

同性恋群体意定监护的法律适用问题探析

张舒彤，吴国平

摘要：同性恋现象已进入人们的视野，这一现象是不可抑制。当前我国法律虽然对同性恋实行非病理化、非罪化处理，但是社会生活中的歧视排斥仍然存在。立法对同性恋群体持不反对不保护的态度，该群体的权利保障处于空白。在同性恋婚姻合法化无法实现的当下，适用《民法总则》规定的意定监护制度，可以为事实上共同生活在一起的同性伴侣提供权益保障，特别是当一方丧失或部分丧失民事行为能力后，同性伴侣可以作为监护人对其人身和财产等事务进行照顾和管理。而制订同性恋群体意定监护的行政法规，明确意定监护适用于同性恋群体的特殊要素，完善意定监护协议公证规则是适用意定监护制度需解决的关键问题。

关键词：同性恋；意定监护；意定监护协议

中图分类号：D922.7

文献标识码：A

文章编号：1674-8557(2019)02-0070-08

近年来，随着国际人权以及同性恋平权运动的发展，同性恋关系在世界不同国家和地区得到不同程度承认和保护。李银河博士根据国内外的权威调查推算出，如果按照13亿人口计算，同性恋者约有3900万至5200万左右。^①而据中国卫生部门2004年12月公布的调查结果显示，男性同性恋者，约占同性别人群的2%至4%，按照该数值估算，在中国大陆，男性同性恋者就有500万至1000万人。^②基于这些数值，笔者认为，作为在社会中存在的一定数量的群体，他们的权益保护问题应该受到国家的重视。我国法律目前对于同性恋虽然没有禁止，但是却没有办法对同性恋伴侣权益进行有效的保护。《民法总则》创新性地把原本只适用于老年人的意定监护制度扩展适用到具有完全民事行为能力的全体成年人，在同性恋婚姻的合

【收稿日期】2019-05-10

【作者简介】张舒彤（1995-），女，福建泉州人，福建师范大学法学院2018级法律硕士研究生。吴国平（1962-），男，福建泉州人，福建江夏学院国际教育学院院长、教授，厦门大学、福州大学和福建师范大学硕士生导师，中国法学会婚姻法学研究会常务理事，中国法学会民法学研究会理事。

① 李银河著：《同性恋亚文化》，中国友谊出版公司2002年版，第6页。

② 何东平著：《中国同性恋人权保障研究》，厦门大学出版社2012年版，第13页。

法化无法得到响应的当下，为同性恋群体带来一丝曙光，可以为同性恋与其伴侣携手终身提供保障。

一、现阶段同性恋问题概述

（一）同性恋群体的生存现状

同性恋（Homosexuality）这一概念最早起源于德国，指的是对异性不能做出反应，却被同性别的人所吸引。它是19世纪伴随着对人类的个性发展与人类性行为的研究而出现的。而中国的同性恋现象最早存在于商代贵族中的“比顽童”现象。^①此后在中国古代社会历史发展的长河之中，同性恋现象均在史书中有所记载。^②“存在即有合理性”，同性恋在我国客观存在的事实，让我们无法回避对同性恋群体的权利保障问题。但是同性恋的亚文化地位让人感到主流的异性恋文化对它的态度是忽视和排挤，甚至是歧视。

文莱于2019年4月3日实施的《伊斯兰刑法》规定，穆斯林如果是同性恋，将被乱石打死。^③这不符合联合国有关组织对同性恋人权保障的措施和声明，是一种基于性取向或性别认同而侵犯人权的行为。^④而在我国，1997年生效的《中华人民共和国刑法》取消了流氓罪的规定，使得从法律上对同性恋适用罪行的可能性消失殆尽，^⑤实践中因为同性恋而被判处刑罚的时代一去不复返。也就是说同性恋正常进行同性性行为，不再被处以流氓罪。这为同性恋者吃了一颗定心丸，为我们进行同性恋权利保障扫清了刑法上的障碍。

2001年中国精神疾病分类和诊断标准第3版将同性恋从精神疾病名单中删除，实现了中国同性恋非病理化。^⑥同性恋的去病理化，改变了人们对同性恋传统意义上的病态化的认识，使得同性恋的权利保护诉求得以以“正常人”的诉求存在。

同性恋的“非罪化”、非病理化，客观上刷新了公众对同性恋群体的认知，但是社会的歧视、排斥仍然存在。虽然我国并没有像西方国家那样出现因同性恋倾向而引发的仇恨犯罪，但这并不意味着同性恋者在我国有更宽松的社会环境。^⑦刘达临、鲁光龙认为人们对同性恋的“主流”看法以负面居多，大致看法有：一是“流氓行为”“道德败坏”“人性的堕落”；二是“怪异”“神经病”；三是“性变态”“性倒错”。

① 比顽童：“即与变童在一起”。根据百度百科，变童指的是“供男性玩弄的美少年”。

② 如周朝的民间诗歌也存在诸如“狡童”“狂童”以及“维予二人”之类的与同性恋有关的语句；清代盛行“私寓”制度，官吏富商蓄养相公成风。

③ 《文莱伊斯兰刑法下周生效：同性恋石刑处死，偷窃切除手足》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1629246529213212234&wfr=spider&for=pc>，下载日期：2019年4月20日。

④ 早在2008年，由法国及荷兰等国家提出的联合国大会声明就指出：“我们谴责基于性取向或性别认同而侵犯人权的行为，不论这种行为发生在何地，尤其是以此为由适用死刑，法外施行或任意处决……。”参见何东平著：《中国同性恋人权保障研究》，厦门大学出版社2012年版，第235页。

⑤ 李银河等社会学者认为实现了中国同性恋非罪化，但是郭晓飞博士站在法学学术研究的角度认为新中国成立以来我国法律并未就同性恋构成犯罪进行法律适用，没有“罪化”，何来“非罪化”，笔者赞成其看法。参见郭晓飞著：《中国法视野下的同性恋》，知识产权出版社2007年版，第69页。

⑥ 何东平著：《中国同性恋人权保障研究》，厦门大学出版社2012年版，第99页。

⑦ 《2009年中国同性恋生存状况调查报告》显示35.5%的同性恋者认为来自家庭的压力使他们喘不过气；14.2%的人觉得想到这条路会让自己孤独终老便会压力巨大；26%的人觉得最大的压力来自于他人的异样。在对待同性恋子女的态度上，52.9%的家长表示绝不会允许子女的同性恋倾向。王森波著：《同性婚姻法律问题研究》，中国法制出版社2012年版，第189页。

①虽然随着社会的发展，上述公众看法会出现局部变化，但是公众对同性恋异样的眼光及不正常的评价仍然客观存在，人们仍然无法像对待异性恋一样正常对待同性恋。^②同性恋者所面临的命运通常是被辞退、下岗和辞职，一旦他们的身份被公开在世人面前。^③

（二）我国同性恋群体的权利保障困境

从法律规范上讲，迄今为止在同性恋者权利的保护上，中国法律基本处于“放任”状态，没有一部制定法有涉及有关同性恋的字眼。同性恋群体的权利保护呈现出不确定性状态，游离在合法与违法之间的“中间地带”。早在2000年的《婚姻法》修改研讨会上，李银河就积极推动将“同性婚姻”写入《婚姻法》，但是与会学者持反对意见者居多。有的反对者认为：“不支持同性婚姻合法化，主要是考虑到同性婚姻对伦理风俗有负面影响。要从法律上去承认他们，认可他们可以结婚，就我们国家来说，现在还是有些超前了”。^④2016年4月13日全国首例同性恋婚姻维权案宣判，男同性恋孙文麟、胡明亮诉长沙市芙蓉区民政局婚姻登记行政行为行政诉讼败诉。^⑤该案件体现了我国同性恋者在异性恋主流文化下对自身权利的勇敢争取，是对同性婚姻合法化的发声，同时也可以看出同性婚姻合法化还要走很长的路。在当前异性恋主流化的社会，即使在立法上实现了同性婚姻合法化，究竟又能有多少同性恋者能够坦然走进婚姻殿堂，还是个未知数。

当前，在“不孝有三，无后为大”等传统思想的裹挟下，同志群体往往被迫进入到异性婚姻里，并生儿育女、传宗接代。进入异性婚姻后，不少同性恋者因无法控制性倾向而过着“婚外有婚”的生活，例如已婚的男同性恋者多会选择在婚外寻找同性伴侣，从而使其自身的生理心理需求得到满足，但这往往导致异性配偶被冷落，进而出现“同妻”困境，导致婚姻质量差，离婚率增高，不利于社会与家庭的和谐稳定。^⑥

当然，并不是所有的同性恋者都会迫于传宗接代的压力步入异性婚姻，也有一些同性恋者鼓起勇气进入同居生活。同性生活与异性婚姻生活一样，同样会面临财产、互助、分手等一系列问题。当他们面临上述问题时，他们无法通过法律途径获得基本的权利救济和纠纷解决，这是亟待立法解决的问题。同时，纠纷并不完全都是因为同性双方关系破裂而产生，在同居期间同样也存在诸多法律难以解决的问题。例如当

① 刘达临、鲁光龙著：《中国同性恋研究》，中国社会出版社2005年版，第63页。

② 比如2007年演员孙海英公开斥责同性恋为犯罪；2011年演员吕丽萍转发“反同”微博，引发社会热议。

③ 例如中国性倾向职场歧视一案中的男同性恋穆易就是因“被出柜”而遭公司解雇，他以侵犯平等就业权起诉该公司，南山区法院认为没有证据证实公司解除合同的原因是因为穆易是同性恋，遂判决驳回其诉讼请求；案件上诉到深圳中院，深圳中院认为录音材料并不足以证明系因同性恋而解除劳动关系，维持原判。详见：《“中国性倾向职场歧视第一案”终审维持原判》，<http://society.people.com.cn/n/2015/1126/c136657-27858800.html>，下载日期：2019年4月20日。

④ 何东平著：《中国同性恋人权保障研究》，厦门大学出版社2012年版，第293页。

⑤ “芙蓉区法院认为，中国相关婚姻法律、法规明确规定结婚的主体是指符合法定结婚条件的男女双方。孙、胡二人均系男性，申请结婚登记显然不符合中国婚姻法律、法规的规定”。详见：《中国同性婚姻维权第一案：男同性恋登记结婚遭拒 起诉民政局败诉》，https://www.guancha.cn/society/2016_04_13_356913.shtml，下载日期：2019年4月20日。

⑥ 富晓星、张可诚：《在隐性“婚”与制度婚的边界游走：中国男同性恋群体的婚姻形态》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2013年第6期，第24~25页。

一方病危住院治疗时，另一方是否享有医疗决定权。^①综上所述，笔者认为，在当下中国赋予同性婚姻合法化并不是最急迫的问题，当前迫切需要解决的主要问题是：如何在现行法律框架下，为那些事实上已经共同生活在一起的同性恋者提供基本的保障。特别是当一方丧失或部分丧失民事行为能力后，同性伴侣能否作为监护人对其人身和财产等事务进行照顾和管理。

二、意定监护制度对同性恋群体的适用价值

鉴于我国当前实际情况，同性婚姻合法化的思想太过于超前，不仅不能解决所面临的现实问题，反而会激发起新的社会矛盾。如上所述，当前我国在同性恋共同生活问题上又存在着不得不解决的问题，而立法保障又处于缺失状态。基于此，笔者认为，意定监护制度的出现，至少可以在一定程度上解决同性恋者在非婚同居期间出现的一部分问题，从而为同性伴侣厮守终生提供保障。如果在现实问题上给予同性恋群体法律或政策保障（例如意定监护制度），从法经济学角度看同性恋者隐蔽或公开自己性取向的成本与收益，我们就能够得出一个简单的结论，即公开比隐蔽收益要高。虽然肯定还有一部分同性恋者不敢站出来公开性取向，但是或多或少会使部分同性恋者勇敢地站出来，因为意定监护制度可以为他们共同生活扫清很大一部分障碍。

（一）我国意定监护制度的立法规定

意定监护是指成年人在有完全判断能力时，按照自己的意愿预先选择监护人，并与其签订意定监护协议，在其丧失全部或部分民事行为能力后，由其确定的监护人履行对其人身、财产和其他合法权益的照顾和管理职责的一种法律制度。^②由于我国老龄化问题突出，老年人的养老和监护问题日益凸显，意定监护制度的提出主要就是要解决这一问题，所以该制度最早出现在《老年人权益保障法》第26条中。^③而2017年3月15日通过的《民法总则》创新性地把意定监护适用的主体范围由老年人扩大到全体具有完全民事行为能力的成年人，这是《民法总则》的一大亮点。根据《民法总则》第33条^④的规定，具有完全民事行为能力的成年人，可以通过预先签订意定监护协议自主确定监护人。监护人在被监护人丧失或部分丧失民事行为能力后，开始履行事先约定的监护职责，对被监护人的人身、财产和其他合法权益进行照顾和管理。但《民法总则》第33条只规定了意定监护制度，而没有规定意定监护监督制度，这是立法上的一个漏洞，亟待解决。^⑤没有规定意定监护监督制度，一方面不利于维护被监护人的利益，监护人可能会滥用代理权或者怠于履行监护职责；另一方面，也不利于监护人利益的保障，监护人无法证明自己忠于职守，往往会遭受被监护人的近亲属的质疑。

（二）域外意定监护制度的立法借鉴

① 王森波著：《同性婚姻法律问题研究》，中国法制出版社2012年版，第194页。

② 吴国平：《论我国成年意定监护制度的构建》，载《商丘师范学院学报》2010年第4期，第96页。

③ 《老年人权益保障法》第26条第1款规定：“具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。”

④ 《民法总则》第33条规定：“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。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。”

⑤ 杨立新：《我国〈民法总则〉成年监护制度改革之得失》，载《贵州省党校学报》2017年第3期，第28页。

两大法系在共同接受尊重自我决定权的理念下,英美法系从持续性代理制度^①出发,大陆法系则以意定监护制度为主,法定监护为辅,构建新的意定监护制度,两者殊途同归。^②美国的《统一持续性代理权授予法》(以下简称DPA),由于缺少有效监督代理人机制,而被称为意定监护制度的第一阶段。英国的《持续性代理权授予法》(以下简称EPA)与美国DPA类似,但是缺少了对本人人身照顾方面的规定。英国《意思能力法》对EPA进行了修正,扩大了契约标的,增加了人身照顾规定;并且规定了代理人应向保护法院申请登记,经法院允许登记发生法律效力,监督受托人行使代理权,防止代理权的滥用。德国预防性代理权^③相当于DPA和EPA。日本的任意监护制度^④规定,任意监护契约必须要经过公证才能成立,并且只有在任意监护监督人被选任时契约才得以生效。

上述域外国家有关意定监护制度的立法规定,为我国同性恋群体适用意定监护制度提供了借鉴。特别是日本的任意监护制度,将个人意思自治和国家公权力适度介入二者有机结合,在一定程度上可以防止任意监护人滥用代理权,能够更好地为同性恋群体适用意定监护扫清障碍,值得我国未来立法上借鉴参考。

(三) 意定监护制度适用于同性恋群体的可行性与运用价值分析

1. 意定监护协议的公证实践

实践中会出现当意定监护协议所约定条件成就时,监护人(受托人)不愿意履行义务或者被监护人(委托人)的近亲属对于协议效力有争议,质疑监护人选任的合法性以及监护内容等。为了事先排除该异议,笔者认为,同性伴侣对意定监护协议可以事先进行公证。公证制度属于预防性的司法制度,公证在涉及监护制度中的主要职能在于对事实状况的证明。通过公证的公信力,被监护人可以让自己意志得到充分保障,而监护人可以更好地行使监护权。

当前,我国已出现多起为老人办理意定监护协议公证的实例,这为同志群体办理意定监护公证提供了借鉴。例如,2017年5月,成都公证处为张大爷办理了首例意定监护协议公证,^⑤随后8月长沙公证处也为李奶奶办理了意定监护协议公证。^⑥2018年3月,无锡江南公证处为施老翁以及老伴做了意定监护公证。^⑦2017年12月,司法部发布的公证指导性案例1号“老年人意定监护协议公证”,为公证介入意定监护提供了公证办理方法,有效回应了新型意定监护公证业务的适用问题。该案例指导对于公证的要点进行详细

① 持续性代理制度是指将“代理权授予者的意思能力丧失则代理权会当然失效”的普通法原则予以修改,承认代理人在本人意思能力丧失之后仍可持续地具有代理权。参见余延满著《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第492页。

② 李霞著:《成年监护制度研究——以人权为视角》,中国政法大学出版社2012年版,第249页。

③ 德国预防性代理权是指:“本人为了预防因高龄化而发生的痴呆、脑梗塞等疾病或者意外事故而在将来陷入不能作出意思决定和意思表示的状态时,预先授予信赖之人的任意代理权。”详见李霞著:《成年监护制度研究——以人权为视角》,中国政法大学出版社2012年版,第248页。

④ 任意监护制度是指:“障碍者本人在具有完全的判断能力时,依自己的意思选任监护人(并不限于法定的监护人)并与之订立任意监护契约,由本人将有关自己的监护事务(关于生活、疗养看护和财产管理事务)的全部或部分代理权授予监护人,在本人因年老、精神障碍或其他丧失判断能力的事实发生后,合同生效。”参见李霞著:《成年监护制度研究——以人权为视角》,中国政法大学出版社2012年版,第263页。

⑤ 《涨姿势了 成都公证处办理首例“意定监护公证”》, http://www.sohu.com/a/144004630_467116, 下载日期:2018年12月6日。

⑥ 《八旬老人自己指定“监护人” 长沙公证处办理首例“意定监护协议公证”》, <http://hn.rednet.cn/c/2017/08/10/4388639.htm>, 下载日期:2018年12月6日。

⑦ 《无锡办理首份意定监护公证》, http://jsnews.jschina.com.cn/wx/a/201803/t20180326_1478346.shtml, 下载日期:2018年12月6日。

阐述,这对公证机构、公证员以后办理类似公证业务有指导作用,能够为同性恋群体办理意定监护协议提供蓝本,提供具体的实践操作方法。

2. 意定监护制度对同性恋群体的现实意义

(1) 意定监护制度可以为同性恋群体同居提供保障

如上所述,同志群体在深受传统伦理桎梏以及文化多样性缺失的当下,由于没有婚姻保障,互相托付终身会出现很多问题,伴侣权益没有办法得到很好的保障。当共同居住在一起的同性伴侣一方由于意外不省人事,或者年老陷入无民事行为能力状态,这时如果他们提前签订了意定监护协议,那就能为另一方提供很好的保障。例如,当同性伴侣的其中一方因意外陷入无民事行为能力状态时,这时需要有人管理他的房子、车子等财产,对其人身进行照料。一般情况下,都是由他的法定监护人,包括配偶、父母、子女或其他近亲属等来当他的监护人,而作为同性恋伴侣的另一方,由于不属于我国法律中的“配偶”而没有办法去行使配偶该有的监护权。但是,如果双方事先签订了书面意定监护协议,在同性伴侣一方(即委托人)丧失民事行为能力后,由另一方(受托人)做监护人,就可以解决这个问题。同性伴侣一方就可以作为监护人和法定代理人,^①堂堂正正地对无民事行为能力一方的人身和财产等事务进行照顾和管理。

(2) 意定监护制度可以减少艾滋病的传播

尽管艾滋病与同性恋并不必然存在联系,但是同性恋群体(特别是男男同性恋之间)艾滋病高发是个不争的事实。^②同性恋群体的异性婚姻、多性伴、隐蔽以及无保护措施的同性性关系,加大了艾滋病传染的可能性,客观上为艾滋病的传播提供了条件。^③通过意定监护制度,给予建立共同生活的同性伴侣以法律制度上的保障,尽管不能消除艾滋病的传播,但至少可以把其中基于同性性倾向,能够建立相对稳定同性伴侣关系的那部分同性恋者从目前“无法可依”的尴尬局面中解脱出来,从而至少可以为稳定的同性关系的形成提供条件,降低艾滋病在同性恋者之间的传播。^④

三、意定监护适用需解决的关键问题

(一) 制订同性恋群体意定监护的行政法规

随着人类社会经济政治的发展,社会多元化以及法治理念的提升,人权保障的全球化趋势会越来越明显。全球视野下,性倾向在一部分国家早已被当成一种人权加以保护。^⑤有学者认为,同性恋在我国客观存在的事实,让我们无法回避同性恋人权保障的问题,因此建议制定《中华人民共和国同性恋者权益保障法》来保障同性恋群体的人权。^⑥但是同性恋的亚文化地位目前仍然未改变,单独立法为时尚早。而在现实生活

①《民法总则》第23条规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。”

②“2007年,卫生部公布的新增5万人艾滋病感染者中,同性性传播导致的感染占12.2%;2009年,新增感染者估计为4.8万人,虽然新增病例速度放慢,但同性性传播却飙升到32.5%,占了新增感染者人数的1/3”。“2007年厦门市疾病预防控制中心启动了男男性接触人群调查和干预工作,初步调查结果显示,男男性接触人群感染HIV感染率约为普通人群的50-100倍”。资料来源王森波著:《同性婚姻法律问题研究》,中国法制出版社2012年版,第197页。

③熊金才著:《同性结合法律认可研究》,法律出版社2010年版,第153页。

④王森波著:《同性婚姻法律问题研究》,中国法制出版社2012年版,第198页。

⑤欧洲议会在1998年将对同性恋者的人权保护作为一个国家申请加入欧共体的条件;2000年出台的《欧盟基本权利宪章》第21条明确规定反对性倾向的歧视。

⑥何东平著:《中国同性恋人权保障研究》,厦门大学出版社2012年版,第272页。

中，同性立法保障的缺失会引发一系列社会问题，例如由同性恋引发的犯罪越来越多，不少案件给当事人以及亲属造成了无法弥合的伤害。^①尽管不能说这都是同性关系立法缺失所导致的，但是由于这种关系所形成的纠纷没有法律渠道处理，从而引发一系列同性恋暴力犯罪已是不争的事实。同时，同性恋者害怕暴露的心理给犯罪分子以可乘之机，针对同性恋者的敲诈犯罪多发。通过立法给予同性恋群体权益法律保障，虽然不能完全杜绝犯罪的发生，但至少可以在客观上缓和这一局面。由于我国《民法总则》第33条关于意定监护的规定过于原则，缺乏规范性和可操作性。它只规定了具有完全行为能力的成年人可以在丧失行为能力前预先选择监护人，就意定监护协议如何成立、意定监护何时启动、意定监护人职责如何确定等具体的内容都没有明确规定。笔者认为，要让同性恋群体通过意定监护制度达到厮守终生的目的，应由国务院制定《意定监护适用条例》，以期保障同性恋群体更好地适用意定监护来达到“社会生活正常化”以及“尊重自我决定权”的目标。

（二）明确意定监护适用于同性恋群体的特殊要素

意定监护协议作为意定监护制度的核心在《民法总则》并没有明确规定。意定监护协议具体的事项可以由双方当事人通过协商确定，内容可以包括意定监护事项和权限、意定监护监督人的选任等。李国强教授认为，成年意定监护协议的核心主要表现为由监护人为被监护人处理财产关系的事务，意定监护协议涉及到人身保护的特别授权内容(如医疗行为同意权)的法律效力值得单独探讨。^②而满洪杰教授认为，意定监护在医疗决定问题上也可以发挥作用。^③笔者认为意定监护协议中应当规定医疗决定权^④。从各国对同性婚姻、同性伴侣的立法规定来看，大多规定同性伴侣有相互做出照护决定以及到医院探视住院伙伴的权利。^⑤同时，针对实践中出现同性伴侣方会被赶出病房的问题，规定医疗探视权就显得有必要。医疗探视权以及医疗决定权的双保险规定，能够为同性伴侣提供保障。但是要注意的是，医疗决定权行使过程中要优先考虑和尊重被监护人的意愿。如果被监护人在死亡之前，在预知自己将来会丧失民事行为能力的前提下，可以进行预先嘱托（即生前预嘱），在意定监护协议中交代某些特殊的医疗事务，例如生命衰竭时要不要插管，心脏搭桥的数量和产地等。^⑥首先，意定监护人应当按照被监护人预先的指示或者其他可推知的意愿做出医疗决定。如缺乏被监护人的指示以及可推知的意愿，则应当根据最有利于被监护人的原则，并按照被监护人可知的个人价值观念做出医疗决定。^⑦就手术签字问题而言，根据原国家卫生部2010年的《病历书写基本规范》第10条的规定：“对需取得患者书面同意方可进行的医疗活动，应当由患者本人签署知情同

① 2004年，一酒吧男同性恋因与其同性恋恋人分手发生争执后被残忍杀害；2006年，兰州一个舞厅的女服务员（同性恋）因其同性恋女友和他人好上而吃醋将其女友杀害。资料来源：王森波著：《同性婚姻法律问题研究》，中国法制出版社2012年版，第196页。

② 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》，载《现代法学》2018年第5期，第183页。

③ 满洪杰：《论成年被监护人医疗决定问题：以被监护人意愿为中心》，载《山东大学学报》2016年第3期，第52页。

④ 医疗决定是对个人的医疗照顾事项，包括选择或者更换医疗服务提供者，同意或者拒绝医学诊断、治疗、手术以及其他医疗措施等，所做出的对医疗服务提供者具有拘束力的决定。参见满洪杰：《论成年被监护人医疗决定问题：以被监护人意愿为中心》，载《山东大学学报》2016年第3期，第49页。

⑤ 例如2003年加利福尼亚的《家庭伴侣权利义务法》规定：“特定情形下，家庭伴侣相互作出照护决定的权利；到医院或监狱探视住院或受伤害伙伴的权利”。详见熊金才著：《同性结合法律认可研究》，法律出版社2010年版，第177页。

⑥ 李霞：《漫谈中国成年监护制度与公证》，载《中国公证》2017年第3期，第24页。

⑦ 满洪杰：《论成年被监护人医疗决定问题：以被监护人意愿为中心》，载《山东大学学报》2016年第3期，第52页。

意书。患者不具备完全民事行为能力时，应当由其法定代理人签字。”通过签订意定监护协议，作为法定代理人的同性恋伴侣一方，在另一方不省人事需要做手术时，就可以在知情同意书上进行签字。

（三）完善意定监护协议公证规则

当前，我国正在加紧推进落实意定监护协议的公证制度。例如自2016年5月1日起施行的《上海市老年人权益保障条例》就率先将公证作为一种能够证明意定监护合同的形式写入条文，这为公证人员参与意定监护活动提供了直接依据。^①2017年7月5日《司法部关于进一步拓展创新公证业务领域更好地服务经济社会发展的意见》就将意定监护公证作为创新业务加以规定，^②这为同志群体选择意定监护协议增添了信心。但是，由于目前没有全国统一的意定监护公证规范，使得各地对意定监护协议的公证操作不一，这不利于同性恋者适用意定监护公证达到目的。笔者认为，司法部应当尽快出台统一的《意定监护公证规则》，对公证介入意定监护提供统一的适用规范，例如规定公证机构在意定监护实践中的职能可以包括咨询、代书、证明、登记、监督、执行以及调解等等。目前，中国公证遗嘱查询库已经建立多年，在全国范围内形成了相对完整丰富的档案资源。在此经验基础上，可以十分容易地建立起统一规范的意定监护登记查询平台。此外，在为同性恋伴侣办理意定监护协议公证时，可以一并为其做资产处分委托公证，资金保管公证和遗嘱公证。公证机构可以根据具体情况，为同性恋者的资产安排提供咨询并办理公证。

（责任编辑：常琳）

① 李辰阳：《老年人意定监护的中国公证实践》，载《中国公证》2017年第6期，第26页。

② 《司法部关于进一步拓展创新公证业务领域更好地服务经济社会发展的意见》规定：“拓宽传统婚姻家庭公证业务，开展家庭理财、资产管理、财富传承等公证法律业务、创新开展家庭财产分割、绿色继承、意定监护、遗嘱信托、养老保险反向抵押公证等公证业务。”