

对监护人履行监护职责问题的研究

胡颖雪

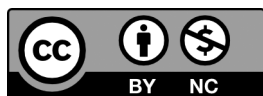
中南财经政法大学，武汉

摘要 | 我国对于监护人履行监护职责的要求及法律后果等规定主要在《民法典》第 34 条至 36 条，但条文规定过于概括和形式，对于监护人履行监护职责的方式、原则规定不明确，对于监护人履行监护职责是否不当缺乏一般性判断标准。同时，由于我国尚未建立监护监督制度，且对于监护人不当履行监护职责的法律后果规定也较为模糊。为了保证监护制度充分发挥其应有效果，本文拟从解释论的角度对于监护人履行监护职责的原则，监护人违反监护职责的法律后果进行分析，并结合域外先进立法经验，设想构建有效的监护监督制度。

关键词 | 监护制度；监护职责；不当处分；监护监督

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、监护人履行监护职责的原则

《民法典》第 35 条采取“总一分”模式对于监护人履行监护职责的原则和要求作出了规定。该条第一款前半句作为一般原则性规定，对监护人的职责履行提出了采取最有利于被监护人的方式的要求，第一款后半句从财产处分的角度要求监护人除为维护被监护人的利益之外不得处分被监护人的财产。第二、三款则区分未成年监护和成年监护，分别提出了不同程度的尊重被监护人意愿

作者简介：胡颖雪，中南财经政法大学，硕士，研究方向：民商法学。

文章引用：胡颖雪. 对监护人履行监护职责问题的研究 [J]. 法学进展, 2021, 3 (3): 115-123.

<https://doi.org/10.35534/al.0303013>

的要求。即该条对于监护人履行监护职责提出了“最有利于被监护人利益”和“尊重被监护人内心真意”的双重原则。但由于该规定过于概括，因此在具体适用中应当区分成年监护和未成年监护对其进行进一步解释。

（一）成年监护

我国对于民事行为能力的判断采取年龄和意思能力的双重判断标准。未成年人由于年龄不足，对于超出其意思能力范围的行为要经过其监护人的同意或追认才能产生法律效力。而成年被监护人并不受到年龄标准的限制，其并非自始不具备完全民事行为能力，而只是因为年老、疾病或精神状况问题等其他原因而在特定情况下欠缺意思能力。故我国《民法典》中规定了成年意定监护制度，赋予成年人根据自己的真实意愿自主选择监护人的权利，且在成年监护制度中高度强调被监护人内心真意的地位，要求监护人必须最大程度的尊重被监护人的真实意愿，不能过多干预被监护人有能力独立处理的事务。在成年监护中，从监护人的选定到具体监护事务执行中监护人的权利义务等各个环节都可以由被监护人根据其真实意愿自主安排，监护人只是起到照顾、协助作用。监护人应当将被监护人的内心真意置于首要地位，通过对于被监护人真实意愿的尊重从而实现被监护人利益最大化的原则，而被监护人利益的最大化也体现为对于被监护人意愿的尊重。

（二）未成年监护

未成年人由于欠缺年龄条件而自始不具有完全民事行为能力。其意思能力的缺乏也正是由于年龄条件的限制，故就未成年人而言，除非年龄增长，否则其行为能力无法得到补正，欠缺诸多重大事务决定的能力。^①不同于成年监护，未成年监护中更加强调对于被监护人的生存权和发展权的保障，监护人最主要的义务是照顾、保护、教育未成年人以促进其身心健全发展和保证其健康快乐成长。同时，“尊重被监护人内心真意原则”不仅在成年监护中被强调，也体

^① 黄欣，兰岚．我国未成年人监护制度的缺失及重构[J]．探索与争鸣，2014（3）：54-57．

现于未成年监护中。但未成年人毕竟不同于成年人，由于其自身年龄和认识能力的限制，其作出的决定并不一定最有利于自身发展，产生的后果也并非其自身能预料和承受的。故而，笔者认为，在未成年监护中，“最有利于被监护人利益原则”应当优先于“尊重被监护人内心真意原则”，当严格按照被监护人的意愿行事明显有害于其的生存发展时，监护人履行监护职责时应当采取审慎的眼光，从最有利于未成年人的角度出发，酌情考虑被监护人的真实意愿，选择最有利于被监护人的方式。

二、监护人违反监护职责的后果

监护人违反监护职责的情形主要包括侵害被监护人的人身利益和不当处分被监护人的财产等情形。

（一）人身侵害

就监护人对被监护人实施人身侵害的情形，我国立法规定了撤销监护人资格这一法律后果。对《民法典》第36条从文义解释的角度分析，三种法定的撤销监护人资格的情形可以被概括为两类：监护人实施的积极侵害行为和消极不作为行为。对于积极侵害行为，通常只要求监护人实施的行为具有可能造成被监护人身心健康受到严重损害的可能性，只要监护人客观上实施了积极的侵害行为，即使该行为并未严重侵害被监护人的身心健康，也可以撤销其监护资格；而对于实施消极的不作为行为的监护人，由于其主观恶性相较于实施积极侵害行为的监护人较小，故而如若要撤销其监护资格则必须满足导致被监护人在客观上处于危困状态的要件。^①第36条第2款规定的消极不作为包括监护人怠于履行和无法履行监护职责两种情形。其中，怠于履行是指监护人客观上可以履行监护职责，但是由于其主观上具有不履行的故意或者过失而选择不履行。而无法履行则是指因客观条件的不具备而导致监护人没有履行监护职责的可能性，

^① 金眉：《未成年人父母的监护人资格撤销制度比较研究》[J]．《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》，2016，53（6）：68-78，155-156．

从本质上来说是一个事实判断问题，并不要求监护人主观上的恶性，只要有客观不能的履行的事实即可。

总体而言，该条对于监护权的撤销规定总体上持审慎态度，对于积极侵害行为要求行为具有严重性，对于消极不作为行为则要求造成被监护人处于危困状态的后果，且仅有人民法院有权撤销。撤销监护资格制度设立的目的在于保护被监护人的利益，而非仅仅是对失职监护人的惩罚。因此，撤销监护人资格的法律后果还包括重新指定监护人和安排必要的临时保障措施等。

（二）财产侵害

监护人侵害被监护人财产的行为主要表现为监护人对被监护人财产的不当处分。我国《民法典》对于监护人处分被监护人财产的行为作出了原则性规定，要求监护人除为维护被监护人利益否则不得处分被监护人的财产。但该规定过于抽象，没有对“为维护被监护人利益”的具体含义做出解释，对于监护人违背被监护人利益所实施的处分行为的法律效果也并未做出明确规定。

1. “为维护被监护人利益”的判断

判断监护人对于被监护人财产的处分是否满足“为维护被监护人利益”这一要求，应当同时考虑“尊重被监护人真实意愿”与“最有利于被监护人利益”两原则，并根据具体情形进行实质判断。在成年监护与未成年监护情形下，判断标准略有不同。

就成年被监护人而言，被监护人的真实意愿是监护人进行监护行为时的首要考量标准。如果监护人对被监护人的意愿完全未予以考虑就径行决定处分被监护人的财产，没有征求或听取被监护人的意见，即使该处分行为实际上有利于被监护人利益也能视为维护被监护人利益。即在成年监护中，判断是否为维护被监护人利益应当以“尊重被监护人的真实意愿”为核心，结合“最有利于被监护人利益原则”进行综合考量。

就未成年监护而言，由于在通常情况下，被监护人依其年龄和智力状况并不足以辨别其看法和决定中所蕴含的风险和不利后果，故而应当以“最有利于被监护人利益”为首要判断标准，同时对于被监护未成年人的真实意愿进行合

理考量。如果尊重被监护人的真实意愿可能导致其财产减少或者不利于其财产的保值增值,则应当允许监护人在被监护人的意愿之外采取最有利于保护被监护人财产的方式处分被监护人财产。

2. 处分行为

处分行为包括事实上的处分和法律上的处分,两者性质差异较大,故对于监护人不当处分被监护人财产的法律后果,应当区分判断。

(1) 事实上的处分

监护人一般不具有使用被监护人财产的权利,但是在未成年监护中,若父母担任监护人,基于父母对其子女在物质、心理和教育等多方面的无私奉献与付出,因此其应当对其子女的财产享有使用权。^①监护人在事实上不当处分或者使用被监护人的财产给被监护人造成损失的,应当认定为侵权行为,被监护人可以要求监护人承担侵权责任。

(2) 法律上的处分

监护人作为被监护人的法定代理人,有权代为处理被监护人的财产。对于监护人行使法定代理权的范围,我国以“为维护被监护人利益”作为判断标准作出了实质性的限制。^②若监护人处分被监护人财产并非为了维护被监护人的利益,根据监护人实施行为时的名义不同,可以将其不当处分被监护人财产的行为分为两类:违反职责型的代理权滥用与无权处分。

① 无权处分

若监护人将被监护人的财产出让给他人,且出让时以自己的名义行为,则其行为性质实际上是无权处分,并非绝对产生行为无效的法律效果,而应当区分交易相对人的主观心理状态而作出不同的安排,若相对人为善意,则可能产生善意取得的法律效果。

② 违反职责型的代理权滥用

若监护人违反其负有的监护职责,不为维护被监护人的利益而以被监护人

① 朱广新. 论监护人处分被监护人财产的法律效果[J]. 当代法学, 2020, 34(1): 15-27.

② 涂冉竹. 监护人不当处分被监护人财产问题研究[D]. 中南财经政法大学, 2018.

的名义同第三人交易被监护人财产,则其行为属于违反职责型的代理权滥用,其法律效果不能简单类推适用《民法典》第171条,而应当从代理制度下授权行为与代理行为相互独立出发,区分相对人的主观心理状态的善恶分别处理。

若相对人非善意,即相对人明知监护人的行为不利于被监护人利益或者违反被监护人的意愿而仍然与监护人进行交易,则该行为构成无权代理。根据我国《民法典》第171条第一款,代理人在没有代理权的情形下实施的代理行为,如若没有经过被代理人的追认则不得被认定为有效。故在此情形下,代理行为效力待定,但是基于监护制度下的被监护主体的特殊性,被监护人欠缺独立作出完整意思表示的能力,因此监护人的处分行为由于不具备被追认的可能性而应当被认定为无效。就责任的承担而言,根据前文所述监护人违反职责的判断标准,不论监护人是违背被监护人内心真意还是有违“被监护人利益最大化原则”,监护人处分被监护人财产时都应被认定为具有一定的过错,故根据《民法典》第171条第4款,监护人应当与相对人应当按照各自的过错分担责任。同时,此处认定的无权代理应当视作“狭义无权代理”,即不包括表见代理的情形,因为根据本文的逻辑,仅在相对人存在明知被监护人时不当履行监护职责时才能类推适用无权代理,故在此情况下并不存在适用表见代理的可能性。当然,也有学者从另一个角度排除了表见代理的适用,认为在法定代理中代理人的选择及代理权的授予均不能由被代理人自己选择和决定,故而不能认为被代理人具有可归责性,也就不可能会出现表见代理的情形。^①

三、如何确保监护人履行监护职责

在监护制度下,作为被监护人的未成年人或者欠缺民事行为能力的成年人,由于不能独立的实施民事法律行为,因此其对于监护人具有极强的依赖性。是否履行、何时履行以及如何履行代理职责,履行职责的方式等事项均由监护人一人决定。当被监护人置于监护人的监护之下时,被监护人通常处于十分弱势的地位,若监护人滥用其监护权,实施侵害被监护人人身或财产利益的不当行为,

① [日]山本敬三.《民法讲义I总则》(第3版)[M].解亘,译.北京:北京大学出版社,2012.

则其极有可能造成被监护人的损害,违背监护制度的设立初衷。对于监护人不当履行监护职责规定不利后果不只是为了惩罚不当监护人,更重要的是要让被监护人的合法权益能够得以有效保障。故而在监护制度中,事前预防措施和履职监督措施比事后救济措施更为重要。^①但由于我国现行法律对于监护人履行监护职责的规定过于原则,对于违反监护职责的监护人的法律后果规定不明确,且缺少监护监督制度。因此,我国有必要借鉴域外先进立法经验,完善监护人履行监护职责的规定并建立有效的监护监督制度以确保监护人的监护职责。

(一) 域外经验借鉴

从比较法来看,德国、法国、日本等国家的民法典以及我国台湾地区民法典都对监护人履行监护职责作出了一定的限制。《日本民法典》第826条规定了“利益相反行为”,要求父母行使亲权时作出的行为不能与子女利益相反,即不能有害于子女的利益,若需要作出该种行为则必须请求家庭法院为子女另行选择特别代理人,同时还在第860条规定“利益相反行为”准用于成年监护。第827条规定父母管理子女的财产负有的注意义务与管理自己事务的相同。在第四编第五章“监护”第二节“监护机关”下专设一节“监护监督人”详尽地规定了监护监督制度,并明确规定了监护人的报告义务,监护监督人对监护人履行监护职责拥有调查权,同时还详细列举了需要监督人同意的行为。除此之外,日本还设立了专门的家庭法院作为监护监督人的选任机关和监护事务处理的管理机关。^②同日本一样,德国也设立了专门的家事法院,在区分父母照顾和狭义监护权的模式下,^③《德国民法典》规定父母照顾由家事法院直接监督,其他监护人的职责履行则需要受到监护监督人或者家事法院的双重监督。依据《德国民法典》的相关规定,监护人对被监护人金钱的投资、对债权和有价值证券的处分以及对土地或土地上的权利的有偿取得或处分等均需要经过监护监督

① 徐小萍. 成年意定监护监督制度研究[D]. 华东政法大学, 2019.

② 日本民法典[M]. 刘卫国、牟宪魁、杨瑞贺,译. 北京:中国法制出版社, 2018.

③ 陈苇,李艳. 中国民法典之监护制度立法体系构建研究[J]. 西南政法大学学报, 2017, 19(2): 76-92.

人或家庭法院的批准,且家庭法院在作出批准之前需要听取监护监督人的意见。^①法国虽未设立专门的家事法庭和家事法院,但是却规定了独特的法定管理制度,且法国设有专门的家事法官和监护法官,还有亲属会议制度,对于父母亲权的行使及监护人监护职责的履行进行干预和限制。^②我国台湾地区的民法中也对监护人处分被监护人财产的行为作出了限制,规定监护人对某些特定事务的处理必须经过法院的许可才能发生效力。

(二) 我国监护监督制度的构建

我国并不存在专门的家庭法院,也没有关于亲属会议和监护监督人的规定,对于监护人的职责履行尚不存在有效的监督手段。^③为了确保监护人能够以有利于被监护人利益的方式恰当地履行监护职责,保证被监护人合法权益的实现,除了明确监护人不当履行监护职责的法律后果之外,我国还应当建立专门的监护监督机关,对监护人履行职责进行有效监督和限制。^④笔者认为,我国可以借鉴法国和我国台湾的做法,建立重大事务的批准制度,要求监护人处分被监护人的某些财产需要经过监护监督人的许可,从而防止监护人滥用其职权。就监护监督人的选任,笔者认为采取国家监督与社会监督相结合的方式,既可以从当地的居委会、村委会或德高望重的长者中选任专门的人作为监护监督人,也可以由当地民政部门担任。同时,监护监督人应当负有监督监护人适当履行监护职责、听取监护人的报告、批准监护人的对被监护人财产进行重大处分、代表被监护人向法院申请撤销不合格监护人的监护资格等权利。^⑤最后,监督人也应当拥有报酬请求权。

① 德国民法典[M]. 陈卫佐,译注. 北京:法律出版社,2015:552-564.

② 法国民法典[M]. 马育民,译. 北京:北京大学出版社,1982.

③ 张露. 论我国未成年人监护监督制度的完善——以国家监督为导向[J]. 广西社会科学,2019(6): 108-115.

④ 石婷. 论国家对未成年人监护的公权干预——以保障留守儿童的合法权益为视角[J]. 当代青年研究,2014(3): 93-98.

⑤ 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): 178-188,288.

Study on the Problem of Guardianship Duties Performed by Guardians

Hu Yingxue

Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan

Abstract: Our country and the legal consequences to the requirement of guardians guardianship duties such as regulations mainly in the civil code article 34 to 36, but provision rules are summarized and form, fulfill their duties of guardianship for the guardian way is not clear, principles, regulations and fulfill their duties of guardianship for the guardian is no general judgment standard. At the same time, the guardianship supervision system has not been established in China, and the legal consequences of the improper performance of guardianship duties by guardians are also relatively vague. In order to ensure that the guardianship system gives full play to its due effect, this paper intends to analyze the principle of the guardianship duty fulfilled by the guardian and the legal consequences of the guardian's violation of the guardianship duty from the perspective of interpretation theory, and combine with the advanced legislative experience outside the territory to envisage the construction of an effective guardianship supervision system.

Key words: Guardianship system; Guardianship duty; Improper punishment; Guardianship supervision