

未成年人意定监护立法研究

叶英萍

(海南大学 法学院 海口 570228)

摘要: 未成年人意定监护是指在未成年人不处于父母照护权之下时,由未成年人的父母双方或一方通过委托或者以遗嘱方式为其设立监护人,并将对未成年人的照顾与保护委托给监护人代理行使的制度。它是未成年人利益最大化原则的具体体现。未成年人意定监护具有自身的特征,它体现的是作为法定监护人父母的意思与意愿,意定监护人履行的是类似于父母对未成年子女的抚养、教育与保护的义务与责任,保护的是未成年子女的人身权和财产权。作为法定监护的补充,我国相关立法规定了委托监护和遗嘱指定监护两种意定监护形式,但从立法本身及其适用效果来看,我国的意定监护还存在着立法体系不统一、内容不够完善和监护监督机制不够健全等问题。因此,建议由民法典来统一规定意定监护,明确规定意定监护的适用条件、意定监护人选任资格、意定监护人的职责与权利等内容,并建立健全意定监护的监督机制。

关键词: 未成年人; 意定监护; 委托监护; 遗嘱指定监护

中图分类号: DF552 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2017.05.05

一、问题的提出

近年来,我国的儿童福利事业得到了极大的发展,关于未成年人的保护制度也在不断完善。但是与其它一些发达国家的儿童事业相比,我国的未成年人保护在理念、立法、工作制度及政府投入等方面,仍有较大的差距,未成年人得不到有效照顾和监护,身心受到伤害的现象屡屡发生。“南京虐童案”和“饿死女童案”“贵州毕节儿童垃圾箱内死亡案”“海南儋州生父继母虐待女童案”^①等等,桩桩

件件都令人痛心疾首。从这些儿童受侵害的案件来看,多数都与法定监护人不能履行监护职责有关。作为法定监护人的父母不履行监护职责,有两种情况导致,一是监护人心有余而力不足,他们或因自己身体有障碍使得照顾子女力不从心,或因经济困难而无力履行监护职责,或因双方外出务工而不能亲自照护;另一种情况则是监护人基于主观故意或过失怠于监护,同时相关部门却对监护人的故意违法或侵权行为缺乏监督或监督不力所致。

亲子制度是婚姻家庭法的重要组成部分,父母对未成年子女的教育与保护是亲子关系的重要内

收稿日期: 2017-07-10

作者简介: 叶英萍(1963),女,安徽庐江人,海南大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

^① 据媒体报道:2015年4月,南京某小学生施某遭其养母李某殴打致多处表皮伤;2013年6月,南京是江宁区麒麟派出所辖区某社区居民乐某两个幼女(3岁,1岁)饿死家中;2011年11月16日,贵州毕节5名男童被发现死于垃圾箱内;2011年6月媒体报道海南儋州一女童被生父和养母虐待毒打致全身多处软组织挫伤。

容之一,在法律制度上分别体现为亲权制度或监护制度。我国现行相关法律没有规定亲权制度,但《民法通则》规定了未成年人的监护^①,从而将亲子关系纳入监护体系之中。针对父母外出务工,大量儿童留守的情况,我国《未成年人保护法》规定了委托监护制度^②,从此,对未成年人的监护,除了法定监护外,还有意定监护。意定监护虽然在一定程度上弥补了法定监护的不足,但由于缺乏可操作性和有效的监护监督,法定监护人的委托监护并没有得到广泛有效的适用,留守儿童得不到照护,身心遭受侵害现象仍然存在。2014年最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及民政部联合发布了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》(以下简称《意见》),希望综合各方面力量来防控监护人对未成年人的侵害,但仍未实际解决对未成年人的照护问题。2017年3月全国人民代表大会通过的《民法总则》第27条明确规定父母是未成年人的监护人,同时,在第29条还允许父母通过遗嘱指定监护人^③,至此,关于未成年人的监护,在我国除了法定监护外,还有遗嘱指定监护和委托监护两种,而后两者相对于监护人来说,是监护人自我意志的体现,属于意定监护。遗嘱指定监护的设立,丰富了我国未成年人监护制度,但从现有意定监护立法来看,能否解决不处在父母照护之下的未成年人的人身照顾与财产保护,仍是需要思考研究的。

二、未成年人意定监护的基本理论

从监护制度的保护对象来看,监护分为对未成年人的监护和对成年人的监护。未成年人均为无民事行为能力或限制民事行为能力人,其法定监护人是父母。成年人的监护,从传统的监护立法来看,被监护人通常是无民事行为能力或限制民事行为能力的人,但随着社会的发展和人口老龄化的到来,对于成年人的监护发生了变化,由保护被监护人转向尊重被监护人,尚有意思能力的成年人可以为自己选任监护人,此即意定监护,很快,意定监护也被适用于未成年人。

(一) 未成年人意定监护与成年人意定监护的区别

意定监护源起于成年人监护。1969年美国联邦实施《永久性代理权授予法》(Durable Power of Attorney,简称DPA法),旨在为高龄者财产提供保护;德国的防老授权制度、日本的任意监护制度都是成年人意定监护的典型立法例^④。我国2015年修改的《老年人权益保障法》也首次规定了成年人的意定监护^⑤。

意定监护,有学者认为系指基于当事人的意思表示而成立,并就监护人的选定、监护事务与监护(代理)权限等,由当事人自己决定的委任监护契约^[1]。也有学者将之定义为“在公权力机关监督下的意定代理制度,即在本人还具有意思能力时与自己所选任的意定监护人缔结意定监护合同,在自己将来因身心障碍等原因致使判断能力不足时,有关自己的生活、疗养看护以及财产管理事务的全部或部分赋予代理人的制度”^[2]。表述虽然有异,但其核心则是相同的,即意定监护是被监护人以自己的意思表示,根据自己的意愿来选任监护人,确定监护人的监护事项,其本质是尊重被监护人的意愿,其目的是代理被监护人在身心障碍或判断力不足时处理事务。

目前关于未成年人意定监护制度的含义学界并没有统一的认识,只能从成年人意定监护制度中衍生而来,即未成年人意定监护制度是父母双方或

^① 《民法通则》第16条:未成年人的父母是未成年人的法定监护人。

^② 《未成年人保护法》第16条:父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责的,应当委托有监护能力的其他成年人代为监护。

^③ 《民法总则》第27条:父母是未成年子女的监护人,第29条:被监护人的父母担任监护人的,可以通过遗嘱指定监护人。

^④ 《日本任意监护法》第2条:任意监护合同是委任人对受任人的委任合同,当本人由于精神障碍而使意思能力变得不充分时,本人将自己生活、疗养看护与财产管理相关事务的全部或部分委任受任人,并就委任事务赋予受任人以代理权。根据第4条第1项的规定,从选任任意监护监督时起,任意监护合同开始生效。

^⑤ 我国现行《老年人权益保障法》第26条:具备完全民事行为能力的老年人,可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时,依法承担监护责任。

者一方通过委托或者遗嘱的方式为未成年人设定监护人的制度。从意定监护的本质来看,未成年人意定监护与成年人意定监护显然是有区别的:

其一,委托主体与体现的意志不同。未成年人意定监护是父母通过委托或者遗嘱方式为未成年人选定监护人,意定监护的委托主体是未成年人父母,遵循的是未成年人父母的意愿;而成年人意定监护是在本人具有完全意思表示能力时,依据自己的意愿选任监护人并与之订立委托监护合同,因此其遵循的是被监护人自己的意愿。

其二,意定监护的类型不同。未成年人意定监护包括委托监护与遗嘱指定监护,而成年人意定监护主要是指委托监护,委托监护人在自己在身心障碍或判断能力不足时,代理为照顾、进行财务管理等法律行为。

其三,意定监护遵循的主要原则不同。未成年人意定监护必须遵循未成年人利益最大化原则,因为意定监护的设立主要是为了保护未成年人合法的人身权益与财产权益,父母在选定监护人时不得有损未成年人合法权益;而成年人意定监护遵循意思自治原则,因为成年人是在其具备完全民事行为能力的条件下订立委托监护合同的,应遵循合同订立的一般性原则,尊重当事人双方的意愿,对各方的意思表示的自由法律不加以干涉。

其四,适用的条件不同。未成年人意定监护主要是在为未处在父母照护下的未成年人而设立,委托监护是在父母因外出务工或其它事宜暂时不能履行监护职责时适用,遗嘱指定监护则是父母为未成年人子女在自己死亡后而选定的监护人。成年人意定监护则是成年人为自己而设立的防患于未然的委托代理,其适用的前提是该成年人身心出现障碍或判断力不足。

其五,内容不完全相同。未成年人意定监护主要是要求意定监护人对未成年人行使父母应该履行的抚养、教育和保护的义务,而成年人的意定监护是意定监护人对委托人的生活照料、财务管理等义务。

(二) 未成年人意定监护的理论基础

未成年人的照护与保护是未成年人意定监护

的事实基础,人权保障是未成年人意定监护的理论基础。未成年人的成长关系着国家的未来,未成年人监护制度的设立,即是为了对未成年人设立监护人,以照顾和保护其人身和财产、代理其从事民事行为、代表其参与民事诉讼,最大限度地保护未成年人的权益、保障其得以健康成长。根据联合国《儿童权利公约》确立的儿童利益最大化原则^①,要求各国在处理所有与儿童相关的问题时,应以儿童利益为首要的考虑,将儿童利益置于优先的位置^[3]。监护制度作为针对未成年人的人身和财产权益进行保护的制度,尤应确立起儿童利益最大化原则,要根据未成年人的特点,以儿童利益最大化为考量,制定出“由谁担任监护对子女最为有利”的监护制度^[4]。

未成年人与成年人的最大不同在于前者自身需要保护,不能正确表达意愿,因此,在某种意义上,为了保护被监护人的权益,只能由监护人来选择最有利于该未成年人的监护方式。父母是子女一出生就与其共同生活的、最亲近的人,与子女间有着自然血缘关系和情感上的紧密联系,是子女的启蒙老师和利益保护人,对子女哺育、监护与教育是父母的天职,寻求并实现子女的最大利益可谓父母的天性。一般而言,父母不仅不会损害子女的合法权益,还会尽其所能地保护子女,为子女寻求最大化的利益和最好的保护,在自己不能照护时,为子女选定最恰当的监护人是其本能。因此,基于监护人父母意愿的意定监护是体现父母意愿的最有效的选择,也是父母对未成年人子女的最有效的保护。

三、我国未成年人意定监护立法现状及存在的问题

(一) 立法现状

我国对于未成年人意定监护的规定,主要分布在我国现行的《民法通则》《未成年人保护法》和2017年颁布的《民法总则》之中。《民法通则》第16

^① 联合国《儿童权利公约》第3条第1款,“关于儿童的一切,均应以儿童的最大利益为一种考虑。”

条规定“父母是未成年人的法定监护人”,《未成年人保护法》第16条规定“父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责的,应当委托有监护能力的其他成年人代为监护”,《民法总则》第29条规定“被监护人的父母担任监护人的,可以通过遗嘱指定监护人”^①。此外,我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(以下称《〈民法通则〉意见》)以总括形式也规定了未成年人意定监护的有关制度,该《意见》第22条规定“监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人”通过上述规定可以看出,我国未成年人意定监护制度包括遗嘱指定监护和委托监护两种类型。

1. 遗嘱指定监护

未成年人遗嘱指定监护主要适用于以遗嘱形式体现意定监护的情形,其适用条件有三:一是指定监护人的主体须为被监护人的父母,此处父母应做广义理解,其不仅包括生父母、养父母还包括按照完全收养方式形成的继父母和已经构成收养或扶养关系的继父母等,只有这些具备“父母”身份的主体才能有效地成为遗嘱指定监护中指定监护人的适格主体,其他民事主体,即便是祖父母、外祖父母及兄弟姐妹等近亲属也不具有此种资格。二是指定监护的形式为遗嘱方式,指定监护的遗嘱要有效,则其必须符合我国关于遗嘱成立的有关规定,一方面要符合遗嘱的实质要件,即其要满足遗嘱人在立遗嘱时具有遗嘱能力,所立遗嘱是其真实意思表示,且无违反法律规定之情形等,另一方面还要符合遗嘱的形式条件,即遗嘱形式应符合我国《继承法》第17条规定形式要求,必须属于公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱或者是口头遗嘱这五种合法遗嘱形式之一^[5]。三是指定监护人的范围,基于遗嘱意思自治原则,遗嘱指定监护中的指定监护人范围广泛,但凡具备完全民事行为能力的主体均可成为指定监护人。但需要明确的是,由于我国对未成年人的监护包括法定监护和意定监护两大类,《民法总则》第27条规定了对未成年人的法定监护制度,该条明确规定了未成年人的监护人范围,并且以绝对列举的形式,规定父母、祖父母和外

祖父母、兄和姐以及其他一些主体,按照以上层级履行监护义务的顺序,但基于遗嘱自由原则,遗嘱指定监护人的选任可以不受以上法定顺序之限制。

2. 委托监护

未成年人委托监护是其意定监护另一种重要形式,它是由适格的民事主体行使的非亲属身份权的一种监护类型^[6]。由于我国《〈民法通则〉意见》对委托监护只是一个概括性规定,并无细化规则与之匹配,因而,我国对于未成年人委托监护制度主要规定在《未成年人保护法》之中,其适用的条件主要有以下两个方面的要求:首先,未成年人委托监护的发生原因具有一定的特殊性,这种特殊性一方面表现为其适用对象应仅为未成年人的父母,此处的“父母”与遗嘱指定监护中的“父母”的内涵与外延均相同,另一方面具有父母身份的主体不是在任何情形之下均可以行使对未成年人的委托监护,而只有当其外出务工以及与其外出务工有等同的情形存在,并且又因以上情形不能完成对未成年人子女的监护,在具备这两种条件的情况下才能满足对未成年人进行委托监护发生的原因。其次,未成年人委托监护是一种强制性规则,《未成年人保护法》对委托监护之适用使用了法律强制用语“应当”一词,即意味着在满足未成年人委托监护发生原因的情况之下,未成年人的父母必须启动委托监护这一机制,将其负有的监护职责妥善地委托出去。最后,未成年人委托监护的代为监护人需具备一定的资格要求,即代为监护人一方面必须为成年人,另一方面还须具备一定的监护能力,这种监护能力既要满足民事行为能力要求,同时也要满足与监护相匹配的经济、身体等方面的能力要求。

(二) 存在问题

我国《民法总则》以及现行《未成年人保护法》对未成年人意定监护制度虽已经做出了基础性规定,但是,其仍然存在立法体系不统一,具体规则有待完善和细化、监督机制尚需健全等问题。

1. 立法体系不够统一

^① 参见:我国《民法通则》第16条、《未成年人保护法》第16条以及《民法总则》第29条。

我国对未成年人委托监护主要规定在《未成年人保护法》和《民法通则》意见之中,而2017年3月全国人大常委会通过的《民法总则》并无关于未成年人委托监护的规定,这种分散式立法模式导致以下问题:

(1) 不同法源之间冲突。其主要表现在新近颁布的《民法总则》与现行《未成年人保护法》之间的冲突。我国《民法总则》第二章第二节以一整节规定了监护制度,作为统帅民法典的《民法总则》,其规定的监护制度是调整监护关系的最基本制度,所有涉及监护关系的制度均应以其为依据展开,但反观对于未成年人委托监护制度,由于《民法总则》没有涉及,而《未成年人保护法》又对其作出了规定,此时两法之间如何协调?例如,我国《民法总则》第35条规定了监护人应当按照“最有利于被监护人”的原则履行监护职责,但是我国《未成年人保护法》并无以上原则^①,此时,对于《未成年人保护法》规定的委托监护是适用《民法总则》规定的最有利于被监护人的原则,还是仅适用于《未成年人保护法》规定的原则,这无疑为以后司法及适法带来不便。

(2) 新旧法源之间冲突。虽然我国现行的《〈民法通则〉意见》在法律渊源中仅属于司法解释,且其仅是《民法通则》的适用的司法解释,伴随我国《民法总则》于今年10月1日的生效,其部分内容将随着《民法总则》一并退出历史舞台,但是,《〈民法通则〉意见》确立的委托监护制度并不必然地归之无效。由于我国《民法通则》并无委托监护的相关规定,但是在实践当中,监护人将监护权全部或部分委托其他主体行使的情形逐渐增多,尤其是在因工作、学习等情况下则更为普遍,此时,最高人民法院以司法解释“造法”的形式确立了《〈民法通则〉意见》在内的“委托监护”制度,以填补立法空白与平衡现实需求二者之间的关系,可以预见,随着《民法总则》的实施,《〈民法通则〉意见》确立的十分有必要存在的委托监护制度^[7]极有可能继续保留或再以新的司法解释形式出现,而此时,如何统一《民法总则》规定的监护制度与《民法通则》意见确立的委托监护问题,这无疑也是迫切需要解决的一个问题。

2. 制度内容有待完善

由于我国现行立法对于未成年人意定监护仅规定了总括性的基本制度,但是在实践当中,其存在着对于监护适用条件不完善、监护人资格不明确以及监护人的权利和义务不具体等问题,尚需立法对其进一步明确和细化。

(1) 意定监护适用条件不完善。我国《民法总则》对于遗嘱指定监护之适用几乎没有限制,即只要是被监护人之父母在担任监护人情形之下,就可以以遗嘱形式对未成年人做出指定监护,这种规定存在以下弊端:一是没有考虑被监护未成年人的父母二者意见不一的实然情况,具体而言,当被监护的未成年人父母一方以遗嘱指定非父母之外的他人为监护人,而另一方以委托监护方式将未成年人委托其他主体监护,或者主张由自己监护,应如何处理?此外,当父母双方均以遗嘱指定监护的形式指定了对未成年子女的监护人,但指定的监护人不一,此时又应当如何协调?对这些问题均需立法进一步完善遗嘱指定监护启动机制予以协调和解决。二是当具有遗嘱指定监护人资格的父母达成一致意见指定了监护人,但是被指定的监护人不具有民事行为能力或者其因自身原因如不可抗力、疾病或者犯罪等情形而不能行使监护职责,此时,对于指定的在实然上已经不再具有监护能力的监护人应如何处理,这些尚需立法进一步完善。

而我国现行《未成年人保护法》规定的委托监护同样存在监护适用条件不健全的情形,其存在问题主要是对于委托监护适用条件过于严格,委托监护虽然属于亲属法上规定的意定监护的一种,但究其本质在法律上仍属于委托合同的一种,委托合同中委托人可以概括委托受托人处理其一切事务,此处的事务在符合法律规定的情况下无任何限制^[8],按照遵循契约自治的原则,在委托监护中,凡具有委托监护资格的父母,均应赋予其行使委托监护的权利,毕竟随着我国社会转型的加快,无外出务工等情形的父母,由于精力、时间或者经验等因素限

^① 《未成年人保护法》第5条:保护未成年人的工作,应当遵循下列原则:(一)尊重未成年人的人格尊严;(二)适应未成年人身心发展的规律和特点;(三)教育与保护相结合。

制,不能全面或者较好地履行监护职责时,将其被监护人交由有监护能力的成年人监护应当给予支持。现实中,精力不足或者工作繁忙的父母将其未成年子女委托朋友、邻居或同事部分监护情况已经较为普遍。

(2) 意定监护人资格不具体。关于未成年人意定监护中遗嘱指定或者委托的监护人资格问题,我国《民法总则》对遗嘱指定监护人资格并未做出明确规定,而《未成年人保护法》对委托监护人的资格限定为两个方面:一是监护人须为成年人,二是有监护能力。以上规定存在两方面的问题:第一,没有体现被监护未成年人的意思,遗嘱指定监护属于单方意思表示的民事法律行为,仅体现遗嘱人单方的意思,而委托监护虽为多方民事法律行为,但也仅体现委托人和被委托人两者的意思表示,因此,无论是遗嘱指定监护还是委托监护,在现有的法律框架下,均没有体现被监护未成年人的意思自治。基于儿童利益最大化的原则,对于已具有一定的认知能力的10岁以上未成年人,应当充分尊重其意思自治。毕竟在司法实践当中,这种做法已有先例。如我国最高人民法院发布的《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》中就多处规定和赋予了10岁以上的未成年人在其父母离婚案件当中的意思自治权利^①。第二,没有明确监护人的不适格类型。我国现行委托监护制度当中,虽然明确了监护人须具有监护能力这一资格要求,但对于何为监护能力则没有具体的规定,而在遗嘱指定监护当中则没有涉及对监护人资格的规定。明确一些对于儿童存有危害、可能会损害儿童利益等不适格的监护人的情形,不仅可以进一步明确委托监护中关于监护能力的内涵和范围,而且还可以在充分尊重遗嘱指定人和委托监护委托人的意思自治的前提下,排除一些不利于监护未成年人的主体,可最大化地保障未成年人的合法权益。

(3) 意定监护人权责不明确。我国现行未成年人意定监护制度中,重点突出的是遗嘱指定监护中指定人和委托监护中委托人的权利,而对于被指定人和受委托人的权利和责任,立法没有进一步明确和具体化,这种不具体监护人权利和责任的立法模

式,一是不利于维护意定监护人的权益,在未成年人意定监护关系当中,无论是遗嘱指定监护的被指定人还是委托监护的被委托人,在未成年人意定监护成立后必然会成为实际监护人,但是按照现有未成年人意定监护制度,无论是遗嘱指定监护还是委托监护均没有对其权利加以明确,尤其是在有偿提供监护服务的情形之下,这种不明确的制度将会带来适用上的困难。例如有偿提供监护服务费用是否应予给付,给付的标准,以及不能给付或者不能完全给付应如何维护其权益,因此,这种不明确的制度设计不利于维护意定监护人的权益。二是不利于保护被监护的未成年人。监护内容包括多种事项,既有人身方面的,比如人身安全、心理健康等,还有财产方面的,比如对财产投资、收益及保管等,而在体现指定人或者委托人高度意思自治的对未成年人意定监护中,可能会因指定人或者委托人不同现实需要,而对指定或者委托监护的内容有所不一,而我国现行立法没有明确不同情形之下意定监护人的相关职责,极易导致意定监护人疏忽或者怠于履行相关监护职责,不利于保护被监护的未成年人合法权益。

3. 监督机制尚需健全

虽然未成年人意定监护充分体现当事人的意思自治,但是,鉴于未成年人这一弱势群体的特殊性,强化对其的监督机制,才能更好地实现未成年人意定监护的制度功能,为此,我国《民法总则》与最高人民法院等四机关于2014年发布的《意见》规定了对于监护人履行监护职责的监督规则。《民法总则》第36条规定监护人存有严重损害被监护人的身心健康以及怠于或者不能有效地履行监护职责等情形时,有关个人或者组织可以向人民法院申请撤销监护人的资格,其中,该条还对“组织”进行了界定,并明确了个人及相关组织不履行监督职责

^① 最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第5条规定“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的,应考虑该子女的意见”;第16条规定“一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的,应予支持。”其第3款规定“十周岁以上未成年子女,愿随另一方生活,该方又有抚养能力的……”。

时,民政部门应负有的兜底负责条款;而作为专门规制和处理监护人侵害未成年人权益的《意见》用五节44个条款全面规定了处理监护人侵害未成年人的规则和机制,该《意见》第3条明确规定任何个人及组织对于监护人侵害未成年人的情形均可以举报,并明确公安机关、民政部门、人民法院以及人民检察院等国家机关的相关监管职责。

从以上规定可以看出,我国对于未成年人监护的监督机制主要包括两个方面的监督,一方面是个人的私力监督,另一方面是国家的公权监督。但是均存在某些问题,一是在个人监督方面,主要存在对“个人”规定不够明确,《民法总则》规定了“有关个人”而《意见》则使用了“任何个人”用语,这种没有明确负有监督责任个人的立法模式,虽然可以最大化地鼓励所有“个人”积极行使监督权利,但是在实际生活当中,作为抽象概念上的“个人”碍于“事不关己高高挂起”的心理,很可能导致无人去行使这种监督权利,从而严重影响个人监督制度功能的发挥。二是在国家公权力监督层面,主要存在牵头单位不明确以及监督衔接机制不顺畅等问题,《民法总则》虽然规定了以撤销监护人资格的监督方式,当有关组织及本人不履行其监督职责时,民政部门享有兜底性的监管职责,《意见》也明确了公安机关、民政部门、人民法院等相关机关的监管职责,但是,立法没有明确一个监管的牵头单位,导致相关各监管部门各自为政不能有效发挥监管的效能。此外,由于监护监管是一项庞杂的系统工程,其涉及了多个部门,因此,如何有效衔接各个部门之间的监督机制,还需进一步立法明确,如《民法总则》在规定撤销监护人资格机制中,民政部门如何对相关主体“不及时”履行申请撤销监护人资格的行为进行衔接就需要进一步明确。

四、我国未成年人意定监护立法完善的若干建议

(一) 统一立法体系

未成年人意定监护制度是父母或其一方以委托或者遗嘱的意定方式为未成年子女设定监护人的制度。在未成年人意定监护制度下,首要需求是

监督和保护未成年人的人身权利,其次是财产权利。保障未成年人的人身权利,是未成年人监护意定制度的出发点。当未成年人的法定监护人出现了特殊情况,如未成年人的父母死亡、监护资格中止或者丧失,或者没有监护能力时,不能履行监护职责,未成年人的权益保护就出现了缺位,此时则必须考虑其他适格的人来承担监护职责。意定监护制度既能弥补现有法定监护人范围不足的弊端,又可以避免有监护资格的人之间相互争夺监护权或推卸监护职责。总之,设立未成年人意定监护的原因就是未成年人不处在父母照护之下。未成年人意定监护是对法定监护的补充,当未成年人未处在父母照护下时,需要具有监护能力的人代替父母行使监护权,使未成年人不论在何种情况下,都能处于监护人的监护之下,从而实现对未成年人最大限度的保护。

为了体系化地建立未成年人意定监护制度,域外一些立法在民法中全面规定了未成年人意定监护制度,如我国台湾地区“民法”在法定监护之外,规定了两种未成年人意定监护制度:一是在一定期限内,因为特定事项,父母可以委托他人行使监护之职务之委托监护,二是后死之父或母可以用遗嘱指定监护人之遗嘱监护^①,而祖国大陆对于未成年人意定监护类型分散于《民法总则》《未成年人保护法》以及相关司法解释当中,为避免立法体系上的不同法源之间的冲突以及在法律适用上可能产生的困境,祖国大陆可借鉴我国台湾地区的立法模式,将未成年人意定监护制度均纳入到民法典中予以规定^[9],以维护立法体系的统一性和完整性。鉴于目前《民法总则》已经颁布,建议在分则《婚姻家庭编》中作具体的更具操作性的规定。

(二) 完善具体制度

1. 完善意定监护适用条件

对于遗嘱指定监护,我国立法需要进一步明确被监护未成年人的父母的自身实然条件,充分借鉴一些域外的先进立法经验,以其是否有管理权、生

^① 参见:我国台湾地区“民法”第1092条、第1093条以及第1094条。

存之状况来确定遗嘱指定监护的适用条件,如我国台湾地区“民法”规定在对未成年人遗嘱指定监护中“后死之父或母得以遗嘱指定监护人”^①,《日本民法典》则是通过最后行使亲权和设置管理权的条件以实现遗嘱指定监护目的,规定“对未成年人最后行使亲权的人,可以通过遗嘱指定监护人。但是没有管理权的人,不在此限。行使亲权的父母一方没有管理权的,另一方可以根据前款的规定指定监护人”^②。此外,《德国民法典》同样以父母的生存状况确立未成年人遗嘱指定监护的适用条件,规定“父亲和母亲已经指定不同的人的,以最后一个死亡的父母一方的指定为准”^③。

委托监护其本质是源于古罗马家父对其家庭成员及财产的自由支配和管领^[10],对于委托监护,我国立法应充分遵循委托监护的私权自治属性,最大化地尊重当事人的意思自治,排除和取消具有外出务工等情形和不能履行监护的条件限制,赋予对未成年人负有监护责任的父母更大的权限,以便利将监护权委托给相关民事主体,具体做法可参酌我国台湾地区“民法”委托监护制度规定的“父母对其未成年之子女,得因特定事项,于一定期限内,委托他人行使监护之职务”^④的条款,进一步扩大委托监护的适用条件。

2. 明确意定监护人资格

对于我国现有的监护人资格不明确问题,我国立法首先应以尊重和体现被监护人的意愿为基本准则,尤其是可以比照我国最高人民法院颁布的《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》中赋予10岁以上的未成年人享有的一定意思自治权的相关规定,明确在遗嘱指定监护中,立遗嘱父母在立遗嘱中必须考虑10岁以上未成年人的意见;父母在委托监护人时亦必须充分照顾10岁以上未成年人的意愿,以保障具有一定认知能力的未成年人的自主决定权。其次,应明确不适格的监护人类型,尤其是要明确对于儿童存有危害、可能会损害儿童利益等不适格的监护人的情形,具体可以借鉴域外一些立法做法加以明确。如《俄罗斯联邦民法典》第35条规定,被剥夺亲权的公民不得被指定为监护人和保护人。《韩国民法

典》第937条也明确了未成年人、成年被监护人、被判停止资格以上刑罚且在服刑中的人、法院解任的法定代理人以及下落不明的人等为不适格的监护人。《日本民法典》第847条、《德国民法典》第1778条、《法国民法典》第395条都明确列举了不能成为监护人的人,其设置的条件主要有三点:一是年龄或行为能力,凡是未成年人或无行为能力者不能成为意定监护人;二是品德,凡是被罢免了法定代理人、保佐人或辅助人资格,或被取消亲权的人,不能成为未成年人的监护人;三是与被监护人有利害关系者,如曾对被监护人诉讼的人及其配偶、直系血亲,或可能会危害被监护人利益者。我们可以上述域外国家或地区立法经验为导向完善意定监护人资格相关规定。

3. 明确意定监护人权责

第一,明确意定监护人报酬请求权。为保障意定监护人的合法权利,各国民法都有规定监护人可以收取监护费用,享有监护报酬请求权。如《日本民法典》第862条规定,家庭法院可以根据监护人和被监护人的资力及其他情况,从被监护人的财产中,支付给监护人一定的报酬。我国立法可参酌以上相关规定,明确意定监护人的报酬请求权。我国立法可根据意定监护的不同情况明确意定监护人的有关报酬请求权。

第二,明确意定监护人的具体职责。不论是法定监护人,还是意定监护人、指定监护人,都应履行法律规定的监护职责,保护未成年人的人身和财产权益。明确监护人的职责,是保证监护人有效履行监护义务的具体要求,域外法律关于监护人监护职责的规定,对于我国监护人制度的完善无疑具有重要意义。监护人的监护职责概括起来主要有:人身保护、财产保护和其他代理行为三个方面。在人身保护方面,《俄罗斯民法典》第36条要求监护人要关心被监护人的生活,关心未成年人的学业和品德教育;作为未成年人的监护人,《日本民法典》第857

① 参见:我国台湾地区“民法”第1093条。

② 参见《日本民法典》第839条。

③ 参见《德国民法典》第1776条。

④ 参见:我国台湾地区“民法”第1092条。

条、《韩国民法典》第 945 条都赋予监护人行使亲权人同样的权利义务。《意大利民法典》第 357 条规定监护人负有照料未成年人的生活、代理未成年人参加一切民事活动等行为。在财产保护与代理行为方面,一是要求监护人在规定的时间内清查未成年人的财产,并制作财产目录,如《日本民法典》第 853 条、《韩国民法典》第 941 条的规定。二是监护人有权管理未成年人的财物,并代表未成年人为有关财产的民事法律行为。《日本民法典》第 859 条、《意大利民法典》第 357 条同样既规定监护人要照顾未成年人的身体,又要管理其财物,代理未成年人为民事行为。三是监护人对被监护人享有债权或负有债务的,应在着手财产调查前向监护监督人申报,否则该债权丧失。监护人在管理未成年人财产时应当尽到善良家父的注意义务。监护人对因违反监护义务给未成年人造成的所有损失承担责任。监护人因执行财产上之监护职务有过失所生之损害,对于受监护人应负赔偿之责。我国可对以上相关立法进行有益借鉴和吸收,在此基础上根据我国实际情况,以明确意定监护人负有的人身保护、财产保护和其他代理行为三个方面的监护职责。

(3) 健全监督机制

1. 设立监护监督人制度 为意定监护人配备特定的人作为监护监督人,可以将“个人”明确和具体化,弥补我国对意定监护中私力监督力度不够的弊端,使私力救济真正发挥作用。而如何选任监护监督人,从笔者查阅的域外部分国家与地区的相关立法来看,《日本民法典》规定可由未成年人的父、母在遗嘱中指定,或家庭法院认为必要时,可以根据被监护人、其亲属或监护人的请求而选任^①。监护监督人被确认后,应履行监督义务。监护监督人的职责,概括前述立法例主要有以下几个方面:一是对监护人履职的监督,确认监护人是否合乎义务的执行监护义务与管理责任;二是当监护人的监护行为违反了义务规定,或出现了属于家庭法院干预的情形,或未成年人利益与监护人利益相抵触时,负有报告义务,并代表未成年人处理相关事宜;三是在监护人死亡、导致监护义务终止或监护人的被免职等导致监护人缺任时,有及时请求家庭法院选

任监护人的义务;四是在出现紧急情况时,作出必要处分的权利^②。我国可在借鉴以上立法经验的基础上,合理设立符合我国国情的意定监护监督人制度。

2. 完善公权监督机制 对未成年人监护进行国家公权干预,可防止家庭自治异化和弥补家庭自治不足^[1],进而保障了意定监护中未成年人的合法权益。在未来民法典中,一要明确公权监督的主管部门,我国《民法总则》虽然规定了民政部门的兜底规则,但是仍然没有明确对未成年人意定监护中的牵头主体,民政部门作为我国民政事业主管部门,在职责范围内具有天然地担负对未成年人监护的监督职责,因此,建议我国未来民法典中明确“民政部门”对未成年人意定监护负有的牵头监督职责。二要出台相关监督细则,首先是要进一步完善联合监督机制,对 2014 年四部门出台的《意见》进行完善,一方面要提升《意见》的法律地位,从法律属性上看,《意见》虽由最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及民政部联合发布,但其不属于司法解释或部门规章之范畴,其地位仅为规范性文件,其效力仅对相关部门有指导意义,将其法律地位提升至部门规章以上,可大幅提高其适用效力。其次,要完善相关配套细则,一方面要完善《意见》现有的不足,将意定监护内容纳入《意见》当中,进一步明确各职能部门的分工及衔接机制;另一方面,还须细化各职能部门的监督职能,将未成年人意定监护监督的职能具体形成各相关单位内部工作流程和运作规则,方能及时、有效并能规范化地开展监督工作。■

参考文献:

- [1] 李霞. 成年监护制度的现代转向[J]. 中国法学, 2015(2): 201.
- [2] 李国强. 我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向[J]. 当代法学, 2014(6): 78.

^① 参见《日本民法典》第 848 条和第 849 条。

^② 参见《德国民法典》1799 条、《法国民法典》第 420 条以及《日本民法典》第 851 条。

- [3] 蒋月. 儿童、家庭和国家之关系[J]. 中华女子学院学报 2014(2):10.
- [4] 王洪. 论子女最佳利益原则[J]. 现代法学 2003(6):35.
- [5] 马俊驹, 余延满. 民法原论[M]. 北京: 法律出版社 2007: 933.
- [6] 叶英萍, 李永. 民法典视域下亲属身份权之重塑[J]. 西南政法大学学报 2016(2):131.
- [7] 杨立新. 《民法总则》制定与我国监护制度之完善[J]. 法学家 2016(1):98.
- [8] 郭明瑞, 王轶. 合同法新论(分则)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 301.
- [9] 陈苇, 李艳. 中国民法典之监护制度立法体系构建研究[J]. 西南政法大学学报 2017(2):87.
- [10] 仲崇玉. 论萨维尼法人代理说的政治旨趣和知识谱系[J]. 现代法学 2011(6):53.
- [11] 陈苇. 中国婚姻家庭法立法研究[M]. 北京: 群众出版社 2010: 485.

A Study on Legislation about Freewill Guardianship of Minors

YE Ying-ping

(Law School of Hainan University , Haikou 570228 , China)

Abstract: Freewill guardianship of minors enables both or either one of parents to assign guardians via authorization or will , and to delegate them to take care of and protect the minor children , when the minors are not under the guardianship of their parents , which embodies the maximization principle of minors' interest. Freewill Guardianship has specific features. On the one hand , it represents the will of parents as legal guardians. On the other hand , freewill guardians are obligated to the foster , education and protection of minors as their parents , where the protection are for the personal right and the property right of minors. The legislation specifies two forms of freewill guardianship , that is , authorized guardianship and testamentary guardianship. However , from the two facets of freewill guardianship—legislation and effectiveness , the current freewill guardianship system in China has the following issues: disintegrated legislation system and flawed legislative content with an incomplete supervision system. Therefore , for a more complete supervision system , the author suggests the unification of freewill guardianship by Civil Code , and the specification of appropriate conditions , qualification of freewill guardians and their obligations and rights.

Key Words: minors; freewill guardianship; authorized guardianship; testamentary guardianship

本文责任编辑: 林士平