

【民法总则】

意定监护中的基础关系与授权关系

刘征峰

【摘要】意定监护之设立既包含监护人的选择,又包含监护内容的确定。在意定监护监督制度阙如的情况下,除有特别约定外,应适用法定监护的规定。意定监护未涵盖之处,应设立法定监护进行补充。意定监护既可以指向法律行为或者准法律行为,也可指向事实行为。在基础关系层面,考虑到意定监护人与其他以提供劳务为标的之协议的相对人在权责方面存在巨大差异,只有在双方明确约定一方“担任监护人”的情况下,相关协议才应被认定为意定监护协议。由于在意定监护关系中存在特殊的利益格局,因此对民法典合同编的准用存在一定的限制。在外部关系层面,意定监护所对应的代理性质为委托代理,而非法定代理。考虑到意定监护的保护目的,作为单方法律行为的抽象授权行为并不会产生意定监护的法律效果。意定监护所形成的代理关系原则上应适用委托代理的相关规定,但亦存在一些例外。

【关键词】意定监护;基础关系;准用;委托代理

【作者简介】刘征峰,中南财经政法大学法学院副教授。

【原文出处】《法商研究》(武汉),2022.5.187~200

【基金项目】司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目(20SFB2024)、国家社会科学基金青年项目(18CFX075)。

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)在《中华人民共和国老年人权益保障法》(以下简称《老年人权益保障法》)第26条的基础上,确定了成年人意定监护制度。但是,与《老年人权益保障法》一样,《民法总则》第33条只是作出了原则性的规定,缺乏具体的规则和操作指引。这与将监护置于总则进行规定的特征密切相关,总则侧重于“建立监护制度的基本框架,具体问题交由分编或者单行法予以解决”。^①然而,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)在分编中并无相关配套制度。与未成年监护不同,成年监护亦缺乏诸如《中华人民共和国未成年人保护法》这样的单行法予以配套。虽然在2012年《老年人权益保障法》修订之后,各地就陆续开展了意定监护的公证业务,但是由于具体规范的阙如,意定监护的运行仍面临诸多障碍。^②对意定监

护的现有研究多倾向于理念与制度完善,对现行法框架下意定监护的规范构造阐释相对较少。针对制度缺失问题,有学者认为,意定监护协议为委托合同,可适用民法典合同编委托合同的规定以及民法典总则编委托代理的规定。^③然而,根据《民法典》第464条第2款的规定,有关身份关系的协议被明确排除在合同概念之外,因此直接适用委托合同的规定并不可行,必须考虑意定监护协议的性质进行准用。虽然有不少学者呼吁将监护与行为能力脱钩,避免监护所生替代决定弊端,^④但是这种主张并未被《民法典》所采纳,无论是法定监护还是意定监护均以被监护人行为能力丧失为要件。在意定监护中被监护人行为能力丧失使其呈现出与委托合同不同的当事人利益状态,在监护监督制度欠缺的情况下,有必要在准用民法典合同编和适用民法典总则编时给

予被监护人以特殊保护。此种保护必须落实到对具体规范的分析之上。现有研究成果虽有涉及具体规范的分析,但总体较为零散,且前后抵牾,缺乏系统性。究其原因,研究者未能清晰认识到意定监护在整个监护体系中的地位,也未能有效厘清意定监护协议、意定监护人职责以及代理权之间的关系。鉴此,笔者试图在现行法秩序下,从内外部关系两个层次阐释我国意定监护的规范体系。

一、意定监护设立中的层次区分

(一)对“协商确定监护人”的扩张解释

《民法典》第33条前半段规定:“具有完全民事行为能力的成年人,可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商,以书面形式确定自己的监护人。”从该规定的文义看,具有完全民事行为能力的成年人通过协议确定的只是监护人,而无权对监护之内容进行调整。《民法典》第27条至第32条均有关于监护人选任的内容,第34条才具体规定监护人的职责问题,似从体系上进一步印证了监护设立人的权利仅局限于选定监护人,而不包含对监护内容进行调整。易言之,《民法典》规定的“意定监护”仅指向预先选定法定监护人,监护职责及其履行方式、监护人资格之终止与恢复等方面仍应适用法定监护的规定。尤其是,监护设立人不能预先对监护人的代理权进行特殊调整,意定监护产生的代理权仍然属于法定代理。若作此理解,则似与第31条第2款规定的“居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院在指定监护中的应尊重被监护人的真实意愿”并无二致,事前协商不过是被监护人表达其意愿的一种方式。然而,从《民法典》第33条后半段的规定看,两者仍然存在较大的差异。协商确定的监护人在成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时自动取得监护人地位,无须有权机关指定。但是,为了避免意定监护人履行职责的时间点处于不确定状态,仍应启动行为能力宣告程序。^⑤按照此种理解,我国所谓意定监护在构造模式上既不同于少干预多自治的私人化美式持续代理模式,也不同于强干预多保护的日式成年意定监护模式。如果将协议的内

容局限于监护人之选定,那么意定监护制度之功能将大打折扣。被监护人无法在其行为能力丧失前通过该工具实现个性化的处分,自我决定权明显过度受限,与尊重和强化被监护人意思自治的总体目标不符。

《民法典》第33条旨在明确“具有完全民事行为能力人能够按照自己的意愿对自己将来的监护事务预先做出安排,协商确定相关内容”。^⑥这种安排和内容确定不应当局限于监护人之选定,还应当包含具体事务的确定,以彰显意定监护制度之价值。^⑦易言之,该条后半段所言“监护职责”是指当事人所约定的监护职责,而并非当然指向第34条的规定。在这一前提下,首先面临的问题是如何处理意定监护与法定监护的关系。一般认为,意定监护相对于法定监护具有优先性,除非意定监护的设立严重损害被监护人的利益。如果设定意定监护的成年人已经对监护人的职责作出不同于法定监护的特别规定,那么在内部关系层面自应从其规定。例如,意定监护设立人可以明确赋予监护人实施特定高风险活动的权利。但是,在法定监护中,人民法院通常将高风险活动排除在“为被监护人利益所进行的处分”之外。^⑧但意定监护的内容不得排斥法律对被监护人的最低保护,如排除监护人尊重被监护人意愿的义务(《民法典》第35条第3款)。同样,应准用《民法典》第506条关于合同内容控制的规定,为被监护人提供最基本的保护,排除“造成对方人身损害”“因故意或者重大过失造成对方财产损失”等免责条款的效力。

有学者认为,法定监护与意定监护不可能同时存在,^⑨但两者实际上并非完全互斥。当意定监护所含职责范围较窄,仍应设定法定监护。与一般的法定监护人不同,在此种情形中法定监护人的职责范围仅包含意定监护所不能涵盖的内容。由此,既可能存在复数意定监护人(同一事项的复数意定监护人和不同事项的复数意定监护人)的形态,也可能存在法定监护人与意定监护人并存的复数监护人形态。这意味着监护人不一定以统一

而全面的形象出现。

同样,意定监护还可以附解除条件,解除条件成就时应为其设立法定监护。监护内容可能局部化、碎片化、期限化的事实产生了对法律所规定的监护人责任条款进行个别化解释的必要。例如,根据《民法典》第1188条第1款的规定,处于无民事行为能力、限制民事行为能力状态的被监护人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。在存在复数监护形态时,承担责任的不应当是全部监护人,而只应当是职责范围包含对被监护人进行人身照顾的监护人,不当扩展至职责范围仅包含财产管理的监护人。无论是私法上还是公法上的责任承担,均应以监护人的职责相关性作为判断依据。当然,如果意定监护协议未明确规定具体的监护事项,只是确定了监护人,那么应解释为意定监护人承担所有法定监护职责,此时相应适用法定监护的规定。质言之,法定监护具有补充和兜底作用。

(二)意定监护设立行为的性质

关于意定监护设立行为的性质,存在“单方行为说”和“双方行为说”两种学说。^⑩持“双方行为说”者强调监护来源于双方意思表示一致所形成的协议,而持“单方行为说”者认为监护来源于设立人的单方意思表示,“协商不过是为了防止单方授权落空”。^⑪事实上,在探讨意定监护设立行为的性质前,需要厘清通过所谓“协商”所设立监护的性质。一般认为,监护职责既包含代理实施法律行为,如代理被监护人订立合同,也包括事实行为,如照顾被监护人的生活。对意定监护设立行为性质进行界定需要对其内容进行类型化的区分。

1. 协议指向法律行为或者准法律行为

域外所称意定监护主要是指向这一类型,本文将之称为狭义的意定监护。例如,奥地利法和德国法上的预防性代理、日本法上的成年意定监护皆属于这一类型。在此种类型中,意定监护设立行为实际上包含两个层次的意思表示,一是在内部关系上的委托关系,二是在外部关系上的授权关系。在委托授权场合,从《民法典》第165条和第919条的规定

中很容易发现这种区分——授权行为为单方法律行为而委托合同为双方法律行为。这种区分为清晰理解意定监护的内部关系和外部关系提供了基础。但是,将委托关系视为授权行为的基础关系是否妥当呢?易言之,授权关系的基础关系到底是监护关系还是委托关系不无疑问。有学者指出,在法定监护场合,监护关系是内部关系和基础关系,而法定代理关系是外部关系。^⑫在日本,对意定监护的基础存在两种观点。一种观点主张委托契约才是基础,另外一种观点则认为意定监护不过是法定监护的进化版本。^⑬前者更为偏向意定监护的意思自治特征,而后者更为偏向意定监护的强规制特征。如果认为意定监护在本质上是弱法定监护,由此产生的代理权在性质上就属于法定代理。一种可能的理由是,《民法典》第23条在定义“监护人是无民事行为能力、限制民事行为能力人的法定代理人”时,并未将其局限在法定监护,可以扩展至意定监护。然而,将意定监护人所享有的代理权界定为法定代理,明显与该代理权产生于意定监护设立人的意思而不是法律规定相悖。实际上,意定监护人的地位与职务代理中职务代理人的地位存在一定的相似性。对职务代理中代理人代理权的来源,我国存在“一元说”和“二元说”两种学说。^⑭据称《民法典》第170条实际上采纳了“一元说”的立场,将职务代理作为委托代理的一种类型,因为基于双方意思表示而形成的职务关系中隐含了默示授权。^⑮依此学说,即使意定监护协议只规定了监护人而不涉及代理权,监护人享有的也是委托代理权而不是法定代理权,因为其中也包含一种默示授权。虽然由此产生的代理权与法定代理权共同适用某些特殊限制规定(如《民法典》第35条第1款后半段),这些限制使得意定监护所生代理权呈现出较强的他律性,并相应弱化了委托代理权与法定代理权的区分,但是这并不妨碍从代理权产生的维度对其进行性质界定。综上,在意定监护协议仅指向法律行为或者准法律行为时,意定监护的设立行为实际上包含了委托这一内部基础关系以及委托代理这一外部授权关系。

2. 协议指向事实行为

如果意定监护协议只包含事实行为,那么意定监护设立行为就不存在代理的问题,意定监护人无须作出或者受领意思表示。例如,双方约定监护人照顾被监护人的生活起居。此时的困难在于,如何区分意定监护协议与普通的事务委托合同以及提供劳务的其他合同,如保管合同?由于法律并没有禁止将丧失行为能力作为合同的生效条件,以事实行为为指向的意定监护协议与上述合同之间的界限变得尤为模糊。^⑩相比日本、韩国、瑞士、奥地利等国的立法例,《民法典》第33条对意定监护协议的形式约束力非常弱,既不要求公证,也不要求登记,只要求采用书面形式。这种区分并非没有意义,即使协议与合同所包含的权利、义务相似,上述合同相对人和监护人之间的地位也存在明显的差异。这种差异主要体现在对外关系层面。例如,监护人可能因其监护人地位而承担被监护人给第三人造成损害的赔偿责任(《民法典》第1188条),也可能因其监护人地位而向非法使被监护人脱离监护人的侵权人主张精神损害赔偿。^⑪亦即使对事实行为的约定不涉及代理,也可能形成外部关系。

除了以上两种纯粹的类型外,意定监护协议当然可以同时指向法律行为、准法律行为、事实行为、诉讼法上及公法上的行为。针对混合类型,需要根据协议内容具体判断设立行为中的基础关系和外部关系。鉴于意定监护协议在基础关系层面难以与普通的委托合同和其他提供劳务的合同相区分,而监护人所承担的责任远甚于这些普通协议当事人,^⑫人民法院在进行意思表示解释时应当进行限缩,除非双方在协议中明确约定其中一方承担的是监护职责,否则只应将其解释为普通的合同。即使双方将丧失行为能力作为合同的生效条件,在缺乏明确表达设立监护人意思时,也不宜将其解释为意定监护协议。此时,即使双方在合同中约定丧失行为能力不作为合同终止的原因,在接受劳务一方(如委托方、雇佣方)丧失行为能力时,仍应按照法定监护的设立程序为其设定监护人,由监护人作为法定代理

人参与合同的履行。不过,有权机关在适用“最有利于被监护人原则”(《民法典》第31条第2款)指定监护人时,可将这些合同既往履行所建立起的信任关系作为一项重要考量因素。

此外,如果意定监护协议缺乏《民法典》第33条规定的书面形式,那么应当认为意定监护协议不成立。在符合委托合同或者其他合同要件的情况下,将其转换为委托合同或者其他合同并不存在实质障碍。^⑬与无效法律行为的转换类似,这种转换的正当性在于,作为替代行为的委托合同或者其他提供劳务的合同有助于实现双方在基础行为中意欲实现之目的,^⑭或者说在根据当事人知道意定监护设立行为因形式欠缺而不成立的情况下可推测的意思,双方将“愿意从事该替代行为”。^⑮核心的问题在于这些合同是否在效果上超过了意定监护。如果在效果上超过了意定监护,那么不应进行转换。这种转换有悖于双方的意思自治。意思自治既是法律行为转换之正当化基础,也是限制转换之重要理由。^⑯意定监护的法律效果与这些合同最大的不同在于,考虑到在意定监护中被监护人无能力维护自己的利益,而施加了一些法定的限制(如《民法典》第34、35、36条)。在比较法上,对意定监护的法定限制有逐步加强的趋势。以2017年新修订的奥地利成年监护制度为例,其采纳了一种全新的立法体例,为法定监护和意定监护设置共同规则,进一步强化了意定监护人的法定义务。^⑰但是,不能因此彻底否认这些转换,因为这些转换不会必然危及丧失行为能力一方的利益。此时,该法定监护人会以法定代理人的身份行使其在合同中的权利、义务,有效维护被监护人的利益。总之,从尊重被监护人意愿及保护双方意思自治的立场出发,应承认这种转换。

二、基础关系层面对民法典合同编的准用

(一) 准用规范的确立

如果认为意定监护协议的基础关系是以委托协议为核心的各类提供劳务协议,那么在基础关系层面是否当然适用《民法典》合同编中相关有名合同的规定呢?根据《民法典》第464条第2款前半句,有关

身份关系的协议,适用有关该身份关系的法律规定。学术界对监护协议是否属于“有关身份关系的协议”在认识上存在一定的分歧。从立法论的角度看,成年人的监护并不像未成年人的监护那样,构成父母子女关系缺位时的延伸,而更倾向于对意思能力欠缺者的保护。它也不具有亲属关系那样的伦理内核,确实与亲属关系存在较大的差异。将其排除在有关身份关系的协议之外确有其合理性。但从解释论的立场出发,由于《民法典》第464条第2款的文义已经明确排除监护协议的适用,因此对其并无解释的空间。

相对于原《中华人民共和国合同法》第2条第2款,《民法典》第464条第2款明确了参照适用规则,即在其他编或者其他法律没有规定时,可以根据其性质参照适用合同编的规定。这一修订将目前通说的“类推适用”观点以立法的形式上升为“准用”。由于我国并没有将“合同”作为一种抽象化的概念在民法总则中规定,因此必须准用合同编中的合同订立规范。此外,《民法典》总则编并未细化规定意定监护,由此带来了准用《民法典》合同编规范的极大需求。准用不仅指向相关有名合同的规定,而且指向《民法典》合同编通则部分的相关规定。需要特别强调的是,无论意定监护协议指向内容为何,其基础关系并不是《民法典》合同编所规定的各类有名合同,而是与各类有名合同相似的协议。

以意定监护最为常见的基础关系形态——委托协议——为例,其与委托合同之间存在一定的差异。《民法典》第919条所称“委托人事务”并不能涵盖与监护相关的身份性事务。但由于委托协议与委托合同具有类似性,因此委托协议将大量准用《民法典》合同编第23章关于委托合同的规定。从总体看,与大陆法系其他典型立法例相比(如法国^⑧、瑞士^⑨),《民法典》的上述区分使得我国意定监护在基础关系层面的法律适用呈现出鲜明的特征,即只能准用而不能直接适用《民法典》合同编的规定。

(二)准用的限制

“准用意指借指示参照而被规整的构成要件以

及法效果被引用之法规规范的构成要件,两者的个别要素彼此有如下的关系——依各该要素之作用及其于构成要件意义中的地位而言,应同等视之,如是则应赋予其相同的法效果。”^⑩虽然立法者提供了在准用规范中确立了参照适用之指示,但是其适用过程在本质上仍然是类推适用的过程。^⑪其难点在于寻找利益状态的类似性,尤其是查明待决案件是否包含立法者在既有规范中所预设诸利益要素中最为重要的要素。^⑫其中,对拟准用目标规范意旨进行考察乃其中最为重要的步骤。

《民法典》第464条第2款后半句为准用确定了界限,即须依照意定监护协议的性质来进行判断。然而,“性质”本身即属于不确定性概念,仍应进行个别考察。有学者认为,身份关系性质即身份法律行为及相应身份权利义务关系所展现出的身份共同体特点,应当依据身份共同体所依赖的特定价值秩序来判定。^⑬不过,这种价值秩序层面的抽象限制仍须落实到具体的类比论证过程中,否则,所谓的“本质”将彻底沦为法政策的浅陋伪装。^⑭

虽然准用条款“先行认定拟处理之案型与被准用之法条所规定的案型间有类似性”,^⑮两者之间的“价值模板”是一致的,但是,“不可自始排除事务本身(被规整的生活关系本身)所要求的差别处理”。^⑯由于《民法典》第464条第2款属于概括准用,并没有具体指示,立法者所预设的类似性程度较低,因此法官需要根据具体规范内容发现二者之间的差异,确定其类似性的程度。^⑰例如,在判断意定监护之委托协议能否准用《民法典》合同编关于委托合同的规定时,需要首先查明两者在利益状态上是否存在明显的差异。从总体利益状态看,与委托合同不同,在意定监护中的委托协议生效时委托一方已经部分或者全部丧失行为能力,缺乏有效维护自身利益的能力,处于弱势状态,存在受托人滥用权利乃至侵害委托人利益的风险。“委托合同的当事人在特别信赖关系出现危机时可以自主解除委托合同来实现对受托人的控制”,^⑱而在意定监护协议中被监护人由于已经陷入行为能力缺失状态,因此其既无力对受托人进

行指示,也无法要求受托人进行报告或者通过行使解除权的 way 来实现对监护人的控制。在委托合同场合,被监护人的法定监护人可代被监护人行使相关权利,维护被监护人的利益。而由于意定监护排斥了与其内容相冲突的法定监护,因此此时作为其基础关系的委托协议如果完全准用委托合同的规定,那么对被监护人而言明显不利。再如,由于我国缺乏意定监护的监督机制,人民法院和有权机关也处于被动介入状态,因此对意定监护人的控制机制非常弱。唯一的监督机制是《民法典》第36条确定的监护资格撤销机制。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(以下简称《民法典总则编解释》)第11条第2款的规定,监护资格撤销机制不仅适用于法定监护,而且适用于意定监护。据此,当事人降低监护资格撤销标准或者排除监护资格撤销的约定均属无效。这些约定可能会对被监护人的利益造成过分损害,违反意定监护制度的保护目的。作为法定监护的一种替代,意定监护同样不能偏离监护制度的根本目的——保护被监护人,仍须发挥与法定监护相当的功能。^⑤

在准用《民法典》合同编的相关规范时,同样应优先考虑被监护人利益的保护问题。例如,针对意定监护协议的任意解除问题,需要根据其生效前后利益格局差异给予不同的评价。鉴于意定监护协议建立在当事人的高度信任之上,在意定监护协议生效前,通过准用《民法典》第933条承认双方的任意解除权不存在障碍。《民法典总则编解释》基于该参照适用,在第11条第1款第1句对此作出明确的规定。^⑥有学者认为,如果当事人在意定监护协议中预先抛弃了任意解除权,那么应承认其效力。^⑦此种观点值得商榷。就委托合同而言,对任意解除权的事前弃权约定原则上无效,例外有效。^⑧举轻以明重,对人身信赖程度远高于委托合同的意定监护协议,自不应承认事前弃权的效力。在共同意定监护情形中,由于共同监护人在缔结意定监护协议时以其对其他意定监护人的信赖以及未来合作为前提,如果

被监护人只解除与其中一人的协议,那么将破坏其他共同监护人的合理信赖和预期,此时应认定整个共同监护协议解除。但不妨碍其他意定监护人将其作为反映被监护人意愿的证据争取成为法定监护人。

但如果在意定监护协议生效后允许监护人行使任意解除权,那么可能导致被监护人利益受到侵害。即使是在《民法典总则编解释》施行之前,基于保护被监护人利益的考虑,针对意定监护协议生效后的解除问题,同样可以得出“不能准用《民法典》第933条,赋予意定监护人任意解除权”的结论。在《民法典总则编解释》施行后,根据其第11条第1款的规定,意定监护人如欲终止意定监护协议,只能基于正当理由而主张解除。意定监护协议的解除属于《民法典》第39条第1款第4项规定的“人民法院认定监护关系终止的其他情形”,协议解除即意味着监护关系终止。即使存在正当理由,也不能准用《民法典》第565条第1款的规定,承认意定监护人可以通知的方式进行解除。在单数监护人的情形下,承认意定监护人通知解除将导致自我代理(《民法典》第168条),被代理人无法进行追认。从保护被监护人利益的立场出发,此时应禁止事前的自己代理同意。据此,只有通过人民法院的介入才能有效保护被监护人的利益,意定监护人只能向人民法院起诉请求解除意定监护协议。

此外,在准用《民法典》合同编通则部分的相关规定时,亦应考量意定监护的特殊性及其所隐含的利益状态。例如,在意定监护协议未约定报酬时,不应简单准用《民法典》第510条和第511条第2项的规定,而应当结合我国国情考虑监护的社会公益属性,^⑨在双方未约定报酬时应解释为无偿。^⑩即使意定监护为无偿,意定监护人仍有权准用《民法典》第921条的规定,从被监护人财产中支付相关费用或者请求扶养义务人偿还该费用。当然,对无偿的意定监护协议,应准用《民法典》第929条的规定,在注意义务上有所区别,只有在故意或者重大过失时才承担责任。若系有偿协议,则监护人应尽善良管理人

之注意,存在抽象过失时即应承担责任。^④不区分是否有偿而笼统课加善良家父注意标准^⑤并不可取,未能体现权利义务的一致性。当然,如果意定监护人自己根据《民法典》婚姻家庭编之规定对被监护人负有扶养、抚养或者赡养义务,那么即使意定监护协议约定为无偿,或者未明确约定报酬,亦应解释为有偿,并课加较高的注意标准。此外,在准用《民法典》第509条第1款规定的全面履行义务原则时,亦应考虑意定监护之保护目的,最大限度尊重被监护人的意愿,而非简单按照协议的约定履行义务。

三、授权行为对委托代理规定的有限适用

虽然如前文所述,在我国法律并没有将意定监护之基础关系局限于委托,亦未将意定监护之外部关系局限于代理,但是两者仍然是意定监护的常态和典型。要厘清意定监护关系,必须首先对其中的基础关系与授权行为进行区分。与法定监护形成的法定代理权不同,意定监护形成的代理权在性质上属于委托代理权,故在总体上应适用《民法典》关于委托代理的规定。但是,由于在被监护人丧失行为能力时,“代理人的权力欠缺被代理人的撤回可能性这一制约因素”,^⑥因此出于保护被监护人利益的需要,委托代理的规定仅应当被有限适用。

(一)意定监护与授权行为

在探讨意定监护中的授权行为时,首先面临的问题是,在欠缺意定监护协议而仅有授权的情况下能否创设意定监护。此时授权行为作为单方法律行为,即使代理人是该意思表示的受领人,也不能将其视为承诺,并解释出代理人与被代理人之间的合意。代理授权本身无法对被代理人形成约束,义务必须来源于基础关系,如委托协议。代理人仅有利而无义务与意定监护之保护目的相悖。即使代理人实施了代理行为,也并不能表明他负担了义务。^⑦即使此时代理人所获得的代理权是概括性的,亦应作此解释。并且,从效果看,承认抽象授权行为足以创设意定监护,将带来极大的不确定性,被代理人可能在被监护人丧失行为能力后才发现授权,不利于被监护人利益的保护。需要注意的是,根据《民法

典》第173条的规定,此种代理权并不会因为被代理人丧失行为能力而消灭。相反,以行为能力丧失为条件的授权行为因未给受领人带来明显的不确定性,因而属于单方法律行为不可附条件的例外情形。在代理权持续性存在的情况下,仍应按照法定监护的设立方式设立监护人,监护人可以作为法定代理人撤回此种授权。^⑧此时,如代理人意欲担任监护人,可向有权机关申请指定,有权机关在指定监护人时应当考虑被监护人的此项授权及其背后隐含的意愿。

此外,双方虽然存在书面协议,但是事后又以非书面的形式对先前协议中的授权进行了调整,此种授权是否应当纳入意定监护的范畴呢?首先,我国对代理权的授权采形式自由原则,《民法典》第165条并非代理权授予的强制性规定,存在以口头等其他形式进行代理权授予的可能性。需要重点考虑的是,书面形式强制具有保护和警告作用。允许此种授权调整可能会产生意定监护形式强制规避问题。其次,在被监护人丧失行为能力的情况下,相对人无法对监护人非书面形式获得的授权进行确认,如允许口头形式的授权变更,对交易安全的妨碍甚大,极易滋生纠纷。基于这两点理由,不宜将不符合形式强制的补充性授权调整协议纳入意定监护的范围。因而,《民法典》第33条所规定的形式强制之对象不仅指向基础关系,而且指向授权行为。

然而,此种授权虽然因违反形式强制而不成立,但是能否作为被监护人意愿的一种表达形式而在法定监护设立时被单独考虑呢?例如,意定监护设立人在设立监护时确认监护范围仅为财产性事务,后又以口头的形式将范围扩展至其他事务。如果后来的授权变更不成立,那么受托人能否以此为被监护人的意愿而主张取得这部分事务的法定监护权呢?从《民法典》第31条第2款的规定看,确实存在这种可能性。但是,与直接产生法律效力的意定监护不同,人民法院只是将其作为一项考量因素,人民法院可能会适用该款后半句,从被监护人目前的客观利益出发,指定其他人作为法定监护人。更为复杂的

是,如果不符合形式强制的补充约定限缩了受托人处理的事务范围,那么对这种意思表示又应当作何评价呢?在坚持行为违反形式强制不成立的前提下,这种限缩不应当发生法律效力,但其作为意定监护设立人的一种主观愿望并非完全没有法律意义。根据《民法典》第35条第3款的规定,意定监护人在履行监护职责时,应当尽最大可能尊重被监护人的真实意愿。这里的真实意愿不仅包含意定监护生效后被监护人表达的真实意愿,而且应包括意定监护生效前被监护人表达的真实意愿。

(二)授权范围的确定

如前所述,如果双方在意定监护协议中并未就具体的代理权进行约定,而只是约定了监护人,那么代理权范围应依《民法典》第34条的规定确定。此时,意定监护人所享有的代理权与法定代理权并无二致,但其在性质上仍为概括授权。在被监护人概括授权的场合,我国法律并未像德国或者瑞士的法律那样,^⑥将医疗处分排除在外。根据《中华人民共和国精神卫生法》第32条的规定,对处于精神障碍的被监护人实施强制医疗应当取得监护人的同意。由此可见,医疗处分不属于《民法典》第161条规定的例外情形。即使双方未在协议中明确约定此事项,亦应解释为允许,仅监护人行使此项代理权时应受《民法典》第35条第3款的限制。但如果意定监护的范围仅包含财产事务,或者意定监护协议仅有限列举某些人身事务,那么应认为意定监护人并不享有医疗处分权。如果被监护人家属与意定监护人在是否对被监护人实施医疗措施上出现分歧时,那么应由人民法院进行裁决。在意定监护人的权限明确包括医疗处分时,应承认其享有优先决定权。^⑦

当然,就高度人身性事务而言,出于保护被监护人的目的,意定监护所形成的代理权内容不应超过法定监护所形成的法定代理权的范围,否则会对被监护人的基本人格造成损害。^⑧意定监护人亦不得实施在性质上不得委托代理的行为。例如,即使在意定监护协议中存在明确授权,意定监护人也不能代被监护人实施收养行为或者送养子女,也不能代

其订立遗嘱。此外,监护人获得的概括授权并不能背离《民法典》第35条第1款规定的“利益相关处分”原则。只有在存在明确授权的情况下,监护人非为被监护人利益的处分才能发生法律效力;否则,意定监护人可因违反代理权之法定限制而产生无权代理的法律效果。^⑨

(三)意定监护中代理权的行使和消灭

如果存在复数意定监护人,那么除非明确约定分别执行职务,否则数个意定监护人应共同执行职务,此时在对外关系上应适用《民法典》第166条关于共同代理的规定。如果被监护人先后与数人达成意定监护协议,那么并不当然形成共同代理。在普通的委托代理场合,被代理人在授予代理权后就相同事项再授予他人代理权,并不会导致先前授予的代理权的撤销。同时授予多人相同事项的单独代理权在民商事交往中具有一定的必要性。并且,即使就同一事项存在多个单独的代理人,代理人尚能通过及时撤回代理权避免多人同时或者相继实施代理行为为其造成不利后果。而在意定监护的情形中,被监护人已经丧失行为能力,无法撤回代理权的授予,只能由有关个人和组织依据《民法典》第36条的规定申请撤销其他人的监护资格,在程序上颇为烦琐耗时。此外,就同一事项设定多个代理往往是针对特定的交易事项,而在意定监护的情形往往是概括授权,承认多项单独代理权并无实践上的必要。在同一事项上存在多个具有独立代理权的意定监护人极易引发重复或者抵牾行为,损害被监护人的利益,因而有必要予以排除。据此,前后意定监护协议所涉事项存在抵触时,应推定意定监护设立人具有撤回代理权授予之意思。在意定监护中,相同事项上的复数代理人只能以共同代理人的面貌出现。易言之,针对相同事项的复数监护人与被监护人之间只存在一个意定监护协议,所有共同代理人行使一个代理权。

“共同监护人”^⑩应当共同实施代理行为,欠缺一人之意思表示,代理即不发生效果。单个监护人所作意思表示构成无权代理。^⑪由于共同代理发生效

力需要取得全体共同监护人的一致意见,因此常易发生纠纷。此时,即使被监护人与共同监护人在协议中无明确约定,出于保护被监护人利益之考量,也应作日常一般性事项与重要事项之区分。与法定监护中的共同监护一样,^⑤对日常一般事项,只要单个监护人的行为未违背《民法典》第35条的规定,亦应承认其效力,而无须其他共同监护人的追认。如果涉及重要事项,但只是涉及意思表示的受领,那么同样无须所有共同监护人共同受领。^⑥在情况紧急且无法取得其他共同监护人的同意时,单个监护人可以独立代理实施法律行为。在非紧急情况中,如果无法取得其他共同监护人的同意,那么其中单个监护人应取得人民法院的批准以替代同意或者按照《民法典》第36条的规定申请撤销其他监护人。

此外,在适用《民法典》第186条关于禁止自己代理和双方代理的规定时,例外的允许情况应当仅限于被监护人的事前同意,监护人不能代被监护人作出追认。该事前同意不能削减法律对被监护人的最低保护,背离监护制度保护被监护人利益的根本目的。监护人与被监护人此时存在明显的利益冲突。即使监护人取得的是概括授权,亦不应当解释为包含追认权。同理,在无权代理场合,存在利益冲突的监护人亦不能进行追认。另外一项重要问题是在未取得被监护人在意定监护协议中事前同意的情况下,监护人转委托第三人代理,是否应当按照《民法典》第169条第3款的规定由监护人本人承担责任呢?此时被监护人已丧失行为能力,欠缺按照该条第1款进行追认的能力。监护人往往取得的是概括授权,需要处理的事务范围较为宽泛,如全部亲力亲为会有明显的困难,存在设立复代理的现实需求。由意定监护人对复代理人的行为承担责任,明显过于严苛,不具有合理性。此时,可对该条第3款规定的“紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益”进行扩张解释,将意定监护人符合《民法典》第35条规定的复代理设立行为纳入。如果被监护人给第三人造成损害,那么应适用《民法典》第1189条的规定,按照意定监护人和受托监护人的约定分配双方责

任。^⑦在双方缺乏明确约定且受托监护人存在过错时,由意定监护人和受托监护人承担按份责任。

值得探讨的是,意定监护所形成的代理权与家事代理权之关系如何,两种权利的行使如发生冲突应如何解决?从表面看,家事代理权与意定监护所形成的代理权之间并无交集,但在第三人担任意定监护人时,两者确实可能存在功能上的交叉。例如,《法国民法典》在2007年修订引入未来保护型委托时,即对此问题进行了回应。根据《法国民法典》第483条的规定,如果夫妻间权利义务规则和夫妻财产制规则足以保护意思能力欠缺者利益,与其共同生活的配偶可以申请监护法官终止未来保护型委托。就夫妻间权利义务而言,家事代理权规范旨在保护意思能力欠缺的配偶一方的利益。意思能力欠缺者的日常生活属于家庭日常生活这一大的范畴,其配偶可通过家事代理权订立维持意思能力欠缺者日常生活的合同。此外,《法国民法典》亦在夫妻财产制层面为意思能力欠缺者提供了保护机制。例如,根据《法国民法典》第1421条的规定,夫妻任何一方均有权单独管理共同财产并进行处分,并就其过错承担责任。法国法之所以做此规定,是因为未来保护型委托制度之目的在于保护意思能力欠缺者的利益。如果与其共同生活的配偶在现行制度框架下已能有效保护其利益,那么自应优先维护婚姻生活,允许配偶申请终止未来保护型委托,避免受托人对婚姻生活的侵入。

就我国而言,被监护人丧失行为能力并不会导致婚姻关系的终止,家事代理权和夫妻财产制均不应受影响。此时,意定监护人的委托代理权和被监护人配偶的家事代理权并存。有疑问之处在于,意定监护人能否对被监护人配偶的家事代理权进行限制。家事代理权作为婚姻法律关系的内容,对其进行限制的单方法律行为具有高度的人身性,不可代理。与此相关的问题是,能否从设立意定监护的意思表示中解释出被监护人意图在意定监护所涉事项范围内限制其配偶的家事代理权。从保护配偶一方利益及维护交易安全的角度看,限制家事代理权之

意思表示应当清晰明确,设立意定监护并不必然包含限制家事代理权的效果,因而不宜作此解释。在意定监护人委托代理权和被监护人配偶家事代理权并存的情况下,应当同时承认意定监护人和配偶所实施行为对被监护人的约束力。但如《法国民法典》第483条所反映的那样,与被监护人共同生活的配偶在处理其日常生活事务方面更具便利,意定监护人在行使代理权时应考虑此种情况,在被监护人配偶已实施相关法律行为的情况下,意定监护人原则上不得以代理人身份重复实施类似的法律行为。这样的行为虽不至于在外部关系层面导致无权代理,但在内部关系层面可能会被认定为侵害被监护人合法利益的行为(《民法典》第34条第3款)。

由于我国并未实行意定监护登记制度,亦未采用有权机关认证宣告制,因此监护人证明其代理权限的唯一凭证为意定监护协议。当然,当事人可以在监护协议后同时附上书面的授权书。如果意定监护人对外表明自己的监护人身份,但并未出示授权书,那么此时是否足以产生代理的法律效果呢?站在意定监护碎片化的立场看,监护并不意味着概括授权,故只表明监护人身份并不足以显示其代理权。在监护人实际上并无代理权的情况下,相对人如果由此而信任监护人具有代理权那么难谓无过错,并且也不符合《民法典》第172条规定的表见代理构成要件。如果监护资格依《民法典》第36条之规定而被撤销,那么监护人的代理权亦应一并消灭。意定监护的撤销会同时产生协议的终止以及代理权的终止两重效力。但这并不意味着代理权溯及既往地消灭,因为监护人资格之撤销是面向将来的。即使意定监护的基础关系存在意思表示瑕疵而被撤销或者被宣告为无效,也不影响既已实施的代理行为的效力。此外,意定监护不允许代理人单方辞去委托,被代理人亦无取消委托的能力,而应申请有权机关重新指定监护人。易言之,《民法典》第173条第2项所规定的情形不适用于意定监护代理权的终止,此种代理权消灭的原因更为狭窄。殊值讨论的是,如果被监护人已经恢复行为能力,那么由此形成的代

理权是否自动消灭。亦即是否应当将行为能力的恢复解释为授权行为的解除条件?由于意定监护的目的在于通过代理制度保护被监护人的利益,因此如果此时被监护人已能自己实施法律行为,那么除授权中有相反规定外,应解释为代理权在监护终止时一并消灭。

四、结论

我国已经步入老龄化社会,《民法典》适时地规定了意定监护制度,反映了“个人的自决及(私人)救济优先于国家救济”^⑤的现代监护理念。与已经建立起成年意定监护制度的其他国家和地区相比,《民法典》第33条的规定显得过于单薄和模糊。本文结合我国现行法律规定从解释论立场所作的努力对其中的有些问题只能是权宜之计。在相关单行法或者司法解释进行具体规定之前,只能通过解释论作业,充分利用现行规定,使该制度发挥其应有的价值。意定监护虽然以尊重私法自治为导向,但是它并不是一种纯粹的私法工具,而必须反映监护的保护目的。尤其是在进行参照适用时,必须考虑到意定监护制度对被监护人的保护功能以及被监护人在丧失行为能力后的弱势地位。在缺乏有效的监护监督配套机制的情况下,如果意定监护设立人无明确相反意思,那么应适用法定监护的相关规定,以强化对监护人的约束。

注释:

①李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第99~100页。

②参见李欣:《意定监护的中国实践和制度完善》,《现代法学》2021年第2期。

③参见朱晓喆:《意定监护与信托协同应用的法理基础——以受托人的管理权限和义务为重点》,《环球法律评论》2020年第5期。

④参见孙犀铭:《民法典语境下成年监护改革的拐点与转进》,《法学家》2018年第4期;李霞:《协助决定取代成年监护

替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》，《法学研究》2019年第1期；彭诚信、李贝：《现代监护理念下监护与行为能力关系的重构》，《法学研究》2019年第4期。

⑤参见薛军：《中国法上的行为能力宣告：制度内涵与解释论重塑》，《学术月刊》2019年第12期。

⑥张荣顺主编：《中华人民共和国民法总则解读》，中国法制出版社2017年版，第102页。

⑦参见陈甦主编：《民法总则评注》，法律出版社2017年版，第238～239页。

⑧参见解亘：《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》，《比较法研究》2017年第1期。

⑨参见孟强：《〈民法总则〉中的成年监护制度》，《中国人民大学学报》2017年第4期。

⑩参见李世刚：《〈民法总则〉关于“监护”规定的释评》，《法律适用》2017年第9期。

⑪李世刚：《〈民法总则〉关于“监护”规定的释评》，《法律适用》2017年第9期。

⑫参见朱庆育：《〈民法总则〉代理规则的新发展》，载卢建平主编：《京师法律评论》（第11卷），中国法制出版社2018年版，第104页。

⑬参见[日]熊谷士郎：《日本意定监护契约法之构造与课题》，黄诗淳译，载黄诗淳、陈自强主编：《高龄化社会法律之新挑战：以财产管理为中心》，台湾地区2014年自版，第309页。

⑭参见尹飞：《体系化视角下的意定代理权来源》，《法学研究》2016年第6期。

⑮参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第527～528页。

⑯值得注意的是，从《中华人民共和国民法典》第934条的规定可以看出，丧失行为能力在一般情形下会导致委托合同的解除，只有在例外情形下合同才应当继续履行，但这并不表明法律禁止双方以丧失行为能力作为合同生效的条件。

⑰根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第2条的规定，受损害的法益并不是监护权，而是因被监护人脱离监护导致的亲子关系或者近亲属关系中的身份利益，因而如果意定监护人并非近亲属，那么此条文不存在适用的余地。

⑱有学者认为，意定监护人不需要承担侵权责任。参见李国强：《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》，《现代法学》2018年第5期。事实上，这种观点值得商榷。由于意定监护排斥法定监护，因此在意定监护的范围内不可能再指定法定监护人来承担责任，如果豁免意定监护人的责任，那么会出现监护形成方式影响被侵权人救济的不公平结果，有违《中华人民共和国民法典》第1188条之立法目的。此外，协助支持型立法转向也并不表明监护人无须承担约束被监护人的义务。我国意定监护适用的对象仍然以行为能力欠缺而非意思能力欠缺为标准，对于成年行为能力欠缺者施加合理的约束仍然十分必要，适用《中华人民共和国民法典》第1188条是督促监护人履行责任的重要方式。最后，从《中华人民共和国民法典》第33条的文义看，意定监护人并非单纯行使代理权，而是需要履行监护职责。

⑲对于违反法定形式的效果，我国通说认为系法律行为不成立。对于不成立的法律行为能否进行转换，理论界存在争议。参见金可可：《〈民法总则〉与法律行为成立之一般拘束力》，《中外法学》2017年第3期。

⑳参见常鹏翱：《无效行为转换的法官裁量标准》，《法学》2016年第2期。

㉑参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第397页。

㉒参见殷秋实：《无效行为转换与法律行为解释——兼论转换制度的必要性与正当性》，《法学》2018年第2期。

㉓参见《奥地利民法典》第239～259条。

㉔根据《法国民法典》第478条的规定，只要不与第11编第2章第5节（未来保护型委托）的规定相冲突，就应适用第13编中有关委托的规定（第1984～2010条）。

㉕根据《瑞士民法典》第365条的规定，受托人在照顾委托的范围内代表委托人，并依据《瑞士债务法》的规定，谨慎履行义务。

㉖[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第141页。

㉗参见屈茂辉：《类推适用的私法价值与司法运用》，《法学研究》2005年第1期。

㉘参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2015年版，第276页。

㉙参见王雷：《论身份关系协议对民法典合同编的参照适用》，《法学家》2020年第1期。

㉚参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第381页。

③⑨黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第172页。

②⑩[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第141页。

③⑪参见王利明:《法律解释学:以民法为视角》,法律出版社2017年版,第604页。

④⑫[日]田山辉明:《日本成年监护制度:少子、老龄社会的法律制度》,顾祝轩译,《交大法学》2015年第3期。

⑤⑬See Voller Lipp, The German "Vorsorgevollmacht" as an Alternative to Legal Guardianship, Conference Paper, 3rd World Congress on Adult Guardianship 2014, p. 6.

⑥⑭参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著:《最高人民法院民法典总则编司法解释理解与适用》,人民法院出版社2022年版,第202页。

⑦⑮参见张素华:《意定监护实施中的困境与破解》,《东方法学》2020年第2期。

⑧⑯参见叶名怡:《论事前弃权的效力》,《中外法学》2018年第2期。

⑨⑰参见陈甦主编:《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第241页。

⑩⑱持相反观点者则认为,为调动非亲属担任意定监护人,促进社会监护保障功能之发挥,有偿监护较为妥当。参见费安玲:《我国民法典中的成年人自主监护:理念与规则》,《中国法学》2019年第4期。

⑪⑲参见邱聪智:《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社2006年版,第140页。

⑫⑳参见张玲玲:《成年意定监护制度的中国范式》,《大连海事大学学报》(社会科学版)2018年第1期。

⑬㉑参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第1018页。

⑭㉒参见[德]本德·吕斯特、[德]阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于馨森、张妹译,法律出版社2017年版,第509页。

⑮㉓参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第439~440页。

⑯㉔参见《德国民法典》第1904条、第1906条,《瑞士民法

典》第370~371条。德国法对预防性代理采取了较为宽松的立场,但对涉及医疗处分的预防性代理则不仅要求授权采用书面形式,而且要求明文记载。在涉及受辅助人重大利益时,还要求取得法院的许可。立法者虽然意图实现概括授权代理人 and 辅助人之间的平等,但是医疗处分却是一个明显的例外,辅助人不需要法院的明示许可即享有医疗处分同意权,而委托代理人只有在取得明示授权的情况下才享有该权利。See Jochen Taupitz, Patient's Autonomy According to German Law, in Stefania Negri et al.(eds.), Advance Care Decision Making in Germany and Italy: A Comparative, European and International Law Perspective, Springer, pp. 119—120.

⑰㉕参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终7645号民事判决书。

⑱㉖见李国强:《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》,《现代法学》2018年第5期。

⑲㉗参见夏昊晗:《父母以其未成年子女房产设定抵押行为的效力——最高人民法院相关判决评析》,《法学评论》2018年第5期。

⑳㉘我国司法实践通常采纳广义共同监护人概念,实指复数监护人,既包括已有各自事项划分情形中的复数监护人[参见浙江省杭州市上城区人民法院(2014)杭上民特字第24号民事判决书],亦包括无事项划分,需要共同协商决定的情形中的复数监护人[参见江苏省张家港市人民法院(2018)苏0582民特14号民事判决书]。此处所称复数监护人系指后者。

㉑㉙参见陈自强:《契约之成立与生效》,台湾地区2014年自版,第339页。

㉒㉚参见河南省高级人民法院(2019)豫民再554号民事判决书。

㉓㉛参见[日]我妻荣:《我妻荣民法讲义I新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第319页。

㉔㉜参见郭明瑞、张平华:《关于监护人对未成年人致人损害的赔偿责任》,《政法论丛》2009年第5期。

㉕㉝[德]汉斯·布洛克斯、[德]沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译、冯楚奇补译,中国人民大学出版社2019年版,第256页。