

doi:10.3969/j.issn.1672-4348.2022.02.013

意定监护中律师主体地位研究

董思远

(福建工程学院 法学院,福建 福州 350118)

摘要: 为了解我国律师实践意定监护制度的情况,对我国开展该业务的部分家事律师进行了调研,结合国外经验,得出结论:法律专业背景有助于律师开展有效监督,加之收费方式与标准灵活,默认其作为监督人可避免受托人产生抵触心理;采用律师与其他监护人共同监护、各司其职的方式可大大增强其担任意定监护人的可行性。律师作为监护监督人或意定监护人不存在法理及实践操作的障碍。

关键词: 意定监护;律师;主体地位

中图分类号: D913.9

文献标志码: A

文章编号: 1672-4348(2022)02-0177-06

Research on the status of lawyers in voluntary guardianship

DONG Siyuan

(School of Law, Fujian University of Technology, Fuzhou 350118, China)

Abstract: In order to investigate the practice of voluntary guardianship system by Chinese lawyers, interviews were conducted with some of the lawyers who carried out this business in China. Based on the study of foreign experience, conclusions were drawn: The legal professional background helps lawyers to carry out effective supervision, and their charging method and standards are flexible. Thus, tacit recognition of such a lawyer as a supervisor can avoid resistance of the trustee; the adoption of a joint guardianship between a lawyer and other guardians performing their duties respectively can greatly enhance the feasibility of lawyer serving as an voluntary guardian. For this reason, the main status of lawyers as guardianship supervisors or voluntary guardians does not have legal and practical obstacles.

Keywords: voluntary guardianship; lawyers; subject status

截至 2020 年底,我国 60 岁及以上的老年人口达 2.55 亿左右,约占总人口的 17.8%,其中,留守老人已超过 5 000 万人。同时,我国 15-30 岁的独生子女总人数约有 1.9 亿人,这一年龄段人口的年死亡率为万分之四,因此每年约产生 7.6 万个以上失独家庭。而在我国心智障碍家庭中,83.93%的家庭自评对孩子的保障不足,84.68%的心智障碍者未接受过医疗救助。^①留守老人、失独人群、心智障碍者等弱势人群的生活质量关乎民生福祉,在我国亲属监护仍为主流监护模式的社

会背景下,以上群体在晚年可能面临亲属监护缺位的困境,因此,通过意定监护协议事先选任信任的监护人就显得尤为必要,这是实现我国“老有所养、弱有所扶”目标的应有之义。

2020 年 5 月 28 日通过的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 33 条明确了意定监护制度的内涵: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。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分

收稿日期:2021-03-18

基金项目:福建省社会科学规划项目青年项目(FJ2019C001)

作者简介:董思远(1988—),男,福建南平人,讲师,博士,研究方向:婚姻家庭继承法。

① 参见 2018 年融爱融乐等北京多家公益机构联合发布的《中国心智障碍者保障现状及需求调研》。

丧失民事行为能力时,履行监护职责。^①目前,我国《民法典》中关于意定监护的规定仅此一条,该制度从2017年被写入《民法总则》到2020年被纳入《民法典》,迟迟未出台具体的程序性规范,缺乏实施的配套制度。

在这样的制度条件下,当前实践意定监护制度的机构主要有:公证意定监护协议的公证机构、管理被监护人财产的信托机构、鉴定被监护人行能力的医院或司法鉴定中心,弥补监护人缺位的社会组织以及代理被监护人开展民事活动的律师等。我国《律师法》第28条规定,律师可以提供非诉讼法律服务。意定监护属于非讼法律服务,这为律师涉足该领域提供了法律依据。因律师的法律职业背景在拟定监护协议、提供咨询、风险控制、监护监督、民事代理与诉讼代理等方面具有优势,因此在意定监护关系中,律师或许在作为监护方案的设计者、监护执行的监督者、监护纠纷的调解者以及职业监护人的候选者等主体地位上大有作为。

一、我国律师实践意定监护情况调研

目前,我国意定监护制度主要在公证领域展开实践,上海市普陀区公证处李辰阳公证员发起并推广的意定监护“公证模式”在业内初见端倪。相比之下,律师对该制度的探索则刚刚起步,律师的实践经验对该制度的解释与适用具有重要的参考价值。

为了解我国律师开展意定监护业务的情况,考察其发挥的职能,分析律师在这一法律关系中的主体地位,笔者对国内不同地域的50余个具备家事律师团队的律所进行了抽样调查,办理过或可以办理意定监护业务的有5所,分别为:四川无众律师事务所(以下简称“无众律所”)、福建闽众律师事务所(以下简称“闽众律所”)、上海尊源恒律师事务所(以下简称“尊源恒律所”)、福州中银律师事务所(以下简称“中银律所”)与上海兰迪律师事务所(以下简称“兰迪律所”)。本次调研采用定性研究的方法,对上述5家律所的家事律师进行了电话语音访谈,访谈内容为:被调研者办理

意定监护业务的时间、数量及收费标准;当事人的信息、动机及监护候选人的情况;律师在办理意定监护业务时提供的服务内容;对律师担任监护监督人或意定监护人的态度及理由等。

(一)被调研者办理意定监护业务的情况

从2019年起到现在,无众律所的钟律师团队一共办理了两件意定监护项目,这两件项目的当事人都为同性伴侣。

从2019年11月开始,闽众律所的王律师与方律师所在团队多次举办“意定监护,为爱守护”闭门沙龙交流会,为高龄群体、失独群体、自闭症群体及LGBTQI群体分享意定监护的知识。因意定监护业务为该律所开拓的新兴业务,因此调研结束时王律师目前负责的几个意定监护项目仍处于洽谈阶段,这些项目的委托人包括中老年群体、离婚诉讼中的婚姻危机人士,这些委托人选定的监护人包括当事人的子女、好友等。

2019年,尊源恒律所的刘律师团队办理了一起涉外意定监护项目,该项目委托人为一名外国青年,其希望解决丧失行为能力之后自己与孩子的监护问题,刘律师为其办理了意定监护、委托监护与遗嘱监护三项业务。其中,在意定监护业务中,委托人指定其父母作为意定监护人。

2020年6月,中银律所的林律师所在团队完成了福州市首单意定监护项目,委托人为一位中年离异人士,签订了一份持续性代理协议,该协议涉及身前事代理、意定监护以及身后事办理等内容,委托人选任其兄妹作为监护人。

2020年12月,兰迪律所的常律师团队开始办理意定监护业务,目前咨询该制度的多为老年人与性少数群体,前者的监护候选人主要为晚辈亲属,后者的监护候选人主要为其同性伴侣,该律所的意定监护业务尚处于项目洽谈阶段。

通过本次调研,可以看出:

第一,被调研律师最早开始办理意定监护业务是在2019年,可见该业务对于我国律师来说还是一项新兴业务,被调研者对该制度的探索都抱着“试水”的谨慎态度。

第二,办理或咨询办理意定监护业务的群体

^① 有学者认为委托监护与遗嘱监护也应纳入广义的意定监护制度范畴,为了聚焦本文研究对象、保持叙述统一且避免行文繁冗,这里明确意定监护是有完全民事行为能力的成年人为自己选择监护人的一项制度,不包括遗嘱监护与委托监护,但并不排除本文的结论可以适用于律师开展其他两类监护业务的情形。

较为多元,一方面体现了意定监护制度在不同年龄、性别、性倾向、国籍以及不同境遇人群中的需求,另一方面也验证了该制度从《老年人权益保障法》中适用主体仅为老年人到《民法总则》中向全体完全民事行为能力人开放之正确性。

第三,办理意定监护的动机各不相同,有的是为了解决人身照护、财产管理的问题(如老年人),有的为了利用“意定优先于法定”的民法原则规避在先顺位的亲属担任其监护人(如婚姻危机人士),有的则为了在目前相关身份法缺位的情况下使其亲密关系获得法律认可(如同性伴侣)。

第四,选定的意定监护人主要为委托人的亲友,包括子女、父母、兄妹、同性伴侣与朋友。实践中,除了祖父母、外祖父母因年纪较大可能不满足作为意定监护人之身体、健康条件外,将孙子女、外孙子女选任为意定监护人的情况也不乏先例,^①由此可以看出,一方面,血缘与情感关系仍然是人们评估信任程度的重要指标;^②另一方面,可以证明我国《民法典》第28条中“法定监护人的范围包括近亲属与朋友是基于对被监护人意思的推定”这一理论存在实证经验的支持。

(二) 被调研者在办理意定监护业务时提供的服务

无众律所钟律师为意定监护委托人提供的服务包括:与公证机关对接、根据委托人情况建议监护人职责的范围,根据委托人情况推荐其办理医疗预嘱、意定监护、遗嘱业务或其中之一,告知办理意定监护的法律后果、选任监护人存在的风险等。

闽众律所王律师与方律师提供的服务包括:评估监护候选人是否为失信人、是否涉及诉讼、是否负债过重以及身体是否健康等,提供法律咨询、起草监护协议、代写法定监护人告知书、选任监护监督人、辅助办理公证,以及代委托人与公证机构、保险机构、信托机构、医疗机构等对接。

尊源恒律所刘律师为委托人提供的服务包括:法律咨询、协议起草、文件翻译、辅助委托人选任监护人、代委托人与公证机关对接等。

中银律所的林律师表示,除了公证以外,律师

可以办理意定监护流程中几乎所有相关的事项,包括法律咨询、起草合同、设计监护方案、担任监护监督人等。

兰迪律所常律师提供的意定监护法律服务包括起草意定监护协议,接受委托人的咨询,为委托人预约公证机构等。

可见在意定监护业务中,律师为委托人提供的服务一般包括三个阶段:第一,业务准备阶段,如法律咨询,根据委托人提供的信息发掘其潜在需求,评估监护候选人的适格性,辅助选任意定监护人等;第二,业务办理阶段,如设计监护、代理方案,拟定意定监护协议,代写法定监护人告知书或亲属知悉函,在涉外项目中翻译必要的文件,代当事人与公证机关、信托机构、保险机构以及医疗机构等社会支持系统对接等;第三,监护启动阶段,对意定监护人的行为进行监督,审查意定监护人提交的账目报告与财产清单等。

(三) 被调研者对律师担任监护监督人的观点

对于律师是否适合担任监护监督人这一问题,被调研者态度不一,有的持否定态度,认为律师不应长期介入当事人的私人生活,并且监护监督人如何收费目前尚无明确标准;有的持赞成态度,认为可通过跟进被监护人的财产状况、审核监护人提交的报告等方式履行监督职责;有的认为律师具有职业的专业性,作为监督人可以发挥调解功能,具备开展有效监督的信任基础。

(四) 被调研者对律师担任意定监护人的观点

对于律师是否适合担任意定监护人这一问题,有的认为律师并不适合单独作为监护人,因为律师的职业角色与监护人的主体地位冲突,监护人的职责包含日常生活事项代理等工作,这与律师的职业性质不符,加之律师业务繁忙,不适宜作为意定监护人处理具体的监护事务;有的则持谨慎态度。可见被调研者未形成共识。

以上调研结果显示,对于律师是否适合担任监护监督人与意定监护人这两个问题,被调研律师观点不一。为使律师办理意定监护业务更加规

① 参见应悦. 意定监护:替自己找个监护人[EB/OL]. [2019-8-14]. <http://www.bjnews.com.cn/news/2019/08/14/615087.html>.

② 如果当事人为同性伴侣,公证机关目前一般以“是否生活在一起达到5年”作为考验双方感情稳定性与信任程度的不成文的

范化、标准化,避免其贸然涉足该领域可能带来的行业乱象,保障被监护人的合法权益,需要考察相关立法、实践经验及学者观点,探究律师在意定监护中适当的主体地位。

二、意定监护中监护监督人的范围分析

(一)我国目前监护监督主体的范围

与代理的情形不同,当意定监护开始之后,由于本人欠缺民事行为能力,无法对监护人的行为进行监督,如果缺乏强有力的监护监督机制,被监护人权益的维护全仰仗监护人随时可能改变的私德,那么这样的监护关系将充满风险,因此监护监督尤为必要。我国《民法典》并未正面规定监护监督制度,但该法典第36条罗列了有权提起撤销监护人资格的主体范围,这被一些学者认为是对部分监护监督主体的规定。这些有权提起撤销之诉的主体包括:其他依法具有监护资格的人,居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。这些主体既包括具有监护资格的其他顺位候选人,也包括民政部门这一国家机关,还包括村居委、学校、医疗机构等社会组织与事业单位。

除了我国立法明确了上述监督主体的地位外,实践中还存在监护监督人这一重要的监督主体,我国部分公证机构公开的意定监护协议模板中都有选任监护监督人这一内容。日本任意监护即始于家庭法院选任监护监督人之时。^①监护监督人是最直接、最高效的监督主体,其以不信任监护人的预设为前提,这表现了对监护人赋权的审慎与对维护被监护人权益的重视。

(二)律师担任监护监督人的主体地位分析

虽然我国立法并未明确律师的监护监督主体地位,但律师担任监护监督人的探索已被写入我国一些律师协会的行业规范文件中,如2020年6月济南市律师协会家事与私人财富管理业务委员会发布的《律师办理意定监护法律服务操作指引》,该意见明确鼓励律师担任监护监督人。律师担任监护监督人也有国外经验支持,如1977年美国佛罗里达州成年监护法规定,个人可以委

派律师对成年监护的进程进行监督。^[1]该州《成年人监护法》第362条规定,每个监护人必须在指定监护后的60天内,向法院提交一份包含“监护人对被监护人的信息验证及监护计划”的最初报告,每年还需制作关于“年度监护及财政收支情况”的年度报告。上述监护报告必须及时提交给法院、被监护人及其律师。^[2]

我国实践中存在监护人难寻的问题,监护职责在赋予监护人无限权限的同时,也课以巨大的负担,一方面体现为时间跨度长,监护职责可能持续至被监护人死亡或恢复行为能力时,另一方面体现在我国《民法典》“侵权责任编”第1169、1188与1189条规定的监护替代责任。这些原因令许多人不愿担任监护人,如果再在协议中明确选任监护监督人,这往往让监护候选人产生不被信任感,导致其更不愿担任监护人。实践中有些委托人即便明白不受监督的监护关系充满不确定性,但为了获得受托人的同意也不得不甘冒风险,在监护监督人缺位的情况下设立监护。因此,如果形成办理意定监护的律师默认作为监督人的行业惯例,这或许可以减少受托人对委托人另外指定监督人的抵触心理,缓解监护人缺位的压力。

目前,一些公证机构负责监护监督事宜,但公证机构的主要职能在于证明,其作为监护监督人可能与其职能不符,相比之下,在定期审核监护报告与财产清单这一工作上,律师具有专业优势,其作为监督人更为合适。不仅如此,在没有指导价或者收费标准的情况下,公证机构很难进行长期的监督,而律师的不同之处在于,如果存在商业价值,在双方意思表示一致的基础上,可以采用多样化的收费模式,这相较公证机构更为灵活。

综上,因律师的法律专业背景有助于其开展有效监督,收费方式与标准灵活,默认其作为监督人可避免受托人产生不被信任的抵触心理,可见律师具有担任监护监督人的主体地位。监护开始后,担任监督人的律师应定期审查监护人提交的财产清单与账目,在监护人行为失当甚至侵害被监护人权益时,应给予监护人批评、教育,并且在必要时根据《民法典》第36条的规定向法院提起撤销监护人资格之诉。

^① 该规定参见日本2000年4月1日生效的《任意后见契约法》第4条。与同为大陆法系国家的瑞士、德国不同,日本的任意后见制度并未规定在《日本民法典》中,而是被规定在2000年4月颁布的《任意后见契约法》这一单行法中。

三、意定监护中监护人的范围分析

(一)我国目前意定监护人的范围

我国《民法典》第33条规定了意定监护人的范围可包括：委托人近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织。李霞教授提供了一个更为具体的监护人范围，其认为意定监护人的资格原则上没有限制，本人的亲属、律师、社会福利协会、福利关系的NGO或团体法人、信托银行等营利法人都可以出任。^[3]在我国，意定监护人往往为被监护人的亲友，本次调研的结果也反映了这一现象（选定的意定监护人主要为子女、父母、兄妹、同性伴侣与朋友）。但若适格的亲友监护人缺失，专业化的意定监护机构就显得尤为重要。

2020年，北京市在全国率先启动老年人委托代理与监护服务试点项目，该项目由北京睦友社会工作发展中心承接，采用个案管理的方式开展老年人监护服务，目前可为老年人代购物资、养老机构信息咨询、法律信息咨询、陪同就医、管理和保护老年人的财产，代理诉讼，料理老年人的身后事务等。无论是老年人委托代理服务还是监护服务，全程都由朝阳区民政局和第三方律师事务所进行监督。^[4]

(二)律师担任意定监护人的主体地位分析

目前，我国律师尚未开拓意定监护人业务，但律师作为心智障碍者的监护人或代理人在国际上已有先例。1991年12月17日，联合国大会第46/119号决议通过的《保护精神病患者和改善精神保健的原则》，原则18第4条规定，提交的病历及任何报告和文件的副本应送交患者及其律师。律师在这一过程中的地位类似于执行医疗决定的监护人。日本冈山县2004年成立了冈山公共法律事务所，其由冈山县律师协会设立，性质为都市型公设事务所。目前该事务所设六个支部，共计律师18名、社会福祉士14名、事务专员约45名。这三类专业人士在负责成年人监护事务时各司其职，其分工为：律师负责财产管理以及法律方面的事务，社会福祉士负责人身监护事务，事务专员则根据律师和社会福祉士的需求负责手续、流程方面的事务，如存钱、取钱与缴纳手续费等。成年监护的两大业务内容——财务管理和人身事务是互相联系的，任何一类专业人士都无法独立完成这一工作，因此须这三类专业人士通力协作、共同执

行监护事务。到了2015年，全日本亲属以外的第三人作为监护人的比例为51.5%，其构成为：4613名律师监护人，6382名司法书士，3119名社会福祉士。^[5]在瑞士，虽然《瑞士民法典》没有直接规定律师可以担任监护人，但该法第449a条规定，如有必要，成年人保护机构应当任命当事人的代理人，并指定一个在扶助和法律方面有经验的人担任其监护人。^[6]而律师正是在法律方面经验丰富的最佳人选。

根据我国《民法典》第34条的规定可知，代理被监护人实施民事法律行为是监护人的职责之一。我国《律师法》第28条规定，律师可以接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼。虽然律师与监护人的代理权属性与范围不同，前者属于诉讼代理，为特定事项代理，后者属法定代理，为概括性代理，但这并不影响律师可以将诉讼代理方面累积的经验运用到意定监护更为日常的生活事项代理中。

不仅如此，对于具有法律知识背景的律师来说，其专业知识与理性思维在被监护人的权益维护、文书代写以及法律咨询等方面较普通公众更具优势。考虑到律师业务繁忙，执行监护事务的时间成本较大，可选取多个监护人共同监护，律师监护人负责其最擅长的监护事务，例如财产管理可以由律师监护人负责，人身监护则可由社会福利法人负责。^[7]或者法院选择相应的律师做专家监护人，同时选择被监护人的家属作为其监护人，而被监护人的存款及其他财产交付信托机构管理。^[8]在多个意定监护人分工明确、各司其职的情况下，律师监护人的负担将大大减少，况且即便律师愿意作为唯一的监护人，这也是律师与委托人意思自治、协议一致的结果，如果律师认为委托人所付报酬足以支付这些工作量，他人无须置喙，亦无权阻挠，单以时间成本较大为由断然否定律师担任监护人的资格与地位，经不起契约自治原则的检视。

因此，本文认为待我国职业监护人机构成熟之后，律师可兼职担任职业监护人，并将该业务作为律所完成当地司法部门指派其办理法律援助案件指标的一种方式，以鼓励律师担任意定监护人，缓解监护人难觅的问题。^[9]

综上，采用律师与其他监护人共同监护、各司其职的方式可以大大增强律师担任意定监护人的

可行性。律师具备担任意定监护人的主体地位,监护开始后,负责财产管理事宜的律师应当代被监护人料理资产、追缴债务、办理信托,并在必要的时候为了被监护人的利益对其财产进行处分。同时,律师应定期制作账目流水明细与财产清单,向监督人汇报财产管理情况。

四、结语

由于律师的法律背景、理性思维与职业属性,其在实践意定监护制度方面,拥有其他社会支持系统不具备的优势,从监护方案的规划(如帮助委托人分析、判断是否需要办理遗嘱、遗赠扶养协议与生前预嘱),到与公证、医疗、信托机构和职业监护人组织对接,律师可以“一揽子”代理。律

师作为意定监护人和监护监督人不存在法理及实践操作的障碍,但并不代表在任何情况下,律师都适合担任被监护人的监护监督人或意定监护人,监护关系是法律认可的重要身份关系,律师职业仅为委托人提供了一类身份的参考,除了律师的业务范围、专业能力、收费情况及其意愿之外,委托人还应当在性格、人品、价值观等方面对目标律师的适格性进行综合判断。同时,在同一意定监护项目中,律师不能身兼意定监护人与监护监督人的双重角色,即已经被选任为意定监护人的律师个人或团队便不再适合担任同一个项目的监护监督人,反之亦然,只有如此才能形成互相制衡的权力架构,保证监督的有效性。

参考文献:

- [1] 陈苇,李欣. 私法自治、国家义务与社会责任:成年监护制度的立法趋势与中国启示[J]. 学术界, 2012(1):182.
- [2] 李欣. 私法自治视域下的老年人监护制度研究[D]. 重庆:西南政法大学, 2012:154.
- [3] 李霞. 意定监护制度论纲[J]. 法学, 2011(4):123.
- [4] 王琪鹏. “社工家人”让老人有了主心骨儿[N]. 北京晚报, 2021-02-22(10).
- [5] 金光寛之. 財産管理の視点から:成年後見制度の現状と課題[J]. 法政論叢. 2017(1):293.
- [6] 瑞士民法典[M]. 于海涌,赵希璇,译. 北京:法律出版社, 2016:160.
- [7] 李霞. 成年监护制度研究[D]. 济南:山东大学, 2007:179.
- [8] 刘建. 民法视域下的成年监护制度研究[D]. 北京:中央财经大学, 2017:11.
- [9] 董思远. 我国职业监护人制度立法研究:兼以日本职业“后见人”制度为学术视点[J]. 福建江夏学院学报, 2020, 10(1):58.

(责任编辑:王圆圆)