

我国民法典中的成年人自主监护： 理念与规则

费安玲^{*}

内容提要 监护制度中的核心内容是监护人的确定。双方通过意定产生监护人，充分彰显出未来的被监护成年人的自由主动之意愿，宜称之为“成年人自主监护”。成年人自主监护制度远承罗马法“法是为人而设”之理念，近展我国本土“关注未来的被监护成年人意愿”之理念。从罗马法的成年人非自主“监护和保佐”模式到 20 世纪以来成年人自主监护的多种模式，揭示了立法对被监护成年人意愿的日渐尊重。我国民法典有关成年人自主监护的规则亟需体系化，成年人自主监护的缔约双方资格、监护人的条件、监护人主观同意与客观可能、双方合意的形式等规则应当细化。监护约定内容的限制规则、成年人自主监护登记备案规则、监护监督人规则、监护人报告规则、有偿监护规则等成年人自主监护规则的完善，不仅是理论研究的对象而且是立法完善的重要内容。

关键词 成年人自主监护 意定监护 监护规则

一、问题的提出：《民法总则》第 33 条之规则创新与缺陷

《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。”该规定建构了我国民法制度中的一个新规则，即成年人自主监护规则。据此，未来可能出现行为能力瑕疵的成年人能够自主地与他人达成合意并与之形成监护关系，本文将该监护关系简称为成年人自主监护。我国民法典规定成年人自主监护规则，是 21 世纪民法典化进程中监护制度的一个突破，是对我国步入老龄化社会阶段中出现的法律问题之积极回应。不过，该规则仍有一些问题值得我们深入思考：

首先，在理论方面，尚有对成年人自主监护的界定、成年人自主监护规则实现的路

^{*} 中国政法大学比较法研究院教授。本文系国家社科基金项目“罗马法与民法法典化研究”（项目批准号：15BFX104）、中国残疾人联合会重点研究项目“成年残疾人监护法律制度研究”（项目批准号：18&YB007）的阶段性研究成果。

径等理论问题进行深入研究之必要。根据《民法总则》第33条的规定,当一名具有完全行为能力的成年人基于自我感知或医学诊断等途径而确定自己的行为能力将出现欠缺时,可通过与他人协商的方式,就确定对方在自己出现行为能力欠缺时作为自己的监护人并履行监护职责及其相关事宜,与他人达成合意,运用监护制度使自己的人身利益和财产利益得到法律上的救济。基于此,应该如何从理论上界定成年人自主监护,成年人自主监护与现有理论上所称的意定监护是否完全等同,现有的规则是否足以保障成年人自主监护立法目的之实现,尚需怎样的完善路径等问题,均有待进一步探讨。

其次,在民法典立法方面,尚有将成年人自主监护规则加以体系化之必要。因为在民法典各分编草案中,缺乏与《民法总则》第33条相配套的有关成年人自主监护的体系化规则,造成成年人自主监护规则的孤款现象^①,使人们依法实施自主监护缺乏配套性制度保障,同时亦使得司法审判面临着法律依据欠缺的困境,严重影响民法典对司法实践和社会活动的引导功能之发挥,障碍了立法目的之实现。

故而,本文对成年人自主监理论问题展开研究,旨在抛砖引玉,以期引发法学界同仁对该问题的思考与讨论。

二、概念的厘清: 意定监护与成年人自主监护之非完全等同性

(一) 意定监护概念之厘清

“意定”与“法定”具有法学术语上的对应性,均源自罗马法中对债的认识^②。两者之本质差异在于: 对行为法律效果的出现,主体是否有自由表达其意愿的空间。“意定”者,其行为之法律效果取决于行为主体意愿及其决定。“法定”者,其行为之法律效果直接源自法律而与主体意愿并无直接关联。

但是,就监护制度而言,“意定”与“法定”远非如同“意定之债”与“法定之债”间那样简单清晰、泾渭分明。监护制度的核心在于监护人的产生。就监护人产生而言,意定是指直接依意愿确定而非直接依法确定监护人。在大多数情况下,产生监护人的“意愿”仅体现着监护人的意志,即监护人的单方意定,例如未成年人的父母等法定监护人以遗嘱方式指定新的监护人,再如数个有监护资格的人经协商而确定他们中的某人为监护人;少量情况下,产生监护人的“意愿”体现为监护人与被监护人双方意愿,例如,完全行为能力成年人与他人协商就自己未来出现失智、身体缺陷等情况时委任该他人为监护人的意愿。相比较而言,法定监护强烈彰显出法律对行为能力有缺陷的自然人提供强制性保护之目的,因此,作为法定监护人的自然人或者团体,无论其是否愿意成为

^① 迄今为止,向社会尤其是法学界征求意见的民法典各分编草案审议稿并无对《民法总则》第33条的规定进一步细化的配套性规则。

^② “债或者产生于契约,或者产生于私犯,或出生于法律的其他原因”。罗马法原始文献 D. 44, 7, 1pr. Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

监护人,均在所不问,均应当依法律规定履行其监护职责。^③但是,并非仅依法律规定产生监护人即可解决被监护人的实际需求或者困境,即使有法定监护资格之人,其成为真正承担监护职责的监护人也往往与“意定”互有牵连。

目前,我国法学理论界对意定监护的流行看法是,意定监护是指具有完全意思能力的成年人,依自己意愿选任监护人并与之订立委托监护合同,将自己的监护事务全部或者部分委任于受托人,并授予其必要代理权限的监护^④。不过,亦有学者并未将意定监护仅限于成年人,而认为在未成年人监护中同样存在意定监护^⑤。

根据《民法通则》第16条和第17条之规定,涉及当事主体意愿的监护有两种类型:其一,当与未成年人、无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人(以下简称“精神病人”)关系密切的其他亲属、朋友有承担监护责任意愿时,经未成年人的父母或精神病人的所在单位,或者未成年人或精神病人住所地的居民委员会、村民委员会同意,构成双方意定监护;其二,未成年人的父母或精神病人的所在单位,或者未成年人或精神病人住所地的居民委员会、村民委员会按照自己的意愿和判断,在担任监护人有争议的数个近亲属中指定监护人,构成单方意定监护。依2017年颁行的《民法总则》第29条、第30条、第31条和第33条规定,涉及当事主体意愿的监护类型被拓展为四种类型:其一,体现遗嘱人意愿的监护;其二,数个依法具有监护资格的人之间,在尊重被监护人真实意愿的前提下体现协商者共同意愿的监护;其三,当对监护人的确定有争议时,被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门依其判断及意愿指定监护人而形成的监护;其四,体现成年人与他人合意的监护,即当具有完全行为能力的成年人经与其近亲属、其他愿意担任监护人的自然人或者团体的事先协商并以书面形式确定自己的监护人的监护。

基于以上梳理,如果我们将所谓的意定监护仅限于成年监护或者成年人自主监护,则并未从理论上准确科学地界定我国民法中的意定监护。换言之,如果我们将基于遗嘱人意愿所产生的监护、基于数个有监护资格的主体协商意愿所产生的监护和基于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所产生的监护,均排除在意定监护之外,而它们又无法纳入直接根据法律规定所产生的监护类别,则我国监护的类型划分就难以形成一个科学的类别体系。因此,意定监护,旨在强调监护人的产生不是直接依法律的规定,而是源自与该监护的产生相关主体的意愿。其包括与被监护人意愿无关的意定监护和与被监护人意愿密切相关之意定监护(如成年人自主监护)。

(二) 成年人自主监护概念之厘清

认识意定监护与成年人自主监护的关系,需要对意定监护做出全面观察。如果将

^③ 参见费安玲等《民法总论》(第2版),高等教育出版社2018年版,第143页。

^④ 参见李霞《意定监护制度论纲》,载《法学》2011年第4期;张峰学《意定监护制度探析》,载《华南理工大学学报》(社会科学版)2014年第5期;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》,载《现代法学》2018年第5期。

^⑤ 参见叶英萍《未成年人意定监护立法与研究》,载《现代法学》2017年第5期。

意定主体的单方性和多数性作为一个观察与分析的视角,意定监护可被分为两种类型:

1. 依单方意愿即可产生监护人的意定监护,以遗嘱指定监护人为典型。《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”。作为法定监护人的父母,以遗嘱方式指定他人为自己子女的监护人,实际上就是将自己的监护职责全部转交给被选任的监护人。通过体现单方意愿的遗嘱来意定监护人的规则源自罗马法的《十二表法》^⑥,并自罗马共和国时期后成为相当常见的社会现象^⑦。但是,在遗嘱意定监护的制度价值判断上,罗马法与现代法有很大不同:前者与体现家父权力的制度价值判断紧密相连,因为“遗产利益之所在,原则上也是监护负担之所在”^⑧;后者则以保护被监护人利益为其制度价值判断。

当然,在社会生活中,除遗嘱指定监护人外,还存在着其他单方意定监护人的情况,如,有监护职责的人通过单方指定将自己的监护职责部分或全部委托给被选任的监护人。但是,无论是以遗嘱方式还是非遗嘱方式意定监护人,均与被监护人的意志无关,其“意定”完全是监护人意志的体现。

2. 依两个以上主体的意愿而产生监护人的意定监护,具体包括如下三种样态:

(1) 依两个以上具有监护资格的主体之协商而产生监护人的意定监护。我国《民法总则》第30条规定“依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。”显然,该类意定监护之监护人是基于数个有监护资格者协商一致所产生的,而被监护人不能构成参与协商的一方,因为:首先,该样态的意定监护仅适用于未成年人和精神状态有瑕疵的人,因而,被申请人不具有参与协商的能力。换言之,在数个有监护资格的主体进行协商时,被监护人已客观存在,但其因行为能力欠缺,已然没有参与协商的能力;其次,该协商一致的意愿源自多个有监护人资格的主体。因此,就监护人选任所达成的协商一致意思中,并不当然直接体现被监护人的意愿。该条款中“协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿”仅系例外规则,即如果被监护人对监护人的选任有自己的意愿,在确认该意愿确系其真实意愿且符合被监护人法益保护的前提下,其意愿应得到尊重。换言之,虽然法律规定要询问被监护人的意愿,但被监护人的“意愿”不属于参与协商性质的意愿,而仅是可资参考性的意愿。

(2) 依监护人与他人缔结的监护委托协议而产生监护人的意定监护。《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(试行)》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。”在社会生活中,监护职责的委托亦

⑥ 《十二表法》之第五表规定“以遗嘱处分自己的财产或者为其家人指定监护人的,该遗嘱具有法律上的效力”,其拉丁文原文为: LEGES DUODECIM TABULARUM, TABULA V, UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO.

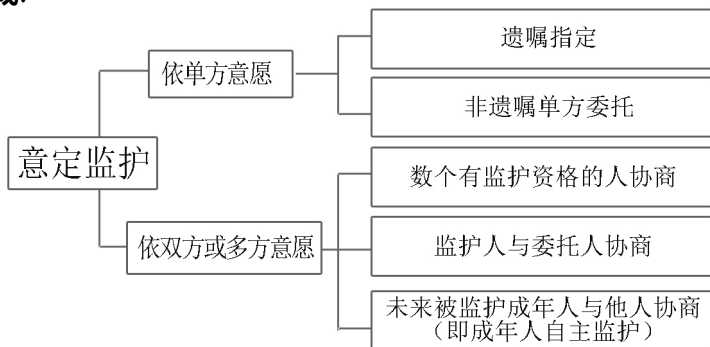
⑦ 德 马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第660页。

⑧ 拉丁文: ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. 徐国栋老师将其翻译为“在通常情况下,哪里有继承权的利益,哪里也应有监护的负担”,参见[古罗马]优士丁尼《法学阶梯》(第2版),徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第75页;张企泰老师将其翻译为“在大多数场合,享有继承利益的人应承担监护的负担”,参见[罗马]查士丁尼《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第34页。

是频频发生的现象,其特征是监护人与受托监护人之间的协商。换言之,监护人与受托监护人就将监护职责部分或全部委托给受托监护人达成了合意,但是,该意定监护体现的是监护人和受托监护人的意愿,与被监护人的意愿无关。

(3) 依完全行为能力成年人与他人的合意而产生监护人的意定监护,如《民法总则》第33条的规定。与前述两类样态相比,虽然三者均具有意定性,但此样态的意定监护完全建立在未来被监护人和监护人合意的基础上,突出体现了未来被监护人自己的意志。

笔者认为,如果将与法定监护相对应的意定监护加以整体观察,则意定监护的体系应当为如下构成:



成年人自主监护具有意定监护的性质,但与其他意定监护有着明显的差异,即在意定监护中,唯有成年人自主监护直接体现被监护人的意愿,该意愿不仅体现在对监护人的选任上,而且存在于对监护职责的内容、范围、履行状态、终止等全部约定中。因此,将体现未来被监护人意愿的成年人自主监护与其他意定监护不加区分地简单称为“意定监护”,不能清晰地体现出意定监护的不同类型与体系逻辑。

综上所述,将我国民事立法中的意定监护完全等同于成年人意定监护,不仅不符合《民法总则》中的监护法律体系及其内在类型逻辑,而且无法帮助准确判断监护法律关系中意定主体的范围。故而,笔者认为,所谓的“成年人意定监护”宜被准确地称为成年人自主监护,其系指具有完全行为能力的成年人与他人通过协商,就该成年人出现行为能力欠缺状态后双方之间形成监护关系达成一致所产生的监护。未来要成为被监护人的成年人与未来监护人之间的合意,是成年人自主监护产生的基础。

三、成年人自主监护的制度理念

“理念”(拉丁文:idea)一词包涵着理想和理性之思想或观念。对法律制度而言,法律制度本身就是思想或观念之集大成所形成的结晶。因此,一项法律制度的理念就是指构成该法律制度的灵魂性思想或观念。

我国成年人自主监护之制度理念有着远承罗马法之理念、近展本土法治之理念的特点。

(一) “法是为人而立”之理念: 对罗马法理念的继受

监护制度源自罗马早期社会的《十二表法》,是人类社会最古老的法律制度之一。后世不同国家和地方的法律规则,尤其是法典化国家的民法典,均继受了罗马法监护制度及其“为人而立法”和关注能力欠缺者利益的理念。

在罗马法原始文献《学说汇纂》第1卷中,载有法学家赫尔莫杰尼安的一句名言:“……所有的法都是为人而设立”(Omne ius hominum causa constitutum)^⑨。这不仅彰显着罗马时代的立法者在建构其法律体系与制度时所奉行的理念,同时也让作为现代人的我们得以了解为什么法典化国家的民法典一定要将人放在法典第一部分、为什么任何法治国家的立法一定要围绕着私法主体的需求去建构并不断扩展权利体系。

“法是为人而立”的理念,强调人是立法体系和具体法律制度设计时关注的核心点。以人为本是民法极富理性之光的观念,也是立法者在判断立法制度价值时必然考察的本源点。任何法技术层面上的设计,均必须意识到所有需要讨论和解决的问题之唯一原点就是人。利益的享有、意志的自由均是人的本质所在。在设计立法体系时,我们只能以人为基本判断点来建立并不断调整法律对利益的确认和保护的程序。人是一切利益的享有者,当我们在运用立法对权利加以确认和保护时,必须意识到这一切均渊源于对人的关注。如果我们只见法律条款而不见人,就不可能真正理解立法及其具体制度设定的根本目的。

“法是为人而立”的理念,亦强调关注需要照顾的特殊人群。就监护制度体系中的成年人自主监护而言,其是法律在对未成年人、行为能力欠缺的成年人实施法律救济之外,给行为能力欠缺发生之前的成年人按照自己的意志自主建立监护关系的拓展。这是监护制度在“法是为人而立”的立法道路上的新迈进。这样的立法,不仅从理念上弘扬了人文关怀,而且从具体法律制度及其规范上将“法是为人而立”的理念落于实处。

(二) 关注未来被监护成年人意愿之理念: 源自对我国本土问题的思考

我国民法在监护制度设计过程中,不仅要继受源自罗马法并发展成熟于近现代法典化国家的立法实践,更需要对我国本土问题给予关注。换言之,我们不仅要完善未成年人监护制度和行为能力欠缺的成年人监护制度,还要解决中国现代社会对法律提出的新问题。

1. 关注未来被监护成年人意愿之我国现代社会背景

自进入21世纪以来,我国老龄化现象日趋严重。伴随着我国步入老龄化社会,相应的法律问题便严重呈现在我们眼前,例如,失智老人人群日渐扩大,需要社会或他人扶助的人群日渐扩大。换言之,需要受到法律特别关注和照管的人群日渐扩大。对我国而言,这不仅是党的十九大报告所提出的积极应对社会人口老龄化、实施健康中国战略的背景,而且也是我们研究成年人自主监护的社会背景。不妨先看一组数据:

^⑨ 罗马法原始文献D.1.5.2; 赫尔莫杰尼安《法的摘要》(第1卷),载《学说汇纂第一卷: 正义与法·人的身份与物的划分·执政官》,罗智敏译,中国政法大学出版社2008年版,第89页。

(1) 老龄化现象日趋严重

老龄化社会的重要标志是社会人口结构呈现老年状态,即65岁以上老年人口占人口总数的7%。根据国家应对人口老龄化战略研究课题组的预测,我国65岁以上老年人口将逐渐增加到2020年的1.81亿人(占人口总数的12.6%)、2030年的2.54亿人(占人口总数的17.4%)、2040年的3.46亿人(占人口总数的23.9%)、2050年的3.63亿人(占人口总数的25.6%);而80岁以上高龄老年人口于2050年将达到1.08亿人,占老年人口总数的22.5%^⑩。此外,全国老年人家庭将呈现空巢化和独居化。而根据全国老龄工作委员会办公室发布的《第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查》,仅至2015年,中国失能、半失能老年人口便已占到老年人口总数的18.1%,约4063万人^⑪。

(2) 成年人心神状况有瑕疵的情况日趋严重

据不完全统计,截止到2016年,我国阿尔茨海默病患者总人数已经接近800万,居世界第一。同时,我国也是全球阿尔茨海默病患者人数增速最快的国家之一,预计每年新增30万阿尔茨海默病患者^⑫。民政部所属的中民社会救助研究院于2016年10月9日发布的《中国老年人走失状况白皮书》的调查数据显示:每年我国走失老人约有50万人,平均每天约有1370名老人走失;从年龄上看,65岁以上老人走失率比例达到80%以上;迷路、精神疾病和老年痴呆是老人走失的重要原因。^⑬

(3) “失独家庭”日渐增多

“失独家庭”是指仅有的独生子女因各种原因先逝而父母已无生殖能力且无心力收养子女的家庭。据我国全国老龄工作委员会办公室发布的数据,2012年,我国“失独家庭”已超过100万,且以每年大约7.6万个家庭的速度增长。^⑭实际数据应当远多于官方公布的数据。在独生子女家庭占相当大比重的情况下,“失独家庭”中日渐年迈的父母没有了独生子女的照顾,也无法指望亲属中的晚辈(如侄子女、外甥子女)的照顾。他们不仅经受着失去独生子女的精神痛苦,更面临着一旦出现行为能力有瑕疵时谁来照顾自己的问题。

由以上数据可知,在我国,成年人行为能力欠缺或需要他人照顾的情况相当严重。社会现实问题对立法提出了挑战并进而推进立法的修改或完善。

2. 未来被监护成年人意愿之“应当尊重主义”

我国民法典中监护制度的立法,把尊重未来被监护人选任监护人和确定监护责任

^⑩ 国家应对人口老龄化战略研究·人口老龄化态势与发展战略研究课题组《人口老龄化态势与发展战略研究》,华龄出版社2014年版,第10-19页。

^⑪ 全国老龄工作委员会办公室编《第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查数据开发课题研究报告汇编》,华龄出版社2018年版,第414页。

^⑫ 参见《我国阿尔茨海默病患者居世界第一 平均仅1/5患者可得规范诊断》,载央广网:http://china.cnr.cn/yaowen/20170922/t20170922_523960090.shtml,最后访问时间:2019年3月29日。

^⑬ 参见中民社会救助研究院《中国老年人走失状况白皮书(2016)》,第17-18页。

^⑭ 有关“失独家庭”的统计数据,在2012年以后,相关机构未再发布任何更新数据信息,故本文所用官方数据为2012年的数据。参见吴玉韶主编《中国老龄事业发展报告(2013)》,社会科学文献出版社2013年版,第3页。

等方面的意愿放置在规则中,形成了对未来被监护成年人意愿之“应当尊重主义”的理性思维,彰显出关注人的意愿之理念光辉。当然,在我国立法中,该理念的建构有一个渐进的过程。

我国 1986 年《民法通则》第 17 条对成年人(无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人)的法定监护作出了较为充分的规定,但是,成年监护单纯以法律规定为产生路径的规则存在明显的弊端。换言之,把未成年人的监护与成年人的监护完全视为同一,忽略了具有完全行为能力的成年人在行为能力出现欠缺之前安排自己监护事宜的意志,缺乏对其选择监护人、确定监护职责范围等意愿的尊重。

对此,我国立法机构通过《老年人权益保障法》进行了矫正。2015 年修订的该法第 26 条规定“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。老年人未事先确定监护人的,其丧失或者部分丧失民事行为能力时,依照有关法律的规定确定监护人。”与该法 1996 年内容中仅有的“鼓励公民或者组织与老年人签订扶养协议或者其他扶助协议”(第 24 条)规则相比较,这一规定有着重大突破。因为,扶养或者扶助协议的缔结仅在老年人与扶养人或者扶助人之间形成一个合同之债,除适用合同规则外,并无其他规则可以进一步制约扶养人或者扶助人,消除其不履行合同义务给老人造成的困境。但是,当老人与他人事先形成监护合意后,对方不仅受监护合意约定的制约,而且受监护制度相关规则(尤其是监护监督规则)的制约,这对老人的利益救济远比单纯的合同之债的救济功能强化许多。

《老年人权益保障法》虽确认了具有完全行为能力的老年人与他人达成合意、选定自己监护人的正当性与合法性,却依然存在不足:第一,《老年人权益保障法》作为一个单行法,其立法规范的位阶低于《民法通则》或《民法总则》;第二,老年人的范围小于成年人的范围,该法不能适用于全部成年人主体。从这个角度而言,《民法总则》对成年人自主监护的规定,具有其显著的制度价值。比较《民法总则》第 33 条与《老年人权益保障法》第 26 条可以发现,前者有了明显的制度体系上的宏观考量和制度规则上的完善,主要表现在:(1) 将缔约主体中的未来被监护人范围由老年人扩展至成年人;(2) 删除了对缔约主体中未来监护人的“与自己关系密切”之范围限制;(3) 强调了协商的“事先性”,以体现成年人自主监护的产生依据是在未来被监护成年人行为能力尚未出现欠缺的状态下达成的合意;(4) 强调了成年人自主监护的意思表示的要式性,即以书面形式达成合意。

《民法总则》对未来被监护成年人意愿采取的“应当尊重主义”的思维,为成年人自主监护的形成提供了坚实的理念基础。根据《民法总则》第 33 条的规定,具有完全行为能力的成年人,有权就其在丧失或者部分丧失民事行为能力时由约定的自然人或者团体履行监护职责等内容与他人预先达成合意,该合意在不违背法律强制性规范或者禁止性规范的前提下,一旦以书面形式确定即具有法律约束力。显然,在成年人自主监护

的形成上,未来被监护成年人的意愿不仅可以自由表达,且在不违背法律规定的前提下,可获得法律的充分尊重。

四、成年人自主监护模式: 从非自主到自主模式规则的路径选择

一般而言,成年自然人有行为能力是常态,不具有行为能力是例外^⑮,但当该例外涉及较多公众时,对该例外给予法律制度的调整势在必行。从比较法的视野观察涉及成年人因身体缺陷、心理障碍或者精神障碍而全部或部分无行为能力的法律救济制度可知,其发端于罗马法并于20世纪在不同的法典化国家中枝分出不同的法律救济模式和规则。故而,对源自罗马法并发展于现代社会的成年人监护模式进行深入的观察与分析,对我国成年人自主监护制度的完善大有裨益。

(一) 罗马法中成年人非自主式监护模式“监护和保佐”模式

对因身体残疾、心理疾患或者精神残疾而导致全部或者部分行为能力瑕疵的成年人给予法律救济的制度与规则可以追溯到罗马法。公元前450年,《十二表法》确立了成年人“监护和保佐”的制度体系,开启了以成文法形式对有身体缺陷、心理障碍或者精神障碍的成年人的法律救济制度。《十二表法》第五表规定了对女性的监护、家父为其他家人遗嘱指定监护人,以及遗嘱未指定监护人时其族亲是法定监护人的规则;对精神病人和浪费人则规定了族亲或者宗亲是其保佐人的规则。^⑯可见,罗马法对行为能力有瑕疵的成年人的法律救济是“监护和保佐”制度模式。不过,该模式强调对行为能力有瑕疵的成年人进行强制性救济,且强调被监护人的行为能力缺陷所导致的表意能力之缺乏,故而,成年人监护中的监护人产生与该被监护成年人自身的意愿无关。伴随着11世纪罗马法在意大利博洛尼亚的复兴,罗马法中对成年人的“监护和保佐”法律救济模式被几乎全部的法典化国家所接受,时至今日,“监护和保佐”模式依然是相当多法典化国家对行为能力有瑕疵的成年人提供法律救济的重要模式。

(二) 法典化国家对成年人自主监护模式的选择:多种模式之观察与分析

20世纪以来,老龄化社会的来临使得不少法典化国家对成年人监护问题进行了再思考,其中对成年人监护中如何尊重被监护人意愿尤其成为立法研究的重要内容,并形成了带有各自特点的不同模式。

1. 成年人的“法律上照管”模式:选任照管人以不得违背被照管成年人自由意志为要件 成年人的“法律上照管”模式的立法典型是《德国民法典》^⑰。1992年之前的《德国

^⑮ 参见[瑞]贝蒂娜·许莉蔓·高朴、耶尔格·施密特《瑞士民法:基本原则与人法》(第2版),纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第208页。

^⑯ 参见费安玲主编《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第87-94页。

^⑰ 参见陈卫佐译注《德国民法典》(第4版),法律出版社2015年版,第552-561页。

民法典》的监护体系中包括未成年人监护和成年人监护。从 1992 年 1 月 1 日开始,德国民法立法将监护只限定于针对未成年人,对成年人则单独设立了“法律上照管”制度。与此同时,德国民法立法还废除了成年人禁治产制度,并将其纳入“法律上照管”制度内。这意味着“法律上照管”制度除适用于无行为能力或限制行为能力的成年人外,还适用于那些因有浪费恶习而不能全部或部分管理自己事务的成年人。换言之,《德国民法典》用“法律上照管”制度覆盖和发展了源自罗马法的成年人监护制度和禁治产制度^⑮。这是德国民法于 20 世纪 90 年代的一个重大立法改变。这一改变旨在实现“改善成年人患者和残疾人法律地位的立法目的”^⑯。

根据《德国民法典》第 1896 条的规定,适用“法律上照管”的成年人应当是因心理障碍或身体上的缺陷、精神上或心灵上的障碍而完全或部分不能处理其事务的成年人。法院可根据该成年人的申请或依职权为其选任一个照管人。显然,提出选任照管人的申请与被照管的成年人是否有行为能力并无直接联系,因为选任照管人对被照管人的行为能力并不发生任何影响。^⑰

《德国民法典》第 1896 条规定了“法律上照管”的四个要件,其中有三个要件尤其值得注意:首先,成年人因身体缺陷或者精神障碍而不能处理其事务。但凡成年人成为被照管者,最直接外观化的现象就是自己无法处理自己的事务,导致此现象的原因是其存在或心理的、或精神的、或身体上的缺陷。其次,照管人的选任不能违反被照管成年人的自由意志。鉴于“法律上照管”适用于成年人,给其选定照管人对该成年人的行为能力无影响,但恰因其是成年人,故须考虑被照管的成年人意愿,不能违反成年人的自由意志。这与未成年人监护明显不同,在《德国民法典》中,未成年人的意愿不是为其选定监护人的要件。最后,照管人的职责范围不当然包括处理被照管人的个人信息和电子邮件等通讯信息。尊重被照管成年人的意愿和隐私是对成年人适用“法律上照管”的底线。因此,被照管人的通讯等信息如果需纳入照管人法职责内,必须有法院的明确决定。

德国民法中所设立的“法律上的照管”制度,融入了对被照管成年人自己选择照管人的意志之尊重。根据《德国民法典》第 1896 条的规定,作为一般性规则,如果“成年人因心理疾患或身体上、精神上或心灵上有障碍而完全或部分不能处理事务的,监护法院根据该成年人的申请或依职权为其选任一名照管人。”但与此同时,《德国民法典》第 1897 条(4)规定“成年人对可被选为照管人的人选提出建议的,且依该建议不违背该成年人利益的,必须从之。成年人建议不要选任某特定人的,应该对此加以考虑。”当然,德国的“法律上的照管”制度在尊重被照管人的意志方面依然有较大局限性,即该制度对监护人的选任是以监护法院的选任为核心点,即使成年人对照管人的选任有自己的想法,也仅是建议权,该制度设计并没有将被照管的成年人在其出现心理疾患或身体上、或精神

^⑮ 参见 [德] 迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 125 页。

^⑯ 前引^⑮,陈卫佐译注书,第 552 页脚注 1。

^⑰ 参见前引^⑮,迪特尔·施瓦布书,第 124 页。

上或心灵上的障碍而完全或部分不能处理事务之前的状态作为特别考虑的状态。

2. 成年人自主委托模式: 兼适用委托合同与监护规则

将成年人的缔约能力与监护意愿结合在一起,以民法典立法方式将“成年人保护”专设编章,是《瑞士民法典》和《法国民法典》最新修法的亮点之一。

《瑞士民法典》^①有关“成年人保护”的内容经修订,于2013年1月1日生效。《瑞士民法典》在“亲属法”一编中专设“成年人保护”的分编,未成年人监护则放在“亲属关系”分编中。该体系彰显出监护仅适用于未成年人的设计思维。在“成年人保护”分编里,成年人保护的内容主要包括“自己安排照护”(照护委任和患者处分)和“对无判断能力人的法定措施”。此外,该分编还规定了保佐、有关成年人保护的组织(其中包括组织机构、组织机构形成的程序、该组织与第三人的关系、该组织的协助义务与责任等)。

《瑞士民法典》第360条规定“有行为能力的人,得委任自然人或法人,在其无判断能力时照护其人身或管理其财产,或者代理实施法律行为。委任人应与受任人明确规定所委任事务的具体内容,并指示如何执行其事务。受任人不适宜执行所委任的事务、不接受委任或者通知委任人终止委任时,委任人得采取其他处分代替之。”与此同时,其第361条对照护委任的形式要件作出了明确规定:照护委任的意思表示形式应当是亲笔信或公证书,照护委任的亲笔信中应包括委任日期和签名,民事身份登记机构要将设立照护委任的事实、照护委任契约的存放地点等记载于数据库中。

《法国民法典》中成年人监护制度自20世纪60年代到2007年期间,有两次重要的修改:

(1) 1968年的修法^②。《法国民法典》在该次修法中突破了源自罗马法对行为能力有瑕疵成年人的“监护和保佐”法律救济模式,建立了与成年人丧失自理程度相适应的法律救济模式,即“司法帮助(sauvegarde de justice) + 监护(tutelle) + 保佐(curatelle)”法律救济模式。从民法典立法体系上看,《法国民法典》在第一卷“人”中单设了第十一编“成年与受法律保护的成年人”,该编设有三章内容,包括“置于司法帮助的成年人”“受监护的成年人”和“财产受管理的成年人”。换言之,1968年修改的《法国民法典》在保留源自罗马法的“监护和保佐”法律救济制度的同时,增加了“置于司法帮助的成年人”的内容。但是,在对成年人自主监护的法律救济方面,却并无明显进步。

(2) 2007年的修法。根据2007-308号法律,法国对其民法典中成年人监护制度进行了重大修改,在继续保留并优化1968年确立的“司法帮助 + 监护 + 保佐”法律救济制度的同时,又创立了成年人“未来委托保护协议”(mandat de protection future)制度^③,将成年人之间就一方可能出现的行为能力瑕疵时他方作为监护人达成合意而形成的自主监护纳入到监护制度中,形成了对成年人法定式救济和合意式救济的双重体制。在立法体系上,2007年修改的《法国民法典》第一卷“人法”中第十一编“成年与受法律保护

^① 参见戴永盛译《瑞士民法典》,中国政法大学出版社2016年版,第131-164页。

^② 参见罗结珍译《法国民法典》(上册),法律出版社2005年版。

^③ 参见2007年修法后的《法国民法典》第477-494条。

的成年人”之第二章“成年人的法律保护措施”规定了成年人的保护制度。其中,司法帮助、监护、保佐和未来委托保护协议在该章中并列而置。

《法国民法典》中的未来委托保护协议,系指委托人于具有完全行为能力时,与受托人就在委托人将来出现完全或者部分丧失行为能力情形时受托人依约成为委托人的代理人并履行包括监护等职责的相关权利义务,达成的协议。其核心特征在于:该协议是在程式保护下的合意约定。未来委托保护协议产生于具有完全行为能力的成年人之间,但是,其中委托一方是未来将出现行为能力瑕疵的人,委托人与受托人之间就未来委托人身和财产利益的保护形成合意。因在履行约定时委托人已经全部或部分丧失行为能力而失去对受托事宜完成的异议能力、监督能力和主张救济请求的能力,故而,该协议的缔结应受到一定程式的约束,具体表现为:

(1) 缔约时,或者应有律师参与并在协议上签字,或者应在实施条例规定的协议模板基础上达成合意^{②4}。

(2) 协议的登记与公示。该协议缔结后,应当在指定的登记机构进行登记,以对该协议的存在给予公示。^{②5} 当委托人丧失行为能力时,受托人应当将证明委托人没有行为能力的医学证明提交到法院登记处,由登记员盖章并记录日期后,产生受托人履行监护人职责的效力。

(3) 该协议适用的规则包括债法中委托合同的规则和监护规则^{②6}。

(4) 受托人履行该协议时不仅要适用司法保护的规定(《法国民法典》第457-1条至第459-2条),且应当按照约定的方式对委托人进行监护;受托人每年要编制财产清单和对被监护人进行监护情况的管理年报。此外,监护法官可以随时对监护人的监护情况进行检查。

(5) 受托人应当亲自履行受托的监护义务,仅在特殊情况下方可委托第三人履行协议内容,例如,受托人因其身体原因或者出现紧急情况难以亲自履行约定义务时,可以委托第三人代其履行对委托人的义务。

^{②4} 参见2007年修订的《法国民法典》第492条。2007年11月30日的实施条例(Décret no 2007-1702 du 30 novembre 2007)中规定了协议模板。RÉP. CIV. V. Mandat de protection future, par F. Sauvage, n°27. “La loi prévoit la publicité du mandat de protection future, par le biais d’une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l’accès seront fixés par décret en Conseil d’État.”

^{②5} 2007年修订的《法国民法典》第477-1条规定“协议应当在特定的登记机关登记”。但是,在2007年修法中,并没有要求公示,在一些学者和公证人的呼吁下,2015年12月28日的法律(LOI n°2015-1776 du 28 décembre 2015)又增加了公示的要求。J. Klein, *Majeurs protégés : bilan de la réforme*, AJ fam. 2011. p. 182. “Le notariat avait réclamé que le mandat de protection future fasse l’objet, une fois mis en oeuvre, d’une mesure de publicité au répertoire civil et d’une inscription dès son établissement sur un répertoire confidentiel du type fichier des dispositions de dernières volontés.”关于特定的登记机构,2016年法国司法部长在议会质询的答复中表示,可能会在2016年夏天颁布相应实施条例,但是直到现在法国政府还没有颁布相应的条例,故在实践中,协议登记尚未进行。法国参议院的报告显示,现在正在建设一个法国全国性的互联网登记平台,但投入使用的日期尚未确定。

^{②6} RÉP. CIV. V. Mandat de protection future, par F. Sauvage, n°5. “Il relève par ailleurs des articles 1984 à 2010 du même code relatifs au droit commun du mandat, mais dans la mesure où ces dispositions ne sont pas incompatibles.”

(6) 其他利益相关人和法官依法有权对受托人和委托事项进行监督。具体而言,利益相关人可以向监护法官提出检查申请,法官可以随时决定终止协议履行并将委托人(即被监护人)纳入司法保护程序;或者在协议无法全面保护委托人时,在没有约定的事项上开启司法保护程序。此时依法产生的司法保护人与依协议产生的受托人各自完全独立。

3. 成年人自主监护模式: 监护制度体系的扩展

成年人自主监护在法典化国家监护法律制度体系中的定位特点在于: 在立法中坚守监护制度对成年人的适用,同时根据现代社会生活对成年人监护的需要,扩大监护法律制度的体系范围,将成年人就可预见的行为能力瑕疵状态下的监护事宜通过自主与他人协商而形成的自主监护纳入监护法律制度体系中。该模式的典型立法有《西班牙民法典》《日本民法典》和我国《民法总则》等。

早在 20 世纪 20 年代,即有西班牙学者就成年人在有行为能力时提前为自己选定监护人的行为进行了研究,并将其冠以不同的名称,例如“信托监护”(tutela fiduciaria)^{②7}、“预防性监护”(tutela cautelar)^{②8}、“监护的自我选择”(autodelación de la tutela)和“自愿监护”(tutela voluntaria)^{②9}。目前,西班牙法学界主流观点将之称为“自主监护”(autotutela)^{③0}。在西班牙法律实践中,1924 年即出现了公证机构将自然人预先就其未来丧失行为能力时选定监护人的公证申请确认有效的案例,监护法庭对此亦判定有效^{③1}。

2003 年 11 月 18 日,根据西班牙《关于残疾人财产保护法和修改民法典、民事诉讼法、法院规则中相关规定的 41/2003 号法律》^{③2},《西班牙民法典》对成年人监护规则进行了整合。该民法典第 223 条第 2 款规定“具备完全行为能力人为防备日后可能会出现被司法认定为无民事行为能力的情形,可以通过公证文书(documento público notarial)的方式对人身及财产作出相应处置,包括监护人的任命。”该公证文书要通过授权公证人寄送到民事登记中心(Registro Civil)进行登记,以便法官在成年人出现行为能力瑕疵时,得以从民事登记中心了解其选定监护人的意愿和具体内容。

在西班牙有关成年人自主监护的制度中,不仅有成年人自主监护的产生规则,而且有确保成年人自主监护制度目的得以实现的配套规则。其一,有关对成年人自主监护实施公权力监督的规则。《西班牙民法典》第 232 条规定,监护权在检察机关的监督之

^{②7} Rendón Ugalde, C., *Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela*. Revista de Derecho Privado n° 11, 2005, pág 77.

^{②8} Rendón Ugalde, C., véase *supra.*, pág 77.

^{②9} Durán Corsanegro, E., *La autodelación de la tutela*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. 2003, pág 134.

^{③0} Aida Escudero García, *La autotutela en el Derecho Común: régimen jurídico para anticiparse al futuro*, Abogacía, 13 de enero, 2015.

^{③1} Durán Corsanegro, E., véase *supra.*, pág 139 y ss.

^{③2} Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41>, Fecha de la visita final: 6 ab. 2019.

下行使,检察机关依职权以及任何利益相关方要求对监护人进行监督。检察官在任何时候都可要求监护人通报被监护人的近况以及监护管理的状态。其二,成年人自主选定的监护人在出现下列情况时,将直接根据法律规定丧失监护人资格:(1)监护人事事实上完全不可能行使监护权的,例如监护人自己就是全部或部分无行为能力人。(2)使人有理由认为其无法良好行使监护权的,例如,曾被法院判决剥夺过监护权,或者被以其他罪名判处徒刑且该罪名使人有理由认为其无法良好行使监护权,对被监护的成年人有明显敌意或者与之有重大利益冲突(如正与被监护人进行涉及婚姻状态或所有权相关诉讼,或者欠被监护人数额巨大债务),隐匿其行为不端的信息等^③。

日本现行的成年人自主监护制度,亦称任意监护制度,系1999年修改民法典后的产物。日本的成年人自主监护制度是指“被监护人为应对将来的判断能力减退而想在现在早做准备的法律制度”^④。《日本民法典》中有关成年人监护制度规则的内容明确简洁。该法典第843条第4项规定,在为成年的被监护人选任监护人时,应当考虑被监护成年人的身心状态和生活及财产状况等^⑤。此外,日本专门制定了《任意监护契约法》和《促进成年监护制度利用的法律》,通过扩大成年人监护法律制度体系内容来实现对被监护成年人利益的保护。^⑥尤其是在参加《残疾人权利公约》后,日本对成年人监护中忽视被监护成年人的自立和自我决定的所谓“代理意思理念”进行了深刻反思,确立了成年人监护制度的“支援意思决定的理念”,强调对被监护成年人意思的尊重^⑦。为保障成年人自主监护中被监护人的权利,日本立法强调:以合同形式设立成年人任意监护时,应当以公证书形式进行,且该监护自选任任意监护监督人时开始生效,以便通过监护监督人的监督来防止监护人滥用监护权限,与此同时,家庭法院还将对任意监护进行间接监督^⑧。

我国《民法总则》将成年人自主监护制度放置在监护制度体系的设计,与西班牙和日本等国家的监护法律制度体系设计是一致的。这一设计的核心特点在于,成年人自主监护是专门针对将可能出现行为能力欠缺的成年人而设定,该成年人有权按照自己的意志,就自己出现行为能力欠缺后的人身利益和财产利益的监护和照管,与他人达成一致的意思表示。其制度设计虽然依旧是在监护法律制度体系之内,但在监护人的选定、监护职责的范围、内容等方面允许双方通过合意加以确定。

综上所述,对需要特别关注的特殊成年人群以立法方式从法律制度上给予保障,是国际上不同国家尤其是法典化国家法律制度发展的共同趋势。在法典化国家的立法

^③ 参见《西班牙民法典》第243、244条和第1732条。

^④ [日]冈孝《东亚成年监护制度的比较》,李国强译,载《吉林大学社会科学学报》2013年第2期。

^⑤ 参见渠涛编译《最新日本民法典》,法律出版社2006年版,第180页。

^⑥ 参见何心慧《日本成年监护制度的现状及利用促进法的实施——兼论对我国的启示》,载于宪会主编《日本法研究》(第4卷),中国政法大学出版社2018年版。

^⑦ 前引^⑥,何心慧文。

^⑧ 前引^④,冈孝文。

中,对成年人因身体缺陷、心理障碍或者精神障碍造成的全部或者部分无行为能力所给予的监护制度救济,最初是成年人非自主的“监护和保佐”模式,其后出现了关注被法律救济的成年人意愿甚至自主选任监护人的模式。可见,尊重被救济的成年人意愿和自主决定是当今社会监护法律制度的发展趋势。

上述对不同成年人自主监护模式的分析,给我们以不少启发:第一,可通过扩展立法保护的路径来改变监护制度或监护和保佐制度对成年人利益保护不足的状态;第二,应将行为能力欠缺的成年人和尚未出现行为能力欠缺的成年人利益救济一并纳入立法救济领域,按被救济对象的具体情况予以弹性照顾,有学者认为这实际上是“将法律介入缩小到必要的最小限度”^③;第三,就被监护人而言,应给予被监护人以更多的意思自治的可能。

五、成年人自主监护的条件规则

成年人自主监护产生的基础是双方当事人之间的约定。但是,必须注意的是,与一般双方约定的制度价值不同,成年人自主监护的制度价值重心在于确认未来被监护人在行为能力出现缺陷之前有自由主动表达自己选任监护人的意愿,有就监护关系的形成与他人缔结协议的资格。立法确认成年人自主监护的核心目的,旨在通过制度规范对作为未来被监护人的成年人按照自己意愿与他人就监护关系的形成所达成的一致意见给予法律约束力。成年人自主监护的产生,应当具备如下条件:

(一) 协商时双方均是完全行为能力人

任何合意行为均对参与合意的主体有行为能力的要求。尤其是成年人自主监护中的被监护人,当其对自己作出可能出现行为能力欠缺的判断时,其对选择一个怎样的监护人、该监护人是否能够在自己出现行为能力欠缺的情况下有力地保护自己的人身利益和财产利益等等必然有一定的考虑。因此,在就成年人自主监护达成约定时,双方必须具有意思表示的能力。为此,不仅未来的监护人,即愿意在对方出现行为能力欠缺的情况下成为其监护人并履行监护职责的人,应当是完全行为能力人,而且确认他人成为自己未来监护人的一方更应当对自己行为有着清晰且充分的理解力、判断力和可预见力。这是意思表示规则的基本要求,成年人自主监护同样受该规则的制约。

自监护制度出现至今,行为能力与监护有着密不可分的关系。曾有学者认为,自20世纪中叶以来,随着人权保护观念的兴起和社会老龄化问题的出现,在全球范围内引发了一场监护制度改革的浪潮,其中最为突出的变化趋势就是弱化行为能力与监护关系设立之间的联系,换言之,监护制度的保护对象范围扩展至所有不能正常照顾自己利益的成年人,而不再以行为能力欠缺作为前置条件。^④如果仅从监护制度无法完全解决需

^③ 李霞《成年监护制度的现代转向》,载《中国法学》2015年第2期。

^④ 参见赵虎、张继承《成年人监护制度之反思》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2011年第2期。

要救济的成年人问题的角度和成年监护制度的改革引领整个监护制度的发展趋势角度出发而言,这些学者的观点还是值得赞同的。但是,单就监护制度本身而言,本文认为,行为能力欠缺与监护制度的出现是不可分离的,因为,就制度体系设计而言,自罗马法始,监护制度是针对未成年人而设定,保佐制度是针对因有浪费恶习而不宜管理自己财产之人而设定。显然,被监护之人在行为能力上存在欠缺,因而需要被保护,是设定监护制度的核心目的与制度价值判断。迄今为止,在法典化国家的监护制度设定目的上均惟此。虽然 20 世纪中叶以后,针对在行为能力上并无欠缺但无法自理的人,一些国家在立法上通过增加“法律照顾”的制度而弥补制度缺陷,将法律救济的对象范围扩展到全部不能正常管理自己事务、照顾自己利益的成年人,但这尚不足以否定行为能力欠缺与监护之间的关系。

(二) 缔约人合意的预设条件出现

成年人自主监护是合意双方对未来监护关系的设立达成一致意见。在未来被监护人没有出现行为能力欠缺的情况下,该监护合意对双方没有约束力。因此,未来被监护人是否出现行为能力欠缺就成为成年人自主监护是否开始的条件,该条件的性质具有预设性。

实际上,成年人自主监护比附条件法律行为的内容要更加多重化:如果从成年人自主监护生效的角度而言,它是一种附条件的双方法律行为,因为只有约定的未来被监护人出现了行为能力欠缺时,该合意才产生约束力。其受到附条件法律行为一般规则的制约。如果从成年人自主监护内容的角度而言,它是一种有负担内容的双方法律行为,因为经过协商而成为未来监护人者,基于该合意而产生了未来需要履行的义务。其受到负担法律行为一般规则的制约。

(三) 监护人应当兼具主观上的同意与客观上的可能

成年人自主监护得以产生其预期法律效果,未来监护人的资格是其主要条件之一。监护人兼具主观上的同意与客观上的可能,应是成年人自主监护中监护人条件规范的重点。

所谓主观上的同意,是指作为未来监护人,应当有成为监护人的真实意愿。这是成年人自主监护与遗嘱选定监护人、单方中多个有监护资格的人通过协商选定监护人的最大不同点之一:后两者并不以被选定监护人同意为必备要件;而成年人自主监护则强调监护人同意是必备要件之一。

所谓客观上的可能,是指愿意作为成年人自主监护中的监护人者,无论是自然人还是团体,均应当具有能够承担监护人职责所需要的财产、经费、时间及监护能力等,以便能够切实履行监护人的职责。

特别需要注意的是,在成年人自主监护中,仅由亲属担任监护人的单一状态开始转

向监护人包括亲属、非亲属的自然人和团体的多元状态发展^⑪。《民法总则》并没有规定作为成年人自主监护中的监护人团体必须是被监护成年人所在地的居民委员会、村民委员会或者民政部门。换言之,凡是有意愿担任监护人的任何团体,包括《民法总则》第24条第3款规定的居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门,以及未出现在该条款列举中的其他社会组织(如各类养老机构等),只要有主观上的同意和客观上的可能,均可以成为成年人自主监护中的监护人。

(四) 双方合意的书面形式

对成年人自主监护,《民法总则》第33条强调“以书面形式确定”。其制度的价值判断在于,鉴于双方是对未来产生约束力的成年人监护达成合意,该合意的达成与监护条件成就之间存在一定的时差,故而双方的合意需要通过书面形式加以体现。按照书面意思表示形式的一般规则,书面形式必须有双方的签字或盖章。当然,如果双方将该意思表示以公证形式做出,则该书面形式的约束力更为可靠,除非有相反证据推翻之。

但是,在现代社会网络环境下,我们需要将签字盖章式的书面形式放置在网络环境下进行扩展,具体而言包括两点:(1)根据《合同法》第11条的规定,书面形式不仅包括可以进行签字盖章的合同书、信件等,还包括虽然并无签字盖章但有证据表明是合意者自己的真实意愿表达的电子邮件、手机短信、微信或通过其他网络交换工具的数据电文等形式。(2)根据《民法总则》第137条第2款的规定,如果成年人监护的合意者采用数据电文形式进行意思表示的,表意人的意思表示应当进入相对人指定的接收数据电文的特定系统。如果相对人未指定特定系统的,则表意人在载有自己意思表示的数据电文进入相对人可控制的系统后,应当随即以适宜的方式通知相对人。

此外,在我国法律实践中,还有一种很中国民间传统式的确认书面意思表示真实性的方式需要关注,这就是按指印(或摁手印)。我国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第5条规定强调“当事人采用合同书形式订立合同的,应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的,人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。”在我国2019年《民法典合同编(草案二次审议稿)》第282条中也有类似内容“当事人采用合同书形式订立合同的,自当事人均签字、盖章或者按指印时合同成立。”鉴于“按指印”在我国社会实践中多为与签字共同进行,且单纯按指印行为不具有签字、盖章行为所具有的特定主体的明确直观性,因此,成年人自主设立监护的合意书面形式中,按指印应当与签字同时存在方可具有意思表示的效力,反之,如果在书面意思表示上单纯采用按指印方式的,不能产生合同成立的效果,除非同时有两名证人在合同上签字作证。

^⑪ 对此,我国尚未有统计数据,但日本有一定的数据统计。根据日本最高裁判所事务总局家庭局的统计,2017年,成年人监护中由配偶、父母、子女、兄弟姐妹及其他亲属担任监护人的比例逐年递减,相反,由律师、普通市民和法人担任监护人的比例逐年增加。参见前引^③,何心慧文。

六、我国成年人自主监护制度的应完善规则

我国《民法总则》立法将成年人自主监护制度纳入其中,不仅契合了我国社会生活的变化与趋势,而且在立法制度设计上亦体现出一定特色且相当新的内容。遗憾的是,《民法总则》中涉及该内容的条款仅有第33条,而零星散落在民法典各分编中的有关监护人、被监护人的规则均未涉及成年人自主监护的内容,这导致我国民法典对成年人自主监护的制度规定过于粗糙简陋,为此,本文就如何完善成年人自主监护的制度规则提出如下见解。

(一) 成年人自主监护中监护人规则之强化

鉴于成年人自主监护具有事先约定性,对未来被监护的成年人而言,存在着选任监护人不当,但因选任者已经出现全部或者部分行为能力瑕疵而无法加以矫正的风险。为此,应当在如下方面通过立法给予强化保护:

1. 强化成年人自主监护中的监护人资格禁止规则

虽然未来的被监护成年人已与相对方就对自己出现行为能力瑕疵后的监护人选任、监护人履行监护职责的内容与范围等达成合意,但是,如果相对方有下列情况存在,仍应当禁止该相对方成为监护人;已经成为监护人的,法院可以依职权,或根据被监护人的亲属、监护监督人或关系密切之人^⑫等主体的请求,撤销该监护人的监护资格:

(1) 监护人存在欺骗或者故意隐瞒可能影响监护职责履行的重大信息等不诚信行为。例如,监护人故意隐瞒其曾被法院判决剥夺监护权的事,或者隐匿其行为不端的信息,或者隐瞒其与被监护成年人有财产利害关系等。

(2) 监护人存在使人有理由相信其不能良好地行使监护权的情况。例如,监护人曾经被判处罚且该刑罚使人有理由认为其无法良好地履行监护职责,监护人对被监护成年人有明显敌意、监护人与被监护成年人有重大利益冲突(如监护人与被监护成年人之间正处于婚姻纠纷状态或存在财产权纠纷)等。

(3) 监护人不能亲自行使监护权。例如监护人自己就是全部或部分无行为能力人。《法国民法典》在其立法规则中特别申明“监护是一种属人责任”,监护人的职责不得自行转给他人,监护人的配偶或者监护人的继承人亦概莫能外。^⑬

2. 强化成年人自主监护中的团体监护人规则

监护人不以自然人为限,且因公权力的介入,团体监护人日趋显著地参与成年人自主监护已然成为一种趋势。更何况,随着我国公益事业的发展,有监护意愿和能力的社会组织尤其是社会公益组织日渐增多,由这些适格的社会组织承担成年人自主监护监

^⑫ 所谓关系密切之人是一个较为宽泛的表达,可以包括在身份上有密切关系者(例如,与被监护人有事实婚姻关系的人),亦可以包括财产利益上有密切关系者(例如,合伙人、债权债务关系人)等。

^⑬ 参见前引^⑫,罗结珍书,第387页。

护人的职责,可以对目前范围较为狭窄的由自然人及法定机关或团体充任成年人自主监护的监护人主体形成有益的补充,也有利于缓解国家民政等有关机关所面临的监护压力^④。鉴于团体监护人具有通过其团体成员来实施监护行为、履行团体监护人之监护职责的特性,应当考虑对如下规则予以强化:第一,强化团体监护人的资格认定规则;第二,强化团体监护人内部成员履行监护职责的能力审核规则;第三,强化团体监护人的外部监督规则。

(二) 成年人自主监护中约定内容的禁止规则之强化

成年人自主监护的核心特征是未来被监护成年人按照自己的意愿通过约定方式来安排自己出现行为能力瑕疵后的监护人和监护事宜(包括监护的具体事项、监护人监护职责的范围等),其自主性特质十分明显。但是,鉴于成年人自主监护的约定一旦条件成就即进入履行状态,而此时的成年人委托已成为被监护人,其客观上丧失了对监护人行为的控制能力、异议能力等,因此,尽管成年人自主监护约定内容已经确定且已经未来被监护成年人签字确认,但是,如果所约定内容存在可能损害被监护成年人利益的内容,立法应当明确加以禁止。

按照亚里士多德的公正理论,法律应当为受害人提供“矫正性公正”的救济^⑤。因此,我国民法典有关成年人自主监护的规则,应当将成年人自主监护的约定中出现如下内容明确纳入禁止性内容:(1) 约定监护人可以未经被监护成年人亲属会议的一致同意而自由处分被监护人财产的,除非有证据表明该处分行为是直接为了被监护成年人的利益;(2) 约定监护人有权受让被监护成年人财产的;(3) 约定监护人对因其执行财产上的监护职责存在过失造成的损害不承担赔偿责任的。

(三) 成年人自主监护的登记备案规则之强化

合意行为往往产生于私主体之间,如果在约定事项完成之前双方均是完全行为能力人,公权力通常不宜干涉。成年人自主监护的产生虽然同样也是私主体之间的行为,但由于在实施监护时,被监护人是行为能力有瑕疵者,需要获得法律的特别救济,因此,有必要将每一个成年人自主监护的书面合意放置在能够获得法律监督的环境之下。对此,一些法典化国家和地区将监护的书面合意进行登记备案的制度设计值得我们借鉴。例如,《德国民法典》第1791条规定了监护书面意思表示的登记备案制,即将载有监护法律关系相关书面形式的信息(例如被监护人信息、监护人信息、监护监督人信息)进行备案,并以发放证书的方式将备案信息载明于证书上。我国台湾地区的“民法”也有类似的规定,例如台湾地区“民法”第194条和第111条都规定了监护关系登记备案制,以便对监护人的监护行为进行监督。瑞士民法的制度设计则是:有关成年人照护的书面合意不仅需在民事身份登记机构进行登记,而且根据《瑞士民法典》第361条的规定,有关照护委任的意思表示形式的亲笔信或公证书还要记载于数据库中。法国立法设计亦

^④ 参见陈甦主编《民法总则评注》(上),法律出版社2017年版,第193页。

^⑤ 参见[古希腊]亚里士多德《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国社会科学出版社1990年版,第95页。

强调,成年人自主监护的未来委托保护协议在缔结后,应当在指定的登记机构进行登记^{④6}。

观察法典化国家和地区的法律实践,对成年人自主监护的书面形式进行登记备案的机构,可以是负责民政事务的机构,亦可是被政府核准的社会专门机构,亦可是法院。

(四) 成年人自主监护的监督人规则之强化

罗尔斯曾曰“如果法律和体制是不正义的,那么无论它们多么有效,多么有条不紊,也必然会为人们所改革或废除。”^{④7}成年人自主监护制度彰显着未来被监护成年人的意愿,《民法总则》第34条第2款亦突出规定了监护人的职责^{④8},但是,如果没有必要的保障措施,该意愿在监护期间是否能够真正实现则存疑诸多。

在罗马社会,对监护人的监督制度是强制监护人提供担保,但遗嘱指定的监护人不在其内,因为由遗嘱人指定的监护人被认为是正直和勤勉的人^{④9}。不过,令监护人为其监护行为提供担保,并不能充分有效地保证被监护人的利益不遭受侵害。故而,现代社会通过监护监督制度来实现对被监护人利益保护的目的。设立成年人自主监护的监督制度,是维护成年人自主监护制度正义的价值所在。监护监督制度所具有的促使监护人积极恰当和勤勉地履行监护职责,保护被监护成年人合法权益,保障成年人自主监护意愿实现等功能,均是其无法被其他制度替代的特有功能。

关于监护监督人的设立,民法典可以借鉴《老年人权益保障法》第26条中被监护人可与监护监督人缔结监护监督协议的思维^{⑤0}。同时,亦应当考虑将社会团体,例如被监护人所在地居民委员会、村民委员会或者法院依法指定的社会公益机构等,纳入成年人自主监护监督法律关系中,以强化对监护人的监督功能。

(五) 成年人自主监护的亲属会议规则之强化

监护人应当向被监护成年人的亲属会议履行其报告义务。亲属会议,是由被监护成年人的直系血亲尊亲属、一定亲等内的旁系血亲尊亲属和同辈血亲共聚一堂,集中讨论被监护成年人的监护事宜,并形成一致或者多数决意见的一种形式。通常,亲属会议应当由上述亲属中的最年长者召集,人员不应当少于3人。亲属会议在我国是一种客观存在的社会习惯性质的现象,其具有相应的社会功能,但是目前在立法中缺乏对其法律地位的认定,这需从法源上展开应有的讨论。

(六) 成年人自主监护的监护人报告义务规则之强化

监护人对其管理的被监护人财产状况进行报告,应当作为完善成年人自主监护的重要规则之一。监护人应当有义务向被监护人亲属会议每年详细报告一次。其报告的内容应当包括财产现状,被监护人财产中的现金、不记名证券和贵重物品是否存放在国

^{④6} 2007年修订的《法国民法典》第477-1条规定“协议应当在特定的登记机关登记”。

^{④7} [美] 约翰·罗尔斯《正义论》,谢延光译,上海译文出版社1991年版,第3-4页。

^{④8} 参见《民法总则》第34条第2款“监护人依法履行监护职责产生的权利,受法律保护”。

^{④9} 参见[罗马]查士丁尼《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第41页。

^{⑤0} 参见周奥杰、张家勇《我国老年监护制度的建立与完善》,载《人口与社会》2014年第2期。

家级信贷机构中及其变化情况,将被监护人的财产用于投资的情况(例如购买国债或者由国家担保的债券、购置国内的不动产)等。

(七) 成年人自主监护中监护人有偿监护规则之强化

原则上,监护职责的履行是无偿的。但是,在成年人自主监护制度中纳入有偿监护规则有其正当性:首先,就成年人自主监护制度的微观视角而言,鉴于成年人自主监护的合意特质,当成年人就自己未来被监护的事宜及由监护人实施有偿监护的内容与他人达成一致时,未来被监护成年人同意有偿监护的意愿应当被认可;其次,就成年人自主监护制度在我国整个监护制度体系的宏观视角而言,我国《民法总则》“确立了以家庭监护为基础、社会监护为保障、国家监护为补充的监护体制,形成了国家和社会的良性互动”^{⑤1},因而,在立法中对有偿监护给予规定,既契合成年人自主监护的合意特质,又可调动非亲属人员参与成年人自主监护的积极性,并可进一步促进社会监护保障功能的发挥。

不过,监护人根据约定获得酬金和有偿履行其监护职责的情况应当纳入监护监督的范围内,亦应当纳入定期向被监护人亲属会议汇报的内容中。因为,虽然在合意中约定监护人的酬劳属于合意人的自愿给付,但是,考虑到成年人自主监护制度的特点,监护监督人和亲属会议对此应当有监督职责。在制度设计中可以考虑:确认监护监督人有权针对监护人的监护行为与获酬条件不符的情况,向被监护人亲属会议提出减少或者拒绝支付酬金的建议。

结 语

成年人自主监护作为监护制度的组成部分,不仅是我国乃至法典化国家立法上的新内容,更是未来司法实践所要面临的实际问题。成年人自主监护的出现,突破了源自罗马法的监护中鲜有体现被监护人意愿的法律制度之不足。本文立足于“民法典的价值理性就是对人的终极关怀”^{⑤2}的理念,通过梳理当前在我国法学界流行的意定监护概念及其理论与成年人自主监护概念及其理论的不同,将成年人自主监护的法律特征与一般监护区分开,为成年人自主监护制度规则的充实和完善奠定理论基础。

从20世纪以来,对行为能力出现瑕疵之成年人的法律救济呈现出多元化趋势,但监护依然是最为有效的基础性制度。本文站在比较法视角对法典化国家中一些重要法典中有关成年人自主监护的规则和类似制度规则进行了分析,经分析发现,虽然法典化国家的立法对行为能力将出现瑕疵的成年人的法律救济模式不尽相同,但是,尊重该成年人意愿,加强监护职责履行过程中的监督,鼓励非亲属人员和社会团体参与成年人自主监护之中,是当今社会监护或者法律救济中的一种趋势。

^{⑤1} 王利明《回顾与展望:中国民法立法四十年》,载《法学》2018年第6期。

^{⑤2} [美] 艾伦·沃森《民法体系的演变即形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社2005年版,第269页。

就我国民法典立法而言,仅有的《民法总则》第33条规定的成年人自主监护规则,远远不能适应我国自现在开始且至少会持续50年的老龄化社会带来的相关法律问题。为此,本文不仅希望通过对成年人自主监护的设立条件及推进我国成年人自主监护制度的相关规则进一步完善的探讨,能够在充实我国成年人自主监护制度架构上发挥作用,更期待能够引发我国法学界对成年人自主监护制度及其理论的深入思考。因为在我们这个伟大的国度里,虽然人们在能力上不可能相等,但是每一个能力弱者,均应当受到这个社会给予的平等、尊重和仁慈的法律帮助。

Abstract: The core content of the guardianship system is the determination of guardian. The guardian determined in accordance with the will of the two parties fully demonstrates free and active will of the future adult under the guardianship, which is appropriate to be called adult self-determined guardianship. Adult self-determined guardianship system is originated from the idea that ‘law is made for people’ in the Roman law, which fully demonstrates the idea of ‘paying attention to the will of future adult under the guardianship’ in China. From the pattern of adult involuntary guardianship and protection in the Roman law to diversified patterns of adult self-determined guardianship since the 20th Century, it reveals the increasing respect of legislation for the will of adult under the guardianship. Provisions on adult self-determined guardianship in the Civil Code of China still face the urgent need for the systematization of norms. Rules such as qualifications of the contracting parties of adult self-determined guardianship, condition of the guardian, subjective consent and objective possibility of the guardian, and consent form of the parties should be detailed. In addition, the improvement of restriction rules for the agreed content of guardianship, registration and filing rules for adult self-determined guardianship, rules for guardian supervisors, rules for guardian reporting, paid guardianship rules and other adult self-determined guardianship rules is not only the object of theoretical research, but also the significant content of legislation improvement.

(责任编辑:任彦)