

现代监护理念下监护与 行为能力关系的重构

彭诚信 李 贝 *

内容提要：民法总则继续将监理解为行为能力的补正工具，实行两者之间的全面“挂钩”。在行为能力采“三分法”的语境下，该“挂钩”关系使得我国监护制度存在适用范围过窄、忽视被监护人意思自治、保护内容缺漏等问题，并与联合国《残疾人权利公约》倡导平等、反对歧视、尊重残疾人意愿偏好的基本精神不合。监护与行为能力的“挂钩”成因在于对两者本质的混淆，同时两者在制度功能、适用对象和时间效力上的部分重合以及“监护”概念的歧义性都加剧了该“挂钩”现象。现代监护理念指引下的监护制度应兼顾被监护人的利益保护及其意思自治，未来立法应致力于实现监护与行为能力的有限“脱钩”：一是建立并完善独立的监护程序，使监护启动条件与行为能力的判断标准相分离；二是建立包含自治型、协助型、替代型决策模式的多元监护体系，限缩法定代理权的适用范围，完善行为能力的类型划分。

关键词：监护 行为能力 成年监护 未成年监护 残疾人权利公约

一、问题的提出

我国学者经常使用监护与行为能力的“脱钩”一词来描述比较法上监护制度改革的最新动态。^{〔1〕}与之相对，我国现有立法的不足便在于两者的“挂钩”状态。“脱钩”“挂钩”等表述并非规范性概念，其内涵外延也存在模糊不清之处，但这些术语形象地揭示了监护与行为能力之间复杂的牵连关系，如何对这一关系作出妥善定位将直接关系到我国监护和行为能力制度改革的成败。并且，在我国法的语境中，监护与行为能力的“挂钩”有其独

* 彭诚信，上海交通大学凯原法学院教授；李贝，上海交通大学凯原法学院博士后。

〔1〕 参见杜生一：《成年监护决定范式的现代转型：从替代到协助》，《北方法学》2018年第6期，第136页以下；孙犀铭：《民法典语境下成年监护改革的拐点与转进》，《法学家》2018年第4期，第30页；李昊：《大陆法系国家（地区）成年人监护制度改革简论》，《环球法律评论》2013年第1期，第72页以下。

特的表现,也生发了一些本土化的问题,而既有研究对于这一问题的把握也存在一定的矛盾。

(一) 我国法中监护与行为能力“挂钩”的表现

我国现行法中,监护和行为能力全面“挂钩”的具体表现为:监护的开启条件完全依赖于欠缺行为能力的认定,补正自然人行为能力的法定代理制度成为监护最主要(如果不是唯一)的保护手段。比较法上的禁治产制度也确实有把监护与行为能力全面“挂钩”的传统,如在1992年成年监护改革前的德国民法上,因精神病而受禁治产宣告的,为无行为能力;因精神耗弱、挥霍浪费、酗酒成癖等原因而受禁治产宣告的,则为限制行为能力。有学者据此认为,禁治产与我国的行为能力认定程序在“制度目的、规范设计、立法技术的处理等方面相同”。〔2〕但是,这一说法忽视了我国行为能力认定所具有的特殊性。在禁治产制度中,监护在这种“挂钩”关系中占主导地位:监护程序的开启导致被监护人成为无行为能力人或限制行为能力人;但在我国法上,行为能力在“挂钩”关系中占据主导地位:自然人行为能力的欠缺将触发监护制度的开启。

产生上述差异的原因是,我国存在无行为能力或限制行为能力的特别认定程序,〔3〕使自然人在接受监护前即可由法院认定为限制行为能力人或者无行为能力人。加之监护人的指定并非行为能力认定的必要环节,在民法总则区分法定监护和指定监护的背景下,成年监护的设立甚至不必经由法院判决而径直依据法定监护人顺位得到确定,仅在确定监护人选存在争议时法院才介入(民法总则第31条)。由此,监护程序在我国完全处于行为能力认定的遮蔽之下,两者的“挂钩”关系更是难以打破:在以监护程序为主导的立法模式下,法律只需通过设立不影响保护被监护人行为能力的多元监护手段,便可打破监护与行为能力之间的不必要关联;相反,在以行为能力认定为主导的立法模式下,监护程序的独立性事实上很难得到彰显。

(二) 监护与行为能力“挂钩”的制度缺陷

我国监护与行为能力之间的全面“挂钩”,造成了对被监护人保护的不足。

第一,监护适用范围过窄。监护与行为能力全面“挂钩”的最直接后果就是监护适用范围的限缩。由于监护启动条件与欠缺行为能力的判断标准完全重合,因此只有限制行为能力人和无行为能力人才能成为监护对象。民法总则虽放弃了“精神病人”的表述,但成年监护的适用仍以自然人行为能力认定为必要(民法总则第28条)。那些虽具有健全的认知能力,但因身体原因存在表意障碍或需要特殊关照的人群,仍被排除在监护范围之外。〔4〕即使意定监护(民法总则第33条)也未摆脱这一限制,成年人固然拥有选择未来监护人的自由,但却无从改变监护启动的时间,协议仍须等到“该成年人丧失或者部分丧失行为能力”时才生效力。

第二,忽视被监护人的意思自治。行为能力欠缺的认定伴随着法定代理人的指定,由后者代替被监护人实施法律行为,这无疑对被监护人的自主决定权构成了严重侵犯。由于

〔2〕 参见李霞:《论禁治产人与无行为能力人的当代私法命运》,《法律科学》2008年第5期,第83页。

〔3〕 参见民法总则第24条及民事诉讼法第15章第4节的规定。

〔4〕 参见杨震:《民法总则“自然人”立法研究》,《法学家》2016年第5期,第26页;焦富民:《民法总则编纂视野中的成年监护制度》,《政法论丛》2015年第6期,第24页以下。

我国采用行为能力的“三分法”，〔5〕监护与行为能力“挂钩”的负面影响更加突出。一方面，无行为能力制度通过将自然人完全排除在交易活动之外实现消极保护功能，对该人尚存的意思能力抱持漠视态度。另一方面，限制行为能力人这一范畴对被监护人自治的保护效果非常有限：首先，审判实践中无行为能力的认定数量远多于限制行为能力，〔6〕法院对于“无行为能力”这一“标签”的使用存在泛化趋势；〔7〕其次，特殊立法倾向于将限制行为能力人与无行为能力人等而视之，两者之间的差异隐而不现；〔8〕最后，无论是无行为能力人还是限制行为能力人，其监护人均拥有普遍的法定代理权。〔9〕联合国《残疾人权利公约》（以下简称“公约”）第12条确立了“法律能力人人平等”原则，要求成员国以协助决策模式全面取代替代决策模式，最大限度地尊重残疾人的意愿和偏好。我国作为“公约”的缔约国之一，现行法否定行为人的自主决定权并赋予监护人广泛代理权的做法，显然有悖于“公约”的基本精神。

第三，监护立法内容残缺。将监护与行为能力全面“挂钩”的另一弊端，是既有监护立法规定的残缺。监护制度包含内外两层关系：内部关系主要处理监护人与被监护人之间的关系，例如监护人的确定、监护职责的列举等；外部关系主要考察被监护人及其法定代理人所为的法律行为的效力问题。〔10〕但行为能力制度仅关注外部交易行为，这导致目前监护立法在内部关系调整上存在大量立法空白：监护人的报酬、辞任规则、监护人与被监护人间的利益冲突以及监护人监督机制等，都付之阙如。尤为严重的是，监护监督机制的缺位导致监护人权限的无节制扩张，原本旨在保护被监护人的法定代理权限反而成为损害被监护人利益的便利途径。例如，在“湖北农腾典当有限公司与洪升平、洪某等借款合同纠纷案”中，〔11〕法定代理人以其子女名义订立的房屋抵押合同被认定为有效，但抵押所得款项却打入法定代理人的账户。

（三）学界有关监护与行为能力关系的探讨

在未成年监护领域，监护和行为能力之间的“挂钩”并未遭到质疑。对意思能力的类

〔5〕我国学界有“三分”或“三分法”（参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第106页）以及“三级”或“三级制”（参见张驰：《自然人行为能力样态比较分析》，《东方法学》2010年第3期，第10页以下；朱广新：《民事行为能力制度的体系性解读》，《中外法学》2017年第3期，第590页以下）的表述，但两者并无实质性区别。本文统一使用“三分法”的表述。

〔6〕查阅北大法宝截至2019年1月30日的相关案例，“认定无民事行为能力案件”为190019件，“认定限制行为能力案件”仅为21993件。

〔7〕在“王某1申请认定王某2无民事行为能力案”中，当事人仅是口齿不清丧失了语言表达能力，即被认定为无民事行为能力人。参见吉林省长春经济技术开发区人民法院（2017）吉0191民特224号民事判决书。在“廖某认定申某无民事行为能力、限制民事行为能力一案”中，当事人仅是二级精神残疾，即被认定为无民事行为能力人。参见湖南省祁阳县人民法院（2018）湘1121民特7号民事判决书。

〔8〕例如，保险法第39条第3款规定：“被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人”；广告法第33条规定：“广告主或者广告经营者在广告中使用他人名义或者形象的，应当事先取得其书面同意；使用无民事行为能力人、限制民事行为能力人的名义或者形象的，应当事先取得其监护人的书面同意”。

〔9〕参见李霞：《成年监护制度的现代转向》，《中国法学》2015年第2期，第204页；焦少林：《欠缺行为能力成年人保护制度的观念更新与重构》，《政法论坛》2005年第3期，第164页。

〔10〕参见李世刚：《〈民法总则〉关于“监护”规定的释评》，《法律适用》2017年第9期，第18页；陈信勇：《身份关系视角下的民法总则》，《法治研究》2016年第5期，第21页。

〔11〕湖北省孝感市孝南区人民法院（2016）鄂0902民初3279号民事判决书。

型化依然必要, 个案审查被认为不具有现实可能性。学者倾向于在监护与行为能力“挂钩”的框架下, 通过对行为能力制度的完善来弥补监护保护功能的不足。对于行为能力类型的划分, 有学者主张废除无行为能力制度而改采二分法,^[12] 有学者则认为三分法为更合理, 只需对无行为能力的年龄划分作出调整, 并完善“拟制成年”“零花钱条款”等缓和机制。^[13] 在未成年人实施的法律行为的效力认定上, 绝对无效制度被认为不合时宜, 学界主张以效力待定、可撤销或者相对无效予以替代。^[14]

在成年监护领域, 学界主流观点则认为应当实现监护与行为能力的“脱钩”, 但具体主张有所不同。一种缓和的观点主张两者可适度“脱钩”, 认为监护的启动不应再以欠缺行为能力为必要前提, 而应适用于更大范围的人群;^[15] 在监护适用后果上应当依据比例原则, 根据每位被监护人的实际状况设置不同层级的保护手段, 实现保护方式的多元化;^[16] 在行为能力判断标准上, 应针对不同类型的法律行为(如遗嘱、契约、医疗服务等)设置不同的判断标准, 从而在最低限度内限制被监护人的自主决策。^[17] 一种激进的观点认为, 应彻底剔除行为能力对监护制度的影响, 废除既有的行为能力认定制度, 回归到对意思能力的个案审查;^[18] 在保护方式上, 用协助决策取代替代决策。^[19] 也有少数学者坚持捍卫成年监护与行为能力之间的关联, 认为监护制度的本质功能在于补正监护人行为能力的欠缺, 并指出主流学者用监护解决成年被监护人意思自治的企图, 其实是落入了理论的误区。^[20]

[12] 梁慧星曾指出:“建议于制定中国民法典总则编时, 废除现行民法通则关于自然人行为能力的‘三分法’, 而改采‘二分法’, 规定成年人有完全民事行为能力, 未成年人属于限制民事行为能力。允许未成年人独立实施对其财产无不利利益的行为和定型化行为。”前引〔5〕, 梁慧星书, 第106页。由于该建议未被民法总则采纳, 上述文字没有出现在该著作的最新版本(法律出版社2017年版)中。相似观点参见朱广新:《民事行为能力类型化的局限性及其克服》,《法学评论》2014年第1期,第18页以下。

[13] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第244页;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》,载易继明主编:《私法》2012年第2期,华中科技大学出版社2012年版,第88页以下。

[14] 主张效力待定的,参见纪海龙:《比例原则在私法中的普适性及其例证》,《政法论坛》2016年第3期,第101页。主张可撤销的,参见王立争:《行为能力类型化的解构与建构——以无行为能力制度的存废为中心》,《新疆社会科学》2012年第1期,第92页以下;张强:《民事行为能力制度的反思与重构》,《法学论坛》2005年第5期,第97页以下。主张相对无效的,参见郑倩:《行为能力制度中绝对无效主义的价值反思与修正》,《求是学刊》2018年第2期,第109页以下。

[15] 参见前引〔4〕,杨震文,第26页。

[16] 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期,第160页以下;前引〔4〕,焦富民文,第26页;前引〔1〕,李昊文,第90页;前引〔1〕,孙犀铭文,第32页以下。李霞早期也持此种观点。参见前引〔9〕,李霞文,第215页以下。

[17] 参见王竹青:《论成年人监护制度的最新发展:支持决策》,《法学杂志》2018年第3期,第78页以下;朱圆、王晨曦:《论我国成年监护设立标准的重塑:从行为能力到功能能力》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第108页以下。

[18] 参见李国强:《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》,《法律科学》2017年第3期,第131页以下;赵虎、张继承:《成年人监护制度之反思》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2011年第2期,第25页;孙建江:《成年人行为能力欠缺制度研究——兼论我国民事制度之完善》,《法学》2003年第2期,第54页。

[19] 参见李霞:《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》,《法学研究》2019年第1期,第100页以下;前引〔1〕,杜生一文,第136页以下。国内学者对于“supported decision-making”存在协助决策和辅助决策两种译法。鉴于民法总则第35条已使用“协助”一词,译为“协助决策”更有利于民法总则与民法典分则各编之间的协调。

[20] 参见李洪祥:《论成年监护制度研究存在的若干误区》,《政法论丛》2017年第2期,第99页。

由此可见,我国既有的学术讨论非但没有就监护与行为能力应否“脱钩”以及如何“脱钩”的问题达成共识,也没有在整合成年人与未成年人的基础上,从整体角度思考监护与行为能力之间的关系。本文试图从理论层面探讨监护与行为能力“脱钩”的可行性,并结合现代监护理念就未来立法对两者关系的安排提出建议。

二、监护与行为能力“挂钩”之成因

罗马法上没有行为能力概念,诸如法定代理、行为能力等概念也同样不存在于英美法系国家。行为能力是大陆法系(尤其是德国法)的产物,并以欧洲17、18世纪的理性主义传统为背景。^[21]由来已久的监护与晚近产生的行为能力相结合,与其说是法律制度的必然结果,不如说是一种历史发展的偶然产物。监护与行为能力的“挂钩”源于对两者本质的混淆。即便监护与行为能力在功能、适用范围和持续时间方面存在部分重合,也不能证成两者的全面“挂钩”。监护概念的歧义性也加剧了这种“挂钩”状态。

(一) 对于监护与行为能力本质的混淆

监护与行为能力制度存在本质差异,对这一差异的忽视造成了制度构建中两者的“挂钩”。

1. 监护的本质:对无法照料自身利益者提供人身和财产保护

(1) 监护是对被监护人提供人身、财产保护的制度。现代监护滥觞于罗马法,“监护人(tutores)的含义来源于他们对被监护人的保护。他们犹如看守寺庙的人被称为寺庙保护人一样”。^[22]但罗马法初期的监护制度存在许多与保护本质相冲突的内容,并与继承法紧密相关,对监护人法定继承权的保护成为监护制度考量的重要因素。^[23]未成年人的监护权被交给其最亲近的男性宗亲属,因为后者是未成年人财产的潜在继承人。^[24]法律为浪费人设立保佐人,也是为了防止其宗亲属的继承财产因被保佐人的不当行为而无故减损。^[25]因此,“浪费人并不是指任何挥霍者,而是指通过无遗嘱继承取得了祖产(bona paterna avitague)并以不顾对自己的家庭造成重大损害的方式管理该财产的家父”。^[26]

但是,监护与继承制度之间的关联在罗马法上很快被打破,对被监护人的保护随即占据了中心地位,这种转变集中体现在监护人的选任上。由于监护人与被监护人之间存在利益冲突,由法定继承人担任未成年人监护人的做法,使得该制度存在极大的滥用可能。早在《十二表法》时代,罗马法便已经允许父亲通过遗嘱为其子女指定监护人,这一做法逐

[21] 参见[德]康拉德·茨威格特、海因·克茨:《行为能力比较研究》,孙宪忠译,《外国法译评》1998年第3期,第3页;徐国栋:《从身份到理性——现代民法中的行为能力制度沿革考》,《法律科学》2006年第4期,第72页。

[22] D. 26, 1, 1, 1. 引自[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《罗马法民法大全翻译系列:婚姻、家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社2001年版,第151页。

[23] 参见[意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第169页。

[24] 乌尔比安在《论萨宾》第14编提到:“根据《十二表法》的规定,法定监护(Legitimae tutelae)由宗亲属和保护人,也就是说由那些能够接受法定继承的人担任。这一规定是很妥善的,由希望继承的人管理财产,这样就使财产不会被挥霍掉。”D. 26, 4, 1 pr. 引自前引[22],斯奇巴尼选编书,第167页。

[25] 参见周相:《罗马法原论》上册,商务印书馆1994年版,第260页以下。

[26] 陈帮峰:《论浪费人》,《现代法学》2011年第6期,第56页。

渐成为以后的实践常态。^[27] 罗马法后期又在法定监护及遗嘱监护之外, 针对没有法定继承人的未达适婚年龄儿童发展出指定监护制度。指定监护的确立在罗马监护的发展史上具有重要意义, 它第一次把对未成年人的保护置于核心地位。^[28]

将保护被监护人作为监护制度的本质, 还决定了监护适用的范围: 只有那些无法照料自身事务的人才可成为监护对象。在此背景下, 对妇女实施的终身监护就显得格格不入, 那种认为女性基于其性格而“先天”存在判断能力缺陷的观点经不起推敲。后期罗马法通过赋予妇女一系列特权, 使得女子监护名存实亡。同样, 罗马法上未成年监护最初仅适用于未达适婚年龄的人(女子12周岁以下、男子14周岁以下), 但随着交易活动日益复杂, 未满25周岁的适婚未成年人在交易中遭受损失的风险日益增大, 未成年人保佐制度的创立体现了法律保护此类群体的愿望。浪费人保佐制度也逐渐由原先对继承人财产利益的保护, 转变为对被监护人自身财产利益的保护。在共和国末期, 只要是滥用财产的人均需设立保佐, 而不问该财产的来源如何以及有无宗亲。^[29]

罗马法之后, 对被监护人的保护一直被视为监护制度的本质, 可以毫不夸张地说, “现代的监护制度完全是为了受监护人的利益而创造的”。^[30] 正如佛罗里克所言: “监护制度中可能存在相互对立的利益, 但它有一个首要目的: 对欠缺能力的人提供人身以及财产上的保护。”^[31]

(2) 监护是国家对公民负担的一项保护义务。对于无法处理自身事务的人可以提供的保护多种多样, 法律并非最为有效与恰当的手段。但监护作为一项保护措施, 其特点在于其强制属性: 它是国家对于那些无法照料自身事务的公民提供人身、财产保护的一项义务。

随着监护从早期对监护人继承权的保护过渡为对被监护人的保护, 监护人所享有的特权(*potestas*)也逐渐转化为责任(*munus*)和负担(*onus*)。这种转化在监护人辞任制度中体现得最为明显。遗嘱监护人和法定监护人的职务最初均被视为权利,^[32] 监护人的出任均是自愿而非强迫。法定监护人可通过“拟诉弃权”、遗嘱监护人可通过“监护弃权”的方式拒绝出任。^[33] 但到共和国末期, 监护逐渐演变为公共职能, 监护人除非有法定事由, 不能辞任。^[34] 这种演变标志着“监护不再被视为一项私人事务, 监护人被视为一种公职, ……国家通过司法和行政手段对监护进行规制, 即所谓监护的公法化、社会化趋势”。^[35]

罗马法确立的监护义务属性一直为后世所延续。13世纪末奠定英美法现代监护制度基

[27] 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第97页;Bruce W. Frier, Thomas A. J. McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, 2004, p. 424.

[28] See Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction Historique au Droit des Personnes et de la Famille*, Presse Universitaires de France, 1996, pp. 403 - 404.

[29] 参见前引[25],周栢书,第258页以下;前引[26],陈帮锋文,第59页以下。

[30] 前引[27],尼古拉斯书,第96页。

[31] Lawrence A. Frolik, *Promoting Judicial Acceptance and Use of Limited Guardianship*, 31 *Stetson L. Rev.* 745 (2002).

[32] 根据赛尔维对罗马监护的经典定义,“监护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民给予保护的一种权利(*Potestas*)。”D. 26, 1, 1 pr. 事实上, *potestas* 译作权力更为准确。参见前引[22],斯奇巴尼选编书,第151页。

[33] 参见前引[23],彭梵得书,第174页。

[34] 这些法定理由包括年龄在70岁以上、子女众多、已担任三个监护人或保佐人职务的、担任官职的等。参见前引[25],周栢书,第248页。

[35] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第105页。

础的王室特权法 (Statute Prerogativa Regis) 第 4 条把该义务属性表述为: “国王……作为其王国政治上的家长以及捍卫者, 对于其子民, 子民的土地以及财产, 并且对于那些由于智力障碍或者理解能力缺失而无法照管自身的人, 负有特别的保护义务。”^[36] 法国民法典第 394 条也规定: “监护, 作为对未成年人保护的义务, 是一项公共负担。它是家庭以及国家的一项义务。”同样的结论也适用于成年监护以及保佐的场合。^[37] 因此, 与其他非正式的保护手段相比, 监护制度的最大优势在于法律强制要求监护人承担保护被监护人人身、财产利益的责任, 这在“陌生人社会”中尤为重要。

2. 行为能力的本质: 为法律行为的实施创设前提条件

行为能力指的是“能够有效实施法律行为的能力”。^[38] 行为能力最初由蒂堡在修正权利能力概念时提出,^[39] 但他对于权利能力的理解与今日的认识不同。蒂堡认为: “活着且能够继续生存的人, 只有当他对运用理性具有很强的控制力的情况下, 才能被当作权利和受约束的主体。那些蕴藏着理性但尚未形成理性的人, 或者由于疾病而失去了理性能力的人, 既不能被当作权利主体, 也不能当作义务主体。”^[40] 从对权利能力的这种理解中必然得出欠缺理性的人不能成为权利义务主体的结论, 因此饱受诟病。施奈勒 (Schneil) 最早将理性因素从权利能力的概念中剔除出去, 对拥有权利的能力和行使权利的能力加以区分。^[41] 这一区分得到了萨维尼的支持, 并由其继任者发扬光大。^[42] 伴随着理性因素从权利能力概念中抽离, 行为能力成为一个独立的法律概念, 作为自然人独立从事法律行为的前提。

在倡导意思自治的现代法律体系中, 民事主体以自己行为为自己设定义务的前提是具有理性判断能力, 即必须能够明白自己行为的性质以及该行为可能产生的法律后果。因此, 行为能力的本质即在于为自然人实施法律行为创造前提条件。正如弗卢梅所言: “实施法律行为的行为人具备行为能力是法律行为的生效要件, 它符合法律行为的本质。鉴于法律行为的制度意义是个体基于意思自治形成法律关系, 所以具备意思自治的能力不言自明是法律行为生效的前提。”^[43]

(二) 监护与行为能力在制度内容上的部分重合

监护与行为能力制度在保护功能、适用对象以及时间效力等方面存在着部分重合, 但该重合并不足以证成两者的全面“挂钩”。

1. 保护功能的重合

行为能力制度旨在为实施法律行为创设条件。只有具备最低标准的识别能力和判断能

[36] Barbara A. Cohen et al., *Tailoring Guardianship to the Needs of the Mentally Handicapped Citizens*, 6 (3) Md. L. F. 91, 92 (1976).

[37] 在界定监护人和保佐人的职责范围时, 法条并未使用监护权的概念, 而是使用了监护负担 (charges tutélaire) 的概念。

[38] [德] 维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》, 迟颖译, 法律出版社 2013 年版, 第 214 页。

[39] 参见张保红:《权利能力的双重角色困境与主体资格制度重构》,《法学家》2014 年第 2 期, 第 12 页; 刘召成:《权利能力与行为能力的合与分》,《国家检察官学院学报》2013 年第 5 期, 第 146 页以下。

[40] Thibaut, *System des Pandekten-Recht, erster Band*, bei Johann Michael Mauke, Jena, 1803, S. 142.

[41] 参见沈建峰:《权利能力概念的形成和变迁》,《北方法学》2011 年第 3 期, 第 61 页。

[42] 参见前引 [39], 刘召成文, 第 149 页以下。

[43] 前引 [38], 弗卢梅书, 第 214 页。

力的人才能作出有效的法律行为,而对于那些未达到必要智力成熟程度的人,则必须对其予以保护以防范法律交往的风险。〔44〕行为能力对自然人的保护功能显然与监护制度存在部分重合,两者都可以用来保障自然人的财产利益免受损害,并且在实现保护的方式上存在互补性。行为能力制度采取消极保护方式,通过限制自然人承担权利义务的资格以避免损害的发生,监护则旨在提供一种积极保护,通过赋予监护人法定代理权,这些行为能力欠缺者又得以重新参与到社会交往中。〔45〕监护由此被视为行为能力的补正工具。

然而,监护与行为能力在保护功能上的部分重合并不代表两者的完全契合。首先,监护直接以保护被监护人为本质,而行为能力对行为人的保护却是间接的,须通过自然人实施法律行为的资格判定这一媒介来实现。但是,自然人欠缺理性能力实施的法律行为,并不一定会对其产生不利益:合同的权利义务可能是均衡的,甚至是使其获益的。因此,行为能力制度所针对的与其说是现实的利益损害本身,毋宁说是对损害风险的规避。其次,行为能力的判断指向法律行为的效力,因而只能采取“或有或无”的二元对立:自然人或者具有实施某一法律行为的能力,或者不具有该能力,并不存在中间状态。〔46〕相反,监护指向的是自然人本身,因自然人需要保护的度可以呈现更多差异,故而不必在“完全需要保护”和“完全不需要保护”这两极之间作出选择。最后,行为能力对自然人的保护仅局限于外部交易关系,而监护的保护范围更广,其不仅处理被监护人(及其法定代理人)与第三人之间的外部关系,同时也处理仅关乎被监护人自身利益的事项(例如住所的决定权、人际交往的决定权、医疗决定权等)以及监护人与被监护人之间的内部关系。这导致监护制度不仅关注被监护人在外部交易中受损风险的避免,也关注被监护人在内部事务上自主决定权的实现。

2. 适用对象的重合

行为能力主要适用于未成年人以及因精神健康原因而判断力不足的成年人,而这些人往往也都属于监护适用的对象,但两者在适用对象上也仅是部分重合。首先,并非所有未成年人都是欠缺行为能力人:民法总则第18条第2款规定的“劳动成年制度”,使得一部分未成年人可以被视作完全行为能力人。其次,对于因精神健康原因造成理性判断能力不足的成年人而言,监护的启动和行为能力的认定应否采用相同标准,也存在疑问。行为能力的有无主要用来判断行为人能否理解法律行为的意义及后果;而监护制度关心的则是行为人是否因身体或精神健康的原因而无法照料自己的人身、财产权益。显然,后者涵盖的范围超出了实施法律行为这一狭隘范畴,监护对于精神健康的判断也应采取更为宽泛的标准。最后,行为能力以理性作为基础,仅关注自然人的精神健康状态,但监护制度却不必以理性作为唯一适用标准,对于那些由于身体健康原因无法照顾自身利益的人,并无理由将其排除在监护范围之外。

3. 持续时间的重合

行为能力的认定以意思能力的有无为前提。对意思能力的认定可以有两种方式:一是

〔44〕 参见〔德〕本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于鑫森、张姝译,法律出版社2017年版,第303页。

〔45〕 参见张俊浩主编:《民法学原理》上册,中国政法大学出版社2000年版,第116页;前引〔13〕,朱庆育书,第387页以下。

〔46〕 即便是“限制行为能力人”这一范畴,也依然是一种“全有或全无”的判断路径:该自然人可以有效实施与其“年龄、智力、精神健康状况相适应”或者纯获利益的法律行为,而不能有效实施除此以外的法律行为。

对行为人有无意思能力进行个案审查，二是依据年龄或意思能力的其他定型化判断方式。采用后一种模式时，行为能力的认定在时间上便获得了延续性：就未成年人而言，在达到成年年龄前均被认定为欠缺行为能力；对于被法院认定为欠缺行为能力的成年人，其行为能力也将持续地处于欠缺状态，直到法院作出恢复其行为能力的判决为止。^[47] 由于监护制度对被监护人提供的也是一种持续性保护，导致监护与定型化的行为能力判断模式之间存在一定关联。但在持续时间方面，两者也仅是部分重合。德国法对于当事人订立遗嘱的行为能力采用个案审查的判断模式，此时行为能力的认定便不具有面向未来的持续性效力。

（三）监护概念的歧义性

为了实现监护与行为能力的“脱钩”，必须对“监护”一词的歧义性加以澄清。既有讨论中，我国学者主张对监护和亲权加以区分，后者专指父母对未成年子女的保护，前者则被称为“小监护”。但上述学理区分并未在我国实体法上得以实现，法条使用的监护概念同时涵盖两者，称为“大监护”。^[48] 除此之外，“大小监护”在我国还有另一种解读：广义理解将监护视为对所有无法照料自己人身、财产利益的人提供的保护手段的总称，^[49] 这一理解为多元的保护手段尤其是为协助决策方式提供了解释空间。狭义理解则将其定义为对行为能力欠缺者（限制行为能力人或无行为能力人）提供替代决策的保护制度，^[50] 将监护的保护手段等同于替代决策（法定代理权）的运用。^[51] 这种“大小监护”也可表述为“替代决策—协助决策”的区分：狭义监护仅指替代决策，而与协助决策相对应；广义监护则同时涵盖这两类保护手段。

监护的狭义理解并非我国法独有。罗马法设立了监护与保佐并立的二元模式，尽管两者并非泾渭分明，尤其在帝国晚期呈现同化趋势，^[52] 但监护与保佐在称谓上的差别一直存在，并被后世欧陆国家的法律赋予新意。在现代法语境中，监护人享有法定代理权，保佐人则以提供同意或协助的方式实现对被保佐人的协助型保护，往往不具有法定代理权。^[53] 德国法对“监护”（Schutzgewalt）采狭义理解，由于成年保护不再以剥夺受保护人的行为能力并由第三人替代决策为特征，故不再使用“成年监护”概念，而以成年照管替代之。^[54] 法国法上的“监护”（tutelle）同样仅是保护措施的一种，以监护人享有法定代理权为特征。英美法上的“监护”（guardianship）也专指以第三人替代决策方式为特征的保护方式，而协

[47] 有关该问题的详细论述，参见彭诚信、李贝：《民法典编纂中自然人行为能力认定模式的立法选择——基于个案审查与形式审查的比较分析》，《法学》2019年第2期，第137页以下。

[48] 有关监护与亲权关系的论述，参见刘征峰：《被忽视的差异——〈民法总则（草案）〉“大小监护”立法模式之争的盲区》，《现代法学》2017年第1期，第181页以下；李德才：《浅议婚姻法的几处立法空白》，《当代法学》2003年第7期，第109页以下。

[49] 参见杨大文：《亲属法》，法律出版社2003年版，第256页；刘得宽：《成年“监护”制度之比较研究》，《月旦法学杂志》第101期，2003年10月，第115页。

[50] 参见陶毅：《新编婚姻家庭法》，高等教育出版社2002年版，第205页；余延满：《亲属法原论》，法律出版社2007年版，第469页。

[51] 参见民法总则第23条及第34条第1款；杨立新：《亲属法专论》，高等教育出版社2005年版，第314页；王洪：《婚姻家庭法》，法律出版社2003年版，第316页以下。

[52] 参见前引〔27〕，尼古拉斯书，第101页；前引〔23〕，彭梵得书，第182页。

[53] “不同于成年监护人，保佐人并不当然拥有代理权。这是因为，既然被保佐人基本上有意思能力，那么一般地赋予保佐人替代被保佐人实施法律行为的权限，就违反了尊重被保佐人自我决定的理念。”〔日〕山本敬三：《民法讲义I总则》，解亘译，北京大学出版社2012年版，第51页。

[54] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《德国国家法》，王葆蒨译，法律出版社2010年版，第443页以下。

助决策则被视为传统监护的替代模式。^[55]

将监护作为所有保护手段的总称的用法同样有比较法依据。就日本法中的成年监护而言,其广义上泛指“成为某人的后盾而辅佐之”,指向一切“需要保护的成年人的支援制度”;狭义上则专指“长期欠缺事务判断能力之人的支援机关”,^[56]只有后者以替代决策为表现形式。同样的现象也出现于我国台湾民法,其“亲属”编第四章为“监护”,第二节为“成年人之监护及辅助”,又下设“监护”与“辅助”两种成年保护措施。初看起来,这种立法模式造成了一种逻辑悖论:即监护包含监护与辅助。之所以如此,盖因监护具有广狭两种涵义:作为章节标题的“监护”为上位概念,泛指一切成年保护措施;而与“辅助”并列的“监护”则为狭义概念,仅指以法定代理权为特征的替代型保护模式。

“监护—亲权”语境下的“大小监护”着眼于监护人与被监护人之间的亲属纽带,通过赋予未成年人父母更多的权利义务而实现保护方式的多样化;“替代决策—协助决策”语境下的“大小监护”着眼于被监护人的个体差异,通过贯彻对被监护人的“最小限制原则”实现监护手段的多样化。如果采取狭义理解,那么监护与行为能力的“挂钩”就成为一个无须争辩的问题:既然监护适用于无行为能力人或限制行为能力人,又以法定代理权为其主要保护手段,监护便“天然”地与行为能力“挂钩”。相反,在广义监护的语境下,两者的“脱钩”也就变得顺理成章。

三、监护与行为能力“脱钩”之正当性

鉴于监护概念的多义性,应首先对本文所使用的“监护”一词的内涵作必要的澄清。从法律用语的精确性角度言,监护的狭义理解似乎更优,因其可避免广义监护所带来的模糊性。但笔者认为,广义的监护内涵更契合现代监护理念。首先,目前我国学界尚未形成统一的上位概念来统摄所有保护措施,广义监护概念作为一种权宜之计,提供了描述上的便利,且已成为学界的通行做法。^[57]其次,尽管一些国家通过创设诸如“照管”“协助”等概念描述新型保护措施,以限缩监护概念的适用范围,但这些新术语往往仅针对成年人而言,在未成年人场合则不适用。这种术语上的区隔很可能导致法律对于成年人和未成年人采取相互矛盾的立法理念,在强调成年人意思自治的同时继续漠视未成年人的意愿表达。^[58]

[55] See Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal, Amy T. Campbell, *Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship*, 117 (4) Penn St. L. Rev. 1114, 1116 (2013); Leslie Salzman, *Guardianship for Persons with Mental Illness—A Legal & Appropriate Alternative?*, 4 (2) St. Louis U. J. Health L. & Pol’y 279 (2011).

[56] [日]河上正二:《日本的成年监护制度与高龄者的支援与保护》,邱怡凯、黄诗淳译,载黄诗淳、陈自强主编:《高龄化社会法律之新挑战:以财产管理为中心》,台湾新学林出版股份有限公司2014年版,第204页。

[57] 关于这一问题,佟柔曾有言:“如果监护权主要是对无行为能力的人设定,那么,保护人、保佐人这两个名词有时是相同的,它主要是为限制行为能力的人设置的。……设立监护人的目的是为了保护无行为能力人的利益。然而在我国,监护人没有更准确、明确的概念,它也可能包括保护限制行为能力人的利益。”佟柔:《佟柔中国民法讲稿》,周大伟编,北京大学出版社2008年版,第151页。

[58] 有关此点,具有代表性的是德国立法。一方面,由于在成年人保护领域采用照管制度,德国对于成年被照管人的意愿尊重达到了最大化(参见前引[9],李霞文,第208页;黄诗淳:《从身心障碍者权利公约之观点评析台湾之成年监护制度》,《月旦法学杂志》第233期,2014年10月,第142页);另一方面,德国法在未成年人领域依然采用行为能力三分模式,以避免损害为由继续保留无行为能力范畴,使其在未成年人自主权保护方面反不及其他国家(前引[21],茨威格特等文,第7页)。

可见，采广义监护概念有助于统合成年人与未成年人的保护理念，建立融贯的监护体系。

（一）监护理念的嬗变

监护以对无法照料自身利益者提供保护作为其本质。但对“保护”却可采取不同理解。按照家长主义的理解，监护制度保护的实质在于避免被监护人的利益遭受损失；而根据一种以意思自治为中心的理解，监护制度的保护旨在实现被监护人生活的“正常化”，使其最大限度地自主参与到社会交往中。

监护制度保护理念的定位将直接决定监护与行为能力的“挂钩”合理与否。监护与行为能力制度的全面“挂钩”完美地体现了家长主义的保护理念：法律对一部分心智能力有缺陷的自然人，一方面剥夺其自我决定的能力以避免对自身或他人造成损害，另一方面由监护人以最有利于被监护人的方式代其作出决定。相反，在强调意思自治的人权监护模式下，这种全面“挂钩”则会因为过度干涉被监护人的决定空间而丧失其合理性。监护制度的理念定位必须体现对当下社会的时代回应。

1. 家长式监护模式

传统监护制度对被监护人采取家长式保护方式。法院通过指定监护人，要求后者以替代决策的方式实现对被监护人的保护，并且以“最有利于被监护人”作为指导原则。这一保护模式背后的假定是，被监护人由于年龄、精神状态等原因，容易因为理性判断能力的欠缺而使自身遭致损害。监护人的存在就是为了避免这种损害的发生。

由于这种损害的风险主要存在于财产交易领域，传统监护因此是一项财产法上的制度。在罗马法后期，监护的这一财产法属性愈发明显。^[59] 当时监护人的职责主要包含三项内容：对被监护人的抚养，代表未成年人参与诉讼，管理未成年人的财产，^[60] 其中又以财产管理权限最为重要。^[61] 与现代法不同，未成年人的监护人并不负责对未成年人的人身保护，这一职责大多交给其母亲或其他近亲属行使。^[62]

同样，英国王室特权法将具有精神疾病的人划分为两大类：白痴（idiot）或者自然痴呆（natural fool），指的是自出生起便有精神疾病的人群；精神错乱者（lunatic），指的是后天丧失理性的人群。国王负责在白痴生前管理其财产，在确保为其提供生活必需的资源后，国王将享有土地产生的孳息，其后再将土地转交给其继承人。对于精神错乱者，国王需要将土地产生的收益全部用于精神错乱者及其家庭成员的生活。^[63] 这一制度的结果是，法律往往更加关注对富有残疾人的“保护”，对被监护人人身保护则处于边缘地位。^[64] 受到当时流行的社会达尔文主义的影响，精神病人有时被视为一种“危险”的存在，与邪恶、

[59] 参见前引〔27〕，尼古拉斯书，第98页；前引〔28〕，Anne Lefebvre-Teillard书，第402页。

[60] See Antonio Buti, *The Early History of the Law of Guardianship of Children: From Rome to the Tenures Abolition Act 1660*, 7 U. W. Sydney L. Rev. 93 (2003).

[61] See R. H. Helmholz, *Roman Law of Guardianship in England, 1300 - 1600*, 52 (2) Tul. L. Rev. 251 (1977 - 1978).

[62] 周栢认为这一制度安排主要出于对被监护人人身安全的保护，盖因监护人与被监护人之间往往存在继承关系。参见前引〔25〕，周栢书，第250页。另参见前引〔28〕，Anne Lefebvre-Teillard书，第405页。

[63] See A. Frank Johns, *Guardianship Folly: The Misgovernment of Parens Patriae and the Forecast of Its Crumbling Linkage to Unprotected Older Americans in the Twenty-First Century—A March of Folly or Just a Mask of Virtual Reality*, 27 (1) Stetson L. Rev. 18 (1997).

[64] See Charles P. Sabatino, Suzanna L. Basinger, *Competency: Reforming Our Legal Fictions*, 6 (2) Journal of Mental Health and Aging 119 (2000).

神灵惩罚、罪恶以及恶魔附体等情形相连，这些人群往往处于紧闭、隔绝状态，被置于社会边缘。^[65] 弗兰克·琼斯在总结英美法上的监护制度时指出：“在过去的文化中，那些没有收入也没有资产的窘困的残疾人处于自生自灭的境地，除非他们使得共同体产生畏惧。当这种畏惧情感产生时，共同体为了保护自身就会对这些人实施管控。”^[66]

1804年法国民法典对于监护制度的规定几乎完全围绕财产展开。法条对于未成年人的人身监护言之甚少，仅在第450条作了概括性规定：“监护人对未成年人的人身进行照管，并代理其从事一切民事活动。”这一人身照管的权限极大，甚至包括对被监护人实施的人身监禁（第468条）。同样的结论也适用于成年监护场合。禁治产人在其人身和财产方面被视为未成年人，对其适用有关未成年人监护的规定（第505条），仅在第510条规定禁治产人的收入应当首先被用于其治疗。^[67] 即便是1968年废除禁治产制度的法律，对于成年监护中的人身保护内容依旧语焉不详。造成这一现象的原因很多：相比于财产管理，人身照护显得更为棘手；在当时语境下，需要适用监护制度的成年人群体数量有限，人身照管缺位产生的不利影响并未引起广泛重视。^[68]

2. 人权监护模式

伴随着现代监护将人身照管置于核心地位，监护理念也随之发生变化。人身保护与财产保护所需解决的问题并不完全相同：“当仅涉及财产时，欠缺行为能力范围划定仅是对特定行为加以界定的技术性问题的，然而当我们触及人身时，欠缺行为能力范围成为一个根本性的问题，一个人权问题。”^[69]

“公约”第12条是现代监护理念最典型的体现。首先，该条确定了法律能力（legal capacity）平等原则。“法律能力”一词在“公约”中具有特殊含义。在“公约”起草过程中，各成员国对于“法律能力”的理解存在分歧。最初公约第12（2）条的注脚中曾注明：“在阿拉伯语、中文以及俄语的语境中，法律能力一词应当指代‘权利能力’，而非‘行为能力’。”^[70] 该注脚最终被删除，“公约”由此澄清了自身立场：其所使用的“法律能力”是一个广义概念，将其限制在“权利能力”的领域并不仅是一个翻译问题，而是对公约精神的实质违背。^[71] “公约”所说的法律能力包含两个层面，一方面意味着自然人是权利的拥有者，另一方面意味着自然人作出的行为为法律所肯认。^[72] 无论被监护人事实上的心智

[65] See Kristin Booth Glen, *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity Guardianship, and Beyond*, 44 (1) *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 104 (2012); Leslie Salzman, *Rethinking Guardianship (Again): Substituted Decision-Making as a Violation of the Integration Mandate of the Title II of the Americans with Disabilities Act*, 81 (1) *U. Colo. L. Rev.* 164 (2010).

[66] 前引 [63], Johns 文, 第 67 页。

[67] Voir Pierre Catala, *Regard Rétrospectif sur les Incapacités Etablies par le Code Civil*, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 36, 5 Septembre 2008, 1267.

[68] Voir Jean Hauser, *Des Incapables aux Personnes Vulnérables*, *Droit de la Famille* n° 5, Mai 2007, étude 14.

[69] Jean Hauser, *La Notion d'Incapacité*, *LPA* 17 août 2000, n° 164, pp. 3-8.

[70] Tina Minkowitz, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to Be Free from Non-consensual Psychiatric Interventions*, 34 (2) *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 410 (2007).

[71] See Amita Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future*, 34 (2) *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 456 (2007).

[72] See Eilionoir Flynn, Anna Arstein-Kerslake, *Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity*, 10 (1) *International Journal of Law in Context* 82 (2014).

能力 (mental capacity) 如何, 其法律能力都被认为一律平等。^[73]

其次, “公约”第12条要求缔约国实现从替代决策向协助决策的过渡。^[74] 在替代决策模式中, 被监护人的心智不足被视为内在“缺陷”, 这种“缺陷”为监护人干涉其自主决定提供了依据; 而在协助决策模式中, 这种心智上的不足更多地被理解为一种社会的“建构”, 是一种外在性“障碍”, 对这些“障碍”的排除以实现所有人最大限度的自主决定成为了国家以及社会的责任。^[75]

最后, “公约”第12条要求用“意愿和偏好”取代被监护人“最大利益”原则, 因为后者“并不能真正保护本人的利益, 反而使得监护人极有可能滥用监护权”。^[76] 即使在被监护人客观上无法作出决定的场合, 监护人也只能通过探求被监护人的“意愿和偏好”作出决定, “最有利于被监护人”原则被严格禁止。^[77]

(二) 我国监护理念的应然定位

1. “公约”立场的不切实际

尽管“公约”在强调残疾人权利平等和自治方面具有积极意义, 但其极端立场的缺陷同样显而易见。首先, 它缺乏现实可操作性。它几乎苛求所有的监护人都成为洞察一切的“医学专家”,^[78] 因为“让一个具有完全理性能力的人去设身处地地采取一个从始至终都不具有意思能力之人的视角, 会极其困难”。^[79] 其次, 它完全抛弃既有监护模式的优点。家长制监护理念本身亦有其一定的合理性, 真正成问题的是现有监护制度的规则设置及其具体实施。支持“公约”立场的学者主张应当赋予残疾人“冒险的尊严” (dignity of risk) 和犯错的权利,^[80] 但这显然要以牺牲被监护人的财产利益为代价。在纯粹的人权监护模式下, 由于存在无人愿意承担监护职责的可能, 受损的风险将会被不恰当地从国家和社会转移给被监护人,^[81] 监护所具有的义务属性也有被规避的可能。最后, 在缺乏必要的实证研

[73] 英美法经常使用“mental capacity”一词作为适用监护制度的认定标准, 本文将其译为“心智能力”。在“公约”语境中, legal capacity 必须要和 mental capacity 相区分。前者指“被法律认可为人的权利, 因此其所作出的决定应当得到法律的承认”, 而后者通常指的是“认知能力、残障状况, 以及个体对于自身行为的理解程度”。See Clóna de Bhailís, Eilionóir Flynn, *Recognising Legal Capacity: Commentary and Analysis of Article 12 CRPD*, 13 *International Journal of Law in Context* 9, 10 (2017).

[74] 参见 [爱尔兰] 杰拉德·奎因、[美] 安娜·阿斯坦-克斯勒克:《把“人”放回“人权”中: 联合国残障公约中的人格与理论创新》, 载杰拉德·奎因、李敬编著:《〈残疾人权利公约〉研究: 海外视角 (2014)》, 陈博等译, 人民出版社 2015 年版, 第 162 页。

[75] See Mary Donnelly, *Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and the Limits of Liberalism*, Cambridge University Press, 2010, p. 271.

[76] 前引 [19], 李霞文, 第 107 页。

[77] See Eilionóir Flynn, Anna Arstein-Kerslake, *The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy*, 32 *Berkeley J. Int'l L.* 131, 132 (2014).

[78] 参见前引 [55], Kohn 等文, 第 1142 页。

[79] Marianne Wesson, *Substituted Judgment: The Parens Patriae Justification for Involuntary Treatment of the Mentally Ill*, 8 *J. Psychiatry & L.* 150 (1980).

[80] 参见前引 [77], Eilionóir Flynn 等文, 第 142 页。

[81] See Piers Gooding, *Navigating the “Flashing Amber Lights” of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns*, 15 (1) *Human Rights Law Review* 45, 71 (2015).

究来验证全面推行人权监护模式的可行性的背景下，^[82]“公约”支持者的观点更多呈现为某种形式的华丽说辞，而非对现实的描摹。^[83]目前世界上尚无一个国家完全采纳“公约”所推崇的纯粹人权监护模式。^[84]作为成年监护改革的领跑者，加拿大不列颠哥伦比亚省的代理协议法案（Representation Agreement Act）一直被作为协助决策的典范。但其第8条依然要求成年人具有订立代理协议的法律能力，并列举了该能力测试中需要考察的因素；其第16条（4）（a）更是明确授权代理人在无法查明受保护人信念及偏好的情况下，以最有利于受保护人的原则为替代决定。在德国法上，即便照管制度的开启原则上不对受照管人的行为能力产生影响，但借助“允许的保留”之例外规定，法官依然有权在特殊情形下限制成年人的行为能力，并在允许保留的范围内准用限制行为能力的规定。^[85]更值得注意的是，联合国残疾人权利委员会对“公约”第12条作出的严格解释并不完全符合许多缔约国的意愿，包括澳大利亚、新西兰、德国、挪威、波兰在内的多个国家皆对全面取消替代决策模式提出了保留意见。^[86]

2. 两种监护理念的兼容

符合现代理念的监护制度应当在保护被监护人利益与尊重其自主决定之间找到适度平衡，而不能有所偏废。这种平衡意味着：一方面，必须在确保被监护人不受损害的前提下对其真实的意愿和偏好给予最大程度的尊重；另一方面，不能以损害被监护人的利益为代价，无条件地倡导意思自治。民法总则在确立最有利于被监护人原则（第31、35、36条）的同时，又强调对被监护人真实意愿的尊重（第30、35、38条），兼顾了上述两种理念。

比较法上有关成年监护的监护人选任规则能够体现这种平衡思想。荷兰民法典第1:383条第2款规定：“在指定成年人的法定监护人时，法院应当遵从该成年人明确表达的偏好，除非有重大理由来反对这一人选。”在德国的成年照管制度中，“成年人可以对照管人的人选提出建议，并且只要该建议不违背成年人的利益，就必须遵从”。^[87]法国民法典第448条第1款规定，成年人对于监护人或者保佐人的选择必须得到法院的尊重，除非被选任的人拒绝担任监护人或保佐人，或者无法履行监护或保佐职责，或者与被监护人的利益相违背。法国最高法院还通过判例要求法官对为何拒绝被监护人的提议履行充分的说明义务。^[88]上述立法例在细节上虽有差异，但都体现了同样的政策考量：在最大程度上尊重被监护人的

[82] 不少学者指出了这种实证研究的匮乏。参见前引〔55〕，Kohn等文，第1143页；Terry Carney, Fleur Beaupert, *Public and Private Bricolage—Challenges Balancing Law, Services and Civil Society in Advancing CRPD Supported Decision-Making*, 36 (1) U. N. S. W. L. J. 200, 201 (2013).

[83] See Lawrence A. Frolik, *Guardianship Reform: When the Best is the Enemy of the Good*, 9 (2) Stan. L. & Pol’y Rev. 350 (1998).

[84] 参见前引〔65〕，Glen文，第140页；前引〔55〕，Kohn等文，第1124页。

[85] 参见前引〔54〕，施瓦布书，第466页以下。

[86] 德国的评论报告指出：“德国并不赞成委员会关于‘公约’第12条赋予所有残障人士以不受限制的行为能力以及责任的基本假定。正如‘公约’第12条第1段指出的那样，所有人都在主体地位的意义上享有法律能力，但并非所有人都能行使这些权利和义务。例如，失去意识和处于昏迷状态的人并不能行使其权利；婴幼儿也同样无法行使。”新西兰在其报告中同样指出，“我们认为‘公约’应当进一步明确，在一个人完全无法表达其意愿和偏好的情形下，替代决策模式如何被使用”，因为“在这种情况下所谓的有效协助事实上无法与替代决策相区分”。有关各国对“公约”第12条解释的评论报告，载 <https://www.ohchr.org/EN/HR-Bodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>，2019年4月10日最后访问。

[87] 前引〔54〕，施瓦布书，第464页。

[88] Civ. 1re, 25 sept. 2013, no 12 - 22. 300.

意思自治，但同时也拒绝因为一味盲从其意愿而导致被监护人利益受损。民法总则第31条要求法院在确定监护人时兼顾被监护人的真实意愿以及最有利于被监护人的原则，已经体现出上述两种监护理念的融合。

四、监护与行为能力有限“脱钩”的制度设计

依照兼顾被监护人的利益保护和意愿尊重的现代监护理念，监护与行为能力制度应当实现有限“脱钩”，即打破行为能力制度在决定监护启动和监护措施方面的主导地位，以最大限度地实现被监护人的意思自治，但同时在监护制度中有限度地保留行为能力的认定，以使其发挥保障被监护人利益的功能。民法总则虽然完善了监护人资格的撤销程序，新增了监护人资格的恢复程序，但在启动程序方面，监护在很大程度上仍然依赖于行为能力的认定。应当进一步完善监护程序，一方面通过设立多元的监护启动条件实现监护适用范围的扩大，另一方面通过监护手段的多元化限缩法定代理权的适用。

（一）监护适用范围的扩大

1. 监护启动的判断标准

行为能力的认定以自然人意思能力的有无作为判断依据，而监护制度的适用则以行为人不能独自处理自身的人身、财产事务作为判断标准。应当依据年龄、身体以及精神健康状况，为监护的启动设立多元的判断标准，实现与行为能力认定的“脱钩”。

第一，就年龄而言，法律可规定对18周岁以下的未成年人普遍适用监护，而不问其是否具有事实上的意思能力。首先，与成年人不同，未成年人的心智能力处于不断成熟的过程中，如果对每个未成年人是否适用监护进行个案审查，无疑会造成司法资源的浪费。其次，对于那些具有意思能力的未成年人，即便其达到可充分了解并能作出某些法律行为的年龄，但由于缺乏经验阅历，其人身、财产权益仍存在较大的受损风险，依然需要监护人提供必要的保护。最后，对未成年人“一刀切”地设立监护，必须结合下文提到的现代监护手段的多元化来理解，即监护的设立并不必然影响未成年人的行为能力，也不必然导致普遍法定代理权的赋予。

第二，监护制度也适用于由于身体健康原因无法照料自己人身、财产利益的成年人，其判定标准与行为能力认定存在明显不同。伴随着老龄化社会的到来，将一部分因身体健康状况无法料理自身事务的自然人纳入监护范围，具有重大的现实意义。当然，由于任何形式的监护都在一定程度上构成对被监护人自由的干涉，因此在自然人具有意思能力、仅因身体障碍而需要适用监护的场合，法律必须设定严格的要件以避免侵犯被监护人的自由意志。德国民法典第1896条第1款规定：“成年人因身体上的残疾不能处理事务的，只能根据该成年人的申请选任照管人。”在法国法上，单纯的身体障碍不能成为监护适用的理由，只有当这种障碍达到“阻碍意愿表达”的程度时，才能适用民法典上规定的保护措施。^[89] 那些身体状况尚未造成表意障碍的成年人的利益可以在扶养法的框架内得到保护。

[89] 在1994年的一则判决中，法国最高法院撤销了基层法院作出的保佐判决，因为后者没有在判决中充分说明为何被申请人严重的视力退化“阻止其真实意愿的表达”。Voir Jean Hauser, *Curatelle: l'Incapacité Physique est-Elle un Cas d'Ouverture?* RTD. civ. 1994, p. 323.

第三,对于精神障碍,监护的适用也并非总是要求自然人丧失对行为的理解能力。行为或许具有最基本的理性判断能力,但对于一些特殊的复杂行为,他可能需要在别人的协助下才能充分理解其意义及法律后果。这类自然人虽不能被认定为欠缺行为能力,但他们在特定场合下确有被协助的需求,现代监护制度也应将其纳入保护框架中。在判断是否适用法定监护(监护、保佐、辅助)或者意定监护时,日本法使用了“辨识事理的能力”的概念。^[90]“事理辨识能力”被认为是与“意思能力”相区别的概念,前者是更高层次的精神能力,因为它要求“在有意思能力的同时,在实际交易时,能充分认识自己的利害得失并依照经济合理性为意思决定的能力”。^[91]由此,一些具有意思能力的成年人也可能因为欠缺“事理辨识能力”而享有法律上的保护措施。在韩国法上,家事法院可为这些自然人针对某些特定事宜指定监护人(韩国民法典第959-9条),这一保护措施不得以违背被监护人意愿的方式强加于他(韩国民法典第14-2 II条),并且被监护人的行为能力不受影响。^[92]

2. 监护启动程序的设计

独立监护启动程序的确立,需要解决其与既有行为能力认定程序之间的协调关系。从立法论角度言,监护程序完全可以取代行为能力认定程序。^[93]但若民法总则规定的行为能力认定制度予以保留,则有必要在未来立法中增加有关监护程序的启动规定,而监护概念的多义性为这一区分立法提供了可能。正在编纂的民法典可以在民法总则中规定适用于欠缺行为能力人的狭义监护程序,在婚姻家庭编中规定不影响自然人行为能力的协助决策程序。然而,从民法典婚姻家庭编草案二审稿来看,未来民法典很可能选择保留既有的规范体系,在分编中另行规定监护启动程序的机率不大。在此背景下,可选择在民事诉讼法或家事事件法中对监护启动程序进行完善。^[94]只有建立不依赖于行为能力判断的监护启动程序,监护与行为能力之间的“脱钩”才能真正得以实现。

(二) 监护保护手段的多元化

监护适用范围的扩大必然伴随着监护保护手段的多元化。针对不同个体的具体情况,法律应当采用不同的保护方式。

1. 自治决策模式

监护制度的适用原则上不应对自然人的行为能力产生影响,法律理应允许其实施有效的法律行为。自治空间的赋予既可以基于行为人的年龄或精神状态,也可基于法律行为本身的性质。首先,对于那些虽然心智能力不足,但尚能理解自己行为意义及法律后果的被监护人,法律应当承认其实施的法律行为的效力。德国法上照管制度的设立原则上不影响被监护人的行为能力;韩国法上针对具有基本判断能力的人临时指定特别监护人,也不对被监护人的行为能力产生影响(韩国民法典第959-9条);法国法针对暂时需要协助的成年人或者在特别法律行为中需要协助的成年人,设置了司法救助制度(sauvegarde de la jus-

[90] 参见前引〔53〕,山本敬三书,第51页。

[91] [日]小林昭彦、原司,『平成一一年民法一部改正法等の解説』(2002年)页64注7,载前引〔56〕,黄诗淳等主编书,第281页以下。

[92] See Hyoung Seok Kim, *Two Years of the Reformed Adult Guardianship Law in South Korea: A Retrospect*, 16 (2) J. Korean L. 316 (2017).

[93] 参见前引〔18〕,李国强文,第131页以下。

[94] 我国台湾有关监护制度的程序性规定主要规定于其家事事件法;法国民事诉讼法对于监护制度也有专章规定。

同样不影响受保护人的行为能力。其次，针对一些受损风险较小的日常细小行为，各国法律也往往赋予被监护人自治空间，使其能够参与社会交往。魁北克民法典第156条规定：“根据其年龄以及辨识能力，未成年人可以为了满足其普通和日常的需求（besoins ordinaires et usuels）而缔结契约。”德国民法典第105a条也例外承认了无行为能力的成年人所实施的并已实际履行的日常交易行为的效力。

2. 协助决策模式

佟柔将行为能力理解为“公民仅凭自己的行为就能取得民事权利和承担民事义务的资格。这里加上‘仅凭’两个字，是说他无需别人的协助和代理，根据自己的意志和行为，就能产生民事权利、义务的后果”。^[95]该传统认定方式未能充分考虑第三人协助的作用：法律仅依据某人无法独立实施法律行为的事实，便得出赋予其监护人法定代理权的合理性，而未能进一步追问该人是否可以在第三人协助下充分理解法律行为的意义及后果。事实上，自治并非仅具有静止固定之属性，而是始终处于动态演变之中，自治的程度在相当范围内取决于我们身处的环境以及周遭人群。研究表明，行为能力欠缺的“标签”会使被监护人丧失自信，从而阻碍其心理能力的发展；相反，通过将信息作细致化的片段式处理，接受这些信息的精神障碍者的理解力，相较于那些无法获得信息的人群，会得到显著提升。^[96]

在现代监护制度中，协助决策模式应当成为补正行为能力的主要方式。监护人的首要职责应是通过提供必要的协助，使被监护人能够最大程度地实现意思自治，而非替代被监护人实施行为。具体而言，协助决策模式可分为意定协助和法定协助。意定协助是指当事人通过生前医疗预先指示（living will）、意定监护协议等工具，对将来的监护事项作出提前安排。^[97]而法定的协助决策则可通过以下方式实现：在被监护人实施法律行为之前，协助表现为监护人的告知义务及建议义务，帮助被监护人充分理解其实施行为的意义、后果及风险；在被监护人实施法律行为之时，该协助可体现为监护人与被监护人的共同决定，只有双方的一致意思才能使法律行为生效。

3. 替代决策模式

我国监护制度的问题并不在于法定代理权的存在，而在于其适用范围过广、使用频率过高。未来立法应当贯彻“必要性原则”，将法定代理权的授予作为最后救济手段。只有当协助决策模式不足以保障被监护人的利益时，才可以赋予监护人法定代理权。

行为能力制度主要适用于以财产交易为主的法律行为（合同）领域，根据学界的普遍看法，不应将其扩张适用于人身行为场合。^[98]对于人身行为，监护人的法定代理权应受到特别限制。如韩国民法典第947-2条第1款规定，在条件允许的情况下，被监护人都应独

[95] 前引〔57〕，佟柔书，第146页。

[96] See Bruce J. Winick, *The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health*, 1 (1) Psych. Pub. Pol'y & L. 6, 42 (1995); Michael Gunn et al., *Decision-Making Capacity*, 7 (3) Medical Law Review 269 (1999); 前引〔65〕，Salzman文，第169页。

[97] living will也叫 advance directive，学界一般翻译成“医疗预先指示”或“生前预嘱”。参见李亚明：《“生前预嘱”与死亡的尊严》，《哲学动态》2014年第4期，第79页以下；前引〔19〕，李霞文，第116页以下。

[98] 参见曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第141页以下；陈自强：《民法讲义I：契约之成立与生效》，法律出版社2002年版，第173页；〔日〕我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第60页。

立作出对其个人事务的决定。如果被监护人无法作出,法院对监护人的替代决定设置了严格限制:他必须事先取得家事法院的授权(第938条第3款)。法国法进一步区分了一般人身性行为(actes personnels ordinaires)和严格人身性行为(actes strictement personnels)。^[99]对于前者,在当事人情况允许的前提下由其独立作出决定,而不论其是否处于监护或者保佐之下。只有当其精神状况不允许时,其监护人或保佐人方能在法院或者家庭委员会授权下就某一项或某几项人身行为提供协助或者代理。对于后者,法律基于行为的高度人身属性,排除任何由第三人提供协助或者代理的可能,这属于受保护人绝对的自治空间。^[100]法国民法典第458条对此类行为作了非穷尽式列举,包括对子女的认领行为,与子女人身相关的亲权决定,子女姓名的确定与变更,以及有关自己或其子女收养同意的作出。瑞士民法典第19条第2款也有类似规定,允许限制行为能力人独自行使“基于其人格而享有”的高度个人化权利。学说以及司法实践进一步将其分为相对高度个人化的权利和绝对高度个人化的权利。两者的区别在于:对于前者,在行为人丧失意思能力的情况下允许第三人进行代理,而对于后者,则完全排除他人代理的可能。^[101]

4. 多元监护模式的具体实现

对于多元监护模式的实现,法律应当依据成年人与未成年人的不同而区分对待。但首先需要考察的是,在我国民法总则已对监护制度详加规定的背景下,婚姻家庭编对于监护制度是否还有进一步完善的必要与空间。

(1) 民法典婚姻家庭编规定监护的可行性。尽管民法总则专设“监护”一章,但学者普遍认为既有体系尚不够完备,仍有进一步完善的必要。目前的主流观点认为,民法典关于监护制度的规定应采用总分模式:将有关监护的总则性规定置于民法总则,而将不同监护(未成年人监护、成年监护)的特别规定留给婚姻家庭编作进一步细化。^[102]但民法总则的相关规定能否构成监护的总则,尚存疑问。首先,民法总则并不限于规定与补正行为能力相关的主体法内容,而是同时存在涉及监护人与被监护人内部关系的规定。其次,既有内容并非可以适用于所有监护类型,而是充斥着大量仅适用于成年监护或未成年监护的特殊规定。一部分学者因此主张放弃立法论上的改造,转到解释论层面的完善;^[103]另有学者则选择回避这一问题,径直提出立法论上的建议。^[104]前一种立场放弃编纂民法典婚姻家庭编的绝佳契机,显得过于消极,且其能否明显改善我国既有的监护体系,也存在疑问;后一种立场破坏了民法典体系的融贯性,也缺乏使立法机关信服的有力论证。

监护概念的多义性为完善婚姻家庭编提供了一种替代解释方案:民法总则的相关内容

[99] 法国法有关两者区分的探讨,参见 Stéphanie Moracchini-Zeidenberg, *L'Acte Personnel de la Personne Vulnérable*, RTD Civ., 2012, p. 21.

[100] Voir Eric Mallet, *Acte à Consentement Strictement Personnel et Majeur Protégé, Droit de la Famille*, 3 mars 2014, étude 4.

[101] 参见 [瑞] 贝蒂娜·许莉曼-高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第222页。

[102] 参见前引[19],李霞文,第113页以下;陈苇、李艳:《中国民法典之监护制度立法体系构建研究》,《西南政法大学学报》2017年第2期,第86页以下;夏吟兰:《民法典未成年人监护立法体例辩思》,《法学家》2018年第4期,第9页。

[103] 参见前引[1],孙犀铭文,第19页以下。

[104] 参见杜启顺:《论监护在婚姻家庭制度中的地位及立法完善——以民法典的编纂和〈民法总则〉为背景》,《法学杂志》2017年第8期,第90页。

并非监护制度的总则，而是针对以替代决策模式为标志的狭义监护的规定。由于该狭义监护表现为法定代理权的行使，因此其开启仍需以自然人欠缺行为能力为前提。这种监护与行为能力之间的关联性证成了其作为主体法的内容在民法总则中占有一席之地。婚姻家庭编则可进而对广义监护中与行为能力无涉的保护手段作出规定。比如，可把民法总则第35条提到的“保障并协助”视为一种不同于代理的新型监护手段，婚姻家庭编以此为基础再予以细化规定。为避免立法术语上的混淆，在民法典婚姻家庭编中应避免使用“监护”的概念，可直接以“协助”等概念指涉新型保护手段。从婚姻家庭编草案二审稿的体例结构来看，有关监护的内容可以被置入该编第三章第二节“父母子女关系和其他近亲属关系”之中。

(2) 成年监护。对于成年人而言，法院在启动监护的同时，应当确定具体的保护手段。民法总则第35条第3句已经蕴含了多元监护体系的萌芽。在民法总则起草过程中，草案一审稿至二审稿的表述均为“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”，其中的“独立”一词直到四审稿时方被删去。^[105]通过对第35条的解释，可为协助决策模式找到文本依据。尽管民法总则第22条与第35条中都出现了“与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”之表述，但应认为两者指涉不同的内容：被监护人可以独立实施的与其智力状况相适应的行为（第22条），不同于需要监护人协助与保障的与被监护人智力状况相适应的行为（第35条）。后者针对那些虽然被监护人无法独立实施，但在监护人的保障、协助下能有效作出的法律行为。遵循这一思路，民法总则第35条对欠缺行为能力之成年人的行为类型作了如下区分：被监护人有能力独立处理的与其智力状况相适应的行为（自治决策模式），要求监护人协助、保障的与其智力状况相适应的行为（协助决策模式）以及需要监护人进行代理的行为（替代决策模式）。

对于同一被监护人，法院可以适用其中一种或多种保护手段。根据被监护人的身体及精神状况，法官在判决中应明确列举被监护人可独立实施的法律行为、需要被监护人同意才能实施的行为以及被监护人拥有法定代理权的行为。就一些对被监护人的人身、财产具有重大影响的行为，还可要求监护人在代理时提前获得法院的授权。当然，在紧急情况下，监护人有权先实施行为再事后取得法院的追认。这一立法模式能够最大限度地实现保护手段的多元化和个性化，使得法院可以依据被监护人的实际需求为其“量身定做”保护措施。法院在设置监护制度时还应规定监护措施的适用期限，从而可定期考察保护手段的适宜性，随时依据被监护人的身体、精神状态对保护措施予以更新。

无论是采用协助决策还是替代决策，都存在被监护人在未得到必要保护的情况下独自作出法律行为的情形。此时涉及对被监护人利益的事后救济问题。在民法典的编纂中，建议采用行为能力认定的“双轨制”模式：即以意思能力的法律推定作为原则，而辅之以意思能力的个案判断作为矫正。具体而言，对于法律或者法院规定被监护人必须与监护人共

[105] 民法总则草案一审稿第33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。”二审稿第34条在上述规定的基础上增加一句：“对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。”三审稿完全保留了二审稿的规定，但四审稿以及最终通过的民法总则中删去了前句中的“独立”一词。民法总则第35条第3句规定：“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意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。”

同作出或必须由监护人代为实施的行为，被监护人独自实施的，法律推定其行为时不具有行为能力，但被监护人可以通过证明其在行为时具有行为能力以推翻该法律推定。^[106]

最后，法律应明确规定因行为人欠缺意思能力作出的法律行为可撤销。无效制度绝对地否定了行为人的自主决定能力，效力待定则将行为有效与否的决定权置于法定代理人手中，这两种制度都体现了法律家长主义的倾向。相反，可撤销制度作为被监护人一方独享的特权，不再事先否定其参与交易行为的资格，而是赋予其退出法律关系的单方权利，在理念层面与“公约”的反歧视精神更为契合。同样的规则也应适用于未成年人所为的法律行为。

(3) 未成年监护。相比成年人，未成年人监护具有如下特殊性：一方面，未成年人自出生时起便处于受监护状态，因而监护的适用往往无待于法院的判决。另一方面，未成年人的心智能力处于不断成熟过程中，具有渐进性特征，要求法院反复通过判决事先调整未成年人的自治范围，将会产生极大的司法成本，不具可操作性。因此，未成年人保护模式的多元性必须借助其他方式加以实现。

首先，应当废除或虚化无行为能力这一范畴。无行为能力完全否定了被监护人独立从事法律行为的资格。在成年监护场合，法院尚可通过对限制行为能力的扩张适用以压缩无行为能力的存在空间，但在未成年监护场合，由于法律严格以年龄为界限，未满8周岁的未成年人被当然认定为无行为能力，不得从事任何法律行为。但这种规定因有违生活现实与常情而显得严格。在我国，儿童6岁便上小学，难免要独自乘坐交通工具、购买学习用品、玩具及零食等，规定这些行为一律无效显然不合情理。对此，除了采用二分法以便从根源上解决该问题之外，一种次优的方法是通过解释论实现无行为能力范畴的虚化：对于无行为能力人类推适用民法总则第19条有关限制行为能力人“可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为”的规定。^[107]

其次，应通过民法典分则以及其他特别立法赋予未成年人在某些领域的自主决定权。婚姻家庭编草案二审稿第883条有关“收养8周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意”的规定，即体现了对未成年人自主权的尊重。然而总体来看，该草案对未成年人自治权并未给予充分的关注。例如草案第850条仅规定了父母或者成年子女向法院提起亲子关系异议之诉的权利，而并未提及未成年人的诉讼权利。这也意味着当父母怠于提起亲子确认或否定之诉时，未成年子女的利益将无从得到保证。未来婚姻家庭编应当明确规定，达到一定年龄的未成年人（如8周岁）有向法院提起亲子关系诉讼的能力。又如离婚后抚养权的确定（第861条）和祖父母、外祖父母探望权的赋予（第864条），均应将具有表意能力的未成年人的主观意愿作为重要的考量因素加以规定。

最后，在判断未成年人实施的法律行为是否与其年龄、智力相符时，应当采用客观标准，即考察按照社会一般通行的观点以及惯例，同年龄的未成年人是否被认为可从事相关的法律行为。此外，法律行为与被监护人生活的关联程度以及合同条款本身的公平性，也应当成为法院裁判时的考量因素。^[108]

[106] 参见前引〔47〕，彭诚信等文，第137页以下。

[107] 参见前引〔35〕，梁慧星书，第104页。

[108] 参见前引〔47〕，彭诚信等文，第137页以下。

结 语

可以预见,有关监护和行为能力制度的争论不会因为民法典的出台而告终。一方面,民法典的编纂依然没有完全摆脱既有体系的窠臼,监护与行为能力仍被紧密地捆绑在一起;另一方面,民法总则以及民法典婚姻家庭编草案中的若干制度已经蕴含了变革的萌芽,有待法官和学者借由解释论的路径令其开花结果。同时,未成年人保护法、精神卫生法、老年人权益保障法等部分立法以及民事诉讼法等程序性法律的完善都为监护制度的进一步补充和完善提供了立法论上的契机。监护范式的转化无法一蹴而就,因为法律改革本身对于扭转我国根深蒂固的家长主义文化可能收效甚微。只有待到兼顾被监护人利益保护和意思自治尊重的现代监护理念深入人心之时,监护和行为能力制度的应然法律关系才能在我国立法中真正得以体现。

Abstract: The General Provisions of the Civil Law continues to treat the guardianship as a complementary instrument for legal capacity, and there exists a full connection between these two institutions. Under the system of trichotomy of legal capacity, this connection has caused many problems to the existing law of guardianship, i. e. , the limited scope of beneficiaries, the neglect of the wills and preferences of the ward, the incompleteness of the legal system, and inconsistency with the fundamental principles of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, such as equality, anti-discrimination and the respect for autonomy. The confusion of the nature of guardianship and that of legal capacity is the main reason for this full connection, which is further intensified by the partial overlapping of the two institutions in their objectives, potential beneficiaries, and time effect as well as by the ambiguity of the concept of “guardianship”. According to the idea of modern guardianship, the guardianship system should strike a balance between the protection of vulnerable persons and the respect for their autonomy. The future Civil Code should realize the partial disconnection between the institution of guardianship and that of legal capacity: on the one hand, a special procedure is needed for the guardianship in order to create independent criteria for its application; on the other hand, a pluralistic guardianship system that includes independent decision-making, supported decision-making and surrogate decision-making, should be established to improve the classification of legal capacity.

Key Words: guardianship, legal capacity, guardianship of adults, guardianship of minors, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities
