

# 民法典时代下的成年意定监护制度研究

李欣, 张大权

(江南大学法学院, 无锡 214000)

**摘要:**《民法典》建立了我国的成年监护制度,但该制度仍存在着体系简单、规定不够细化、监护监督问题缺位等有待优化的问题,《民法典》总则部分也未对意定监护制度作出更细化的规定。为适应我国人口老龄化形势,借鉴域外国家立法经验,结合我国国情,提出完善我国成年人意定监护制度的相关设想。

**关键词:**成年监护;意定监护;监护监督;人口老龄化

**中图分类号:**D923

**文献标识码:**A

**文章编号:**2097-0625(2022)02-0001-06

## 一、成年意定监护的理论基础

### (一)成年意定监护制度的概念界定

成年意定监护具体而言就是已经满十八岁的成人,在其具备完全意思能力时,根据自身的意愿选择自己的监护人,并和监护人签订相应的委托监护合同。当本人将必要的权限授予相应的监护人,并且将自己的部分或者全部消费、医疗、护理等监护事务委托于监护人,据此签订的相应合同即为委任监护合同。在被监护人因年老、智力或精神障碍或其他导致意思能力衰退或丧失的事由发生之后,意定监护人按照合同所约定的代理权限代理监护事务,并选任监督人予以监督,委托监护合同生效,该制度即为成年意定监护制度<sup>[1]</sup>。

成年意定监护具有以下特征:对被监护人的自我决定权给予充分的尊重;委任监护合同的内容由被监护人决定,以此达到对于被监护人权利的最大保护,以及对其人格的尊重;在委任监护合同签订之前,对被监护人的自我意愿给予充分的尊重,特别是对于监护人的选任。

国内最先引进的意定监护制度的法律条款是《老年人权益保障法》第 26 条,但该法的老年意定监护制度仅限于老年人,没有细化规定。而《民法典》中则对成年意定监护制度则进行了明确规定,并且在法条适用主体、监护人选任规则及范围、委任监护合同的订立方式及生效要件方面作出了规定。

### (二)成年意定监护及其相关制度

#### 1. 成年意定监护与成年法定监护

成年法定监护即直接按照法律规定确定成年人成为限制民事行为能力人或无民事行为能力人之后的相应监护内容和监护人的监护制度。《民法典》第 28 条明确了无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人确定监护人的范围及其顺序。第 29 条遗嘱指定监护人与第 30 条的协议确定监护人都可用于监护人的确定。第 31 条与第 32 条的规定则明确了村民委员会、居民委员会和民政部门等公权力机关在确定监护人时的作用,规定了在监护人确有争议时,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人,以及对于不具备法律资格的监护人,监护人可以由被监护人所在的村民委员会、居民委员会或者民政部门担任,但是相关部门必须具有履行监护职责的条件。

《民法典》虽未对成年法定监护进行详细具体的规定,但其第 34 条对监护人职责进行了规定,第 35 条对于监护人履行监护职责的最有利于被监护人原则进行了规定,以及第 36 条规定了撤销监护人资格的情形。以上规定表明:成年法定监护的主要目的是尊重被监护人自主决定权<sup>[2]</sup>,在最大限度地尊重被监护人真实意愿的基础上,保护被监护人人身、财产及其他合法权利,使其正常融入社会生活。

**收稿日期:**2022-01-07

**基金项目:**安徽省哲学社会科学规划项目“人口老龄化背景下的意定监护制度研究——以安徽省为例”(项目编号: AHSKY2018D03)

**作者简介:**李欣(1985—),女,安徽巢湖人,博士,副教授,硕士生导师。研究方向:民法。

## 2. 意定监护制度与委托监护制度

委托监护和意定监护主要有下列区别:一是法律主体不同。委托监护成立于监护人与受托人之间,意定监护成立于被监护人与监护人(受托人)之间;二是受托人的法律地位不同。委托监护中监护人将部分或全部监护职责委托于受托人使其成为监护人的代理人,但受托人并未与被监护人成立法律关系,受托人并未取得监护人地位。而在意定监护具体的规定中,委任监护合同使得监护人对于被监护人具有相应的代理权,监护人具备了一定的合法地位。由此可见,二者最大的不同在于被监护人是否拥有自我决定权,委托监护中被监护人没有选择监护人的自由,但意定监护中被监护人拥有选择监护人的自由,意定监护比之委托监护更能体现私法自治的精神。

## 3. 意定监护制度与遗赠扶养协议

意定监护制度和遗赠扶养协议有以下区别:一是制度目的不同。遗赠扶养协议以扶养被扶养人为目的,该契约将遗赠与扶养相结合,侧重于对被扶养人的扶养。而意定监护制度更侧重于一种辅助性的监护,尊重被监护人剩余能力,使其最大程度融入正常社会生活。二是适用主体不同。遗赠扶养协议仅限于自我生活困难较大的人群,而意定监护制度作为一种普惠性制度,其适用范围更广,包括了所有身心障碍者群体。三是契约内容不同。遗赠扶养协议的内容主要包括遗赠与扶养两个方面,而“扶养”在我国的民法理论中只有给付抚养费一种方式,但意定监护制度的内容涵盖面则更为广泛,是对被监护人本人部分或全部事务的代理。基于此,意定监护中契约双方的联系比之遗赠扶养协议更为紧密。四是契约履行方面不同。由于遗赠扶养协议的适用主体本身自我生活困难较大,极有可能在自身意思能力衰退时无力监督受遗赠人扶养义务的履行,而意定监护制度具有的监护监督机制保证了监护人勤勉履行监护义务。

### (三) 成年意定监护制度的理念

#### 1. 尊重被监护人的自我决定权

尊重被监护人自我决定权在意定监护制度的理念中居于首位,尊重并认可被监护人的意思自治,从而充分实现其人格尊严。该理念主要包括自主决定与协助决定两方面:

首先,尊重被监护人的自我决定。人的意思能力随着时间推移而不断退化,但个体与个体之间是存在

差异的。我们在法律实践中将不具备完全意思能力的人简单地分为限制民事行为能力人与无民事行为能力人,但对于残存一定意思能力的成年人而言,认定其完全丧失了自我决定权是极不合理的,尤其是仅仅身体具有残障但心智完好的成年人。因此,在意定监护制度中,被监护人根据本人意愿,挑选合适监护人设定监护权限,并要求监护人要尊重被监护人本人在其残存意思能力范围内的自我决定,使被监护人的的人格尊严得到充分尊重。

其次,在被监护人意志残存的条件下,监护人可以帮助被监护人做出抉择。经过被监护人与监护人之间有效沟通,协助其作出符合内心真实意愿的决定,本质上仍然是对被监护人本人自我决定的尊重。根据传统民法监护理论中的保护交易原则,法定监护由监护人为被监护人作出一切决定,切断了被监护人与社会的联系,成年监护制度有效弥补了这一不足。

#### 2. 保障被监护人的正常生活

该理念本身针对残疾人,是为了保障残疾人所应享有的权利。人的价值不应当局限于其所能创造的经济价值或其他可具象的价值,残疾人作为社会一员,应当享有融入正常社会生活的权利,社会不应歧视身心残障者,而应消除偏见,保障并协助其实施与其意思能力相适应的民事法律行为,帮助其融入正常生活。意定监护制度就是该理念在监护领域的具体体现,实现了将保障残疾人权利放在首位。

## 二、我国成年意定监护制度之现实检讨

### (一) 我国成年意定监护制度的发展

《民法典》第 33 条确立的成年意定监护制度对制度内容进行了概括性规定,适用主体为具有完全民事行为能力成年人,而对选任范围未作严格限制。但《民法典》第 31 条与 32 条明确了在监护资格争议和没有具备监护资格的人时基层群众组织的兜底义务形式要件为“书面形式”,而对于监护人所具有的监护内容没有作具体规定。意定监护的生效要件为本人缺乏民事行为能力,当监护人未依法履行监护责任,使得被监护人的权利受到侵害时,可以依法撤销监护人,但需经利害关系人申请才能撤销意定监护人的监护资格。

### (二) 我国成年意定监护制度存在的不足

《民法典》第 33 条将意定监护制度的适用范围扩大到了所有成年人,这是立法上的进步,但与《老年人

权益保障法》所确立的老人意定监护制度一样,该法条只是对意定监护制度作出的原则性规定,对于在实践中可能出现的问题缺乏预见性,缺乏细化规定,致使在实践中出现以下争议:

#### 1. 未细化规定监护人主体范围

《民法典》对于年满18岁的成年人是否有权选择自己的监护人有明确的规定,其第33条所规定的“个人”与“组织”未加任何限制,根据民法的精神,只要未作禁止,任何个人与组织都可以与被监护人订立监护协议成为意定监护人。为了在体系解释方面保证民法体系尽可能的完美,“组织”需要遵照相关的法律加以体会。

相关的法律对于意定监护人是“组织”已经给予了肯定<sup>[3]</sup>。且加入“组织”的范围仅仅局限在相关的法规里面,即使处理好了鳏寡孤独者面临的问题,但仍旧没有办法展现出意定监护制度所潜在拥有的核心价值以及商机。假如出现一个全面的“组织”,即对于理财、护理、养老、医疗这四方面都有涉及的意定监护人,委托人能够完全地将财产打理托付给它们,所获收益用于支付养老、医疗等各项费用,不仅解决了老年人养老问题与残疾人的护理问题,而且还可以将被监护人拥有的资产进行运行和传承,该“组织”未来将会有无限的选择。当然,其运行必须透明化,也应有专门的机构对其进行专门的监管与评估,制定恰当的准入标准与管理规范。

#### 2. 形式要件不明确

目前,我们国家现行的相关法律只是明确了意定监护协议应当采取书面形式,并未规定公证或登记审查等程序性要件,这在实践中引发分歧的可能性较大。结合我国目前的意定监护实践,意定监护协议宜采取公证的方式<sup>[4]</sup>。公证机关的员工大都是拥有专业法律知识的人,可以在订立意定监护协议时给出较为专业的意见,保证签订的双方都具有订立条约的权利,保证意定监护协议所载的内容真实、合法。

#### 3. 未规定是否可解除与转委托

在意定监护协议发生效力之前,考虑到其具有人身归属的特性,不管是受托方或是委托方,任意一方都有对意定监护协议提出无效的权利。如果双方在意定监护协议中明确约定不得任意解除,该约定应该得到遵守。基于意定监护合同的特殊性,监护人需要告知法定监护人关于委托转移的决定既体现对法定

监护人知情权的尊重,也有利于其行使该项权利并承担自己监督的责任。符合转委托要求的情形有以下两种:其一,符合监护协议中提前定好的要求;其二,转委托对保障被监护人的利益更为有利。若存在以上情形,转委托的要求是可以实现的,并且法定监护人的意见不影响此项请求。因此,在意定监护的转委托情形中,只有出现被监护人的利益受到威胁或损害的情况,监护人转委托的请求才能实现。

#### 4. 意定监护监督机制不完善

我国《民法典》的规定中仅有第36条所列举监护人资格撤销的情形为监护监督提供法律依据,而关于更加明确详细的监护监督机制在法律中并没有明确的规定。在意定监护正式起效后,被监护人将对无民事行为能力人或者民事行为能力人有一定制约,但本人监督监护人基本无法实现。此时,如果缺乏对监护人的监督,就难免发生监护人侵犯被监护人合法权益的事情。因此,可以借鉴他国立法经验,完善我国成年意定监护制度中监护监督机制。

### 三、域外立法活动的借鉴

#### (一) 美国持续性代理权制度

持续性代理权的概念根据美国DPA第一条:“持续性代理权是指本人通过书面的方式来确定代理人,此代理人的代理权将持续有效,三种情况下对该权利的有效性不产生影响,即本人患有精神障碍、时间过长、本人不具备行为能力,该代理权在本人丧失行为能力之时正式起效。如果没有设置结束时间,该项权利自设立之时起,将一直具有法律效力。”<sup>[5]</sup> DPA制度是一项在本人尚具备健全思维能力的前提下,与其监护人签订的关于医疗健康或财产的延续性代理协议的制度。其有利于维护不具备行为能力的高龄群体利益的制度。美国通过DPA确立的持续性代理权制度是意定监护产生的第一阶段,其主要内容包括以下几个方面:

#### 1. 主体范围

代理权限方面分为人身与财产两方面:在人身方面,DPA对代理人的代理权限作出明确规定。它指出在医疗健康方面,监护人有权作出相关决定,而且明确指出了该项权利有效的具体行为条件。而关于财产方面,根据DPA的规定,本人有对授权财产概括处置的权利。而这一做法也存在弊端,比如可能会出现交易相对人拒绝承认监护人的代理行为效力的情

况,极易引发纠纷。

## 2. 形式要件

代理权生效有两种方式,即非立即生效和立即生效。非立即生效是指被代理人在失去民事行为的能力时,根据相关的医学方面的文件,宣布代理权生效,这种方式能考虑并尊重被代理人剩余的意思能力;立即生效指的是在被代理人签订授权书后立即生效。

## 3. 代理监督

美国 DPA 是采取私立解决问题的方式立法。这个制度刚刚设立的时候,把它和其他的财产代管制度比较来看,它能够减少被监护人被迫去获得法定监护可能性,最大程度尊重本人意愿,基本排除司法干预,但并未规定正式监督机制,仅有利害关系人有权申请法院解释授权协议并审查代理行为的规定。且该规定在代理监督方面的作用甚微,其在实践中产生了大量代理人滥用代理权侵害被代理人合法权益的事件,这一点被广为诟病。

### (二)日本任意监护制度

日本传统意义上的成年监护制度分为两部分,准禁治产制度和禁治产制度,这个制度规定法律宣告被监护人是限制行为能力人或者是无行为能力人,并且让被监护人的亲属负责照顾监管被监护人。单身伴着日本人口老龄化发展以及欧美立法修法运动的影响,日本开始修改原有监护制度<sup>[6]</sup>。2000年,日本通过四部成年人监护相关制度,这四部法律吸收先进的“尊重本人自我决定权”“保障本人生活正常化”等先进意定监护制度理念,创设了任意监护制度。任意监护制度针对可能具有身心障碍的人群,该类人群需要将自身的医疗健康和财务的管理等相关权利交给监护人代管,并且需要提前与监护人签订委托合同,然后在被监护人发生身心障碍时,该合同开始具有法律效力。

#### 1. 主体范围

考虑到词语的意义严重程度不同,《日本民法典》区分了成年监护类型,即监护、保佐与辅助。对于欠缺意思能力的个人使用监护类型,而对于明显不足的个人使用保佐类型,达到“不足”程度的适用辅助类型。

#### 2. 形式要件

首先,任意监护合同可以约定特别生效条件,并非立即生效的合同;其次,在监护人的选任方面,当

被监护人出现特定情形时,利害关系人可申请家庭法院介入对监护人的选任,并由家庭法院选任监护监督人,任意监护合同开始具有法律效应。这个流程确保了监护人在被法院监督的情况下进行监护。

#### 3. 监督机制

监督主体数量方面,法律规定监督人可以为多人,并把一些法人如社会福利机构列入其中而扩展了监督主体范围。但这种做法不利于利害关系人去担任监督主体,且在形式要件方面,监督人经由家庭法院选任是监护合同发生效力的条件之一。

在监督方式上,日本采取公权监督与私力监督相结合的监督方式。法院选任的监督人有权监督监护人是否在最低限度和合理限度内履行职责,并就监督情况向家庭法院报告。在紧急情况下,监督人有权代替监护人在最大程度尊重被监护人本人意愿的前提下作出处分行为。与此同时,家庭法院也有权利主动启动对监护人履行职责情况的审查,并且可由被监护人本人或利害关系人撤销监护人监护资格。

### 四、完善我国成年意定监护制度的设想

#### (一)补足意定监理论,完善意定监护体系

##### 1. 保障意定监护的优先适用

在各国立法实践中,均坚持了在意定监护与法定监护发生冲突时,保障意定监护的优先适用的原则。我国也可参照该经验,从实体法上保证意定监护的优先适用地位。一是立法理念层面。意定监护强调尊重本人意思自治,充分保障本人自主决定权,取代了原有监护制度中将被监护人置于被动地位的“替代性决定”的监护方式,强调了监护人在监护关系中协助的角色地位。根据私法自治的法律精神,显然意定监护应当居于优先适用地位。二是监护方式层面。意定监护充分赋予了被监护人自主决定监护人选及生活方式,使用其剩余意思能力参与社会正常生活的权利。而法定监护在公权力介入下为已经陷入意思能力欠缺或意思能力丧失状态下的被监护人选任监护人,且监护人为被监护人作出的决定难免不违反其本人真实意愿。因此,将成年监护制度中意定监护优先,法定监护作为补充的原则在法律中作出明确规定是必要的。

##### 2. 保障生效要件的程序支持

意定监护制度的理念虽然以保障本人意思自治为首,但民法中意思自治仍为有限度的自由,意定监

护制度同样应受到社会规范的约束。我国《民法典》第33条中仅规定以“书面形式”作为意定监护协议的生效要件,该协议作为涉及被监护人真实意愿、监护人监护权限以及被监护人最大利益的重要书面文件。其公示手段不充分,不利于保护被监护人最大利益,不利于解决意定监护协议履行过程中可能出现的纠纷,也不利于保护交易安全。

为维护社会管理秩序,保护被监护人、监护人以及相关各方利益,我国应当在立法中进一步明确意定监护登记或公证在意定监护协议生效过程中作为必要程序要件的地位,并在实体法层面作出列举性规定,列举经被监护人同意的诸如人身、财产决定权等重大事项,以便指导我国意定监护制度实践。

### 3. 引入类型化监护模式,完善监护人职责规定

从成年意定监护制度的理念来看,成年意定监护制度本身更强调尊重被监护人的意思自治,故可借鉴日本民法中所创立的对被监护人进行类型化划分的模式,即废除无行为能力的规定,将限制行为能力分为三个层次,分别适用不同监护模式。允许根据成年人意思能力欠缺程度适用不同种类监护方式,既能够尊重被监护人个人意愿,尊重其剩余意思能力,又能够保障其不被隔绝在正常社会生活之外,并对不同类型下监护人的职责进行详细规定。

适用于欠缺意思能力,大部分法律行为受限主体的监护,监护人职责如下:法定代理权;财产管理权;撤销权;注意被监护人的身心健康与生活状况;尊重被监护人的自我决定权;被监护人的疗养看护事务。

适用于意思能力明显不足,部分重要法律行为受限主体的保佐,保佐人职责如下:保佐人没有代理权,但对本人实施的几种重要法律行为以及涉及法律纠纷的事项拥有同意权,本人未经保佐人同意而实施以上行为,保佐人拥有撤销权。

## (二)创设公力私力结合的监护监督机制

### 1. 细化私力监督模式

首先,从立法上对监督人主体资格细化规定。参照日本任意监护制度创设的监督机制,允许被监护人自主选任监督人。选任范围不受监护范围限制,同时以法院指定监督人为兜底性规定。为防止监督人损害被监护人利益,应对监督主体资格作出限制性规定,例如与被监护人存在利益关系者,与监护人存在利害关系者,纳入失信被执行人名单者以及其他资格

不当者。

其次,从立法层面上细化监督人的监督职责。监督人的目的应为监督监护人履行意定监护协议中所约定监护职责,保护被监护人不受侵害。参照日本法的监护监督制度,监护人应当定期向公权力监督机构报告监护人履行职责的情况,且在必要形势下,监督人应代替监护人履行监护职责以保护被监护人最大利益。在监护人侵害被监护人合法权益情况下,监督人应当具有向公权力监督机构申请撤销监护人监护资格并重新选任监护人的权利。

### 2. 完善公权力监督机制

在立法范畴内,公权力监督机构行使监督职责的方式也应作出具体规定。域外国家多将法院设置为承担监护监督职责的公权力主体,基于我国基层法院由于案件数量巨大的实际,考虑到民政部门在监督意定监护的执行情况方面更具优势,基层群众自治组织拥有更容易掌握监护人履行监护职责情况等优势,建立自然人监督、机构监督与司法监督相结合的监督模式更为符合我国国情。

从监督职责上,分为两种情况:其一,当有被监护人选定的自然人或法院指定的自然人作为监督人时,由民政部门或基层群众自治组织作为监督机构,监督机构应定期听取监督人的报告,对监护人提出监督意见,并解决监护过程中产生的纠纷。在监护人侵害被监护人的合法权益的情况出现时,监督机构应提请人民法院解除监护人监护资格。其二,当被监护人没有选定监督人,应由人民法院依职权或依申请指定基层群众自治组织或民政部门作为监督人。监督机构作为直接监督人应定期向法院报告监督事项,以保障自己的监督职责履行。在发生监护人侵害被监护人合法权益时,监督机构应提请人民法院解除监护人监护资格。发生监督事项纠纷的情况时,监督机构应提请人民法院作出裁决。人民法院在监护监督机制中更多的应该是一种间接监督的作用,其职能应更多地体现在事后的救济方面。

### 3. 公私二元监督模式的互补

当今世界范围内,主要分为以美国为代表的私力监督模式与以日、英为代表的公权力监督模式。私力监督模式虽有利于尊重被监护人的意思自治,保护私法自治,但由于公权力审查所具有的被动性,该模式对遏制代理人滥用代理权的效果甚微,极易发生代理

人侵害被代理人的情况。而公权力监督模式则具有主动性,在遏制监护人滥用权力侵害被监护人合法权益方面更有效果,但其缺点在于成本高昂,程序烦琐,使得公权力监督模式的适用出现困难。因此,综合以上两种监督模式的优势和劣势,结合我国国情,可以构建公权力监督与私力监督相结合的监督模式。

从立法上应规定公权力覆盖意定监护全过程,以公证或登记程序审查意定监护协议的内容以及监护人的监护权力;规定自被监护人出现特定情形,意定监护人取得监护资格之前先向公权力机构申请;规定

意定监护人在履职期间定期向公权力机构提交监护报告,报告其履职情况,进而建立自然人监督、机构监督与司法监督相结合的重三重监督模式。

私力监督则表现为监护人依本人意愿选任监督人。监督人发现监护人未按约定履行监护职责,损害被监护人合法权益时,有权向法院提出审查其监护行为,法院有权经监督人申请撤销监护人监护资格。

综上所述,借鉴国外成功立法经验,结合我国国情,建立公力与私力相结合的二元监督机制,可实现更好的保护意定监护各主体权益的目的。

#### 参考文献:

- [1] 李霞. 成年监护制度研究[D]. 济南: 山东大学, 2007: 53.
- [2] 庞陈姗. 成年人监护制度[C]//. 广西民法学研究会 2016 年论文集. 2016: 70-82.
- [3] 中国审判理论研究会民商事专业委员会. 《民法典》条文理解与司法适用[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 106.
- [4] 李霞. 漫谈中国成年意定监护制度与公证[J]. 中国公证, 2017(6): 22-24.
- [5] Mizuno Y, Namba Y. Aging society and an adult guardianship system[J]. Nihon Ronen Igakkai Zasshi Japanese Journal of Geriatrics, 2001, 38(5): 591.
- [6] 冈孝, 李国强. 东亚成年监护制度的比较[J]. 吉林大学(社会科学学报), 2013, 53(2): 124-131.

## On Adult Voluntary Guardianship System Under the Civil Code Era

LI Xin, ZHANG Daquan

(School of Law, Jiangnan University, Wuxi Jiangsu 214000, China)

**Abstract:** The Civil Code established the adult guardianship system in China, but the system still has problems such as simple system, insufficient detailed regulations, lack of guardianship supervision issues, etc. to be optimized. Besides, the general provisions of the Civil Code do not make more detailed regulations on the guardianship system. In order to adapt to China's aging population situation, we draw lessons from the experience of foreign countries in legislative amendments, and combining China's national conditions, we try to put forward the idea of improving China's adult voluntary guardianship system.

**Keywords:** adult guardianship; voluntary guardianship; guardianship and supervision; aging population

[责任编辑 朱振]