



编辑提示:《民法总则》作为我国民法典制度的前奏,既是民法典的重要组成部分,又对分则各编起到提纲挈领的作用。它的通过和实施必将对人民法院民商事审判乃至整个司法实践产生广泛而深远的影响。为帮助广大读者尤其是实务工作者理解《民法总则》的基本内容,本期特邀有关学者分别就若干重要制度进行阐释和评析,以期对新法的适用有所裨益。本刊今后将持续关注《民法总则》适用中具有普遍性的问题。

《民法总则》关于“监护”规定的释评

李世刚*

摘要 《民法总则》立法在延续《民法通则》既有架构与模式的基础上,扩大监护制度的适用范围,强化了政府的监护职责,重视父母担任监护人的特殊性,全面加深被监护人利益最大化原则。在具体制度上,新立法新创事先委任监护人、临时监护、监护人资格撤销恢复等机制,对既有规则进行了完善,增加了可操作性。但是监护制度的系统化、类型化和专业化仍有待进一步加强。

关键词 民法总则 监护 临时监护 监护资格

监护是为欠缺参与社会交易和生活能力的人设定的辅助与保护机制。完善的监护制度对于诸如未成年人、处于持续性植物状态的人、精神病人或老年痴呆患者等不能辨别或不能完全辨别自己行为的特殊人群具有非常重要的保障意义,是社会文明与和谐所不可或缺的制度建构。

在此领域,人们通常关心两大类问题:如何确定监护人?监护人应当承担哪些职责?围绕这两类问题,《民法总则》较《民法通则》给出了更为全面的规范,为未来民法典的体例架构做了铺垫。同时,新立法在制度设计的理念上也有所发展,《民法总则》扩大了监护制度的适用范围,强化了政府的监护职能,强调了对被监护人意愿的尊重,突出了监护的功能与目的,使得中国的监护制度更加全面和现代化。不过,新立法也就实践中应如何理解和适用新规则(如临时监护、监护资格恢复机制、事先委任监护人机制等),提出了诸多新问题,有关规定仍较为原则,有关的细化规则(尤其是操作性规范)有待后续立法或司法解释予以补充完善。

一、监护制度体系与民法典的构造

监护制度体系主要由两个部分组成,一是对内关系,二是对外关系。前者主要涉及监护人的确定、监护

人的职责;后者主要涉及被监护人法律行为的效力、民事责任的承担。对内关系的确定是对外关系展开的前提和基础,彼此紧密联系、相互呼应。对此,在构造民法典时,立法者需要从宏观上进行“顶层设计”。

《民法总则》对监护对内关系的规范集中在“监护”单元,即第一章“自然人”之第二节“监护”(第26条到第39条);在其他地方偶有相关条文,例如在第九章“诉讼时效”的第190条、第194条。《民法总则》中有关监护对外关系的规范,则主要是借助法定代理人概念(第23条、第163条)分散在若干单元,例如第一章“自然人”之第一节“民事权利能力和民事行为能力”的第19条到第23条、第六章“民事法律行为”之第三节“民事法律行为效力”的第145条涉及被代理人(被监护人)从事法律行为的效力。

就对内关系而言,监护制度一方面仅涉及补足自然人的能力,与法人、非法人组织无关,另一方面近亲属是承担监护职责的最优人选,因此监护本也属于亲属法中的制度。^[1]例如《民法总则》第26条规定,“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”,“成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务”。它实际上是在“监护”单元重复强调了《婚姻法》第21条前三款的

*李世刚,复旦大学法学院副教授。本文为中国法学会2016年度部级法学研究课题《劳动合同法规避行为与对策研究》[CLS(2016)D65]的阶段性成果。

[1]郑晓剑:“中国民法典中成年监护立法若干问题综论”,载《天府论坛》2011年第4期。

内容。^[2]这很好地体现了监护制度与亲属法的密切关系,监护往往是具有特定身份的家庭成员(如父母、子女、配偶)应担当的职责。因此,本应承担监护职责的人,如“依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等”,不能承担监护职责时,如“被人民法院撤销监护人资格”的,“应当继续履行负担的义务”(第37条)。

不过,立法机关仍将“监护”放置在《民法总则》中的方案,首先尊重了法律规范的稳定性与历史延续性,沿用了《民法通则》的体例。第二它也是为了满足《民法总则》规范对外关系的需要:《民法总则》在对法律行为效力、民事责任承担进行整体安排的情况下,必然会对被监护人行为在他与第三人之间的法律效果进行规范,^[3]不可能绕过“监护”的概念,而监护的对内关系则是对外关系展开的前提和基础。

未来中国的民法典当然可以维持这种体例;当然也可以将“监护”单元的内容放置到婚姻家庭(亲属)编之中,与其他亲属关系制度相互衔接,以便于亲属法内部关系规范的协调与适用,便于相关规则的落地。简而言之,无论是从立法论还是解释论的角度看,我们应当重视《民法总则》中规范对内关系的“监护”单元的规范与法律行为、民事责任等对外关系规范以及婚姻家庭(亲属)法相关机制的协调。而本文的研究对象以监护的对内关系为主,即《民法总则》第一章第二节“监护”。

二、《民法总则》所展现的监护制度立法方向

本次《民法总则》监护制度的立法,曾被立法机关概括为“以家庭监护为基础,社会监护为补充,国家监护为兜底,对监护制度作了完善。明确了父母子女间的抚养、赡养等义务,扩大了被监护人的范围,强化了政府的监护职能,并就监护人的确定、监护职责的履行、

撤销监护等制度作出明确规定。”^[4]

可以说,《民法总则》就监护制度的安排,旨在更好地实践监护制度的立法目的——被监护人利益的最大化。^[5]这既符合中国的实际情况,也符合国际立法发展的趋势。立法工作紧紧围绕着“被监护人利益的最大化”展开。新立法较《民法通则》在整体上有如下四个方向性的重要变化。

(一)强调了监护制度解释适用的原则

在此方面,《民法总则》明文强调了“被监护人利益最大化”原则,尤其突出对被监护人意愿的尊重。它在《民法总则》的很多地方均有所体现。例如,关于监护人的确立,《民法总则》要求,在发生争议时或者在需要安排必要的临时监护措施时,有关单位应按照“最有利于被监护人的原则”确立监护人(第31条第2款,第36条)。就协议监护、指定监护、监护人资格恢复等,《民法总则》强调要“尊重被监护人的意愿”(第30条,第31条第2款,第38条)。又如,关于监护人履行职责,《民法总则》要求监护人按照“最有利于被监护人的原则”行使监护职责,原则上不得处分其财产(第35条第1款)。未成年人的监护人,“在作出与被监护人利益有关的决定时”,应当综合该未成年人的“年龄和智力状况”,考虑和“尊重被监护人的真实意愿”(第35条第2款)。

而成年人的监护人“在履行监护职责时”,应当“最大程度地尊重被监护人的真实意愿”,保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务,监护人不得干涉(第35条第3款)。

新立法重视被监护人对自己事物处理的意愿,突出对被监护人人格与权利的尊重,尤其针对成年人监护,已开始注意将传统的“消极防御保护”与“积极辅助”被监护人相结合。“被监护人利益最大化”也因此

[2]《婚姻法》第21条:“父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女给付赡养费的权利。禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。”

[3]朱广新:“民事行为能力制度的立法完善——以《中华人民共和国民法总则(草案)》为分析对象”,载《当代法学》2016年第6期。

[4]李建国:“关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上”,载<http://www.chinacourt.org/article/detail/2017/03/id/2574722.shtml>,2017年4月16日访问。

[5]同上注。



应当成为解释适用监护规则的第一原则。

(二)扩大了监护制度的适用范围

与《民法通则》比较,《民法总则》扩大了监护制度所保护的主体范围,以充分发挥监护制度的功能。现行《民法通则》仅针对未成年人和精神病人设置了监护制度(第16、17条),尤其欠缺成年人的监护机制。而《民法总则》在填补制度空白方面做出了贡献。一方面,成年人行为能力欠缺时,其监护人可以依据法律的规定直接确定;另一方面,成年人可以事先通过书面协议的方式为将来确定自己的监护人。具体说来,依据《民法总则》,无论是否为精神病人,成年人在出现民事行为能力欠缺的情况下也可以成为监护的对象(第28条);不仅如此,成年人如果担心自己将来无法正常参与社会交易或生活,还可以预先选任好监护人(第33条),未雨绸缪、防患未然。

(三)强化了政府的监护职能

与《民法通则》比较起来,《民法总则》在监护的每一个环节中均强化了政府的监护职能,使之全程参与,且扮演着“兜底”的角色。例如,在没有依法具有监护资格的人的情况下,原则上应由民政部门担任监护人,被监护人住所地的居民委员会、村民委员会具备履行监护职责条件的也可以担任(《民法总则》第32条)。又如,监护人实施严重侵害被监护人合法权益的行为的,可以申请人民法院撤销其监护人资格的有关个人或者组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的,民政部门应当向人民法院申请(《民法总则》第36条第3款)。

与强化政府监护职能匹配的是,《民法总则》一方面取消了《民法通则》(第16条和第17条)有关未成年人的父母或者精神病人所在“单位”可参与到监护流程中的规定,另一方面扩大了非营利组织参与的可能性。

新立法强化政府全程参与并“兜底”,可以防止出现监护空白地带,并有利于监护的专业化发展。需要强调的是,政府在履行监护职责的过程中,始终受到人民法院的监督。

(四)开始重视父母担任监护人的特殊性

《民法通则》未采用欧陆法系区分“监护”与“亲权”的传统模式,其监护制度隐藏或者说混淆了亲权的概念。^[6]欧陆法系的传统是,子女出生父母取得亲权、负起照管义务;只有亲权人丧失亲权或者被剥夺亲权时,才须为未成年人指定监护,以监护权补正未成年人的行为能力。《民法通则》“对英美法系和大陆法系的亲权和监护制度未加区分,不适当地使用了英美法系的监护制度。监护制度在民法中的地位不明确,会造成民法体系的混乱”。^[7]其主要问题在于,将父母与其他人的身份与职责混同。为此,《民法总则》在“监护”单元多次就父母担任监护人的特殊性设立了特别规范,例如,父母当然成为未成年子女的监护人(第27条第1款);父母担任监护人的,可以通过遗嘱指定监护人(第29条);监护人资格撤销以后的恢复仅限于被监护人的父母或者子女(第38条)。

进一步重视父母与其他人在监护领域的差异符合被监护人利益最大化的立法目的。父母子女关系本也属于亲属法的内容,父母对未成年子女利益的照管既是当然的权利,也是当然的义务,具有维护家庭成员共同生活秩序的功能,与监护制度理应有所区别。^[8]

三、《民法总则》对监护制度的新发展及法律适用

由于《民法总则》生效以后,《民法通则》仍将继续存在和适用,两部法律中的监护制度规范将并存。为了更好地适用《民法通则》与《民法总则》,我们需要对两者的条文进行细致的比较,尤其需要重视《民法总则》所带来的规则变化与法律适用。

(一)法定监护顺序的适用

与《民法通则》第16、17条不同,《民法总则》第27、28条明确规定了有监护能力的人“应按顺序”担任监护人,这个法定顺序的改变仅能发生在法律规定的情况下,即有如下四种可能:

首先,具有完全民事行为能力的成年人,事先“以书面形式确定自己的监护人”的(第33条)。在此情况下,被指定的人担任监护人不需要经过任何机关的同意或批准。第二种情况,“被监护人的父母担任监护人

[6]王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第251页及以下。

[7]杨立新:“《民法总则》制定与我国监护制度之完善”,载《法学家》2016年第1期。

[8]裴桦:“亲权与监护立法之比较”,载《甘肃政法学院学报》2004年第5期。

的”,无论被监护人是未成年人还是成年人,其父母“可以通过遗嘱指定监护人”(第29条)。在此情况下,被指定的人担任监护人不需要经过任何机关的同意或批准。第三种情况,通过监护人或者监护能力顺序最先的人与其它具有监护能力的人协议确定监护人的,可以变更法定顺序(第30条)。第四种情况,按照最有利于被监护人的原则,在监护人的确定发生争议时有关机关(如被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门,人民法院)直接指定的(第31条第1款),或者在监护人资格被撤销以后人民法院指定监护人的(第36条)。^[9]

由此可见,监护顺序的固定有利于尽快稳定监护关系,不过为了更好地维护被监护人利益、尊重被监护人意愿,法定顺序可在法定情形下通过法律行为或有关机关的指定予以变更。

(二)临时监护与指定监护的衔接

《民法总则》确立了“临时监护”制度,以防止在监护人确定之前出现无人履行监护职责的空档期。这种空档期主要发生在两种情况下。第一种情况是《民法总则》第36条所规定的、法院“根据有关个人或者组织的申请”撤销监护人资格的时候,此时,法院有权按照最有利于被监护人的原则直接指定临时监护人(第36条)。

第二种情况是《民法总则》第31条所规定的、有关当事人对监护人的确定发生争议的时候。不过,第31条的规定仍较为原则,需要进一步明确。在此种情况下,首先,依据第31条第3款,临时监护人“由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任”。该条并未确定上述组织担任临时监护人的先后顺序,很容易导致相互的推诿或争抢。为此,应结合第32条的规定,^[10]认定第一序位为民政

政部门。第二,也是依据第31条第3款,临时监护发生在有关组织或法院依照第31条第1款的“规定”“指定监护人(之)前”。而按照第31条第1款的规定,很可能在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后,有关当事人对该指定不服,向人民法院申请“另行指定”监护人。那么临时监护人的职责是止于有关组织指定监护人之日,还是止于法院的裁判生效之日呢?我们认为,似应以前者(“两委”或民政部门指定之日)为准,其好处是临时监护人和指定监护人“交班”衔接顺畅,无重叠期间;尤其是被有关组织指定监护以后,被指定的人很可能愿意接受指定而不再向法院提出另行指定监护人的主张,而其他反对之人是否以及何时向法院提出申请也不具有确定性,因此,在这种情况下,临时监护的存在没有必要且可能发生矛盾。此外,结合第31条第3款的规定“监护人被指定后,不得擅自变更;擅自变更的,不免除被指定的监护人的责任”来看,这种选择具有强化监护职责、稳定监护关系的作用。这种选择带来的问题是,如有当事人申请法院另行指定监护人,在最终裁判生效之前,监护关系仍处于一种不稳定的状态,而频繁更换监护人显然对被监护人不利。

由此引申开来,就指定监护而言,行政指定与司法指定的关系仍需要协调。尤其,从理论上讲,在“两委”或民政部门指定监护人以后,如有当事人对该指定不服,应在极短的时间内向人民法院申请另行指定监护人。

(三)事先委任监护人行为的法律性质

借鉴《老年人权益保障法》的规定,^[11]《民法总则》第33条确定了成年人的事先委任监护人制度:“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

[9]《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14条关于监护顺序的规定在《民法总则》生效以后仍有一定的意义,尤其指出:“前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的,应视情况征求被监护人的意见。监护人可以是一人,也可以是同一顺序中的数人。”

[10]《民法总则》第32条规定:“没有依法具有监护资格的人的,监护人由民政部门担任,也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。”

[11]《老年人权益保障法》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。”



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”。这一规定确立了事先委任监护人行为的效力及其要件。

该新制度适用的重要前提是明晰“以书面形式确定”这种行为的性质:它是双方法律行为(合同)还是单方法律行为?尤其是此条文规定“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”。对此,第33条可以有两种解读:一是此种委任授权“仅能”来自于双方法律行为;二是此种委任授权“可以”来自于单方法律行为。我们认为,后一种解释更为周全。即具有完全民事行为能力的人可单方以书面形式确定他人为自己的监护人。在此情形下,与他人“事先协商”,可有效防止被授权的个人或者组织拒绝接受承担监护职责、导致单方授权落空,但并非必要条件。由此,具有完全民事行为能力的人在情况紧急、难以“事先协商”的情况下,其书面做出的监护人选择应当被认定为具有法律效力。此外,“鉴于社会生活的复杂性,当初认为值得信赖的人,在经过若干时间之后可能被认为不可信赖,应当允许指定人在自己智力正常时撤销该协议,另外选定监护人。”^[12]

既然单方法律行为都被允许,那么双方法律行为更应当被允许:具有完全民事行为能力的人当然可以与他人通过订立书面合同的方式确定该他人为监护人以及彼此的权利与义务。不过,本次立法未就监护合同的订立与履行设立特别规范。

对第33条采用单方法律行为说,更好地体现了对被监护人意愿的尊重,是落实监护制度目的的体现。由此,在必要的情况下,第33条的适用还可以准用有关遗嘱、单方授予代理权的规则。为了体现对被监护人意愿的尊重,只要被监护人事先委任时具有相应的行为能力,只要没有出现法律所规定的民事法律行为无效或者可撤销的情况,人民法院不应单纯以“委任不符合被监护人的利益”为由予以撤销或判定

无效。

此外,在立法过程中,有学者指出:对于无亲属的自然人,如由养老院、精神病院抚养照顾的老年人、精神病人,上述机构在照顾被监护人的同时担任监护人极可能存在利益冲突,建议在立法上借鉴《德国民法典》第1897条第3项的规定:“与成年人被安置或居住于其中的疗养机构、休养所或其他机构有隶属关系或其他密切关系的人,不得被选任为照管人”。^[13]我们认为,在立法上未有此类规定时,就此问题,为了避免引发道德风险,法院在解释适用第33条时,应严格审查委任监护确定时被监护人意愿的真实性,由上述机构承担相应的举证责任。

(四)审慎适用监护关系恢复制度

就监护关系恢复制度,《民法总则(草案)》(一审稿)第35条曾规定:“原监护人被人民法院撤销监护人资格后,确有悔改情形的,经其申请,人民法院可以视情况恢复其监护人资格,人民法院指定的新监护人与被监护人的监护关系同时终止。”对此,有学者提出批评意见,认为这一规定恐在实践中带来诸多问题:由于监护资格撤销事由均具有严重性(例如监护人曾实施严重损害被监护人身心健康行为的;怠于履行监护职责,或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人,导致被监护人处于危困状态的;或者实施了严重侵害被监护人合法权益的其他行为等^[14]),即使资格恢复,对被监护人心理造成的严重伤害恐难以恢复。不仅如此,“确有悔改”是对主观状态的判定,实践中难以把握。监护资格撤销后又另行恢复,容易破坏这期间另行确立的监护关系与交易秩序的稳定,“再次打乱好不容易刚刚恢复的监护秩序”,易引发矛盾。恢复其资格恐对被监护人造成二次伤害,难谓有利于被监护人,因此其必要性值得商榷。^[15]

而最后通过的《民法总则》第38条原则上保留了

[12]梁慧星:“《中华人民共和国民法总则(草案)》:解读、评论和修改建议”,载《华东政法大学学报》2016年第5期。

[13]满洪杰:“关于《民法总则(草案)》成年监护制度三个基本问题”,载《法学论坛》2017年第1期。

[14]具体参见《民法总则(草案)》(一审稿)第34条与《民法总则》第36条。

[15]同注[12]。

此制度,^[16]显然它的存在将给予监护制度一定的弹性操作空间,充分注意了通常情况下监护人与被监护人之间紧密的身份关系。不过,前述学者的批评意见也在通过后的第38条中有所反映:较一审稿的第35条,该条增加了一个消极要件(监护资格被撤销者“对被监护人实施故意犯罪的”不得恢复监护关系)和两个积极要件(可主张恢复监护资格的仅限于被监护人父母或者子女;是否恢复还应“尊重被监护人真实意愿”)。这些条件的增加旨在限制恢复监护关系制度的适用范围,以落实被监护人利益最大化原则。由此,关于“确有悔改”,立法虽没有明确具体的判定标准,但实践中人民法院应坚持“被监护人利益最大化”原则,主客观相结合、从严予以认定。

(五)监护制度的多方参与模式

《民法总则》加强了政府部门和社会在监护中的作用,让政府部门和非营利组织广泛参与监护。

1. 政府部门和非营利组织深度参与监护制度

依据《民法总则》,政府部门几乎可以全面介入到监护的流程中,涵盖监护资格的确认与争议的解决、监护人或临时监护人的担任、监护职责履行的监督(监护资格的撤销)等。同时为了更好地监督监护人履行职责,《民法总则》广泛授权以非营利组织为主的相关单位(如学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织)可以向人民法院申请撤销监护人资格。政府部门和非营利组织参与监护的具体情形整理如下:

(1)在个别情形下确认具有监护资格(第27条第2款第3项,第28条第4项)。在未成年人没有父母、祖父母、外祖父母、兄、姐能担任监护人的情况下,或者在无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人没有配偶、父母、子女或其他近亲属能担任监护人的情况下,其他个人或者组织愿意担任监护人的,须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

(2)解决担任监护人的争议(第31条第1款)。对监护人的确定有争议的,可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。

(3)在担任监护人的争议解决期间,担任临时监护人(第31条第3款)。在指定监护人前,被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。

(4)无人具有监护资格的人时,担任监护人(第32条)。没有依法具有监护资格的人的,监护人由民政部门担任,也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。

(5)申请撤销监护资格(第36条)。监护人实施严重侵害被监护人合法权益的行为的,有关个人或者组织可以申请人民法院撤销其监护人资格。这里的“有关个人和组织包括:其他依法具有监护资格的人,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、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等”。

2. 多方参与的权责界限有待厘清

《民法总则》中关涉多方参与监护的相关法条,需要进行细致的梳理,下文将以表格的形式予以类型化概述。

具体事项	条文	有关组织	职责范围
(1) 在个别情形下确认监护资格	第27条第2款第3项,第28条第4项	被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门	监护资格的确认
(2) 解决担任监护人的争议	第31条第1款		
(3) 在担任监护人的争议解决期间,担任临时监护人	第31条第3款	由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门	担任临时监护人
(4) 无人具有监护资格时,担任监护人	第32条	民政部门(首选)或具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会	担任一般监护人
(5) 申请监护资格撤销	第36条	民政部门(兜底)、被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、学校、医疗卫生机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等	监护资格撤销申请

通过整理可以发现,为了提供更为周全的保护,法律将多个部门、组织纳入到监护制度中,而且为了防止推诿或权责冲突,《民法总则》尝试给出协调方案,例如在无人

[16]《民法总则》第38条规定:“被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格后,除对被监护人实施故意犯罪的外,确有悔改表现的,经其申请,人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下,视情况恢复其监护人资格,人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。”



具有监护资格时,将民政部门作为首选的监护人(第32条);将民政部门列为申请撤销监护人资格的兜底单位(第36条);协调政府部门和法院在指定监护中的权责与顺序(第31条)等。但是,《民法总则》所确定的“多方”参与的模式,例如在监护人资格确认、争议解决等方面,需要更多地详细规则去协调多个单位之间的关系。有学者指出,这种模式在已往司法实践中已被证明容易出现“九龙治水”的局面。“近年发生的监护人侵害案例往往情况紧急,将有关人员和组织未及时诉讼作为民政部门兜底的前提,极易错过失救济被监护人的时机”。此外,居民委员会、村民委员会的工作人员“属于兼职,且缺乏财政支持”,^[17]缺乏专业人员与条件,这两个委员会“属于基层群众自治组织,从其职责与功能定位看,也不适宜担任监护人及监护权力机关”,^[18]不如将有关监护职能全部归口到民政部门。此外,如前所述,在监护资格发生争议的情况下,行政指定与司法指定的关系也需要进一步协调。

在此方面,《民法总则》虽体现了以民政部门为主导的转向,但仍有所保留,“多方”参与的权责界限仍有待进一步厘清。

四、关于未来监护制度的进一步发展

随着中国社会经济的发展、人口结构的变化、二胎生育的放开、高龄化社会的到来,^[19]监护制度将得到更为广泛的适用,司法实践也对监护制度的落实与完善提出了更高的要求。本次《民法总则》立法在延续《民法通则》既有架构与模式的基础上,扩大监护制度的适用范围,强化了政府的监护职责,重视父母担任监护人的特殊性,全面加深被监护人利益最大化原则,这些方向值得肯定。在具体制度上,新创事先委任监护人、临时

监护、监护资格撤销恢复等机制,对既有规则进行了完善,增加了可操作性。但是,《民法总则》监护制度立法目的的良好实现,还有进一步发展的空间,尤其应当重视监护制度的系统化、类型化和专业化。

《民法总则》“监护”立法仍留存许多制度空隙。例如,在立法过程中,就有学者指出,《民法总则(草案)》欠缺监护人报酬和清算制度等财产监护规则。没有规定监护人履行监护职责可以在被监护人的财产中请求适当报酬的权利;没有规定如被监护财产的清单和签署制度、清算制度等财产监护的具体规则,“使被监护的财产无账可查,给监护人侵吞被监护人财产提供了可乘之机,是监护制度的重大漏洞”。^[20]再比如,关于人身事项决定权,尤其是针对医疗行为或强制治疗的同意,恐易引起纷争,增加规则实有必要。特别是监护人以治疗被监护人为名将其隔离于精神病院或其他场所时,似应受到法院等第三方的许可或评估之约束为宜。^[21]

落实监护制度,还需要配套规则的补充。不同类型的被监护人之间具有较大的差异化,故中国监护制度的未来发展需要类型化。本次《民法总则》立法,尤其是在成年人监护方面,强调被监护人对自己事物处理的意愿,已经体现了从传统的“消极防御保护”转向重视“积极辅助”被监护人的方向。由此,在有法院对监护的全面“把关”、政府全程参与和“兜底”的条件下,中国立法已经为监护制度的“市场化”做好了制度架构的安排,对监护领域的“专业化”提出了迫切的要求。《民法总则》监护制度的落实还需要司法诉讼规则、民政部门履行监护职责的具体规范等配套机制的补充。

(责任编辑:徐一楠)

[17]李霞、陈迪:“《民法总则(草案)》第34、35条评析——监护执行人的撤销与恢复”,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2016年第6期。

[18]刘金霞:《社会转型背景下我国监护制度的立法完善》,人民法院出版社2014年版;罗红霞、崔运武:“悖论、因果与对策:关于社区居委会职责的调查思考”,载《理论月刊》2015年第7期。

[19]焦富民:“民法总则编纂视野中的成年监护制度”,载《政法论丛》2015年第6期。

[20]杨立新:“《民法总则》制定与我国监护制度之完善”,载《法学家》2016年第1期。

[21]在此方面,2011年3月7日《韩国民法典》经修订后第947条(新条文于2013年7月1日生效)的规定具有很好的借鉴意义:成年被监护人在自身状态允许下对其人身事项有单独决定的权利(第947条之二第1项),但是赋予成年监护人在成年被监护人无法做出同意决定的情形下的补充同意权,即对于侵害成年被监护人身体的医疗行为,当成年被监护人无法做出同意时,成年监护人可以代其同意(第947条之二第3项),在该医疗行为可能导致成年被监护人死亡或严重残疾的情形下加强了家事法院的监督,即需要获得家庭法院的许可。但许可程序导致医疗行为延迟,进而可能威胁到成年被监护人的生命或造成严重残疾时,可事后请求许可(第947条之二第4项)。成年监护人为治疗成年被监护人而将其隔离于精神病院或其他场所时,须经法院的许可(第947条之二第2项)。