

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

李 霞*

内容提要：承认心智残疾人有民事行为能力的协助决定制度，与传统民法否认心智残疾人的民事行为能力的替代决定制度根本不同。协助决定制度作为 21 世纪的新制度，广泛应用于两大法系的立法和实践中且获得了积极的效果。我国民间和司法实践也较为丰富。藉民法典编纂之机，监护应作为一章增设婚姻家庭编草案收养章之后，区分儿童监护和成年监护，成年监护又区分监护和协助。成年监护之监护一节应增设最后监护原则和最小监护原则，明确监护和协助的适用顺序，从而逐步架空完全监护的适用并为其废除做准备；应赋予残疾人诉权以保障本人的程序参与；应增加“尊重本人自我决定”作为监护人执行职务的标准；应新设特定监护措施。协助一节应对民法总则第 33 条进行规范续造，增设持续性代理协议和医疗预先指示的规定。

关键词：成年监护 协助决定 替代决定 行为能力 婚姻家庭编

承认心智残疾人有民事行为能力的协助决定制度，是为响应联合国《残疾人权利公约》〔1〕第 12 条的新范式、回避成年监护的适用并迎合人类老化的制度需求而出现的新制度，其理念是使残疾人在他人的帮助下自主作出决定，从而维护其人格尊严与自由。批准了该《公约》的国家，都在尝试制度建构，用协助决定逐步取代成年监护替代决定。但是，我国已经实施的民法总则规定的成年监护制度，以及分散在婚姻家庭、继承、收养、民事诉讼、老年人权益保障、残疾人保障、〔2〕精神卫生等系列法律法规中的行为能力和成年监护制

* 华东政法大学教授。

本文系国家社科基金项目“老年人意定监护制度研究”（17BFX211）和司法部国家法治与法学理论研究项目“民法典·老龄监护措施替代机制研究”（16SFB2032）的阶段性成果。

〔1〕 <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html#Fulltext>. 截至 2018 年 11 月，包括中国在内的 177 个国家批准或加入了联合国《残疾人权利公约》。中国还是《公约》最早的 20 个签署国之一。

〔2〕 目前，“残障”是学界和残障人组织希望倡导的叫法，主要针对国内的残疾人保障法。

度，则与协助决定相去甚远，明显存在缺陷，有续法再造的必要。当前正逢编纂民法典各分编的关键阶段，为将改良后的成年监护和协助决定制度增设在民法典婚姻家庭编提供了可能和良机。本文尝试就婚姻家庭编中成年监护的改良和协助决定制度的增设提出建议。

一、协助决定与成年监护替代决定

协助决定制度〔3〕尽管在我国是个新概念，但它在全球诸国家已经运行二十多年，是一项具有开创性的新制度。〔4〕

（一）协助决定制度与替代决定制度辨析

民法上的协助决定，是指成年人通过与他人订立一系列的民事协议、民事关系、民事实践或者民事安排等形式，使其在处于认知障碍时（如精神、心智、老龄痴呆即心智障碍），能够在得到他人的协助支持下表达自己的意愿，自主作出决定，包括日常生活决定、医疗救治决定及财产管理决定，并就这些决定与他人进行沟通，而他人不能替代本人的自我决定。协助决定自诞生时起，就是为了替代监护制度的适用，从而克服成年监护对精神的、心智的残疾人和老龄痴呆者的民事权利之实现上设置的障碍。

协助决定制度与替代决定制度相对立。替代决定制度的主要形式是监护、保佐等。监护和保佐等通常采取代理权、同意权、撤销权、财产管理权等对被监护人（本人）的事务代为或代受意思表示的方式保护被监护人（本人）的利益，因而被称为替代决定制度。其中，具有上述所有权限的称为完全（全面）监护，有部分权限的为部分（有限）监护或保佐等。

替代决定制度都有如下共同特征：（1）否定某人的行为能力，即便只是针对某一项事务作出决定的行为能力。（2）任命由本人以外的另外一个人作为替代决定者，而这有可能是违反本人意愿的。（3）替代决定者的任何一项决定的依据是据称的本人的“最大利益”，而非本人的意愿和选择。〔5〕

成年监护制度的潜在使用者是罹患精神疾病、心（理）智力迟滞和痴呆的成年人，有时候含肢体和感官盲聋哑等残疾人，在联合国《残疾人权利公约》中，统称残疾人。〔6〕其中，通常意义上的成年监护的被监护者，是《公约》所指的精神、心（理）智残疾人和痴

〔3〕 联合国《残疾人权利公约》的中译本将其译为“行使其法律能力时可能需要的协助”，而残疾人权利委员会第十一届会议给出的旨在解释《残疾人权利公约》第12条的《第1号一般性意见（2014年）》（https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1）的中译本使用“协助”及“辅助”来翻译 support，同时残疾人权利委员会《委员会第八届会议（2012年）就中国初次报告通过的结论性意见》（中文）（<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhSrBkvDLHrFFq8wSOe2z9g3jLWXscOK3cW%2bh6NEqWxDjRLAKgX49CP9xOmOS0nj0fJHnv%2b1SI4%2fKzMuyj25QwQmADAMX0tm9ekwKTnm2meQYw>）及《第1号一般性意见（2014年）》中均使用了“协助决定制度”一词，是目前学术讨论中常用的与 support in exercising legal capacity 通用的术语。下文将使用“协助决定制度”或“协助”两种表述。

〔4〕 See Kristin Booth Glen, *Piloting Personhood: Reflections from the First Year of a Supported Decision-Making Project*, 39 *Cardozo Law Review* 502.

〔5〕 前引〔3〕，《第1号一般性意见（2014年）》，第27自然段。

〔6〕 联合国《残疾人权利公约》第1条规定：“本公约的宗旨是促进、保护和确保所有残疾人充分和平等地享有一切人权和基本自由，并促进对残疾人固有尊严的尊重。残疾人包括肢体、精神、智力或感官有长期损伤的人，这些损伤与各种障碍相互作用，可能阻碍残疾人在与他人平等的基础上充分和切实地参与社会。”

呆老者。〔7〕这三类人同属认知功能受到损伤从而影响到其意思的形成、判断或者表达。显然，心智残疾人或者认知障碍者与民法成年监护的被监护者系同类人，故下文也使用“心智残疾人（或认知障碍者）”这一概念。〔8〕

较早开始协助决定实践和理论研究的加拿大生活社区协会（Canadian Association for Community Living）副主席迈克尔·巴赫总结了协助决定的三个共同点：（1）它们都基于这样一套原则：强调残疾人的自主权，推定其有行为能力，和其他人一样有权自己作出决定。（2）尊重个人意愿是协助决定的基础，并且接受协助并不意味着剥夺或否认个人决定权。（3）承认残疾人在决定过程中经常需要协助，如翻译、辅助沟通、协助技术以及浅白的语言等。〔9〕美国学者萨尔兹曼（Salzman）认为，协助决定应包含四个基本要素：（1）本人拥有法律能力。（2）协助关系由本人自愿建立且可以随时终止。（3）本人始终参与决定过程。（4）本人受协助下作出的决定具有法律效力。〔10〕根据欧洲心智障碍者人权融合组织（Inclusion Europe）的界定，协助决定制度包含八个核心要素：（1）支持和协助自我支持（self-advocacy）。（2）将传统的监护制度替换为协助决定。（3）运用社会主流方式保护当事人的最大利益。协助的可获得性和便利（accessibility and accommodation）非常重要。（4）协助自主决定。（5）协助者的确定与注册。法律体系中需要有一套注册制度以确保与残疾人订立合同的协助者是经过残疾人（本人）授权予以协助的。（6）消除沟通障碍。在必要时必须使用辅助性和替代性的沟通方式。（7）防止和处理协助者与被协助者之间的冲突。（8）采取保障措施，确保提供的支持与需求之间是相称的。〔11〕

上述各国学者的阐述虽有差异，但都同意协助决定制度至少具备以下三个特征：（1）被协助者（心智残疾人）本人的行为能力始终得到法律承认，这不同于监护制度将本人的决定权全部交于监护人行使的情形。（2）本人始终是决定者且处于决定的核心，其他协助人只是提供辅佐而不具有决定权。协助决定制度是在协助者的支援或协助下，由被协助者本人对自己的事务作出决定，这不同于替代决定中以其他人（监护人）为心智残疾人作出决定的监护制度。（3）协助决定制度下的决定完全尊重本人的意愿和选择，即使无法确定本人的意愿和选择，也必须在最大程度上符合，这不同于替代决定制度中遵循的“本人最大利益”原则。〔12〕

至于协助决定的具体协助形式，目前在各国运行得较为成熟的包括持续性代理权委托协议（durable power of attorney）、医疗预先指示（advanced directives）、生前预嘱（living will）、医疗代理（health care proxies）等，还有诸如亲友协助（natural supports）协议、代表

〔7〕在临床医学上，痴呆与智力心理残疾人同属于认知功能受损，被归为心智残障或认知障碍。

〔8〕感官肢体残障对意思决定能力造成的损伤，随着科技发展和科技手段的运用是可以克服的障碍，而精神或心智残疾人却没有科技手段加以克服的可能性，从而可能成为最后且唯一的残障。

〔9〕Michael Bach, *Securing Self-Determination: Building the Agenda in Canada*, reprinted with permission from the TASH Newsletter, June/July, 1998, pp. 8-10, <https://eric.ed.gov/?id=ED429404>.

〔10〕Leslie Salzman, *Guardianship for Persons with Mental Illness-A Legal and Appropriate Alternative*, 4 Saint Louis University Journal of Health Law & Policy 306-307 (2011).

〔11〕Inclusion Europe's Position about the proposed European Accessibility Act, Brussels, 25 January, 2016, http://inclusion-europe.eu/wp-content/uploads/2015/03/2.3.1.EAA_final.pdf.

〔12〕Robert Dinerstein, *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making*, 19 (2) Human Rights Brief 8-12 (2012).

人协助 (representatives supports) 等。^[13]

总体来看, 协助决定在各国得到了肯定与支持。研究证明, 与监护相比, 协助决定会对残疾人的心理产生积极影响。传统监护模式中, 残疾人因没有机会参与决定过程, 从而产生其权利被剥夺、其生活被控制等负面心理。^[14] 而残疾人在协助者的支持帮助下参与决策过程, 则可以弥补这种缺陷。^[15] 协助决定至少使残疾人在某种程度上参与决策过程, 对与其相关的事项作出决定, 由此可以减轻或消除残疾人的羞耻感及他人的负面态度。哈里森 (Harrison) 的研究发现, 残疾人每周与协助者的谈话越多涉及到决定内容, 残疾人的认知活跃程度越高, 对其健康的影响就越好。^[16] 此外, 协助决定关系提高了残疾人与他人交往的愿望, 这对残疾人的心理健康是极为有益的。^[17]

综上可见, 监护替代决定与协助决定是两个根本不同的制度。简而言之, 监护是“否认心智残疾人行为能力的替代决定”, 协助是“始终承认心智残疾人行为能力的协助决定”。当下, 国内有观点将协助决定制度看作监护制度的一种,^[18] 这是一种误解。协助决定制度是一种新的法律制度。

(二) 民法总则之成年监护仍属替代决定制度

民法总则通过 17 个条文确立的监护体系, 基本上承袭的是被大陆法系陆续废弃的禁治产 (无行为能力) 监护制度,^[19] 延续了典型的替代决定制度, 具备其所有特征:

第一, 民法总则第 21 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”、第 23 条“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人”的规定, 均表明民法总则规定的监护制度, 仍是以“否定或限制一个人的行为能力”为前提的。

第二, 替代本人决定。一个人一旦处于监护之下, 其监护 (代理) 人的候任者范围和顺序是“法律家父”无视本人的意愿来替代决定的。如民法总则第 28 条对候任监护人顺序的规定、第 31 条对监护人确定争议的规定等, 都排除了本人参与选择监护人的意愿和机会。在监护事务上, 本人的财产管理、医疗救治以及人身照顾事务, 一概由监护人替代决定。监护人对本人的上述全部民事事务拥有代理权、同意权、撤销权、财产管理权。

第三, 尊重被监护人本人意愿的前提不具备。民法总则在第 30 条、第 35 条出现了“应当尊重被监护人的真实意愿”、“应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿”的表述, 但这两个规范的前提都是同一个: 先行否定残疾人的行为能力。从民法总则第 18 条至第 22 条规定无行为能力和限制行为能力两种类型、第 24 条承袭民法通则第 19 条之行为能力宣告制度、第

[13] A. Frank Johns, *Person-Centered Guardianship and Supported Decision Making: An Assessment of Progress Made in Three Countries*, 9 *Journal of International Aging Law & Policy* 1 - 32 (2016).

[14] Pamela Teaster, *The Wards of Public Guardians: Voices of the Unbefriended*, 51 *Family Relations* 348 (2002).

[15] Robert M. Gordon, *The Emergence of Assisted (Supported) Decision-Making in the Canadian Law of Adult Guardianship and Substitute Decision-Making*, 23 *International Journal of Law and Psychiatry* 62 - 63 (2000).

[16] Wendy Harrison, *Representation Agreements in British Columbia: Who is Using Them and Why?* (unpublished M. A. thesis, Simon Fraser University, 2008), p. 77, <http://summit.sfu.ca/system/files/iritems1/9236/etd4249.pdf>.

[17] Sarah H. Ailey et al., *Evaluating an Interpersonal Model of Depression Among Adults with Down Syndrome*, 20 (3) *Research and Theory for Nursing Practice* 241 - 242 (2006).

[18] 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。

[19] 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 81 页以下。

28条将行为能力欠缺作为法定监护的开始要件来看,残疾人被否认或限制行为能力后,依然付诸监护。这与协助决定始终承认残疾人“有行为能力”有根本区别,故本质上仍是替代决定。在这种情况下,所谓尊重被监护人本人的真实意愿,也成了无源之水、无本之木。

在此需要讨论两个问题。其一,既然完全监护是替代决定,那么我国民法总则中存在部分监护吗?若存在部分监护,仍是替代决定吗?有观点认为,民法总则采无行为能力与限制行为能力的划分,尤其在限制行为能力层级中,个人可以依据其智力和精神状况处理相应的事务,实为部分监护。^[20]区分无行为能力与限制行为能力,有助于限制监护人替代决定的范围,将部分决定权还给本人,但是上述观点对替代决定的特征和部分监护的认识仍不到位。无论是完全监护还是部分监护,都是先否定一个人的全部或者部分行为能力,在被否定的范围内,个人都失去了自主决定权,而由监护人代为实施法律行为(替代决定)。因此,即便是部分监护,仍然属于替代决定。另外,我国的所谓部分监护,只是“可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”(民法总则第22条),这种部分监护的规定缺乏操作细则,易沦为具文。

其二,民法总则第33条是否属于协助决定?^[21]由于该条设计的生效要件是“丧失或者部分丧失行为能力”,故仍然是先否定一个人的法律能力。这与被协助者本人始终拥有法律能力之协助决定不同,显然还是替代决定。不过,该条又强调尊重本人自己选择监护(代理)人的意愿,透出了协助决定的曙光,对协助决定的诞生能够发挥积极推动作用。对此条加以细化,继而扩充其内容,作为一个条文规定在婚姻家庭编,仍属可行。

二、协助决定制度对成年监护制度的替代

协助决定制度是21世纪民法创设的一项新制度。协助决定逐步替代成年监护,符合联合国《残疾人权利公约》的理念原则,在制度层面上能够克服成年监护的弊端并满足老年认知障碍者的制度需求,具有正当性。

(一) 符合联合国《残疾人权利公约》的新范式

《公约》第12条“法律面前人人平等”,要求缔约国确保残疾人在法律面前的人格获得平等承认,并采取适当措施,必要的时候提供协助,以确保残疾人拥有与他人平等的法律能力。^[22]该条确定的对待心智残疾人法律能力的立法理念、原则和标准,标志着“范式

[20] 参见杨立新:《〈民法总则〉制定与我国监护制度之完善》,《法学家》2016年第1期,第95页以下。

[21] 民法总则第33条规定:“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事先协商,以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时,履行监护职责。”

[22] 《公约》第12条规定:“(1) 缔约国重申残疾人拥有在法律面前的人格在任何地方均获得承认的权利。(2) 缔约国应当确认残疾人在生活的各方面享有与他人平等的法律能力。(3) 缔约国应当采取适当措施,便利残疾人获得他们在行使其法律能力时需要的协助。(4) 缔约国应当确保,与实施法律能力有关的一切措施,均依照国际人权法提供适当和有效的防止滥用保障。这些保障应当确保与行使法律能力有关的措施尊重本人的意愿和选择,无利益冲突和不当影响,适应本人情况,适用时间尽可能短,并定期由一个有资格、独立、公正的当局或司法机构复核。提供的保障应当与这些措施影响个人权益的程度相称。(5) 在符合本条的规定的情况下,缔约国采取一切适当和有效的措施,确保残疾人享有拥有或继承财产的平等权利,掌管自己的财务,有平等机会获得银行贷款、抵押贷款和其他形式的金融信贷,并应当确保残疾人的财产不被任意剥夺。”

转变”。^[23] 新范式的理念旨在使心智残疾人在他人的支援协助下融入社会，从而自主决定和掌控个人生活。^[24] 与否认或限制心智残疾人的法律能力、将被监护人排除在自治以外的旧范式不同，新范式承认心智残疾人始终有法律能力，通过协助支持其行使法律能力以达到自治。新范式的三个原则如下：

第一，承认心智残疾人享有与其他人平等的法律能力（legal capacity）。这里的“法律能力”包括两个方面：拥有权利的能力和行使权利的能力，^[25] 即不仅指“权利能力”（capacity for rights），而且包含“行为能力”（capacity to act）。^[26] 法律能力的两个方面如同一个硬币的两面，是不可分的。^[27]

在我国现行法律体系中，并没有与“法律能力”完全对应的概念，但存在着“权利能力”和“行为能力”两个概念，故可以将“心智残疾人拥有法律能力”转化成民法的表述：心智残疾人拥有权利能力和行为能力。又因凡自然人在民法上皆有权利能力，故心智残疾人拥有法律能力的要义即为“心智残疾人拥有行为能力”。

第二，协助决定。虽然强调心智残疾人与其他人平等地“拥有行为能力”，然而倘若其实际上缺乏足够的意识决定能力，无法决定自己的事务，该怎么办？《公约》第12条第3款给出的答案并不是采用传统民法的成年监护制度，而是“缔约国应当采取适当措施，便利心智残疾人获得他们在行使其法律能力时可能需要的协助”。这里的“协助”（support）以及“协助决定”（Support Decision-making），共同标志着从监护替代决定到协助决定的“范式转变”。^[28] 新范式倡导以协助决定制度取代替代决定制度，要求废止成年监护（至少是完全监护）等法律和实践。^[29]

第三，“尊重残疾人的意愿和选择”，这是《公约》第12条第4款增加的具体协助规则，是为了更好地协助心智残疾人依其法律能力自主作出决定。

法律能力是一个人参与社会的闸门，但长久以来对心智残疾人关闭着。民法通常采取“否定或排除”的范式，设置标准定义精神、心智残疾人应当被否定或限制的那些行为能力，并进一步通过监护制度否定他们自主决定的机会。民法对心智残疾人的法律能力（行为能力）的否定，是针对心智残疾人设置的法律制度上的障碍及来自民法的歧视。

2007年，全国人大常委会毫无保留地批准我国加入《公约》，《公约》于2008年对我

[23] Shih-Ning Then, *Evolution and Innovation in Guardianship Laws: Assisted Decision-Making*, 35 Sydney Law Review 133 (2013).

[24] *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity: Advancing Substantive Equality for Persons with Disabilities through Law, Policy and Practice*, Commissioned by the Law Commission of Ontario, Prepared by Michael Bach & Lana Kerzner, October, 2010, p. 24, <https://www.mendeley.com/catalogue/new-paradigm-protecting-autonomy-right-legal-capacity/>.

[25] 前引 [3], 《第1号一般性意见（2014年）》，第13自然段。

[26] 前引 [12], Dinerstein 文, 第8页。

[27] 前引 [3], 《第1号一般性意见（2014年）》，第14自然段。

[28] Gerard Quinn, *Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, Harvard Law School, HPOD Conference, 2010. http://www.fedvol.ie/_fileupload/Research/NDE%20Reading%20Lists/Harvard%20Legal%20Capacity%20gq%20draft%20%20Gerard%20Quinn%20Feb%202010.pdf.

[29] 前引 [3], 《委员会第八届会议（2012年）就中国初次报告通过的结论性意见》，第21条。

国生效。^[30]中国基于缔约国的履约义务,应对与《公约》第12条相关的成年监护立法作出修改。而《公约》要求的承认心智残疾人拥有行为能力的原则,对我国民法总则的制度设计提出了严峻挑战。我国民事立法和司法实践恰恰是将精神和心智的残疾作为否定或者限制一个人行为能力的理由。例如,民法总则第21条、第22条、第24条中“不能辨认或不能完全辨认自己的行为”中的“不能辨认”,就是认知功能受损(精神和心智残疾)。即使删去了“精神病人”的表述,民法总则第24条仍然规定:法院认定恢复一个人的行为能力时,可以参考其智力和精神健康恢复的状况。

新范式则认为,“辨认自己的行为”这类心智能力与“法律能力”是两个不同的概念。^[31]心智能力是指“一个人的决定技能,因天生禀赋及许多不同因素包括环境和社会因素而异”。^[32]并且“心智能力的概念本身有很大争议。通常认为心智能力不是一个科学和自然发生的现象,心智能力依社会和政治环境而定”。^[33]因此,“精神病、心智不全、痴呆”这些歧视性标签不是法律否定一个人的部分或者全部法律能力的正当理由。^[34]

我国民法将“心智残疾”作为否定或限制一个成年人的法律能力(行为能力)的理由,貌似否定的仅仅是心智残疾人的民事行为能力,其实也侵犯了心智障碍者作为人的权利能力。民事权利能力和民事行为能力是不可分割的两个部分,否定或限制其中的任何一部分,都势必会克减另一部分。我国民法否定了心智残疾人的民事行为能力,其影响波及其他法律,^[35]以至于影响甚至侵犯了心智残疾人的民事权利能力,与新范式存在根本冲突。

(二) 监护制度对心智障碍者基本权利和自由的侵害

尽管监护制度已经运行得非常成熟,但其受到的质疑和批评却越来越多。监护领域一直是以替代决定作为指导思想的。替代决定理论认为,被监护人意思能力不完全(心智障碍)便不具备行为能力或者其行为能力应受到限制,其在相关范围内对相关事务无决定能力,决定权应由其监护人替代行使。监护人的替代决定能够保护被监护人,并实现被监护人的最大利益。但是监护实践表明,尽管监护制度旨在为残疾人提供保护,但是同时也可

[30] 参见全国人大内务司法委员会:《〈中国残疾人保障法〉立法后评估报告》,华夏出版社2012年版。2007年,全国人大常委会批准我国加入该《公约》。我国在2008年《公约》生效后积极履行义务,自觉履行每四年向公约委员会提交中国履约报告的义务,于2010年向公约委员会首次提交《关于中国履行〈公约〉情况的报告》,并于2012年收到《委员会第八届会议(2012年)就中国初次报告通过的结论性意见》。由于履约报告没有是否通过一说,上述《结论性意见》一般认为是代表了残疾人权利委员会对《公约》的权威解释,但并不具有国际法上的拘束力。

[31] 前引[3],《第1号一般性意见(2014年)》,第24条。

[32] 同上引意见,第13自然段。

[33] 同上引意见,第14自然段。

[34] 同上引意见,第26条。

[35] 我国民事诉讼法第57条规定,欠缺行为能力人不具有参与诉讼的能力。母婴保健法第19条规定,无行为能力人不具有实施终止妊娠或结扎手术等人身医疗事务的能力。广告法第33条规定,欠缺行为能力人不具有行使相应人格权利的能力。慈善法第16条第1款规定,欠缺行为能力人不能成为慈善机构负责人。民办教育促进法第10条规定,欠缺行为能力人不具备设立民办学校的能力。此外,若将考察范围再行扩大,行政诉讼法第30条及劳动争议调解仲裁法第25条统一限制了欠缺行为能力人的诉讼能力。依据公证法第20条、注册会计师法第13条第1款、律师法第7条第1款、执业医师法第15条第1款以及农民专业合作社法第19条,欠缺行为能力人不具备取得公证行业、会计师行业、律师行业、医师及农民专业合作社成员资格的能力。依据村民委员会组织法第18条、全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法第49条第7项,无行为能力人不具有行使相应政治权利的能力。

能对残疾人的民事权利造成侵害。

首先，监护不能有效地确保能力不同者作出的决定符合自己的意愿。立法技术简单地一刀切式的划分，错误地假设人的能力“要么全有要么全无”。心智残疾人只要在某一项事务或领域缺乏意思决定能力，就被法律推定为在所有事务或领域上都没有行为能力。^[36]完全监护在立法上忽略了以下两个普遍原理：一是“残疾人的意思能力，在不同时间和生活中的不同领域、不同环境中往往是有区别的，这一规律对所有正常人也同样适用”；^[37]二是“人的能力是有差异的，并且是随着诸多因素而变化的；每个人在实施每个法律行为时所需要的意思能力也是不同的”。^[38]在民法总则监护制度立法的背后暗含着这样的逻辑推理：只有理性的人才能够拥有行为能力并使其行为具有法律效力，心智障碍者不具有理性，所以应当限制甚至完全否定他们的行为能力后替代其作出决定。

但这种逻辑推理被现实生活所推翻。日常实际生活显示，大部分非残疾人（正常人）也不都是完全理性的，而民法和司法实践却并不因此就否定他们的行为能力。相反，当他们无能力作决定时，都能获得所需的协助，比如银行会为缺乏金融决定能力的客户提供理财顾问的协助；越来越多的商店允许顾客在一定期限内无条件退货（撤销法律行为）等。为什么同样不理性的心智障碍者反而得不到协助而是被替代决定呢？如何解释这些社会现实与立法上的悖离，是成年监护立法所无法解答的。因为旧监护法在很大程度上忽略了人的社会依赖性和脆弱性这一事实：每个人都不是完全理性的人。^[39]唯有协助决定制度揭示了这种日常生活的实际情况，并据此提出了新的制度解决方案。

其次，行为能力否定与监护互为因果，导致监护的过度介入和过度保护，使得被监护人的意愿得不到法律的认可和尊重。过度介入表现在，完全监护下的被监护人，在没有监护人替代决定的情况下不被允许参与社会生活，不被允许自己决定在哪里居住、和谁结婚、如何花钱、投票给谁、是否接受和放弃医疗等。被监护人的这些基本权利都因此被否定或限制。保护过度则表现在超过了制度目的，成年监护制度的设计主旨是“保护本人并兼顾交易安全”，但在实践中仅沦为保护交易安全的工具，颠倒了制度的价值序位。^[40]此外，以监护人为决定中心的本人最大利益原则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。已有大量案例表明，侵害被监护人的人身和财产利益时有发生。^[41]

再次，成年监护仅注重对本人财产利益的保护而忽略对人身权益的保护，人身依附于财产而存在，被监护人仅仅作为监护人的附庸而被动地行使自己的权利，其法律上的主体资格、人身权益被忽视。对人身的监护本应不同于对财产的监护，但成年监护将人身权益与财产利益的监护混为一谈。对于心智障碍者人身性事务的替代决定，其后果一般都是不可逆的，如代理被监护人与医院签订切除子宫手术的协议。一旦本人的人身权利交由他人

[36] Rebekah Diller, *Legal Capacity for All: Including Older Persons in the Shift from Adult Guardianship to Supported Decision-Making*, 43 *Fordham Urban Law Journal* 495-537 (2016).

[37] Terry Carney, *Clarifying, Operationalising, and Evaluating Supported Decision-Making Models*, 1 *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities* 46-50 (2014).

[38] 前引 [24], Law Commission of Ontario 文件, 第 49 页。

[39] [美] 玛莎·法曼:《自治的神话:依赖性理论》,李霞译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 12 页。

[40] 李霞:《成年监护制度的现代转向》,《中国法学》2015 年第 2 期,第 199 页以下。

[41] 前引 [13], Johns 文, 第 11 页以下。

行使造成严重后果,如本人被监护人代理离婚、收养等,即便监护人须承担侵权责任,给本人造成的损害已不可恢复。

完全监护在各国的运行实践中备受诟病,改良的呼声由来已久。在英国,有人认为其运行结果是宣告了一个人的“民事死亡”。^[42]在美国,监护被冠以“除死刑外最严酷的民事惩罚措施”之名。^[43]在爱尔兰,从“参与社会的角度看,被监护人实质上处于私法上的行尸走肉状态”。^[44]在德国,“这种一刀切的极端立法将所有精神心智残疾人置于监护下,剥夺了其自主参加任何民事活动的权利”。^[45]

自20世纪90年代起,不少国家的国内立法即陆续废除完全监护,因为人们愿意更多地使用部分监护。^[46]到了21世纪,协助决定制度的出现为法律能力立法与实践的改良提供了方案。

还需要阐明的是,进入21世纪以来,新范式反对包括完全监护和部分监护在内的一切形式的替代决定,但现阶段受到激烈反对的是完全监护而不是部分监护,^[47]反对的是针对成年人的完全监护,而不是对儿童的完全监护,反对成年监护混用未成年监护的法律家父范式,如监护人对儿童行使的财产管理权、惩戒权、住所指定权和教育权等。

(三) 协助决定能够满足老年人的制度需求

20世纪后半叶以来,发达国家无一例外地进入高龄化社会。人的老化令老年人的能力渐次衰退,限制了老年人处理日常生活事务的能力,并冲击着民法的行为能力、监护、代理、医疗行为、身体护理、住所、财产管理等制度。老年人与老人院、精神病院等就入住、安养护理和治疗等内容签订合同的需求骤增。以精神病人为主的传统成年监护制度在老年人权利的维护上显得力不从心。^[48]“在成年监护制定的当时,起草者不可能考虑到高龄化社会的到来,民法典规定的成年监护制度不包括对因年龄增大而判断能力衰退的老龄者的保护,因此,民法典已经不能调整这些问题了。”^[49]因而,整備适于高龄者的法律协助决定体系,便成为一项重要课题。当代协助决定制度的出现,就是为了使成年人在有能力时,依照自己的意愿预先决定和安排年老后决定能力残障时的民事生活。

[42] Gerard Quinn, *Civil Death: Rethinking the Foundations of Legal Personhood for Persons with a Disability*, 56 *Irish Jurist* 286-325 (2016).

[43] Congress of the U. S., Washington, D. C. House Select Committee on Aging, *Abuses in Guardianship of the Elderly and Infirm: A National Disgrace*, A Briefing by the Chairman of the Subcommittee on Health and Long-Term Care of the Select Committee on Aging. House of Representatives, One Hundredth Congress, First Session, Superintendent of Documents, Congressional Sales Office, U. S. Government Printing Office, Washington, D. C. 20402, 1988, p. 4, <https://eric.ed.gov/?id=ED297241>.

[44] The Law Reform Commission, *Consultation Paper on Vulnerable Adults and the Law: Capacity (LRC CP 37 - 2005)*, Ireland, May 2005, p. 12, http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cpCapacity.pdf.

[45] Mary Keys, *Legal Capacity Law Reform in Europe: An Urgent Challenge*, in Gerard Quinn & Lisa Waddington (eds.), *European Year Book of Disability Law*, Vol. 1, Intersentia, 2009, p. 66.

[46] 前引[12], Dinerstein文,第9页。

[47] 目前各缔约国的履约情况及学术讨论都表明,新范式立即引入国内法,势必对国内的相关法律造成颠覆性的影响。故新范式建议分时段推进,现阶段的要求是先废止完全监护,可以保留部分监护,但适用法律时部分监护让步于协助决定诸措施。

[48] Lawrence O. Gostin, Anna Garsia, *Governing for Health as The World Grows Older: Healthy Lifespans in Aging Societies*, 22 *Elder Law Journal* 111 (2014).

[49] 矶村保:《成年后见の多元化》,《民商法杂志(成年后见法改革特集)》2000年第4期,第476页。

目前,我国人口老化情势严峻,高龄人口数量骤增并不断攀升。我国2000年就已经迈入老龄化社会,且老年人群体远超精神病人群体,^[50]但行为能力的现有类型划分以及监护制度已不能对此作出适当应对,亟需通过制度创新来回应老年认知障碍者的制度需求。

三、全球协助决定立法和实践的转型经历

协助决定制度至今在全球已经运行了二十多年。下文以典型国家为例阐述两大法系的转型。

(一) 加、美、澳的法律实践

加拿大是协助决定的倡导者和先行者,其创造的概念、理念被很多国家所借鉴。加拿大的协助决定不是为了落实联合国《残疾人权利公约》第12条而被引入的,相反,其为《公约》的出台提供了实践经验,输送了核心价值。^[51]

大约在20世纪70年代,协助决定实践开始在加拿大出现。协助决定实践在加拿大各省以不同的形式存在,是法庭任命监护人的重要替代措施。^[52]1996年,不列颠哥伦比亚省通过了代表协议法(Representation Agreement Act, RAA),成为加拿大第一个将协助决定纳入立法的省。^[53]RAA允许残疾人任命一名“代表人”帮助其管理事务。代表协议类似于代理权协议(power of attorney agreement)。

根据代表协议法,代表人在某些方面不能代表残疾人本人作决定,比如作出拒绝维持生命治疗的决定,或者将本人安置在某个机构,限制本人与其他人接触,或者不顾本人的反对而同意医学治疗等。法律提倡对协助决定的履行进行监督,如果代表协议的内容还包括了对本人财产的管理,那么当事人必须选择一名监督人监督代表人的管理行为。^[54]

一项研究表明,签署代表协议的当事人中,超过80%的人每周与其代表人见面谈话数次,^[55]谈话的内容包括当事人的感觉、价值观、健康目标等。^[56]大约一半的受访者与协助人谈论一般性问题,但其他人会讨论具体问题,如生活上的协助、器官捐献、病痛控制、使用还是放弃维持生命的治疗等。大多数受访者会谈到“对可能出现的情况的感觉和看法,以及协助者作出的决定对他们产生的影响”。当受访者和他们的协助者谈感觉和看法时,协助者

[50] 2017年末,中国大陆总人口139008万人,比上年末增加737万人。从年龄构成看,60周岁及以上人口24090万人,占总人口的17.3%,其中65周岁及以上人口15831万人,占总人口的11.4%。而截至2014年,我国严重精神病患者约为740万。可见,我国老龄人口远远超过精神病患者所占的人口比例。参见马驰:《2018年中国人口老龄化现状分析、老龄化带来的问题及应对措施》,载中国产业信息网:<http://www.chyxx.com/industry/201805/637022.html>。

[51] Stanley S. Herr & Lawrence O. Gostin (eds.), *Self-Determination, Autonomy and Alternatives for Guardianship in The Human Right of Persons with Intellectual Disabilities: Different But Equal*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2003, pp. 11 - 12.

[52] See Robert M. Gordon, *The 2015 Annotated British Columbia Incapacity Planning Legislation, Adult Guardianship Act and Related Statutes*, Carswell, 2015, pp. 20 - 22.

[53] 前引[12], Dinerstein文,第9页以下。

[54] Representation Agreement Act, c. 405, pt. 2 § 7 (2.1) (a), 9 (1), 12.

[55] 参见前引[16], Harrison文,第77页。

[56] Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal & Amy T. Campbell, *Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship*, 117 (4) Penn. State Law Review 1136 (2013).

对受访者的理解、赞同会增加,由此受访者实现其愿望的可能性会增大。^[57]事实证明,与监护相比,代表协议对于当事人参与其个人事务的决定过程是有效的。

加拿大协助决定瞄准的目标是尽可能少用监护措施,以减少对被监护人的限制和干预,从而保障被监护人的自由和基本权利。加拿大的一些省明确规定,法庭在任命监护人之前或任命监护人的过程中,要考虑是否可以采用协助决定,法庭或行政机关也可以把协助决定作为处理案件的一种方式。^[58]法律通常规定每个成年人拥有自由的权利、自主决定的权利、最少受限制和干预的权利等,法庭审理是最后的手段,而且法律以成年人均有行为能力为前提。加拿大一些省的法律明确规定,不能单独以成年人沟通方式的缺陷作为认定其无行为能力的依据。^[59]

加拿大的协助决定作为成年人监护法律的替代措施,解决了众多能力缺乏或不足的成年人的问题,包括老年退行性病变以及脑损伤患者。它也成为法庭判决的有效替代方式而且被许多人所信赖。^[60]虽然相关人员表示,他们作为协助决定的提供者,“协助支持别人作决定比自己作决定要困难得多”,^[61]但加拿大的实践证明,协助决定是有效的,到目前为止没有发现有有害的结果。^[62]

美国对协助决定的合法化予以了积极的推进。2012年,纽约州最高法院通过 Dameris 案^[63]确立了协助决定的法律地位。2013年,位于弗吉尼亚州里士满的联邦上诉法院第四巡回审判庭的法官裁判的 Hatch 案,成为协助决定的另一起案例。^[64] Hatch 案对美国产生了极大影响,成为经典案例,对协助决定进入美国法律体系起到了重要的推动作用。2015年,德州成为美国第一个承认协助决定作为监护替代措施的州。^[65] 2016年,为提高协助决定的普及和实施,美国“协助决定国家资源中心”(The National Resource Center for Support Deci-

[57] 前引 [56], Kohn 文,第 1011 页以下。

[58] 前引 [16], Harrison 文,第 77 页。

[59] Civil Code of Quebec, S. Q. 2016, c. 64, art. 154 (Can.).

[60] 前引 [13], Johns 文,第 11 页以下。

[61] Krista James & Laure Watts, *Understanding the Lived Experiences of Supported Decision-Making in Canada: Legal Capacity, Decision-Making and Guardianship*, Law Comm'n Ont., 2014, p. 11.

[62] 前引 [13], Johns 文,第 32 页。

[63] *In re Dameris L.*, 956 N. Y. S. 2d 848, 855 (N. Y. Sup. Ct. 2012). 纽约州最高法院承认 Dameris 在他人支持下有决定能力,并且承认其决定的法律效力,从而终止了对她的监护。

[64] Theresa Vargas, *Virginia Woman with Down Syndrome Becomes Hero to the Disabled*, Wash. Post, Aug. 17, 2013, https://www.washingtonpost.com/local/virginia-woman-with-down-syndrome-becomes-hero-to-the-disabled/2013/08/17/0da21766-062e-11e3-a07f-49ddc7417125_story.html?noredirect=on&utm_term=.6d7eae571c91. Margaret Hatch 是一名唐氏症患者,在被确定需要监护之前她一直生活在社区中,有工作,有朋友,生活状态积极而乐观。不幸的是,她在一次意外事故中被汽车撞伤,她的母亲和继父为她申请了永久、完全监护。法庭最初判决她接受临时监护并把她安置在一个机构中生活。在这个机构中,她被禁止使用手机和电脑,禁止从事之前的工作,而且禁止与朋友会面。一审判决后, Hatch 在其支持者的帮助下提出上诉。在该案的终审听证中,法庭听取了专家证人对支持决策的阐述。专家证人进一步阐述 Hatch 通过其朋友和社区的帮助已经成功地建立了自己的生活网络,能够像正常人一样生活,而且在其他两个民间组织的帮助下,她可以生活得更好。专家证明,在这些资源的帮助下, Hatch 可以管理自己的事务,不需要被监护。法庭最终任命了一名有限监护人管理其“医疗和安全事务”,监护的有效期为一年,之后自动终止。法庭如此判决的目的是为了实现向协助决定的过渡。

[65] Tex. Est. Code Ann. § 1002.031 (2015). 协助决定由残疾人和协助者以协议的方式设立,以“支持和和服务”为主要内容。德克萨斯州法承认协助决定协议的适用性和有效性,在医疗健康、财产管理、生活安排等方面作为监护的替代措施,协助决定协议可以通过正式或非正式的方式向需求者提供。

sion-making) 创立并公布了一个五年行动计划。

澳大利亚对协助决定的实践尝试取得了成功。在澳大利亚,协助决定的运行始于2009年由维多利亚公共倡导办公室发起的为期四年的实践项目,用以检验残疾人在协助关系下有无可能决定自己的事务。^[66]项目于2012年终止,并对四年的实践予以评估。该项目评估报告声称,协助决定为大多数残疾人提供了具体的帮助,包括作出决定的技能以及掌控生活的能力。协助决定的意义是积极的,它给予残疾人表达意愿的法律途径,使残疾人和协助者之间建立起有效的对话。如果残疾人的愿望、喜好能够表达出来,事实上他们已经作出了决定。^[67]

(二) 德、瑞、奥、韩的新范式转型经历

德国早在1992年即开始大幅度修订其监护法和成年人保佐法,改革幅度波及民法总则、亲属编、继承编、民事诉讼法、民事收容法、精神健康法、户籍法等三百多项法律。后又分别于1998年、2005年、2009年、2015年以及2016年频繁修订其成年辅助法,^[68]持续完善协助决定的措施。

德国于1992年实施关于改革监护法和成年人保佐法的法律,^[69]是对成年监护制度具有里程碑意义的改革。这次改革的后果是辅助的理念和原则与成年监护严格切割。成年监护法的变革带来了传统民法具有颠覆性的四项挑战:一是废除了自普鲁士民法以来运行二百余年的无行为能力(禁治产)制度。这意味着所有成年心智残疾人,与其他成年人一样,被平等地推定为“有行为能力人”。二是将行为能力缺乏与辅助这两个制度相切割,即使心智残疾人处于辅助之下,依然是“有行为能力人”。三是选择可能加重法院审判负担的(实际上证实是可以制度解决的)制度方案,在个案中由法院为被申请人量身定制“辅助”内容,协助人的协助范围和权限由法院在个案中为被协助者具体判断。四是协助决定的首次出现。协助决定的出现透过辅助的必要性和补充性原则折射出来。

根据必要性原则,是否将心智残疾人交付辅助、选择何人担任辅助人、辅助人的数量、辅助的事务范围(人身照管、医疗救治还是财产管理)、辅助的期间(终身还是定期审查)、辅助的措施(照管人有同意权还是代理权)等,都应以最少损害被辅助人的基本权利和自由为标准。^[70]这一原则实则是对完全监护的否定。补充性原则是指辅助的适用是处于次要地位的,优先适用的是本人设置的民事安排或者民事协议。在本人处于心智残障或者暂时失去能力时,如果本人有亲朋好友的事实协助,或者本人已经选任了任意辅助人且辅助的效果与辅助人相同,则法院须尊重残疾人的决定,不得强行为其设定辅助。补充性原则反衬了协助决定的主要和优先适用地位,而辅助成为最后适用措施。

德国1992年对监护法和成年人保佐法的修订,乃成年监护的第一轮改革,其重点是废

[66] John Brayley, *Supported Decision Making: A Case for Change*, Paper presented at the Supported Decision Making Forum, Queensland University of Technology, Brisbane, June 2013, p. 6.

[67] Office of the Public Advocate, *Supported Decision-Making: Background and Discussion Paper*, 2009, p. 23, https://recoverylibrary.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0010/1391257/supported_decision_making_opa.pdf.

[68] 中国大陆留德学者按照其文义译为“照管法”,而中国台湾留德学者则按照其目的译为“辅助法”。参见戴瑀如:《初探德国成年辅助法》,《月旦法学杂志》总第174期(2009年),第167页。本文赞成后者并以之为准。

[69] 同上引戴瑀如文。

[70] 参见王竹青:《德国从成年人监护制度到照管制度的改革与发展》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2005年第2期,第55页以下。

除完全监护，推广适用有限监护和辅助。但因其保留了有限监护，因而仍属于替代决定，被认为改革不彻底。因此，1998年后的几次频繁改革都可归于第二轮改革，因其重点都是逐步缩小替代决定的适用，推广协助决定的适用，并继续完善协助决定的立法与实践。2010年6月25日，德国联邦最高法院作出了一项判决，该判决是德国2009年预先指示法生效后首个确认作为协助决定措施之一的预先指示的法律效力的判决。^[71]德国的立法例也影响了瑞士2012年的改革与奥地利2016年的改革。三个国家的方向一致，基本路径类似：废除无行为能力制度；无行为能力和辅助（照管）切割；本人即使处在辅助下仍保有行为能力；协助决定措施的优先适用；辅助仅作为最后手段；协助决定措施如预先授权（代理权）和医疗预先指示逐步完善，并强调无论在协助还是辅助中都以尊重本人的意愿优先。^[72]可以看出，上述诸国的修订均瞄准“推定有行为能力、优先适用协助、尊重本人意愿”为目标的协助决定范式。

与德、瑞、奥的成功改革相比，韩国成年人监护制度的转型则存在疏漏。韩国的成年监护制度改革始于2004年，其于2013年实施的《民法修正案成年人监护制度》是改革的总成绩。新制度总体上移植了日本2000年实施的新成年监护制度，因而在立法理念和立法技术上没有多大突破。韩国新制度的主要内容如下：

一是废止了民法总则中否认心智残疾人行为能力的制度，保留了承认残疾人有部分（限制）行为能力的制度；二是对残疾人限制其部分行为能力后，先对其受限制行为的法效果予以了小幅度改革——限制行为能力人实施的法律行为由“无效”改为“可以撤销”，然后仍采监护替代决定；三是增设残疾人有行为能力的两种新措施——特定监护、任意监护。^[73]韩国的新制度因仍采否定本人部分行为能力后赋予监护人“代理权”的替代决定模式，没有体现出残疾人参与决定过程的内容，因而“总体上，新制度改革是失败的”，没有落实《公约》第12条要求的协助决定。^[74]

观察韩国的改革，新制度废除了完全否定残疾人行为能力的无行为能力制度，增加了体现协助决定的任意监护，且残疾人被限制部分行为能力的后果是其行为“可以撤销”，以替代旧法的“无效”。在消除民法对心智残疾人设置的法律障碍上，韩国的2013年新法已经前进了一步，相较于中国2017年10月开始实施的民法总则中仍然否认残疾人行为能力和坚持完全监护替代决定的新制度，韩国法明显地领先。但韩国法因仍保留了监护替代决定

[71] 参见德国《联邦法律公报I》(BGBl. I)，第2286页。德国预先指示法于2009年7月29日通过，同年9月1日生效。参见郑冲：《德国联邦最高法院作出与病人处分相关的最新判决》，《比较法研究》2010年第5期，第158页以下。

[72] Lana Kerzner, *Paving the Way to Full Realization of the CRPD's Rights to Legal Capacity and Supported Decision-Making: A Canadian Perspective*, in *From the Margins: New Foundations for Personhood and Legal Capacity in the 21st Century*, legal capacity symposium, Vancouver: University of British Columbia, 2011, pp. 31 - 33, http://www.supporteddecisionmaking.org/sites/default/files/paving_the_way_for_crpdcanada.pdf.

[73] The Adult Guardianship Act 2011, Minbop [Order of an Adult Guardian], Art. 933, revised by Law No. 10429. See Cheolung Je, *Recent Developments in Korean Adult Guardianship Law*, *The International Survey of Family Law*, 2016, pp. 481 - 497.

[74] 联合国残疾人权利委员会2014年《关于大韩民国初次报告的结论性意见》，第21自然段，https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fKOR%2fCO%2fI&Lang=en；[韩]朴仁焕：《联合国残疾人权利公约和韩国监护制度的评价与课题》，载《东亚成年监护制度研讨会论文集》（2014年9月，长春吉林大学，未出版），第45页。

的技术手段，^[75]遭到负责各国立法评估的联合国残疾人权利委员会的负面评价。此点值得我们引以为鉴。这对主张我国宜废止完全监护改以部分监护（有限监护）为主要的观点，是一次震撼和撞击。^[76]

（三）中国心智残疾人和司法实务的协助决定实践

与我国民事立法的滞后相比，协助决定在我国社会的实践却较为丰富，无论是时间上还是观念上都超越了立法。从2008年《公约》在中国生效开始，《公约》的新范式即得到了中国残疾人的拥护和支持。全国各地的残疾人民间互助组织繁荣生长，这些社会组织自创自倡了系列民事协议、安排规划等具有协助决定特征的实践项目，如“渡过”“陪伴者计划”等，^[77]以及借鉴医疗指示并加以改良的、十五年前出现于互联网上且现仍风靡盛行的“生前五个愿望”。^[78]此外，上海、南京、成都、哈尔滨等地的公证部门，近几年开始进行持续性代理权委托和监护信托的探索，以满足年长者对将来失能失智的预先规划和安排，这些实践已经取得了良好反响。上海普陀公证处开发出的协助决定措施——意定监护公证模式，被司法部作为典型于2018年开始在全国推广。^[79]

四、民法典婚姻家庭编成年监护的改良及协助的增设

适逢民法典编纂，且有《公约》第12条的新范式为标准，加之上述国家的最新立法例可资借鉴，利用国内立法的良机推进协助决定并逐步废止成年监护替代决定，可谓恰逢其时。考虑到协助决定的挑战和民法总则之成年监护制度的漏洞，监护制度的总体设计由民法总则和婚姻家庭编共同完成是可能的。

由于民法总则已经完成了监护制度的概括式、框架式设计，新制度维系的是典型的替代决定，协助决定尚呈碎片而不成体系的状态，因而由婚姻家庭编增设具体规则并完成体系化设计，即为必要。倘若该编放弃努力，对成年监护和协助制度留白，则民法总则之成

[75] 参见[日]冈孝：《21世纪的成年监护法：东亚各国的比较》，载《第三届东亚成年监护法国际会议》论文集（2017年，新加坡，未出版），第56页。

[76] 2015年9月前，笔者的观点是在意定监护优先适用于法定监护的前提下，在法定监护中推行部分（有限）监护，并废除无行为能力的全面（完全）监护。但是，自2015年下半年以来，随着笔者对联合国残疾人权利委员会《第1号一般性意见（2014年）》认识的加深，以及连续参加“世界成年监护法大会”（2016年第四届德国柏林、2018年第五届韩国首尔）、“亚洲成年监护法大会”（2015年韩国、2016年日本、2017年新加坡），笔者对部分监护的认知开始发生转折，并对相关观点加以反思与修正，成文于此。

[77] 这些是精神疾病临床治愈者或康复者发起的协助项目。“渡过”参见张进：《渡过：抑郁症治愈笔记》，中国工人出版社2015年版，第240页。“陪伴者计划”参见张进：《“渡过”启动“陪伴者计划”：短期是诊治，长期是成长，全程是陪伴》，https://mp.weixin.qq.com/s/U_VzqvFLfYlikRyesp6GSA。

[78] “生前五个愿望”的链接为：<http://www.xzyzy.com/xzyzy/sqyz/tyzwyw.aspx>，2018年2月19日最后访问。

[79] 参见李辰阳：《老年人意定监护的中国公证实践》，《中国公证》2017年第6期，第25页以下。另外，司法部于2017年底发布了第一批公证指导案例，第一例即为上海市宝山区居民通过签订意定监护协议并公证的方式指定监护人。2017年4月，中国社会保险学会与中国公证协会签订开展“综合性公证养老”法律服务机制试点工作协议，北京市中信公证处与中国社会保险学会、人力资源和社会保障部社会保险事业管理中心共同创新推出“综合性公证养老”法律服务新模式，引发全国关注（<https://mp.weixin.qq.com/s/ZkWCe-HX216xxFvgXEV-0Dg>）。2018年7月，“综合性公证养老服务管理平台”开通，以公证养老服务为纽带，为老年人提供安全、便捷、全方位、全流程的综合性养老服务，妥善解决养老相关问题（https://mp.weixin.qq.com/s/2EE_b3eR07GbUqzhapocQQ）。

年监护制度无疑将与韩国一样,重蹈改革不彻底的覆辙。因此,民法典的编纂面临着巨大挑战。一方面,基于法秩序安定性的考量,在民法总则的框架内,不宜作根本变革和大幅度的规范增补;另一方面,婚姻家庭编须担负起缓和完全监护与新范式的激烈冲突并引入协助决定的使命。

(一) 婚姻家庭编增设监护和协助一章的总体设想

在婚姻家庭编草案收养一章之后,应设立监护一章(含成年监护和儿童监护),〔80〕在成年监护中细分监护和协助。其中监护(以下仅指成年监护)一节,宜以废除否定残疾人行为能力的完全监护为目标,新增系列过渡性规则和措施,对民法总则之监护制度的明显漏洞予以补充,以缓和完全监护对残疾人基本权利的过度限制。至于否定部分行为能力的部分监护,鉴于其也属于替代决定,面临着逐渐被取代的结局,加之民法总则对此又不曾明确规定,韩国改革后的部分监护也已经提供了反面教训,故没有必要予以着力设计。〔81〕关于协助决定,婚姻家庭编应为其留有充足的立法空间。

具体而言,在监护一节,应增设严格适用民法总则之成年监护的规则,强调监护和协助的适用顺序;赋予残疾人永久的诉权以保障本人的程序参与;明确监护人执行职务的标准;增设同意权型特定监护。在协助一节,对民法总则第33条进行规范续造,即增设持续性代理委任协议和医疗预先指示的规定。如此,基本上可以淡化新制度的替代决定特征,并为逐步废除无行为能力完全监护并最终转向协助决定预留充足的空间。

(二) 婚姻家庭编中成年监护一节的具体设想

1. 最后监护原则和最小监护原则

最后监护原则,是指在适用监护时,须优先适用本人先前的意愿和安排,监护仅为最后的适用手段。这一原则既符合新范式,也得到了《公约》其他缔约国立法和实践的普遍承认。例如,德国民法典第1896条规定,辅助的适用以必要性和补充性为原则。奥地利2017年生效的普通民法典第268条第2款、第370条第2款规定的法定监护亦遵循补充性原则,即只有穷尽了协助决定的措施后,才最后适用监护。

最小监护原则亦称最小限度监护原则、最小侵害原则。该原则的设立旨在逐步切断行为能力和完全监护替代决定的绑定,把因监护过度介入而对残疾人基本权利的侵害降到最小范围,为逐渐架空乃至最后取消完全监护做铺垫。

2. 对心智残疾人的诉权保障

在成年监护中增设如下规范:(1)成年人,即使处于监护(含下文的特定监护)之下,也有权提起诉讼,并有永久的监护人更换请求权。(2)成年监护应每四年审查一次,由监护监督人和法院为之。审查时应对监护措施设置的必要性、范围、期限、监护之撤销和更换予以评估,并根据情况及时予以调整。

此项规定是对成年人有行为能力推定原则在程序法中的落实,旨在保障残疾人有权参

〔80〕关于儿童监护在婚姻家庭编设置的必要性,本文不作展开论证。详见夏吟兰:《民法典未成年人监护立法体例辨思》,《法学家》2018年第4期,第1页以下。

〔81〕笔者原来主张借鉴限制部分行为能力的部分监护下的三级措施——监护、保佐和辅助。参见前引〔40〕,李霞文,第211页。对照《公约》新范式来看,仅第三级的“辅助”最接近新范式,有保留必要。因其承认有行为能力,仅为对特定行为或特定时期的辅助(同意权)措施。而笔者原主张所借鉴的韩国法(包括其借鉴的日本法)的限制部分行为能力的监护和保佐,因韩国法所受到的负面评价,显然对我国已无借鉴价值了。

与选择监护人的程序，以免残疾人落入“被精神病”、被完全监护替代决定所有事务、被否定行为能力等系列基本权利受侵害后无法获得救济的处境。增设被监护人对监护人滥用监护权的申诉机制，旨在避免完全监护对处于监护下的残疾人之权利侵害（如重大人身侵害）或将其降至最低程度。如此可以保证民法总则之完全监护在运行中一旦发生对本人的不当侵害，本人仍然可以及时藉行使诉权而获得司法救济。

3. 同意权型特定监护的设立

同意权型特定监护，是指成年人因疾病、残疾、年老或其他原因而针对特定事务或于特定期间内不能处理，需要协助的，经本人或者其他相关人员向法院申请，由法院作出特定监护之宣告。受宣告人依然是完全行为能力人，特定监护人仅对宣告的事项或者于一定期间内有同意权。受特定监护下的本人依然有完全行为能力，特定监护人仅对本人的某项事务或者某些事务在特定期间内有“同意权”，特定监护人没有代理权。^[82]在特定监护人的同意权限内，本人未经同意所实施的行为，本人和特定监护人都可以撤销。但本人实施结婚、离婚、收养和子女认领等身份行为的能力，应持续永久受法律承认，可以单独实施而无须经过特定监护人同意。设立特定监护的理由如下：

首先，特定监护是由本人和特定监护人共同决定本人的事务，基本上属于协助决定措施。在称谓上曰“特定监护”，既保持了民法总则之监护制度与婚姻家庭编之规定的统一和安定，也贯通了两编的内容。其次，特定监护借鉴了德国的辅助、加拿大育空省的共同决定型协助、日本新制度的同意权型辅助等域外立法经验。再次，特定监护在适用上更加灵活，富于弹性，它可以和本人预先安排的协助决定的各种措施并存适用。同时，由于本人被赋予了上述永久的程序保障权，本人和其他有权申请人可以通过行使诉权将完全监护转换成特定监护或者改变完全监护的期限。

4. 尊重本人意愿原则

这是针对监护人执行职务而设立的原则。该原则是指，监护人在决定（代理）被监护人的事务时，必须咨询本人的意见并询问本人的意愿和爱好，尽力了解本人之价值观。唯有在无从获知本人喜好和意愿时，始得适用最佳利益原则。^[83]理由如下：

首先，不可否认，民法总则已经增加了不少应尊重被监护人意愿的表述，甚至第35条使用了“不得干涉”这样的强硬修辞。但第35条、第36条将“最大利益”“最大尊重”“最低干预”三个原则规定在一起，没有解决它们之间的顺位关系，随着新制度的实施将会带来实务上的诸多困扰。其次，尊重本人意愿是协助决定的原则和特征之一，也是与儿童监护的主要区别。成年监护和协助应遵循“尊重本人意愿原则”是《残疾人权利公约》的规定，表明本人是决定者，是决定的中心。儿童监护应遵循“最大利益原则”是《儿童权利公约》^[84]的规定，它表明决定者是监护人而不是儿童。对于成人而言，尊重本人意愿原则才是符合《公约》第12条的范式的。该原则意味着，成年监护人只有在作出努力后仍无

[82] 前引〔73〕，CheoLung Je文，第481页以下。

[83] Lawrence A. Frolik & Linda S. Whitton, *The UPC Substituted Judgment/Best Interest Standard for Guardian Decisions: A Proposal for Reform*, 45 U. Mich. J. L. Reform 740 (2012); 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》总第233期（2014年），第139页。

[84] 我国于1991年批准《儿童权利公约》，该公约于1992年生效。

法确定本人的意愿和选择时,才可适用最大利益原则。此外,域外立法经验上不乏前车之鉴,如美国。美国在成年监护人执行职务的标准上,早期采纳了“最佳利益原则”,至1997年《统一监护与保护程序法》进展为“最佳利益原则”与“尊重本人意愿”并列,最后转为优先“尊重本人意愿”。^[85]这一发展历程可资我国借鉴。

(三) 婚姻家庭编中协助决定制度的具体设想

在监护章增设“协助”一节,其中包括持续性代理委托协议和医疗预先指示的规定。持续性代理委托协议(以下简称“持续代理”),是指委托人须通过书面委托协议并经过公证,将医疗救治、财产、人身照顾等部分或者全部事务的代理权(决定权)授予受托人,同时可以对某些特别事务排除适用代理。^[86]协议可以于委托人丧失能力时生效,或者自协议订立后代理权持续永久有效。协议的设立不影响本人的行为能力。协议在生效前双方可以随时撤销。协议须在公证机关登记。代理人在代理委托事务中应遵循尊重本人意愿和保护本人利益原则,应当听取本人意见,委托事务应与受托人的事务相分离。本人可以同时委托第三人予以监督。

医疗预先指示(以下简称“预先指示”),是指成年人预先对自己的医疗救治事务作出安排并选择该事务的决定权(代理)人。当本人无能力表达愿望的时候(如手术麻醉中、失能、失智时),预先表达的意愿和选择就生效(如是否选择或放弃维生系统的使用等)。

增设两项制度的理由如下:第一,持续代理和预先指示系两种协助决定措施,在全球运行得较为成熟。将其引入婚姻家庭编,可以完成对民法总则第33条的规范续造,^[87]并克服第33条的局限。第33条在适用上仅对完全行为能力人开放,不当地排除了限制行为能力人,显属立法漏洞。而持续代理则以适用于所有成年人的方式对此予以了弥补。再者,第33条对监护事务的模糊规定以及该款后段、民法总则第34条以及《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第10条对监护人职责的界定仍属典型的完全监护替代决定,加之第33条又缺乏第三方监督以及监护人之代理权的对外公示等规范的设计,导致第33条在实施后将不可避免地回到完全监护。而持续代理则是以委任人(本人)授予持续

[85] Ursula K. Braun et al., *Reconceptualizing the Experience of Surrogate Decision Making: Reports vs Genuine Decisions*, 7 Ann. Fam. Med. 249 (2009); Daniel P. Sulmasy, *Substituted Interests and Best Judgments*, 304 J. Am. Med. Ass'n 1946 (2010); 前引[83], Frolik等文,第739页。

[86] Council of Europe, *Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity-Recommendation CM/Rec* (2009) 11 and *Explanatory Memorandum*, Council of Europe Publishing F-67075 Strasbourg Cedex, May 2011, p. 9.

[87] 民法总则第33条被学界和公证实践称为意定监护。但此意定监护,非早期介绍到我国的彼意定监护(意定代理)。彼意定监护就是普通法上的持续性代理委托协议。德国2005年增设的照管法修正案中称之为“预先授予代理权(预防性代理权)”(德国民法典第1896条第2款、第1904条第2项和第1906条第5项)。法国2007年新增订民法典第425条时称之为“未来保护委托契约”。日本2000年实施的任意监护契约法第2条指出“任意监护人仅有代理权”。另外,自2009年12月9日开始,欧洲委员会(Council of Europe)通过了《部长委员会对于成员国有关失能者的持续代理权和生前预嘱相关原则的建议》,其英文版中采普通法的称谓(Continuing Power of Attorney)。笔者在早期的著述中就强调“意定监护”从普通法的持续性代理委托协议而来,意定监护人仅有代理权,所谓意定监护是一种新型意定代理——持续永久性的代理,可以附生效条件,有第三方监督并经公证登记与公示。参见李霞:《意定监护制度论纲》,《法学》2011年第4期,第122页;前引[40],李霞文,第214页。鉴于“意定监护”在我国学界和民间已经实践并指民法总则第33条和老年人权益保障法第26条,且与持续性代理委托协议没有冲突,与其为持续代理的中文冠名正本清源,不如直呼其名,强调该制度系一种新型代理,并属于协助决定的措施。

永久性代理权、委任人本人有行为能力为特征的新型代理。在尊重自治之前提下，委任人可以对人身照顾、财产管理和医疗三项事务之决定权概括授权，或者排除某些事务的代理，还可以拆分后分别授权，如下文的预先指示。另外，持续代理还将第三方监督通过任意性规范加以规定，以预防持续代理人滥用代理权、自己代理等。最后，持续代理的设立，还有助于解决寻找意定监护人的困难。民法总则等关于监护职责的规定，在赋予监护人无限权限的同时，也课以监护人巨大的负担，令许多人不愿担任监护人。而持续代理从理论上明确了持续代理人只是有持续永久的代理权，如此一来，自然人、法人都可以担任持续代理人，有助于解决寻找监护人难的社会问题。此外，持续代理还可以为协助决定的未来其他新措施如监护信托预留立法或者法律解释空间。

第二，医疗预先指示制度也是对第 33 条的续造。首先，截肢、堕胎、器官切除或移植、器官捐赠、实施绝育结扎手术等侵入性医疗行为涉及高度人身性质的权利，对于这类重大人身行为的决定权，不可与人身日常照顾等同而论，不提倡都交由第 33 条的监护人替代决定，而应鼓励所有成年人预先进行计划或安排，对将来可能失能时自己的医疗事务的决定（代理）权预先作出安排。预先指示在何时生效或失效，应由本人决定，不得取决于对本人心智能力的评估。当个人失去能力无法表达意愿时，其先前表达的意愿（如对缓和医疗、维生医疗系统的预先愿望或安排等）应当得到亲属及医护人员的遵从。其次，预先指示是对我国民间实践中运行成熟的“生前五个愿望”之经验的吸收，也是对德国、瑞士、奥地利的最新立法的借鉴。德国《辅助法修改法第三号》（也称预先指示法）于 2009 年生效，在民法典婚姻家庭编增加第 1901a 条，并修改了其第 1904 条。^[88] 奥地利预先指示法继受了德国的预先指示法，于 2017 年 7 月生效。^[89] 奥地利普通民法典第 284f 条、第 284g 条、第 284h 条亦有相关规定。此外，还有瑞士于 2012 年修订的民法典第 377 条至第 381 条，作了相同规定。^[90] 这些丰富成熟的立法例以其良好的实施效果，可为我国借鉴。

另外，持续代理和预先指示，如同菜单提供的多个选择项，可以合并使用，也可单独使用。它们不仅是有效应对当下我国面临的少子老龄以及高龄人的认知能力逐渐丧失的挑战的有效制度，而且适用于所有成年人为预防遭遇意外事故所导致的失能失智（如处于手术麻醉状态的突发医疗事务，地震、海啸和车祸等不测事故导致的脑损伤）而预先作出的安排和规划，从而应取代替代决定的完全监护而得到优先适用。

结 语

协助决定制度，作为联合国《残疾人权利公约》所倡导的新范式，担当着克服成年监护的局限并替代其适用的功能。民法作为赋权法，是将《公约》转化为国内法的主要管道。早在民法通则规定的成年监护制度还作为我国的主要相关法律时，公约委员会在审议了我

[88] 参见台湾大学法律学院、台大法学基金会编译：《德国民法典》，北京大学出版社 2017 年版，第 891 页。

[89] Michael Ganner, *Austrian Guardianship Law-Status 2016 and Upcoming Reform*, https://www.wcag2016.de/fileadmin/Mediendatenbank_WCAG/Tagungsmaterialien/Allgemeine_Infos/Ganner_Austrian_Guardianship_2016.pdf.

[90] Ingeborg Schwenzer & Tomie Keller, *A New Law for the Protection of Adults*, in *International Society of Family Law, The International Survey of Family Law*, 2013 ed., UK, Bristol 2013, pp. 375 - 386.

国提交的报告后所给出的建议结论就不乐观：“委员会对（中国）建立法律监护关系的制度感到关切，该制度不符合《公约》第12条的规定。委员会注意到，缔约国（中国）完全缺乏一套承认残疾人有权自行作出决定，且其自主性、意愿和喜好有权得到尊重的协助决定措施。委员会敦促缔约国采取措施，废止那些允许对成年人进行监护和托管的法律、政策和做法，并采取立法行动，用协助决定制度取代替代决定制度。”^{〔91〕} 藉民法典编纂之机，将协助决定入典，既是对《公约》义务的履行，也是保障残疾人权利所需。成年监护的续法和协助决定制度进入民法典婚姻家庭编，正当其时。

Abstract: The assisted decision-making system, which acknowledges the civil capacity of persons with mental retardation, is fundamentally different from the substitute decision-making system in traditional civil law, which denies the civil capacity of persons with mental retardation. As a brand-new system in the 21th century, assisted decision-making system has been widely used in the legislation and practice of the two major legal systems, with positive results. This system is also working very well in China's civil and judicial practices. Now the draft Title of Marriage and Family of the Chinese Civil Code has been released to the public for soliciting comments from various sectors of society. Taking this opportunity, the author of this article puts forward the following suggestions on the improvement of the draft law. Guardianship should be provided for as a separate chapter in the Title on Marriage and Family after the chapter on adoption and this chapter should be divided into two parts: adult guardianship and child guardianship. Adult guardianship should be further divided into monitoring and assistance. The section on monitoring should provide for the final monitoring principle and the minimum monitoring principle and clarify the sequence of application of monitoring and assistance, so as to gradually reduce complete monitoring in preparation for its ultimate abolition; persons with mental disability should be given the permanent right of appeal to ensure their participation in the process; “the respect for self-determination” should be provided for as the standard on the performance of functions by guardians; special guardianship measures should be provided for; and, in the section on “assistance”, Article 33 of the General Provisions of the Civil Law should be further elaborated by providing for durable powers of attorney agreements and medical advance directives.

Key Words: adult guardianship, assisted decision-making, substitute decision-making, legal capacity, the Title of Marriage and Family

〔91〕 前引〔3〕，《委员会第八届会议（2012年）就中国初次报告通过的结论性意见》，第21、22自然段。