

论《民法总则》对未成年人 国家监护制度规定的不足及立法完善

李 燕

(华南农业大学 人文与法学学院, 广东 广州 510642)

摘要: 在未成年人处于无监护保护状态时, 法律规定由国家机关亲自担任监护人承担兜底监护责任体现了国家对未成年人的保护。国家机关担任监护人不同于自然监护人, 其无法亲自执行监护任务, 于是构建具体的监护执行制度就成了国家监护制度有效运作的关键。2017年《民法总则》关于国家监护制度的规定更加强调民政部门在监护中的地位和作用, 但是对国家监护制度的具体实现方式缺乏必要的规范。在将来民法分则“婚姻家庭法编”和《儿童福利法》的制定时, 应当在被监护人最大利益原则下构建我国的国家监护制度, 引入监护执行人和照料人协助监护人履行监护职责, 细化监护人和照料人之间的职责分工, 强化法院对国家监护的干预。

关键词: 未成年人; 国家监护人; 自然监护人; 民法总则; 立法完善

中图分类号: DF51 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2018)08-0111-10

On the Deficiencies of the Provisions of the General Provisions of the Civil Law on the State Guardianship System of the Minors and the Legislative Improvements

LI Yan

(School of Humanities and Law, South China Agricultural University, Guangzhou 510642 China)

Abstract: When the minors are left without guardians, the law stipulates that it is the state's duty to protect the minors to assume the responsibility of guardianship by the state organs as the guardians in person. The state organs acting as guardians are different

收稿日期: 2018-06-04 该文已由“中国知网”(www.cnki.net) 2018年7月2日数字出版, 全球发行
基金项目: 广东省哲学社会科学“十二五”规划项目《我国儿童福利立法研究》(GD15CFX05)

作者简介: 李燕(1980-), 女, 湖北宜城人, 法学博士, 华南农业大学人文与法学学院讲师, 研究方向: 宪法学、行政法学、人权法学。

from the natural guardians , and they cannot perform the guardianship tasks in person. Therefore , the construction of a specific guardianship enforcement system will be critical for the effective operation of the National guardianship system. The provisions of the General Provisions of the Civil Law of 2017 on the state guardianship system place more emphasis on the position and role of the civil affairs departments in guardianship , but there is a lack of necessary norms for the specific implementation of the state guardianship system. In the future , when the Civil Code of Marriage and Family Law and the Child Welfare Law are enacted , the system of state guardianship in China shall be constructed on the basis of the principle of the best interests of the ward; introduction of the guardianship enforcers and the caregivers to assist the state guardians in the performance of guardianship duties , the refinement of the division of responsibilities between the guardians and the caregivers , and the strengthening of court intervention in state guardianship.

Key words: the minors; the state guardians; the natural guardians; general provisions of the Civil Code; legislative improvements

一、《民法总则》关于未成年人国家监护制度的规定及不足

2017年通过的《民法总则》第32条规定“没有依法具有监护资格的人的,监护人由民政部门担任,也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。”这是《民法总则》关于未成年人国家监护制度的规定。未成年人国家监护制度是指在未成年人处于无监护保护状态时,国家机关出于对未成年人的保护亲自担任监护人直接履行监护职责的制度。虽然早在1982年《民法通则》第16条第4款就规定“没有第一款、第二款规定的监护人的,由未成年人的父、母所在单位、未成年人住所地的居民委员会、村民委员会和民政部门均可以担任监护人”,但修改后的《民法总则》明显增加了民政部门的监护责任。从《民法总则》第32条的规定来看,该条虽然保留了两委会担任监护人的资格,但“也可以”的用语明显表明了其法律倾向,即民政部门担任监护人具有优先性,两委会仅在民政部门不能或者不便担任监护人时起补充。

在未成年人处于无监护保护状态时,《民法总则》要求民政部门直接以监护人的身份承担兜底监护责任是适应新环境需要的一种立法选择。近些年来,由于社会风险增加,需要提供监护保护的未成年人范围^①逐渐扩大。另一方面,随着社会结构变迁导致亲属关系松弛,加上监护工作繁琐责任重大,当前为未成年人寻找合适的自然监护人已经成为我国乃至世界上很多国家共同面临的难题,可以说完全依赖家庭自治的监护模式已经无法完成保护未成年人的任务。在这一背景下,《民法总则》进一步加强民政部门的监护责任是希望用公权力手段对未成年人的合法权益进行有效的干预和保障,以实现未成年人的保护。

但是对于民政部门作为监护人应当如何履行监护职责,不论《民法总则》还是其他法律

^① 注:根据2016年国务院下发的《关于加强困境儿童保障工作的意见》,目前需要国家提供监护帮助的未成年人至少包括:(1)失去父母或查找不到生父母的未成年人;(2)父母没有监护能力且无其他监护人的未成年人;(3)父母因不履行或者不当监护职责被剥夺监护权的未成年人;(4)服刑人员、强制隔离戒毒人员的缺少监护人的未成年人子女。

均没有做出具体的规定。应当认识到,国家监护制度具有特殊性,不同于传统以亲属为主的自然人监护。作为监护人的国家机关是一个抽象的组织,不可能像自然人一样亲自照顾教育被监护人,需要借助专业的监护执行人和照料人来协助执行监护任务。从我国民政部门的机构设置和人员配备来看,并没有专门针对监护制度设立的雇员职位和资金保障,于是1991年《未成年人保护法》第29条规定“暂时无法查明其父母或者监护人的,由民政部门设立的儿童福利机构收容抚养。”2006年修订《未成年人保护法》时将儿童福利机构抚养的未成年人的范围扩大为“孤儿、无法查明其父母或者其他监护人的以及其他生活无着的未成年人”,另外,将“收容抚养”改为“收留抚养”。现行《未成年人保护法》第43条第2款沿袭了这一规定“对孤儿、无法查明其父母或者其他监护人的以及其他生活无着的未成年人,由民政部门设立的儿童福利机构收留抚养。”2014年出台的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第36条也规定当未成年人的监护人资格被判决撤销之后,如果没有合适人员和其他单位担任监护人的,人民法院应当指定民政部门担任监护人,由其所属儿童福利机构收留抚养。

由于民政部门并不具备亲自履行监护职责的能力,《未成年人保护法》等法律规定将民政部门监护的未成年人交由儿童福利机构“收留抚养”,解决了处于民政部门监护保护之下的未成年人的抚养和照顾问题。但“收留抚养”的规定显然过于粗糙,随着国家监护实践的增加以及对未成年人权利保护的关注,相关问题逐渐浮出水面。

首先,除“收留抚养”外,现行法律对民政部门应当如何履行监护职责尚无其他规定,实践中民政部门一旦将被监护人交由儿童福利机构“收留抚养”就不再过问,具体的照料工作都是由儿童福利机构完成的,民政部门作为监护人并没有很好的履行监护职责甚至经常是缺位的。典型案例如2005年“南通市智障少女子宫切除案”,在整个案件中,两名智障子女的子宫被次全切除,身体健康权受到严重侵害,但直到案件被媒体披露后,南通市儿童福利院才将实施手术的情况向南通市民政局做了汇报。在法院判决书中,也仅以故意伤害罪追究了福利院的领导和实施手术的两名医生的刑事责任,并没有对作为监护人的南通市民政局追究任何法律责任^[1]。

其次,儿童福利机构的法律地位并不明确。由于法律并没有对“收留抚养”做进一步解释,儿童福利机构基于“收留抚养”对院内儿童拥有多大的决定权也不明确。在实践中,儿童福利机构不仅负责照料养育儿童,而且对儿童的事务拥有很大决定权。在上述“南通市智障少女子宫切除案”中,为两名儿童实施手术的手术同意书是由儿童福利院副院长签署的,手术同意书上还特地添加了“相关法律责任由福利院负责”等内容。也正因为如此,实践中儿童福利机构经常被当做监护人。例如在2016年最高人民法院发布的《关于侵害未成年人权益被撤销监护人资格典型案例》之“徐某被撤销监护人资格案”中,法院就判决常州市儿童福利院为徐某某的监护人^[2]。但是从法律规定来看,在2017年《民法总则》出台之前,《民法通则》并没有赋予儿童福利机构担任监护人的资格。根据《民法通则》第16条第4款的规定,有资格担任监护人的组织仅包括三类:未成年人父母所在的单位;未成年人住所地的居(村)民委员会;未成年人住所地的民政部门。儿童福利机构显然不属于以上三类组织,并没有被赋予担任监护人的资格。既然如此,儿童福利机构在收留抚养儿童的过程中,处于何种地位?

最后,目前法律对民政部门和儿童福利机构的关系也缺乏明确的规定,导致民政部门和儿童福利机构的权限不清,儿童福利机构经常被民政部门作为下属执行机构,缺乏必要的独立性。

由此可见,我国法律虽然规定了国家监护制度,但并没有在规范层面建构具体的监护执行制度。未成年人必须受到照顾和保护是不争的事实,如果没有在规范层面就民政部门如何履行监护职责做出具体规定,否则即使由民政部门担任监护人也不能说就保证了对未成年人的抚养和教育从而实现了了对未成年人的保护。

二、国家监护制度的产生及对传统自然人监护制度的挑战

近现代西方国家未成年人监护制度的发展表现为国家权力机关在监护各个环节的介入以及对监护的监督,形成了一套完整的国家监护体系^[3]。但国家监护制度不是从来就有的,其产生是经济社会发展、社会结构变迁以及儿童权利演进等多重因素共同作用的结果。从世界范围来看,德国1922年7月9日制定的《青少年福利法》第一次从法律上确认了国家监护制度,“对于没有适合于担任监护人的人,由青少年福利局担任监护人。”国家监护制度是一种与自然人监护完全不同的监护模式,其国家性、专业性和非人性化的特点使其与传统自然人监护存在结构性的差别,不能适用同一的法律规范。必须明确这一点,并在这一前提下去建构国家监护人制度,才能确保被监护人最大利益的实现。也正因为如此,德国有学者明确指出,“自然监护人和国家监护人之间的区分应当作为所有监护制度改革的中心问题。”^[4]

首先,国家监护人在所有监护人类型中基于何种地位?这一问题关涉国家监护制度的适用条件,进而涉及国家和家庭在未成年人监护中的地位及分工。在国家监护人产生以后,必然是以自然监护人为代表的家庭监护和以国家监护人为代表的国家监护并存的局面。家庭监护反映了监护的情感伦理性,国家监护体现的则是国家实现实质平等和保障人权的制度价值。“在保护未成年人方面,家庭具有先天优势,国家公权力则有法律、财政等各项保障,为维护未成年人利益二者缺一不可,但是两者之间的平衡点到底在哪?”^[5]对此,我国学术界有两种观点:一种观点基于国家干预的渐强趋势,提出监护的国家主义,认为国家是监护的真正承担者,而父母只不过是国家责任的替代者^[6]。另一种观点则认为,国家监护责任的产生是基于实质平等和人权保障的要求,但是仍然需要尊重自然法意义的伦理性监护,主张在伦理性监护缺位或失当时才诱发国家监护^[7]。从各国关于监护制度的法律规定来看,一般认为自然监护人处于第一顺位,国家监护人处于补充地位。这是因为监护关系从本质上来讲是一种典型的亲属法关系,具有鲜明的伦理性,国家监护制度的适用必须以尊重监护关系的伦理性为前提,优先以家庭监护进行调整,不足部分再以国家监护的方式予以保障。

其次,在传统自然监护人模式下,监护人亲自抚养和教育被监护人,监护法律关系主体仅包括监护人和被监护人。但在国家监护人模式下,监护人不再亲自教育和照顾被监护人,融于未成年人监护中的照料、教育、抚养等常规核心功能由监护人转由第三方照料人,监护法律关系的主体扩大为包括监护人、被监护人和照料人。从各国监护法律的规定来看,大多数国家都在法律中明确了监护人的法律地位,但对于照料人的法律地位则很少涉及。在国家监护制度中,与被监护人每天生活在一起的是照料人,而不是监护人,监护人只在必要时确认照顾和教育是否合理,从这一点来讲,照料人对于被监护人而言更为重要。因此,在国家监护制度下,应当在法律上赋予照料人必要的独立地位,明确照料人和监护人在监护事项上

的职责分工。

再次,虽然在国家监护中,照料人负责被监护人的抚养和教育,但这并不意味着作为监护人的国家机关无需履行监护职责,其对被监护人仍负有“战略性监护责任”,包括定期探望被监护人;就涉及被监护人的重要事项做出决定;代理被监护人从事民事活动等责任。为了保证监护人能够履行这些监护职责,需要引入监护执行人制度,构建具体的监护执行制度。“国家监护机构必须要有充足的雇员及资金保障,一个机构所监护的人数不得超过500人,机构内部的专业雇员每人负责人数不得超过30人,否则将形同虚设。”^[8]

最后,在国家监护制度下,为了保证被监护人的最大利益,同样需要对监护人和照料人履行监护职责的行为进行监督。鉴于国家监护人是国家公权力机关,为了保证监督的实效性,需要确保监督主体具有相对于监护人的独立性和权威性,一般应当是司法机关。

三、德国国家监护制度的经验及借鉴

在德国,虽然国家监护制度在1922年《青少年福利法》中已经确立,但直到1969年《德国非婚生子女法律地位法》制定之后,国家监护制度才正式写入《德国民法典》,作为第1791b条和第1791c条。1990年《社会法典》第8编《儿童和青少年法》(SGB8)第55条第一次对国家监护执行制度做了具体构建。德国监护制度先后经过1997年、1998年、2005年和2011年等多次修改。2016年,德国司法部和消费者保护部(BMJV)又提出了旨在推进监护制度现代化的全面改革方案——《〈监护法〉修改建议稿》,其中包括很多针对国家监护制度的改革方案,但由于德国2017年大选组阁刚完成,该草案尚未交付表决。从德国关于国家监护制度的规定及改革的方向来看,国家监护制度的适用条件、监护执行人的任命、监护人和照料人的职责分工以及强调法院对国家监护制度的干预构成了德国国家监护制度必不可少的内容。

(一) 明确国家监护制度的适用条件

《德国民法典》第1791b条第1款规定,“没有适合于担任独任监护人的人的,少年局也可以被选任为监护人。被监护人的父母既不得指定要少年局担任监护人,也不得排除之。”^[9]据此,自然人监护是第一顺位监护人,青少年福利局作为第二顺位监护人。德国在1947年取消了亲属的法定监护制度,将自然监护人根据是否获取报酬分为无偿的义务监护人和有偿的职业监护人。职业监护人是指因具备某方面的技能而被法院或者行政机关批准作为监护人以提供有偿监护服务的自然人,可能是律师、社会工作者或者医护人员等。在2005年《照顾法》修改之前,所有的自然监护人相对国家监护人都具有优先性,但在2005年之后,仅无偿的义务监护人具有优先性。

(二) 引入监护执行人制度协助监护人履行监护职责

在德国,虽然国家监护制度早在1969年就写进了《德国民法典》,但是在很长一段时间内,对于青少年福利局作为监护人应当如何履行监护职责,德国法律并没有做出明确。直到1990年《社会法典》第8编《儿童和青少年法》的颁布,德国法律才开始正视这一问题,该法第55条规定“青少年福利局通过其公务员或者雇员履行监护人职责。被监护人的日常照料工作转移给第三方照料者,但是监护执行人和照料者必须定期保持联系。”至此,德国法律正式确立了监护执行人制度。

《儿童和青少年法》引入监护执行人制度是为了帮助作为监护人的青少年福利局更好的

履行《德国民法典》第 1793(1a) 条所规定的探望义务以及确保第 1800 条第 2 款所规定的照顾和教育义务得以实现。在早期,监护执行人一般是青少年福利局的公务员担任。随着监护工作的专业化,职业监护人出现后,青少年福利局也开始聘请职业监护人担任监护执行人。不论是公务员还是职业监护人,其担任监护执行人做出行为产生的法律后果都由青少年福利局承担。早期监护执行人的工作主要是负责代理被监护人从事法律活动,管理被监护人的财产。随着监护制度的重心由财产管理转移到人身保护,立法也更加强调监护执行人亲自促进和保证对被监护人的照料和教育义务。例如为了保证监护执行人能够充分了解被监护人的情况,《德国民法典》和《儿童和青少年法》在 2011 年均做了修改,修改后的《德国民法典》在第 1793(1a) 条增加规定“监护人应当定期到被监护人经常居住地探望被监护人。通常情况下应当一月至少探望一次。如果出现特殊情况,应当增加探望的次数。”第 1800 条增加规定“监护人应当亲自促进和保证被监护人的照料和教育。”修改后的《儿童和青少年法》对监护执行人负责的被监护人的数量做了限制,“一个全职的公务员或者雇员最多可以承担不超过 50 个被监护人的监护工作,如果同时承担其他工作应当相应减少其负责的儿童的数量。”

(三) 赋予照料人独立的法律地位,明确监护人和照料人关于监护职责的分工

德国监护法对监护人的法律地位做了比较全面的规定,但对照料人的法律地位规定不多。《德国民法典》第 1793 条第 1 款规定的“被监护人被长期接纳入监护人家庭照顾的,准用父母照顾条款”并不适用照料人,照料人一般根据与监护人签订的协议履行照料义务,并没有独立的法律地位。在被监护人事项的决定权上,照料人也仅针对被监护人日常生活事务享有有限的决定权。随着被监护人人身保护的重要性日益凸显,德国理论界实务界都开始呼吁修改法律以赋予照料人独立的法律地位,德国很多学者都认为“赋予照料人独立的法律地位无疑有利于对被监护人的照料”^[10]。于是德国司法部和消费者保护部(BMJV)在 2016 年提出了旨在推进监护制度现代化的改革方案,并提出了《〈监护法〉修改建议稿》。修改意见稿第 1796 条—1798 条重新规定了照料人的法律地位及其与监护人的关系,具体包括:(1) 照料人直接由监护法院任命,从而照料人和监护人都由监护法院任命,两者在法律上具有平等的地位;(2) 如果照料者和被监护人共同生活达到足够长时间,则照料者不仅有权就被监护人的日常生活事务行使决定权,监护法院也可以将部分监护事务的决定权委托给照料人,甚至特殊情况下照料人也可以被委任为监护人;(3) 强调两者有相互合作和信息共享的义务,要求监护人就监护事务做出决定时,应当征求照料人的意见。需要特别指出的是,虽然修改建议稿强调赋予照料人一定的独立地位及决定权,但仍规定监护人在整个监护工作中负有“战略性监护责任”^①。此次修改意见稿如果通过必将在法律上赋予照料人一定的独立地位。

(四) 设立监护法院对国家监护进行干预和监督

德国通过废除亲属会议的指定监护制度、设立监护法院的形式,将所有监护行为都纳入监护法院的约束和监督之中。在国家监护中,监护法院对未成年人监护的干预主要体现在:

^① Diskussionsteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts—Stand 18. August 2016. http://www.bmjv.de/DE/Themen/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaft/Vormundschaft_node.html 2018 年 4 月 8 日访问。

第一,当没有适格的自然监护人时,监护法院将选任合适的青少年福利局担任监护人,并颁发选任证书。选任证书一般包含以下内容:被监护人的姓名和出生时间、监护人名称、监护监督人和共同监护人的姓名以及在分担监护的情况下分担的方法(《德国民法典》第1791条,第1791b条);第二,监护法院负责保护未成年人的财产利益。为此目的,监护法院有权要求监护人定期提交被监护人的财产目录;监护人在处理被监护人财产之前,也必须征得法院的同意(《德国民法典》第1802条)。第三,2011年《德国民法典》修改,在第1840(1)条增加规定“监护人必须至少每年向监护法院报告一次被监护人的个人状况,报告应当记载监护人探望被监护人的情况。”如果监护人满足不了定期探望的法律要求,法院有权采取合适的方式予以干预,可能会对青少年福利局或者其负责人予以惩罚,必要时可以免除其监护人资格。

四、完善我国国家监护制度的立法建议

2017年通过的《民法总则》开启了我国国家监护制度的新篇章,但囿于其原则性规定,并没有充分展现国家监护制度的特点,对总则中的不完善之处,可以留待未来民法分则“婚姻家庭编”及《儿童福利法》等部门法来完善。为此,特提出如下立法建议:

(一) 以被监护人最大利益原则为指导构建我国的国家监护制度

被监护人最大利益原则是未成年人最大利益原则在监护关系中的体现,1989年联合国《儿童权利公约》将未成年人最大利益原则作为对未成年人保护的核心指导原则,要求“有关儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”从历史渊源考察,未成年人最大利益原则源于国家监护理念,是从英国国家监护判例中发展出来的。18世纪英国法庭在涉及未成年子女监护权的判例中,明智的法官为了阻止未成年子女的监护因为腐朽的“家父制”传统而被判给堕落的父亲,于是从“国家监护”的衡平法理论中推导出了未成年人最大利益原则^[11]。目前,未成年人最大利益原则在许多国家的立法和实践中得到承认和支持。该原则体现在监护中,要求必须将被监护人的最大利益作为首要的考虑因素,尽可能地采取措施保护被监护人的利益,尤其是国家干预应以被监护人的最大利益作为底线原则。

2017年《民法总则》第35条第1款规定“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行职责。”这是我国在立法层面首次确立被监护人最大利益原则,应当以这一原则为指导构建我国的国家监护制度:首先,在民政部门担任监护人履行国家监护职责过程中应当始终将未成年人视为独立的权利主体,给予充分的福利保护;其次,国家监护应当以家庭监护缺失或严重失当为前提,只有在没有适格的人担任监护人时,才任命民政部门担任监护人;最后,应当尊重被监护人的意见,保证被监护人的参与权。无论监护执行人或照料人的选任,还是监护职责的履行,只要涉及与被监护人利益有关的决定,都应当根据被监护人的年龄和智力状况,征求被监护人的意见和要求。

(二) 引入监护执行人制度,确保民政部门切实履行监护职责

如前所述,我国法律虽然赋予民政部门监护人资格,但对于民政部门履行监护职责的具体方式缺乏进一步明确。《未成年人保护法》第43条第2款和《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第36条虽然规定“将民政部门监护的儿童交由儿童福利机构收留抚养”,但这仅表示民政部门为被监护人选择儿童福利机构作为其照料人。根据

《社会福利机构管理暂行办法》,儿童福利机构是为儿童提供养护、康复、托管等服务的独立法人,儿童福利机构执行监护任务的行为并不等于民政部门的行为。民政部门将被监护人交由“儿童福利机构收留抚养”并不意味着其完成了作为监护人的职责,相反这只是其履行监护职责的开始,在儿童福利机构作为照料人抚养照料被监护人的过程中,民政部门始终是监护人,仍要时刻履行监护人的职责,而这一任务需要任命专门的监护执行人来完成。

在我国,民政部门是主管国家社会行政事务的职能部门,在民政部门所承担的诸多职能中,未成年人保护只是其中一项。虽然从民政部门的机构设置来看,在中央层面,民政部的社会事务司设有儿童福利和收养处、未成年人(留守儿童)保护处两个部门来负责未成年人保护事宜,但是在地方,从民政厅到民政局并没有相应设置专门的未成年人保护管理机构。由于缺乏专门负责儿童监护保护的机构和人员,民政部门很难真正实际履行对未成年人的监护职责。随着未成年人监护领域出现的问题越来越多,在我国建立统一而职能强大的未成年人保护管理机构显得更加迫切。建议在中央政府层面,建立专门的副部级的未成年人保护管理机构,对全国的未成年人保护事务进行宏观管理;在地方层面,省、市、县三个行政区域级别分别设立未成年人福利管理中心,负责本地区的未成年人保护工作。将来设立的未成年人保护管理机构至少应当承担以下职责:为未成年人的家庭监护提供帮助与支持,处理未成年人监护中出现的问题并对未成年人提供妥善安置措施;对不能获得有效监护的未成年人提供国家监护。在未成年人保护管理机构成立后,可以在市级和县级的未成年人福利管理中心引入监护执行人制度协助民政部门履行监护职责,以改变目前民政部门无能履行监护职责的情况。监护执行人可以是未成年人福利管理中心的公务员,也可以购买职业监护人的服务。具体来讲,监护执行人工作包括监督指导儿童福利机构或者其他寄养家庭的抚养照料工作;定期探望被监护人以便充分了解被监护人的生活状况;作为被监护人的法律代理人代理其从事法律活动;负责被监护人重要事务的决定。为了保证监护的效果,可以通过法律限定每一监护执行人负责的被监护人的数量不超过30人,并要求监护执行人每月至少探望一次被监护人,并就探望情况每半年向民政部门负责人或者法院提交探望报告等。

(三) 丰富照料模式,明确监护人和照料人的职责分工

根据《未成年人保护法》,由儿童福利机构对民政部门监护的儿童进行抚养照料是目前主要的照料模式。随着国家对儿童福利的重视和资金投入的增加,儿童福利机构近年来在设施建设和专业水平等方面均得到迅速发展,但是儿童福利机构的照料从本质上来讲仍属于机构照料模式。这种机构集中照料模式的弊端早在上世纪50年代就受到关注,不论理论界还是实务界都认为,机构照料模式忽视儿童的情感需求不利于其身心发育,也无法很好培养儿童适应社会的能力^[12]。20世纪70年代,西方一些国家在淘汰大规模机构照料后,开始尝试专业化家庭寄养模式,于是以满足儿童的心理和情感需要而设立的家庭寄养模式在世界各国得到了普遍推广。联合国《儿童权利公约》也认为寄养是比机构照料更符合儿童福利的一种养育模式,其第40条规定“应采用多种处理办法,诸如照管、指导和监督令、辅导、察看、寄养、教育和职业培训方案及不交由机构照管的其他办法,以确保处理儿童的方式符合其福祉并与其情况和违法行为相称。”2000年我国民政部明确提出开始探索家庭寄养等其他照料模式,从家庭寄养在我国的实践历程来看,其对缓解政府儿童福利资源不足以及提升

孤残儿童生活质量等方面起到了促进作用;但在实践过程中,其弊端也逐步显现:家庭寄养与儿童福利及其他政策缺乏衔接机制,民间力量在家庭寄养中介入空间有限等^[13]。当前为了促进未成年人健康成长,应当进一步探索和丰富照料模式。2014年《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第16条规定了“自愿助养,委托政府指定的寄宿学校安置”等新的照料模式,实践中可以逐步探索。

在丰富照料模式的基础上,应当通过法律进一步明确监护人和照料人在履行监护事务上的职责分工,赋予照料人一定的独立地位。在目前主要的两种照料模式中,照料人分别是儿童福利机构和寄养家庭。就儿童福利机构而言,由于民政部门内部缺乏专门履行监护职责的组织和人员,导致现实生活中民政部门很少真正介入对未成年人的监护工作,于是作为照料人的儿童福利机构几乎行使了所有的监护人权利。但在家庭寄养中,同为照料人的寄养家庭的权利却很少得到关注。《家庭寄养管理办法》规定了寄养家庭应当承担的义务、寄养协议的履行及对寄养家庭的监督管理,但对寄养家庭所应享有的权利及权利如何维护却几乎没有涉及。建议通过法律赋予照料人一定的独立地位,进一步明确照料人和监护人在监护事务上的职责分工。具体包括:照料人负责被监护人的日常照顾、保护和教育,有权就被监护人日常生活事务行使决定权,包括日常医疗事务(例如身体检查、接种疫苗等)和日常学习事务(例如交纳学费、检查作业等)。但是一些重大事务的决定权必须交由监护人行使,例如涉及身份行为的同意权,重大医疗手术的同意权,财产行为的代理或者同意权,以及成立收养或者终止收养关系时的同意声明权等。

(四) 加强法院对未成年人国家监护的干预

我国目前未成年人监护中,司法介入明显不足。对此有学者早已指出,“我国目前实际上没有专门负责未成年人监护问题的管理、监督、执行的政府及司法机构,缺乏统一的从上到下的有效社会控管力量和政府公力服务体系,本应纳入政府及司法机关管理的事务实际上是一项空白。”^[14]而从上文对德国国家监护制度的考察来看,德国非常注重法院对未成年人监护的干预。法院对监护人的选任、变更、中止、撤销等事项进行判决、宣告、确认,同时承担监护争议的审理工作,运用其司法功能和程序机制,给未成年人监护提供全面的司法保障。不过与传统诉讼中法院的功能和定位不同,在涉及亲子关系的案件中,法院裁判的重点不在根据既往事实决定父母子女之间的权利义务,而在于评估什么才是对未成年子女是最有利的安排,并以实现子女最佳利益,家庭的维持为此类争端解决最终的目标^[15]。因此在构建我国国家监护制度中,应当更加强调法院的干预和监督。让法院更及时的介入亲子关系,更积极的保护未成年人利益,更全面的考虑各种利益之间的平衡:首先,应当重视监护人的选任,统一将法院作为监护选任机关,进一步明确选任程序和选任标准。《民法总则》虽然规定监护选任机关包括居民委员会、村民委员会、民政部门和法院,但是由于缺乏详细的选任程序和选任条件,实践中对监护人的选任并不重视^[16]。从监护程序来看,监护选任是监护关系的第一步,一旦法院指定监护人并颁发“监护权证明书”就意味监护开始,监护人应当开始履行监护职责,同时该证书也是监护人代理被监护人进行民事活动的证明文件。其次,明确法院对被监护人财产的保护。通过法律明确监护人有义务按照法律规定或者应法院要求定期向法院提交财产目录及财产变动清单;未经法院允许,监护人不得擅自处置被监护人的财产。最后,明确法院对监护人履行监护职责进行监督,监护人有义务按照法律规定或者应法

院要求定期向法院汇报其履行监护职责的情况。《民法总则》第36条、第37条和第38条规定了监护人不履行或者不适当履行监护职责可以采取撤销监护权措施的适用条件和程序,虽然这些规定主要是针对自然人监护而设计,但也可参照适用于国家监护。国家监护人如果怠于履行或者不适当履行监护职责给被监护人带来损害的,法院当然应当介入,并有权依照法律对监护人进行处罚,必要时应当重新指定监护人。

致谢:

本人2017年在德国马普所社会法与社会政策研究所访学期间,得到马普所Eva Maria Hohnerlein女士和王艺非女士的慷慨相助,为本文的撰写提供了德国国家监护制度的相关文献资料,特此表示感谢。

参考文献:

- [1] 南通市儿童福利院切除智障少女子宫案[EB/OL]. <http://www.njucasereview.com/web/hot/hot/2010/20120229/093438.shtml>. 2018-04-01.
- [2] 最高人民法院关于侵害未成年人权益被撤销监护人资格典型案例[EB/OL]. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-21481.html>. 2018-04-01.
- [3] 王竹青. 论未成年人国家监护的立法构建——兼论民法典婚姻家庭编监护部分的制度设计[J]. 河北法学 2017 (5).
- [4] Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Schwab. Entwicklung des Deutschen Vormundschaftsrechts. Vormundschaft in Europa – Beiträge zum Europäischen Familien und Erbrecht, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2015. pp. 15 – 43.
- [5] 柴英. 基于国家主义的古罗马未成年人监护制度的变迁[J]. 江海学刊 2011 (3).
- [6] 曹诗权. 未成年人监护制度研究[M]. 中国政法大学出版社 2004. 240.
- [7] 张善斌, 宁园. 论未成年人监护的价值理念——以国家干预及其尺度为视角[J]. 武汉理工大学学报·社会科学版 2016 (6).
- [8] Winsor C. Schmidt, Pamela B. Teaster, Erica F. Wood, Susan A. Lawrence, Marta S. Mendiondo. Development and Trends in the Status of Public Guardianship: Highlights of the 2007 National Public Guardianship Study [J]. Mental & Physical Disability Law Reporter 2009, Vol. 33.
- [9] 陈卫佐译. 德国民法典[M]. 法律出版社 2006. 543.
- [10] Veit, Barbara, Die Reform des vormundschaftsrechts, in: FamRZ 2016 2045 – 2056.
- [11] 何燕. 家事诉讼中未成年人利益最大化原则研究[D]. 南京师范大学博士学位论文 2016. 33.
- [12] 王先进. 从机构照顾到家庭寄养看我国儿童福利服务政策的转变[J]. 长沙民政职业技术学院学报, 2007 (1).
- [13] 赵川芳. 家庭寄养的现实困境和完善对策[J]. 当代青年研究 2017 (4).
- [14] 吕新建. 论我国未成年人监护制度的完善[J]. 河北法学 2007 (7).
- [15] 李立如. 家庭法变革与法院功能之转型[J]. 台大法学论丛 2012 (4).
- [16] 徐州法院发出了全国首份“监护权证明书”[EB/OL]. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-75822.html> 2018-05-08.

(全文共 12,156 字)