

# 失独老年人意定监护的制度设计

王建平 冯林玉

【摘要】失独老年人因为代际亲情失恃和家庭结构毁坏，成为养老人群中特殊困难群体。根据我国《老年人法》第26条规定的意定监护，拓展其制度设计的考量因素，设定监护人、保佐人和辅助人以及意定监护监督人，意定监护制度的运行措施、权责体系和激励措施等，从而与现行监护制度有效衔接，减少失独老年人的“养老孤独”与“晚景凄凉”困惑，是国家推行计划生育基本国策后，对失独老年人一种法律意义上的“国家道义义务”的改革型偿还。

【关键词】失独老年人；意定监护；辅助监护；道义义务；制度养老

【中图分类号】DF5 【文献标识码】A 【文章编号】1004-0633(2014)02-100-07

## 一、问题的提出

在长达几十年的独生子女计划生育政策实施之后，当我国进入老龄化社会，失独老年人的养老问题，成为一个特殊的新型养老问题。失独老年人是一种典型的“白发人送黑发人”的人生悲剧的承受者，于是，失独老人的养老问题，成为我国进入老龄社会之后，必须引起高度重视和认真研究的一个重要的社会问题和法律问题。

据调查，我国15岁~30岁独生子女总人数约1.9亿，《2010中国卫生统计年鉴》的数据显示，这一年龄段年死亡率为万分之四。以此推算，我国每年新增“失独家庭”7.6万个。截至2012年12月底，全国失独家庭至少有100万个。依此推测，我国至少有200万老年人因无子女而面临巨大的养老、医疗、心理等方面的困难。预计到2030年时，我国的失独家庭将达到250万个，失独老年人将达到500万之多<sup>①</sup>，因此，由失独老年人群体引发的代际亲情交流缺失的养老风险，必然要引起全社会的高度关注。

失独老年人如果只是独生子女已经死亡的“一失”，而

不是又失偶的“二失”或者失独、失偶之后也失能的“三失”的话，其老年前期、老年中期<sup>①</sup>因为有配偶、生活能自理等，相对还好过一些。但是，如果失独老年人同时是“二失”或者“三失”老年人的话，那么，其养老面临的困境既有来自社会的养老保障标准过低、社区关怀力量不够、各类制度设计尚待进一步完善等问题，也有代际亲情缺失带来的精神性依恃不足或者不能的养老情感危机问题。为此，全国政协委员、致公党北京市委副主委谢朝华建议，尽快建立和出台合理的国家照顾机制，让失独家庭中的老年人有一个从日常生活照料到养老保险保障，再到填补失独后养老情感危机等方面完善可靠的保障措施。同时，要积极完善养老保障的社会服务体系建设，提高社会服务和情感补偿性费用的给付标准，从而逐步降低失独家庭中老年人的生存风险。<sup>②</sup>

“积谷防饥，养儿防老”，中国千百年以来一直以家庭养老为主要的养老方式，形成了独有的中华养老文化。换句话说，在有子女照料、安抚和在子女的养护、保障之下“老去”，对于国人而言，是传统文化带给全社会的一种精

① 由于全世界的人口年龄呈普遍增高趋势，世界卫生组织对老年人的划分提出新的标准，将44岁以下的人群称为青年人，45到59岁的人群称为中年人，60到74岁的人群称为年轻的老年人，75以上的才称为老年人。把90岁以上的人群称为长寿老人。

【收稿日期】2013-11-20

【作者简介】王建平，四川大学法学院教授，主要研究方向：民商法总论，物权法和灾害法学等；

冯林玉，四川大学法学院民商法专业，主要研究方向：民法学和灾害法学等。

四川成都 610065

神型法律遗产。而代际结构完整,是承载天伦之乐的社会关系媒介。在子女先于老年人死亡的情况下,如果死亡子女尚且留有子女即老年人的孙子女,可能在天伦之乐的维系层面,还有一定的可能性;如果独生子女未婚或者婚后未生育或者孙子女也夭亡,那么,老年人指望子女这个法定赡养人能给予基于代际亲情维系层面的付出,便必然要落空了。应当说,这种落空,会成为相当多的失独老年人晚年生活的梦魇,严重地降低老年人“老有所乐”的生活预期。

我国计划生育的国家政策,已经持续了整整30余年,为我国的发展和减少人口爆炸的风险,发挥了非常好的作用。但是,这个国家宏观上的好政策,对于失独老年人这些个体以及群体而言,却是一个带来个人生活即老年人养老生活风险的政策。在失独家庭中,几大挑战即养老的子女依恃缺失、精神疾患多发、老年人返贫等问题,可能同时都存在着,成为这部分老年人晚年生活不幸的重要根源。所以,在我国,严峻的老龄化现实告诉我们,传统的养老文化带给中国老年人的“养儿防老”或者“靠儿养老”或者“家庭养老”的法律遗产,已经不得不被失独老年人的新型法律制度的设计——居家养老、社区养老和老年人意定监护人等制度的设计所改变。为此,我国《中华人民共和国老年人权益保障法》(简称《老年人法》)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。”可见,我国《老年人法》借鉴了西方民事立法中的好经验,把老年人根据自己的意愿确定监护人制度即意定监护制度,作为其进入老年中期、老年后期养老的一项基本法律保障制度,意在为老年人尤其是失独老年人提供提升养老质量的制度保障。那么,在这种制度改变的初期,尤其是对失独老年人而言,针对其“一失”、“二失”和“三失”的不同情形,合理、科学地构建失独老年人意定监护的法律体系,并在相关法律制度的完善上,给出具体的措施或者方案,则不失为一种走出养老困局的可行途径。

## 二、失独老年人意定监护制度设计的考量因素

监护制度的设计,在监护功能或者社会效益的考量层面,必须要把制度的人文关怀和制度效率的提升,尤其是失独老年人养老质量的提升作为第一考量因素。从目前我国监护制度的立法来看,除了我国《老年人法》对意定监护的原则性规定之外,并没有把我国社会改革和发展过程中,各地在老年人优待和破解养老困境上的努力,尤其是相应的地方政策和措施所取得的成果,变成具体的法律制度设计层面上的有效供给。失独老年人监护制度的建构,尚存在严重的制度供给方面不足的制约,以及观念陈旧与

措施保障不力等限制。

### (一) 失独老年人意定监护中的“平常化”

所谓意定监护,是与法定监护相对应的一种学理称谓。其在英美法中被称为“持续性代理权授予制度”,在日本老年人法中被称为“任意监护”,在德国法里被称为“预先性授权制度”。其基本特点是:监护层面的“代理权授予”或者“预先授予”、“持续授予”等。因此,所谓失独老年人的意定监护,是指在失独老年人有充分的判断能力时,授权意定监护人在其判断能力丧失或减弱时帮助其处理生活照料、疗养看护和财产管理等事务,一旦本人判断能力减弱或丧失时,意定监护人在法院监督下执行此类事务的一种监护。可见,失独老年人意定监护制度,旨在适应老龄化社会的到来,破解失独老年人养老困局,保护判断能力不充分时其个人权益的保护的一种预设性制度。其目的是老年人自身对其个人利益的一种预设性保护,类似于一种失独老年人的个人养老利益的民事信托制度。

应当说,这种意定监护充分尊重老年人的意思表示,满足了老年人自身的生理、心理和身体日趋衰老的特点,非常符合国际社会普遍倡导的身心障碍人福利新理念——“平常化”和“对自我决定的尊重”<sup>(3)</sup>的客观要求,也符合我国民法倡导的意思自治和积极行使权利、实现民事利益的理念。事实上,随着年龄的不断增加,老年人的健康状况会出现逐渐衰老、退化和恶化的趋势,生活的自理能力必然不断下降,需要来自家庭、子女和社会更多的照料,但是,这并不意味着老年人同步丧失对自己的个人事务、个人利益和个人养老的判断能力。所以,我国《民法通则》依据无民事行为能力、限制民事行为能力和完全民事行为能力来区分老年人的判断能力,可能会出现对老年人的行为能力进行部分或全面限制、剥夺等情形。为了弥补这样过于刚性的法规对于老年人养老的个人利益带来的制度性“损伤”或者损害等,我国《老年人法》第4条第二款的考量即老有所养、老有所医、老有所为、老有所学、老有所乐的目标,从保护老年人的自尊,以及提倡老年人积极参与养老的角度,把照护老年人的身体健康、财产安全,以及精神安慰等,与“国家建立和完善以居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系”相结合,提高对老年人养老的保障水平。

1999年12月1日,日本国会废除《日本民法典》总则中关于“禁治产、准禁治产”的相关规定,新设任意监护制度。<sup>(4)</sup>设立任意监护制度的目的,其意旨在于民事主体防备将来自己的判断力衰退,在本人在具有完全的判断能力的前提下,预先对任意监护人赋予在本人丧失判断能力之后的关于自己的监护事务的全部或者一部分的代理权。<sup>(5)</sup>这种制度选择,作为民事监护制度的一种新的发展,尤其是放到失独老年人养老这样的社会背景之下,因为其自主性、参与性和预防性等,当然就成为一种不二选择了。

## (二) 失独老年人物质性养老扶持困境

1. 失独老年人物质扶持的形式单一与标准过低。依据《中华人民共和国人口与计划生育法》(简称《计划生育法》)第27条规定:独生子女发生意外伤害、死亡,其父母不再生育和收养子女的,地方人民政府应当给予必要的帮助。因此,在北京,这项补贴自2008年开始发放,具体数额为每人每月200元至亡故为止。此外,根据北京各区县情况,独生女子亡故后,女方年满55周岁,男方年满60周岁,可一次性领取5000元至10000元不等的补贴。上海市对无再生育可能的“失独”家庭由区县府给予每人每月250-300元的扶助金,一次性补助金为5000-8000元。重庆市作为中国首批特别扶助制度试点地,率先出台“失独家庭”特别扶助金制度。目前,独生子女死亡家庭父母每人每年可得到3120元扶助金。全国各省市对失独家庭的帮扶标准不统一、帮扶形式单一、帮扶标准低,尤其是缺乏法律制度上的具体保障,不能从根源上解决失独老人的养老扶持问题,即生活照料、精神安慰这些代际亲情依恃缺失问题,以及“五所帮助”问题。<sup>①</sup>

2. 失独老年人社会救助和法律保障制度供给的不足。2011年,中国计生协对14省的1500余户失独家庭开展调查,发现失独家庭在生活、养老、健康等方面存在不同程度的具体困难。超过一半的家庭收入达不到当地平均水平;近一半失独父母患有抑郁症,超过60%患有慢性病,70~80%存在不同程度的精神创伤或心理障碍;失独父母在生病或年老时,或相依为命或仅依靠邻居帮忙度日。这显然是一个严峻的现实问题。也就是说,我国并未完全建立失独老年人养老的社会保障制度,仅仅依据国家计划生育的特别扶助政策,对失独家庭给予较低的补贴,属于制度供给不足的情形。而我国《计划生育法》第27条规定的“必要的帮助”,用语模糊,没有具体的量化标准,使得一些地方政府难以认真去践行。

相比之下,早在1889年,德国就颁布了《伤残及养老保险法》,通过立法规定由政府组织养老的法律制度。美国则于1935年制定《社会保障法》,对贫困老人进行补助,根据每个老年人不同的情况提供不同的养老待遇。所以,我国作为社会主义国家在立法当中,当然应当进一步梳理老年人尤其是失独老年人的生活困难,以及养老过程中遇到的具体困难,比如代际亲情依恃缺失如何处理,以克服老年人失独后的孤独感、遗弃感过强的实际问题,加强老年人尤其是失独老年人的养老保障制度的法律意义上的充足供给。

3. 亟待建立失独老年人群体的养老服务管理制度。资料显示,江西省对全省1.1万户失独家庭进行调查和统计,

建立了失独家庭档案,并组织心理专家对失独家庭进行专门的心理疏导,让失独老年人能够走出代际亲情依恃缺失的阴影。这一做法,对建立专门的失独老年人群体的养老服务管理制度,是一次积极而富有成效的探索。在破解失独老年人养老困局的过程中,政府可以设立专门机构负责失独群体的养老、治病以及身后财产处理等事项。条件允许的地区可设立失独者敬老院,并开展临终关怀等服务,以弥补失独老年人对于代际亲情依恃缺失的遗憾,不让失独者“孤独终老”。但是,这种探索性的失独老年人群的养老服务管理制度,尚没有形成一种有效的制度供给,也没有具体的措施加以保障,还不能让全社会的失独老年人享受这一制度之恩惠。

## (二) 失独老年人养老保障的途径问题

1. 设立失独老年人养老基金。中国老龄科学研究中心副研究员郭平建议“中国相应的福利政策还有扶助政策应该是有所倾斜的,在解决失独家庭的养老服务、精神慰藉上应该探索一些相应的措施,还有给予一定经济上的补偿。”<sup>(6)</sup>失独家庭的经济状况存在差异,对比较贫困的失独老年人,政府应当积极承担他们所需的生活、医疗、护理等费用,使其能安享晚年。事实上,由国家财政拨款设立失独老年人养老基金是当前可行的途径之一。其理由大抵在于:首先,失独老年人养老基金可对失独老年人进行生活补贴,医疗补贴,服务补贴,失能、半失能护理补贴,失独老人高龄补贴以及监护人的薪酬,解决失独老年人的生存需求。其次,可通过失独老年人基金的拨款,开展失独老年人心理疏导、临终关怀等活动,实现对失独老年人的心理慰藉。最后,还可通过失独老年人养老基金,构建失独老年人养老服务体系。这种做法的目的,就是“老吾老及其人之老”,继而,让失独老年人不在失独之后“孤独终老”。

2. 公权力必对失独老年人亏欠给予弥补。在老年人监护领域,难以见到公权力的踪影,以至于老年人监护制度滞后于经济与社会的发展,老年人监护的社会化程度极低。公权力介入老年人监护,是两大法系的普遍趋势。首先,监护机关的公法化。在英美法系国家,以“法律父权主义理论”指导成年监护法的立法与实践;<sup>(7)</sup>德国联邦法院在1960年的判决中确定:监护制度乃系国家执行其对公民之公法上的保护义务。其次,监护权利机关的公法化。监护权利机关的公法化是指重大监护事务由法院或行政机关执行,如日本设立有家庭裁判所、德法的监护法官。我国应借鉴上述国家的立法,明确法院是唯一享有监护指定权力的机关,扩展并明确其职责。此外,应积极引进公权力机关担任失独老年人的监护人,如让劳动与社会保障部门、

<sup>①</sup> 这是作者的归纳,根据我国《老年人法》第4条的规定,所谓“五所”是指“养老五所”即养老要实现老有所养、老有所医、老有所为、老有所学、老有所乐这样的老年人善老终生的目标。

民政部门担任失独老年人的指定监护人等。

3. 大力发展以居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系。<sup>①</sup>《国务院关于加强发展养老服务业的若干意见》(简称《养老服务业意见》)提出,我国已经建立以居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系。居家养老,即通过社区服务满足老年人居家养老的各种需求,尤为适用条件成熟的社区。“社区为依托则是指社区要逐步建立和完善各级居家养老服务中心,逐步形成家政服务、热线服务、医疗保健、康复护理、紧急救援、心理咨询、文化学习、娱乐休闲等综合性服务网络,依托社区,为居家老年人提供多功能、全方位的服务。机构养老,是指老年人入住养老机构集中养老。民政部副部长奚玉沛表示,应对老龄化,需要加大以居家为基础,社区为依托,机构为支撑的社会养老服务体系的建设,其中重点是居家服务。不过,如何有效解决失独老年人的代际亲情依恃缺失的问题,仍然是一个有待解决的重大问题。

现在,我国多个城市推行所谓的“9073养老格局”,即约90%的老年人实现居家养老,约7%是社区养老,约3%是到机构养老。应当说,这种养老格局的设计和运行,固然可以在很大程度上解决失独老年人的养老问题,但是,“90%”的居家养老的老年人中,究竟有多少是失独老年人,资讯并不十分清楚,这是其一。同时,对失独老年人不论是“90%”中的人群,还是“7%”的社区养老人群或者“3%”的机构养老人群,其失独后的晚年心理孤独或者代际亲情依恃缺失问题,则必须从老年人“养老五所”的制度完善层面,认真加以考虑和解决。

### 三、失独老年人意定监护的制度设计与运行措施

虽然我国《老年人法》第26条规定了老年人自己可以设定意定监护人,在其未来失却行为能力或者生活自理能力时,由监护人代自己行使民事权利,这是一个非常明显的进步。但是,对于失独老年人而言,设立意定监护人的需求似乎更迫切一些。理由是:一方面,代际亲情依恃缺失,使失独老年人代际伦理的天伦之乐,失去了媒介物。于是,通过设立意定代理人,可以考虑把代际亲情缺失的解决路径,固定在监护人可以提供养老孤独的排遣与去除层面上;另一方面,则需要相应的制度安排之后的具体措施,尤其是以系列措施作为一种保障,把我国《老年人法》第26条规定中的意定代理制度,变成失独老年人“五所养老”的制度基础,从而为失独之后的孤独老年人养老问题的破解,提供可供选择的路径。

#### (一) 意定监护制度的措施支撑

1. 意定监护合同。意定监护合同也称委托监护合同,日本《任意监护法》第2条第1项规定为“委托人与受托人约定,在本人将来陷入由于精神上的障碍而对事理的辨识能力不充分时,将自己的生活、疗养看护以及财产管理等事务全部或者部分委托给受托人,并对于其委托的事务授予代理权的委托合同。”由此推论,意定监护合同在本质上是授予代理权的附生效条件的委托合同。意定监护合同中的受托人可以是复数,可以是自然人,也可以是法人等。意定监护合同应体现多层次和人性化的特点。意定监护合同的内容由委托人和受托人在监护、保佐、辅助三者中选择一种,也可以根据委托人不同的身体状态来调整相应的监护方式,如在委托人判断能力较为充分的情况下,双方可协商拟定监护的方式为辅助;一旦委托人身体状况骤然恶化,经法院指定的医疗机构鉴定后,在意定监护监督人和法院的同意下,可将监护方式更改为保佐或者监护。监护的具体内容可以由意定监护合同的当事人根据自身情况具体拟定,可以增加相应的监护内容,也可以删减相应的监护内容。

意定监护合同必须为要式合同,其形式可以参照主管机关发布的示范文本。如美国DPA规定“代理权必须以书面的形式,适时的签名并以46:2B-8.8.规定的形式进行。”加拿大PAA第1条规定“若以书面授权代理权,在授权状中约定如下:即使嗣后授权者变为精神薄弱时代理权仍继续存续,则承认其持续性代理权,且该书面约定必须要有授予者本人及证人一人签名,代理人及代理人的配偶不得为证人。”英国EPA第6条第5款规定“该代理权必须具备书面所订方式,且须在保护法院内登记为条件。”此外,日本《任意监护法》第3条也做出了相似的规定。

2. 意定监护合同的公证与备案。意定监护合同必须进行公证,并在户籍部门备案,方为有效。这样做的理由在于:虽然是意定监护,但是,意定监护人的资格须由法院进行最后的审查与核实,这种审查与核实的目的,同时也是为了监督意定监护人履行其监护职责。在日本修改《日本民法典》之前,与监护制度有关的事项都被要求登记在本人的户口簿上。在日本修改《日本民法典》之后,基于交易安全的考虑,新的成年人监护制度采用了成年人监护登记制度,有关监护登记的法律被称为《监护登记法》。《监护登记法》规定了在成年人的监护登记案上要记录成年人监护的开始、成年人监护人、成年人监护监督人和其职权范围以及任意监护契约。<sup>(8)</sup>

<sup>①</sup> 这是我国《老年人法》第5条的规定,这一条的规定含义是:第一,国家建立多层次的社会保障体系,逐步提高对老年人的保障水平。第二,国家建立和完善以居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系。第三,倡导全社会优待老年人。其中,对老年人的养老保障是“逐步提高”,而社会养老服务体系和社会保障体系正处于建立和完善过程当中,尤其是全社会优待老年人是国家法律“提倡”的行为,而不是全社会的义务。这表明,老年人养老的“五所帮助”目标的实现,注定是非常缓慢和有限的。

3. 意定监护合同的终止与失效。意定监护合同可因下列事项终止：(1) 在意定监护人实施了不利于被监护人利益的行为时，被监护人本人经过人民法院许可后撤销；(2) 在意定监护人实施了不利于被监护人利益的行为时，意定监护合同监护人请求人民法院撤销；(3) 人民法院依职权撤销意定监护合同；(4) 意定监护人辞职等。不论是哪种方式引起的意定监护合同终止或者失去效力，都应当以监护人的利益即失独老年人的利益为基本考量。

#### (二) 设立意定监护的监护人

为防止意定监护人滥用其监护权利、虐待被监护人或者监护人违反监护义务，设定意定监护的监护人是必要的。意定监护的监护人，是对监护人的监护活动进行全程监督，以确保被监护人利益的个人或者机构。<sup>(9)</sup> 这种意定监护的监督可由监护监督人进行监督或者由法院直接进行监督。在我国，随着老龄化社会的到来和失独老年人口的不断增多，法院难以实现就具体个案予以全程监督，尤其在将来高龄者利用意定监护的人数会不断增多，选任一些意定监护的监督人或者机构，成为专门的监督监护人，方为妥当。

应当说，德法日和瑞士等国家的民法典均规定了监护监督人制度，并对监护监督人的产生、条件、职责等做出了明确规定。各国(地区)基于本国(地区)法律功能与机能的不同，对设定监护监督人的规定也略有差异。但是，总体上看，监护监督人的规定都体现了公权力的必然介入。德国设立少年局和监护法院、瑞士设立监护官署、日本设立家庭裁判所等专门的监护监督机构。而《法国民法典》第457条第三款规定亲属会议作为监护监督人，我国澳门地区则规定检察官担任监护监督机关的亲属会议主席等，<sup>(10)</sup> 都表现了公权力对意定监护的重视与积极干预。

在我国，意定监护的监护人可以由被监护人选任，也可以由法院选任或者法定机构选任或指定，意定监护的监护人可以由自然人也可以由法人组织或者适当团体担任，但与意定监护人有利害关系的自然人或法人组织或者其他团体不得担任。同时，意定监护的监督人也是意定监护合同的见证人。值得说明的是，意定监护合同的见证人至少应当有两人，且相互之间没有利害关系。意定监护的监督人履行监护监督职责不力或者意定监护的监督人丧失民事行为能力时，以及不积极承担监护职责的，法院或者法定职责机构可以依据其职权或职责辞退监督人或取消指定。相应地，意定监护的监督人依法享有辞职的权利。笔者认为，若能在我国真正建立起失独老年人的意定监护管理机构，则由失独老年人管理机构担任意定监护的监督人，是最为妥当的。

#### (三) 失独老年人监护类型的设计问题

在德国，《德国民法典》规定的广义的监护分为监护和

照护两种方式，而日本的监护模式分为三类，即监护、保佐和辅助；瑞士的成年人监护制度，则分为监护、辅佐和司法保护等类型。2011年审议通过的《韩国新成年监护法》也采用三类型的立法模式：成年监护、限制监护和特定监护等。相比而言，我国台湾地区则采取监护和辅助两种方式，为此，作者认为，我国的监护模式也应采用多元制模式，以解决不同身心状态下老年人的监护需求。我国的监护模式可以借鉴日本成年人监护制度的有关规定，根据失独老年人不同的精神和身体状态，采取广义的成年人监护即分为监护、保佐和辅助等类型。具体如何设计和运行，在下述行文中具体说明。

#### (四) 意定监护人、保佐人和辅助人的选任设计

1. 自然人：其他亲属、朋友等。失独老年人监护人的选任，基于失独老年人的内心的真实意思，可参照法定监护人的范围，也可以在此范围之外进行选择。在积极资格方面，监护人需要具备“监护能力”，低于60周岁，品行良好，能够“诚实守信地为老年人谋取利益，照顾老年人”等。在消极资格方面，以下人员不得担任：(1) 不具备完全民事行为能力的；(2) 被剥夺或者限制人身自由以及下落不明的人；(3) 受到过刑事处罚的；(4) 患有传染病及其他严重疾病生活不能自理者；(5) 行为不端、酗酒、嗜赌、吸毒的人；(6) 缺乏劳动能力又缺乏生活来源的人；(7) 被法院罢免的监护人；(8) 向失独老人提起诉讼的人及其配偶及直系血亲等。具体由谁来担任，通过意定监护合同来确定。

2. 基层群众组织：村民委员会、居民委员会等。人大代表黄细花认为“居委会或者街道办应该为失独老年人这一群体提供更多的帮助与关心，或者说成为他们的监护人，不能因为表格上的家属一栏无人签字，再让这些可怜人无法进入养老院或者是需要手术时无法进入手术室。”参照我国《民法通则》第16条第三款和第17条第二款的规定<sup>①</sup>，村民委员会、居民委员会可以担任失独老年人监护人。村民委员会、居民委员会担任失独老年人监护人、保佐人、辅助人还有以下法律依据：

一是村民委员会、居民委员会担任失独老年人的监护人，保护失独老年人的利益是其法定职责。根据我国《村民委员会组织法》、《居民委员会组织法》和《关于加强和改进城市社区居民委员会建设工作的意见》(简称“社区建设意见”)的规定，村民委员会、居民委员会应当协助当地政府及其派出机关，做好与居民利益有关的优抚救济社会保障、社会救助、老年人权益保障等工作。

二是，村民委员会、居民委员会是社区养老的组织载体。村民委员会、居民委员会担任失独老年人的监护人、

<sup>①</sup> 不过，我国《民法通则》第16条、第17条的规定，主要是针对未成年人、精神病人的监护，而不是成年人的监护而言的。因此，我国成年人监护需要专门的立法，与我国《老年人法》第26条的规定相衔接。

保佐人、辅助人，可以最大限度地使失独老年人不离开自己长期居住的社区，在社区的监护下，充分利用附近的居家养老服务机构获取医护、家政、餐饮、旅游、娱乐、精神慰藉等各种服务即“五所养老”服务，以利于安度晚年。以村民委员会、居民委员会为载体的社区养老，将家庭养老中的成本支付由代际转移提升到了社区范围内的代内转移<sup>①</sup>，有效地分散了失独老年人的生存风险。当然，在目前，我国的社区养老保障还停留在较低水平，但却为解决失独老年人尤其是农村贫困失独老年人的养老问题，指出了一个大方向。

三是，村民委员会、居民委员会担任失独老年人的监护人，有利于实现对失独老年人的精神慰藉，即通过社区内的代际亲情失恃补偿——陪老年人聊天，以及其他亲属、朋友等的亲情陪护等等，弥补失独老年人的“失独孤独”<sup>②</sup>和“晚景凄凉”现状。中国历来有养儿防老、多子多福的传统理念，计划生育国策的强制实行，打破了这一传统的家庭代际结构，也慢慢地改变了传统的家庭养老这样的人文意识与思想。不过，一旦独生子女发生意外，已过生育年龄的老龄父母必然陷入绝望的心理创伤中，从而逐渐走向自我封闭，过多地感受负面情绪。在城市，社区普遍成立老年协会、老年活动室、老年心理咨询室，给老年人提供排遣孤独感的平台，强化老年人的心理保健，似乎不成问题。但是，在广大的农村，村民委员会依托行政村、较大自然村，充分利用农家大院等，建设日间照料中心、托老所、老年活动站等互助性养老服务设施，却需要大力加强和快速推进。还有，对于那些失能的失独老年人即“二失”老年人或者“三失”老年人，村民委员会或居民委员会也可以授权委托个人或养老机构，承担照顾失独老年人的衣食起居等事务性工作。值得注意的是，村民委员会或居民委员会对个人或养老机构的监护性授权，必须根据失独老年人的身心状况予以相应的限制，以避免村民委员会或居民委员通过转委托推卸其应有的监护职责。

3. 法人：民政部门。根据《韩国新成年监护法》的规定，监护人既可以是家庭成员，也可以是包括法人在内的、作为职业专家的第三人。<sup>(11)</sup>《日本民法典》第843条第4项规定，法人可以成为成年监护人等。我国《老年人法》第31条第2款规定“老年人无劳动能力、无生活来源、

无赡养人和扶养人，或者其赡养人和扶养人确无赡养能力或者扶养能力的，由地方各级人民政府依照有关规定给予供养或者救助。”失独老年人监护在持续存续期间，可能存在个人监护人、保佐人、辅助人难以应付或者不能有效履行监护职责的情况，如失独老年人收入过低、财产分散存在，自然人监护人与其他利害关系人的对立，以及失独老年人陷入“三失”状态，监护职责过重而无力承担等，就可以考虑由法人或者当地政府职能部门，通过提供供养或者救助加以解决。

现代社会，为民众谋福利是国家行政职能的最终目的。对于幼弱残疾者的保护，已非纯属个人的责任，国家与社会亦属责无旁贷。<sup>(12)</sup>北京大学人口研究所穆光宗认为，如果一个失独家庭是属于“政策性独生子女风险家庭”，那么，以政府的力量来解决他们老难所养、老难所医、老难所依、老难善终的“四难”问题，是完全合理的，也是顺理成章的。为此，当然可以参照我国《民法通则》第16条、第17条的规定，失独老年人所在地的民政部门，可以担任失独老年人的监护人。

由于民政部门承担着社会救济和社会福利工作，负责城市居民最低生活保障、城市孤老供养和孤儿收养、社会互助、社区服务、农村最低生活保障、灾害救助、农村五保供养等职责，因此，它是代表国家和政府解决失独老年人养老问题的不二选择。同时，养老机构、福利机构属于民政部门主管的事业单位，民政部门在担任失独老年人监护人期间，能够有效地整合各种社会资源，排解失独老年人的养老困扰。为此，随着失独老年人监护制度在实践中趋于完善，我国可以试行设立失独老人专门监护机构或将社会福利团体纳入失独老年人监护人范围。

#### (五) 监护人权责体系与激励机制的构建

在设计失独老年人意定监护制度时，必须同时考虑相应的配套措施，通过法律法规的修改，协调法定监护、委托监护和指定监护与老年人意定监护等类型监护制度中，各自不同的权限和权责体系以及激励机制。事实上，监护人监护权限和权责体系的设置，不应过于笼统和简单，而是应当根据不同监护类型，细致划分，以充实不同的监护类型之间的具体条件、详细内容和适用规范，并把权责体系与激励机制当成失独老年人意定监护保障的法律逻辑理

① 养老主要是代际转移支付，其代际转移支付的理论表述为：国家利用某种方式向成年人筹集资金，作为一种储蓄，可以先行支付给养老的老年人使用。该理论应用到全民医疗保险方案之中，就是参保者缴纳的保险费用，在基金保障自身正常医疗支出而有盈余的情况下，可以被用作老年人参保者的医疗支出费用等。而代内转移之说，则是国家把购买养老服务的费用直接支付给相应的社区，由社区直接承担老年人的养老服务这样一种情形。

② 这是作者的归纳，所谓“失独孤独”，是指现在针对失独者缺失有一些关怀，但是，这些关怀多是自发的，碎片化的，而并没有形成一个整体的关怀氛围和文化的现象。事实上，由于我国各地实际情况的不同，加上人们的认识不同、财力不同，以及志愿者的基础不同，对失独者的关怀也就不同了。即使在那些做得好的地区，“失独关怀”也多是象征意义大于实际意义，并没有从根本上帮助失独者解决养老、医疗尤其是代际亲情失恃等实在的老年人养老的心理困惑与情感困难。参见：毛建国. 让失独者不孤独需要顶层设计（N）. 检察日报，2012-08-01（6）.

路的起点与归宿。

从失独老年人意定监护的运行措施角度看,我国老年人意定监护应包含如下措施性内容:一是监护人享有财产管理权和代理权,负有身心注意义务与尊重自我决定的义务,以及对限制被监护人人身行为负责的特别义务等。二是保佐人享有同意权和撤销权。按照《法国民法典》第457条的规定,被监护人实施借贷、让与不动产、商业营业资产、有价证券与其他无形权利交易等行为,可由监护人根据保护被监护人利益的原则加以撤销。而根据《瑞士民法典》第395条规定,诉讼与和解,不动产买卖、扣押及设定其他物上负担,有价证券的买卖及扣押,超过一般管理行为的建筑、贷款的提供及接受,接受本金,赠与票据义务的负担,保证等行为的实施,需要征得保佐人的同意,被监护人未经同意实施的,保佐人可以撤销。当然,保佐人在保佐事务范围内,对被保佐人负有身心注意义务与尊重自我决定的义务。三是辅助人代理被辅助人处理个别事务,享有一定范围内的同意权、撤销权、代理权,辅助人在辅助事务范围内负有人身注意义务和尊重自我决定的义务。四是意定监护人的权责范围,可根据法定监护事务的内容,进行相应的选择和增删,也可根据失独老年人的个体需求设置权责体系,以及激励机制。也就是,对失独老年人的监护监督人设定一项特殊权利,它可以奖励很好地履行职责的意定监护人、保佐人、辅助人,并在一定情形或者背景下,承担惩戒这些意定监护人、保佐人、辅助人的社会职能,从而,使整个失独老年人的意定监护可行易行。

#### 四、结 语

老龄化社会已经到来,失独老年人在其财产管理、人

身照顾、心理疏导、疗养、护救等方面的需求,因为失独而缺乏家庭代际结构的支持,便成为一种养老的基本困难。逐渐地,这个问题成为一个复杂的新型社会问题。今天的失独老年人,是国家计划生育政策推行背景下,为社会承担义务的困难人群。迄今为止,对失独老年人养老的优待,在制度层面的法律关注尚不足。所以,作者强调的是,失独老年人的养老困境与“失独孤独”、“晚景凄凉”绝不是其个人的不幸问题,而是养老法律上,国家养老义务和养老代际转移结合代内转移的政策和法律衔接问题,也是对失独老年人一种法律意义上的“国家道义义务”的改革型偿还。

面对这个急迫的问题,除人口学、社会学、心理学、经济学和医学领域的对策研究外,更需要养老法层面的立法体系化制度设计。这种设计,是借助我国《老年人法》第26条、第31条的基础性制度规定,不断发展、完善失独老年人意定监护制度,把监护人权责体系与激励机制构建起来,并通过积极发展养老服务业,建立以政府扶助为基础、社区为依托、机构为支持的养老服务体系,破解养老服务和产品供给不足、养老服务市场不健全、城乡区域养老发展不平衡的瓶颈,形成“五所养老”结合“平常化”和“对我决定的尊重”等发挥老年人参与性的、符合中国特点的保障老年人养老权益,不断提升失独老年人养老质量的法律文化氛围。

#### 【参考文献】

- (1) [2] [3] [8] 佚名. 失独家庭年增7.6万个 (N). 京华时报, 2013-03-03.
- (4) 渠涛. 最新日本民法 (M). 法律出版社, 2006. 429.
- (5) [日] 铃木初代. 日本成年人监护制度修改后的现状及与之配套的公共设施和制度 (A). (日) 宇田川则译, 中日民商法研究第1卷 (C). 法律出版社, 2003. 370-371.
- (6) 陈协平, 丁芳. 失独老人社会保障体制探究 (J). 湖北警官学院学报, 2013, (6).
- (7) Mary Joy Quinn, Guardianships of Adults, New York, Spring Pub. Co., 2005, pp. 69~73.
- (9) [10] 余延满. 亲属法原论 (M). 法律出版社, 2007. 502-503.
- (11) 李霞. 成年人监护制度研究——以人权的视角 (J). 中国政法大学出版社, 2012. 51.
- (12) 梅仲协. 民法要义 (M). 中国政法大学出版社, 1998. 76.

(责任编辑: 谢莲碧)