

论遗嘱指定监护的完善

——以民法典《婚姻家庭编》的编纂为重点

孟勤国 唐 瑞

(武汉大学 法学院 湖北 武汉 430072)

摘 要: 遗嘱指定监护是父母在监护人选择上意思自治的重要方式,我国《民法总则》第29条对遗嘱指定监护作出了规定。但现有规定欠缺具体适用规则,需要进行条件解释和规则填充。具体而言,需把被监护人的父母解释为生父母和养父母,需把被监护人解释为未成年人和成年被监护人。需在民法典《婚姻家庭编》增设监护章,通过监护章明确被指定人的范围应当加以必要限定;遗嘱可以为胎儿指定监护人;遗嘱可以指定他人不得担任监护人;被指定人可以对遗嘱指定监护加以拒绝;指定多名监护人时应从中确定一名监护人。同时,规定父母先死亡一方的遗嘱指定监护,不能妨碍后死亡一方监护权的行使。父母双方遗嘱指定的监护人不一致时,能够确定死亡先后顺序的,以后死亡一方的指定为准;无法确定死亡先后顺序的,尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则,在父母双方指定的监护人中确定监护人。这样才能化解遗嘱指定监护在适用过程中产生的争议,使父母的真实意愿得到充分尊重,使被监护人的利益得到妥善保护。

关键词: 民法总则;遗嘱;指定监护;被监护人;婚姻家庭编

中图分类号: DF55 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002 - 3933(2019)05 - 0014 - 12

A Study on the Guardian Designated by the Will

——Focus on the marriage and family legislation

MENG Qin-guo, TANG Rui

(Law School, Wuhan University, Wuhan 430072 China)

收稿日期: 2018 - 11 - 16 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2019年4月10日数字出版,全球发行

作者简介: 孟勤国(1957 -),男,浙江绍兴人,武汉大学法学院教授,博士生导师,研究方向:民商法学;
唐 瑞(1989 -),男,重庆潼南人,武汉大学法学院博士研究生,研究方向:民商法学。

Abstract: The guardian designated by the will is of great value to the autonomy of parents in the choice of guardians and the twenty-ninth article of General Provisions of the Civil Law of China stipulates that the guardian may be designated by the will. However, the existing regulations are short of specific applicable rules, which require conditional interpretation and rule filling. In particular, the parents of the guardian need to be interpreted as living parents and foster parents. The scope of the ward shall be interpreted as that of minors and special adults. The marriage and family legislation need add guardianship chapter to limit the scope of the person appointed by the will. It is clear that the will may designate another person not to be a guardian, the will may designate a guardian for the fetus, the designated person may refuse the guardian designated by the will and only one guardian can be defined. At the same time, the guardianship designated by the will of the deceased parent shall not hinder the exercise of the guardianship of the deceased parent. If the guardianship designated by the will of the parents is inconsistent, the latter shall be designated. Unable to determine the order of death, respecting the wishes of the Guardians and determining guardians based on principles conducive to being Guardians. Only in this way can we resolve the disputes arising from the application of the guardian designated by the will and maximize the protection of the interests of the guardian.

Key words: general provisions of the civil law; the will; designated guardian; the ward; the marriage and family legislation

我国《民法总则》通过前,被监护人的父母通过遗嘱指定监护的情况已较为普遍。法院在审理此类案件的过程中,出于对被监护人父母意愿的尊重,在证据确实充分的情况下,对遗嘱指定监护加以认可;但是没有法律规定可以对判决加以支撑。在张甲、张乙与张丙返还原物纠纷案中,原告张甲系精神病人,法定代理人张乙为张甲的姐姐,被告张丙为张甲的哥哥。张甲、张乙诉称张甲的父亲通过遗嘱指定张乙为张甲的监护人,因此张丙应当返还属于张甲的财物。张丙辩称我国《民法通则》并未规定遗嘱可以指定监护人,张乙根据遗嘱指定监护在残疾证上登记其为监护人的行为不具有法律效力。法院经过审理认为,张甲的父亲在遗嘱中,与张乙、张丙已就张甲的监护问题达成一致,由张乙承担监护责任,符合《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》第15条“有监护资格的人之间协议确定监护人的,应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任”的规定。最终,作出张乙可以根据遗嘱担任张甲的监护人,张丙应当返还原物给张甲的判决^①。遗嘱指定监护与协议监护是两种截然不同的监护方式,受限于立法上的空白,法院把遗嘱指定监护视为协议监护没有法律依据。因此,总体而言,《民法总则》第29条的规定富有创见,可以填补立法空白,满足父母通过遗嘱为子女指定监护人的需要。但是现有规定欠缺遗嘱指定监

^① 张甲、张乙与张丙返还原物纠纷案,参见鞍山市铁西区人民法院民事判决书,(2017)辽0303民初44号。

护的具体规则,不仅引起监护争议,甚至还会对被监护人的利益造成损害。

一、遗嘱指定监护的条件解释

我国《民法总则》第29条遗嘱指定监护的两项条件是:遗嘱人需是被监护人的父母;被监护人的父母需要担任监护人。“父母”一词在我国民事立法中有着多种理解,可以是生父母、养父母或继父母,何为被监护人的父母有着不同理解。有学者认为,被监护人的父母应当包括生父母、养父母和按照完全收养方式形成的继父母和已经构成收养或抚养关系的继父母^①。但事实上把被监护人的父母限定为被监护人的生父母、养父母更为合理。我国《民法总则》第27条规定“父母是未成年子女的监护人。”生父母作为被监护人的自然血亲,除发生死亡、丧失监护能力、离婚或收养关系成立等特殊事由外,当然地享有监护权。我国《收养法》第23条规定“自收养关系成立之日起,养父母与养子女间的权利义务关系,适用法律关于父母子女关系的规定。”养父母收养关系成立的,可适用《民法总则》的规定而享有监护权。但我国《婚姻法》第27条规定“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定。”继父母与继子女的权利和义务关系只能在《婚姻法》的范围内行使,不能适用《民法总则》的规定而享有监护权。《婚姻法》作此规定是因为继父母与继子女之间的关系较为复杂,存在共同生活、收养等不同类型,二者间形成的关系可能是姻亲关系或拟制血亲关系^②。因此,继父母与继子女形成收养关系的,应当根据《收养法》的规定先行认定收养关系。把被监护人的父母解释为生父母、养父母和继父母,容易引起继父母是否具备指定资格、是否成立收养关系等争议,同时也不符合我国《婚姻法》关于继父母与继子女的规定。

我国《民法总则》第29条把遗嘱指定监护的监护对象称为被监护人。一般而言,这里的“被监护人”在范围上包括未成年人和无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人。有学者认为,遗嘱指定监护不应当适用于成年被监护人,尤其是有配偶或子女的成年被监护人。其主要理由在于,父母死亡时,配偶仍有或恢复监护能力的可能,配偶应当成为顺序在前的监护人;否则其容易与《民法总则》第28条配偶的第一顺位相冲突。在比较法上,各国及地区多把遗嘱指定监护的监护对象规定为未成年人,我国把其扩张适用于成年被监护人实际效用不高^③。应当看到的是,部分国家及地区的确规定遗嘱指定监护仅适用于未成年人,主要有《葡萄牙民法典》《韩国民法典》《泰国民商法典》《日本民法典》以及我国台湾地区“民法”。典型的是《葡萄牙民法典》第1928条规定“父母得为假使其于将来死亡或成为无行为能力之情况,指定未成年子女之监护。”^④我国《民法总则》一审稿、二审稿正是借鉴上述立法规定“遗嘱指定监护由未成年人的父母行使”^⑤。但在比较法上也存在遗嘱指定监护可

① 叶英萍“父母应做广义理解,不仅包括生父母、养父母还包括按照完全收养方式形成的继父母和已经构成收养或抚养关系的继父母等。”

② 参见《中华人民共和国民法总则(草案)》一审稿、二审稿。《中华人民共和国民法总则(草案)》二审稿规定“未成年人的父母可以通过遗嘱指定未成年人的监护人;其父、母指定的监护人不一致的,应当尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则确定。”

以同时针对未成年人和成年被监护人适用的国家及地区,主要有《阿根廷民法典》《秘鲁民法典》《智利共和国民法典》。典型的是《秘鲁民法典》第503条规定,“健在的父或母可以为处于其亲权下的子女指定监护人。”^[5]不同的立法选择根植于各国及地区的客观实际,回应现实生活的需要永远是硬道理。在我国父母担任无民事行为能力或者限制民事行为能力成年人的情况大量存在,遗嘱指定监护有着现实需求。我国《民法总则》把监护对象由未成年人调整为被监护人,可以满足父母担任成年子女监护人时,通过遗嘱为成年子女指定监护人的需要。遗嘱指定监护虽然多适用于未成年人,但并不能否定其适用于成年被监护人时发挥的重要作用。

成年被监护人主要存在有配偶或子女和无配偶或子女两种情形。若成年被监护人无配偶或子女,父母担任其监护人,通过遗嘱为其指定监护人自无问题。若成年被监护人有配偶或子女,确实可能会与《民法总则》第28条成年监护的规定产生一定冲突。一方面,在成年被监护人有配偶或子女的情况下,父母担任监护人,往往是因为成年被监护人的配偶或子女不具备监护能力。在此情况下,父母只能把成年监护人配偶或子女以外的人通过遗嘱指定为监护人。另一方面,《民法总则》第28条把配偶列为第一顺位的监护人,父母、子女列为第二顺位的监护人,显然是认为配偶比父母、子女更适合担任成年被监护人的监护人。问题在于,成年被监护人的配偶日后恢复监护能力或子女成年后具备监护能力时,能否根据《民法总则》第28条主张重新确定监护人。如某甲为无行为能力人,其配偶已死亡,育有未成年子女某乙,甲男的父母担任其监护人,通过遗嘱指定其兄某丙为监护人,某丙在其父母死亡后担任某甲的监护人;某乙成年且具备监护能力后要求对某甲进行监护。此时法院是继续适用遗嘱指定监护还是适用成年监护?

对上述问题,有学者提出,只有在成年被监护人无配偶、子女等《民法总则》第28条所规定的其他监护人时,才能由被监护人的父母通过遗嘱指定监护^{①[3]}。如此规定虽能解决遗嘱指定监护与成年监护的冲突问题,但是存在明显不合理之处。《民法总则》第28条除规定成年人的配偶、父母、子女的监护顺序以外,还规定了其他近亲属以及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的其他个人或组织可以担任监护人。按照上述规定,在成年被监护人有近亲属或其他经同意的个人或组织存在时,均不能适用遗嘱指定监护,父母能够通过遗嘱指定监护人的情况十分有限。同时,成年被监护人有配偶或子女,并不代表其今后一定能够具备监护能力,具备监护能力的也不一定提出监护请求。作此规定,会导致父母担任有配偶或子女的成年被监护人的监护人时,无法通过遗嘱为其指定监护人。且我国《民法总则》规定被监护人的父母担任监护人时,才能通过遗嘱指定监护,实际已经对遗嘱指定监护与成年监护的冲突问题加以必要调整。在此情况下,立法难以对法定监护和遗嘱指定监护的适用作出选择。成年被监护人的配偶或子女在具备监护能力

① 满洪杰“遗嘱监护适用于成年监护不符合遗嘱监护的性质与法律逻辑,不应成为一个普遍性制度。为此,在法律解释上,有必要对遗嘱监护的适用范围加以缩限,即只有在成年被监护人无配偶、子女等第28条所规定的其他监护人时,才得由其担任监护人的父母通过遗嘱为其指定监护人。”

后,提出监护请求的,相对合理的做法是尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则,确定监护人。

二、遗嘱指定监护的规则填充

遗嘱指定监护离不开被监护人的父母、被监护人和被指定人,如何协调不同主体之间的关系是遗嘱指定监护规则的核心内容。

《民法总则》对被指定人的范围未作任何限制,任何民事主体都可以被指定为监护人。如此规定一方面被监护人的父母可以自由地指定他人担任监护人,另一方面在被指定人不适合担任监护人的情况下会使被监护人的利益受损。在杨雅如与杨某某申请确定监护人案中,被申请人杨某某作为其父亲生前遗嘱指定监护人,应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益。但被申请人杨某某获得监护权后,因其年龄偏高,对被监护人的日常生活没有尽到基本的监护职责。经百林社区居委会指定杨雅如为杨桂枝的监护人后,杨某某未在法律规定期限内起诉,主张权利。法院经过审理,支持了杨雅如申请变更监护关系^①。由此可见遗嘱指定的监护人不一定有利于被监护人。被监护人的父母往往会指定其认为最有利于被监护人的监护人,但是被指定人不一定适合担任监护人。被监护人的父母订立遗嘱的时间与死亡的时间往往存在间隔,在此期间被指定人的个体状况可能发生重大变化,完全有可能不再适合担任监护人。更有甚者,被监护人的父母通过遗嘱指定的监护人,原本就不适合担任监护人。被监护人的父母完全有可能基于对被指定人的错误认识,把身体状况较差、经济状况糟糕或监护态度恶劣的人指定为监护人。因此,有学者认为,凡具备完全民事行为能力的主体均可成为被指定人^[1],显然于被监护人的利益保护不利。《民法总则》在赋予被监护人的父母自由选择监护人权利的同时,有必要对被指定人的范围加以必要限定。

上述案件中,法院根据被指定人杨某某的监护情况,认为其不利于被监护人,以居委会指定的监护人代替了遗嘱指定监护的适用。法院作此判决的法律依据何在,在何种情况下可以取代遗嘱指定监护的适用等问题,仍有待探讨。比较法上,各国及地区在被指定人的范围限定上主要存在列举法和排除法两种方式。《泰国民法典》采用列举法,规定已成年的人可以被指定为监护人,但存在不利于被监护人的情形除外。且对不能担任监护人的各种情形进行了详细列举,这些情形包括:法院裁定为禁治产人或准禁治产人的人;成为破产人的人;不适合监护未成年人及未成年人财产的人;在法院与未成年人、或未成年人的长辈、或其同父母或同父或同母的兄弟姐妹有或曾有诉讼的人;死亡的父亲或母亲已通过书面形式禁止其为监护人的人^[6]。《阿根廷民法典》采用排除法,对不适合担任监护人的人概括排除,规定父母可依不被禁止的任何条款或条件指定监护人^[7]。因列举法难以穷尽不能担任监护人的各种情况,我国《民法总则》遗嘱指定监护应采取排除法,对被指定人的范围加以限定。具体的做法是“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,但被指定人明显不利于被监护人的除外。”如此既可以保障被监护人的

^① 参见广西壮族自治区百色市右江区人民法院民事判决书(2015)右民特字第16号。

父母根据自己的意愿自由地选择监护人,又可以防止不适合担任监护人的被指定人给被监护人的利益造成损害。

《民法总则》未规定父母是否可以通过遗嘱为胎儿指定监护人。在胎儿出生前,立法没有为胎儿提前设定监护人,父母无法满足担任胎儿监护人的条件。因此,现有规定下的被监护人在范围上不包含胎儿。但是在比较法上,部分国家及地区规定,遗嘱可以为胎儿指定监护人,主要有《智利共和国民法典》《德国民法典》。典型的是《智利共和国民法典》第354条规定“父亲或母亲可通过遗嘱不仅为已出生的子女指定监护人,也可为尚处于母腹中的子女指定其出生后如为活体时的监护人。”^[8]产生的问题是,我国是否应当规定父母可以通过遗嘱为胎儿指定监护人。结合我国《民法总则》第16条的规定来看,涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的,胎儿视为具有民事权利能力;胎儿娩出时为死体的,其民事权利能力自始不存在。《民法总则》第16条作此规定是为了保护胎儿的利益,继而允许父母通过遗嘱为胎儿保留必要的遗产。父母为解决胎儿出生后的监护问题,通过遗嘱选择其认为最有利于胎儿的监护人也是可以理解的。相反,如果不对父母通过遗嘱为胎儿指定监护人的情况加以认可,极有可能出现的情况是父母死亡后,无法按照父母生前的意愿确定监护人,继而对胎儿的监护产生不利。因此,基于胎儿利益的保护和对父母监护人选择意思自治的尊重,我国应当对父母通过遗嘱为胎儿指定监护人的情况作出规定。胎儿在出生后为活体的,可以适用遗嘱指定监护的规定;胎儿出生后为死体的,不产生确定监护人的问题。

《民法总则》未规定被指定人能否拒绝遗嘱指定监护。就遗嘱的法律性质而言,遗嘱人设立遗嘱仅凭自己的意思表示即可使遗嘱生效,无须征得他人同意。遗嘱人享有订立遗嘱的自由,在法律规定的范围内,可以对自己的财产或其他事务进行安排、处置。在遗嘱指定监护的规则下,被监护人的父母担任监护人的,同样可以通过遗嘱指定监护人,但是这种指定对于被指定人来说不应当具有强制力。遗嘱作为单方法律行为,可以赋予他人权利,却不能为他人创设义务。我国《继承法》中规定的遗嘱是公民对个人财产的处分,能够给遗嘱继承人带来财产权益,而不负担过多的义务。但监护对于被指定人来说,不仅仅是一项权利,还是一项义务。监护更多地体现为一种职责,监护人需要代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利和其他合法权益^[9]。在我国《民法总则》没有对被指定人范围作出限制的情况下,社会生活中的每一位民事主体都有可能被他人指定为监护人。如果不允许对遗嘱指定的监护加以拒绝,任何人在被他人指定为监护人后都必须担任监护人,显然有违常理。比较法上,各国及地区在规定遗嘱指定监护的同时,往往规定被指定人有权拒绝遗嘱指定监护。如《法国民法典》《路易斯安娜民法典》以及我国台湾地区“民法”均规定被指定人可以对遗嘱指定监护加以拒绝。典型的是《法国民法典》第403条第4款规定“由父或母指定的监护人并无义务接受监护职责。”^[10]

在明确被指定人可以拒绝遗嘱指定监护后,更进一步的问题是如何加以拒绝。有学者指出,以书面或口头形式通知到被指定人的,认定指定成立;被指定人拒绝遗嘱指定监护的,

需要于接到通知之日起三十日内通过起诉的方式拒绝;逾期起诉的按变更监护关系处理;不在法定期限内起诉的,人民法院应作出维持或撤销判决,若撤销原指定的,可以同时另行指定^① [1]。另一种观点是我国台湾地区“民法”的做法,其规定遗嘱指定监护人,应当在知道自己为监护人的十五日内,把姓名、住所报告法院;在规定的期限内,监护人没有向法院报告的,视为拒绝遗嘱指定监护。两种观点的主要差异在于,被指定人是需要积极作为来拒绝遗嘱指定监护,还是需要积极作为来担任监护人。事实上,要求被指定人以提起诉讼的方式来拒绝遗嘱指定监护不合理,也不具可行性。诉讼对于被指定人来说是一种负担而不是一项权利,遗嘱没有权利为他人创设义务,以诉讼的方式拒绝遗嘱指定监护会加重被指定人的负担。社会生活中的民事主体在被他人指定为监护人后,都需要通过诉讼的方式来加以拒绝,于情不符、于理不合。相比之下,我国台湾地区“民法”的做法更为合理。被指定人在法定期限内明示接受遗嘱指定监护的,确定其为监护人;在法定期限内被指定人不作出任何回应或明示拒绝接受遗嘱指定监护的,则视为放弃监护资格。被指定人拒绝遗嘱指定监护后,若遗嘱中存在其他被指定人且明示接受遗嘱指定监护的可将其确定为监护人;若没有其他被指定人则适用法定监护或居民委员会、村民委员会、民政部门的指定监护等其他监护方式。

《民法总则》未规定被监护人的父母是否可以通过遗嘱指定他人不得担任监护人。实践中较为常见的是被监护人的父母通过遗嘱指定他人担任监护人,但也存在指定他人不得担任监护人的情形。后一种情形多是由于被监护人的父母认为把法定监护顺序中不适合担任监护人排除即可。至于由何人具体监护,可以按照法定监护或居民委员会、村民委员会、民政部门的指定监护确定。遗嘱指定监护的设立目的在于,满足被监护人的父母在监护人选择问题上的意思自治。被监护人的父母基于对他人的认识,把其认为不适合担任监护人的人排除在外,符合上述立法目的。相反,若不对父母指定他人不得担任监护人的情况予以认可,极有可能出现不适合担任监护人的人最终担任监护人,继而对被监护人的利益造成损害。因此,被监护人的父母通过遗嘱指定他人不得担任监护人,若符合真实的意思表示,应对其加以认可。在按照法定监护或其他监护方式确定监护人时,应当把遗嘱指定不得担任监护人的人排除在外。

《民法总则》未对遗嘱指定监护的被指定人人数作出限定,被监护人的父母可以指定一名监护人,也可以指定两名及以上的监护人^[2]。存在的问题是:被监护人的父母指定两名及以上监护人时,是确定一名监护人还是由多名监护人共同监护;被指定人是否是无顺位的平等关系还是名字在前的优先。在监护人人数的确定问题上,各国及地区的立法主要形成在两种立法选择。第一种立法选择把遗嘱指定监护的监护人人数限定为一人,主要有《阿根廷民法典》《巴西民法典》《越南民法典》《韩国民法典》。典型的是《韩国民法典》第930条规定,“监护人的人数为一人。”第二种立法选择可以由两名及以上的监护人共同监护,主要有《葡

① 沈德咏“被指定人不服的,应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。逾期起诉的,按变更监护关系处理,被指定人对指定不服在法定期限内提起诉讼的,人民法院应当作出维持或者撤销指定监护的判决,如果判决时撤销原指定的,可以同时另行指定监护人”。

葡萄牙民法典》《秘鲁民法典》《智利民法典》以及《埃塞俄比亚民法典》。第一种立法选择的优势在于,可以尽量避免后续监护过程中产生争议,需要解决的问题是如何确定监护人。第二种立法选择的优势在于不用考虑如何确定监护人。但其劣势更为明显,不仅容易产生监护争议,还会引起监护顺序和职责分工等问题。在作出第二种立法选择的国家及地区,往往需要遗嘱人对如何划分管理范围作出规定。典型的是《智利共和国民法典》第361条规定,“可以通过遗嘱指定两个或两个以上同时执行庇护的监护人或保佐人,遗嘱人需在他们之间划分管理范围。”^[8]

问题在于,如果遗嘱人没有对监护人的管理范围作出划分,多名监护人如何实施监护。相比之下,《民法总则》把遗嘱指定监护的监护人人数限定为一人,把其他被指定人作为监护人的替补更为合理。在遗嘱指定多名监护人的情况下,被监护人的实际监护需要由某一具体的监护人来完成。在多名监护人共同监护的情况下,往往出现监护人争夺财产管理权,推诿监护责任承担等问题。在遗嘱指定多名监护人且未通过遗嘱说明先后顺序的情况下,先提及的被指定人应优先于后提及的被指定人,否则不仅难以确定监护人,还会导致多名被指定相互争夺监护权。同时,把监护人的人数限定为一人,不是完全地排斥其他被指定人。当先提及的被指定人拒绝监护、丧失监护能力、死亡或出现其他不适合担任监护人的情形时,其他被指定人可以依次替补监护。因此,把监护人的人数确定为一不会对被监护人的保护产生不利。

我国《民法总则》第27条规定,“父母是未成年子女的监护人”在父母没有死亡、没有丧失监护能力的情况下,是未成年子女的法定监护人。《民法总则》第29条规定“担任监护人的父母可以通过遗嘱指定监护”。结合法条的相互关系,《民法总则》第27条,没有排斥《民法总则》第29条的适用。问题在于,先死亡一方通过遗嘱指定监护,另一方尚在进行监护,能否适用先死亡一方通过遗嘱指定的监护。在比较法上,各国及地区的立法多认为此时不能适用先死亡一方通过遗嘱指定的监护。其主要理由在于,按照共同亲权原则的要求,对于未成年子女的权利义务,除法律另有规定外,由父母共同行使。在父或母一方享有亲权时,另一方除法律另有规定外,不能单独行使其亲权^{①[13]}。我国的民事立法尚未引入亲权的概念,但从监护权的行使来说,同样应当由父母共同行使。若对先死亡一方的遗嘱指定监护加以认可,在被指定人与法定监护人不一致的情况下,会造成遗嘱指定监护与法定监护的相互冲突,也会影响父母另一方监护权的行使。因此,父母一方尚在行使监护权的,不得适用遗嘱指定监护。

在父母一方通过遗嘱指定监护的情况下,另一个争议问题是先死亡一方通过遗嘱指定监护,后死亡一方未通过遗嘱指定监护,能否适用先死亡一方通过遗嘱指定的监护。对此学界存在较大争议。一方面,有学者主张,可以适用先死亡一方通过遗嘱的指定监护。如史尚宽教授认为,“在此情况之下,可以适用先死亡一方通过遗嘱指定的监护,不承认先死亡一方的遗嘱是为了不剥夺后死亡一方的亲权。如果父母均有遗嘱,应以后死亡一方的遗嘱为准,

① 王玮“在常态的亲子关系中未成年子女由父母共同行使亲权或共同监护。”

如果后死亡一方没有遗嘱,先死亡一方的遗嘱指定应为有效。”^[14]另一方面,有学者持反对意见。如刘昭辰教授主张,“认定先死亡一方的遗嘱有效,有违共同亲权原则,先死亡的一方并不单独拥有亲权,其所作指定应归属于无效。”^{①[15]}在此情况下,适用先死亡一方通过遗嘱指定的监护不会妨碍后死亡一方监护权的行使。《民法总则》赋予了父母双方通过遗嘱指定监护的权利,后死亡一方若不通过遗嘱指定监护人,可以视为其放弃权利的行使。此时,适用先死亡一方通过遗嘱指定的监护不会妨碍后死亡一方监护权的行使。遗嘱指定监护的设立目的在于扩大被监护人的父母在监护人选择问题上的意思自治空间。若在父母一方已经通过遗嘱指定监护的情况下,依然按照法定监护或其他监护方式确定监护人,会使父母一方通过遗嘱指定监护人的真实意愿无法得到尊重,《民法总则》增设遗嘱指定监护的立法目的也将就此落空。因此,先死亡一方通过遗嘱指定监护,后死亡一方未通过遗嘱指定监护,可以适用先死亡一方通过遗嘱指定的监护。

父或母中的一方通过遗嘱指定监护,父母同时死亡时,能否适用父或母中一方通过遗嘱指定的监护。此问题与先死亡一方通过遗嘱指定监护,后死亡一方未通过遗嘱指定监护的问题相类似。法律赋予了父母双方通过遗嘱指定监护人的权利,未通过遗嘱指定监护人的,可以视为其放弃权利的行使。在此情况下,只要符合遗嘱指定监护的条件,就可以对父或母一方通过遗嘱指定的监护人加以认可。且适用父或母一方通过遗嘱指定的监护,不会给另一方监护权的行使造成妨碍或不利。同时,也符合尊重被监护人父母的意愿,实现由父母在生前选定监护人的立法目的。

在父母双方通过遗嘱指定监护且指定的监护人不一致时,是把双方指定的监护人确定为共同监护人还是选择其中一方指定的监护;如果选择其中一方指定的监护人,又应当如何确定监护人。此问题与父母一方通过遗嘱指定多名监护人的情况相类似,基于有利于被监护人的实际照顾和定争止纷的角度考虑,应确定其中一方指定的监护人。更进一步的问题是以哪一方指定的监护人为准。在我国《民法总则》的制定过程中,立法部门实际已经对此有所关注。《民法总则(一审稿)》规定,在父母遗嘱指定监护人不一致的情况下,以后死亡一方的指定为准。后删除此规定主要是因为立法过程中,有人大代表提出其无法涵盖父母同时死亡的情况^[16]。《民法总则(二审稿)》将其修改为,其父、母指定的监护人不一致的,应尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则确定。《民法总则》最终选择对其不作任何规定,致使父母双方遗嘱指定监护不一致时,应当如何确定监护人成为一大问题。

父母双方遗嘱指定不一致,主要存在两种情形。在能够区分父母死亡先后顺序的情况下,应以后死亡一方通过遗嘱指定的监护为准。在父母一方先死亡的情况下,监护权主要由后死亡一方行使,后死亡一方行使监护的有权根据自己的意愿,为被监护人指定监护人;但后死亡一方丧失监护权的,无权通过遗嘱指定监护人。从各国及地区的立法来看亦是如此,

① 刘昭辰“因先死父或母一方在死亡时,并未单独享有子女亲权,因此不论后死的父或母有无立有遗嘱指定监护人,先死的父或母都不具有权限可以单独以遗嘱指定监护人,因此其单独所为的遗嘱指定继承人,自不应赋予任何效力才是。”

在父母双方遗嘱指定不一致时,几乎都是以后死亡一方的指定为准,主要有《德国民法典》《日本民法典》和我国台湾地区“民法”。典型的是《德国民法典》第1767条规定“父与母指定不同之人为监护人者,以后死之父或母所指定之人任之。”^[17]父母双方遗嘱指定不一致的另一种情况是,无法区分父母死亡的先后顺序。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第2条规定“几个死亡人辈份相同,推定同时死亡,”推定父母同时死亡的情况客观存在。在此情况下,相对合理的做法是尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则,确定监护人。

成文法是国家以立法的方式预设的行为规则,由于成文法无法随时修改以适应社会日新月异的变化,因而有了法官在个案中运用自由裁量权的空间^[18]。自由裁量权的运用虽有利于个案的解决,但容易引起权力滥用的问题。对于民法典编纂过程中的遗嘱指定监护制度来说,在父母双方遗嘱指定监护人不一致时,立法应当为确定监护人等问题提供具体的规范指引,从而减少法官自由裁量权的运用。我国《民法总则》删除《民法总则(一审稿)》中“以后死亡一方遗嘱指定为准”的规定,导致父母双方遗嘱指定监护人不一致时,没有具体的规则可以用于确定监护人,明显不利于现实纠纷的解决。同时,尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则作为我国监护制度中的基本原则,其在监护人的确定过程中发挥着重要作用。我国《民法总则》删除《民法总则(二审稿)》中“尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则确定监护人”的规定,同样不利于争议的解决。相比之下,把《民法总则(一审稿)》和《民法总则(二审稿)》的规定相结合,在能够区分父母死亡先后顺序的情况下,规定以后死亡一方的指定为准;在无法区分父母死亡先后顺序的情况下,尊重被监护人的意愿,根据最有利于被监护人的原则,在父母双方指定的监护人中确定监护人,更加有利于争议问题的解决。

三、遗嘱指定监护解释与填充的建议

监护制度与无行为能力人、限制行为能力人的利益保护息息相关,立法上任何一个小的疏漏都可能给其生存状态造成不利。对于我国遗嘱指定监护制度存在的不足,一方面,应当引起足够重视;另一方面,需要辩证地对待。《民法总则》第29条遗嘱指定监护条件中被监护人的“父母”,应解释为生父母和养父母;“被监护人”的范围,应解释为未成年人和无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人。以此解决继父母是否可以通过遗嘱指定监护人,有配偶或子女的成年被监护人是否可以成为遗嘱指定的监护对象等争议问题。

《民法总则》作为我国民法典编纂的第一步,以提取“公因式”的方式对监护的各种类型作出概括规定是可以理解的^[19]。但就整部民法典而言,《民法总则》概括规定的监护制度需通过民法典分编细化规定。在比较法上,各国及地区在规定遗嘱指定监护的同时,大多对其适用规则予以具体规定,主要有《德国民法典》《葡萄牙民法典》《阿根廷民法典》《秘鲁民法典》《巴西新民法典》《韩国民法典》《马耳他民法典》《泰国民商法典》及我国台湾地区“民法”等。我国在立法上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,却对其如何适用只字不提,立法缺陷明显。值得注意的是,司法解释应主要用于现行法律规定的理解与

适用,对于民法典编纂过程中已经发现的立法问题,应当尽量通过立法途径加以解决。这样才能使民法典的总则与分则相互衔接,从而形成严密的逻辑体系。立法问题均指望通过司法解释予以弥补,不仅使民法典残缺不全,还引起司法解释僭越立法权、法官过度依赖司法解释等问题^[20]。因此,有学者提出在民法典《婚姻家庭编》增设监护章,对各项监护制度予以具体规定确有一定道理^{①[21]}。

2018年8月,民法典各分编首次提请十三届全国人大常委会第五次会议审议,随后公布了民法典各分编草案。遗憾的是,民法典《婚姻家庭编(审议稿)》未在婚姻家庭编规定监护章,也未对遗嘱指定监护作出具体规定。遗嘱指定监护与法定监护、居民委员会、村民委员会或民政部门的指定监护相比,可以填补当事人意思自治空间的不足^[22],由被监护人的父母在生前选择其认为最有利于子女的监护人^[23],《民法总则》对其作出规定应予肯定。为化解适用过程中产生的争议,建议在民法典《婚姻家庭编》增设监护章,在遗嘱指定监护部分作如下规定:

增加第X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或指定他人不得担任监护人。被指定人明显不利于被监护人的不得担任监护人。”增加上述规定能够为被监护人的父母指定他人不得担任监护人提供法律依据。同时,可以对被指定人的范围加以必要限定。

增加第X条规定,“父母可以通过遗嘱为胎儿指定监护人,胎儿在出生后为活体的,可以适用遗嘱指定监护的规定”。由此满足父母在生前通过遗嘱为胎儿指定监护人的需求。

增加第X条规定,“被指定人可以拒绝遗嘱指定监护。在三十日内明示接受遗嘱指定监护的,确定其为监护人;被指定人不作出任何回应或明示拒绝接受遗嘱指定监护的,视为放弃监护资格。”由此明确被指定人可以对遗嘱指定监护加以拒绝,以及应以何种形式接受或拒绝遗嘱指定监护。

增加第X条规定,“遗嘱指定监护应确定一名监护人。遗嘱指定多名监护人的,按提及顺序确定监护人。前顺位被指定人不具备监护能力或放弃监护资格的,后顺位依次替补。”由此对遗嘱指定多名监护人时,应当如何确定监护人作出规范。

增加第X条规定,“先死亡一方通过遗嘱指定监护,另一方尚在进行监护,不得适用遗嘱指定监护。先死亡一方通过遗嘱指定监护,后死亡一方未通过遗嘱指定监护,可以适用先死亡一方的遗嘱指定监护。父或母一方通过遗嘱指定监护,同时死亡的,可以适用父或母一方的遗嘱指定监护。”由此对父母一方通过遗嘱指定监护时,应当如何确定监护人作出规范。

增加第X条规定,“父母双方通过遗嘱指定监护人且指定的监护人不一致时,能够确定

① 夏吟兰“我国民法典的体例是总则统领分则,采取‘提取公因式’的方法,将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定抽象、概括于总则之中。从体系化的结构分析,监护作为弥补法律主体行为能力的一项制度,应当由总则作出原则性、框架性的规定,具体内容则应当放在婚姻家庭编的监护章中予以细化规定。这样既保留了监护制度的独立性,又强调了‘父母责任’的重要性,同时还能够维持民法典的整体性和协同性。”

死亡先后顺序的,以后死亡一方的指定为准;无法确定死亡先后顺序的,尊重被监护人的真实意愿。根据最有利于被监护人利益的原则,在父母双方指定的监护人中确定监护人。”由此解决父母双方遗嘱指定监护人不一致时,应当如何确定监护人的问题。

增加第 X 条规定,“遗嘱指定监护适用过程中产生的其他争议,尊重被监护人的真实意愿。根据最有利于被监护人利益的原则,确定监护人。”由此对遗嘱指定监护过程中,产生的其他争议问题作出规范。

参考文献:

- [1] 叶英萍. 未成年人意定监护立法研究[J]. 现代法学 2017 (5): 44 - 52.
- [2] 范李瑛. 我国继父母子女关系的亲属性质及法律地位[J]. 烟台大学学报·哲学社会科学版, 1997, (4): 37 - 41.
- [3] 满洪杰. 民法总则监护设立制度解释论纲[J]. 法学论坛 2018 (3): 50 - 60.
- [4] 唐晓晴. 葡萄牙民法典[M]. 北京大学出版社 2009. 347.
- [5] 徐涤宇. 秘鲁共和国民法典[M]. 北京大学出版社 2017. 103.
- [6] 周喜梅. 泰王国民商法典[M]. 中国法制出版社 2013. 277.
- [7] 徐涤宇. 最新阿根廷共和国民法典[M]. 法律出版社 2007. 90.
- [8] 徐涤宇. 智利共和国民法典[M]. 北京大学出版社 2014. 55.
- [9] 曹诗权, 等. 婚姻家庭继承法[M]. 北京大学出版社 2006. 237.
- [10] 罗结珍. 法国民法典[M]. 北京大学出版社 2010. 134.
- [11] 沈德咏. 中华人民共和国民法总则条文理解与适用[M]. 人民法院出版社 2017. 280.
- [12] 张学军. 未成年人的监护制度之完善[J]. 河北法学 2006 (11).
- [13] 王玮. 非常态亲子关系中子女利益保护探究[J]. 河北法学 2004 (9): 66 - 69.
- [14] 史尚宽. 亲属法论[M]. 中国政法大学出版社 2000. 677.
- [15] 刘昭辰. 遗嘱指定监护人及顺序决定监护人的限制[Z]. 国立中正大学法学集刊 2011. 121 - 127.
- [16] 李宇. 民法总则要义规范释论与判解集注[M]. 法律出版社 2017. 99.
- [17] 台湾大学法律学院、台大法学基金会. 德国民法典[M]. 北京大学出版社 2017. 1275.
- [18] 孟勤国. 依法约束法官自由裁量权[N]. 学习时报 2017-05-03(7).
- [19] 雷春红. 论民法总则与婚姻家庭法编的关系——以民法总则的功能为视角[J]. 中华女子学院学报, 2018 (1): 30 - 34.
- [20] 赵万一, 石娟. 后民法典时代司法解释对立法因应及其制度完善[J]. 现代法学 2018 (4): 28 - 41.
- [21] 夏吟兰. 民法典未成年人监护立法体例辩思[J]. 法学家 2018 (4): 1 - 15.
- [22] 王竹青. 论未成年人国家监护的立法构建——兼论民法典婚姻家庭编监护部分的制度设计[J]. 河北法学 2017 (5): 106 - 116.
- [23] 王利明. 中华人民共和国民法总则条文释义[M]. 人民法院出版社 2017. 72.

(全文共 13 294 字)