

民法典成年监护制度的体系效益与融贯性实现

孙犀铭

摘要: 民法典的体系效益要求法典内各制度应尽可能地保持融贯。现行成年监护制度在证立结构、概念特征、对象域特征上未符合融贯标准要求,仍有在解释论上加以完善的必要。就内在体系的权重排序,基于规范目的的转变,加之法定代理权的作用有限,应确立尊重被监护人意愿原则之优先权重;就《民法典》第30条“协议”之理解,宜作特殊类型之内部决议行为并类推适用第134条之法效果,以满足体系中相互证立的融贯性要求;就外在体系的概念类型,受第35条第3款文义限制,无法对“被监护人”做非完全行为能力成年人之反对解释,应通过类推适用《民通意见》第67条构建成年被监护人判定时的意思能力标准。此外,鉴于第35条自身“开放式”比例原则之性质,难以于解释论层面终局地满足价值冲突的决断需求,有在特别立法中予以类型化构建之必要。

关键词: 民法典; 内在体系; 外在体系; 融贯性; 成年监护

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.02.012

2021年1月1日,随着《中华人民共和国民法典》的施行,后民法典时代亦正式到来。其中,与主流大陆法系民法典立法选择不同,我国民法典成年监护制度^①沿袭了原《民法通则》主体法之体例设计,并保留单一之法定监护类型。诚然,对本国既有法制的秉持和延续,一定程度上允许立法者在法典编纂中采守成之姿态。但同时,法典编纂亦非仅是立法中之个人认识,其“不仅要复写现实规则也要发展规则”^②。相较于单行法,民法典更为强调形式逻辑与价值理念的融贯统一。鉴此,本文拟基于民法典体系区分之视角,以融贯性标准检视现行制度之体系效益,并就其不足提供解释论上缓和之方案。

一、民法典之体系效益与融贯性追求

(一) 民法典之体系区分与体系效益

早期人类文明中,法律规范主要由习惯法构成,加之法律交往形式简单,有限的法律规范并无额外的体系化需求。自城邦和国家出现后,生产能力和交易形态的升级加剧了价值冲突的频次,日益增加的规范数量最终促使法学领域中体系论研究的出现。从西塞罗将希腊体系思想在法学分类中的运用,到盖尤斯以法律关系构建民法外在体系的尝试^③,再到萨维尼对体系本质系“对内在关联或亲和性的认识和表述,并由其将具体法概念和法规则连接成一个大的统一体”的提炼^④,法的体系研究贯穿了从古希腊到近代欧洲的漫长历程。直至黑克提出民法内在体系和外在体系之划分,体系论研究

基金项目: 2020年中国博士后科学基金第67批面上资助项目“协助决定行为的私法构造”(2020M672033)。

作者简介: 孙犀铭,山东大学法学院助理研究员(青岛266237; inpeace910@163.com)。

① 立足于制定法实证主义之基本立场,本文所述之成年监护制度,仅指民法典总则编监护一节之相关规范。

② 谢鸿飞:《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,《清华法学》2014年第6期。

③ 朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,《中国社会科学》2010年第6期。

④ 萨维尼:《当代罗马法体系I》,朱虎译,北京:中国法制出版社,2010年,第14-15页。

的基本范式方才底定于成^①。

民法典的内在体系,在黑克看来,系由利益的交织构成,体系内的基本要素由利益冲突决定并呈现一种交互关系^②。而卡纳里斯则认为,内在体系是由法律原则所构成的“公公式或目的性的秩序”体系^③。前者以利益作为“个体”组成“统一体”之“关联”,后者则以法律原则作为利益统一体的“关联”^④。然而在将利益同时作为评价对象和评价标准时,前者便无法解决价值变迁上的难题。是故,以独立于利益之法律原则构建法典的内在体系,方能实现价值评价的动态与开放。

民法典的外在体系,是依形式逻辑而构建之抽象、一般概念式体系,其建构的成败取决于“是否可以在包摄客体中真正还原找到大前提的特征”^⑤。科学性是外部体系的首要目标,其要求体系编排应在特定目的指导下实现统一性和无矛盾性。统一性在横向上要求最大程度实现被逻辑型塑之社会事实的概观性,在纵向上则要求以体系内上下位阶概念契合形式逻辑涵摄的贯穿性。无矛盾性则要求,体系内各概念应在价值或目的上遵循内在体系确立的主导思想,即由内在体系统辖而构建统一的私法整体^⑥。

法律系冲突决断之多样组合体,内在体系的建构,不能将法律价值或法律原则直接应用于民法当中,而应对之做自上而下的类型化、具体化工作,并以权利义务、法律关系及功能性概念等法规形态呈现,即以外在体系的形式实现内在体系的价值。因之,民法典的体系效益即在于,内在体系中意思自治、弱者保护、信赖保护及自己责任等原则并非必然先验的融洽^⑦,只有抽丝剥茧般将蕴含其中的冲突以权利义务配置的方式于外在体系中加以编排,才能最终形成无评价矛盾之融贯的规范整体。

(二)民法典体系效益之获致:融贯性

融贯性最初被运用于法律解释领域,麦考密克将之区分为“规范性融贯”和“陈述性融贯”,后者主要用来检验证据或事实的真实程度,前者则指向法律规范作为一组理性联系的“意义”^⑧。同时麦考密克提及,融贯性不仅旨在避免法律解释的矛盾或不一致,若能对原则(或价值)权重进行排序,其更是法律制度寻求成为合理之整体结构的方法。但遗憾的是,因更倾向于认为融贯性无涉原则(或价值)的良善,麦考密克并未提供原则权重的融贯性标准,而仅认为“这与其说是实际成就,不如说是理想”^⑨。

相较于麦氏的浅尝辄止,德沃金在其整全性理论(Integrity Theory)中将融贯性引入了立法层面。德沃金认为,法律的本质即是法律诠释,即通过找寻一个目的,进而将所其诠释的对象或实践之所有部分联合起来并占据主导地位。就整全性,则可分为立法的整全性和裁判的整全性两项实践性原则^⑩。据此,阿列克西和佩岑尼克认为,整全性即是融贯性之同位概念^⑪。尽管德沃金在法律诠释的

① 尽管拉伦茨曾尝试以抽象概念与具体概念取代外在体系与内在体系的区分,但其《法学方法论》第六版中,又重新回归了黑克对法体系的区分范式。相关内容参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,北京:中国法制出版社,2011年,第413页,正文及注释950。

② 吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,第328-330页。

③ 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003年,第46页。

④ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,北京:法律出版社,2007年,第571页。

⑤ 吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,第335页。

⑥ 亚历山大·佩岑尼克:《法律科学:作为法律知识和法律渊源的法律学说》,桂晓伟译,武汉:武汉大学出版社,2009年,第52-53页。

⑦ 朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,《中国社会科学》2010年第6期,第155页。

⑧ Neil MacCormick, “Coherence in Legal Justification”, in Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert van Roermund, *Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Reidel Publishing Company, 1984, p.245, 238.

⑨ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, 1978, p.266.

⑩ 罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台北:时英出版社,2002年,第55、175-176页。

⑪ Robert Alexy, Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, 1990, 3(1), p.131.

定义中确立了目的之一元性,但其又认为法律诠释既可能表现出高度之一元性融贯,也可能仅具有某种程度之融贯,甚或表现为由多种无关因素构成之多元理由,而后两种情形,实已偏离目的一元论之主张。此外,在其关于整全性两项子原则的讨论中,目的亦非绝对不可或缺之要素^①。因此,在拉兹看来,德沃金的融贯性是一个相较于整全性来说更低的程度,甚至说,相较于抽象的整全性,是正义、公平和程序性正当等具体原则的排序决定了立法的整全性(融贯性)^②。虽然对融贯性的论证在德沃金的整全性理论中并不周延^③,但它无疑超越了麦考密克的论断并在法体系构建层面开启了融贯性实践之可能。之后,阿列克西和佩岑尼克即在此基础上明确提出了私法构建的融贯性及其标准。

前文述及,民法典的内在体系预设了外在体系的存在,也正是内在体系将私法统一为一个融贯的整体^④,进而实现民法典的体系效益。那么,该如何定义融贯性,又该如何评价一个体系是否融贯?在阿列克西看来,冲突或矛盾是任何融贯性概念的必要条件^⑤,在广义陈述语境下,融贯性包括消极方面的连贯性概念与积极方面的证立关系,其可被一般性地定义为:“一个陈述集合的证立结构越完美,这个陈述集合就越融贯”^⑥。在此基础上,阿列克西与佩岑尼克共同提出了规范体系构建的融贯性标准^⑦,如下表所示:

1.证立结构特征	1.1 证立关系的数量	在一个体系中,被同一体系的其他陈述所证立的陈述越多,体系就越融贯
	1.2 证立链的长度	属于同一个体系的证立链条越长,体系就越融贯
	1.3 证立的强度	拥有相同初始前提的证立链条越多,体系就越融贯
	1.4 证立链的连结	拥有相同结论的证立链条越多,体系就越融贯
	1.5 理由的优先次序	在一个体系的原则间确定的优先关系越多,体系就越融贯
	1.6 相互证立	一个体系所包含的相互间的经验性证立越多、分析性证立越多、规范性证立越多,体系就越融贯
2.概念特征	2.1 概括性	一个体系所包含的一般性概念越多,体系就越融贯
	2.2 概念的横向联结	一个体系所展示出的概念间的横向联结越多,体系就越融贯
3.对象域特征	3.1 案件的数量	一个体系所能适用的案件的数量越多,体系就越融贯
	3.2 适用领域的多样性	一个体系所能适用的案件差别越大,体系就越融贯

① 罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,第70-71、195、234页。

② Joseph Raz, *Ethics In The Public Domain:Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, 1996, p.321-322.

③ 但这种评价并不能包括德沃金的全部著述。事实上在其后期的著作(如 *Justice For Hedgehogs*)中,价值统一论已对整全性理论进行了修正。

④ 亚历山大·佩岑尼克:《法律科学:作为法律知识和法律渊源的法律学说》,桂晓伟译,第52-53页。

⑤ Stephen Pethick,“Solving The Impossible:The Puzzle of Coherence,Consistency and Law”,*Northern Ireland Legal Quarterly*, 2008, 59(4), p.403.

⑥ 广义上的陈述,如阿列克西所述,包含着规范性陈述和评价性陈述,并在一个语义学规范概念的基础上,融贯性可以指涉规范体系与价值秩序。参见罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,北京:中国法制出版社,2012年,第113-114页。

⑦ Robert Alexy, Aleksander Peczenik,“The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”,*Ratio Juris*,1990, 3,(1), pp.131-145. 晚近虽有学者批评该标准对融贯性(即原则的权重)的评价缺乏正当性(See Amalia Amaya,*The Tapestry of Reason:An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, 2015, p.162; Amalia Amaya,“Legal Justification by Optimal Coherence”,*Ratio Juris*, 2011,24(3), p.307),但这种批评在本质上仍属于对原则理论和重力公式是否正当且理性的批评。笔者认为,须区分对融贯性之理性程度与对融贯性本身的批判。盖就前者而言,其并不否定融贯性概念的存在。是故,阿列克西和佩岑尼克所提出的融贯性标准,至多在精确性上有容商榷,但不可据此否定其存在之正当性。

融贯性标准可分为三组基本特征:(1)证立结构特征,指那些直接涉及某个陈述体系证立结构的特征的标准;(2)概念特征,指那些作为在某个陈述体系中所使用之概念特征而发挥作用的标准;(3)对象域特征,指那些涉及某个陈述体系之适用领域多样性特征的标准。该三组基本特征又可继续再分为各子特征及相应标准。同时须澄清,融贯性标准并非定性分析,在最不融贯和最融贯之间仍存在其他可能性^①,且相较于私法制度的全域融贯,特定制度的融贯性更容易实现^②。作为民法典的组成部分,成年监护制度亦应契合融贯性之标准,进而在规范之科学性与实践之无矛盾性间寻求体系效益的获致。

二、民法典成年监护制度之融贯性检验

(一)证立结构之融贯性检验:原则层次与权重排序

1.原则层次的融贯性检验。纯粹的抽象原则因缺少明确的效力谓词而无法成为确定性命令之法律规则,从而需对原则进行具体化的工作。原则具体化的第一步系对各类原则进行层次的划分。拉伦茨认为,最高层原则是不区分构成要件和法律效果的一般法律思想,这类法律原则有:法治国原则、社会国原则、尊重人性尊严的原则及自主决定与个人负责的原则^③。最高层原则对全域部门法具有统辖之效力,其与各部门法中确立之原则、规则越契合,一国法律体系就越融贯。而这种融贯,亦使宪法层面的价值观念得以民法基本原则为媒介,并将原本仅涉及体系的原则过渡到指引个人行为的原则。民法典总则编第一章设各类原则之体例安排,即符合上表所述融贯标准 1.1。但这实际上并不涉及对成年监护制度的融贯性考察,而仅作为一项更加前提性的融贯检验条件存在。

《民法典》第 35 条第 1 款确立了被监护人最佳利益原则,该原则通过弱者保护原则被证立。同时,弱者保护原则乃更高级私法自治原则之限制和例外,而私法自治原则又将被最高级的自主决定与个人负责原则所证立。不宁唯是,同条第 3 款亦确立尊重被监护人意愿原则,其同样存在于私法自治原则及自主决定与个人负责原则的证立链条之上。此时,两款条文各自建立在一个充分的证立链条之上,且后位原则可逻辑地从前位原则中推导出来,符合融贯标准 1.2、1.3、1.4 的要求。

2.权重排序的融贯性检验。《民法典》第 35 条第 3 款前句规定,当被监护人意思能力程度不足够高时,监护人在实现其利益时,应对其自由意志采最轻微限制措施;后句规定,当被监护人意思能力程度较高时,监护人应尽可能采取不干涉立场。上述两句即为“最轻微手段”与“尽可能最小限制”之法条形式的原则,其自身是无须被具体化的原则^④。但同时,本条第 1 款亦规定了被监护人最佳利益原则,结合前述第 3 款前半句,两者同样适用于被监护人意思能力程度不高之情形,且亦服务于同一规范目的,即为被监护人利益实现。然在该目的之实现手段上,第 1 款以最佳利益为原则,第 3 款前半句则秉持最轻微手段原则,两者分属不同之证立链条。在被监护人意思能力程度不高时:当最有利于被监护人利益时,有可能并未遵循最轻微手段之要求;当最大程度尊重被监护人意愿时,有可能无益于被监护人利益。因之,第 35 条作为整体,因其须调和目的与手段间的适当比例而成为一项“开放式”的比例原则。此时,现行制度呈现意思自治原则与弱者保护原则并存之二相结构,但当前立法并未就原则冲突时的优先顺序进行配置,故并不符合融贯标准 1.5 的要求。

3.相互证立的融贯性检验。原则上,融贯的法典体系通过权重排序可实现规范的相互证立(融贯标准 1.6)。鉴于成年监护制度在权重排序上的配置缺位,亦导致制度体系内相互证立的龃龉。例如,

① Aldo Schiavello, "On Coherence and Law: An Analysis of Different Models", *Ratio Juris*, 2001, 14 (2), pp.235-243.

② Joseph Raz, *Ethics In The Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, 1996, p.315, 290.

③ 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,第 348 页。

④ 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,第 353-354 页。

《民法典》第30条第1句规定“依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人”。就本条中“协议”的性质应做何种理解,单独基于文义尚难做分析性或经验性证立^①。体系上,《民法典》中的“协议”在行为性质上或为双方行为,或为共同行为。此时,应如何界定第30条第1句中“协议”之行为性质,亦无法通过相互间的规范性证立加以解决。

此外,依据《民法典》第28条,成年被监护人乃不完全行为能力之成年人。其中,无行为能力人实施之法律行为效果以《民法典》第144条所确立之自始无效为原则,以《民通意见》第6条中“接受奖励、赠与及报酬”之有效为例外。但根据《民法典》第35条第3款之文义,无行为能力之被监护人显然具有“实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”的可能性,甚至可从事“有能力独立处理的事务”。此时,若认为该款适用于无行为能力人,则其文义射程已远超“奖励、赠与及报酬”之例外情形,在无其他限制条件的情形下,其势必突破前述绝对无效原则,并实质上将无行为能力与限制行为能力等同;然若不适用无行为能力人,则意味着在文义上对成年被监护人之范围进行限缩,但此限缩又明显缺乏合目的性基础,且偏离扩张被监护人意思自治范围之立法目的^②。此时,无行为能力概念与成年被监护人概念之间无法进行逻辑地相互证立,同样不符合融贯标准1.6的要求。

(二)概念特征之融贯性检验:概念类型与横向联结

1.概念类型的融贯性检验。层级不一的概念设计是作为理性构建之规则整体的核心^③。《民法典》成年监护制度将行为能力欠缺作为监护适用的前提,换言之,现行法上仅有行为能力此一类抽象概念用以描述被监护人。然而,行为能力概念系对法律交往中理性与否的规范性评价,鉴于“人唯有在所有权中才是作为理性的存在”^④,法律对理性的要求仅存在于财产领域。被监护人作为伦理人之组成类型,却并非理性人之反对概念。监护制度与行为能力在制度本旨与功能前提等问题上均只存在部分重合的情形^⑤,被监护人置身于现实的世俗生活之中,其概念产生之基础非仅来自财产关系,亦包括家庭和身份关系。

财产关系中,人之交往建立在自由平等基础之上,家庭关系却建立在人伦基础之上,且是先在于法律之客观事实^⑥。就无行为能力人或限制行为能力人之行为效力,法律多采抽象之一般性判断。但被监护人是具体且生活的,对其行为效力的考察往往是决疑式的个案审查。抽象概念的单一化运用并未给这种从抽象到具体的身份切换提供适切的脚本过渡,来自概念体系内关联概念间要素数量的差异,显著地割裂了各耦合性概念之间的意义联络和体系互动,难以满足法规范可实践性的基本要求^⑦。相较于抽象概念,意思能力作为类型概念,其内部各要素间呈交互协同模式,其要素数量更充盈,无疑具有比抽象概念更强的对生活现象的描述能力^⑧。欠缺多元化之概念类型的现行制度,并不符合融贯标准2.1的要求。

2.概念横向联结的融贯性检验。概念的横向联结是指法典体系的外部融贯,即法典中某一制度通过普通法则与其他领域制度相联结^⑨。民法典制度体系中,概念间的横向联结更多地依靠转介条款来实现^⑩,如《民法典》第153条等。成年监护制度中,如被监护人适格——以《民通意见》第8条作

① 下文将述及,司法实践的经验并未被立法充分吸收。

② 李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,北京:法律出版社,2017年,第65页。

③ 谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的构建》,《中国社会科学》2013年第2期。

④ 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张启泰译,北京:商务印书馆,1961年,第57页。

⑤ 彭诚信、李贝:《现代监护理念下监护与行为能力关系的重构》,《法学研究》2019年第4期。

⑥ 冉克平:《民法典总则的存废论——以民法典总则与亲属法的关系为视野》,《私法》2008年00期。

⑦ 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。

⑧ 孙犀铭:《意思能力的体系定位与规范适用(下)》,《交大法学》2019年第2期。

⑨ 罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,北京:中国法制出版社,2012年,第125页。

⑩ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第7页。

为被监护人行为能力之判定规则——亦为典型的转介条款^①。然而,依据《民事诉讼法》第188条前半段,“人民法院受理申请后,必要时应当对被请求认定无民事能力或限制民事行为能力的公民进行鉴定。”此时,司法鉴定的指向性已不似《民通意见》第7条中“当事人是否患有精神病,人民法院应当根据司法精神病学鉴定……确认”那么清晰了。就司法鉴定意见功能范围的明确规定,可见于《精神疾病司法鉴定管理办法》第42条第5款:“对民事案件,要根据对被鉴定人的疾病诊断及其社会功能受损害程度,确定被鉴定人在民事活动中精神疾病对其意思表示能力的影响,进而评定其民事行为能力的等级。”此时在立法表述上,司法鉴定意见指向的对象由“是否患有精神病”变成了“无民事行为能力或者限制民事行为能力的公民”,司法鉴定意见的功能亦借助《民事诉讼法》第188条从纯粹的事实判断(是否患有精神疾病)扩张至兼具规范评价(是否欠缺行为能力)层面。但此种功能扩张的正当性仍有待检讨。

实践中,同一结论之司法鉴定意见多作为不同行为能力的判定理由,例如,在认定无行为能力之情形中,重度精神发育迟滞^②、中度精神发育迟滞^③、轻度精神发育迟滞^④均系判定被申请人无行为能力之理由;而在认定限制行为能力之情形中,中度精神发育迟滞^⑤、轻度精神发育迟滞^⑥又可同时作为判断被申请人限制行为能力之理由。显然,将司法鉴定意见作为认定行为能力欠缺理由之做法明显地偏离法律上就同等情形作同等对待之基本要求。

以司法鉴定意见进行规范性评价的最大弊端,在于其鉴定结果的不可反驳性。鉴于专业领域间巨大的鸿沟,法官欲推翻某一鉴定意见,只能更换鉴定机构重新鉴定。但这终究是饮鸩止渴,因为新的鉴定意见仍然不具有被证伪的可能。《民诉法》第188条后半段所强调的审查义务,也仅停留在形式审查层面。由此,法官在大多数时间里不可避免地沦为了鉴定意见的橡皮图章。相较于法官恣意,难以证伪的鉴定结论对法律安定的破坏毋宁更为彻底,因其既不能被证明是否正确,亦无法确定是否公正。准此以观,现行制度虽对概念的横向联结进行了设置,但在与其他领域相联结的过程中,因放弃对法学固有属性(即价值判断)的坚持,从而存在的显著缺陷,并不符合融贯标准2.2的要求。

(三)对象域的特征:适用案件与领域

对象域中案件数量和适用领域多样性之标准已蕴含在证立链条长度、证立链的连结、概念的一般性与横向联结等标准之中。就其作用,对象域的融贯性标准旨在描述一种能够融贯经济学、实践哲学、自然科学和法学的融贯体系,其通过涵盖人类生活的多种领域,从而使各领域彼此间相互支持与联系^⑦。显然,对象域的融贯标准系以全域融贯论之立场所构建。就本文对成年监护制度的检讨而言,上述标准的考察对象将更加具体。

① 《民通意见》第8条规定:“在诉讼中,当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病(包括痴呆症),人民法院认为确有必要认定的,应当按照民事诉讼法(试行)规定的特别程序,先作出当事人有无民事行为能力的判决。”

② 参见“陈金生要求宣告陈卓钧为无民事行为能力人案,(2015)闸民一(民)特字第57号”“庞勉哉诉赵秀芳民事行为能力人案,(2016)沪0114民特124号”。

③ 参见“葛仁尧要求宣告葛鲸波为无民事行为能力人案,(2015)闸民一(民)特字第13号”“许根娣申请认定钱锦无民事行为能力案,(2016)沪0112民特434号”。

④ 参见“申请人朱甲申请宣告朱乙为无民事行为能力人案,(2015)虹民一(民)特字第39号”“李维中与李维达申请宣告公民无民事行为能力特别程序案,(2016)沪0115民特123号”。

⑤ 参见“申请人蔡某甲要求宣告被申请人蔡某乙为限制民事行为能力人一案民事判决书,(2015)静民三(民)特字第34号”“蒋水菊与蒋水兰民事行为能力人申请案,(2015)崇民一(民)特字第6号”“陆小妹与徐云新民事行为能力人申请案,(2015)浦民一(民)特字第4号”。

⑥ 参见“施利昌申请认定施挺限制民事行为能力案,(2016)沪0230民特33号”“申请宣告公民限制民事行为能力特别程序案,(2016)沪0115民特250号”。

⑦ Robert Alexy, Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, 1990, 3(1), pp.142-143.

鉴于现行制度不符合融贯标准 2.1 对概念类型的多样化要求,其必然导致制度体系适用案件数量(3.1)的减少。典型表现为具备完全行为能力但因身体残疾而有监护需求者无法申请适用现行制度^①。同样,就现行制度的适用领域,当前立法仅将其限定于主体法,并通过与行为能力的联结使之功能仅作用于行为能力补足领域。但实际上,作为行为能力补足之手段,监护人法定代理权在实际生活中的作用领域十分有限。

首先,根据《民法典》第 161 条第 2 款的规定,身份行为等依行为性质应当由本人亲自实施的法律行为不得代理。除婚姻、抚养、继承等行为外,在涉及强伦理性之医疗决定权^②,如堕胎、安乐死等,以及缔结遗赠抚养协议等问题上,法定代理权并非一概适用;其次,在财产法领域,当被监护人为限制行为能力人时,根据《民法典》第 35 条第 3 款、第 145 条第 1 款,当被监护人实施了超出其意思能力范围或非纯获利益之法律行为时,使该行为有效之规范基础乃在于第 145 条第 1 款之追认权,而非法定代理权。易言之,仅当限制行为能力的被监护人未作出意思表示时,法定代理权才有适用的可能;最后,监护人尚有照顾被监护人生活之职责,在世俗生活中,这种生活照顾行为往往不需要监护人显露其代理权外观,如为被监护人搜集养老院、医疗机构信息,为被监护人购置生活用品、聘请家庭护工等,其法律效果直接归属于监护人而非被监护人。显然,不论在理性世界抑或世俗世界,被监护人法定代理权行使之空间均十分有限,并不具有其预设之普遍性。

鉴此,民法典对成年监护制度之主体法定位未够精准。域外亲属法中婚姻、家庭、收养、监护等均是“在家庭内展开的人的一生”^③,通过对生活模式的类型概观以实现规则适用的次序安排,同样是民法典体系效益的融贯性要求。婚姻家庭编中各章节内容应按人类生活模式之基本类型进行构建,即通过贯彻特定社会文化观或伦理观之目的,将符合法律所负载的特定社会文化意义的家庭关系塑造成为具有法律意义的家庭关系^④。其体系类型应以家庭中发生之婚姻、抚养、收养、监护等各生活现象为组成部分,并尽可能齐整地将之呈现。成年监护属于家庭法范畴,根本上在于其并未脱离家庭关系和身份关系之范畴。准此以观,现行制度亦不符合融贯标准 3.2 的要求。

三、民法典成年监护制度之融贯性实现

民法典成年监护制度在论证结构、概念和对象域等特征上并未符合民法典体系效益之融贯性追求。同时,秉持对教义学传统及法律文本的尊重,下文拟就前述融贯性之不足提供解释论上缓和之方案。

(一) 尊重被监护人意愿原则之优先序位

长久以来,最佳利益原则系弱者保护原则在成年监护领域的具体化表现,并作为主导性评价观点贯穿制度体系内部。而作为实施保护行为的主体,打造监护人在规范体系中的行权空间即为题中之意。但此规范格局的养成,既来自于彼时政治意识形态对亲属关系之防范姿态^⑤,更是以阶级斗争理论解释一切复杂法律现象之“维辛斯基法学”在制度建构中的隐晦表达^⑥。晚近反思中,有学者主张监护设置之目的应最大限度尊重被监护人真实意愿,协助其实施相应民事法律行为并保障其生活^⑦。更有学者直接指出,“监护是为被监护人利益而存在的制度”^⑧。民法典在协议监护、指定监护、监护

① 王丽萍:《我国老龄化社会中监护与照护制度的重构》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2014年第5期。

② 满洪杰:《论成年被监护人医疗决定问题:以被监护人意愿为中心》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

③ 赵晓力:《民法传统经典文本中“人”的观念》,《北大法律评论》1998年第1期。

④ 刘征峰:《家庭法中的类型法定原则——基于规范与生活事实的分离和整合视角》,《中外法学》2018年第2期。

⑤ 李拥军:《当代中国法律对亲属的调整:文本与实践的背反及统合》,《法制与社会发展》2017年第4期。

⑥ 舒国滢:《中国法学之问题——中国法律知识谱系的梳理》,《清华法学》2018年第3期。

⑦ 杨立新:《民法总论》(第二版),北京:法律出版社,2017年,第97页。

⑧ 朱庆育:《民法总论》(第二版),北京:北京大学出版社,2016年,第399页。

人职责履行中增加了对被监护人意愿的考察,并在第33条确立意定监护制度。可以看到,在制度主导性评价观点的选择上,立法者仍旧在意思自治与弱者保护之间摇摆不决。

事实上,弱者保护原则已无法作为成年监护体系构建的主导性评价观点,除前文述及之法定代理权作用领域有限外,即便在法定代理权发生作用的情形,代理权的行使亦会受到被监护人意思自治的约束。实际上,《民法典》第35条第1款和第3款已初步确立了以被监护人意思自治为主导的内部体系秩序。审判实践中,非但被监护人滥用法定代理权的行为会遭到明确的否定,司法裁判者亦倾向认为,“监护人与被监护人并非一方对另一方的意思支配,而是协商协助的关系,就被监护人在日常生活中可根据其智力状况理解并作出相应判断的民事活动,监护人在履行监护职责时,理应对被监护人作出的判断与决定给予充分的尊重,就被监护人判断比较困难的复杂民事活动,监护人在为其作出合理判断与决定时,亦应当进行解释与说明,并在此基础上征求被监护人的意见。”^①此外,在法律原则的位阶层次中,意思自治亦是位阶上高于弱者保护之原则,意思自治的普适性与其原则具体化的纵深性均强于弱者保护原则,且能够与《民法典》第33条确定之意定监护在体系内部形成统一之主导性秩序。是故,最佳利益原则已不适宜再作为成年监护制度体系构建的主导性评价观点,需确立以“尊重被监护人意愿”之意思自治原则为主导的内在体系基本秩序,以符合融贯标准1.5的要求。

(二)“协议”作为内部决议行为之类推适用

前文指出,《民法典》第30条中“协议”之行为性质尚难以在相互证立中得以确定。不论对该“协议”采双方行为抑或共同行为之认识,原则上均需监护资格人之间形成合意。然而,实践中监护资格人始终无法形成一致意见的情况并不鲜见,若各监护资格人之间无法协议确定监护人并诉至法院时,法院以多数决之决议行为形式,将获得多数监护资格人支持者任命为监护人^②。

采取民主多数决式的意思表示机制系决议行为之根本特征^③。就《民法典》第30条中“可以协议确定监护人”中“协议”之文义观察,协议有共同计划、协商一致之意,似乎决议行为可落入该文义射程。而同法第134条第2款规定:“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立”,文义上似又难有自然人适用本条的空间。理论上,决议行为包括内部决议行为与涉第三人决议行为,作为团体自治的工具,其团体性包括但不限于法人和非法人组织,“在自然人组成的松散式联合体中也有决议行为发挥作用的空间”^④。作为追求自治之私法上“团体”,家庭成员中之监护资格人亦有类推适用决议行为主体资格的可能性。不宁唯是,就成年监护立法目的观察,监护法以“强调家庭责任,弘扬中华民族传统美德”为立法理念^⑤,当法定程序无法终局地确认监护人时,以决议行为解决该问题亦契合该立法目的。此时便符合“法律欠缺——依其目的本应包含之——适用规则时”之“开放的”法律漏洞之特征^⑥,得以类推适用将之填补。

然问题在于,决议行为的做出须“依照法律或章程规定的议事方式或表决程序”,此为决议行为正当性之基础。质言之,决议行为作为团体自治的表现形式,其须以“物化”之团体章程以证成此种自治的正当性^⑦。通过相应的团体章程,决议所集合之各独立的意思表示被熔炼为单一的全体意思^⑧。家庭虽可被视为一类特殊团体,但家庭内部事务的决断并非如企业法人一般有明确的章程可寻,以决议行为确定监护人之做法似缺少实证法上的支持。本文认为,就决议行为的成立之一般情形观察,其行

① 参见“常春申请确定监护人特别程序民事裁定书,(2016)沪0115民特380号”。

② 参见“张宝源、张丹申请确定监护人特别程序民事判决书,(2016)赣0103民特32号”。

③ 王雷:《论我国民法典中决议行为与合同行为的区分》,《法商研究》2018年第5期。

④ 王雷:《〈民法总则〉中决议行为法律制度的力量与弱点》,《当代法学》2018年第5期。

⑤ 何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(下卷),北京:北京大学出版社,2017年,第1647页。

⑥ 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,第254页。

⑦ 许中缘:《论意思表示瑕疵的共同法律行为》,《中国法学》2013年第6期。

⑧ 史尚宽:《民法总论》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第311页。

为效力须满足四项要件,即决议机关举行会议,有法定人数出席会议,会议曾作出表决,表决达多数决要求^①。准此以观,在全体监护人对监护人选任发表意见后,以决议行为确立监护人之情事仍有作为内部决议行为类推适用《民法总则》第134条第2款之解释空间。

(三)意思能力对概念及对象域的融贯作用

现行制度在概念及对象域特征上的不融贯性缺陷,肇始于理论与实践对被监护人概念的理解偏差。通说认为,成年监护系为保护被监护人利益而设,若自然人欠缺对法律行为后果的理性辨认能力,则须为其设置监护人以保护其合法权益。结合《民法典》第28条:“无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人……”并对之做反对解释,似乎可逻辑顺畅得出“被监护人是欠缺行为能力人”之结论。然而通说观点是否妥当,取决于对被监护人概念的理解,需结合体系及目的解释之手段加以观察。

体系上,《民法典》第35条第3款规定“成年人的监护人履行监护职责……”,文义上,被监护人是“成年人”。而第28条中的被监护人,则为行为能力欠缺之成年人,两款条文对被监护人概念的认识存有显著差异。鉴于法体系中同一概念应避免存有相异的评价,究以何者为准,须再对之做规范目的上的考量。当成年监护制度以“尊重被监护人意愿”作为其主导性秩序时,意思和利益将共同作为被监护人概念的构成要素,被监护人亦不再是无法理性辨认自己法律行为后果之欠缺行为能力人。换言之,行为能力欠缺仅是便于实现自我利益的情形之一,意思能力健全但须在他人协助下实现自身利益的老年人、身体障碍者等成年人均属被监护人范畴,此时便不宜对第28条做“被监护人是欠缺行为能力人”的反对解释。只可认为,第28条仅规定了成年监护一种特殊的适用情形,而其他适用情形,须依据行为人具体意思能力或本人申请判断。

至此,前述非融贯性缺陷,得以在民法典规范理解中转化为如何实现对意思能力之判断问题^②。在解释方案的选取上,可类推适用《民通意见》第67条,构建意思能力作为成年被监护人判定中的标准^③,并通过对意思能力概念及其判断标准的构建,联通抽象概念递归至生活事实的下行通道,在保持制度内部各概念在要素内容充盈的前提下,实现对现实社会的顾全,从而满足融贯标准中一般性概念的多元化(2.1)以及制度对象域在案件数量(3.1)和适用对象上的多样性(3.2)要求。

四、余论:相互证立的类型化制度构建方案

前文述及,在将被监护人限定为无行为能力和限制行为能力人时,现行制度面临着在民法典体系内与其他概念进行相互证立时逻辑推导的难题(标准1.6)。而在将被监护人的概念内涵扩张为需在他人协助下实现自身利益的成年人时,上述相互证立的逻辑缺陷因受实证法规范约束,尚难以解释论方案解决,惟期于将来的成年监护特别立法中,通过类型化的制度设计彻底消除体系内概念相互证立的缺陷,以实现制度体系的融贯。

申言之,依据第35条第3款的表述,监护人履行监护职责应“最大程度地”尊重被监护人真实意愿。此种立法表述在文义上已预留类型化操作的空间;既然存有“最大程度”,则其他程度下监护人和被监护人各自的行为规则,也需由立法言明^④。基于尊重被监护人意愿原则之优先序位,特别立法将以被监护人真实意愿(即具体之意思能力)为基准,通过构建不同的制度类型以明确无行为能力的评

^① 徐银波:《决议行为效力规则之构造》,《法学研究》2015年第4期。

^② 现行制度在概念横向联结上的缺陷,因涉及对民法典体系外之民事诉讼制度之完善,亦无法在本文中完全展开论证,惟容有他文再论。

^③ 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。

^④ 立法在此问题上并不能留白,因其已超出法律可作有意义沉默之范围。

价范围,进而弥补既有制度在相互证立上的不足。届时,《民法典》第35条第3款与第144条的相互证立关系,将转换为《民法典》第144条与特别立法中特定规范的相互证立关系。在类型化后的具体制度中,无行为能力之被监护人的行为范围将被明确限缩至特定规范语境中,而不再笼统地适用于《民法典》第35条第3款。由此,当成年被监护人的行为效力需适用第144条时,通过限定行为无效之具体情形,得以在不僭越第144条所确立之绝对无效原则的前提下,实现制度体系相互证立的融贯性要求。

The Accomplishment of Institutional Benefit and Coherence in Adult Guardianship System of Civil Code

Sun Ximing

(Law School, Shandong University, Qingdao 266237, P.R.China)

Abstract: The institutional benefit of Civil Code requires that every system in the Code should be as coherent as possible. The current adult guardianship system does not meet the requirements of the coherence standards in terms of the supportive structure, concept and object domain characteristics, so it is still necessary to continue to improve it on doctrine of law. Regarding the weighting of the internal system, based on the change of normative purposes and the limitation of agency power, the priority principle of respecting of the guardian's will should be established in the adult guardianship system. As for the understanding of Article 30 "Agreement" of the Civil Code, it is advisable to apply the legal effect of Article 134 by analogy as a special type of internal resolution to meet the coherence requirements of mutual verification in the system. Regarding the concept type of the external system, subject to the limitations of Item 3 of Article 35, it is not possible to interpret the "guardian" as imperfect capacity for adults. It should be constructed by analogy with the application of Article 67 of The Supreme People's Court's Opinions on Several Issues Concerning the Implementation of the General Principles of the Civil Law to establish the standard of the decision-making capacity of the adult when determined as guardian. In addition, in view of the nature of Article 35's "open" proportion principle, it is difficult to overcome the conflict of values by interpretation, so it is necessary to construct in a special legislation.

Keywords: Civil Code; Internal system; External system; Coherence; Adult guardianship

[责任编辑:林 舒]