见[日]宇田川幸则:《浅论日本关于成年人监护制度的改革》,第 394 页。

[65] 关于修正的背景,可参见林秀雄:《论我国新修正之成年监护制度》,《月旦法学杂志》第 164 期,第 139 - 140 页。

[66] 陈自强:《台湾民法与日本债权法之现代化》,第 203 页。

外,其并无太多不同,体现了我国台湾地区民法成年监护制度改革的保守性,因而受到学者诟病。

其四,监护人的选定。我国台湾地区“民法”第 1111 条第 1 款规定,法院为监护之宣告时,应依职权就配偶、四亲等内之亲属、最近一年有同居事实之其他亲属、主管机关、社会福利机构或其他适当之人选定一人或数人为监护人,并同时指定会同开具财产清册之人。这一规定改变了旧法中的法定监护人的顺序,并排除了亲属会议担任监护监督者的角色,由法院加以替代,从而使得成年人监护制度中的公权力的色彩更加浓厚,并使之逐渐脱离亲属法的领域,并呈现出社会法的面向。^[67]

照护受监护宣告之人之法人或机构及其代表人、负责人,或与该法人或机构有雇佣、委任或其他类似关系之人,不得为该受监护宣告之人之监护人(第 1111 条之 2),以此避免利益冲突。增订的第 1111 条之 1 则要求,法院选定监护人时,应依受监护宣告之人之最佳利益,优先考虑受监护宣告之人之意见,审酌一切情状,并注意下列事项:(1)受监护宣告之人之身心状态与生活及财产状况;(2)受监护宣告之人与其配偶、子女或其他共同生活之人间之情感状况;(3)监护人之职业、经历、意见及其与受监护宣告之人之利害关系;(4)法人为监护人时,其事业之种类与内容,法人及其代表人与受监护宣告之人之利害关系。这与修订后的《日本民法典》第 843 条第 3 款几无不同。此外,监护人可以为复数,法院选定数人为监护人时,得依职权指定其共同或分别执行职务之范围(第 1112 条之 1),这与日本新法也是一致的。

其五,监护人的职责。监护人于执行有关受监护人之生活、护养疗治及财产管理之职务时,应尊重受监护人之意思,并考虑其身心状态与生活状况(第 1112 条)。其他职责则准用未成年人监护之规定(第 1113 条准用第 1097 条第 1 款)。^[68]

其六,成年监护宣告的登记。法院为监护之宣告、撤销监护之宣告、选定监护人、许可监护人辞任及另行选定或改定监护人时,应依职权嘱托该管户政机关登记(第 1112 条之 2)。这一嘱托登记易使受监护宣告人承受社会上对其产生的强烈偏见,对其人性尊严产生伤害,由此也可见,该嘱托登记并非在保护受监护人的利益,而在保护交易的安全,使与受监护宣告人为交易的第三人得以知悉其为无行为能力人,以避免无效行为的发生。^[69]在这点上,台湾法与日本法有着明显的差异。

我国台湾地区“民法”第 1113 条并规定,成年人之监护,除另有规定者外,准用关于未成年人监护之规定,如处分财产制限制(第 1101 条)、受让财产之禁止(第 1102 条)、报酬请求权(第 1104 条)等。

2. 辅助宣告

首先,受辅助宣告的原因,包括两种:其一,根据我国台湾地区“民法”第 15 条之 1 第 1 款的规定,受辅助宣告之人为,“精神障碍或者其他心智缺陷,致其为意思表示或受意思表示,或辨识其意思表示效果之能力,显有不足者”。即成年人以及未成年人已结婚者;^[70]

[67] 戴瑀如:《初探德国成年辅助法——兼论我国成年监护制度》,第 138 - 139 页、第 149 页。另参见林秀雄:《论我国新修正之成年监护制度》,第 146 页、第 155 页。

[68] 林秀雄:《论我国新修正之成年监护制度》,第 145 页。

[69] 林秀雄:《论我国新修正之成年监护制度》,第 144 页。

[70] 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 104 页;林秀雄:《论我国新修正之成年监护制度》,第 149 页。

其二,为第 14 条第 3 款所规定之受监护宣告之申请,但法院经审查认为不符合监护宣告之条件者,或该条第 4 款规定的,受监护情形消失但仍有受辅助之必要时,法院得依职权变更为辅助宣告。

其次,辅助宣告的申请与撤销。辅助宣告因原因不同而有不同的机制。依申请的辅助宣告,应由本人、配偶、四亲等内之亲属、最近一年有同居事实之其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构之声请为之;依职权的辅助宣告,由法院对监护宣告申请或撤销申请进行审查,如认为有受辅助的必要者,即依职权宣告受辅助。受辅助之原因消灭时,法院应依照前述申请人之申请,撤销辅助宣告。

其三,辅助宣告之效力。受辅助宣告的效力是本次改革中值得瞩目的亮点,即受辅助宣告的当事人其行为能力并未受损,换言之,其仍旧为完全行为能力人,只是在这一前提下,其所为之法律行为的范围受到一定的限制,这种处理方式使得受辅助宣告者从能力瑕疵的缺陷中挣脱了出来,前文所说的“亮点”正是在这个意义上所提及。根据我国台湾地区“民法”第 15 条之 2 的规定,受辅助宣告人的行为可分为两类而异其效力。具而言之,第一类为受辅助宣告之人的纯获法律上利益行为与依其年龄身份、日常生活所必须的行为,对此,受辅助宣告人得以径行为之,无须辅助人同意(第 15 条之 2 第 1 款)。这一规定,与我国台湾地区“民法”第 77 条有关限制行为能力人行为之效力的规定一致。对第二类行为,受辅助宣告之人须经辅助人同意,具体包括下述六种行为(第 15 条之 2 第 2 款):(1)为独资、合伙企业或法人之负责人;(2)为消费借贷、消费信托、保证、赠与或信托,为诉讼行为;(3)为和解、调解、调处或签订仲裁契约;(4)为不动产、船舶、航空器、汽车或其他重要财产之处分、设定负担、买卖、租赁或借贷;(5)为遗产分割、遗赠、抛弃继承权或其他相关权利;(6)法院依照前述申请人或辅助人的申请所指定的其他行为。对上述所列应经同意之行为,若无损害受辅助宣告之人利益之虞,而辅助人仍不为同意时,受辅助宣告之人得径行声请法院许可后为之(第 15 条之 2 第 4 款)。对于应经辅助人同意的行为,准用我国台湾地区“民法”第 78 条至第 83 条、第 85 条有关限制行为能力人意思表示的规定(第 15 条之 2 第 2 款)。即单独行为无效,契约行为效力待定,在这点上,与日本民法规定的可撤销(第 12 条第 3 款、第 17 条第 4 款)有所不同。^[71]同时,依我国台湾地区民法,辅助人仅有特定范围行为之同意权,而无代理权,与德国、日本也不相同。^[72]

辅助人及有关辅助之职务,可以准用未成年人监护和成年人监护的相关规定(第 1113 条之 1 第 2 款)。

我国台湾地区学者评论认为,从上述修订内容来看,部分条文系参考日本民法而来,但基本精神与日本民法相去甚远。我国台湾地区民法上的成年人监护制度,不在残存能力的尊重或自己决定权的保障,而在于若是精神障碍者的保护,含有浓厚的社会法色彩。^[73]

为便于比较观察,对德国、日本和我国台湾地区新修订的成年人监护制度的主要内容列表如下:

[71] 参见陈自强:《台湾民法与日本债权法之现代化》,第 205-206 页。

[72] 参见陈自强:《台湾民法与日本债权法之现代化》,第 221 页。

[73] 林秀雄:《论我国新修正之成年监护制度》,第 155 页。

附表二：德国、日本、台湾地区民法成年人监护制度改革情况一览

类型		原因	效果	监护人选任	限制	
德国	法律上的照管	如果成年人由于心理疾病或身体上、精神上或心灵上的残障而完全或部分地不能处理自己的事务。	不当然发生行为能力的倒退	1. 因被照管人的申请而任命,被照管人对照管人人选有建议的,若不害及其利益,必须从之;法院依职权而任命; 2. 可设置复数照管人。	仅就个案情形的特定范围设定照管;监护法院因个案设定允许之保留,允许之保留范围之内的事项需照管人事先允许,其他则否。	
日本	法定监护制度	监护	不当然发生行为能力的倒退	1. 法院依职权依据被监护人/被保佐人/被辅助人之利益选任; 2. 可设置复数监护人、保佐人、辅助人。	除被监护人之日常生活行为外,余者均须监护人代理,否则可撤销。	
		保佐			因精神上的障碍而辨识事理能力明显不足者	九类行为须经保佐人同意;此外法院亦可根据依据个案情形设定范围;未得到保佐人的同意或替代同意的许可时,保佐人可撤销。
		辅助			因精神上的障碍而辨识事理能力不足者	法院就个案依申请裁断限制范围;但该范围不得大于第13条的限定;对被辅助人之具体行为,辅助人不同意时,可申请法院就此行为进行许可;未得到辅助人的同意或替代同意的许可时,辅助人可撤销之。
	任意监护制度	订立委托监护合同		1. 合同约定; 2. 可设置复数监护人。	合同约定	
我国台湾地区	受监护宣告	对于心神丧失或精神耗弱致不能处理自己事务者	无行为能力	1. 法院依职权在亲属或住困机关、社会福利机构或其他适当者中指定; 2. 可设置复数监护人。	均须代理	
	受辅助宣告	对于因精神障碍或其他心智缺陷,致其为意思表示或受意思表示,或辨识其意思表示效果之能力,显有不足者。	不涉及行为能力的倒退	同受监护宣告	相应行为须得同意;纯获益行为或日常生活必需行为不在此限。	

四 我国大陆成年人监护制度的现状及反思

当前我国大陆的民法成年人监护制度还比较粗糙,相关规范规定零散且不具体。具而言之,大陆语境下的成年人监护制度是“精神病人与痴呆人的受监护制度”,与德国、日本、我国台湾地区的相关制度相比,存在着以下不足:

其一,适用主体过于狭窄。根据《中华人民共和国民法通则》与《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)》之规定,仅限于不能辨识自己行为的精神病人、不能完全辨识自己行为的精神病人(痴呆人),生活中大量的其他影响成年人正常生活的现象,如年老以致判断能力和理解能力下降等等,均无法适用。因此,我国相关制度无法适应高龄社会的要求。

其二,限制过于严格。精神病人或痴呆人一经受监护宣告即成为无民事行为能力人或限制行为能力人,除纯获益行为外,所为之日常行为受限过于严格,缺乏弹性,没有考虑到精神病人或痴呆人残存的意思能力和自主决定权,与国际相关制度改革潮流不符。

其三,对监护人的选择干涉过多。精神病人的监护人的人选范围由法律直接规定且顺位也由法律规定,被监护人无论其精神状态如何均不得自行选择监护人。

其四,仅存在法定监护一种模式,对于任意监护未能加以考虑,缺乏当事人通过意思自治预先选择监护人的空间。

其五,采用法院宣告的模式,过于注重交易安全的保护,不利于对精神病人或痴呆人隐私的保护,不利于其生活的正常化。

由此可见,大陆的成年人监护制度设计较之国际潮流已嫌落后,改革势在必行;但究竟应该选择哪种模式?笔者认为,德国模式过于激进、我国台湾地区模式偏于保守,日本模式应成为可能的选择模式。因为首先,日本模式破除了成年人监护与行为能力的关系,承认了社会生活、社会现实的复杂性,具有先进性。其次,日本模式将成年人监护制度分为法定监护和任意监护两种,在确保制度弹性的同时兼顾了法的安定性与社会性,相较于德国的照管制度比较容易被接受。再次,任意监护制度以契约为基础展开,关于成年人能力之限制、监护之人选等依从约定,这一方式在中国大陆的法律实践中有类似做法,如“委托监护”、“遗赠扶养协议”制度。^[74]综合以上三点,笔者认为大陆民法成年人监护制度的改革应该朝向日本模式进行。

但是,将日本模式引入我国未来的立法,还需要解决一个重大的问题,即一旦成年人监护之效果与被宣告人的行为能力脱钩,那么其行为之效力应当如何认定。质言之,在受宣告人不能辨识自己行为的情况下应如何保护受宣告人?在德国,照管法之所以能将监护宣告之效果与被监护人的行为能力脱钩,乃在于《德国民法典》第 105 条第 2 款:“失去知觉或暂时的精神错乱的状态下所为的意思表示亦无效”。这一条文规定保证了被监护人能够在有行为能力的条件下仍然能够获得保护。但我国的现行法中并无此等规定。这就造成了在现行体系下一旦

[74] 参见李霞:《意定监护制度论纲》,《法学》2011 年第 4 期。对意定监护/任意监护制度的批判性反思,请参见陈自强:《台湾及中国任意监护研究的一些观察》,载《民商法传统与现代化:2012 年第二届海峡两岸民商法前沿高峰论坛论文集》(上册),北京航空航天大学法学院、台湾政治大学法学院,2012 年 11 月 17-18 日。

成年人监护效果和行为能力脱钩,则被监护人即直接暴露于交易之下的问题。如何对其加以保护,究竟是扩大法定代理人撤销权的强度与范围,还是仿照德国法设立一个类似于《德国民法典》第105条第2款的规定,还需经历实践的检验。

结论:法律科学体系的纠偏与大陆法系 民法成年人监护制度改革

在伽利略时期,“科学”本是一种方法论,人类藉以认识自然、认识自我;但不知从何时起,“方法”变成了“价值”,科学的建造物竟然有了美学的含义。最终在自然事物之外自行建造了一个本体,使得人类的生活在组织形式的科学化以外,又有了价值评价上的新标准。这种思想深刻地影响了人类的生活方式和思考方式。

同样,近代法典化运动在民法典的体系中设计的成年人监护制度,是19世纪德国法律科学思想的衍生物,将作为市民社会主体的自然人以概念进行表达,借以进入主体——行为能力——禁治产宣告——监护的逻辑链条中,通过对行为能力的限制达成制度效果。但因为社会现象的多样性与复杂性,类似这种不是从本质意义上、而在程度上进行的分类,及由此所获得的概念,难以避免地产生概念的核心部分(典型现象)与边缘部分(非典型现象)的区分,大量的边缘部分(非典型现象)被概念所屏蔽,直接进入了逻辑的链条而被形式的演绎决定了效果的归属,造成了效果与现实脱节,从而招致人权思潮的抨击。这便是内涵于民法科学体系中的科学崇拜所引发的问题。而被认为比较成功的成年人监护制度改革(如德国民法成年人监护制度改革),恰恰从一个真实的本体出发来建构制度,承认了人之能力在现实生活中的个性与多样性,正是对法律科学之体系特征的破除。从这个意义上讲,这次大规模的成年人监护制度改革不仅仅是人权潮流对法律的“逼宫”,实质上更是一次法学方法的自我完善与内在省思,正是这种完善和省思方才构成了这次改革的内在驱动力。

[Abstract] It has been 40 years since the reform of adult guardianship which took place in the civil law countries in 1960s. Apparently, the cause of the reform is the vigorous development of international thoughts of human rights, which pushes civil law countries to adjust their legal systems to the new era. However, this article makes a detailed introduction to the reform of adult guardianship in Germany, Japan, and Taiwan of China, then draws a conclusion that the prevalence of international thoughts of human rights is just a driving force, and the real cause is the self-examination of legal system as to its scientific thoughts and legal methodology. The direct result of this reform is that the social nature hidden behind the concepts and logic finally shows itself, which means an admission to the complexity and pluralism of society. This article emphasizes that the reform of adult guardianship is not only the success of thoughts of human rights, but also the regeneracy of legal methodology of civil law. And it would be more significant if it was connected with the tide of anti-codification and decodification.
