

关于公证机构参与意定监护监督制度的思考

沈佳芸

(江苏警官学院 江苏 南京 21000)

【摘要】 意定监护制度的设立是我国立法上的一大突破,但是有关法律规定较为空泛,以致于该制度在实践中遭遇了一些困境。比如缺少意定监护监督制度,导致无法有效地防止意定监护人滥用监护权等问题。借鉴域外国家的相关经验,结合我国的国情,分析公证机构作为意定监护监督机构的优势,论证公证机构参与事前监督、事中监督、事后监督的具体路径,以期让意定监护制度真正发挥作用。

【关键词】 意定监护; 监护监督; 监督人; 公证机构

【基金项目】 江苏省大学生创新训练项目国家级项目; 项目名称“民法典时代意定监护制度的发展趋势与应对措施”; 项目编号: 202110329020Z

【作者简介】 沈佳芸,女, 2001.05.14,汉族,浙江海宁,本科生在读,法学。

【中图分类号】 D92 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1673-9574(2022)13-00056-04

我国2012年修订了《老年人权益保障法》,该法一大亮点在首次规定了老年人可以预先选定监护人来照料自己失能以后的生活,这种做法被称为老年意定监护。2017年颁布的《民法总则》在前法的基础之上,将适用主体扩宽,不再局限于老年人,并强调了监护协议应采取书面形式,正式确立了我国的意定监护制度,但法律规定仍是粗略,对意定监护规则没有做细化要求,更重要的是缺乏一个完备、科学的监督制度。2020年颁布的《民法典》也没有补充更详细的规定,只是照搬了《民法总则》的内容,对于如何保证意定监护落实到位选择了回避。而一个有效的监督机制可以对意定监护人起到震慑作用,预防、纠正其滥用监护权,是确保意定监护制度正常运作的重要保障制度。对此,本文试探究意定监护监督制度的必要性,并参照国外立法,探讨了公证机构担任意定监护监督机构的优势和监督的具体路径,以期有助于意定监护的推广和落实,回应民众的殷切希望与需求。

一、建立意定监护监督制度的必要性

意定监护制度是在老龄化程度加剧和少子化家庭结构变动的社会问题下应运而生的,主要目标人群是那些孤寡老人、丁克家庭、同性伴侣以及不愿意让法定监护人照料自己的成年群体,他们可以提前规划自己的未来生活,自主选择一个能照料自己生前身后事的监护人。

《民法典》第33条确立了我国的意定监护制度。意定监护的含义就是指一个成年人在有清晰真实的意志之时“未雨绸缪”地确定自己将来的监护人,与监护人协商在自己完全失能或者部分失能以后,由其负责照料自己,具体的监护事项(包括但不限于财产管理、日常起居、维权诉讼等方面)通过书面协议确定。意定监护人脱离了姻亲血缘的范畴,可以与其毫无血缘关系甚

至不需要太多情感基础,只要双方达成合意订立意定监护协议即可。但是正是因为意定监护人往往与被监护人缺乏血缘关系,有可能不会尽心尽力地照顾被监护人,而在意定监护人不当行使监护权甚至有积极侵权行为时,被监护人因为失能、失智,很可能被剥夺说“不”的权利。可见如果没有监督监护人行为的防御机制,在隐秘的监护关系中,外界很难察觉到意定监护人的异常行为,也就难以保护被监护人。

对此,《民法典》第36条也规定了相应的救济机制即监护资格撤销制度,该制度同样适用于意定监护人。当意定监护人因为客观原因履行职责不力或者主观上就有侵犯被监护人的恶意,其行为已经达到了法律规定的极为恶劣的程度时,有关主体便可以向人民法院提起意定监护撤销之诉。同时,考虑到为了尽可能地保护被监护人,《民法典》第36条对有权提起监护资格撤销之诉的主体范围规定地较为广泛。笔者认为,虽然上述主体一定程度上可以起到监督意定监护人的作用,但是该条文中涉及人员、机构众多,法律没有明确各机构的职责划分,各机构的专业性、监督能力也各有差异,而监护关系又是一种较为封闭、隐秘的关系,意定监护人可通过各种方式隐瞒自己对被监护人的侵害行为,上述人员、机构无从查知时,便不能有效监督,使得该条文形同虚设。因此,为了更好地保护和救济被监护人的权利,督促监护人适当履行监管职责,从根本上减少和消除监护不当带来的危害后果,我国有必要尽快建立意定监护监督制度。

二、域外意定监护监督模式的选择及评析

观察世界其他意定监护制度发展完善的国家,都配置了监护监督制度,大致可分为公权力监督、私权力监督,或者二者的结合。

(一)美国的意定监护监督模式——私权监督

美国是崇尚私法自治和契约自由的国家,在意定监护监督中更强调对隐私的保护,公权介入程度之低,主要依靠自然人进行监督。美国于2006年制定了《统一代理权授予法》,该法采取了赋予第三人提请司法审查权的方式对监护人进行监督[1]62,即第三人在意定监护人不当地行使监护权时,有权起诉到法院,请求追究该监护人的责任。这种模式虽然给予了当事人意思自治的充分尊重和隐私权的保护,但是在封闭的家事领域,监护人完全有机会掩盖自己失责并损害被监护人利益的行为而不让第三人发现,此时又不辅之于公权力机构的介入,被监护人的权益也许很难得到救济。

(二)英国的意定监护监督模式——公权监督

英国在意定监护监督制度中引入了公权力进行监督,创设了公设监护办公室与保护法院两个机构,这两个机构分别监督意定监护人和法定监护人。[2]笔者认为,英国的公权力监督模式有国家强制力作为后盾,能很好地震慑意定监护人,督促意定监护人履行职责,但是英国设立了两个监督主体,这两个主体间职能有所重合,使得成本增加,司法资源浪费,并且公权力过度介入,破坏了私法自治的原则。

(三)日本的意定监护监督模式——双重监督

在大陆法系国家,日本实行的是公权力与私权力并存的双重监督模式。[3]公权监督是指由日本设立的家庭法院进行监督,私权监督是指家庭法院根据家属申请选任任意监护监督人,由其对监护人进行监督。家庭法院并不直接干涉到当事人的监护关系中,而是由监督人对监护行为进行监督、指导、帮助,家庭法院则通过督促监督人履责来发挥监督作用。[1]63这种模式避免了公权力过多地介入家事领域,同时节省司法资源,另一方面,监护监督人和家庭法院通力合作,能提供更全面的救助保护方式,与英国、美国相比而言,日本的做法或许更适合我国学习、参考。

三、我国意定监护监督制度的建立

(一)意定监护监督模式的选择

如前所述,日本的监督模式或许是对中国当下更有借鉴意义的模式,当事人意思自治权利真正的享有和保障有赖于一定公权力的介入,我国的意定监护监督模式可以选任监督人并联合监督机构共同监督:一方面,被监护人有权利自行选任可托付的监督人,另一方面,在给予当事人最大程度的尊重同时,以公权力为后盾,监督机构有效保障监督力度。二者通力合作,互相配合,对整个监护过程都进行严格的监督,能够有效防范意定监护人的权利滥用。

(二)公证机构作为意定监护监督机构的优势

如前所述,我国的意定监护监督制度应该有监督机构参与其中,而在监督机构的选择上,笔者认为可以公证机构或许可以肩负起这一重任,主要是基于公证机构的以下几个优势:

1、有利于公权介入与私权自治的平衡

在监护领域设立意定监护制度是最大程度尊重当事人意思自治的结果,但是自由从来不是绝对的,完全的意思自治可能反而侵犯到被监护人的权益。在监护过程中,如果监护人履职懈怠不作为或实施直接侵权行为,失能、失智的被监护人在没有外界协助的情况下,仅仅依靠自身的力量或许很难运用法律武器来保护自己,这正是绝对的私权自治带来的弊端。所以,为了能够真正保障被监护人的权益,需要有一定公权力的干预,然而公权力的介入也不可毫无节制,应该与私法自治之间有所平衡。笔者看来,公证机构在性质上是从事公益服务的事业单位,公证权是为社会公共利益而服务的权力,由公证机构担任监督机构,不至于侵犯私权反而能保护私权,能最大限度地维护被监护人的权益。

2、公证机构的公信力和专业性

公证的最大价值不在于“证”,而在于“信”。公证机构在我国的发展历史悠久,在赠与、遗嘱、继承等民事领域积累了较多经验。公证机构是纠纷的事前预防机构,具有预防、解决民事矛盾,维护民事主体正当利益不受侵犯的功能,深受公众信赖,具有良好的群众基础,并且公证人员也都是具备着较高的业务水平和服务能力的专业人才。因此,公证机构具备的较高的社会公信力使其担任监督主体能更为公众认可。

3、公证机构参与事前监督的实践

我国部分较发达地区已经开始了意定监护公证的试水,这可以看作是公证机构在意定监护监督制度中的事前监督。如司法部2017发布的公证指导性1号案例展现了上海市普陀公证处进行的有益尝试和成功探索:被监护人向公证员说明了想要委托他人安排自己将来的日常生活、财产处分事宜的想法,公证员倾听了被监护人的意愿和顾虑,对监护协议进行了仔细审查,以保证监护内容公平合理,不违反公序良俗和当事人的真实想法,最后双方在公证员的见证下就监护协议内容达成合意并顺利完成了公证。公证机构在事前监督中已经充分了解了当事人的监护协议内容,有利于其在意定监护开始以后对意定监护人的后续监督。

四、公证机构参与意定监护监督的具体路径

一个科学、完备的意定监护监督体系按监督过程可分为事

前、事中、事后监督。其中事前监督是表示监督机构就监护协议的具体内容进行审核,以此来保障协议公平公正,真实有效;事中监督则是表示监督人与监护人直接接触、定期走访、有权随时调查监护情况,而公证机构督促监督人尽职尽责;事后监督主要指意定监护人违反协议约定内容时,公证机构可以对其批评教育,对更甚者公证机构可以向人民法院提起监护资格撤销之诉。

(一)事前监督

在事前监督中,公证机构需要保证当事人出于真实意思订立意定监护协议并为其办理公证,同时需要选任出意定监护监督人。

1、审查当事人的真实意思

公证员首先应当提供法律咨询服务,要告知双方签订意定监护协议由此可能带来的风险,如可能产生家庭矛盾,确保双方在充分了解自己的行为产生的法律效果的情况下再为其办理公证业务。公证员要尽到审慎审查的义务,审查被监护人是否具有行为能力,是否头脑清醒、意志自由,更要防范意定监护人不怀好意,目的不纯。

2、审核意定监护协议

意定监护协议具体应该包含哪些内容,《民法典》并没有作出规定,这给当事人较大处分权限的同时也遗留下诸多法律空白。当事人拟定的意定监护协议可能违反法律规定而无效,也可能协议偏颇于一方而侵害另一方的权益,因此公证员需要对已经拟订的监护协议进行审查,审查协议是否明确了监护事项、监护人的权利义务、处分权限、争议解决的方式等等。监护事项可分为对财产的管理和对人身健康的管理,笔者认为,监护协议中尤其要明晰以下几点内容:

(1)被监护人必须确定意定监护人管理财产的范围,如意定监护人是否有不动产处分权限。

(2)被监护人必须确定监护人人身照料的范围,决定是否给予监护人有关维持其生命治疗的权利,如若不允许,医护人员在重大医疗决定前仍应征求其家属的同意。

(3)被监护人必须明确说明,在意定监护人因法定原因丧失监护身份或者监护协议无法履行时,是否继续受法定监护人的监护,如已明确排除,则根据协议或法律再行确定适格监护人。

对没有意定监护协议的双方,公证机构应当有规范化的模板作参考,更要注意结合当事人的需求,提供参考意见,对监护协议优化设计,作出个性化的监护协议,满足多元主体的不同需求。

3、选任监护监督人

出于尊重被监护人的真实想法,被监护人当然可自行选择一名自然人作为监督人,可以优先选任与自己有密切联系、能掌握监护情况、较为信任的亲朋好友、街坊邻居、保姆护工等,他们更能接触到被监护人的日常生活,情感上也更关注被监护人的身心状况,履行监督职责就会更尽心。被监护人还可以选任养老机构等专门为身心障碍者服务的社会组织,他们在监护领域积累了大量的经验,同样有能力很好地起到监督作用。在被监护人没有可以指定的监督人时由公证机构与被监护人所在地民政部门、社区委、村委协商一致后进行指定。

4、严格公证程序

公证过程中,至少配置两名公证人员办理,同时对公证过程录音录像,保证监护协议的真实性和完整性,在将来利害关系人表示异议时有据可查。公证员应履行职业道德,对公证事项进行保密,但公证的内容应当告知意定监护监督人。学习我国办理公证遗嘱的经验,意定监护公证流程结束以后,公证机构也需要及时将公证内容上传至公证备案查询平台,以备将来之需。

(二)事中监督

意定监护开始以后,监督人可以定期走访、探望被监护人,有权随时调查监护情况,而公证机构则负责督促监督人尽职尽责。

1、意定监督人承担日常性的监督职责

监督人可不定期去被监护人住所进行调查、访问,查看被监护人人身健康、财产状况等情况。参考域外立法,日本于1999年制定的《任意监护契约法》第7条规定监督意定监护人相关事务的执行情况,并定期向家庭法院报告。^[4]笔者认为,我国也应当建立起监护报告制度。监护协议生效以后,监护人需要定期向公证机构上交监护报告,报告被监护人的财产变动情况和身心状况并说明原因。公证机构对监护人提交的监护报告,需要检查是否真实,因为意定监护人可能会对提供的报告避重就轻甚至刻意隐瞒被监护人的真实情况。

2、公证机构的间接监督

被监护人可能因为识人不清选择了错误的监护人来照料自己,但监督人同样也是被监护人自己决定的,既然如此,难免会出现监督人抱有事不关己的心态急于行使监督权利,甚至和意定监护人相勾结,借助身份便利,侵吞、转移财产,更严重是二者可能联合起来共同虐待被监护人,威胁被监护人的人身安全。所以立法上也应当明确意定监护监督人如果不履行监督义务,也应当承担法律上的不利后果,如被撤销监督人身份。公证机构虽然不像监督人一样有机会可以时常近距离地接触被监护

人,但是公证机构可以提醒、引导、督促监督人履行职责,这可以看作监督机构在间接行使监督权利。除此之外,为了使监督力度发挥到最大,需要凝聚社会合力,应该允许第三人,尤其是和被监护人接触最多的亲朋好友、邻里街坊、保姆护工等群体发现意定监护人在照看过程中,有或者可能有失职行为时,有权利及时向监督人和公证机构通报。

(三)事后监督

意定监护人可能由于自身能力问题不能很好履行监护职责时,公证机构可以对其批评、指导、责令意定监护人纠正自己的行为,当监护人恶意侵权,行为恶劣到了法定严重程度时,公证机构可以向人民法院起诉追究意定监护人的违法行为。人民法院审查意定监护人行为的恶劣程度和有无悔过之心,依法判决是否剥夺他的监护身份。

1、撤销监护人的监护资格

当意定监护人滥用监护权致使被监护人生活无着、处于危困状态等严重情形时,根据《民法典》第36条,有关人员和组织可以请求人民法院依法撤销其监护权。至于有权请求的相关主体是否包括公证机构,《民法典》并未直接阐明。笔者认为,公证机构也应当有权提起意定监护监护资格撤销之诉,有的学者提出对《民法典》第36条的“等”字进行扩张解释,将作为监督机构的公证机构纳入可以提起撤销意定监护人监护资格之诉的主体范围之内。^[5]

根据《民法典》第36条的表述,要撤销意定监护人的监护身份,需要满足其实施了足够恶劣的行为的条件,比如说行为造成“被监护人身心健康严重受损”、“处于危困状态”的后果。因此在照看被监护人的过程中,意定监护人虽有失职行为也并不必然被撤销监护资格,只有行为到达足够严重的程度才可能被撤销。当意定监护人因疾病、工作等客观情形确实无法照顾被监护人时可以委托他人代行部分监管职责,使得被监护人身心得到照料。无人委托时,民政部门、“两委”可以代为临时看护。

2、确定其他监护人

剥夺意定监护人监护身份不是单纯地为了惩罚他,而是一种对被监护人的司法救济措施。但是被监护人虽然逃离了受侵害的处境,如果还是处于无人照料的状态,那么撤销监护资格就没有实质性意义。所以,法院还需要继续选任其他合适的监护人选,只有这样才能实现被监护人失能失智时有所养、有所依的目的。

意定监护人可以有数人,如果其中一个因滥用监护权利而被撤销监护资格时,其他意定监护人应当继续监护,法律尊重被

监护人的选择。^[6]

如果仅有一个意定监护人但被监护人没有排除法定监护的,则按照《民法典》第28条的顺位规定确定监护人,如果监护协议中被监护人明确声明不由某个或某些法定监护人进行监护,则应当尊重其决定。

如果按顺位监护也不能确定监护人,则进行下一步,由法院依《民法典》第31条指定监护权由何人享有,民政部门和“两委”在没有其他合适监护人选的时候,应当承担起临时监护的责任。

3、监护资格不可恢复

我国《民法典》还规定了父母监护资格被剥夺以后,在法定条件下仍然可以恢复的监护恢复制度,但是监护恢复制度不应涵盖意定监护。监护权恢复制度是法律人性化的体现,是考虑到未成年人的身心发展,为了维护父母子女之间的血缘关系而设立的,但被监护人与意定监护人常常没有血浓于水、割舍不断的情感联系,因此恢复意定监护关系意义不大。

五、结语

意定监护制度在我国目前还属于实施的初级阶段,《民法典》中仅有1个条文,围绕该条文尚有诸多意定监护实施问题亟待厘清,且在实践中也遇到一些困境,这与相应的监督机制的缺位有一定关联。徒法不足以自行,期待未来我国立法上设立起科学、完备的意定监护监督制度,出台细致严谨的实施细则,可以使意定监护制度的功能发挥到最大程度,回应社会大众的殷切期望与需求。

参考文献

- [1]陈军.公证参与成年人意定监护监督模式探析[J].中国公证,2019(05):59-64.
- [2]任静,郭飞飞.英国持续代理制度论析及对我国《民法典》完善的启示[J].中国卫生法制,2021,29(6):41-46
- [3]马婷,我国意定监护监督制度研究[D].山西大学,2019.
- [4]赵华.论我国成年监护制度中财产管理权的限制[D].北京交通大学,2020.
- [5]文静.意定监护中被监护人的利益保护研究[D].辽宁科技大学,2021.
- [6]倪龙燕,刘继华.《民法总则》中的监护撤销制度释评[J].青少年犯罪问题,2018(01):5-14