

# 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

李国强

(吉林大学法学院, 长春 130012)

**摘要:** 成年意定监护协议的核心是概括代理权限的授予, 从而其主要表现为由监护人为被监护人处理财产关系的事务。意定监护协议并不能像一般合同那样推定行为人有行为能力进而肯定其具有判断能力, 行为人的判断能力应当即时被确认。现行法只是把被监护人被认定为欠缺行为能力作为成年意定监护法律关系的生效条件, 并不包含法院以及其他公权力机关对意定监护协议能否执行进行判断的内容, 这与新型成年监护理念下的公权力介入理念不符。意定监护人的职责需要结合特别约定, 从财产管理和人身保护两个方面进行限定, 同时还需要注意新型协助决策模式监护理念下对被监护人自我决定权的尊重, 并且由于监护职责的限定, 意定监护人也不需要再承担监护人替代侵权责任。

**关键词:** 成年监护; 意定监护; 公证; 监护监督; 监护职责

中图分类号: DF51 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2018.05.15

我国《民法总则》的创新之一是具体规定了新型成年监护制度, 其表现在两个方面: 其一, 扩大了被监护人的范围; 其二, 规定了符合尊重自我决定权的新型成年监护制度<sup>①</sup>。与履行监护职责时尊重自我决定权一致的是, 立法者根据私法自治的基本原则创设了《民法总则》第33条<sup>②</sup>规定的成年意定

<sup>①</sup> 《民法总则》第21条、第22条、第24条、第28条确定了不能辨认或不能完全辨认自己行为的成年人可以被认定为无行为能力人或限制行为能力人, 进而为其确定监护人。相比《民法通则》第13条限定被监护人为精神病人的范围是大大扩大了。《民法总则》第35条第3款原则性地规定了履行监护职责时应当尊重自我决定权, 同时该条规定表现的理念应该贯彻到对成年监护制度整体的解释。当然, 彻底地贯彻尊重自我决定权的理念应该取消行为能力欠缺宣告制度, 这也符合《联合国残疾人权利公约》的要求。(参见: 李国强. 论行为能力制度和新型成年监护制度的协调——兼评《中华人民共和国民法总则》的制度安排[J]. 法律科学, 2017(3): 131-140.)

<sup>②</sup> 《民法总则》第33条规定“具有完全民事行为能力的成年人, 可以与近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者有关组织事先协商, 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, 承担监护责任。”该条文是2012年修订的《老年人权益保障法》第26条第1款规定的老年人意定监护的翻版。《老年人权益保障法》第26条第1款规定“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。”《老年人权益保障法》基于其社会保障法的属性对老年人意定监护只作了原则性规定, 但是《民法总则》作为民事基本法对成年意定监护制度也仅作原则性规定就显得不大合适。

收稿日期: 2018-03-14

基金项目: 2014年度国家社科基金一般项目“解释论视野下财产法体系研究”(14BFX080); 吉林省高级人民法院委托项目“家事裁判制度比较研究”(20161572016382461); 吉林大学哲学社会科学青年学术领袖培育计划“民法典编纂中的前沿问题研究”(2016FRLX14)

作者简介: 李国强(1978), 男, 辽宁大连人, 吉林大学法学院教授, 博士生导师, 吉林大学财产法研究中心研究人员, 法学博士。

监护制度。意定监护是在监护领域对自愿原则的贯彻落实,是具有完全民事行为能力的人对自己将来的监护事务,按照自己的意愿事先所做的安排<sup>[1]73</sup>。成年意定监护规则是在监护领域对自愿原则的贯彻落实,但《民法总则》第33条所表述的法律制度并不完整,就意定监护协议如何成立、意定监护如何启动、意定监护人职责如何确定等具体的内容,该条都没有明确规定<sup>①</sup>。相对于日本的《关于任意监护契约的法律》(日本法上的“任意监护”文义上相当于中国法上的“意定监护”)有11条之多的条文构成,我们可以认为《民法总则》规定的意定监护仅为原则性规定。因此,我们需要通过解释论来研究和明确成年意定监护制度的具体内容,进而将意定监护涉及的具体问题在编纂民法典分则或者制定相关单行法的过程中来进一步完成<sup>[1]74</sup>。本文将立足于解释论的立场,结合老年人意定监护的实践,在现行法的框架下探讨成年意定监护法律关系的构成。

### 一、成年意定监护法律关系的内容主要涉及财产关系

成年意定监护制度被统一规定在监护制度中,基于此,成年意定监护协议很容易被简单定位为身份关系的协议。但是成年意定监护协议的核心是概括代理权限的授予,从而主要表现为由监护人为被监护人处理财产关系的事务。虽然协议也会涉及到人身保护的内容,并且主要是通过特别约定授权给意定监护人特别的身份事项,但是特别授权内容(如医疗行为同意权)的法律效力也值得单独探讨<sup>②</sup>。成年意定监护协议只是特殊的委托合同,主要是涉及财产关系的委托合同加上包含部分人身保护内容的委托约定,因此成年意定监护法律关系主要表现出财产关系协议的属性。

#### (一)成年意定监护协议内容主要表现为财产关系的属性

传统成年监护制度主要指向身份关系,成年监护人因为与成年被监护人具有亲属关系,所以对被监护人有赡养、扶助和保护的义务。《民法总则》第26条规定的内容显然是这种规范思路的延续,进而可以认为成年监护是具有身份属性的法律关系。但是,从《民法总则》第34条的规定看,监护人的职责首先是代理被监护人实施民事法律行为,再从意定监护协议约定的内容看,财产关系应是意定监护的主要内容。主要理由如下:

第一,保护被监护人的人身权利的内容不适合约定于意定监护协议中。依据《民法总则》第26条的规定,只有子女对父母才有赡养、扶助和保护的义务。在新型成年监护制度所处的社会背景下,即使法定监护也已经不限于亲属关系,何况意定监护协议选任监护人主要是为了排除法定监护的顺序。意定监护协议不能排除法定义务,反之也不能把法定义务约定为协议义务,意定监护人不能对被监护人负有法定义务之外的赡养、扶助和保护的义务<sup>[2]</sup>。意定监护在短期内不会是多数需要监护的人选择的监护形式,例如从日本的法律实践看,意定监护的数量要远远少于法定监护<sup>③</sup>。选择意定监护需要作为委托人的被监护人有法定监护不能满足的特别需求。更重要的是,由于没有法定的身份关系维系,意定监护一般也不能是无偿的,所以只

① 相反观点认为“《民法总则》第33条中,立法者从意定监护的适用主体、监护人的选任规则、监护合同的订立方式、意定监护的生效要件等几个方面,对意定监护的规范内容进行了详细规定,使其具备了较强的可操作性。”(参见:陈甦.民法总则评注[M].北京:法律出版社,2017:236.)

② 日本学者认为意定监护契约是授予代理权的委托合同,具体的照顾服务等事实行为不被包含在意定监护人的事务内容中,但是依据契约自由双方缔结有关事实行为的契约也并非不可能,但是让特定人负担另一个人终身的债务,恐怕这就接近“奴隶契约”而带有违法性。(参见:小林昭彦,大门匡,岩井伸晃.新成年监护制度的解说[M].东京:金融财政事情研究会,2017:247.)

③ 2015年度申请监护的所有案件是34782件,其中任意监护是816件。(参见:最高裁判所事务总局家庭局.成年监护关系案件的概况(2015年1月-12月)[EB/OL].(2016-1-15)[2017-12-20].<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>.)

有拥有较多财产(主要是不动产、有价证券等处分上较复杂的财产)的老年人才会有意定选择监护人的需求。当然,意定监护协议中如果约定了照顾被监护人身心健康的内容也是可以的。表面上看这属于意思自治的内容,但是在没有法定义务约束的情况下,基于概括约定的协议义务是否可以概括地做到照顾被监护人身心健康的目的,应该是不乐观的。

第二,协助决策模式的新型成年监护理念要求最大限度地尊重被监护人的真实意愿,因而人身权利的内容很容易在具体的场合被真实意愿排除,诸如医疗行为的同意权等都不能作为意定监护协议的内容。协助决策模式的新型成年监护对应的是传统替代决策模式的成年监护。替代决策模式的监护虽从保护被监护人出发,但经常在具体的交易场合违背被监护人的真实意愿,进而有损被监护人的利益;而协助决策模式的成年监护则是通过帮助被监护人利用残存的判断能力进行决策,并最终更好地实现其利益<sup>[3]</sup>。然而,人身权利保护的内容因为没有可以衡量的利益标准,很难确定是否有利于被监护人的利益。例如医疗行为同意权,在被监护人罹患癌症需要选择保守治疗还是放疗、化疗等手段的时候,如果被监护人不能进行自己意思的表达,监护人即使获得了特别的授权也很难做出客观判断的决策,日本民法上不承认法定监护人的医疗行为同意权即基于此理由<sup>[4]</sup>。此外,作为合意达成的意定监护协议的受托人一方的意定监护人,也会因为有关人身权利保护的内容对当事人双方来说均有诸多风险而排除在协议主体之外。

综上所述,财产关系的处理成为了意定监护协议的主要内容。意定监护协议主要表现为财产关系的属性,虽然也会涉及到人身权利保护的内容,但是并不当然包含传统成年监护所必然涉及的赡养、扶助和保护的内容。

(二) 成年意定监护协议是委托合同适用范围

的扩张

若从形式上解读《合同法》第2条第2款的规定,成年意定监护协议应该不能适用《合同法》规范,因为该条款规定监护等有关身份关系的协议适用其他法律规定。成年意定监护是《合同法》施行之后才有的新制度,虽然其被规定在监护制度中,但与传统监护制度的理念和内容均有不同。成年意定监护关系的构成直接来源于被监护人的意志,与亲属关系无涉<sup>[5]</sup>,而传统监护主要是关于身份关系的内容。所以从某种意义上说,意定监护协议并不属于《合同法》第2条第2款所述的“监护协议”。再从内容上类比,意定监护协议是《合同法》规定的委托合同的变种,即使没有意定监护的规则,《合同法》第396条、第397条、第411条的扩大解释也可以满足大部分意定监护协议内容的要求。

根据《合同法》第396条、第397条规定,委托合同的目的在于受托人处理委托人的事务,而所谓“事务”的解释直接关系到委托合同的适用范围。从比较法的角度看,委托事务应仅限于法律行为,如《日本民法典》第643条规定委托人可以把法律行为委托给受托人,第656条则进一步规定法律行为以外的事务所成立的合同为“准”委任合同,准用委任合同的规定,而我国《合同法》则未作类似限定。从我国《合同法》第2条规定的内容看,只要能够产生民事权利义务关系的任何事务,委托人均可请受托人办理。其中既包括实体法规定的买卖、租赁等事项,也包括程序法规定的办理登记、批准等事项,甚至包括代理诉讼等活动,但违反法律规定或者按照事务的性质不能委托他人代理的事务应除外。由此看来,委托合同的适用范围可以包括现代监护所需要处理的大部分事项,即使是人身保护的内容通过特殊约定成为委托合同的内容也未尝不可,而概括的授权也是委托合同常见的表现形式<sup>[6]218</sup>。更为重要的是,《合同法》第411条虽然原则上规定受托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产

的,委托合同终止,但又例外规定当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。这就解决了在委托人丧失行为能力时,委托事务是否被受托人继续处理的问题,而这正是意定监护所指向的处理事务的时间范围<sup>①</sup>。

另外,从意定监护协议的实践来看,委托合同的规则也应该是其主要适用的法律规范。基于比较法的考察,意定监护的协议可以归纳为三种类型,分别为即时生效型、将来生效型、转移型<sup>②</sup>。但是,即时生效型在我国应该很难成立。因为按照我国《民法通则》的规定,确定成年监护的前置程序是认定成年人行为能力欠缺。所以,如果成年人试图为自己委托一个即时生效的意定监护人,会因为较为复杂的行为能力欠缺认定程序而使协议不能即时生效;另一方面,还会因为委托人试图使协议即时生效的想法导致相关机关对于订立意定监护协议时委托人是否有适当的判断能力产生疑义。所以,典型的意定监护协议应该是将来生效型和转移型。其中,转移型由于在委托人被认定为行为能力欠缺之前就已经和受托人开始履行委托合同,其信任度已经相对稳定,监护人的工作从作为委托合同的受托人开始转移到作为意定监护人,实质内容并没有发生太大的变化<sup>[71]168</sup>。因此,意定监护在某种意义上只是委托合同的扩张而已。我国台湾地区对成年监护制度进行修订后,现行“民法”并未规定意定监护制度<sup>③</sup>,但依据我国台湾地区现行“民法”第534条,适用概括代理的委任契约(委托合同)就可以在某种程度上解决成年意定监护的问题<sup>[6]220</sup>。

但是需要特别注意的是,新型成年监护理念下的意定监护制度需要配套制度的同时构建,尤其是公权力的适度介入,质言之,从家事审判制度改革到公权力对监护人的监督都是必不可少的。因为仅依据委托合同的扩张不能完全实现意定监护制度所要达到的立法目的。我国台湾地区的学者也认为,在配套制度不足的情况下,仅以合同自由原

则和尊重自我决定权为理由,就一般地承认法律没有明文规定的意定监护合同的有效性,理由是不充分的<sup>[6]220</sup>。所以,体系化地明确意定监护制度的具体规则是意定监护制度特殊于一般委托合同所必需的。

## 二、意定监护协议成立需要确定被监护人(委托人)有判断能力

《民法总则》第33条规定意定监护协议成立的前提是委托人(被监护人)是“具有完全民事行为能力的成年人”。鉴于《民法总则》第24条规定确认成年人欠缺行为能力需要通过认定程序,因此没有在形式上被认定为行为能力欠缺的成年人都是具有完全民事行为能力的成年人。但实质上,可能该成年人早已心智能力低下,不再具有判断能力(或者称为“意思能力”)去订立意定监护协议了。如此,若监护人按照意定监护协议履行监护职责时,被监护人已经欠缺了行为能力,此时已经很难判断意定监护协议订立时被监护人(委托人)是否有实质上的判断能力,所以必须以一定的条件确定订立协议时被监护人是具有缔约能力的<sup>[8]</sup>。意定监护协议并不能像一般合同那样推定行为人有行为能力进而肯定其具有判断能力。在一般合同的场合,行为人为行为能力欠缺是例外的情况,需要被特别保护,而意定监护是专门为行为人为丧失行为能力之后

① 利用法律专业搜索引擎检索《合同法》第411条相关案例共有8个,并且只有自然人死亡后受托人继续处理委托事项的相关争议,没有因自然人行为能力欠缺而引起的纠纷。这说明虽然《合同法》第411条本可以满足意定监护要达到的要求,但没有人选用。(参见:聚法案例[EB/OL]. [2017-12-26]. <https://www.jufaanli.com/search2?TypeKey=1>.)

② 参见:新井诚.任意监护制度的现状和课题[J].成年监护法研究,2007(4):3-25;新井诚,赤沼康弘,大贯正男.成年监护制度——法的理论和实务[M].东京:有斐阁,2007:167-170.我国学者也认为意定监护可以区分为同样的三种类型,参见:李霞.意定监护制度论纲[J].法学,2011(4):118-128.

③ 我国台湾地区“立法机构”2016年10月委员提案第19645号建议修改“民法”亲属编增设意定监护一节,共有6条,但至本文完成时,并没有经地区立法程序表决通过成为“法律”。

的委托事务做安排的约定,所以行为人的判断能力应当即时被确认。

(一) 确认订立协议时被监护人(委托人)有判断能力意在防止事后争议

《民法总则》第33条规定意定监护协议仅需要双方书面签订即可。如果是作为一般的委托合同,在委托合同履行期间,委托人一般还是具有行为能力的,且委托人和受托人的信任关系也可以很容易地确定。但是意定监护协议发生履行效力的时候,如果被监护人(委托人)已经确定丧失了行为能力,此时被监护人的近亲属等利害关系人又提出了针对合同是否有效订立的疑义,显然仅有书面协议而无其他证据,法院很难给出缔约当时被监护人有判断能力的明确裁判<sup>[9]307</sup>。因为法院不能像普通的委托合同一样认定:既然没有证据证明订立协议时被监护人丧失行为能力,协议就是有效成立的。法院只有在确定被监护人订立协议时具有判断能力、能够完成缔约,才能确认该协议是符合其利益的,进而依据《民法总则》第143条规定认定意思表示真实,协议是有效成立的,否则可以以协议欠缺合意而认定其不成立(或无效)<sup>①</sup>。

被监护人是否具备缔约时必需的判断能力不可一概而论,要结合意定监护协议财产的种类、内容以及财产管理的形态等要素进行综合判断<sup>[7]185</sup>。财产数额越大,内容越复杂,在进行委托事项时判断能力的要求越高,而在财产保全及日常金钱管理的情形下,可以放宽对判断能力的要求。但是无论如何,仅以签订了书面协议就确定存在意定监护的合意是不充分的,特别是此时如果存在属于被监护人的法定监护人范围的亲属,发生争议的可能性是非常大的。所以必须用客观的形式确定被监护人缔约时有明确的判断能力,即将《民法总则》第33条规定的“具有完全民事行为能力”的说法解释为实质上具有缔约的判断能力。

(二) 确定被监护人订立意定监护协议时有判

断能力的方法

《民法总则》第33条没有规定确定被监护人缔约时判断能力的方法,所以原则上我们可以通过结合意定监护协议订立时各种客观情况综合判断<sup>②</sup>。例如,被监护人在订立意定监护协议的同时,有对不动产处分等其他事实证据间接确定其具有判断能力<sup>③</sup>。然而,不动产处分虽然复杂且有多个环节涉及到明确的意思表达,但仍有很大的操作空间使事后无法明确知晓被监护人存在判断能力的真实性。从比较法的角度看,日本任意监护契约的法律规定公证方式是意定监护合同成立的必需条件<sup>[7]182</sup>。韩国立法也采同样的做法<sup>[10]</sup>,我国台湾地区的“民法”修订草案也采同样的做法。在我国地方立法中,《上海市老年人权益保障条例》第18条第1款规定“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,并通过公证等方式予以明确。”虽然这仅为地方立法,

① 日本民法虽然没有类似我国《民法总则》第143条的规定,但日本司法实务认为,即便是行为人被宣告行为能力欠缺前的行为,只要是事实上无意思能力(判断能力),其行为也应无效。见日本大审院判决明治38年(1905年)5月11日判决,载《大审院民事判决录》第11辑,第706页。(参见:村田彰,《成年监护与意思能力》[G]//黄诗淳,陈自强,《高龄化社会法律之新挑战:以财产管理为中心》,台北:新学林出版股份有限公司,2014:282.)

② 《奥地利普通民法典》第284f条规定的预防性代理的委托书的签订总是可以通过公证的形式进行,但一般可以通过被代理人亲自书写并亲笔签名完成,也可以在未亲自书写情况下由三个见证人见证下完成。这种严格的形式要求也是为了保证被代理人在有判断能力的前提下做出真实的意思表示。(参见:奥地利普通民法典[M],周友军,杨垠红,译,周友军,校,北京:清华大学出版社,2013:46.)

③ 从日本法律实务看,有关财产管理的判断能力应当包括如下内容:其一,本人要能够明确自己当前拥有的财产,并且能够向受托人予以说明。例如,能够自己说明不动产的种类和具体在什么地方,储蓄金存放在哪一金融机构及大致的储蓄金额。其二,理解委托财产管理的意义。委托财产管理意味着将本人的委托财产全盘交付给监护人处理。若本人在缔结合同之际不能很好地认识到这一点,则在后续的监护中很容易产生问题。其三,能够对自己现在所有的财产、现实收入进行核对。(参见:三轮圆,《高龄者意思能力的有无、程度的判定基准——以遗嘱能力、意定监护契约缔结能力的判例为素材》[J],《横滨法学》2014(3):263-285.)

并且只是把公证作为成立老年人监护协议的一种典型形式,但也能说明公证对于确定意定监护协议成立的作用。

公证确实是证明订立协议时被监护人有判断能力的有效方式,主要原因在于公证程序自身的要求。根据我国《公证法》第28条的规定,公证机构对合同做公证时,需要审查申请公证的主体是否合格,合同的内容是否违法,合同的条款是否清晰。这种实质审查的过程就能明确让被监护人(委托人)是否具备判断能力。而依据《公证法》第31条的规定,如果当事人是欠缺行为能力的自然人而没有监护人作为法定代理人代理其申请办理公证的,或者申请公证的事项不真实、不合法的,或者申请公证的事项违背社会公德的,公证机构是予以不予办理公证的。反之,意定监护协议如果能够按照正常的程序办理完公证,就说明作为意定监护协议当事人的被监护人(委托人)不存在行为能力欠缺的问题。司法部在2017年12月25日首次发布了三个公证指导性案例,其中第一个案例就是关于意定监护协议公证的。该案例表明在公证过程中,公证员应向当事人阐明意定监护制度的法律意义、法律风险、法律后果和监护人的责任,审查当事人是否具备民事行为能力以及意思表示是否真实<sup>①</sup>。而据不完全统计,截至2017年7月底,全国各地的公证机构共办理约100件意定监护案例,其中近50件发生在上海,而且在2017年有了第一例生效履行职责的意定监护协议<sup>[11]</sup>。另外,实践中意定监护的公证虽然已经逐步展开,但意定监护公证中审查被监护人判断能力的标准却需要进一步明确,当然借助医学证明是比较简单的出路,不过也不是必须和确定准确的,这需要公证机构在具体的公证中形成统一的具体规则<sup>②</sup>。而且,由于没有法律的明确规定,即使公证机构在公证书出具后及时将意定监护协议公证上传至全国公证管理系统进行备案,也不能替代登记的公示功能,所以司法实践中产生纠纷的可能性

仍然存在。

### 三、成年意定监护法律关系生效的条件限制

根据《民法总则》第33条的规定,在被监护人(委托人)丧失或部分丧失民事行为能力时,监护人(受托人)需履行监护职责。这种表述实则只是把被监护人被认定为欠缺行为能力作为成年意定监护法律关系的生效条件,并不包含法院以及其他公权力机关对意定监护协议能否执行进行判断的内容,这与新型成年监护理念下的公权力介入理念不符。因为行为能力欠缺的认定是在确定被监护人实质上心智能力低下的情况下做出的,而且意定监护协议存在的背景往往是没有可靠的近亲属可以为被监护人的利益考虑,所以存在包括意定监护人(受托人)在内的利害关系人和有关组织都不积极申请认定被监护人行为能力欠缺而损害被监护人利益的可能。从比较法的角度看,在日本的任意监护制度中,必须由家庭法院选定监护监督人才能开始任意监护,这就构建了包含家事审判效力评价机制在内的公权力介入机制<sup>[7]196</sup>。但是,我国《民法总则》无论在任意监护制度还是法定监护制度中都没有规定监护监督制度,所以不存在法院通过选定监护人介入意定监护法律关系的可能。在上海市发生的首例生效的意定监护案例中,公证处在确定被监护人符合丧失行为能力条件后,为监护人发放了监护人资格公证书,而居委会则基于此不再为被监护人指定监护人<sup>[11]</sup>。这个案例存在三方面问题:其一,公证处并没有取得有效司法文书作为依据,因为被监护人没有依据法定程序被认定为无行为能

<sup>①</sup> 参见:司法部首次发布三个公证指导性案例[EB/OL]. (2017-12-25) [2017-12-26]. [http://www.moj.gov.cn/news/content/2017-12/25/bnyw\\_11136.html](http://www.moj.gov.cn/news/content/2017-12/25/bnyw_11136.html).

<sup>②</sup> 日本的任意监护公证在实践中也有很多问题,实务上也提出医学衡量标准和面谈制度化等应对措施。(参见:藤江美保.关于任意后见制度改善的检讨[J].成年监护法研究,2007(4):40.)

力人,公证处只能通过精神卫生中心核实诊断书;其二,公证处发放的监护人资格公证书并没有法律依据,公证处的介入不能替代公权力的介入,尤其是不能真正地审查监护人是否完全适格;其三,居委会在监护争议中不指定法定监护人的前提是存在生效的意定监护关系,但仅因为有公证就判断意定监护关系已经发生法律效力是不充分的。确定成年意定监护法律关系生效还必须考虑以下两个方面的条件。

### (一) 意定监护人的主体条件限制

《民法总则》第33条只是简单规定可以成为意定监护人的主体包括“近亲属、其他愿意担任监护人的个人或组织”,这显然不够严谨。其一,近亲属并不是担任意定监护人的首选,如果近亲属足以被信任则被监护人无需自己选择意定监护人了。而且在老龄化、少子化的现代社会,没有近亲属的人也日益增多。例如,依据日本的统计数字,即使是在成年法定监护中,从2012年开始亲属之外的人担任监护人就超过了亲属<sup>[12]</sup>。其二,如果没有公权力的介入对意定监护人的主体条件进行限制,就很难保障被监护人利益不受损害。因为在被监护人行为能力欠缺需要被监护时,其已经基本丧失了自我保护的能力,被监护人利益的维护几乎完全依靠监护人来实现。所以如果意定监护协议确定的监护人不能正常地履行监护职责,甚至监护人本身都存在威胁被监护人利益的可能的话,意定监护存在的不合理性就不言而喻了。

《民法总则》第33条规定的意定监护人主体条件属于肯定性规定,从法律适用的角度来看,意义不大:其一,“愿意担任监护人”的条件不能反映是否符合被监护人利益保护的要求;其二,作为主观愿望的“愿意”是不具有说服力的,如果没有客观的评价标准和条件限制,图谋不轨、意图侵犯被监护人利益的人往往会表现出更热情、更强烈的“愿意”。所以,在决定意定监护关系生效的时候,应该

由居委会、村委会、民政部门以及人民法院按照《民法总则》第31条规定的解决监护争议的方式,对意定监护人是否适格进行审查<sup>①</sup>。具体列举不适格的主体条件可以包括:其一,当未成年人作为意定监护人时,由于意定监护是为将来被监护人丧失行为能力而预备的监护,所以通过和限制行为能力的未成年人缔约来确定将来履行的法律关系也未尝不可。只是被监护人丧失行为能力不是一个确定日期,如果在意定监护协议约定的监护人还未成年时就发生了被监护人被认定为行为能力欠缺的情况,显然此时该未成年人并不适格作为意定监护人。其二,在自然人被认定为行为能力欠缺、被宣告失踪或组织被宣告进入破产程序等情况下,意定监护协议约定的监护人自身已经不具备行为能力或履行监护职责的条件,此时他们也应该被排除作为意定监护人。其三,意定监护协议约定的监护人及其近亲属与被监护人有诉讼争议的,也不适合作为意定监护人。其四,意定监护协议约定的监护人对被监护人有不当的行为、明显不端的行为以及存在其他不适合履行任意监护职责事由的情况,也不适格作为意定监护人<sup>[13]</sup>。

### (二) 意定监护协议不可委托事项的限制

虽然《民法总则》第33条并没有规定意定监护协议不可委托事项的限制,但从委托合同以信任为基础缔结法律关系考虑,协议应该存在诸多不可约定的内容。所以,如果不可委托的事项被订入意定监护合同,则相关约定无效。这主要包括:

第一,不可以约定被监护人自身事务以外的事项。因为意定监护协议约定的内容是,在被监护人被认定为行为能力欠缺之后,能够让被监护人信任的人来管理其财产、照顾其生活,协助被监护人利

<sup>①</sup> 日本《关于任意监护契约的法律》第4条就对任意监护人的不适格条件进行了规定,但日本法有法定的公证登记程序,所以可以在公证登记时排除一些监护人不适格的情况,我国则只能在意定监护开始时由法院等公权力机关予以排除。

用残存的判断能力实现生活的正常化。所以意定监护协议约定的事项只能是和被监护人自己的财产管理和人身保护相关的事项,而不能对他人的监护事项进行约定。即使是被监护人的配偶共同订立协议也是不行的,因为在同一意定监护协议中约定两个人的事项会产生冲突<sup>[7]173</sup>。

第二,意定监护协议不可以约定器官捐献、遗嘱、婚姻登记、收养等具有人身专属性的事项。这些事项与人格和身份相关,涉及到基本人权的保护,如果可以委托他人行使则无异于泯灭人格,即使是法定监护也不能包含以上相关的职责内容。

需要注意的是,按照前文所述,意定监护协议原则上属于授予代理权的委托合同,委托合同的终止除了依据一般合同终止的原因外,还包括双方当事人行使《合同法》第410条规定的任意解除权<sup>①</sup>,当然被监护人行使任意解除权应该在被认定行为能力欠缺之前。另外,如果当事人双方在意定监护关系存续期间死亡的,意定监护关系也应该即时终止。但是双方约定即使在被监护人死亡后意定监护人仍然有职责完成监护人和被监护人约定的某一特别事项才终止该监护关系的,或者为了被监护人的利益监护人需要继续完成某一特别事项的,则意定监护关系会例外的不因被监护人死亡而终止。

### (三) 意定监护的监护监督机制

《民法总则》的监护制度没有规定监护监督规则,但在意定监护协议开始生效履行之时,若没有监护监督,除了没有人监督意定监护人执行监护职责之外,还会发生诸如利益相反行为无法确认其法律效力的问题<sup>②</sup>。所以,我们必须在事实上确定一定的监护监督机制,否则意定监护协议的效力就会受到影响。本文认为可以通过以下两种方式来实

第一,通过选定多数意定监护人的方式,在意定监护协议中约定不同的角色而实现监护监督的机制。《民法总则》第33条没有限定意定监护人的数量,被监护人当然可以和多人订立意定监护协议,并根据自身需要对监护职责的履行方式做出选

择:其一,被监护人与各个意定监护人分别订立意定监护协议,将监护事务分成若干部分,分别由不同的意定监护人单独执行,但是这种方式的弊端是若某个意定监护协议未生效而其他的意定监护协议生效,就会出现监护上的漏洞;其二,被监护人与所有意定监护人共同订立一份意定监护协议,由数个意定监护人共同负责<sup>[9]293</sup>。其中的第二种方式是比较合理的方式,意定监护人除了一般意义上相互监督监护事务履行的情况外,通过合同约定不同的角色可以区分为三方关系,包括被监护人(委托人)、监护人(受托人)、监护监督人(第二受托人)。通过这样不同的分工,既保证了在某一监护人出现无法履行监护事务的情况下监护事务的继续执行,尤其是在转移型意定监护的场合还能防止监护人在被监护人已经不能辨认行为的情况下不申请宣告被监护人行为能力欠缺的问题<sup>[14]</sup>;也能够保证在出现监护人和被监护人利益相反行为的时候由扮演监护监督人角色的第二受托人代理被监护人实施相关法律行为。

第二,法定监护可以和意定监护竞合存在,法定监护人和意定监护人可以实施不同的代理行为,从而实现监护监督机制。一般认为,如果有效的意定监护协议存在,则法院不受理选定法定监护人的申请,所以从效力结果上看,意定监护优先于法定监护<sup>[15]</sup>。但是本文认为,在没有监护监督人存在的情况下,属于法定监护人范围内的亲属并不是完全脱离监护关系,而是应该起到监护监督人的作用。主要理由为:其一,法定监护人范围内的民事主体都和被监护人存在较为紧密的亲属关系。虽然被监护人选择在有亲属的情况下让其他人担任监护人,可能是对亲属失去了信任基础,但无论如何亲属关系的天然信任基础仍然存在,亲属即使不能很

<sup>①</sup> 无论当事人是否有过错,或基于何种理由,在任何时候均可无须举证即解除合同。(参见:谢鸿飞.合同法学的新发展[M].北京:社会科学出版社,2014:623.)

<sup>②</sup> 关于利益相反行为的论述,参见:解亘.老年人财产管理中的利益相反行为[J].当代法学,2014(3):95;解亘.论监护关系中不当财产管理行为的救济——兼论“利益相反”之概念的必要性[J].比较法研究,2017(1):155.



好地履行监护职责,但是履行监护监督事务还是可以胜任的。其二,在人口老龄化的现实背景下,有财产的老年人选择专业的职业监护人为意定监护人是社会发展的趋势,同时也减轻了亲属(主要是子女)担任监护人的负担,但亲属并不因此丧失参与监护事务的资格,其仍然可以通过介入监护监督事务来更好地保护被监护人的利益。其三,我国没有建立有效的公权力介入监护监督的程序<sup>①</sup>,家庭的自治功能毕竟有限,家庭在监护领域的作用已经不能满足老龄化社会监护制度的需求,对公权力适度干预的依赖趋势逐渐加强<sup>[16]</sup>,所以家事审判制度改革任重而道远。目前,现行法下有效的介入方法就是基于《民法总则》第31条规定的监护争议的解决规则,以解决监护争议为突破点,通过扩大解释第31条文义表述的“监护争议”的范围,把解决法定监护人和意定监护人的关系问题作为法院在家事审判工作中主动审查意定监护是否适当的正当途径<sup>②</sup>。

#### 四、成年意定监护关系中监护人的职责限定

意定监护人的职责不同于法定监护人的职责,其主要由意定监护协议约定的内容来确定。但是,意定监护协议约定的内容并不能完全具体,通常还是表现出概括代理的特点。所以意定监护人的职责需要结合特别约定,从财产管理和人身保护两个方面进行限定,同时还需要注意新型协助决策模式监护理念下对被监护人自我决定权的尊重,即使被监护人只有很低的残存判断能力,意定监护人也要在最大限度地尊重其真实意愿的前提下履行监护职责。并且由于监护职责的限定,意定监护人也不需要再承担监护人替代侵权责任。

##### (一) 意定监护人的财产管理职责的限定

依据委托合同的逻辑,意定监护人财产管理的职责范围较为宽泛,凡是和财产管理有关的内容均

可包括在内,主要包括:其一,对被监护人所有不动产以及其他重要的财产(例如汽车等特殊动产、价值高的财产或是对被监护人而言意义重大的财产)进行管理、处分;其二,被监护人与金融机构相关的交易事项(例如储蓄、金融理财);其三,受领退休金、房租等定期收入;其四,支付房租、税收、医院医疗等费用;其五,支付生活费和日用品等日常花销;其六,被监护人与继承相关的事项(遗产分割、放弃继承等);其七,被监护人与保险相关的事项(缔结保险合同以及受领保险金等);其八,保管各类权利证书等重要证书文件等事项<sup>[7]201-211</sup>。

实务上我们可以依据财产管理的内容在被监护人基本生活中是否属于不可或缺的事项,而将其分为普通财产管理事项和特别财产管理事项。对于特别财产管理事项应该有被监护人的明确授权,或者按照监护监督机制经过法院等公权力机关判断为不损害被监护人的利益后才能进行。特别财产管理事项判断可以从以下三个方面考虑:其一,对于被监护人来说没有也可以正常生活,有了则会额外地增加幸福感和安全感的事项,例如金融领域的投资理财事项等;其二,被监护人平时不需要的财产处分,但是在疾病或者受伤等紧急、意外情况下能够为被监护人提供应对措施的事项,例如不动产的处分等<sup>[17]</sup>;其三,对于普通人虽然不是必须的,但是对于某个特定的被监护人来说是必须的事项,例如长期持股公司的股权表决事项等。因此,当具体到某一事项是普通财产管理事项还是特别财产

<sup>①</sup> 相反,在建立了现代新型成年监护制度的国家(如日本),公权力介入是全面而经常性的。在意定监护的场合,家庭法院的工作之一就是监护监督人年度报告的审阅。(参见:赤沼康弘,池田惠利字,松井秀树.成年监护实务全书(4)[M].东京:民事法研究会,2016:1622.)

<sup>②</sup> 这一做法最大的问题是无亲属的被监护人的监护人如何解决的问题,尤其是在独生子女政策下出现的“失独老人”监护的问题,恐怕还是只能建立专门的公权力直接介入监护监督的规则。(参见:王建平,冯林玉.失独老人意定监护的制度设计[J].天府新论,2014(2):100-106.)

管理事项时,我们不能一概而论,而是需要考虑意定监护协议缔结时双方当事人的合意和协议履行时社会一般判断标准等来综合认定。如果特别财产管理事项没有在意定监护协议中约定而意定监护人为之,就会损及被监护人的利益,此时法院在这类纠纷的裁判中应当适用《合同法》第49条的规定,按照超越代理权来认定该项法律行为的效力。

需要注意的是,监护人对居住用不动产等特别重要财产的处分直接涉及被监护人的重大经济利益,处置不当很可能会造成被监护人居无定所的后果,所以相较于其他财产管理事项,法律对其要规定更加严格的限制。此外,是否属于居住用不动产,应当根据被监护人的生活实际来进行实质判断,不能以户口和身份证信息表明的住所来确定<sup>[18]</sup>。本文认为,居住用不动产的处分应经法院准许,视为公权力介入意定监护监督的内容。

## (二) 意定监护人的人身保护职责的限定

具有委托合同属性的意定监护协议约定的内容不局限于法律行为的代理,还可以包括具有人身保护内容的具体的护理、照顾服务等事实行为的内容。但一如前述,意定监护关系不像法定监护关系主要以身份关系为基础,再加上随着社会发展而导致的监护关系的社会化趋势,人身保护职责应被严格限定,并且主要应该通过特别授权的方式授予意定监护人。其主要包括以下内容:其一,被监护人的具体护理,包括缔结护理合同以及护理人员的选择、变更等;其二,与医疗机构缔结医疗合同,具体表现在意定监护人送被监护人住院、出院等行为;其三,被监护人饮食起居的具体安排等内容<sup>[7]212-216</sup>。

需要特别注意的是,虽然人身保护职责内容可以包括日常的缔结医疗合同,但对于医疗行为同意权却不宜委托意定监护人来行使<sup>[19]</sup>。因为医疗行为具有一定的人身专属性,并且现代医疗手段也有一定的人身侵犯性,由意定监护人来代理会很容易

侵犯被监护人的人身权益。但在实务中也需要做一定的区分,诸如一般意义上的用药、流感疫苗的接种、健康检查等医疗行为,显然由意定监护人来代为同意也未尝不可<sup>[7]217</sup>。接下来的问题是,如果医疗行为同意权不能授予意定监护人代理,在被监护人行为能力欠缺而借助残存的判断能力又不能探知其真实意思的情况下,医疗行为是否进行,应由谁来决定进行,就成了难题。笔者认为,此时应该借助于公权力的介入来完成医疗行为同意权的行使,当然,判断医疗行为是否适当的标准还是以被监护人的真实意愿为主。所以相关机关首先还是应借助于被监护人残存的判断能力来考察,如果不行的话,也可以按照社会一般人的判断标准去考虑是否可以采取该医疗行为。当然,这个过程应该由意定监护人向法院申请来实现。

## (三) 意定监护人不需要承担替代侵权责任

意定监护人形式上具有监护人的身份,所以按照意定监护协议的约定履行监护职责的同时,意定监护人是否也需要按照《侵权责任法》第32条的规定,对于被监护人造成他人受损害的结果承担替代侵权责任?这成了一个需要讨论的问题。首先,我们需要明确《侵权责任法》第32条规定监护人承担替代责任的理由。应该说,监护人承担替代侵权责任是由于监护人没有尽到监督管束的职责,这应该是以未成年人监护为基础构筑的制度。因为按照《民法总则》第26条第1款的规定,父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务,由此让父母承担未成年人造成他人受损害的后果的侵权责任是合理的。如果是在成年监护的场合,同样参照《民法总则》第26条第2款的规定,成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务,让其承担替代侵权责任也是相对合理的。但现实是成年监护日趋脱离亲属关系,更何况意定监护本身只是委托合同的扩张,意定监护人需要按照意定监护协议的约定来履行监护职责,其对于被监护人的监督和管束应该很

难做到父母对于子女教育、保护的程度。更具体点说,意定监护人不能对被监护人的生活干涉过多,同样也很难对被监护人的身心进行全面照顾。在监护人难以有效地对被监护人管束的现实之下,应当按照一般过错责任归责原则来确定意定监护人是否应该承担侵权责任,而不能按照《侵权责任法》第32条的规定由意定监护人承担监护人替代责任<sup>[9][17]</sup>。日本在成年监护制度修改之后,学说上也认为不能再把成年监护人解释为被监护人的法定监督义务人<sup>[20]</sup>。

意定监护人原则上不应承担替代侵权责任,但是也需要结合具体的意定监护法律关系内容考虑。意定监护人的职责是从事有关被监护人生活的法律行为的代理,若没有特别约定,则并不包括防止被监护人侵害他人的行为。但是如果被监护人侵害他人人身财产权益的行为,是在意定监护人和被监护人一起共同生活,并且意定监护人能够预测到被监护人将进行危害他人行为时发生的,意定监护人就应该承担替代侵权责任<sup>[21]</sup>。

## 五、结语

在《民法总则》第33条简单规定的基础上,解释成年意定监护法律关系的构成,我们首先需要明确意定监护协议的委托合同属性,以财产关系为主要内容是成年意定法律关系构成的关键。同时,成年意定监护法律关系需要明确委托人订立合同时,有无缔约的判断能力,其有效的方法是通过公证程序订立意定监护协议。在成年意定监护协议履行时,我们需要通过限制监护人的主体资格等方式,进而形成有效的监护监督机制以确定监护协议能够有效执行。最后需要强调的是,意定监护人的职责在具体内容上与法定监护有较大区别,所以原则上意定监护人不需要承担监护人侵权责任。■

## 参考文献:

- [1]石宏.《中华人民共和国民法总则》条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2017.
- [2]李洪祥.论成年监护制度研究存在的若干误区[J].政法论丛,2017(2):94-101.
- [3]李国强.论行为能力制度和新型成年监护制度的协调——兼评《中华人民共和国民法总则》的制度安排[J].法律科学,2017(3):131-140.
- [4]新井诚.意定监护之存在意义再考[G]//黄诗淳,陈自强.高龄化社会法律之新挑战:以财产管理为中心.台北:新学林出版股份有限公司,2014:235-278.
- [5]满洪杰.关于《民法总则(草案)》成年监护制度三个基本问题[J].法学论坛,2017(1):38-44.
- [6]陈自强.台湾民法与日本民法之现代化[M].台北:元照出版有限公司,2011.
- [7]新井诚,赤沼康弘,大贯正男.成年监护制度——法的理论和实务[M].东京:有斐阁,2007.
- [8]李霞.意定监护制度论纲[J].法学,2011(4):118-128.
- [9]李霞.成年监护制度研究——以人权的视角[M].北京:中国政法大学出版社,2012.
- [10]冈孝.东亚成年监护制度的比较[J].李国强,译.吉林大学社会科学学报,2013(2):124-131.
- [11]钱蓓.国内首个意定监护生效案例在沪出现[N].文汇报,2017-12-08(05).
- [12]最高裁判所事务总局家庭局.成年监护关系案件的概况(2012年1月-12月)[M].最高裁判所,2013:10.
- [13]赤沼康弘,池田惠利字,松井秀树.成年监护实务全书(4)[M].东京:民事法研究会,2016:1518.
- [14]新井诚.任意后见制度的展望[J].成年监护法研究,2014(11):3-22.
- [15]刘得宽.意定监护制度立法上必要性——以成年(高龄者)监护制度为中心[J].法学丛刊,1999(4):71-95.
- [16]陈耿华.公私法接轨视域下老年人意定监护制度

研究[G]//安徽大学法律评论. 合肥: 安徽人民出版社, 2015: 176 - 182.

[17]黄诗淳. 从许可监护人代为不动产处分评析我国成年监护制度之实务[G]//黄诗淳, 陈自强. 高龄化社会法律之新挑战: 以财产管理为中心. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2014: 81.

[18]久冈英树. 居住用不动产的处分[G]//赤沼康弘. 成年监护诸问题. 东京: 新日本法规, 2012: 200.

[19]新井诚. 任意后见制度的展望[J]. 成年监护法研究, 2007(4): 3 - 25.

[20]上山泰. 专门职业监护人和身上监护[M]. 东京: 民事法研究会, 2015: 188.

[21]王冷然. 从日本的一个判例看成年监护制度和监护人责任的关联性[G]//渠涛. 中日民商法研究(16). 北京: 法律出版社, 2017: 142.

## The Interpretation of the Legal Nexus Indwelling in Adult Voluntary Guardianship: Citing Art. 33 in the General Provisions of the Civil Law as the Interpretative Object

*Li Guo-qiang*

( Law School , Jilin University , Changchun 130012 , China)

**Abstract:** The core of adult voluntary guardianship agreements would be the conferment of the general delegated authority; therefore , its principal manifestation tends to be the issue that the guardians would conduct the property relations on behalf of the pupils. However , contrasted to the contractors in general contracts , contractors in the voluntary guardianship agreements could not be presumed to obtain capacity; accordingly , immediate confirmation upon the judgement ability of the doers would be indispensable. The current law merely adopts the identification of the pupil's lack in capability as the entry-into-force conditions of the legal nexus in adult voluntary guardianship; therefore , it would exclude the court and the other public authorities' judgement upon whether the voluntary guardianship agreements could be executed , which would be inconsistent with the principle of the intervention by public authority based on the new adult guardianship concept. The obligation of the guardians would be required to be restricted through the integration with the special provisions , from the two aspects of property management and physical protection; simultaneously , the respect for the pupils' right to self-determination should be concerned on the theory of new assisted decision-making mode; in addition , on account of the confinement of the guardian's responsibility , it would be no longer necessary for the voluntary guardians to assume the vicarious liability for tort.

**Key Words:** adult guardianship; voluntary guardianship; notarization; guardianship monitoring; duty of guardianship

本文责任编辑: 黄 汇