



我国监护制度的发展、问题与完善建议

——兼评《民法典(草案)》总则中的相关规定

秦红嫒

(浙江理工大学法政学院, 杭州 310018)

摘要:《民法典(草案)》总则明确规定了监护制度的基本框架和内容,更新了监护立法理念,新增了遗嘱指定监护、临时监护、意定监护等类型,增补了监护人的职责和监护变动等内容,完善了我国监护法律制度,体现了现代监护立法的新趋势。虽然我国监护制度新增了一些内容,但仍存在“有利于被监护人”标准不明确、未规定监护职责、未区分与其他相似制度的关系、对特定情形下的监护关注不够、监护人资格的规定有待商榷、监护监督制度未设立等问题。监护制度的完善需要明确我国监护制度的立法体例,细化有利于被监护人原则的考量因素、明确人身监护和财产监护的具体内容、明确监护与抚养的关系、补充区分监护与赡养、增补父母离婚后子女监护和老年人监护、增设监护监督制度等规定。

关键词:《民法典(草案)》总则;遗嘱指定监护;意定监护;监护监督;有利于被监护人

中图分类号: D913

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2020)06-0307-13

Development, problems and improvement suggestions of China's guardianship systems: Comment on the guardianship rules in General Principles of Civil Code of the PRC (Draft)

QIN Hongman

(School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: The General Principles of Civil Code of the PRC (Draft) stipulates the basic framework and content of guardianship system, updates the idea of guardianship legislation, adds the types of appointed guardianship by testament, temporary guardianship and intended guardianship, supplements the content of guardian's duties and guardianship change, improves China's legal system of guardianship and reflects a new trend of modern guardianship legislation. Although some contents are added in the existing guardianship system, there are still some problems as below: the standards of "favoring the person under guardianship" are not specific; guardianship duties are not stipulated; the relation with other similar systems is not distinguished; there is lack of attention to the guardianship under specific situations; the rules on the qualification of guardian remain to be discussed; the system of guardianship supervision is not set. Thus, it is necessary to clarify the legislative style of guardianship system in China, detail consideration factors of the principle of favoring the person under guardianship, specify the specific content of personal guardianship and property guardianship, defining the relation between guardianship and custody, supplement the regulations on guardianship and support distinguishing, child guardianship after the divorce of parents and guardianship for the old, and add the system of guardianship supervision by compiling Civil Code on Marriage and Family.

Key words: General Principles of Civil Code of the PRC (Draft); appointed guardianship by testament; intended guardianship; the system of guardianship supervision; principle of favoring the person under guardianship

收稿日期: 2020-03-26 网络出版日期: 2020-05-25

基金项目: 中国法学会 2019 年度部级法学研究课题后期资助项目(CLS(2019)HQZZ18); 浙江理工大学科研启动基金项目(17102161-Y)

作者简介: 秦红嫒(1988—), 女, 江苏徐州人, 讲师, 博士, 主要从事国际私法、涉外家事法、国际民商事争端解决方面的研究。

监护作为一项重要的民事法律制度,它涉及未成年人、处于特殊情况下成年人的合法权益保护问题。在实体法方面,各国都纷纷制定了适合自己国情的监护制度。我国现行立法上有关监护的实体规定采取的是广义监护概念,即不区分监护和亲权。监护的内容主要被规定在《民法总则》^①《民法通则》《妇女权益保障法》《老年人权益保障法》《未成年人保护法》《婚姻法》和《收养法》等法律中。此外,一些司法解释中也有关于监护问题的规定^②。《民法典(草案)》总则建构了我国监护制度的基本框架,明确规定了监护制度的基本原则与基本内容,对我国当前乃至未来的监护制度带来了重大的变革。

与其他国家相比,我国目前有关监护制度的相关立法虽进行了革新,但是仍然存在着一些问题。《民法总则》颁布以后,国内法学者的诸多研究或专门研究新法中的未成年人监护^[1]、意定监护^[2-4]、老年人监护^[5]等某一类型的监护;或分析监护与行为能力关系进行分析^[6];或探讨未成年人监护立法体例^[7];抑或梳理《民法总则》中监护制度的变化和发展^[8],等等,也都在各自的切入点上讨论了制度存在的一系列问题并提出相应的解决对策。但是,对于如何在《民法典》编撰中完善监护制度的研究还需深入的探讨。因此,本文以《民法典(草案)》总则中的监护规定作为主要研究对象,归纳其关于监护制度的新发展,并结合其他法律法规中关于监护的立法规定,总结我国监护制度存在的问题。在此基础上,提出编撰和完善我国《民法典》婚姻家庭编监护制度的具体建议,以期完善我国监护制度提供参考。

一、《民法典(草案)》总则中监护制度的新变化

《民法典(草案)》总则第二章第二节用14个条文的篇幅,以全新的立法理念和日臻完备的立法内容对《民法通则》中略显陈旧的监护制度做出了重大改革,建构了我国监护制度的基本框架,是我国监护制度的一次重大发展。

(一)监护立法理念的更新

首先,强调要以“最有利于被监护人”为原则。《民法典(草案)》总则第31条规定法院、居民委员会、村民委员会或者民政部门等主体在为被监护人指定监护人时,要以最有利于保护被监护人为原则,依法在具有监护资格的人中指定。此外,第35条规定监护人的监护职责时,也强调要以有利于被监护人的原则为前提。现代监护立法已经由过去的“监护人监护”转变为“被监护人监护”。各国在对本国

的监护立法过程中也都注重保护被监护人的利益。例如,未成年人监护中的儿童最佳利益原则,不仅被法国等大陆法系国家民法典所吸收,而且也被英国等英美法系国家遵从^[9-11]。有利于保护被监护人的利益已经成为各国现代监护立法的新趋势。《民法典(草案)》总则中多次强调以“有利于被监护人”为原则处理监护事务以及其他事项,正体现了新的立法理念。此外,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第30条在规范涉外监护关系的法律适用时,也使用了“有利于保护被监护人权益的法律”。这一实体法上的规定与冲突法上的规定达到了统一。

其次,尊重被监护人的自我决定权。虽然被监护人在意思能力、行为能力以及责任能力等方面与正常自然人相比存在着一定的欠缺,但是这并不意味着他们不能做任何行为。为了更直接、全面、有效地保护被监护人的利益,很多国家都尊重被监护人的“自我决定权”^[12]。甚至,很多国家将“自我决定权”作为成年人监护的基本原则之一。《民法典(草案)》总则积极吸取了其他国家的先进立法理念,在第35条第2款和第3款规定监护人在对未成年人和成年人履行监护职责时,必须要依据被监护人的年龄、精神状况,并尊重其想法。特别是在成年人监护中,监护人保障和协助被监护人独立实施与其智力、精神健康状况相符的民事法律行为,不得干涉其处理自己有能力独立处理的事务。此外,《民法典(草案)》总则第30条和第31条第2款分别规定具有监护资格的人之间在协议确定监护人和居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院指定监护人时,也应当尊重被监护人的真实意愿。

强调以“最有利于被监护人”为原则,尊重被监护人的自我决定权是现代各国监护立法中所倡导的重要立法理念。《民法典(草案)》总则中的诸多条款正体现了监护立法的理念更新,体现了我国监护立法水平的进步,为保护被监护人的权益提供了保障,

① 即将提请第十三届全国人民代表大会第三次会议审议的《中华人民共和国民法典(草案)》(2019年12月16日稿)第一篇(总则)第二章第二节(监护部分)完整保留了2017年《民法总则》第二章第二节(监护部分)的条目和内容。《民法典》正式实施后,2017年《民法总则》将同时废止。鉴于此,本文除在提及监护的现有法律规定的名称时使用《民法总则》,其他如无特别说明将使用《民法典(草案)》总则的表述。

② 例如,《执行民事政策法律的意见》《执行民法通则意见》《子女抚养意见》等对监护人的范围和顺序、有争议的监护人的选定和裁决、监护人的职责以及资格撤销、无民事行为能力或者限制行为能力的宣告等内容进行了规定。

彰显了监护制度的优越性，对我国编撰《民法典》婚姻家庭编具有积极影响^{[13]55}。

（二）新增监护的类型

首先，增加了遗嘱指定监护制度。《民法通则》在设置未成年人监护时，存在着很多的立法空白，其中一项就是尚未规定遗嘱指定监护制度。考察其他国家的监护立法，发现多数国家的监护立法均对遗嘱监护进行了规定。《民法典（草案）》总则第29条也明确规定了未成年人的父母可以通过遗嘱为其子女指定监护人。

其次，增加了临时监护制度。临时监护制度并非我国独创的一种监护制度。美国一些州撤销监护资格有专门的程序：要求法庭接到申请后的第一项决定便是“临时监护”，接着组织听证，一旦听证结果显示可能会导致儿童受到伤害，就会让儿童暂时离开父母监管，期限不少于6个月^[14]。设立临时监护制度的目的是避免在监护人尚未完全确定之时，被监护人的人身、财产和其他合法权益失去保护。根据《民法典（草案）》总则第31条第3款的规定，无论是未成年人监护还是成年人监护，被监护人都可以由其住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门或者法律规定的其他组织担任临时监护人。此外，该法第36条还规定了在撤销监护人资格时，如有必要可依个人或组织申请，由法院安排必要的临时监护措施。

最后，增加了意定监护制度。意定监护是指本人在其意识能力健全时，可以预先选定监护人，且当事人可以自我决定有关监护的设立、监护的内容等^{[15]85}。意定监护是一种学理上的概念，不同法系国家在各自的立法中采用不同的称谓^①。各国一般都是在成年人监护中规定意定监护。《民法典（草案）》总则第33条规定具有完全民事行为能力的成年人，协商后以书面形式确定其监护人的，在其丧失或者部分丧失民事行为能力时，由与其协商确定的监护人履行监护职责。这不仅完善了我国成年人监护制度，而且明确了监护人的范围涵盖个人和组织。意定监护被视为我国监护立法方面的新突破，适应了我国人口发展的新形势，为特殊成年人群体，如智力身体障碍者，尤其是高龄老人的权益保护提供了法律保障，体现了成年监护制度改革的尊重自我决定权、保障本人生活正常化、保护障碍者本人的立法理念^[16]。

遗嘱指定监护、临时监护、意定监护等监护种类的增设，不仅丰富了我国监护制度的内容，在法律层

面上为不同主体的民事活动提供了保障，而且也更为全面地保护被监护人的权益提供了法律依据。

（三）修订了监护人的职责

监护人的职责也是监护制度的重要组成部分。《民法典（草案）》总则第34条用3款条文规定了监护人的职责。第34条第1款明确增加规定了监护人的职责包括人身监护、财产监护和法定代理权；第2款规定了监护人依法履行监护的权利受法律保护；第3款则将《民法通则》中的“给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失”予以删除，仅规定了监护人不履行监护职责或者损害监护人合法权益要承担法律责任。

本条的创新之处在于增补了监护人职责的内容，强调了除监护人承担法律责任的情形包括不履行监护职责、侵害被监护人合法权益外，还明确了监护人依法履行监护职责产生的权利受法律保护。换言之，监护人既有义务又有权利，体现了监护的性质既非单纯的权利，亦非绝对的义务，而是权利和义务的结合体。同时，该条规定还体现了现代监护立法的价值取向，即要平衡各方当事人的合法利益，不能过分牺牲某一方的利益来维护对方的利益。

（四）增补了监护变动的规定

《民法典（草案）》总则规定的监护变动包括监护的撤销和监护的终止等内容。首先，《民法典（草案）》总则第36条规定了撤销监护的法定事由。如监护人造成被监护人身心健康严重损害等行为；又如因监护人不恰当履行监护职责以及在其不能继续履行职责时，不同意将监护职责委托给他人，被监护人有危险可能性的；再如作为兜底条款的其他。本条也明确了申请撤销监护人监护职责的主体，主体范围比较广泛。同时，还规定了在其他主体未及时申请撤销监护时，由民政部门申请的规定。这充分体现了被监护人在监护人不当履行或者不履行监护职责时的救济措施。

其次，《民法典（草案）》总则第39条增补了监护关系终止的情形。主要可以概括为：因被监护人的原因而终止，如其取得、恢复完全民事行为能力或者死亡；因监护人的原因而终止的情形，例如，监护人丧失了监护能力或者死亡的；兜底条款。其中，因被监护人的原因终止监护关系，可视为监护关系的绝

^① 例如，在英国和美国其分别称为“持续性代理权授予制度”或者“自愿监护制度”，而日本则称为“任意监护”，德国称为“预先性授权制度”，加拿大魁北克称之为“自委任监护”。

对终止;而因监护人的关系导致监护关系终止的,则可能会引起监护关系的转移,可能会有其他人来履行监护职责,因此,又被称为监护的相对终止。

除了上述监护制度的更新与增补以外,《民法典(草案)》总则还扩充了成年人监护的适用主体、修订了监护人的资格和顺位、增加了国家监护的内容等。此外,还规定了一些负有抚养义务的监护人在被撤销监护人资格后,应当继续履行其他的义务等内容。

总之,《民法典(草案)》总则关于监护制度的规定,在很多方面进行了大幅修改和扩充,进一步完善了我国的监护法律制度,体现了现代监护立法的新趋势。

二、我国现有监护制度存在的问题

虽然,《民法典(草案)》总则完善了监护制度的相关内容,在很多规定上都有所突破和创新,但是,总则作为具有指导性和原则性的规定,其内容不可能完全构建和健全我国的监护制度。本部分将结合总则和其他有关监护的立法,剖析我国现有的监护制度存在的问题。

(一)部分内容比较空泛

将有关监护的内容置于《民法典(草案)》总则中,这就注定了很多内容不能规定得过于具体,否则与总则的设置相冲突。与此同时,与监护相关的其他立法也没有做出明确的规定,从而使得现行监护制度在内容上略显空泛,具体表现为两个方面:

首先,“有利于被监护人”原则缺乏其他配套规定。《民法典(草案)》总则将“有利于被监护人”原则纳入到规定中,这一做法较之以前是有了很大的进步,有利于监护人和法院等主体自由灵活地处理监护事务。但现有规定缺乏“有利于被监护人”的评价标准,且“有利于”的评价标准是以监护人的评价为准还是以被监护人的主观评价为准并没有相关制度予以规定^[3]。倘若没有相对明确的评判标准则有可能会给监护人以及其他主体带来过度的自由。尤其是法院选任监护人以及处理监护纠纷案件时,更需要有具体的标准予以指导,防止自由裁量权过大。因此,如何处理好在判断“有利于被监护人”的过程中自由裁量权和具体标准之间的关系则需要其他的规定予以配合,亦是设计《民法典》婚姻家庭编监护制度具体规则或制定相关司法解释时不可回避的问题。否则,“有利于被监护人”原则的运用可能会存在一些问题。

其次,监护人的职责不够具体明确。虽然总则

规定了监护人应当保护被监护人的人身、财产权益,也规定了要履行法定代理权。但是对于哪些内容属于监护人的人身监护职责以及在父母分离状态的人身监护职责该如何划分,即履行职责的主体不够明确。对于财产监护和法定代理权的相关规定也不够具体。考察监护立法和监护制度比较成熟国家的经验,一般都对监护的人身权利和财产权益采用列举加概括的立法例。我国《民法典(草案)》总则对监护人职责方面作出了原则性规定,仍需要设计具体规则予以保障实施。

(二)混淆与其他相似法律制度的关系

《民法典(草案)》总则肯定了大监护的立法理念,将有关未成年人保护的内容统一由监护予以规定。但总则中有关监护制度的具体条文的表述与其他相似法律制度具有交叉,并且《婚姻法》以及相关司法解释亦有监护内容的规定,而使用术语存在差异。这种不同制度交叉立法、混淆使用相似术语的做法可能造成司法实践的混乱。

1. 混淆监护与抚养

《民法典(草案)》总则第26条第1款规定,父母对于未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。从条文表述看,本法中的监护既包括父母对未成年子女的抚养义务,也包括对子女的教育和保护义务。此表述容易让人与我国当前婚姻家庭法立法中有关抚养的规定混淆。

父母对未成年子女的抚养义务^①来源于罗马法中的“家父”责任,是独立于监护之外的父母对子女在经济上(物质上)扶助供养、提供衣食住行、生活照料的法定义务^[7]。虽然社会家庭发生了很多的变化,但是父母对子女的抚养义务在实质上变化不大。未成年人受抚养是未成年人的一项基本权利,为了保护该权利的实现,无论是国际组织还是各国的立法都积极制定父母对子女承担抚养义务的公约^②和

① 在国际家庭法上,统一采用“抚养”(maintenance)来指家庭法上一切类型的抚养义务,包括父母对子女之间的抚养;夫妻及兄弟姐妹之间的“抚养”以及子女对父母的赡养等。本文中,如无特别说明,未成年人领域内的抚养与抚养同义。

② 联合国1956年通过的《向外国追索抚养费的公约》和1989年的《儿童权利公约》分别规定了抚养和未成年人抚养权的内容。海牙国际司法会议先后在儿童抚养和其他家庭法抚养义务方面通过了6个冲突法公约:1956年《儿童抚养义务法律适用公约》、1958年《儿童抚养义务判决的承认和执行公约》、1973年海牙《抚养义务的法律适用公约》、1973年海牙《抚养义务判决的承认与执行公约》、2007年海牙《跨国追索儿童抚养费及其他形式的家庭抚养费公约》和2007年海牙《儿童抚养及其他家庭形式抚养的准据法议定书》。

立法^①。其中，有关抚养的国际公约多是侧重于抚养费的追索等问题。

我国《婚姻法》根据不同主体间的关系明确了抚养、扶养和赡养，其中父母对未成年人子女的经济供给义务属于“抚养”的内容。该法中关于“抚养”的规定主要包括父母对子女具有抚养的义务、抚养费的给付以及离婚后抚养权的归属等问题。同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法司法解释三》）明确了法院审理离婚案件，应从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益的角度来考虑子女抚养问题，并根据父母双方的抚养能力、条件等情况稳妥处置。但是，《婚姻法》中有些抚养具体内容的规定，有些则与监护的内容具有高度的重合性，即将属于监护制度规范的内容规定到抚养制度中。例如，《婚姻法》第36条规定的离婚后抚养权与探视权的内容在本质上与其他国家的监护制度规定的内容一致。

倘若在立法上未厘清监护与抚养的关系，将其混为一谈，可能造成以下问题：首先，容易导致司法裁判的不当。尤其是在处理离婚后父母子女的法律关系问题时，法官在判决时常将离婚后子女监护与抚养混淆，只考虑抚养问题而忽视监护问题，有的甚至认为抚养和监护是互相包含的关系。混淆监护与抚养，不利于日后子女抚养和监护的变更，可能会导致未成年子女在父母离婚后得不到适当的监护，甚至会影响儿童诱拐问题的解决^[17]。其次，不同的法律中对于相同的内容使用不同的名称容易造成法律适用上的困难。如，《民法典（草案）》总则以及《民法通则》中使用“监护”的法律概念，而《婚姻法》中却使用“抚养权”的称谓，那么在《法律适用法》中第30条规定涉外监护的法律适用，该如何指引法律容易造成混淆。最后，不区分监护和抚养权，随意确定案由，还会给审理涉外家事纠纷案件带来困难。如在涉外监护案件中，如果法院经冲突规范指引需要适用我国实体法，本应适用监护的相关立法，实际上适用抚养制度的立法，这种做法很难得到认同。此外，如果国内实体法不将问题规定准确，也容易给案件的识别带来问题。

2. 混淆监护和赡养

《民法典（草案）》总则第26条第2款则是关于成年人子女对父母要承担赡养、扶助和保护等义务。从条文表述看，更多的是强调成年人子女对父母具有法律上的赡养、扶助和保护义务。如何理解将赡养的内容规定在监护中，容易让人产生疑惑。

《辞海》中关于“赡”的定义是“供给、供养”，主要是供给生活所需。近代以来，“赡养”一词多被用来指晚辈对长辈在物质上的帮助生活照顾以及精神照料等，尤指成年的子女对于父母的照顾^[18]。赡养也是家庭法上经济供给义务的一种，有些国家的立法也将其称为扶养，主要是指子女对父母在经济上的给付义务。赡养的制度价值，主要在于弘扬中华民族的传统美德，强调家庭责任，发挥亲情的作用，保障老年人得到晚辈经济上的供养和生活上的扶助、精神上的安慰^[2]。赡养法律制度同成年人监护法律制度一样被认为是解决老龄化问题的重要制度之一。

赡养和监护在内容侧重点上有所不同，但是又存在着重合。从内容上看，成年人监护设立的目的是管理被监护人的财产和照顾其人身，以期让被监护人尽快地融入到正常的生活之中；而赡养则注重对被赡养人在人身上的照顾和提供赡养费。不可否认，当赡养人是监护人，而被赡养人是被监护人时，无论是在人身照顾层面还是在财产管理层面都会有所重合。然而，赡养制度的赡养人除了监护人外，还可能是非监护人，即赡养制度中的被赡养人除了被监护人外，还包括其他缺乏成年子女照料的成年人。换言之，赡养制度的内容不局限于监护中成年子女对父母的照顾。此外，赡养人未经授权并不当然具有代理被赡养人实施民事法律行为的权限，不能以被赡养人的名义处分其财产，为买卖行为、赠与行为以及做出有关人身照护、医疗养护决定等^[2]。国外很多国家的立法都基于监护和赡养保护的对象以及内容不同，而对二者进行分别立法。很多大陆法系国家，例如法国、德国、日本等在立法时强调父母与子女之间的扶养义务是相互的，其中子女对父母的扶养义务是赡养。

① 例如，美国有关未成年人抚养执行问题的主要联邦法律包括：1975年《社会保障法》第6条D款、1984年《儿童抚养修正案》、1988年《家庭扶养法》、1992年《追索儿童抚养费法》、1994年《对儿童抚养令的充分信任和尊重法案》、1996年及2001年修订《统一州际家庭扶养法》、1998年《对拖欠抚养费父母的惩戒法》等。在英国有关未成年人抚养的法律主要包括：1992年《儿童抚养费收取和执行条例》、1992年《儿童抚养费评估程序条例》、1999年《社会保障和儿童抚养费判决及上诉条例》、2000年《儿童抚养费计算程序条例》、2000年《儿童抚养费支付转移条例》、2000年《儿童抚养、养老金与社会保障法》第19章、2008年《儿童抚养的综合修订条例》。此外，澳大利亚也对未成年人抚养问题做了规定：1989年《儿童抚养费评估法》、1988年《儿童抚养登记和抚养费支付法》是两个重要的联邦立法。前者建立一套儿童抚养费的计算方法，即以父母的收入、照顾儿童的协议、儿童的年龄及其他因素等来设计一个抚养费的计算公式；后者是关于父母根据公式计算应支付抚养费的收取并转移给被抚养人，也包括对拖欠抚养费的执行。澳大利亚政府建立了儿童抚养机构（Child Support Agency, CSA），并由CSA负责这两部法律的实施。

我国立法中亦有关于赡养制度的具体内容。例如,我国《婚姻法》规定成年子女对于父母具有赡养和扶助的义务。《老年人权益保障法》第2章进一步细化了子女等赡养人的义务、职责与限制。值得注意的是,《老年人权益保障法》在家庭赡养与扶养部分同时规定了赡养与意定监护的相关内容。

基于上述分析,《民法典(草案)》总则第26条第2款的条文表述值得商榷:若将其理解成监护的内容,则此处成年子女对其父母的义务可以理解成监护人对于被监护人所要承担的义务,这与成年人对其父母的扶助和保护具有重复规定之嫌。若将第26条规定的义务理解成强调的是非监护人的成年子女所要承担的义务,那么其规定的内容可以由扶养制度予以规定,而不必在监护制度规定赡养的内容。赡养不会因为监护的设立而受影响,其与监护是一种既有重合又是平行的关系,将其置于监护之下,不能全面展现赡养制度的内容,且将具有并列关系的法律制度置于其中一项制度之下,在逻辑上也存在可商榷之处。此外,混淆监护和赡养可能会给涉外监护案件的识别带来困难。我国《法律适用法》第29条和第30条分别规定了涉外扶养和涉外监护的冲突规则。只有对案件定性准确,才能选择正确的冲突规范。倘若实体法中混淆赡养和监护的规定,则法官可能会难以对相关纠纷作出确定性,进而影响冲突规则的选择,更可能会基于错误的冲突规则导致适用错误的准据法。

总之,将监护与抚养以及赡养混合在一起进行规定,混淆使用相似术语,不仅容易造成监护实体法的不统一性和逻辑混乱,还会给涉外监护案件的定性带来困难,容易给法官适用法律带来困惑,不利于司法实践的顺利进行。

(三)对特定情形下的监护关注不够

考察我国现有监护制度的法律规定以及司法解释可知:无论是《民法总则》,还是《民法通则》《婚姻法》等法律规定,大多是对常态下的监护进行规定,而对于一些特殊情形下的规定则相对较少,具体而言:

首先,关于未成年人监护的规定,多是常态下的规定,而对于父母分居或者离异等情形下的监护没有作为专门的关注对象。非常态型未成年人主要包括父母分居或者离异的未成年子女、非婚生的未成年子女以及父母再婚重组家庭中的未成年子女。我国《婚姻法》仅对离婚后父母对子女的抚养和探望作出了规定。婚姻家庭立法在处理夫妻离婚后父母子女关系问题时,并未涉及离婚后父母对子女监护的

有关权利义务,并且未对离婚后父母子女的法律关系问题予以明确。离婚后子女抚养权的问题是否可以代替监护等问题仍然值得探讨。此外,随着科技的发展,因试管婴儿、代孕以及人工授精技术的发展,使得亲子关系的主体更加多元化,而由此引起的监护纠纷中如何确定监护人、监护职责等问题,现有法律未对这些新出现的情形予以规定。

其次,老年人法定监护的规定不明确。《老年人权益保障法》第26条对老年人监护进行了规定,该条不仅规定了老年人意定监护,还规定了在老年人没有选定监护人下的情形。而《民法典(草案)》总则虽扩大了成年人监护的范围,即由原来只针对精神病人改为包括无民事行为能力和限制民事行为能力的成年人。但以行为能力为标准进行划分是否需要成年人设置监护制度^[6]具有一定的局限性,不能包括所有的行为能力不足的情形,很难满足当代多元化身心障碍者的保护需求。这种划分标准可能会使处于中间状态的意思表示能力逐渐衰退的成年人以及那些因为身心障碍而导致意思表示能力存在障碍的成年人得不到法律的保护。正是基于行为能力制度不能够完全保护被监护人的权益,所以现在许多国家在成年人监护制度中采用的监护标准已经由过去的无行为能力转变为是否有能力处理自己的事务^[19]。根据《民法典(草案)》总则的规定,很多高龄的老年人、身体障碍者以及智障者等,他们的意思能力和行为能力可能不到我国民法现行规定下的无行为能力或者限制行为能力,但是他们的能力又存在着不足,得不到有效的监护保护。因此,我国现有的老年人监护制度未考虑失能老人,制度的适用范围狭窄,无法满足老人群体的所有监护需求^[20]。

(四)监护人的任职资格(监护能力)规定不明确

《民法典(草案)》总则修正了《民法通则》中的有关监护人选任的规定,并且增加了一些新的内容。例如,删除历史信息浓厚的父、母所在单位同意,增加民政部门;增加作为监护方的“有关组织”,还规定了要按顺位选任监护人。但是有关监护人的任职资格(监护能力)的规定不明确。

我国现有监护规定并没有明确监护资格的含义。《民法典(草案)》总则第27条和第28条只规定了有监护能力的人按顺序担任监护人,没有直接规定确认监护人时应考察除了监护能力以外的因素,即监护人应当具有哪些任职资格^{[1]204}。在未成年人监护中,我国《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第36条第2款提及了个人

担任未成年人的监护人时所应具备的考量因素。在成年人监护中，仍然使用《民通意见》中的规定，即需要根据监护人的健康状况、经济条件以及与被监护人在生活上的联系情况等确定监护人的监护能力。上述有关监护人任职资格的规定过于笼统，且分布在不同的司法解释中，缺乏一个明确的标准，可能会导致监护人选任存在偏差^[21]100。此外，考察国外监护立法可知，很多国家都明确规定了监护人任职资格的积极和消极资格。我国监护立法亦未明确规定监护人任职的积极资格和消极资格的具体条件，这将不利于发挥法律指导监护人选任的作用。

（五）监护立法内容残缺

我国现有的监护制度尚未完善，相关立法对有些内容尚未规定，还存在大量立法空白。

其一，缺乏监护监督机制的规定。日本、法国、德国、英国等国家的监护制度中都设立监护监督人，以实现监护制度的真正目的^[5]。任何权利的行使都需要监督，否则就会导致权利的滥用。《民法典（草案）》总则进一步确立了监护既具有义务性又具有权利性的双重属性。监护既然是一种权利，同样需要受到一定的限制。我国现有监护制度没有规定监护监督制度的内容，包括监护监督主体、如何认定监护人不履行监护职责或侵害被监护人的合法权益等。这一立法缺失缺乏对监护人的行为的约束，导致监护人权限的无节制扩张，进而损害被监护人的合法权益^[6]。此外，需要监护监督机制保障被监护人的意思自治得以实现。因意定监护通常在被监护人丧失行为能力后开始生效，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^[4]。对被监护人的保护主要依赖第三方的监督和救助^[22]。我国学者亦一直呼吁应当建立监护监督制度，并提出了一些具体建议。《民法典（草案）》总则因其自身的特性使然，未对该问题进行规定，这就需要今后在完善《民法典》婚姻家庭编有关监护制度内容时，借鉴其他国家比较成熟的制度设置和理论研究来设计我国的监护监督制度。

其二，缺乏监护人报酬的规定。有关监护人是否可以基于履行监护职责取得报酬权，不同国家采取的态度各不相同，主要可以概括为三类：无偿型、有偿型和补偿型。我国现有监护立法并没有明确规定监护人可以获得报酬，这可能会带来两个问题：一是法律未规定监护人可以获取报酬的权利，不利于调动监护人的积极性。在对一些特殊群体的监护

中，例如，精神障碍者的监护人通常会背负比较重的监护职责，承受身体和精神的双重压力。若坚持监护无偿原则，可能会造成法院在为精神障碍者指定监护人时出现无人愿意承担的情形，进而使被监护人的利益无法受到保护^[7]。二是随着监护制度的发展，尤其是成年人意定监护制度的发展，监护人基于履行监护职责可能会要求获取一定的报酬。若没有明确的法律规定则有可能会造成绝对有偿现象的发生，这将不符合监护制度本身的价值。因此，需要在今后的立法中明确规定我国监护人获取报酬采用何种类型以及哪些监护人在什么情形下可以获得报酬等具体内容。

其三，缺乏监护人辞任的规则。目前很多国家的监护立法^①中都明确规定了监护人基于智力、体力的相对欠缺以及其他客观原因等正当理由无法履行或适当履行监护人职责时，可以行使辞职或拒任权^[13]74。而我国现有监护制度只有监护人撤销制度没有监护人辞任的具体规定。这一立法缺失可能会对那些具有正当理由或者因客观原因导致其不能或者无法承担监护职责的人不公平，进而不利于保护被监护人的权益^[8]。现在监护立法的一个新趋势就是要平衡监护人和被监护人双方的权益，尤其是监护的属性已不再是单纯的义务，需要在立法中赋予监护人一定的权利。基于此，我国今后有关监护的立法中，应在借鉴外国立法经验并结合我国司法实践，明确监护人辞任的法定事由以及无正当理由拒绝监护所应当承担的法律责任等规定。

综上所述，《民法典（草案）》总则明确规定了监护制度的基本框架和内容，将有利于被监护人和尊重自我决定权作为监护制度的基本理念，并贯穿于监护制度的具体规定中。《民法典（草案）》总则的新理念和新发展充实了我国监护制度。《民法典（草案）》总则自身的定位决定了其只能对监护的通则性内容作出规定，很多条文具有原则性和概括性。加之，散见于其他法律和司法解释中的监护条款对于很多问题没有规定或规定混乱，使得我国现有监护制度仍存在一些需要进一步明确与完善。

三、完善我国监护制度的建议

《民法典（草案）》总则修正了原实体法中监护的

^① 例如：《法国民法典》第428条、《德国民法典》第1786条、《瑞士民法典》第383条规定了监护人的拒任权；《法国民法典》第428条、《德国民法典》第1889条以及《日本民法典》第844条规定了监护人的辞任权。

有关规定,在很多方面具有先进性和科学性。然而,《民法典(草案)》总则毕竟是具有原则性和概括性,而其他的法律规定及其司法解释在很多问题上又没有予以明确或存在交叉规定的情形,造成监护法体系的散乱和不完备。为了使现有监护制度的适用更加科学,希望在完善《民法典》婚姻家庭编时细化、补充监护的相关规定,或者通过司法解释、案例指导对于实践中需要细化的内容予以明确。

(一) 细化“有利于被监护人”原则的考量因素

“有利于被监护人”作为监护制度的一项原则,体现了现代监护立法以被监护人的利益为首要原则和目的的立法理念。现代各国的监护立法几乎都对有利于被监护人原则进行了规定,且英美法系一些国家还对有利于被监护人原则作出了具体的规定^[23-25]。我国最新的立法也将有利于被监护人原则写入了监护规则中,但是尚没有其他规定对该原则进行细化。在对有利于被监护人原则的内容进行规定时,可以考虑给出考量因素而非具体的细则,这样做的目的是,防止过于具体化和强制性的规定会影响原则的灵活适用。因未成年人监护和成年人监护具有不同的特点,两者遵循不同的规则,即前者遵循最佳利益原则,而后者强调尊重本人意愿^[26]。因此,在制定考量因素相关的规定时,可以分开予以考虑,具体而言:

1. 未成年人监护

在未成年人监护中,“有利于被监护人”原则最直接的体现就是要实现“未成年人最佳利益”,即要求监护人在处置未成年被监护人的事务前,应切实满足被监护人的利益而非监护人的利益,同时还要遵循未成年人的心理成熟程度使其逐渐参与决定。对“未成年人最佳利益”需要重点衡量其健康、幸福与尊严,关注其生存发展权,涉及其事务的要鼓励其自主参与。防止监护人对被监护人事务的过度插手、无视被监护人的行为。有限特殊保护被监护人是制定考量因素首要考虑的问题^[27]。

英美法系很多国家的立法都细化了未成年最佳利益原则的考量因素,并规定这些因素同时适用于离婚时对于未成年人子女的监护权的判决中。这些考量因素概括起来主要包括以下几个方面:未成年子女的年龄、成熟程度、意愿;其平时生活的稳定性、持续性;其免受情感、身体等伤害;监护人有满足其适当需求的能力;与其利益息息相关的其他因素等^[28-29]。这些规则使得“未成年人最佳利益”更易操作。

因为我国的未成年人监护既包括父母对未成年子女的监护,也包括其他近亲属或者组织对于未成

年人的监护,因此,可以借鉴国外相关标准,在讨论未成年人事务时侧重以下要素:第一,未成年人的生父、生母或者生父母双方的意见;第二,根据未成年人的年龄和理解能力,在允许的情况下考虑未成年人对监护人的意愿;第三,未成年人与其父母一方或者双方、兄弟姐妹以及其他对其最佳利益产生影响的人之间的关系;第四,其对家庭、学校等环境的适应度;第五,其年龄、性别以及家庭等;第六,与上述因素相关的人的心理和身体健康情况;第七,法官的自由裁量权。

2. 成年人监护

在成年人监护领域为了做到最有利于被监护人,一般是要做到支援其自主决定、最少限制以及最佳利益等几个方面。现代各个国家和地区的成年人监护立法中几乎都规定了最佳利益原则^①,即监护人在处理被监护人的财产管理和人身监护的过程中,必须优先考虑被监护人的希望与福祉^{[15]85}。有些立法还对如何判断最佳利益作出了规定。

因此,可以在结合其他国家和地区立法的基础上给出考量的因素:在作出某项决定时,要以被监护人如果具有意思能力时也会作出这种选择或者期待作出这种选择;监护人要尽量鼓励或者允许被监护人参与到事务决策中去,或者尽力改善被监护人参与事务决策的能力;被监护人过去或现在的感情和希望、信仰、价值观等其他要素;咨询家属、护理者或者其他人的意见确定被监护人的意思;其他有利于被监护人的情形。

总之,有利于保护被监护人的考量标准应该尽量根据所要保护对象的特点进行制定。虽然各国在监护立法中存在着很多的差异,但是均以保护人权理念以及尊重被监护人的权益等为目的。因此,我国有利于被监护人的考量因素既要借鉴其他国家先进的立法经验,又要结合我国自身的特色。

(二) 明确人身监护和财产监护的具体内容

1. 明确人身监护的内容

因未成年人监护和成年人监护保护的侧重点不

^① 例如,《德国民法典》第1901条第2款规定:“照管人必须以符合被照管人的最佳利益的方式,处理被照管人事务。被照管人的最佳利益,包括在其能力所及的范围内按照自己的愿望和想法安排其生活的可能性。”我国台湾地区2008年新修正的民法成年监护部分则多次提到最佳利益原则(如新法第1111条之1、第1097条第2项准用)。英国《意思能力法》第1条第5款规定了最佳利益原则,该条款规定:代替意思能力欠缺人所做的行为或决定,必须为了其最佳利益。

同，可以分别规定人身监护的具体内容：

首先，未成年人监护中的人身监护。在人身关系监护方面，法国、德国、英国、美国都做了一些规定，体现了子女在人身及财产权方面需要父母的照顾^[30]。相比较而言，德国法更为具体、全面，特别是父母享有的子女返还请求权与交往决定权的规定很有裨益，为子女未成年时的权益保护提供了法律保障；还明确规定了照顾权实施应遵循的子女利益最大化原则。法国法中的非婚子女最大利益不得让其兄弟姐妹分开居住的规定，亦彰显出法条的人性化设计。英美两国对子女教育、医疗方面的监管同样值得参考。儿童合法权益的保障应该是全方位的，法律的完善也非一日之功，要在对国外法律去粗取精的同时，结合我国国情进行考量和完善。明确我国未成年人人身监护除了对被监护人身体健康和生活的照顾之外，还应当补充包括决定未成年人的住所、教育和管教方式、医疗同意等内容。明定未成年人的监管可分离之情形：一是未成年人的父母在分居时可以由任何一方向法院申请，将未成年子女交由父母一方或第三人看管；二是如果未成年人的父母没有监管权，法院已经指定某人为监护人时，亦可以考虑未成年人的最大利益，决定未成年人由谁看管；三是如果生存的父或母一方为共同监护人的一方，共同监护人意见分歧时，法院可以决定未成年人由何方看管。在上述三种情形下，由没有看管子女的父或母一方或父母双方支付抚养费。

其次，成年人监护中的人身监护。各国有关监护立法都强调监护人在执行有关被监护人的生活、护理、医疗等职责时，应当考虑不同层次被监护人的需求，尊重成年人的自主生活权，并考虑其身心状态与生活状况，做到监护与辅助并行。在制定具体规则时，可以考虑以下内容：监护人对被监护人享有医疗事项同意权；身体、健康照护、治疗权；指定居住权；请求交还被监护人权；监督、教育、保护被监护人权^{[13]77}；撤销被监护人人身性法律行为权等^{[21]246}。同时，监护人要承担照顾被监护人生活、保护被监护人的身体健康、维护被监护人的人身权利、承担被监护人的监督管理事项以及监护中的重大事项须取得监护权力机关或监护监督机关的同意等义务^{[13]77}。

2. 明确财产监护的内容

财产监护的内容可以通过以列举为主、概括为辅的立法模式进行规定，具体而言：

首先，未成年人监护中的财产监护。在财产关系监护方面，各国立法都明确，父母在行使亲权时既

不能侵犯子女个人财产，还要尽到管理人之职责，使财产价值提升。法国法详细规定了子女财产管理权的取得、父母享有的使用收益权及权益终止等；德国法明确子女财产上的照顾涵盖父母对子女财产管理的规则、子女对财产的使用等；英国法与美国法也提到了父母能够管理子女财产，但不享有收益权。其中，德国法明确管理子女财产的目的是为了子女利益而保存、增值和使用，在充当管理费时能够首先使用外，不优先享有使用、收益权，更加有利于子女最大利益保护^[31]。建议我国明确财产监护应规定制作财产清单和账目并提交审查、汇报等内容，且细化监护开始时、履行监护职责的过程中以及在监护终止等不同阶段，监护人制作财产清单和账目的具体程序、要求以及监督审查机关等^{[1]283}。此外，对子女财产的管理规则、制作目录、用途说明等都予以明确，对产生的债权债务、责任关系也都进行说明。

其次，成年人监护中的财产监护。明确规定监护人在管理财产过程中，应制作财产清单，供监督主体随时查看；对被监护人重大财产的处分，须经法院的许可或确认；定期报告管理财产的有关变动情况；在监护关系终止时，进行必要的财产清算^{[18]247}。此外，还应规定监护人享有管理和保护财产权、使用和处分财产权以及同意或撤销对被监护人财产性民事法律行为的权利等^{[13]78}。

（三）厘清相似法律制度的关系

我国现有的监护规定除了在《民法总则》和《民法通则》中有所涉及，在一些特别法和司法解释中也有相当多的监护法的内容，或者与监护制度中的人身关系、财产关系以及法律后果相关联的内容。由于每部法律在制定时，没有相对统领性的规定作为指导，导致现行的监护法律体系零乱，在一些具体的规定上存在冲突，有些术语和概念使用混乱。为了使监护规定更加规范，有必要厘清与之相似的法律概念。不同的制度有不同的法律规范，不应混为一谈。从现有的规定以及司法实践可知，监护与抚养以及监护与赡养制度在实践中较为容易混用，因此，建议在今后的立法活动或者司法实践中厘清相似制度的关系。

1. 明确监护与抚养的关系

我国监护立法采用的是大监护的立法例，导致司法实践中混淆监护与抚养的概念，并直接造成混用抚养权、直接抚养权、监护权等术语^[7]。同时，混淆两者之间的关系，为涉外监护纠纷案件的审理带来了困难。考察现代其他国家的立法，也是将监护

与抚养制度分别立法。考虑到我国现有监护立法的特点,提出两种建议:

其一,在无法改变我国现行立法框架的前提下,可以通过司法解释明确监护和抚养的具体内涵。父母对未成年子女的监护既包括《民法典(草案)》总则第26条规定的抚养、教育和保护的义务,又包括其第34条和第35条规定的监护人的监护职责。其中,第34条明确规定了监护人的职责除了为法定代理权外,还要对被监护人的人身权和财产等其他权益进行保护。这里的人身监护和财产监护与父母对子女的抚养、教育和保护都属于监护的范畴,即监护具有义务和权利的双重属性。抚养对父母而言是一种法定义务,具有强制性。而有关抚养的内容则是侧重于在经济上,父母给予子女的扶助供养、提供衣食住行等义务。明确在父母与未成年子女的关系之中,抚养是父母纯粹的义务,多表现为经济上的金钱给付,其并不能涵盖监护的范畴^[17]。

其二,在编撰《民法典》婚姻家庭编时,应当坚持儿童最大利益原则,分别单列抚养与监护章,细化抚养和监护制度的内容,进而减少和消除监护和抚养在立法上的矛盾。

2. 区分监护与赡养的关系

从上述赡养的概念和各国的立法可知,赡养制度是一种与监护制度并行的制度。前者侧重于保护需要赡养人的财产上的权利,而后者则既要保护被监护人的人身权益,又要保护财产权益等。因赡养义务具有法定性、不可转让性和特殊身份属性^[32]。当子女是父母的监护人时,其赡养义务会与监护人对被监护人财产监护有重合的部分;而当子女不是父母的监护人时,则这种赡养义务作为法定义务,子女必须要按照赡养制度的规定进行保护,即监护制度和赡养制度进行了分离。

有些国家一般都在民法典中专门规定了子女对父母具有赡养的义务。例如,《法国民法典》第205条明确规定了子女在父母或者其他直系尊亲属有需要时,应负赡养义务,该法第208条至210条还规定了赡养制度的其他内容^[33]。我国《婚姻法》以及《老年人权益保障法》等也对赡养制度有具体的规定。因此建议,通过司法解释明确监护和赡养的具体内容,或者在《民法典》婚姻家庭编中分别细化监护和赡养的具体义务。

(四) 增补特定类型监护的规定

1. 未成年人监护领域

首先,增补离婚后子女监护的规定。我国现有

监护的立法主要是针对常态下的监护主体,而对于离婚后子女的监护问题则没有规定。监护与抚养不是同一概念,将属于监护规范的内容置入抚养中,会引发一系列的问题。因此,建议考虑增补关于父母离婚后子女监护的规定。完善离婚后的子女监护问题立法有其现实基础。根据国家民政部最新统计显示,2018年全国各省市的离婚率逐年上升,其中北京、上海、深圳、广州四个城市的离婚率(分别为39%、38%、36%、35%)均在35%以上^[34]。婚姻家庭关系的变动日益剧烈,其中离婚会引发对于未成年子女的监护纠纷。因此,如何解决婚姻破裂后未成年人监护问题进行规定具有现实紧迫性。此外,随着涉外跨国婚姻的日益增多,涉外离婚案件中关于子女的监护权争夺纠纷也随之增多。法院在处理涉外监护纠纷案件时,需要相应的实体法予以支持。

其次,关注基于跨国代孕、同性婚姻等行为产生的未成年人监护问题。虽然我国暂不支持跨国代孕、同性婚姻等行为的合法化,但基于上述行为而产生的其他权利是否无效值得进一步探讨。随着民商事交往的日益频繁,涉外婚姻家庭领域内的纠纷亦呈复杂化特点。我国司法实践中已然遇到基于上述行为而产生的监护纠纷案件,如何处理其中的监护问题不可回避。考察和借鉴国外尤其是不承认跨国代孕等行为合法的国家立法情况,建议我国在立法中予以明确我国不承认跨国代孕和同性婚姻的合法化,但倾向于保护上述行为中的收养、监护等问题。尤其是在同性婚姻解体时涉及到未成年人监护,不能因同性婚姻不合法等理由拒绝保护未成年人。倘若一直回避此种情况下的监护问题,不仅不利于儿童利益最大化原则的实施,也会造成司法实践中对该问题的处理一直处于无法可依的状态。当然,如何设计具体的条文则需要结合我国司法实践和已有立法的规定进行进一步研究。

2. 成年人监护领域

完善关于老年人监护的立法。同其他国家一样,我国的老龄化问题也越来越突出。中国民政部的数据显示,截至2018年底,全国60周岁及以上老年人口达到24949万,占总人口的17.9%,其中65周岁及以上老年人口16658万,占总人口的11.9%^[34]。伴随着人口老龄化的浪潮,如何对老年人监护的问题日益凸显。《老年人权益保护法》仅一条条文规定了对老年人进行监护,但是《民法典(草案)》总则规定的成年人监护中却未将所有需要监护的老年人纳入其中。而随着老龄化问题越来越

突出,需要解决如何对这部分老年人进行监护的问题。此外,随着移民浪潮的发展,涉外监护的纠纷也不再局限于父母离婚后对子女的抢夺。在作为监护人的成年子女移居国外,而需要监护的高龄的父母(尚未达到无民事行为能力或限制民事行为能力)在国内,此种情况下,因履行监护职责或者因监护财产而引发的纠纷也会成为涉外监护纠纷的一种。倘若国内立法不对该问题进行规定,一旦遇到类似纠纷,如何解决将是一个值得思考的问题。

基于上述原因,结合有关国家的立法经验和相关国际条约的规定,建议我国扩大成年人监护的适用范围,即除了无行为能力人或限制行为能力人外,还包括精神障碍者、痴呆症者、身心障碍者(智力障碍者和身体残疾者)^{[13]63}、行为能力欠缺者(酗酒成性者和吸毒成性者)^[6]、高龄老人(失独高龄老人、空巢老人)等^[20]。

(五)明确监护人的任职资格

监护人的任职资格因监护主体不同而要求不同,即自然人、法人或社团担任监护人的资格存在差异。本部分主要提出完善自然人作为监护人时的任职资格的建议。

建议规定自然人担任监护人的资格时采用“正面概括和反向列举”的立法模式,也有学者称其为“积极资格和消极资格”模式^{[1]273}。监护人任职的积极资格包括:监护人具有履行监护职责的能力(一般要求成年具有完全民事行为能力)、时间且愿意担任监护人^{[21]244}。监护人任职的消极资格主要包括:无行为能力和限制行为能力;与被监护人存在利益冲突,如监护人、其配偶或近亲属对被监护人提起诉讼或曾提起诉讼;有显著劣迹,如曾对被监护人实施故意犯罪^[35];曾被法院撤销监护;下落不明的;有一定识别、判断能力的被监护人反对其作为监护人^{[1]274};监护权力机关或监督机关认定不可担任监护人的其他资格^{[21]244}。

(六)增设监护监督机制、监护人报酬和辞任的规定

为使我国监护实体立法更为完善,在坚持《民法典(草案)》总则既定的框架基础上,建议在《民法典》婚姻家庭编增设监护监督机制、监护人报酬以及监护人辞任的相关规定。

1. 增设监护监督机制的规定

首先,监护监督的模式。目前,其他国家采用的监护监督的模式主要有两种:其一,依据监督介入的时间,可分为事前监督、事中监督和事后监督;其二,

根据监督主体的性质,可以分为自然人监督和公权力监督^[5]。考虑到不同的监护模式具有各自的特点和优势,建议我国采用以自然人监督为主、公权力机构监督(包括行政机关和司法机关的监督)为辅、社会监督(包括个人和社会组织的监督)补充的三重监护监督模式^{[13]70},建立事前、事中、事后一体的监督机制^{[1]287}。

其次,监护监督人的确定,包括监护监督人主体范围、选任以及资格等。具体而言:其一,监护监督人的主体范围。自然人监督的主体范围应包括被监护人的近亲属、亲朋好友或被监护人父母的亲朋好友等;公力监督的主体则主要由民政部门担任,行政监督机构、检察机关可以代表国家作为监护的司法监督机关;社会监督的主体范围则主要包括居(村)民委员会、学校以及其他社会机构等^[7]。其二,选任监护监督人。监护监督人的选任规则可以参考选任监护人的规则:未成年人监护中,法定监护人可以通过授权书、遗嘱等书面形式指定监护监督人^{[1]248};若没有书面指定的,民政部或法院可以为其选任监护监督人^{[13]71}。成年人监护中,可通过法定代理人或被监护人授权委托书、意定监护合同等形式选任监护监督人;若没有授权委托书或意定监护合同不明确的,民政部门可以自行选任或者由民政部门自己担任监护监督人,抑或经民政部门或利害关系人的申请,由人民法院选任^[8]。无论是民政部门还是法院,在选任监护监督人时均应根据最有利于保护被监护人的原则且尽可能尊重被监护人的意愿。其三,监护监督人的资格及数量。主要要求不得与被监护人的利益相冲突且不能是无民事行为能力人或者限制行为能力人。因不同的监护对监护监督人的要求不同,不建议法律限制监护监督人的数量。

最后,监护监督人的职责。考察各国的立法一般都采用列举式立法规定监护监督人的职责。建议我国也采用列举式,内容主要包括:其一,处理监护日常事务和维护被监护人的人身权益^{[13]73}。其二,处理或处分被监护人财产。监护开始时、履行监护职责过程中,监护监督人监督或协助监护人制作财产清单和目录、审阅或审查财产清单和目录以及要求监护人报告其履责情况;监护终止时,监护监督人监督或协助监护人制作最终清单和目录并提交监护监督机构审查^{[1]289}。其三,监护监督人批准或同意监护人从事特殊监护事项。其四,在监护人不履行监护职责或违反监护义务时,监护监督人向监护人予以警示,或向有关部门报告,或向法院起诉申请更

换监护人并承担临时监护人的职责^[5]。其五,监护人侵犯被监护人人身或财产利益或因其重大过失导致被监护人财产利益受到损失时,监护监督人可以请求法院撤销监护人资格并代表被监护人向监护人请求赔偿等^[8]。此外,公力监督的职责与监护监督人的职责既有交叉又有区别,建议单独制定规则,主要包括:听取监护监督人汇报监护人履行监护职责的情况;要求监护人提交被监护人的财产清单、账目以及调查被监护人的人身情况;督促监护人、监护监督人履行各自的职责;协助监护中的日常工作;向法院提出撤销监护人资格等^{[21]250}。

监护监督机制的内容比较丰富,因本文研究对象和篇幅所限,仅就制度中的主要问题进行了讨论。完整的监护监督机制的设定,还应明确规定监护监督的方式与措施、对不履行监护职责的监护行为的处罚办法和法律责任等内容。

2. 增设监护人报酬的规定

我国现有监护立法明确规定监护具有权利和义务双重属性。基于权利义务相统一考量,我国多数学者认同监护人享有获得报酬的权利。结合有关国家的立法,建议在编撰《民法典》婚姻家庭编时明确监护人享有此项权利,并制定取得报酬权的具体条件的规则。具体而言:

首先,明确规定获得报酬权的主体范围,即除非监护人是法定扶养(包括赡养、扶养和抚养)义务人或公职人员或在监护协议中明确约定不获得报酬外,均可享有获得报酬的请求权^{[13]81}。其次,规定报酬的来源:被监护人有财产的,从其个人财产中支付;若被监护人没有财产或其财产难以支付报酬的,由其法定扶养(包括赡养、扶养和抚养)义务人支付;若被监护人既无财产又无法定扶养(包括赡养、扶养和抚养)义务人的,由民政部分或社会保障机构支付^{[21]141}。最后,不宜确定报酬的具体数额。不同类型的监护中,监护人承担的责任各不相同。因此,建议监护人获得报酬的数额应由监护人履行监护职责的情况、监护时间的长短以及当地的人均收入等因素确定^{[17]277-278}。

3. 增设监护人辞任的规定

增设监护人辞任规定,一方面是体现对监护人权益的保护,另一方面也是基于保护被监护人的利益考量。建议在《民法典》婚姻家庭编中增设监护人辞任的规定,具体包括三方面的内容:其一,监护辞任的法定事由。考虑到监护人往往可能因年龄、身体、精力等方面的原因,存在“履行不能”的现实情

况,同时借鉴国外监护立法经验和一些学者建议,建议明确监护人辞任的法定事由包括以下几个方面:因年事已高、身体健康情况不佳(身患重症或残疾)、家务繁重(如因照顾患病的家人,包括配偶、子女或者老人等)而缺乏履行监护职责能力的;因公务繁忙(如担任政府要职等)而不宜或无法履行监护职责者等^{[13]74-75}。其二,辞任程序。法院受理监护人辞任的申请,批准此人申请后应为被监护人选任新的监护人^[35]。其三,无故辞任的法律责任。承担支付被监护人监护费用的民事责任;如因其过错而导致监护人选任延误或指定滞后,使监护人无法及时履行监护职责的,应由其承担损害赔偿等相应的法律后果^[8]。

四、结 论

我国修订以后的监护制度强调了最有利于被监护人原则、尊重被监护人的自我决定权等新的立法理念;在监护类型上,新增加了遗嘱指定监护制度、临时监护制度以及意定监护制度等;增补了关于监护人职责的规定,既规定了监护人不履行监护职责的法律责任,又规定了其依法享有的权利;增补了监护撤销和终止的法定事由。《民法典(草案)》总则自身的定位决定了其只能对监护的通则性内容作出规定,很多条文具有原则性和概括性。加之,散见于其他法律和司法解释中的监护条款对于很多问题没有规定或规定混乱,使得我国现有监护制度仍存在问题:部分内容比较空泛,缺乏有利于被监护人的判断标准,监护人的具体职责内容不够具体;未区分监护与抚养、赡养制度的关系;对特种监护的关注不够,如尚未规定离婚后、代孕等情形下的未成年人监护和缺乏老年人法定监护的内容等;监护人的任职资格(监护能力)规定不明确;监护人资格中按照顺位选择监护人的规定值得商榷;缺乏监护监督机制、监护人报酬、监护人辞任的规则等。基于我国《民法典》的体例是总则统领分则模式。总则已经对监护制度作出原则性、框架性的规定,建议在婚姻家庭编中细化监护具体内容或者是在不改变现有立法的前提下,通过司法解释等途径对我国现有监护制度存在的问题予以完善。

参考文献:

- [1] 董思远.未成年人监护制度研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2019.
- [2] 刘金鑫.中国老年意定监护实施的几个问题[J].北京社会科学,2018(10):17-25.

- [3] 李霞,罗宇驰.我国台湾地区成年意定监护草案报告[J].青少年犯罪问题,2019(2):5-14.
- [4] 李国强.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[J].现代法学,2018,40(5):182-193.
- [5] 刘安宁.《民法总则》视角下的老年人监护制度研究:以意定监护为中心[J].辽宁师范大学学报(社会科学版),2018,41(2):13-18.
- [6] 彭诚信,李贝.现代监护理念下监护与行为能力关系的重构[J].法学研究,2019,41(4):61-81.
- [7] 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.
- [8] 吴国平.民法总则监护制度的创新与分则立法思考[J].中华女子学院学报,2017,29(5):19-25.
- [9] 曹诗权.未成年人监护制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,2004:299.
- [10] Pobjoy J M. The best interests of the child principle as an independent source of international protection[J]. International and Comparative Law Quarterly, 2015, 64(2): 327-363.
- [11] Ishaque S, Mustafa Khan M. The best interests of the child: A prevailing consideration within Islamic principles and a governing principle in child custody cases in Pakistan[J]. International Journal of Law, Policy and the Family, 2015, 29(1): 78-96.
- [12] Mokoto A. Guardianship in Japan under the Adult Guardianship Law of 2000 [C]// Dayton A K, Comparative Perspectives on Adult Guardianship. Durham: Carolina Academic Press, 2014: 167-175.
- [13] 吴国平.家事法疑难问题研究[M].长春:吉林大学出版社,2020.
- [14] Benjamin G A H, Jackie K G. Family Evaluation in Custody Litigation: Reducing Risks of Ethical Infractions and Malpractice [M]. Washington: American Psychological Association, 2003:41.
- [15] 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.
- [16] 杨立新.我国《民法总则》成年监护制度改革之得失[J].贵州省党校学报,2017(3):23-29.
- [17] 袁发强,吴豪霖.离婚后子女抚养与监护法律问题的澄清[J].青少年犯罪问题,2019(2):15-24.
- [18] 李欣.私法自治视域下的老年人监护制度研究[M].北京:群众出版社,2013:34.
- [19] Dongjin L. Recent development in Korean Family Law: Divorce, adoption, parental responsibility and family support [C]// Bill A, Fareda B. The International Survey of Family Law. Bristol: Jordon Publishing, 2015:193-208.
- [20] 孟强.《民法总则》中的成年监护制度[J].中国人民大学学报,2017,31(4):22-30.
- [21] 陈钊.我国成年人监护制度立法完善研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2019.
- [22] 王竹青.成年人监护类型解析[J].首都师范大学学报(社会科学版),2018(2):65-74.
- [23] Hodson D. The International Family Law Practice[M]. 4th ed. Bristol: Jordon Publishing, 2015:748.
- [24] Lanteigne G. Best interests of the child in relocation: the work and views of lawyers in England and Wales [M]//Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy. Leiden: BrillNijhoff, 2015: 395-423.
- [25] Zermatten J. The best interests of the child principle: Literal analysis and function [J]. The International Journal of Children's Rights, 2010, 18(4): 483-499.
- [26] 李霞,陈迪.从《残疾人权利公约》看我国新成年监护制度[J].法治研究,2019(6):46-55.
- [27] 曹贤余.儿童最大利益原则下的亲子法研究[M].北京:群众出版社,2015:63.
- [28] 凯特·斯丹德力.家庭法[M].屈广清,译,中国政法大学出版社,2004:229-231.
- [29] Schepard A. Children, Courts, and Custody: Interdisciplinary Models for Divorcing Families [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2004: 162-163.
- [30] Quinn M J. Guardianship of Adults: Achieving Justice, Autonomy, and Safety [M]. New York: Springer, 2005: 18-24.
- [31] Bidaud-Garon C, Fulchiron H, Baret B, et al. A chronicle of French Family Law [C]// Bill A, Fareda B. The International Survey of Family Law. Bristol: Jordon Publishing, 2015:95-117.
- [32] 王雷.婚姻、收养、监护等有关身份关系协议的法律适用问题:《合同法》第2条第2款的解释论[J].广东社会科学,2017(6):222-229.
- [33] 法国民法典[M].罗结珍,译.北京:中国法制出版社,2000:71-72.
- [34] 中华人民共和国民政部.2018年社会服务发展统计公报[EB/OL].(2019-08-15)[2020-03-10].<http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201908/20190800018807.shtml>.
- [35] 孙犀铭.民法典语境下成年监护改革的拐点与转进[J].法学家,2018(4):16-34.

(责任编辑:陈丽琼)