

# 《民法典》实施背景下意定 监护功能异化之矫正

鲁晓明

(广东财经大学 法治与经济发展研究所, 广东 广州 510320)

**摘要:**我国民法将监护作为补足自然人行为能力之手段,导致监护被行为能力侵蚀和遮蔽,于功能上由关爱走向限制。法律剥夺被监护人进行民事行为的自我决定权,致使被监护人不得不托庇于监护人。《民法典》引入意定监护,本为克服法律整齐划一规定之不足。但由于与行为能力挂钩,意定监护困顿于监护人选择的狭窄视角,极大地减损了功能矫正力度。解开意定监护功能异化之结,需要找寻在不违背基本法理情况下将意定监护与行为能力脱钩的办法。通过目的解释,经由解释论路径重构行为能力与监护关系,使意定监护回归本人利益保护这一立法目的,系可行的路径。对《民法典》第28条和第33条作目的性限缩,将其限于自然人行为能力欠缺情况下监护的适用;而将行为能力非欠缺时的监护,视为一个立法未予规定之悬而未决的问题,通过运用民事法理和适用民法基本原则进行调整,系可行的方式。

**关键词:**意定监护;行为能力;功能异化;矫正

**中图分类号:**D923.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2023)01-0069-12

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2023.01.007

## 一、引言

由于“中国民法典编纂独特背景和意识形态氛围”<sup>[1]</sup>,导致《民法典》对于新兴社会需求总是心存疑虑。《民法典》虽适应老龄化时代监护多元化的需要规定了意定监护制度,但未能充分反映尊重本人意思的现代监护理念,而将委托人丧失(或部分丧失)行为能力作为意定监护生效的起始条件。与被监护人行为能力挂钩的意定监护奉父爱主义为圭臬,鲜少考虑被监护人自身意思。不仅与自然人身体机能变化的渐进性明显不符,而且异化为对被监护人意思之不适当限制。在老龄人口占比不断攀升,老年人成为成年意定监护最主要人群的老龄化时代,矫正意定监护之功能,使之聚焦被监护人关爱主题

**收稿日期:**2022-11-12

**基金项目:**国家社会科学基金重大项目“积极老龄化的法治问题研究”(19ZDA157)

**作者简介:**鲁晓明,男,广东财经大学法治与经济发展研究所研究员,广东财经大学法学院院长,博士生导师,法学博士,主要从事民商事法学研究。

是意定监护制度不可回避的重大使命。而在《民法典》业已编纂完成的情况下,经由何种形式实现矫正显属难题。本文将就此展开深入分析,冀以促进对这一问题的探讨。

## 二、以行为替代为中心的《民法典》意定监护制度

众所周知,我国监护制度沿袭自欧陆法上的禁治产制度。此种监护制度将存在精神和智力障碍的成年人作为适用对象,特点是与被监护人行为能力深度牵连。

虽然相对于原《民法通则》,《民法典》更为重视本人自我决定权,但仍以本人行为能力丧失(或部分丧失)作为监护生效的前提。《民法典》意定监护以监护制度为基础,牵连17个法律条文。基础条文为《民法典》第33条,内容涵盖意思表示、法律行为和代理等。其在立法模式上大致有两个特点:一是属于主体法而非身份法,监护规定于总则编自然人行为能力之后,作为本人行为能力欠缺时的补正手段,而非婚姻家庭编;二是采用大监护概念,意定监护作为成年监护的主要形态,与其他类型成年监护一道构成监护形态,且监护由于与亲权不加区分而包含亲权的内容<sup>[2]</sup>。

作为监护的有机组成部分,《民法典》意定监护既受监护规则制约,又通过引入本人选择监护人之自治意思对于整齐划一的法定监护形成突破。意定监护打破监护人身份的束缚,允许本人选择信赖之人为监护人,且对选择范围不加限制。监护人既可以是本人近亲属,也可以与本人没有任何身份关系,还可以是养老机构等法人或非法人单位。

然而,作为一种监护形态,意定监护仍没能走出既有窠臼,而与本人行为能力深度挂钩,具体表现在以下几个方面。

第一,仍将本人丧失行为能力作为适用监护的前提。首先,《民法典》第28条承继原《民法通则》第13条的规定,将成年监护的被监护人定位为“无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人”。依据这一规定,监护制度与行为能力制度高度牵连。行为能力因受损而需补正是监护开启的前提,监护的开启依赖于被监护人欠缺行为能力的认定结果<sup>[3]</sup>，“成年人监护的设立必须以其被宣告为欠缺行为能力人为前提”<sup>[4]</sup>。虽具有完全民事行为能力,但因身体衰老或残障而不便处理自身事务之人,即便存在监护之迫切需要,亦被排除在意定监护之外,其与他人签订之委托他人照管、看护协议,只得成立债法上的委托关系<sup>[5]</sup>。其次,《民法典》将监护统一规定于行为能力之后,目的在于补正自然人行为能力之不足。意定监护制度未作例外规定,意味着意定监护亦受此制约。在传统民法上,民事行为能力被认为本质上是一种理智地形成意思的能力<sup>[6]</sup>。《民法典》仅承认完全民事行为能力与欠缺民事行为能力两种状态(欠缺行为能力又分为无民事行为能力与限制民事行为能力)。行为能力是意思自治的起点<sup>[7]</sup>。自然人具有完全行为能力,则意味着其明白意思表示的后果,因而一切行为均由其自己负责。自然人若欠缺行为能力,则意味着不具备进行意思判断的基本能力。此时,需要监护人对人身、财产等合法利益进行监督和保护<sup>[8]</sup>,故“法律为保护他们的利益,设有监护人制度”<sup>[9]</sup>;反之,若为完全民事行为能力人,则认定其具有充分的自我判断能力,足以保护自身利益,无由他人监督和保护之必要。最后,意定监护之“意定”,仅限于监护人选任事项。依通常文义,所谓意定监护,应是有关监护之诸种事项,包括监护人选择、监护条件设置、监护人职责设定等,均由被监护人自主决定。然《民法典》中的意定监护,仅指“具有完全民事行为能力的成年人,可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织协商,以书面形式确定自己的监护人”。而在适用条件方面并不允许本人选择;且即便是监护主体,也不完全反映“与该监护的产生相关主体的意愿”<sup>[10]</sup>,而仅指监护人的产生与被监护人意愿密切相关。无论是法定监护还是意定监护,监护生效的条件都是自然人丧失或者部分丧失行为能力。若无自然人丧

失或者部分丧失行为能力的事实,则也不存在意定监护适用问题。

第二,对不具有完全行为能力者统一适用监护制度,意定监护亦未能外。受康德哲学的影响,传统民法将生物人抽象成理性人,由此区别于物。理性人具有当然的主体地位,权利能力则是凸显理性的法律工具。“权利能力证成主体资格遵循着‘权利—理性—权利能力—主体’这样的公式。”<sup>[11]</sup>为了弥补部分人理性不足的缺陷,法律以意思能力为基础设立行为能力和监护制度。“意思能力是一般人正常的意识决定能力,它有两重因素,一是能正确认识自己要做的行为,二是按照该认识适当地控制自己将要发生的行为<sup>[7]</sup>。”受此影响,我国以权利能力理论为基础构建了权利能力、行为能力整套制度。不具有完全行为能力的自然人,被假定为理性不足、不具备单独意思能力之人,不仅缺乏保护自身权益的能力,而且可能对社会秩序构成危害。故法律为其设置监护人,使其在他人的关爱、照顾下享有权利、承担义务,免遭他人侵害<sup>[12]</sup>。为行为能力欠缺者设置监护人,目的有二:一是对心智不健全者予以特别保护,使其不因自己的轻率行为蒙受损失;二是将心智不成熟者排除在民事活动之外,避免其从事不能承担责任的行为影响关联者利益,危及交易安全<sup>[13]</sup>。

第三,被监护人民事行为须由监护人代理。由于与被监护人的行为能力挂钩,故引发监护的同时,产生法定代理。被监护人的法律行为由监护人代理,监护人替代本人决定所有事务<sup>[14]</sup>。此种做法,在学理上被称为“行为替代”。尽管在分层上,考虑到行为人意思能力的差异,又将不具有完全民事行为能力的人区分为限制民事行为能力人和无民事行为能力人。但除了在代理权限上有所区别,监护人的监护职责并无不同,即都赋予监护人以代理权和财产管理权<sup>[15]</sup>。依《民法典》第21条、第23条和第24条,“不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人,由其法定代理人代理实施民事法律行为”;不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人,除纯获利益的民事法律行为或与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为之外,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意或追认。无民事行为能力人与限制民事行为能力人在订立日常生活和学习所必需的合同方面并无实质差异,因此两者发生相同的效力更为妥当<sup>[6]</sup>;且民事行为无效意味着彻底否定当事人自主意思,而无民事行为能力人实施的行为并非均会侵害他人法益,一概认定无效有违比例原则<sup>[16]</sup>。但按第144条、第145条的规定,未经代理,无民事行为能力人进行的民事行为无效;限制民事行为能力人实施的民事法律行为,除纯获利益的民事法律行为或与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为之外,须经法定代理人同意或者追认后方为有效。

第四,监护人履行职责时,虽然并行适用“最有利于本人”和“最大程度地尊重本人的真实意愿”原则,但“最有利于本人”原则仍是最基础的原则。

一方面,“最有利于本人”仍是监护人履行职责时的基本原则,监护人履行职责应以本人利益最大化为目标。另一方面,虽然考虑到相当多的被监护人仍存在自主意思能力,《民法典》引入“最大程度尊重本人真实意愿”的原则,规定监护人履行监护职责,应最大程度地尊重本人真实意愿,保障并协助本人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。但关于两原则之间的顺位关系,法律未作规定。

虽然许多学者从应然角度主张应以后者为先。理由是,有利与否唯有本人才能判断,“最有利于本人”原则恰恰是从监护人视角所作之外部判断。作为不同民事主体,监护人与本人生活习惯、价值取向、思维方式均有不同,监护人之有利性判断并不一定契合本人利益。一概由监护人作利益评判不仅难以保护被监护人,而且可能造成其滥用监护权,侵害被监护人利益<sup>[17]</sup>。但从目的解释与体系解释的角度来看,优先适用“最有利于本人”原则方是合适的理解。在监护与行为能力挂钩背景下,由监护人替代本人进行民事行为必然意味着对于本人意思进行限制;由监护人替代进行决策,必然意味着常态

性地与本人真实意愿构成冲突。若处处“最大程度地尊重本人的真实意愿”,就不存在监护人替代决定的问题。换言之,监护人代理进行民事行为之题中应有之义,就是只要监护人认为本人意思可能损及自身利益及带来不合理后果,即有权予以否决。所谓“最大程度地尊重本人的真实意愿”,只可能是于监护人视角而言本人意愿与本人利益不存在冲突的情况下,方具有实施空间。

### 三、《民法典》意定监护之功能异化

自于罗马法上肇端以来,监护之本质即是“对无法照料自身利益者提供人身和财产保护”<sup>[3]</sup>，“监护人(Tutores)的含义来源于他们对本人的保护”<sup>[18]</sup>。虽然罗马法早期的监护制度掺杂了不少本人利益保护之外的内容。比如,将监护与监护人的法定继承权有机联系,通过将未成年人监护权交给其最亲近的男性宗亲属,为浪费人设立保佐人,防止作为潜在继承人之监护人继承财产因本人之不理行为减少等<sup>[19]</sup>,但此种与继承制度的联系不久即被打破。从罗马法中后期开始,监护制度长期聚焦于本人利益之保护。罗马《十二表法》时期,父亲通过遗嘱为其子女指定监护人逐渐成为常态<sup>[20]</sup>。之后,又在监护制度中发展出指定监护制度,把对未成年人的保护置于核心地位<sup>[21]</sup>。到了近现代,本人利益保护一直被视为监护的本质,“现代的监护制度完全是为了受监护人的利益而创造的”<sup>[20]</sup>，“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”<sup>[22]</sup>。

监护与行为能力尽管存在诸多牵连,甚至多有重合,但毕竟分属不同制度,因此二者在功能、适用对象等方面均存在差异。一是尽管均具有保护意思能力欠缺的自然人意旨,但保护方式迥然有异。监护对由于身体和精神状况不能照料自己的自然人进行直接保护;行为能力则仅通过行为资格这一媒介间接保护行为人。尽管在行为能力制度涉及的诸种法益中,给意思能力欠缺者以关爱应是立足之本。但应然是一回事,实然则是另一回事。一方面,行为能力制度规避的仅是自然人不当行为所致损害之风险。在法律行为并不损及自身利益的情况下,限制民事主体行为的自主能力可谓纯系于交易安全考虑。另一方面,尽管按照平等原则,所有自然人“都具有同等程度的法律行为能力”<sup>[23]</sup>,而意思能力的有无,只有结合当事人的具体行为进行判定方合乎实际;然为了交易安全及便捷计,法律以年龄和精神状况作为标准进行划一规定<sup>[24]</sup>,一体化地设定某种条件,规定达到条件者不能自己进行民事行为,恰恰是牺牲意思能力欠缺者的一种设计。二是两者指向不一样,行为能力指向法律行为的效力,主要用来判断行为人能否理解法律行为的意义及后果,采取或有或无的二元规制方式。监护则指向自然人个体,关心的是自然人是否因身体或精神健康原因无法照料自己的人身和财产权益,而自然人个体状况则是千差万别的。三是两者涉及的关系不一样。行为能力仅关注自然人的外部交易关系;而监护则不仅处理本人与第三人之间的关系,也处理仅涉及本人利益的事项<sup>[3]</sup>。

将监护与行为能力挂钩,使异质的两种制度几无差别地绑在一起,犹如在一个A型血的病人身体里输入B型血液,不可避免地产生变异和排斥。在把监护作为补足行为能力之手段的情况下,监护不可避免地行为能力所侵染和遮蔽,于功能上走向异化。

第一,监护由对本人的保护异化为对本人的限制。人是极为复杂的动物,同一个人在不同时期、不同境遇中会表现迥然有异的能力状况。在将监护与行为能力挂钩的情况下,监护的适用简化为自然人行为能力是否健全。自然人是否存在无法照料自身人身和财产权益的实际情况反而退至无关紧要的位置。监护与行为能力一起聚焦于外部关系而丧失对于监护人自身利益的关注,交易安全被摆在极为突出的位置。本人被简单化地看成意思能力欠缺、需由他人代理进行民事行为之人。至于意思能力欠缺之程度,残余意思能力的多寡则在所不问。只要是完全民事行为能力人,即便是像霍金一样身体残

疾、行动不能自理,保护自身人身财产权益存在严重障碍,亦无监护适用之空间,而只能通过委托合同成立债法上的债权债务关系;一个民事行为能力不健全之人,即便其法律行为无关交易安全,亦不得擅自为之,而只能由监护人代理进行。监护犹如套在本人身上的枷锁,强行切断了本人对外联系的通道,剥夺了本人进行法律行为解决自身需要的可能性,使其困在法律构成的茧房中不能脱困,监护的功能异化为对本人的限制。

第二,被监护人利益的丰富性被忽视。一是本人人身权益被忽视。作为民事主体,本人存在极为广泛的人身财产权益。人身财产权益是否得到重视,是本人能否切身享受制度关爱的前提。在意定监护中,人身照顾、医疗看护等一直都是重要内容。然而,尽管《民法典》第34条明文规定,监护人的职责是代理本人实施民事法律行为,保护本人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等,但由于行为能力制度主要是一种财产法上的制度,与行为能力挂钩的意定监护聚焦于禁止本人行使财产行为,过度注重本人财产权益而忽视其人身权益的缺陷十分明显。以致有学者认为,意定监护人不能对本人负有法定义务之外的赡养、扶助和保护义务<sup>[25]</sup>,保护本人的人身权利不适合于意定监护<sup>[26]</sup>。尽管在《民法典》允许从近亲属中选择监护人的情况下,认为法律已将本人人身权益从意定监护中排除的观点难以成立,但产生这一认识本身就说明了监护对于本人人身权益的忽视。二是本人无须进行代理的诸多财产事项成为被遗忘的角落。在将监护作为行为能力补正手段的情况下,代理在监护制度中具有核心的地位。此时,法律仅对焦法律行为的对外功能进行设计,为了保护交易安全区分情况设计效力规则。对于财产的维护、生活的日常处理等事务,则很难纳入考虑范围。

第三,被监护人对个人事务的自主权益被强行剥夺。一方面,每个人都不是完全理性的人<sup>[27]</sup>,许多精神健全者由于疾病等往往作出不理性的选择。同样,即便是精神病患者亦非时时处于精神不适状态,而是经常能作出维护自身利益的本能举措。比如拒绝把东西送给他人,不愿意让对其不好的人照顾自己等。心智障碍者不过是在信息的获得、认知和沟通上存在障碍而已,并不会丧失趋利避害的本能秉性。若能得到帮助,克服信息获得、认知和沟通上的障碍,照样能作出合乎理性的判断,对于随年龄增加而精神逐渐耗弱者尤其明显。然而,由于与行为能力挂钩,法律无视自然人意思能力的复杂性,简单化地将本人界定为民事行为能力不健全的人,并武断地认为其对所有事务丧失判别力,强行为其设置代理人,等同把被监护人的命运交与监护人。此时,监护人成为本人意志的替代决定者,而本人则被剥夺了决定自身人身、财产和治疗护理等事务的权利。法律忘记关爱、保护本人这一初心,走上了限制被监护人的异化之路。所谓意定监护,也只是在监护人选择上,增加了一点本人之选择权而已。

第四,被监护人丧失法律上的独立能力而托庇于监护人,法律地位实质性大幅降低。由于民事行为能力制度嫁接于监护制度,监护异化为褫夺心智障碍者民事行为能力的制度。法律既不问心智障碍的原因究系年纪衰老抑或精神疾病,亦无视心智障碍者实际判断能力,“透露出一种优先维护交易秩序、监护人的意思优先于被监护人的‘交易优先’和‘他治’式理念”<sup>[28]</sup>。监护人成为本人实质上的行为约束者和管理者<sup>[29]</sup>,本人则失去决定自身事务的基本自由,而不得不仰仗和依赖监护人鼻息生活。监护人与被监护人之法律待遇宛若云泥,监护制度一方面使本人演变成“与死人相差无几”之“剥夺公民权利最彻底的民事惩罚制度”<sup>[30]</sup>;另一方面造就了一个凌驾于本人之上,几乎全面掌控本人命运之无比强势的监护人。这与联合国《残疾人公约》第12条关于残疾人法律人格须获承认,缔约国应采取措为残疾人行使权利提供便利之规定明显不一致,与加强残疾人保护的国际趋势形成鲜明差别。

监护制度从禁治产理论衍生出来,与行为能力紧密联系。但只要将监护定位为行为能力补正手段,就不可避免地存在功能异化问题。此种功能异化,在意定监护情况下体现得尤其明显:意定监护适用于成年人。相对于懵懂无知的未成年人,成年人有丰富的阅历,处理问题的自主性更强。自然人在年

迈情况下意识能力的消减是一个长期渐变的过程,从完全自理、基本自理、不能完全自理、基本不能自理到完全不能自理的过程极其漫长,唯在完全不能自理的极端情况下才丧失基本的意识能力。通常情况下,是随着年龄的增长身体机能逐渐衰退,意识能力在下降通道中悄无声息地衰减,表现为记忆力衰退、智力退化、分辨能力下降,控制情绪能力降低等<sup>[31]</sup>。即便因疾病等难以自理,亦不意味着全然丧失事务判断及自我保护能力。精神病患者也有精神正常之时,意识不清醒者亦有清醒时刻。民事行为能力健全与否在个案判断中有时仅是毫厘之差。意识能力健全之时就事事皆行,不健全之时则诸事不可,这意味着全然不顾当事人残存意志情况,一律以抑制行为能力的方式进行一刀切的处理。基于此种脱离实际的空幻想象进行的处置明显偏离实际,经常造成歧视性后果<sup>[24]</sup>。

法是规范社会主体实现利益的过程和行为的重要工具<sup>[32]</sup>。《民法典》引入意定监护,本是通过承认本人对于重大事务的自我决定权,维护民事主体意思自治的权利,据以克服整齐划一之法定监护的不足。在老龄化不断加剧、老年人口占比不断提升、虽然意思能力健全(或部分健全)但又需要寻求他人帮助之高龄老人越来越多的情况下,对于提升老年人福祉尤其具有积极意义。但由于与行为能力挂钩,意定监护困顿于选择监护人的偏狭视角。监护之启动依赖于人民法院对于自然人行为能力瑕疵之认定,不仅适用范围极其狭窄,而且统一以替代本人进行决策的单一方式处理事务。意定监护相当程度上丧失了对于法定监护纠偏的功能,而沾染上与法定监护同样的缺陷,其价值也就不可避免地大幅减损。

得益于学界对于监护进行改革的持续呼吁,《民法典》编纂之时,立法者意识到将监护与行为能力挂钩之不足,采取了种种措施予以补救。其一,保留《民法通则》对于不健全之民事行为能力进行分层的做法,将其分为限制民事行为能力和无民事行为能力。允许限制民事行为能力人在意思能力范围内自主进行民事行为,即便超出意思能力进行的行为,经监护人同意亦得有效。因之事实上缩小了由监护人替代进行民事行为的范围。其二,明确规定监护人在保护本人的人身、财产权利以及其他合法权益等方面的广泛职责。为了克服监护重视民事行为的代理,而忽视对于本人的关爱之缺陷,《民法典》第34条明确规定,除了代理进行民事行为,保护本人的人身、财产权益及其他合法权益亦是监护人的重要职责。其三,在“最有利于本人”原则之外,引入“最大程度地尊重本人的真实意愿”原则,作为监护人履行职责时的基本原则,防止监护人仅依据个人主观判断进行决策,形成对于本人意志的遮蔽,以致“造成被监护人的羞耻感、低自尊、生活被控制等负面影响,给其带来伤害”<sup>[17]</sup>。其四,增加撤销监护资格制度。明确监护人具有实施严重损害被监护人身心健康的行为、怠于履行监护职责导致被监护人处于危困状态、实施严重侵害被监护人合法权益的行为等情节时,有关组织和个人可以申请撤销其监护资格,以保护被监护人合法权益。

然而,在未能实现与行为能力脱钩的情况下,这些举措并不能根本扭转意定监护的功能异化问题。其一,限制民事行为能力制度绝非如学者所言,“相当于其他法域中的成年辅助制度”<sup>[1]</sup>。辅助与替代决定存在理念上的根本差异。成年辅助关系是由本人主导的关系,在辅助决定中,辅佐人处于辅佐、协助的地位,本人才是决策的最终作出者;而在替代决定中,监护人处于主导地位,监护人依据自己的意志进行决策。监护人决策时固然要尊重本人的真实意愿,但对于其认为超出本人意思能力范围,或明显不具合理性的意思,监护人有不予采纳。换言之,监护人才是决策的最终决定者。限制民事行为能力制度固然具有克服监护制度缺陷之一定作用,但极为有限。其二,由于行为能力是一项财产上的制度,故虽然规定了监护人保护本人人身、财产权益的职责,被监护人人身权益仍然极易被忽视。其三,已如前述,在决策由监护人主导的情况下,监护人否定本人意思必然是常态,“最大程度地尊重本人的真实意愿”原则必然要让位于“最有利于本人”这一基于监护人角度之原则。其四,撤销监护资格

制度有严格的事由限制,仅适用于监护人利用其有利地位侵害被监护人利益等特殊情形,且需满足严格的程序。

#### 四、法典实施背景下意定监护异化功能之回归

近年来,围绕意定监护回归被监护人关爱这一命题,学界提出了许多设想。这些设想以《民法典》的通过为分水岭,在目标和内容上迥然有异。在《民法典》编纂之时,以促进科学立法为目标,学界多主张区分监护和照护<sup>[33]</sup>,建立由自治型、协助型、替代型决策模式组成<sup>[3]</sup>,包含监护、保佐和辅助三个层级<sup>[34]</sup>,重视监护监督的多元意定监护制度<sup>[15]</sup>。《民法典》颁布之后,则以弥补意定监护制度的缺陷为目标,提出了诸如强化缔约资格、细化监护人条件等,形成体系化的意定监护规则<sup>[10]</sup>;对于监护人替代决定进行限制,使其限于穷尽所有手段都无法获知本人意愿与被监护人的决定可能致自己或他人严重后果等情形<sup>[35]</sup>;引入公权监督,通过公证机构和法院等加强对监护人的监督,以更好地维护被监护人利益等主张。

在《民法典》刚刚颁布实施,大规模的立法建构已经完成、短期内不宜启动法律修订的情况下,通过细化规则、强化监督等方式弥补既有规则的不足,明显具有合适性,但并不能根本上改变被监护人关爱不够的问题:强化监护人资格禁止规则,将存在重大利益冲突等明显不合适之人排除在适格监护人之外,确可一定程度上防范于未然,但只是对于监护人具有特别情事等极端情况之排除,并不具有普遍性意义;细化规则固可一定程度弥补现行意定监护规则之缺陷,但本质上只是既有规则上的小修小补,并不具有根本性意义;对于监护人替代决定权利进行限制,使其限于“无法获知本人意愿”和“被监护人决定可能致自己或他人严重后果”情况,可在一定程度上起到矫正作用,但除非对行为能力理论作颠覆性重构,否则此种解释明显有违法理。因为,若监护以被监护人不具备行为能力为条件,监护人替代决策也就势在必然;同样,由于《民法典》并未将监护监督列为意定监护生效的必备条件,监护监督发挥的作用必然有限。首先,就公证监督而言,虽然由于公证机构公信力和公证程序的便捷性,公证机构具有参与监督的天然便利,但公证机构监督以被监护人选定其作为监督人且明确授权为前提,而由于监督费用、民众意识、委托人财产规模等制约,我国民众委托公证机构进行监督的并不多。委托公证机构进行监督的人群,往往只是财力较为雄厚,且法律意识较为浓厚的部分人员。其次,就法院监督而言,法院固可成为被监护人权益之最后保障者,但基于不告不理的原则,基本不存在依职权主动进行常态化监督之可能。在案多人少已成困扰我国司法突出难题的情况下,期望法院发挥监督生力军的作用显是奢望。

既然意定监护的功能异化源自与行为能力的不适当牵扯,则从根本上解决其功能异化问题,仍需回归与行为能力之关系这一症结。正是基于此一认识,一些学说和实践尝试从行为能力认定角度寻找突破口。例如,有观点认为,可以对《民法典》第21条第1款作限缩解释,将“不能辨认”限缩解释为“完全不能辨认”;对第22条“与其智力、精神健康状况相适应”之规定作扩大解释,解释为“与正在实施的民事法律行为所需的智力和精神状况相适应”<sup>[36]</sup>。又如,在最早开展意定监护公证监督的上海市普陀区,公证机构通过审查医疗机构诊断报告或医疗鉴定报告,根据意定监护协议的约定作出证明监护人具有监护资格的公证文书之方式<sup>[3]</sup>,改变了单一由人民法院对自然人行为能力进行认定和宣告的做法。

前述观点和实践确有道理,但也存在明显缺陷。一方面,将《民法典》第22条解释为“与正在实施的民事法律行为所需的智力和精神状况相适应”,克服了整齐划一地看待缺陷民事行为能力人之缺陷;

将行为人置于进行民事行为时的具体环境,有利于对行为能力进行个性化判断,确有一定意义。另一方面,《民法典》第21条第1款应与第22条第1款结合起来理解。从体系解释的角度来看,在第22条第1款将不能完全辨认自己行为的成年人规定为限制民事行为能力人的情况下,第21条所指的“不能辨认自己行为”就是指“完全不能辨认”。将“不能辨认”解释为“完全不能辨认”难言限缩,不能说限缩了无民事行为能力人范围,因此也就谈不上对其进行了矫正。就公证探索来说,通过松动欠缺行为能力认定的条件和程序,以使意定监护更广泛地得到适用,达到在监护人选择和监护启动等方面更广泛地尊重自然人自主意思之目的,这一初衷值得肯定。但问题在于,行为能力欠缺宣告是影响极其重大的事情,对自然人权利之克减和法律地位的负面影响不言而喻,故应慎之又慎。法律之所以就行为能力欠缺设定法院认定和宣告程序,就在于通过严把认定关,防止形成对自然人权益之不当克减。希望通过松动行为能力认定的条件和程序达到意定监护扩展之目的,无异于饮鸩止渴。而且,公证机构虽然没有明确就自然人行为能力进行认定,但在未获法律授权情况下自行出具具有监护资格的文书,无疑对于人民法院认定和宣告自然人行为能力的专属权力构成严重挑战。

若转换解决问题的思路,则可以看到,通过对于《民法典》相关条文进行符合立法目的之扩大解释,解开意定监护功能异化之结,找寻在不违背基本法理基础下将意定监护与行为能力脱钩的办法,经由解释论路径重构行为能力与监护关系,是可以达到将意定监护与行为能力脱钩之目标的。

学界之所以将监护与行为能力联系在一起,系由于《民法典》第28条(原《民法通则》第16条)和第33条。前者规定无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人由配偶、父母、子女,其他近亲属等按顺序担任监护人;后者规定具有完全民事行为能力的成年人,可以与他人协商,以书面形式确定自己的监护人,在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时,由该人履行监护职责。前述规定,若单纯从文义解释的角度,很容易得出监护以被监护人丧失行为能力为前提这一结论。

“法律解释必先由文义解释入手,且所作解释不能超过可能的文义。”<sup>[37]216</sup>作为最具基础性的法律解释方法,文义解释是法律解释的优先方法和首要原则,其在法律解释中的优位性为学界所普遍认可<sup>[38]</sup>。文义解释对于维护法律的尊严和稳定极为重要,若不能坚持从文义出发解释法律条文,则可能进入新的造法活动,损及法律权威。然而,文义解释并非万能,且本身亦存局限。文义解释容易拘泥于文字,对法律含义作机械式推演,导致误解或曲解法律真意。一方面,法律总是存在模糊之处;在此模糊之处,解释者须作划界及判断其属于界内或界外的工作,作利益衡量及目的解释<sup>[39]</sup>。另一方面,法解释本就承担着一定的创造性使命,在法律明显存在瑕疵,或显著滞后于时代的情况下,通过探寻规范目的阐释法律疑义,经由扩大和限缩解释解决法律条文文义过于狭窄或宽泛之不足,或者通过法律解释从法律外生活中发现活生生的法律加以补充,使法律适应社会的需求也就有了现实基础。

具体就意定监护而言,首先,鉴于《民法典》立法数次启动又几度夭折的多舛历史,为使其能够顺利出台,《民法典》在一定程度上牺牲了其重大民事制度变革推动者的重任,有意识地对诸多民事制度变革进行了回避,对于一些尚存争议的新挑战并没有开出处方。这客观上决定了,创造性解释并不会因《民法典》出台而式微,而在相当长时期内仍然是中国特色民法解释学的重要使命。其次,解释法律应以贯彻、实践立法旨趣为基本任务。“立法趣旨之探求,是阐释法律疑义之钥匙”<sup>[37]229</sup>，“法解释学上的争论,不仅是关于真理的论争,而是价值观上的斗争”<sup>[37]174</sup>。监护虽既有监督又有保护之意,但监督只是为了更好地保护。意定监护之立法旨趣,即在于维护本人利益。民法的终极价值是对人的关怀,民法的最高目标就是服务于人格的尊严和人格发展<sup>[40]</sup>。既然将行为能力与监护挂钩,从法律上切断了本人行使民事权利的途径,导致形成监护人对本人决策权的全面替代,以致意定监护“非但没有协助其补足能力以融入社会交往,反而将其与社会交往隔离开来”<sup>[14]</sup>,则通过目的解释将二者脱钩,使其



回归本人利益保护这一立法目的也就理所应当。最后,虽然我国行为能力制度受到了大陆法上禁治产制度的影响,但毕竟没有明确规定禁治产制度。在德日等国出于被监护人利益保护目的纷纷废止禁治产制度的背景下,通过法解释将监护与行为能力脱钩,是适应更加重视人权保护的新形势,较小成本摆脱禁治产理念束缚的有效手段。

显然,唯有将《民法典》第28条和第33条解释为自然人丧失或者部分丧失行为能力时监护设置的法定性安排,方不至于违背本人利益保护这一立法目的。故此,可对《民法典》第28条和第33条作目的性限缩,将其限于自然人行为能力欠缺情况下监护的适用。至于自然人行为能力非欠缺时的监护,则视为一个立法未予规定之悬而未决的问题,通过运用民事基本法理和适用民法基本原则,利用释教法解释的创造性功能予以解决。

实践中,当存在立法漏洞时,民法基本原则可以发挥漏洞填补作用,此已是学界共识。民法基本原则“并非可直接适用于具体个案的规则,毋宁为一种指导思想”<sup>[41]</sup>。民法作为市民社会基本法,奉意思自治为圭臬。依据意思自治原则,民事主体具有广泛的行为自由,可以在法律允许的范围内,自由进行民事活动。民法最重要的使命,就是确认并保障民事主体自由的实现<sup>[42]</sup>。民事主体只要没有受强制性规范中的禁止性规定限制,即可“任其安排自己的生活、处理自己的事务、追求自己的利益”<sup>[43]</sup>。民事主体授权他人代为看护、照顾,提供协助,系权利之正常行使,亦是意思自治的当然含义。自然人为维持正常生活,委托他人在自己遭遇困难之时进行照顾,给予帮助,或提供协助,甚至施加某种监督,实属私事。故成年人只要认为有必要,任何时候均可委托他人为自己提供照护和帮助,代为(或协助)进行决策。唯此时的监护职责非由法律规定,而是基于委托人的授权。

在承认具有民事行为能力之自然人得委托他人进行监护的情况下,监护人之职责不再由法律规定,而是由当事人约定并经本人授权。监护人地位也不再是全能的监督者和法律事务的替代决定者,而是类似于加拿大法上的共同决定人、日本法上的后见人、德国法上的照管人<sup>[3]</sup>。监护人不仅承担照顾本人生活、保护本人身体健康、保护和管理本人财产的责任而且是本人之保佐者和本人事务之辅助者。一方面,对于本人明显有违自身利益、危及交易安全的轻率或者自暴自弃的行为,监护人有按照约定和授权予以监督并采取措施纠正的权利。另一方面,更多的是帮助本人获得、分析和辨别相关信息,提出建议,协助本人形成决议。经此创造性解释之后,成年意定监护由两种形式构成:一是不以丧失或部分丧失行为能力为条件,监护职责经本人与监护人商定;二是以丧失或者部分丧失行为能力为条件,监护职责主要由法律规定。二者之不同,端在于在前者,意定监护之设立既包含监护人的选择,又包含监护内容的确定;在后者,监护职责系由法律规定之。其中,未丧失行为能力之意定监护为常态,可以广泛适用于行动不便、生理机能日渐褪化的老年人等群体;丧失或部分丧失民事行为能力之意定监护则是非常态,仅在自然人丧失或部分丧失民事行为能力的极端情况下适用。如此解释,既遵从了意思自治的基本原则,从根本上维护了被监护人利益,又维护了《民法典》的稳定。

在做如此解释的情况下,有三个问题值得深入探讨:一是意定监护与委托合同之关系;二是意定监护的扩展与委托人自治空间之关系,即意定监护的扩展是否会使委托人自治空间受限;三是意定监护秉持的原则。

就意定监护与委托合同之关系而言。意定监护设立行为既包含委托这一内部基础关系,也包含代理这一外部关系<sup>[44]</sup>。意定监护基础关系与普通委托合同难以区分是众所周知的事实。在自然人不丧失行为能力而成立意定监护的情况下,二者如何区分的疑问更加引人关注。监护人不同于一般接受委托事务人之处在于,监护人既有对本人人身、财产和合法权益之保护与管理责任,又需接受本人的监督和约束,同时还受到法律的广泛制约。具言之,意定监护和普通委托在下述方面存在明显不同。首

先,意定监护和普通委托的性质和内容不同。意定监护是有关人身性质的,意定监护中的委托协议主要是身份性质的;而委托合同则是财产性质的,并不包含身份性事务。其次,法律的干预不同。即便不以丧失或部分丧失行为能力为条件,意定监护中被监护人处于行动不便之弱势地位总是事实,故法律为保护被监护人利益对监护人施加了诸多限制;而委托合同当事人是完全平等的,法律更尊重当事人的意思自治。最后,是否享有任意解除权不同。按照《民法典》第933条的规定,委托合同双方均享有任意解除权。但在意定监护中,为维护被监护人利益,监护人并不享有任意解除权。

关于意定监护的扩展与委托人自治空间的兼容性问题。首先,承认具有民事行为能力之自然人委托他人进行监护的权利,是正视自然人自治意思之表现。依此自治意思,自然人既可基于委托意愿而设立意定监护,也可基于撤销意愿而撤销监护。其次,意定监护之目的,是协助、保护被监护人,使存在身心障碍、生活不便之自然人能更便捷地生活。监护人即便可对被监护人进行一些限制,亦系遵从被监护人事前明确意愿、基于被监护人之授权进行,系为了被监护人之根本利益为之,根本上受监护人意志的制约,因而并不会对被监护人意志构成限制。

关于意定监护秉持的原则问题。如前所述,相当多学者以有利与否系监护人单方面判断,没有考虑被监护人意思为由,极力主张优先适用“尊重本人意思”原则,而否认最有利于保护被监护人原则的合理性。诚然,相对于第三人,本人通常才是自己利益的直接感受者和最佳保障者。即便是存在精神障碍、心智失常及辨识能力不足者,亦存在维护自身利益的本能和意识。从这一意义而言,优先适用“尊重本人意思”原则是有道理的。在医疗决定之类与本人感受关系密切、本人事先又留有遗嘱的事务中,“尊重本人意思”尤其具有必要。但不区分事务性质和被监护人意思能力,笼统地以所谓“尊重本人的自我决定权”等似是而非的理由,一概主张优先适用“尊重本人意思”原则,明显缺乏合理性。众所周知,精神病患者的行为并非总是合乎理性,有时即便其明知有害仍然控制不住做出损及自身和他人利益的行为,自残症患者即属此例。设置监护正是为了防止类似情况发生。在这里,法律体现的是对人的终极关怀。不问行为合理与否,一概遵循所谓被监护人意思,等于放任行为人自我沉沦。以所谓“保护本人自我决定权”为由,任由无意思能力者作出导致自身损害的决定,是一种漠不关心的冷血处理方式。形式上体现了对人权的尊重,本质上恰恰是对于人权的漠视。正如自然人虽享有生命权,但轻生即便系其真实意愿仍应被阻止一样,当自然人精神障碍致不能正确辨别或控制行为后果时,监护人出于被监护人利益而替代本人作出决定并无不妥。现代个人主义基于对他人干涉的反感,而对法律父爱主义持抵触态度。然而,法律父爱主义虽时常呈现过犹不及的状态,但亦并非一无是处,在监护制度中即有发挥作用之充分必要。因而,究应优先适用何种原则,关键在于意定监护之类型及被监护人意思能力。

在被监护人自身具有行为能力的情况下,监护之行使首先需尊重被监护人的真实意愿,其次才考虑最有利于被监护人原则。原因在于,本人虽可能存在种种不便,但并没丧失对于民事行为性质和后果的判断能力。较之他人,本人更能判别哪些决定对自己有利、哪些决定对自己不利。监护人承担信息提供者、分析者、辨别者和重大问题协商者而非事务替代决策者的角色更有利于维护本人利益。在以丧失或者部分丧失行为能力为意定监护条件的情况下,若被监护人只是部分丧失行为能力,则本人虽可能在获取信息、分析和辨别信息时存在障碍,但并非不具有足够能力判别行为之性质与后果。因而,监护人首先应尊重被监护人真实意愿,避免以监护人判断取代被监护人判断。唯在本人之决定超出能力范围,明显有违常识,且可能造成本人或者他人重大损失的情况下,方可基于监护人判断而取代本人意思、径行作出其他决定。若被监护人完全丧失行为能力,则由于本人已丧失基本的判断能力,需以监护人之理性弥补被监护人意思能力之不足,故应优先考虑最有利于被监护人原则。在进行合理

性判断的基础上,再考虑应否尊重被监护人真实意愿。

#### 参考文献:

- [1]薛军.中国法上的行为能力宣告:制度内涵与解释论重塑[J].学术月刊,2019(12):95-105.
- [2]李贝.统一规则模式下监护制度的不足与完善——立基于《民法总则》的评议[J].法律科学,2019(2):107-116.
- [3]彭诚信,李贝.现代监护理念下监护与行为能力关系的重构[J].法学研究,2019(4):61-81.
- [4]张继承.成年人监护与行为能力欠缺宣告制度关系谈[J].政法论丛,2007(6):38-41.
- [5]杨震.民法总则“自然人”立法研究[J].法学家,2016(5):20-33.
- [6]朱广新.民事行为能力制度的体系性解读[J].中外法学,2017(3):590-608.
- [7]常鹏翱.意思能力、行为能力与意思自治[J].法学,2019(3):106-117.
- [8]魏振瀛.民法[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2017:59-60.
- [9]董学立.民事行为能力制度重构[J].河北法学,2007(11):75-78.
- [10]费安玲.我国民法典中的成年人自主监护:理念与规则[J].中国法学,2019(4):106-127.
- [11]张保红.权利能力的双重角色困境与主体资格制度重构[J].法学家,2014(2):12-29.
- [12]朱广新.民事行为能力制度的立法完善——以《中华人民共和国民法总则(草案)》为分析对象[J].当代法学,2016(6):3-14.
- [13]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[J].法律科学,2017(3):131-140.
- [14]杜生一.成年监护决定范式的现代转型:从替代到协助[J].北方法学,2018(6):136-147.
- [15]李霞.成年监护制度的现代转向[J].中国法学,2015(2):199-219.
- [16]刘耀东.论无民事行为能力人实施民事法律行为的效力——基于“立法论”与“解释论”的二元视角[J].北方法学,2019(6):5-16.
- [17]李霞,左君超.《民法典》成年监护制度的进步及展望[J].中华女子学院学报,2020(4):6-13.
- [18]桑德罗·斯奇巴尼.罗马法民法大全翻译系列:婚姻、家庭和遗产继承[M].费安玲,译.北京:中国政法大学出版社,2001:151.
- [19]周相.罗马法原论:上册[M].北京:商务印书馆,1994:260.
- [20]巴里·尼古拉斯.罗马法概论[M].黄风,译.北京:法律出版社,2004:97.
- [21]ANNE L T. Introduction Historique au Droit des Personnes et de la Famille[M]. Paris: Press Universitaires de France, 1996:403-404.
- [22]FROLIK L A. Promoting Judicial Acceptance and Use of Limited Guardianship[J]. Stetson Law Review, 2002, 31(3):735-755.
- [23]迪特尔·施瓦布.民法导论[M].郑冲,译.北京:法律出版社,2006:119.
- [24]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,2000:409-419.
- [25]李洪祥.论成年监护制度研究存在的若干误区[J].政法论丛,2017(2):94-101.
- [26]李国强.成年意定监护法律关系的解释——以《民法总则》第33条为解释对象[J].现代法学,2018(5):182-193.
- [27]玛莎·法曼.自治的神话:依赖性理论[M].李霞,译.北京:中国政法大学出版社,2014:12.
- [28]李霞.意定监护制度论纲[J].法学,2011(4):118-128.
- [29]朱涛.自然人行为能力制度研究[M].北京:法律出版社,2011:216.
- [30]GOSTIN L O, GARSIA A. Governing for Health as the World Grows Older: Healthy Lifespans in Aging Societies[J]. The Elder Law Journal, 2014, 22(1):111-140.
- [31]李光宇,张文显.我国限制行为能力制度存在的问题和反思[J].社会科学战线,2015(8):215-223.
- [32]郑政,常安.新时代背景下法的价值重解及其治理启示[J].浙江工商大学学报,2021(3):52-62.
- [33]王丽萍.我国老龄化社会中监护与照护制度的重构[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2014(5):48-54.

- [34]焦富民.民法总则编纂视野中的成年监护制度[J].政法论丛,2015(6):21-29.
- [35]董思远.协助决定范式下意定监护制度改革新路径[J].河北法学,2022(3):112-133.
- [36]陈嘉白.协助决定对监护制度的矫变与重塑[J].华东政法大学学报,2021(5):125-137.
- [37]梁慧星.民法解释学[M].北京:法律出版社,2015:216.
- [38]魏至勋.文义解释在法律解释方法中的优位性及其限度[J].求是学刊,2014(4):95-102.
- [39]杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,2013:93-94.
- [40]王利明.民法的人文关怀[J].中国社会科学,2011(4):149-165.
- [41]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003:293.
- [42]王轶.论民法诸项基本原则及其关系[J].杭州师范大学学报(哲学社会科学版),2013(3):91-97.
- [43]易军.“法不禁止皆自由”的私法精义[J].中国社会科学,2014(4):121-142.
- [44]刘征峰.意定监护中的基础关系与授权关系[J].法商研究,2022(5):187-200.

## Correction of the Intentional Guardianship Functional Alienation in the Context of Civil Code

LU Xiaoming

(*Institute of Rule of Law and Economic Development,  
Guangdong University of Finance and Economics, Guangzhou 510320, China*)

**Abstract:** The civil law of our country regards guardianship only as a means to supplement the behavioral ability of natural person, which causes guardianship to be affected and covered. The function of guardianship changes also from care to restriction. The law deprives the guardian users of the right of self-determination to carry out civil acts, so that they have to be restricted by the guardian. The introduction of intentional guardianship in the Civil Code is intended to overcome the disadvantages of unified provisions of the law. However, due to the link with behavioral ability, intentional guardianship is subject to the narrow perspective of guardians' choice, which greatly reduces the role of functional correction. In order to solve the problem of alienation of intentional guardianship, it is necessary to find a way to decouple intentional guardianship from behavior ability without violating the basic legal principle. Through the purpose explanation in Articles 28 and 33 of the Civil Code, it is a feasible way to make the intentional guardianship return to the legislative purpose of personal interest protection.

**Key words:** intentional guardianship; behavioral ability; functional alienation; correction



(责任编辑 张伟 郑英龙)