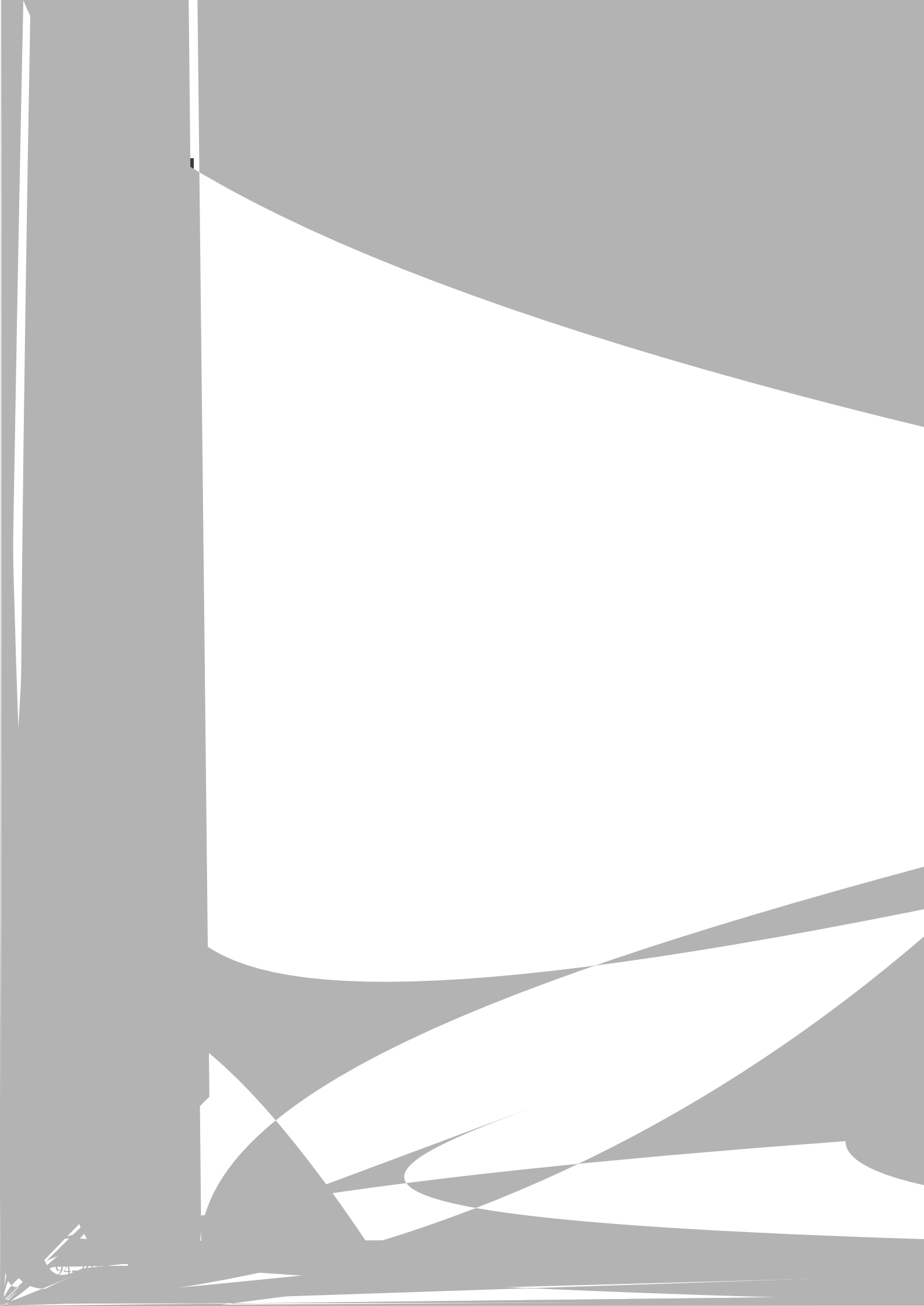




行相关规定，确定了未成年人的监护人在监护体系之中。针对父母不履行监护职责的兄、姐，我国《未成年人保护法》规定，从此，对未成年人的监护，除了法定监护外，还有意定监护。意定监护虽然在一定程度上弥补了法定监护的不足，但由于缺乏可操作性和监督机制，法定监护人的委托监护并没有得到广泛适用，留守儿童得不到照护，身心遭受严重损害依然存在。2016年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及民政部联合发布了《关于依法惩治侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，希望综合各方面力量来预防和减少对未成年人的侵害，但仍未实际解决监护缺失问题。2017年6月，全国人民代表大会修改了《民法总则》第26条，明确规定父母是未成年人的监护人，同时，在第27条还允许父母通过协议方式，将监护权委托给其他个人或组织^③，至此，关于未成年人的监护，在法定监护外，还有遗嘱指定监护和委托监护。委托监护相对于监护人来说，是监护人自愿将监护权委托给他人，属于意定监护。遗嘱指定监护的设置，弥补了法定监护的不足，但从未成年人监护制度来看，从现有意定监护能否解决不处在父母照护之下的未成年人的照顾与财产保护，仍是需要思考的问题。

的保护对象来看,监护分为对未成年人的监护。未成年人均为无民事行为能力人,其法定监护人为其父母,父母死亡或无民事行为能力人,其法定监护人由其祖父母、外祖父母、成年兄、姐担任。监护,从传统的监护立法来

意定监护,有学者认为系指基于当事人的意思表示而成立,并就监护人的选定、监护事务与监护(代理)权限等,由当事人自己决定的委任监护契约^[1]。也有学者将之定义为“在公权力机关监督下的意定代理制度,即在本人还具有意思能力时与自己所选任的意定监护人缔结意定监护合同,在自己将来因身心障碍等原因致使判断能力不足时,有关自己的生活、疗养看护以及财产管理事务的全部或部分赋予代理人的制度”^[2]。表述虽然有异,但其核心则是相同的,即意定监护是被监护人以自己的意思表示,根据自己的意愿来选任监护人,确定监护人的监护事项,其本质是尊重被监护人的意愿,其目的是代理被监护人在身心障碍或判断力不足时处理事务。

⑤ 我国现行《老年人权益保障法》第25条规定：“老年人有依法继承财产的权利。老年人丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与该老年人有密切关系的人中，指定一人或者多人，担任监护责任。指定监护按下列程序办理：（一）老年人应当具有辨别、判断自己行为的能力；（二）指定监护不得侵犯老年人的合法权益；（三）指定监护应当经老年人所在单位或者基层组织同意。”

。从意
年人意定监
主体与体现的意志不
母通过委托或者遗嘱方式为未
意定监护的委托主体是未成年人父
成年人父母的意愿;而成年人意定
具有完全意思表示能力时,依据自己
户人并与之订立委托监护合同,因此
监护人自己的意愿。

监护的类型不同。未成年人意定监
户与遗嘱指定监护,而成年人意定监
托监护,委托监护人在自己在身心障
不足时,代理为照顾、进行财务管理

监护遵循的主要原则不同。未成年
遵循未成年人利益最大化原则,因
设立主要是为了保护未成年人合法
财产权益,父母在选定监护人时不得
合法权益;而成年人意定监护遵循意
为成年人是在其具备完全民事能力
委托监护合同的,应遵循合同订立的
重当事人双方的意愿,对各方的意
法律不加以干涉。

的条件不同。未成年人意定监护主
在父母照护下的未成年人而设立,委
母因外出务工或其它事宜暂时不能
时适用,遗嘱指定监护则是父母为未
自己死亡后而选定的监护人。成年
是成年人為自己而设立的防患于未
其适用的前提是该成年人身心出现
不足。

相同。未成年人意定监护主
在父母照护下的未成年人而设立,委
母因外出务工或其它事宜暂时不能
时适用,遗嘱指定监护则是父母为未
自己死亡后而选定的监护人。成年
是成年人為自己而设立的防患于未
其适用的前提是该成年人身心出现
不足。

年人意定监护的理论基础
的照护与保护是未成年人意定监护

《儿童权利公约》^①要求各国在处理所有与儿
利益为首要的考虑,将儿童利益
置^②。监护制度作为针对未成年人的人身和财
权益进行保护的制度,尤应确立起儿童利益最大化
原则,要根据未成年人的特点,以儿童利益最大化为
考量,制定出“由谁担任监护对子女最为有利”的
监护制度^③。

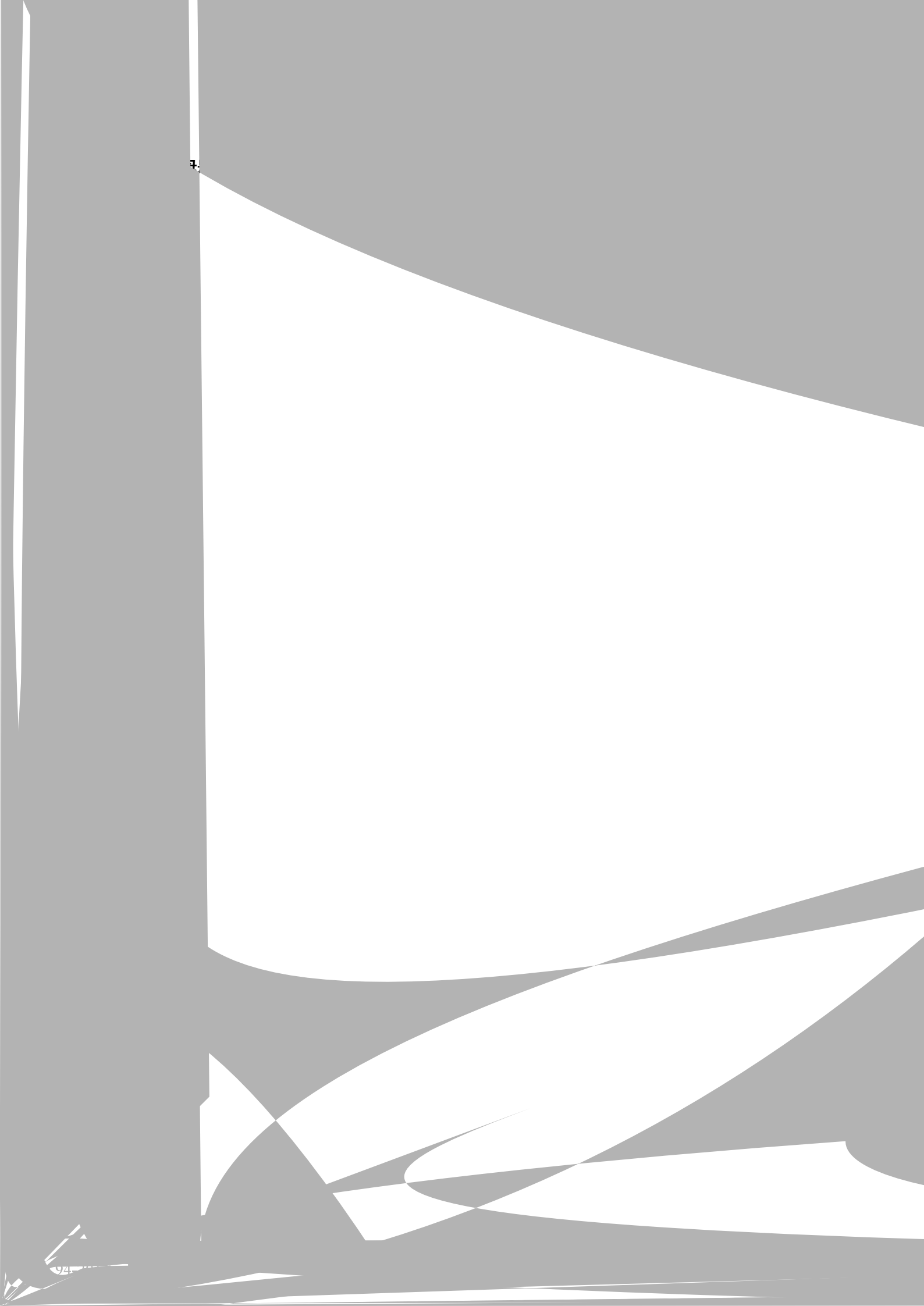
未成年人与成年人的最大不同在于前者自身
需要保护,不能正确表达意愿,因此,在某种意义上,
为了保护被监护人的权益,只能由监护人来选择
最有利于该未成年人的监护方式。父母是子女
一出生就与其共同生活的、最亲近的人,与子女间
有着自然血缘关系和情感上的紧密联系,是子女的
启蒙老师和利益保护人,对子女哺育、监护与教育
是父母的天职,寻求并实现子女的最大利益可谓父
母的天性。一般而言,父母不仅不会损害子女的合
法权益,还会尽其所能地保护子女,为子女寻求最
大化的利益和最好的保护,在自己不能照护时,为
子女选定最恰当的监护人是其本能。因此,基于监
护人父母意愿的意定监护是体现父母意愿的最有
效的选择,也是父母对未成年人子女的最有效的
保护。

三、我国未成年人意定监护立法现状及存在问题

(一)立法现状

我国对于未成年人意定监护的规定,主要分布
在我国现行的《民法通则》《未成年人保护法》和
)!""年颁布的《民法总则》之中。《民法通则》

① 联合国《儿童权利公约》第3条规定,一切行动,均应以儿童的最大利益为首要考虑。



民法总则
会通过的《民法总则》
的规定,这种分散式立

去源之间冲突。其主要表现在新近颁
《民法总则》与现行《未成年人保护法》之间的
《民法总则》第二章第二节以一整节规定
为统帅民法典的《民法总则》,其规
是调整监护关系的最基本制度,所有
的制度均应以其为依据展开,但反观
委托监护制度,由于《民法总则》没有
《未成年人保护法》又对其作出了规定,此
如何协调?例如,我国《民法总则》第26条
人应当按照“最有利于被监护人”的
职责,但是我国《未成年人保护法》并
比时,对于《未成年人保护法》规定的
用《民法总则》规定的最有利于被监
是仅适用于《未成年人保护法》规定
为以后司法及适法带来不便。

去源之间冲突。虽然我国现行的
《民法总则》在法律渊源中仅属于司法解释,
《民法通则》的适用的司法解释,伴随我
于今年1月1日的生效,其部分内
《民法总则》一并退出历史舞台,但是,
《民法总则》确立的委托监护制度并不必然
由于我国《民法通则》并无委托监护
是在实践当中,监护人将监护权全
其他主体行使的情形逐渐增多,尤其
学习等情况下则更为普遍,此时,最高
法解释“造法”的形式确立了《民法
的“委托监护”制度,以填补立法空
者之间的关系,可以预见,随

时,如何
《民法总则》意
监护问题也是迫切需要解决

(一)总
则》对于遗嘱指定监
要是被监护人之父母在担任监护人
以以遗嘱形式对未成年人做出指定监护,这种规
存在以下弊端:一是没有考虑被监护未成年人的父
母二者意见不一的实然情况,具体而言,当被监护
的未成年人父母一方以遗嘱指定非父母之外的他
人为监护人,而另一方以委托监护方式将未成年人
委托其他主体监护,或者主张由自己监护,应如何
处理?此外,当父母双方均以遗嘱指定监护的形式
指定了对未成年子女的监护人,但指定的监护人
不一,此时又应当如何协调?对这些问题均需立法进
一步完善遗嘱指定监护启动机制予以协调和解决。
二是当具有遗嘱指定监护人资格的父母达成一致
意见指定了监护人,但是被指定的监护人不具有民
事行为能力或者其因自身原因如不可抗力、疾病或
e不克壹

监护能力

能力不足或者

朋友、邻居或同事部分

监护人资格不具体。关于未成年人意
指定或者委托的监护人资格问题,我
对遗嘱指定监护人资格并未做出明
成年人保护法》对委托监护人的资格
面:一是监护人须为成年人,二是有
上规定存在两方面的问题:第一,没
未成年人的意思,遗嘱指定监护属于
的民事法律行为,仅体现遗嘱人单方
监护虽为多方民事法律行为,但也
和被委托人两者的意思表示,因此,
定监护还是委托监护,在现有的法律
体现被监护未成年人的意思自治。
最大化的原则,对于已具有一定的认
以上未成年人,应当充分尊重其意
在司法实践当中,这种做法已有先
高人民法院发布的《关于人民法院审
理子女抚养问题的若干具体意见》中
赋予了“11岁以上的未成年人在其父
母中的意思自治权利^①。第二,没有明
资格类型。我国现行委托监护制度
了监护人须具有监护能力这一资格
为监护能力则没有具体的规定,而
当中则没有涉及对监护人资格的
对于儿童存有危害、可能会损害儿
的监护人的情形,不仅可以进一步
关于监护能力的内涵和范围,而且
尊重遗嘱指定人和委托监护委托人
排除一些不利于监护未成年

供监护服务

来适用上的困难。例如

否应予给付,给付的标准,以及不能
完全给付应如何维护其权益,因此,这种不明确
制度设计不利于维护意定监护人的权益。二是不
利于保护被监护的未成年人。监护内容包括多种
事项,既有人身方面的,比如人身安全、心理健康
等,还有财产方面的,比如对财产投资、收益及保管
等,而在体现指定人或者委托人高度意思自治的对
未成年人意定监护中,可能会因指定人或者委托人
不同现实需要,而对指定或者委托监护的内容有所
不一,而我国现行立法没有明确不同情形之下意定
监护人的相关职责,极易导致意定监护人疏忽或者
怠于履行相关监护职责,不利于保护被监护的未成
年人合法权益。

§8 监督机制尚需健全

虽然未成年人意定监护充分体现当事人的意
思自治,但是,鉴于未成年人这一弱势群体的特殊
性,强化对其的监督机制,才能更好地实现未成年
人意定监护的制度功能,为此,我国《民法总则》与
最高人民法院等四机关于2015年发布的《意见》规
定了对于监护人履行监护职责的监督规则。《民法
总则》第34条规定监护人存有严重损害被监护人的
身心健康以及怠于或者不能有效地履行监护职
责等情形时,有关个人或者组织可以向人民法院
请求撤销监护人的资格,其中《意见》是对“组织”进行
了界定,并明确了个人及相关组织不履行监督职责

定监护中
监护,而对于被指定
的权利和立法没有进一步明确
不具体监护人权利和责任的立法模

① 最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第13条规定“父母双方对十周岁
年子女随父或随母生活发生争执的,应考虑该子女的意见”
条规定“一方要求变更子女抚养关系有正当理由的应予支持。”其第15款规定“十周岁以上未成年子女,愿随另一方又有抚养能力的……”。

监护人侵害被监护人合法权益的,应当依法追究其法律责任。《意见》第 9 条规定,监护人侵害被监护人合法权益的,应当依法追究其法律责任。《意见》第 9 条规定,监护人侵害被监护人合法权益的,应当依法追究其法律责任。

定可以看出,我国对于未成年人监护要包括两个方面的监督,一方面是个人的监督,另一方面是国家的公权监督。但是,在个人监督方面,主要存在两个问题,一是在个人监督方面,主要存在监督不够明确,《民法总则》规定了“有关组织”则使用了“任何个人”用语,这种监督责任个人的立法模式,虽然可以鼓励所有“个人”积极行使监督权利,但是其中,作为抽象概念上的“个人”碍于“挂起”的心理,很可能导致无人去行使监督权利,从而严重影响个人监督制度功能。在国家公权力监督层面,主要存在牵头单位不明确以及监督衔接机制不顺畅等问题,虽然规定了以撤销监护人资格的监督职责及本人不履行其监督职责时,民政部门性的监管职责,《意见》也明确了公权力机关的监管职责,《意见》也明确了公权力机关的监管职责,《意见》也明确了公权力机关的监管职责,《意见》也明确了公权力机关的监管职责。

《意见》也明确了公权力机关的监管职责,《意见》也明确了公权力机关的监管职责,《意见》也明确了公权力机关的监管职责,《意见》也明确了公权力机关的监管职责。

定监护人,或者其一方以委托监护方式,为未成年子女设定监护人。在未成年人意定监护制度下,首要需求是

必须考虑,设立未成年人意定监护制度既能弥补现有法定监护制度的不足,又可以避免有监护资格的人之间相互推卸监护职责。总之,设立未成年人意定监护制度,原因就是未成年人不处在父母照护之下。未成年人意定监护是对法定监护的补充,当未成年人未处在父母照护下时,需要具有监护能力的人代替父母行使监护权,使未成年人不论在何种情况下,都能处于监护人的监护之下,从而实现对未成年人最大限度的保护。

为了体系化地建立未成年人意定监护制度,域外一些立法在民法中全面规定了未成年人意定监护制度,如我国台湾地区“民法”在法定监护之外,规定了两种未成年人意定监护制度:一是在一定期限内,因为特定事项,父母可以委托他人行使监护之职务之委托监护,二是后死之父或母可以用遗嘱指定监护人之遗嘱监护^①,而祖国大陆对于未成年人意定监护类型分散于《民法总则》《未成年人保护法》以及相关司法解释当中,为避免立法体系上的不同法源之间的冲突以及在法律适用上可能产生的困境,祖国大陆可借鉴我国台湾地区的立法模式,将未成年人意定监护制度均纳入到民法典中予以规定^②,以维护立法体系的统一性和完整性。鉴于目前《民法总则》已经颁布,建议在分则《婚姻家庭编》中作具体的更具操作性的规定。

(二) 完善具体制度

1. 完善意定监护适用条件

对于遗嘱指定监护,我国立法需要进一步明确被监护未成年人的父母的自身实然条件,充分借鉴一些域外的先进立法经验,以其是否有管理

^① 参见:我国台湾地区“民法”第 1091 条。

^② 参见:我国台湾地区“民法”第 1091 条。

法”规定

父母得以遗嘱

通过最后行使亲权和设

指定监护目的,规定“对未成年

人,可以通过遗嘱指定监护人。但

的人,不在此限。行使亲权的父母

权的,另一方可以根据前款的规定指

此外,《德国民法典》同样以父母的生

成年人遗嘱指定监护的适用条件,规

已经指定不同的人的,以最后一个

方的指定为准^③”。

其本质是源于古罗马家父对其家庭

自由支配和管领^④,对于委托监护,

遵循委托监护的私权自治属性,最

尊重人的意思自治,排除和取消具有外

和不能履行监护的条件限制,赋予对

监护责任的父母更大的权限,以便利

给相关民事主体,具体做法可参酌我

法”委托监护制度规定的“父母对其

得因特定事项,于一定期限内,委托

之职务”^④的条款,进一步扩大委托监

监护人资格

现有的监护人资格不明确问题,我国

尊重和体现被监护人的意愿为基本

以比照我国最高人民法院颁布的

审理离婚案件处理子女抚养问题的

中赋予“18岁以上的未成年人享有

监护权的相关规定,明确在遗嘱指定监

母在立遗嘱中必须考虑“18岁以上

父母在委托监护人时亦必须充分

监护人的意愿,以保障具有一定

监护人的情

鉴域予以明确。如

法典》第1167条规定,被剥夺亲权的

定为监护人和保护人。《韩国民法

或行为能力

为意定监护人;二是品

人、保佑人或辅助人资格,或被取消

成为未成年人的监护人;三是与被监护人有利害

系者,如曾对被监护人诉讼的人及其配偶、直系血

亲,或可能会危害被监护人利益者。我们可以上述

域外国家或地区立法经验为导向完善意定监护人

资格相关规定。

%B 明确意定监护人权责

第一,明确意定监护人报酬请求权。为保障意

定监护人的合法权利,各国民法都有规定监护人可

以收取监护费用,享有监护报酬请示权。如《日本

民法典》第650条规定,家庭法院可以根据监护人和

和被监护人的财力及其他情况,从被监护人的财产

中,支付给监护人一定的报酬。我国立法可参酌以

上相关规定,明确意定监护人的报酬请求权。我国

立法可根据意定监护的不同情况明确意定监护人的

的有关报酬请求权。

第二,明确意定监护人的具体职责。不论是法

定监护人,还是意定监护人、指定监护人,都应履行

法律规定的监护职责,保护未成年人的人身和财产

权益。明确监护人的职责,是保证监护人有效履行

监护义务的具体要求,域外法律关于监护人监护职

责的规定,对于我国监护人制度的完善无疑具有重

要意义。监护人的监护职责概括起来

保护、财产保护和其他代理三个方面。在人身

保护方面,《俄罗斯民法典》第44条要求监护人要

关心被监护人的生活,关心未成年人的学业和品德

教育;作为未成年人的监护人,《日本民法典》第650

① 参见:我国台湾地区“民法”第1116条

② 参见《日本民法典》第650条。

③ 参见《德国民法典》第1763条。

④ 参见:我国台湾地区

义务

料未成年人的

动等行为。在财产保

护人在规定的时间内清查未成

年财产目录,如《日本民法典》第 C(%

典》第 &' " 条的规定。二是监护人有人

人的财物,并代表未成年人为有关财

行为。《日本民法典》第 C(& 条、《意

% (* 条同样既规定监护人要照顾未

,又要管理其财物,代理未成年人为

是监护人对被监护人享有债权或负

着手财产调查前向监护监督人申

丧失。监护人在管理未成年人财产

良家父的注意义务。监护人对因违

未成年人造成的所有损失承担责任。

财产上之监护职务有过失所生之损

人应负赔偿之责。我国可对以上相

借鉴和吸收,在此基础上根据我国

确定监护人负有的人身保护、财

代理行为三个方面的监护职责。

监督机制

户监督人制度 为意定监护人配备

监护监督人,可以将“个人”明确和具

对意定监护中私力监督力度不够的

济真正发挥作用。而如何选任监护

查阅的域外部分国家与地区的相关

本民法典》规定可由未成年人的父、

定,或家庭法院认为必要时,可以根

亲属或监护人的请求而选任^①。监

人后,应履行监督义务。监护监督人

述立法例主要有以下几个方面:一

确认监护人是否合乎义务

监护监督人制度 为意定监护人配备

监护监督人,可以将“个人”明确和具

对意定监护中私力监督力度不够的

济真正发挥作用。而如何选任监护

查阅的域外部分国家与地区的相关

本民法典》规定可由未成年人的父、

定,或家庭法院认为必要时,可以根

亲属或监护人的请求而选任^①。监

人后,应履行监督义务。监护监督人

述立法例主要有以下几个方面:一

确认监护人是否合乎义务

治不足

权益。在未来民法典

部门,我国《民法总则》虽然规定了

规则,但是仍然没有明确对未成年人意定监护

牵头主体,民政部门作为我国民政事业主管部门,

在职责范围内具有天然地担负对未成年人监护的

监督职责,因此,建议我国未来民法典中明确“民政

部门”对未成年人意定监护负有的牵头监督职责。

二要出台相关监督细则,首先是要进一步完善联合

监督机制,对) ! " ' 年四部门出台的《意见》进行完

善,一方面要提升《意见》的法律地位,从法律属性

上看,《意见》虽由最高人民法院、最高人民检察院、

公安部以及民政部联合发布,但其不属于司法解释

或部门规章之范畴,其地位仅为规范性法律文件,

其效力仅对相关部门有指导意义,将其法律地位提

升至部门规章以上,可大幅提高其适用效力。其

次,要完善相关配套细则,一方面要完善《意见》现

有的不足,将意定监护内容纳入《意见》当中,进一

步明确各职能部门的分工及衔接机制;另一方面,

还须细化各职能部门的监督职能,将未成年人意定

监护监督的职能具体形成各相关单位内部工作流

程和运作规则,方能及时、有效并能规范化地开展

监督工作。 [&]

参考文献:

[1] 李霞:《成年监护制度的现代转向》[J],《中国法学

, 2016(3): 118

[2] 李国强:《我国成年监护制度运行中的问题及其立

法修改趋向》[J],《当代法学》,2016(3): 83

① 参见《日本民法典》第 C' C 条和第

② 参见《德国民法典》第 1909 条

《日本民法典》第 C(" 条。

: "!"

论子女最佳利益

,余延满^① 民法原论 [P] 北京.

,李永^② 民法典视域下亲属身份权之重塑 识谱系

学学报,)!"\$() : "% "B

[""] 陈苇^③ 中

《民法总则》制定与我国监护制度之完善 众出版社,)!"! : 'C(B

@A3H 26 , 4B:?=7@:26 7J2A@ L5448:= NA753:76?<:I 2> &:625?

YE Ying-ping

(Z<= EH3JJ; JK b<>6<6 '6>^8?9>:Q, b<>NJF (*!))C, +3>6<)

U?88=>; RF<?A><693>G JK M>6J?9 86<0;89 OJ:3 J? 8>:38? J68 JK G<?86:9 :J <99>R6 RF<?A><69 ^>< <F_
;;, <6A :J A8;8R<:8 :38M :J :<N8 H<?8 JK <6A G?J:8H: :38 M>6J? H3>;A?86, =386 :38 M>6J?9 <?8 6J:
><693>G JK :38?> G<?86:9, =3>H3 8M0JA>89 :38 M<I>M>2<:>J6 G?>6H>G;8 JK M>6J?9' >6:8?89:B U?88_
>G 3<9 9G8H>H K8<:F?89B V6 :38 J68 3<6A, >: ?8G?8986:9 :38 =>; JK G<?86:9 <9 ;8R<; RF<?A><69B
6A, K?88=>; RF<?A><69 <?8 JO;>R<:8A :J :38 KJ9:8?, 8AFH<:>J6 <6A G?J:8H:>J6 JK M>6J?9 <9 :38>
:38 G?J:8H:>J6 <?8 KJ? :38 G8?9J6<; ?>R3: <6A :38 G?JG8?:Q ?>R3: JK M>6J?9B a38 ;8R>9;<:>J6 9G8H>
K K?88=>; RF<?A><693>G, :3<: >9, <F:3J?>28A RF<?A><693>G <6A :89:<M86:<?Q RF<?A><693>GB bJ=8^_
J K<H8:9 JK K?88=>; RF<?A><693>G__8R>9;<:>J6 <6A 8K<8H:>^86899, :38 HF??86: K?88=>; RF<?A><693>G
3<9 :38 KJ;;J=>6R >99F89: A>9>6:8R?<:8A ;8R>9;<:>J6 9Q9:8M <6A K;<=8A ;8R>9;<:>^8 HJ6:86: =>:3 <6
?^>9>J6 9Q9:8MB a38?8KJ?8, KJ? < MJ?8 HJMG;8:8 9FG8?^>9>J6 9Q9:8M, :38 <F:3J? 9FRR89:9 :38 F6>
>; RF<?A><693>G OQ +>^>; +JA8, <6A :38 9G8H>H<:>J6 JK <GG?JG?<:8 HJ6A>:>J69, dF<;>H<:>J6 JK
69 <6A :38?> JO;>R<:>J69 <6A ?>R3:9B
?: M>6J?9; K?88=>; RF<?A><693>G; <F:3J?>28A RF<?A><693>G; :89:<M86:<?Q RF<?A><693>G

本文责任编辑: 林士平

(%