

# 我国老年监护制度的立法突破及相关问题

杨立新\*

《中华人民共和国老年人权益保障法》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。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。

2012年12月28日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订了《中华人民共和国老年人权益保障法》，并将于2013年7月1日实施。该法增设的第26条（以下简称第26条）规定了我国的老年监护制度，实现了我国成年监护制度立法的突破，具有重要意义。作为积极倡导并一直参加该法修订、参与设计这一制度的学者，对此既有成就感，又有诸多遗憾。本文对第26条进行释评，并对引发的相关民法问题进行探讨。

## 一、第26条确立我国老年监护制度的背景和具体内容

### （一）第26条规定老年监护制度的立法背景

自罗马法出现监护制度以来，至法国民法典和德国民法典，近代监护制度已经基本完善。尽管各国对监护制度规定的内容不同，但主要是对未成年人和精神病人等设置监护，保护交易安全和被监护人的权益。

20世纪中后期，监护制度发生了一场重大改革，改革的动因是老龄化社会的到来与国际人权保护的不断发展。当代社会，人的寿命普遍延长，高龄人口越来越多，他们的意思能力和体能的衰退导致其民事行为能力下降，以致无法独立生活，使近代成年监护制度无法因应保护年龄增大而判断能力衰退的老年人的需求。随着国际人权保护运动的发展，尊重并保障身心障碍者人权的思想获得普遍承认，出现了一系列有关身心障碍者

---

\* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

的人权公约。近代成年监护制度的侧重点是维护交易安全，忽视社会对残障者利益的保护，不利于成年特别是老年身心障碍者融入社会，偏离国际人权保障的发展要求。

基于此，世界各国（地区）纷纷对成年监护制度进行改革，创设出各具特色的新制度，出现了改革成年监护制度的高潮。法国率先在1968年修订监护法，瑞典于1974年和1989年两次修改监护法，加拿大于1978年、美国于1979年、奥地利于1983年、英国于1986年、德国于1990年、日本于2000年分别完成了成年监护制度改革，并影响到蒙古、越南以及我国台湾等国家和地区。<sup>〔1〕</sup>至本世纪初，各国和地区已经基本完成了这一修法运动。

各国和地区进行成年监护制度改革的重点，是创设老年监护制度，核心是尊重人的自我决定权。无论是法国的司法保护制度、德国的照管制度，还是日本的任意监护制度、我国台湾的监护、辅助制度，都体现了同样的主题。下文仅举德国、日本和我国台湾成年监护制度改革的情况加以说明。

德国国会于1990年9月12日公布了对成年人监护及保佐照顾法律的改革法（1992年1月1日生效）。根据这一法律，原来的禁治产宣告制度被废除，成年监护制度的保护由二元结构的“监护、辅佐”合并为一元化的富有弹性的“照管”制度，其保护对象为精神障碍者、智力障碍者、身体障碍者以及老龄人，依其个别具体情形在必要范围内为其选任“照管”人。这一改革主要涉及民法总则编和亲属编，同时牵涉德国非讼事件法、民事诉讼法及民事施行法等50种相关法规的变动。<sup>〔2〕</sup>

日本于2000年4月1日施行了一系列关于成年监护的法律，包括关于修改民法的一部分的法律、关于任意监护契约的法律、关于监护登记等的法律和关于伴随施行“关于修改民法的一部分的法律”修改有关法律的法律，并由此修正了300多项法律、法规。日本对监护制度改革的基本内容是：彻底废除禁治产和准禁治产制度，成年行为能力欠缺者仅有“限制”行为能力一种。成年监护制度由任意监护和法定监护组成。任意监护的目的在于保护高龄者，本人在有判断能力时，可以预先委任监护人，作为自己判断能力丧失后的监护人，双方订立委托监护契约，本人将自己监护事务的全部或部分权限授与委托监护人。该委托契约须经公证，并须进行登记。当本人判断能力衰退的事实发生，监护监督人被选任时，该委托监护契约生效，约定的监护监督人开始监督，或者经过申请法院选定监护监督人之后，任意监护开始，委托监护人成为任意监护人。<sup>〔3〕</sup>法定监护<sup>〔4〕</sup>扩大保护对象，包括精神障碍者、高龄者和智力障碍者（但不包括身体障碍者）。新的监护监督体系更加严密，除有司法权的法院通过选任监护人进行直接监督外，对监护人皆设监督人，以更加细密地保护被监护人。<sup>〔5〕</sup>

我国台湾于2008年5月23日修订民法总则编和亲属编的部分条文，废止禁治产制度，创设成年监护和辅助制度，建立了完全的成年监护制度：（1）监护宣告。对于因精神障碍或其他心智缺陷，致不能为意思表示或受意思表示，或不能辨识其意思表示效果

〔1〕 参见李霞《民法典成年保护制度》，山东大学出版社2007年版，第65页。

〔2〕 参见杨立新主编《民法总则重大疑难问题研究》，中国法制出版社2011年版，第63页。

〔3〕 参见渠涛《最新日本民法》，法律出版社2006年版，第433页。

〔4〕 与我国的指定监护相近。

〔5〕 参见〔日〕山本敬三《民法讲义》，北京大学出版社2004年版，第36页以下；〔日〕宇田川幸则《浅论日本关于成年人监护制度的修改》，载渠涛主编《中日民商法研究》第1卷，法律出版社2003年版。

的，法院得因本人、配偶、四亲等内的亲属、最近一年有同居事实的其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构的声请，为监护宣告。待受监护的原因消灭时，法院应以前述规定的声请权人的声请，撤销该监护宣告。(2) 辅助宣告。法院对于监护的声请，认为未达应当宣告监护的程度，但因精神障碍或其他心智缺陷，致其为意思表示或受意思表示，或辨识其意思表示的效果的能力显有不足者，可以对其进行辅助宣告；受监护宣告的原因消灭，但仍有辅助必要的，应当变更为辅助宣告。受辅助宣告者，实施一般民事行为须经辅助人同意，但纯获法律上利益，或依其年龄及身份、日常生活所必需的，不受这一限制。(6)

在这样一个世界性的修法运动中，我国民事立法似乎没有受到任何影响。直到2000年日本监护制度立法改革前后，我国学者才有若干研究和介绍。(7) 在当代，老年痴呆症已经成为威胁人类最严重的疾病之一。作为一种智力上的障碍，它直接影响人的判断能力，致使人的意思能力完全丧失，必须设置监护对患者予以保护。中国目前的高龄人口约1.3亿多人，老年痴呆病人约有10万人，并且还在增加。(8) 尽管在实务上以及理论中认为，“已经成年或具有完全民事行为能力，后因精神病或其他疾病，全部或者部分丧失了民事行为能力”的人，可以通过认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的宣告程序进行宣告，为其设定监护人，(9) 但并无实体法上的依据。

半个世纪以来，成年监护制度改革的修法运动经久不衰，形成世界潮流，具有深刻的理论基础和社会背景。

#### 1. 老年社会迅速扩大是成年监护制度改革的现实需求。

按照联合国的有关规定，特定国家65岁以上的老年人在总人口中所占比例超过7%或60岁以上的人口超过10%，即可称为“老年型”国家。目前大约有190个国家和地区达到了“老年型”国家的标准。联合国预测，目前全世界有6亿老年人，到2050年将会达到20亿。随着人的寿命普遍延长，老年人口的规模巨大且增长迅速，老年痴呆人数剧增，使老年人的人身、财产权利保护问题日益突出。在近代民法典制定时，起草者不可能预测到这种高龄化社会的发生，因此近代成年监护制度不可能包括对因年龄增大而判断能力衰退的无民事行为能力的老年人的保护问题。

1982年在维也纳召开的联合国第一次老龄问题世界大会批准《国际老龄问题行动计划》，1991年联合国大会通过《联合国老年人原则》，确立了关于老年人地位五个方面的普遍性标准，即自立、参与、照料、自我实现、尊严。1992年联合国大会通过了《老龄问题宣言》，指明进一步执行《行动计划》的方向。2002年在马德里召开第二次老龄问题世界大会，面对21世纪的老龄问题，发起了有关老龄问题的新的国际行动计划，要求各成员国务必在以下三个领域努力实现：老年人与发展，关注老人健康与福利，为老人

(6) 参见王泽鉴《民法总则》，台湾三民书局2008年版，第134页以下；林诚二《民法总则》上册，台湾瑞星图书股份有限公司2007年版，第185页以下。

(7) 参见白绿铤《日本修改成年人监护法律制度动态》，《法学杂志》1999年第3期；李霞《成年后见制度的日本法观察——兼及我国的立法》，《法学论坛》2003年第5期。

(8) 参见前引〔1〕，李霞书，第156页。

(9) 参见江伟主编《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2008年版，第378页。

创造良好环境。从联合国的这些会议和决议可以发现,近年来国际社会在制定老龄政策的基本理念上,出现了两个不可逆转的发展趋势:一个是“从需要到权利”,另一个是“从保障到福利”,<sup>(10)</sup>即从关注老年人的“基本需要”向注重老年人所享有的“福利权利”转变;从关注老年人“权利保障”向注重老年人“社会福利”转变。法律政策最终不仅要与“老年人需要”相适应,而且要在人道主义方面和发展方面,实现老年人“自立、参与、照料、自我实现、尊严”,“建立不分年龄人人共享的社会”。这是当代成年监护制度改革的社会背景和现实需求。

## 2. “平常化”是老年人监护制度改革的正当诉求。

随着人权观念的进一步深化,国际人权组织提出了“维持本人生活平常化”,“充分发挥本人的残余能力”等全新的人权理念,尊重并保障身心障碍者人权的思想得到发展。“平常化”(normalization,也称为“常人化”)概念,是1959年丹麦的一个智力障碍者的父母对此类人等在社会中活动提出的理念,认为不应当将精神障碍者看作特别的群体,不应当让他们在与世隔绝的社会里生活,而应当将他们置身于一般的社会中,与普通人一起生活、活动,过普通的生活,参加常人的活动。<sup>(11)</sup>老年人一旦丧失必要的行为能力,就无法正常参加社会活动,无法维持本人的正常生活,甚至与社会隔绝,成为被封闭者。平常化是丧失必要民事行为能力的老年人的正当诉求。因此,对于老年人更应当予以特别保护,为他们设置监护人,使之能在正常的社会环境和条件下全方位地参加社会活动。如今,“平常化”理念已通行于国际社会,成为当代成年监护制度改革的基本理论依据。

## 3. 尊重自我决定权是成年监护制度改革的核心理念。

自我决定权是最近十年来出现的抽象人格权,受到世界各国的普遍重视,应用于广泛的领域之中,以维护自然人的意志自由。这个权利是自然人享有的以发展人格为目的,对于生命、身体、健康、姓名等具体外在人格要素的控制与塑造有权自行决定的抽象人格权,以保护权利人的意志人格为目的。<sup>(12)</sup>体现在老年监护中,就是要尊重老年人的自我决定,准许其自己选择监护人。但存在认知障碍的成年人的自我决定,并不是简单地给予其自我决定权就能解决,还必须给他们提供容易认知的信息并加以说明,对其在取得信息、加以理解直至形成意思决定的过程中存在的困难提供援助。正是这种支援自我决定的认识,成为对于认知障碍者有必要进行成年监护的理由。<sup>(13)</sup>在此基础上,尊重老年人的自我决定权,“突破传统大陆法国家关于为判断能力不充分的人提供的禁治产宣告制度,而是根据本人现有的判断能力”,<sup>(14)</sup>“让其借监护人之手,依本人的意思融入普通人的正常社会,对本人基本生活有自主决定权。这种决定权的效力还应及于本人对其将来在丧失判断能力之后(如患老年痴呆症)的事务的决定权”,<sup>(15)</sup>使其在具备完全的判断能力时对自己将来丧失判断能力之后的事情事先作出决定。<sup>(16)</sup>这正是成年监护制度改革

(10) 邬沧萍等《中国特色的人口老龄化过程、前景和对策》,《人口研究》2004年第1期。

(11) 参见前引〔3〕,渠涛书,第427页。

(12) 参见杨立新《人格权法》,法律出版社2011年版,第312页,第316页。

(13) [日]细川瑞子《认知障碍者的成年监护的原理》,信山社2010年第2版,第3页,第6页。

(14) 前引〔5〕,宇田川幸则文。

(15) 前引〔7〕,李霞文。

(16) 前引〔3〕,渠涛书,第428页。

革为什么要以意定监护为核心的根本所在。

#### 4. 传统的民事行为能力理论和规则不适应保护老年人的需要。

按照老年社会的需求和对老年人人权保护的要求衡量,近代成年监护制度的缺陷极为明显。这不仅表现在成年监护实际上主要针对精神病人的监护,而且表现在对那些确实需要保护的成年认知残障者须通过民事行为能力宣告制度,剥夺其全部或部分行为能力后,再为其设立监护人,对其财产和人身进行监护,代理其进行各种法律行为。这种成年监护制度的目的,更侧重于对交易安全的维护,对于行为能力欠缺者以“常人化”的状态自主参与民事活动的条件创造、使其参与正常人的民事生活明显不足,不能尊重老年人在需要监护时依照自己意愿设置监护人的自我决定。当代成年监护制度以意定监护为核心,就是为了使成年人在自己尚具备完全行为能力时,对自己将来丧失判断能力之后的事情事先作出决定,能够更好地保障老年人的合法权益。

### (二) 第26条的产生经过及基本内容

#### 1. 立法建议的提出

制定完善的成年监护制度的最佳时机,应当是在制定“民法总则”之时,在有关监护制度中实现成年监护制度的全面改革。然而,修订老年人权益保障法给成年监护制度改革提供了一个良机,可以借助该法的修订,率先制定老年监护制度,进行先导性突破,成功的机会较大。因此,在国家老龄委讨论修法建议时,我们建议在老年人权益保障法修正案中规定老年人监护制度,并且写进了建议稿中。<sup>(17)</sup> 2012年3月2日全国人大内务司法委员会举行专家会议,出席会议的有关民法、行政法以及老年法等专家一致认为,老年人权益保障法修正草案提出的老年监护制度设计,切实可行,是本次修法的一个亮点。2012年3月7日全国人大内司委召开专门会议,逐字逐句研究斟酌老年监护的条文。修法草案在全国范围内征求意见时,设置老年监护制度的意见得到充分肯定。

#### 2. 修法中的不同意见

在老年人权益保障法的修订过程中,规定老年监护制度是共识。但究竟应当怎样规定具体制度,存在不同意见:(1)借此机会全面建立我国的成年监护制度,完成成年监护制度的全面立法。(2)由于修订的法律是老年人权益保障法,不宜在这部法律中规定完整的成年监护制度,而应只规定老年监护制度,使老年监护制度完善化。(3)由于老年人权益保障法是一部综合性法律,无法完整规定老年监护制度,适宜规定老年监护中的主要制度即老年意定监护、指定监护和监护监督制度,其他的部分可以不作规定。(4)鉴于老年人权益保障法的特殊性和成年监护制度的复杂性,只规定最为特殊的老年监护制度即意定监护和指定监护,其他内容都不规定,使立法更为简洁。

上述第一种意见没有被采纳,理由是,规定完整的成年监护制度不是老年人权益保障法的任务,而是“民法总则”的任务,应当在将来制定“民法总则”时在该法中作出这

(17) 杨立新主编《民法总则重大一般问题研究》,中国法制出版社2011年版,第619页。该建议稿第43条:“成年人可以依照自己的意思,选择监护人,并与其签订委托监护合同,将本人的监护事务诸如生活照料、疗养看护和财产管理等事务,全部或者部分代理权授予监护人,约定该合同和代理的授权在本人因年老或者精神障碍或者丧失判断能力的事实发生后生效。”第44条“被监护人或被照管人所在单位、居民委员会、村民委员会为监督机关,对于监护人或照管人履行义务情况进行监督。”

样的规定；老年人权益保障法是保护老年人的法律，只规定老年人监护制度顺理成章。这个意见得到各方的支持。

在这个意见的指导下，可以选择的方案有后三种修法意见，其中第三种意见即规定老年人的意定监护、指定监护和监护监督制度的设想比较现实。理由是，意定监护是老年监护的核心制度，是特别必要的。民法通则有指定监护的现成规则，确定对老年人可以适用即可。监护监督制度特别针对的是意定监护制度的安全，没有监护监督制度，意定监护就有可能存在损害被监护人利益的危险。因此，直至提交给法律委员会的修正草案，都是按照这种意见设计的。修正草案第24条共设4款：“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和监护监督人。”“无民事行为能力或者限制民事行为能力的老年人没有监护人的，参照有关法律的规定为其确定监护人。”“监护人自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。”“监护人不履行监护职责或者侵害老年人权益的，监护监督人有权要求有关部门处理，或者依法向人民法院提起诉讼。”如果按照这种意见立法，将会是一个比较完美的老年监护制度。可惜在立法的最后关头，第四种意见占了上风，主张采用最简单的方法规定老年人监护制度，因而形成了第26条。

### 3. 第26条规定的老年监护制度的主要内容

与修正草案规定的老年监护制度的条文相比较，第26条的内容比较简单，与完善的成年监护制度的差距较大。尽管如此，老年监护制度的主要部分已经完成，实现了成年监护制度改革的重突破，大大缩短了我国成年监护制度与世界各国成年监护制度改革的距离，为我国老年人的权益保护提供了一个重要的法律措施。

第26条规定的我国老年监护制度主要包括两部分内容：

#### (1) 老年意定监护

依照第26条第1款，意定监护是指成年人在其具有完全民事行为能力时，根据自己的意志，在自己的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，通过监护协议确定自己的监护人，待其丧失或者部分丧失民事行为能力时，由其确定的监护人承担监护责任的监护方式。我国已有的监护方式只有法定监护和指定监护，不存在意定监护。第26条规定的意定监护具有普遍保护老年人的重大意义，体现了对老年人自我决定权的尊重，可以使丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人融入正常社会，参与普通生活，使之常人化、平常化。

#### (2) 老年指定监护

第26条第2款规定的是老年指定监护。如果老年人未通过意定监护事先确定自己的监护人，当他丧失或者部分丧失民事行为能力时，也应当对其进行监护，保护其合法权益。这一规定打破了成年监护只保护精神病人的局限，引进了老年指定监护制度，也是对传统监护制度的一大改革，具有重要意义。对丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人进行指定监护，应当“依照有关法律的规定确定监护人”。

意定监护制度以自我决定权的理念作为基础，是法律对自然人的自我决定权的尊重。因此，意定监护优先于指定监护。第26条将意定监护放在指定监护之前规定，体现的就是这种精神。

## 二、我国现行监护制度的缺陷与第 26 条的立法意义

### (一) 民法通则规定的监护制度的缺陷

1986 年, 正值欧洲民法监护制度改革的高潮。但由于立法准备的不足, 特别是对国外民法发展了解不够, 民法通则规定的监护制度存在以下先天不足:

第一, 监护制度中的被监护人只有未成年人和精神病人, 不包括对其他成年人的监护。即使与其他国家传统上规定监护(或者禁治产)和保佐(或者准禁治产)等维护其他精神耗弱等成年人的监护制度相比, 保护范围也嫌狭小。这不仅使老年人丧失或者部分丧失行为能力时不能得到监护制度的保护, 就连成年的植物人等的权益也无法得到全面保障。

第二, 监护制度中的监护方式欠缺。我国原来的监护制度只有法定监护与指定监护, 不存在意定监护。在老年监护制度中, 如果不设立意定监护, 就不能体现对自我决定权的尊重, 也无从体现私法意思自治原则, 不能因应成年监护特别是老年人监护的需要。

第三, 缺少监护监督制度。对于监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的, 民法通则只规定了行为人“应当承担责任”。不能否认其中包含监护监督的意思, 但什么人可以对监护人的上述行为提出承担责任的请求, 依据何种权利、何种程序向法院提出上述请求, 都缺少具体规定。缺乏监督的监护制度, 不仅不能应对意定监护特别需要进行监督的现实, 而且法定监护和指定监护中被监护人的权益受到侵害的, 也无法得到有效、及时的救济。

第四, 对于成年人的无民事行为能力或者限制民事行为能力宣告只限于精神病人, 不包括其他成年人, 当然也不包括老年人。在宣告恢复民事行为能力上也是如此。

### (二) 第 26 条规定老年监护制度在我国民事立法上的意义

第 26 条规定老年人监护制度在立法意义上, 最重要的就是加入了成年监护制度改革的潮流, 对老年监护制度作出了具体规定, 填补了对丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人的意定监护和指定监护制度的立法空白, 适应了老年社会的迫切需求。在具体内容上, 第 26 条对于我国民事立法具有以下意义:

#### 1. 补充民法通则规定的监护方式的不足

在法定监护、指定监护的基础上增设意定监护, 迎合了老年人对监护制度发展的迫切需要, 适应了老年社会的现实需求。更重要的是, 第 26 条为将来制定“民法总则”建立全面的成年监护制度打开了大门, 使“民法总则”不得不面对现实, 实现监护制度改革。

#### 2. 促使建立监护登记制度

成年监护登记制度作为一种公示制度, 其作用在于将意定监护协议进行公示, 取得合法性, 并纳入政府监管范围。第 26 条的规定将促使立法机关在制定“民法总则”时, 规定意定监护登记制度, 保障被监护人的权益。

#### 3. 扩展指定监护的适用范围

针对老年人对指定监护制度的需求, 规定在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时, 可以依据民法通则第 19 条的规定, 通过指定监护为其确定监护人, 保护其合法权益, 扩展了指定监护方式的适用范围。

#### 4. 明确老年指定监护的适用程序

在程序上,第26条第2款规定“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”,其中依照有关法律的规定确定监护人,明确引申至民事诉讼法的具体规定。在民事诉讼法规定的“认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件”(第187条至第190条)中,没有限定只适用于精神病人,而是适用于“公民”。尽管该条原本是针对民法通则第19条规定的对精神病人指定监护的程序性规定,但因“公民”概念的弹性,给老年指定监护提供了基础,使之能够与第26条规定的老年指定监护制度相互衔接,提供老年指定监护的提出申请、行为能力鉴定、审理及判决以及公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原因为已经消除时原判决的撤销所适用的具体程序。

#### 5. 推动完善监护监督制度

民法通则第18条第3款规定“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。”这一规定明确了监护人失职的后果,但并不是一个完善的监护监督制度,更不能适应意定监护监督的需要。第26条尽管没有规定监护监督制度,但由于有明确的制度疏漏,对于将来制定“民法总则”规定完善的监护监督制度,无疑具有现实的推动作用。

#### 6. 扩大侵权责任法第32条规定的监护人责任的范围

侵权责任法第32条规定“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任。”依照民法通则的规定,行为人并不包括丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人。而在第26条实施之后,对于丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人实施侵权行为造成他人损害的,可以直接适用侵权责任法第32条的规定,由监护人承担监护责任。

#### 7. 对民事诉讼制度产生影响

首先,扩大了无民事行为能力人的范围。在第26条实施之前,未成年人、精神病人没有诉讼行为能力。他们作为当事人参加民事诉讼,“由他的监护人作为法定代理人代为诉讼”(民事诉讼法第57条)。第26条实施后,丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人作为当事人参加民事诉讼的,也由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。其次,民事诉讼法第187条规定的“认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件”将扩大适用于丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人,可以通过这个特别程序为其指定监护人。同时,根据民事诉讼法第188条、第189条和第190条的规定,对申请宣告为无民事行为能力或者限制民事行为能力的老年人,在必要时进行鉴定;在申请宣告的诉讼中,为被宣告人设定代理人;在被宣告人丧失或者部分丧失民事行为能力的原因为已经消除时,应当作出新的判决,并撤销原判决,恢复老年人的民事行为能力。

#### (三) 第26条规定的老年监护制度存在的问题

尽管第26条规定了老年意定监护和老年指定监护,但距离老年社会对老年人以及成年人监护制度的需要,还存在以下问题:

其一,第26条只规定了老年人的意定监护和指定监护,没有规定精神病人以外的其



他成年人的监护制度。即除了精神病人和年满 60 周岁的老年人之外，18 周岁以上不满 60 周岁的成年人，尽管丧失或者部分丧失了民事行为能力，也不能获得监护保护。

其二，只规定了意定监护而没有规定意定监护的具体实施方法。意定监护是通过意定监护协议确立监护关系的，意定监护关系的性质属于附条件的民事法律行为，所附条件就是设定意定监护协议的本人丧失或者部分丧失民事行为能力，当该条件成就时，监护协议立即生效，监护人开始执行监护职责。这是关乎被监护的老年人民事权益的重大事项。立法既没有规定意定监护的协议方法、方式，也没有规定意定监护协议的登记、公证程序，缺乏程序上的保障。

其三，没有规定监护监督的实体制度和具体程序。由于意定监护的特殊性，在规定意定监护实体制度的同时，必须规定配套的监护监督程序。意定监护协议一旦生效，被监护人已经丧失或者部分丧失民事行为能力，不能再对自己选任的监护人的行为进行评价和监督。如果没有设立监护监督人，监护人的行为就会失去控制，对于监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的情形，无法进行监视、评判，也无法提出撤销监护人的诉讼。

其四，对老年监护制度的各项程序问题规定不足。第 26 条除了对指定监护作出了“依照有关法律的规定确定监护人”的规定之外，其他程序问题概无规定。

### 三、老年监护制度尚须补充的配套规则和引发的其他民法问题

#### （一）第 26 条规定的老年监护制度尚须补充的配套规则

按照各国成年监护制度改革的修法经验，这一改革会引起相当多的法律规则变动。相比之下，我国修法仅设此一条，规定的仅仅是老年监护制度的一个框架，没有规定具体的可操作性规则，且其他法律未作相应变动。以下是老年监护制度必须补充的相应规则。

##### 1. 补充老年意定监护的具体程序和规则

第一，第 26 条规定“具有完全民事行为能力的老年人”可以设定意定监护。但未进入老年的其他成年人通过监护协议，约定自己进入老年丧失或者部分丧失民事行为能力时由意定监护人进行监护，理应允许。

第二，第 26 条规定“通过协商”确定意定监护人，但如何协商并不明确。我认为，由本人与选定的监护人进行协商，达成合意后，通过签订监护协议确定意定监护法律关系。监护协议的内容是托付监护事务的处理、授予意定监护人代理权、约定意定监护协议生效的条件。监护协议应当以书面形式为之，且须由本人和意定监护人共同签署。

第三，关于意定监护人的资格。第 26 条规定凡是“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”，均可被选定为意定监护人。按照日本的经验，配偶不一定是当然的监护人，因为多数老年人的配偶也是老年人，不太适合担任监护人。至于选定的意定监护人是否只能有一个，日本经验认为有选任多名意定监护人的可能性，<sup>(18)</sup>我国台湾则明定可以选任多人为成年监护人。<sup>(19)</sup>对此可以借鉴。

(18) 参见 [日] 山本敬三《民法讲义 1·总则》，解亘译，北京大学出版社 2012 年版，第 43 页。

(19) 参见前引〔6〕，王泽鉴书，第 134 页。

第四, 监护协议应当经过登记、公证。意定监护对于被监护人的权利保护意义重大, 日本经验认为应当予以公证, 并须进行登记。我国目前的身份登记只包括婚姻登记和收养登记, “民法总则”应当作补充规定。在没有规定意定监护登记的程序之前, 应当采取公证方法, 规定意定监护协议须经过公证方为有效。

第五, 意定监护须有监督。意定监护的监护监督人可以由被监护人在签订监护协议的同时, 与监护监督人订立监护监督协议, 指定监护监督人; 未指定监护监督人的, 法院应根据法律规定的权利人的请求, 为其选任监护监督人, 监护协议由此生效。<sup>(20)</sup> 意定监护监督人监督监护人的监护行为, 对于违反监护协议、侵害被监护人权益的, 有权提起解除监护协议之诉。对此, 我国法律应当进行补充规定, 以保证意定监护制度发挥应有的作用。

## 2. 补充老年指定监护的程序和实体问题

在老年指定监护中, 应当补充和完善的问题是:

### (1) 申请宣告老年人丧失或者部分丧失民事行为能力的申请人

对于申请宣告老年人丧失或者部分丧失民事行为能力的程序, 应当依照民法通则第19条和民事诉讼法第187条的规定, 申请人应当是老年人的近亲属或者其他利害关系人。至于何谓利害关系人, 可以参酌我国台湾关于“配偶、四亲等之内之亲属、最近一年有同居事实之其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构”的做法。<sup>(21)</sup> 学者认为, 利害关系人是指与被申请宣告人具有直接的人身关系与财产关系的人, 范围限于自然人的配偶、父母、成年子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等近亲属, 以及其他有利害关系的人;<sup>(22)</sup> 也包括其债权人、债务人等。<sup>(23)</sup> 这个意见大体可行。但在成年监护中, 被宣告人既已年老, 其父母、祖父母、外祖父母作为申请人的可能性均不大, 其子女和兄弟姐妹的可能性最大, 且应适当扩展至成年的孙子女、外孙子女等卑亲属为妥。

### (2) 监护人的监护顺序

在指定监护中须有监护顺序, 以确定顺序在先的监护人为监护人。第26条第2款对老年指定监护没有规定监护顺序, 仅规定“依照有关法律的规定确定监护人”。民法通则规定的监护顺序分为两种, 一是未成年人的监护顺序, 二是精神病人的监护顺序。老年监护属于成年监护, 不宜适用未成年人的监护顺序, 应当适用民法通则第17条关于精神病人监护顺序的规定确定老年人的监护顺序。

## 3. 如何确认老年人丧失或者部分丧失民事行为能力

无论是老年人的意定监护还是指定监护, 监护发生的条件都是“老年人丧失或者部分丧失民事行为能力”。如何确定老年人丧失或者部分丧失民事行为能力, 第26条没有规定具体标准, 现行法律也没有经验, 既不能像未成年人那样纯粹以年龄作为标准, 也不能像精神病人那样须以精神病法医鉴定作为标准。参酌我国台湾的经验, 丧失民事行为能力的, 为因精神障碍或其他心智缺陷, 致不能为意思表示或受意思表示, 或不能辨

(20) 参见前引〔18〕, 山本敬三书, 第61页。

(21) 黄阳寿 《民法总则》, 台湾新学林出版股份有限公司2009年版, 第77页。

(22) 参见刘凯湘 《民法总论》, 北京大学出版社2006年版, 第113页。

(23) 参见奚晓明主编 《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》, 人民法院出版社2012年版, 第382页。

识其意思表示的效果；<sup>(24)</sup> 部分丧失民事行为能力的，为因精神障碍或其他心智缺陷，致其为意思表示或受意思表示，或辨识其意思表示的效果的能力显有不足。是否达成此标准，应当由监护人或者老年人的近亲属诉请，因涉及专业医学之判断，为求慎重，应参酌医疗机构的报告，<sup>(25)</sup> 由法院判定。我们可以借鉴这个经验。法院认为必要时，可依照民事诉讼法第 188 条的规定进行鉴定，或者由申请人提供鉴定意见，据此认定老年人丧失或者部分丧失民事行为能力。

#### 4. 被监护的老年人恢复民事行为能力的撤销宣告

设置了监护的丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人如果恢复了民事行为能力，应当撤销民事能力宣告，恢复被监护人的民事行为能力。撤销宣告的条件，应当依照民法通则第 19 条第 2 款和民事诉讼法第 190 条的规定，被人民法院宣告丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人，根据他健康恢复的状况，经本人或者利害关系人、监护人的申请，人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人，同时撤销原判决。变更为限制民事行为能力人的，仍受监护保护。

### (二) 建立老年监护制度后引发的其他民法问题

#### 1. 意定监护适用范围的扩展

意定监护制度并非只适用于老年人，应当适用于全部成年人。本条只是囿于法律性质的限制，规定为老年意定监护。因此，意定监护制度的适用范围应当扩展：

第一，未达 60 岁的成年人都可以设立意定监护。当其丧失或者部分丧失民事行为能力时，意定监护协议生效。例如，成年人设定意定监护之后，发生事故成为植物人。<sup>(26)</sup>

第二，有较轻的精神、智力障碍者，或者连体人等行为能力欠缺者，<sup>(27)</sup> 可以设立意定监护。

第三，父母为未成年子女设立意定监护。父母为亲权人，对未成年子女进行法定监护。父母为恐自己失去行为能力而影响对未成年子女的监护的，可以设定意定监护人，与他人签订监护协议，在父母均丧失或者部分丧失民事行为能力时，他人作为未成年子女的意定监护人，对未成年子女进行监护。

#### 2. 建立配套的意定监护协议登记制度

参照日本的经验，意定监护人对本人丧失判断能力之后的生活、疗养看护、财产管理等事务的全部或者部分进行监护的委托契约，还要附加契约效力发生条件的特别约定。为了保证这种契约的合法性、有效性，监护协议必须由公证人进行公证，并须在登记机关登记。<sup>(28)</sup>

#### 3. 设立完善的监护监督制度

我国现行监护制度中缺少监护监督机制，是明显缺点。建议最高人民法院在适当时候作出司法解释，规定监护监督制度，将来在“民法总则”中作出全面规定。内容分为两部分：

(24) 参见施启扬《民法总则》，中国法制出版社 2010 年修订第 8 版，第 94 页。

(25) 参见前引〔6〕，林诚二书，第 189 页。

(26) 参见杨立新、张莉《论植物人的权利行使和保护》，《法律适用》2006 年第 9 期。

(27) 参见杨立新、张莉《连体人的法律人格及其权利冲突协调》，《法学研究》2005 年第 5 期。

(28) 前引〔3〕，渠涛书，第 433 页。

### (1) 监护监督人

监护监督人是指由本人选择的监督监护人的监护行为的人。监护监督人通常选择律师,当然也可以选择被监护人的近亲属和其他人。确定监护监督人的法律依据,可以解释民法通则第 18 条第 2 款关于“有关人员”的规定,将监护监督人概括在“有关人员”的概念之中。

监护监督人的职责是:监督监护人的事务;在监护人缺位时,及时请求法院选任监护人;在紧迫事由的情形,作必要的处分行为;对于监护人实施与被监护人利益相反的行为,代表被监护人作出否认。

监护监督人发现成年监护人有违反监护职责,侵害被监护人权益的,有权向法院提出诉讼,解除监护协议(意定监护),或者撤销监护人的资格(指定监护),并且按照民法通则第 18 条第 2 款的规定,请求法院确定监护人承担民事责任,补偿被监护人的损失。

### (2) 监护监督机关

监护监督机关是负责对监护人的监护活动进行监督,以确保被监护人的利益的机关。民法通则没有规定监护监督机关。应当对被监护人的所在单位、居民委员会、村民委员会的监护职责予以扩大,增加监督监护人的职能,在其发现监护人不胜任或者有违反监护职责的行为时,有权予以纠正,或者向法院请求,由法院撤销监护人的资格。

---

**Abstract:** In the backwash of the world adult guardianship system reform, China has amended the Law on the Protection of the Rights and Interests of the Elderly and set up Article 26 which provides the guardianship by conduct and the designated guardianship for the elderly, which has made the breakthrough of the reform in the legislation of adult guardianship system and replenished the types of the persons under guardianship. Thus has established a new system for guardianship by conduct and expanded the applicative scope of the designated guardianship. It has also expanded the regulatory scope of the liability of guardian stipulated by Article 32 of the Tort Law of P. R. C and the scope of persons without civil procedure competency. So it is of great value both in legislation and society.

As the provisions are still simple, some related issues will be caused by the legislation of the elderly guardianship system. For instance, the guardianship by conduct for the elderly has been set up without providing the procedure of making agreement, the necessary supervision system, and the registration system for it. Besides, measures and standards to determine whether an elderly has completely or partially lost his/her civil competency have not been established. Meanwhile, the guardianship by conduct should be expanded to all kinds of adult guardianship. And a comprehensive supervision system for guardianship has not been established neither. All of these issues need supplementary regulations to make proper adjustment.

**Key Words:** the elderly guardianship, guardianship by conduct, designated guardianship

---