

离婚后未成年子女抚养权归属原则的反思与完善 ——兼议《民法典》第1084条第2款

■ 张鸿巍 侯 棋

(暨南大学 少年及家事法研究中心, 广东 珠海 519070)

【摘要】随着《民法典》的出台及《未成年人保护法》的修订实施,我国未成年人抚养权归属的酌定亦愈发要求依“儿童最佳利益”原则而来的“子女最佳利益”原则行事。然而,由“子女最佳利益”原则考量而来的离婚后未成年子女抚养权归属原则歧义多变,如《民法典》第1084条第2款的规定。本文建议,应基于“子女本位”主义的“子女最佳利益”原则,融合父母性别平等视角,综合考量符合该原则标准的诸多重要现实因素,作出最有利于未成年人成长的研判。

【关键词】父母离婚 抚养权归属 性别平等 子女最佳利益

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2022.02.011

一、问题提出

未成年人监护自古以来即为家庭要事。为切实维护和保障未成年子女的合法权益,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)、《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)等一系列法律对此进行了规制。如《民法典》第26条第1款规定,“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”;第27条第1款继而规定,“父母是未成年子女的监护人”。新修订的《未成年人保护法》第16条,更以列举加概括的方式细化了父母对未成年子女的上述监护职责,凸显了父母作为未成年子女第一监护人的监护地位以及父母或其他监护人的首要监护责任^[1]。

近年来,我国经济社会与婚姻家庭观念等变迁甚巨,现已进入第三次离婚浪潮期。据统计,粗离婚率自1978年的0.18%持续上升至2017年的3.15%^[2]。另据民政部数据,截至2020年底,全国办理离婚手续433.9万对,其中民政部门登记离婚373.6万对,法院判决、调解离婚60.3万对^[3]。在这些离婚案件中,最重要且最敏感的问题多与未成年子女抚养权有关。如有学者统计了南京市6家基层人民法院4年的离婚案件,过半案件涉及未成年子女的监护权问题^[4]。

现行监护制度下,抚养是基于父母与子女之间的特殊身份法律关系,独立于亲权或监护

收稿日期:2022-02-08

作者简介:张鸿巍,暨南大学少年及家事法研究中心教授,博士生导师,美国 Sam Houston State University 刑事司法学博士,主要研究少年家事法、法律实证与定量犯罪学、比较刑事司法;

侯 棋,暨南大学少年及家事法研究中心硕士研究生,主要研究少年家事法、法律社会学。

基金项目:本文系广东省高校哲学社会科学专项研究项目“全面依法治国背景下推进社会治理重心下移与基层治理研究”(课题编号:2019GXJK018)、中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“留守儿童社会适应促进与反社会预防评估”(课题编号:19JNZX213)的阶段性研究成果。

之外的父母对子女在经济上扶助供养、提供衣食住行与生活照护的法定权利与义务,具有强制性^[5]。离婚案件中,未成年子女抚养权归属的酌定具有法律上与事实上的复杂性与争议性^[6],首要的便是需要确定抚养权的归属原则。我国《民法典》第1084条第2款规定,“离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由人民法院根据双方的具体情形,按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满8周岁的,应当尊重其真实意愿。”据此,父母离婚后未成年子女抚养权归属的纠纷解决分别以“由母亲直接抚养”“最有利于未成年子女”“尊重其真实意愿”等不同原则予以具体应对。但从文本表述上看,上述原则既与国际通行的“幼年推定”“子女最佳利益”等原则有内容重合之嫌,亦有内涵不清之疑,更有适用序阶之惑。故而,该款存在的理解与适用误差,在很大程度上折射出父母离婚后未成年子女抚养权归属背后原则间的冲突,更反映出“子女最佳利益”等原则在我国法律语境中定位不明、含义不清的问题。

二、解读:抚养权归属原则的衍进与反思

对《民法典》第1084条第2款所涉未成年子女抚养权归属原则理解的纠结,或可回溯过往,从理念、实践与立法等历史衍进中探寻其核心理念与具体含义,继而探寻抚养权归属原则具体适用的现实路径。抚养权归属的酌定曾历经从“父母本位”(父亲本位、母亲本位)主义到“子女本位”主义的转变,当然并非后发原则直接取代前一个原则,而是共存一段时间后方见高下。“父母本位”主义下的“父权推定”“幼年推定”原则曾先后居于抚养权归属原则之首,其从父母保护未成年子女利益的角度出发,推定父亲或母亲更适合或更有资格成为未成年子女的主要照顾人,因而对后者优先拥有抚养权。时至今日,随着保护未成年子女利益理念的发展,愈来愈多的法域愈加认同“子女本位”主义并基于“子女最佳利益”原则来综合考量父母与子女等具体情形而做出最优选择。

(一)抚养权归属原则的衍进与冲突

1. 基于“父亲本位”主义的“父权推定”原则

在昔日奉“父权至上”为圭臬的传统社会,受神学与自然法学影响,子女被视为上帝赠与男性的礼物,在离婚中未成年子女监护权亦自然归于父亲^[7]。“父权”(power of a father, paternal authority 或 paternal power)一词源自拉丁语“patria potestas”。在古罗马家事法中,父亲作为一家之主,拥有对其子女及男性后代的绝对权力。未成年人被普遍视为财产,可连同其母亲与奴隶一起被父亲随意使用、出售或处置甚而肆意处死^[8]。从自然法“父权”概念出现伊始,父亲即认为拥有对几乎所有与未成年子女有关事务的决定权,但亦负有保护、抚养和教育子女的道德及法律义务^[9]。而在衡平法院判决中,“父权”规则兴起于父亲在未成年子女抚养中扮演的保护角色。两相交互下,“父权”渐衍进至推定:父母离婚后,父亲一方自然拥有未成年子女的抚养权,亦即绝对的“父权推定”原则。该推定主张由父亲抚养未成年子女更符合“子女最佳利益”,后世即有学者认为“子女最佳利益”原则基本上源自“父权”的倡导^[10]。

起初,“父权推定”原则在适用时所受限制较少。然而于1763年“雷克斯诉德瓦尔案”(Rex v. Devall)后,情形则发生了变化。在彼时绝对的“父权推定”原则下,法院并未拒绝父亲拥有未成年子女抚养权,但通过否认人身保护令等司法救济,为父母对未成年子女抚养权的公平竞争奠定了法理基础^①。随后于1774年,法院在另一个竞争性抚养权归属纠纷案件中继续阐明

^① 参见 97 Eng. Rep. 913 (K.B. 1763)。

其立场,主张有责任根据“儿童最佳利益”原则作出抚养权归属的判决,而非自动将其判予父亲。在该案中,未成年子女福利被置于首要考量因素^①。15年后,法院在“鲍威尔诉克利弗案”(Powell v. Cleaver)中对未成年子女抚养权及其继承权予以审查,并再次挑战了绝对的“父权推定”原则。在该案中,未成年子女的生父允许立遗嘱人照护并抚养其子,直至立遗嘱人去世。当立遗嘱人去世后,该生父随即现身并要求获得未成年子女的抚养权以及立遗嘱人留给未成年子女的遗产,但衡平法院坚持“不会让父母之感受影响其对未成年子女利益所应履行的义务”^②。至此,虽然“父权推定”原则历经从绝对推定到相对推定的流变,但保护未成年子女的最佳利益乃是其中不变的核心理念。

2. 基于“母亲本位”主义的“幼年推定”原则

在固有“父权推定”原则下,普通法剥夺了女性对其未成年子女的监护、照护和控制的任何合法权利;妻子只是因“其身份与丈夫身份融合的动产”这一概念而被反映在婚姻法中^[11]。在这种情形下,女性在离婚后无权抚养子女。工业革命后,受到“母亲最适合养育未成年子女”的社会观念影响^[12],为确保未成年子女的最佳利益,“幼儿从母”“母亲优先”等观念兴起。直至1839年,《婴儿监护法》(Custody of Infants Act)给予法官在未成年人监护案件诉讼中一定程度的自由裁量权,且确立了母亲对7岁以下未成年人拥有抚养权的推定。自此,英国法律将基于“母亲本位”主义的“幼年推定”原则引入普通法传统,逐步脱离了原有的父权偏好及对抚养权归属预设前提的“父权推定”原则^[13]。“幼年推定”原则通常又被称为“襁褓”原则,系指法院用来确定未成年子女抚养权归属的法律原则,尤其适用于父母离婚案件。在该原则下,当所有其他因素皆相同时,除非有证据显示母亲存在监护人资格缺失等情形,否则在父母离婚后应将未成年人抚养权优先授予母亲。及至1873年,英国进一步修订了《婴儿监护法》以更好回应和考量未成年子女需求。依据该法,母亲对未成年子女抚养权的推定被延长至子女年满16岁时;但特殊情况如父亲确定母亲犯有通奸罪等情形下,法院判决亦有例外。

直到20世纪60年代后期,大多数法域依然遵从“幼儿从母”的观念,恪守“幼年推定”原则。然而在“国家亲权”法则影响下,该原则逐渐松动,法院关于父母离婚后对未成年子女权利义务的行使负担逐渐有更多介入^[14]。而随着性别平等意识的高涨,诸多法域也越来越多地从父母性别平等的角度对父母之未成年子女抚养权归属进行考量,“幼年推定”原则影响日衰。但毕竟“幼儿从母”观念盛行了数个世纪,“幼年推定”原则已然根深蒂固,仍有一些法域在具体情形中继续适用该原则,于立法规定及司法实践中继续偏袒母亲,特别是在对涉及婴幼儿的抚养权案件作出判决时^[15]。

3. 基于“子女本位”主义的“子女最佳利益”原则

诸多法域基于“国家亲权”法则制定未成年人保护法,并基于更多的与未成年人身体及发展需求而非单纯保护财产或经济利益相关的考量而合法化剥夺父母亲权^[16]。此外,随着家庭结构的巨大变化,未成年人监护法已从对母亲的绝对偏好加速转变为更加平等的标准——“儿童最佳利益”(best interests of child)原则,即父母离婚后普遍适用的“子女最佳利益”原则。这一新标准开始逐渐取代了优先授予母亲对未成年子女尤其是婴幼儿之抚养权的“幼年推定”原则。由此,从“子女本位”主义出发,法院根据“子女最佳利益”原则来决定抚养权特别是抚养权的归属,并将其视为优先于所有其他因素的首要因素。在新原则下,母亲或父亲互相平等而均无预设优先地位。如在我国台湾地区,撇除第三人监护情形,2015-2017年离婚后子女亲权酌定(包含两愿离婚、裁判离婚、调解离婚及和解离婚),由父亲行使占41%、由母亲行使占39%、共

① 参见 98 Eng. Rep. 899 (K.B. 1774).

② 参见 Powell v. Cleaver, 2 Bro.C.C.499 (1789).

同行使占20%^[17]。法院在考量几个因素后决定抚养权,例如父母谁最能满足子女需求,以及谁系子女的主要照顾人,等等。

从产生到确立,“儿童/子女最佳利益”原则历经了约三个世纪的发展历程。早在18、19世纪,“儿童最佳利益”原则即成为家事判例法理缘由的一部分。及至1924年,国际联盟通过《儿童权利宣言》(Declaration of the Rights of the Child),明确提出“儿童最佳利益”原则。此后,其发展远远超出了其作为家事法原则的最初概念。法院在涉及婚姻、收养、抚养和未成年人监护的诉讼中,皆适用该原则。虽然20世纪60年代后期仍有一些法域的法院根据“幼年推定”原则自动授予母亲抚养权,但随着性别平等观念的迅速普及,法院在判决抚养权案件时已更多地适用“儿童/子女最佳利益”原则。

因“子女最佳利益”原则内容的极大包容性与拓展性,“幼年推定”原则亦可一定程度上统之于“子女最佳利益”原则。但两者侧重点显然有所不同,前者直接基于“母亲本位”主义而倾向于将未成年子女抚养权优先授予母亲,而后者则基于“子女本位”主义将未成年人利益最大化作为首要考量。

(二)我国民事法治中抚养权归属原则的衍进及反思

“幼年推定”与“子女最佳利益”原则皆以保护未成年子女利益为导向,其指导思想亦不同程度内嵌于我国民事法治抚养权归属酌定的实践沿革中。如1980年通过、2001年修订的《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)第36条第2款规定,“离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。”2021年,《婚姻法》废止,上述条款经过修订并入《民法典》第1084条第2款。期间,最高人民法院曾于1993年发布《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》(以下简称《子女抚养意见》),规定抚养权归属判决应依据“有利于子女身心健康”“保障子女的合法权益”等原则。又如2021年修订实施的《未成年人保护法》第24条规定,“未成年人的父母离婚时,应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜,听取有表达意愿能力未成年人的意见。”

整体而言,这些相关立法与司法解释在不断衍进中渐与国际潮流接轨,但仍有持续改进的空间。如研读《民法典》第1084条第2款,或可见其于不同情景下分别适用了“幼年推定”原则及“子女最佳利益”原则:一是离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则,此为“幼年推定”原则(亦即“由母亲直接抚养为原则”)。二是对已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,则由法院根据双方具体情形,按照最有利于未成年子女的原则判决;子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿,此为“子女最佳利益”原则(亦即“最有利于未成年子女原则”与“尊重其真实意愿”)。然而在适用时,该款可能未尽然明确“子女最佳利益”原则在未成年子女抚养权归属所有情形中一以贯之的指导地位及该原则在法律实践中应充分考量的相关标准与具体因素,可能仍有含混不清之嫌。

首先,该款法条似乎缩小了“子女最佳利益”原则的适用范围,仅在“已满两周岁的子女”抚养问题上援用“最有利于未成年子女”原则。此番表述及安排似将“不满两周岁的子女”抚养权酌定排除在该原则之外。

其次,该款法条认为“不满两周岁的子女”原则上应由母亲直接抚养,但并未明晰该“幼年推定”原则的适用前提及条件,有过度考量父母性别、在抚养权归属中偏袒母亲之嫌,而非适用整体考量特别是根据未成年子女的最佳利益来综合研判并确定抚养权归属。

最后,该款法条规定尊重未成年人真实意愿仅限于适用八周岁以上未成年子女,极大缩小了适用范围。仅就尊重未成年人真实意愿而言,《未成年人保护法》对此亦有回应:其第4条提

出,处理包括抚养权归属等涉及未成年人事项时,应听取未成年人的意见;其第24条规定,未成年人的父母离婚后应“听取有表达意愿能力未成年人的意见”,亦即,充分尊重未成年人真实意思表示,由其表达与父或母共同生活的意愿。联合国《儿童权利公约》(Convention on the Rights of the Child)第12条亦规定,“缔约国应确保有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见,对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给以适当的看待。为此目的,儿童特别应有机会在影响到儿童的任何司法和行政诉讼中,以符合国家法律的诉讼规则的方式,直接或通过代表或适当机构陈述意见。”上述国际法、国内法对尊重未成年人真实意愿的表述,皆未限制年龄区间。

此外,《民法典》第1084条第2款以“两周岁”及“八周岁”作为年龄区分点,或引发“三分法”与“二分法”两种不同理解,导致“幼年推定”原则及“子女最佳利益”原则理解与适用上的误差。

第一种“三分法”理解,是以“两周岁”及“八周岁”作为上述原则分别适用的起始点,亦即对于不满两周岁的子女,抚养权原则上授予母亲,以母亲作为不满两周岁婴幼儿的主要照护人为考量,适用“由母亲直接抚养为原则”,亦即“幼儿从母”“幼年推定”原则;而对已满两周岁未滿八周岁的子女,父母对抚养权有争议的,法院据父母双方的具体条件,按照“最有利于未成年子女”原则,将抚养权授予更能代表未成年子女利益的一方;至于已满八周岁而未滿十八周岁的未成年子女,则“尊重其真实意愿”。

而对于第二种理解,则是在前种理解基础上,以“两周岁”分界点再划分为两种情形,并将“八周岁”作为分界点对第二种情形作进一步细分:一是对于不满两周岁的子女,抚养权原则上授予母亲,以母亲作为不满两周岁婴幼儿的主要照护人为考量,亦即“幼儿从母”“幼年推定”原则;二是对已满两周岁未滿十八周岁的子女,父母对抚养权有争议的,法院据父母双方的具体条件,按照“最有利于未成年子女”原则作出判决;对已满八周岁未滿十八周岁的未成年子女,应“尊重其真实意愿”。

三、纠结:“子女最佳利益”原则的标准与衔接

未成年人监护旨在监督和保护未成年人的人身、财产或其他合法权益,以弥补未成年人民事行为能力的不足^[18]。以未成年子女为权利主体的“子女最佳利益”原则,已成为国际社会处理亲子关系与民事法律基本制度特别是未成年人抚养权归属的核心且首要原则。如《联合国儿童权利公约》第9条第1款规定,“缔约国应确保不违背儿童父母的意愿使儿童和父母分离,除非主管当局按照适用的法律和程序,经法院的审查,判定这样的分离符合儿童的最大利益而确有必要。”虽然各法域法律关于法院在确定抚养权归属时须考量的因素各不相同,但当下的通行标准应是“子女最佳利益”原则。

我国现行法律规定已较多体现出“子女最佳利益”原则的色彩,如《民法典》第1084条第2款规定了“最有利于未成年子女”原则;《未成年人保护法》第4条亦规定“保护未成年人,应当坚持最有利于未成年人的原则”。这些原则的适用扩大了法院审酌情形及介入父母间纷争的权限^[19]。在该情形下,法院将抚养权判给离婚父母的一般原则是:以家庭环境的各种因素为依据,重点考量父母双方对未成年子女利益最大化实现所能提供的最优质成长条件,而非仅考虑父母性别的差异。解析“子女最佳利益”原则在我国《民法典》第1084条第2款的适用,亦要不断恢复到该原则相关因素的考量之中。

(一)“子女最佳利益”的衡量标准

虽然国际法及各法域立法愈加要求与未成年人相关的决定应坚持“儿童/子女最佳利益”原

则,但对于一般情形或特定情形下该原则的构成却仍未达成共识。比如,家事法学者琼·B·凯利(Joan B. Kelly)认为,关于“儿童/子女最佳利益”原则的讨论,通常是模糊的、循环的,且充满了本身缺乏定义和共识的心理概念和陈词滥调。她继而主张,该原则的定义为:在维持未成年人适应和发展、确保未成年子女继续茁壮成长的目标下,明确该未成年人在监护和探视中所需的因素,并应尽可能确定并保留育儿、亲子关系和社会支持体系等方面的优势^[20]。类似阐述虽朝着正确方向迈出了一步,但依然没有在酌定中带来理想的统一性,且其影响因素也非常繁多^[21]。在不同法域,“儿童最佳利益”原则的具体涵义各有阐述。如在美国《统一婚姻与离婚法》(Uniform Marriage and Divorce Act)中,“儿童最佳利益”一般准则包括:父母及未成年子女意愿;未成年子女与其父母、兄弟姐妹和其他重要人物的关系;未成年子女对家庭、学校和社区的适应;以及所有相关人员的身心健康状况。该法明文规定以“子女最佳利益”作为父母离婚后未成年子女亲权行使争议的判决标准^[22]。

尽管家庭结构在父母离婚后发生了变化,但应最大化维持或持续为未成年子女提供至少与分离前相一致的情感和智力资源^[23]。司法实践多适用两种标准:一是综合考量标准,又称利益权衡论,意指在预设前提下,综合考量父母与子女各方的具体情形与需求而作出最终决定;二是主辅结合标准,又称利益考量论,意指在设定优先保护对象及原则标准基础上,再考量其他满足需求与规范的利益与条件^[24]。比如,应权衡未成年子女与父母双方关系保持连续的必要性并考量各种共享的共同监护。而当离婚原因包括未成年子女具有心理或发育问题时,“子女最佳利益”原则则会变通考量支持未成年子女适应变化与未来发展所需的条件。未成年子女的利益调整是在正常范围内还是显著受家庭历史和养育能力影响,亦将影响最终决定^[25]。例如在英国,法官审酌“儿童之最佳利益”时所考量因素大致可分为儿童、父母与外在的特质条件:儿童意愿与想法、儿童年龄、父母亲的亲职能力、父母亲的个性表现、父母亲的婚姻与居住状况、可能造成的伤害与危险的具体情形、父母亲照顾孩子的意愿与态度、亲子关系、亲友支援、儿童的背景及特质、儿童生理、情感与教育的需求、儿童与申请人间的互动关系、主要照顾人、父母亲或同居人有儿虐情形、儿童状况、父母的健康、手足关系、父母背景、儿童性别、父母年龄、父母亲或同居人酒瘾行为等^[26]。

但在一些棘手的未成年子女抚养权归属纠纷案件中,即使阐明了“子女最佳利益”原则的标准,亦无权来指导酌定上述因素在抚养权归属中的重要性排序。“子女最佳利益”原则时常受到批评的重要原因就在于,允许一定程度的司法自由裁量空间而难以与法治承诺相协调,并由于法官皆有人性的固有偏见而较难作出实质性酌定。比如,家庭暴力被认为是抚养权归属中“子女最佳利益”所应考量的重要因素,但目前在司法实践中存在一定程度上“同案不同判”的难题^[27]。

(二)基于父母性别平等的讨论

过去数十年间,促使男女平等是各法域家事立法改革及未成年人司法实践的主旨。在较多适用“幼年推定”原则的过往案例中,有时法院简单化处理,自动将未成年子女交给不称职的母亲,而这些做法则不公平地剥夺了父亲的抚养权。一些女权主义者批评“母亲默认取得抚养权而父亲须证明母亲不适格才能取得抚养权”这一规定与性别平等的倡导相反。他们认为,“幼年推定”原则强调了母亲在未成年子女尤其在其婴儿期间的生物学优势,由此导致对母亲抚养权归属的法律偏好,保证了单身女性及其监护下未成年子女的经济地位,但反而会强化女性作为家庭主妇或母亲的刻板印象^[28],可能进一步加深“女性居家照护未成年子女”的观念。有学者继而主张,这一原则“事实上仍未脱离父权体制的阴影。盖此原则之前提乃源自父权体制下对于母职的认定与想像”^[29]。即便基于父母性别平等基础的“子女最佳利益”原则确立后,

仍有一些女权主义者认为该标准实则对女性有害。他们强调,在该原则下,女性在离婚案件中失去了讨价还价的权利;并主张父亲会以剥夺抚养权为要挟,迫使母亲接受较低的赡养费和财产,甚而声称父亲更常被授予抚养权^[30]。

从法律文本审视,虽然绝对的“父权推定”“幼年推定”已逐渐予以修正,但维护未成年子女最佳利益核心理念仍在一定程度上得以承袭,亦为“子女最佳利益”原则的建立奠定了理论与实践基础。亦可发现,从“父亲本位”到“母亲本位”再到“子女本位”的变迁中,父母性别平等观念日渐发挥着重要作用。为了明晰离婚案件中未成年人之抚养权纠纷的脉络,以及与当前“子女最佳利益”原则的联系,须引鉴性别平等观念作为指导。

四、破局:“子女最佳利益”原则的适用与展开

需要说明的是,没有一刀切的监护安排,也没有千篇一律的法律规定。回到《民法典》第1084条第2款,适用离婚后未成年子女抚养权归属原则酌定时,本文建议通过研拟、修订和出台最高人民法院司法解释、指导性案例等形式,基于以“子女本位”为基础的“子女最佳利益”原则,并融合父母性别平等视角,综合《子女抚养意见》等相关司法解释的规定,由此考量符合该原则标准的诸多重要现实因素,并据此作出最有利于未成年人成长的研判。

(一)基于以“子女本位”为基础的“子女最佳利益”原则

在我国离婚案件关于未成年子女抚养权的酌定实践中,依照“子女最佳利益”原则,应始终坚持“子女本位”主义,综合考量关涉未成年子女成长利益的相关因素,如子女的意愿、年龄阶段的特殊需求及当前与未来发展所需的条件等。

一是未成年子女的年龄,即年幼性。通常认为,年幼的未成年人尤其是哺乳期的婴儿更需母亲养育,因而若无特殊情形,应优先随母亲共同生活。此番考量与“幼年推定”原则具有一定的相似之处,但究其根本仍然应当是“子女最佳利益”原则,即从幼年子女身心成长的需求而非母亲亲权出发,考量核心应聚焦婴幼儿对母亲的特殊生理与心理需求。即便因未满两周岁子女的哺乳与成长等需求而考虑将抚养权判归母亲,也应当首先考虑未成年子女的利益最大化,继而再考量母亲是否具备相应的抚养条件。即便母亲在未成年子女的婴幼儿时期为主要照顾人,也仅将其作为重要考量因素而非自动授予其抚养权。若母亲一方存在不适合抚养子女的具体情形,如患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病及《子女抚养意见》规定的其他不利情形,则依据“子女最佳利益”原则,法院可以将子女抚养权判归父亲一方或其他有监护能力的人。如有学者对南京市六家基层法院四年离婚纠纷案件的调查发现,因母亲无法或不愿意抚养等原因而将子女抚养权判归父亲的案例亦约有两成^[31]。

二是未成年子女的意愿,即自主性。法院应当考量未成年子女对抚养权和探视的偏好,尤其是当未成年子女年龄较大时。首先,“尊重”并不直接等同于“遵从”或“听从”。法院应明确未成年子女是否已达到能够表示并知悉其意思表示的阶段,并在最终决定中将其意愿作为重要的考量因素,但依然应在“子女最佳利益”原则指导下综合考量其他相关因素。其次,尊重未成年人真实意愿,不宜仅限于适用八周岁以上未成年子女,而应适度扩大至所有可“真实意愿表达”的未成年子女。《民法典》第1084条第2款将有表达意愿的年龄以“八周岁”为明确的划分界限,应是引鉴了民事行为能力的相关规定。如《民法典》第19条规定,“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认;但是,可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”对此,据《儿童权利公约》与《未成年人保护法》关于未成年人意愿表达及听取的相关规定,

或可进一步明确未成年子女真实意愿表达及能力的评估判断标准,以适度扩大“真实意愿表达的未成年子女”范围,在尊重其意见的基础上进一步实现其利益的最大化。

三是未成年子女的适应,即稳定性。在父母离婚情形下,应着重考量维持未成年子女的成长与教育质量,尽量通过破坏性最小的监护和探视安排减少父母离婚后对未成年子女的影响,相关重要考量因素之一为目前国际较惯用的“主要照护人原则”(又称“照护继续原则”)。“主要照护人”(primary caregiver)意指最能满足未成年子女需求、最愿意承担责任或一直照护未成年子女的父母。“主要照护人原则”试图确定父母何方能负责满足未成年子女的大部分日常需求。“子女最佳利益”原则本身并没有贬低主要照护人角色的重要性,反而是将这一点包括在其考量因素中。如,出于稳定原因,有固定住所的父亲或母亲可在其他条件相当前提下优先取得抚养权。

(二)积极融合父母性别平等视角

“子女最佳利益”原则是基于“子女本位”主义提出的标准,虽长期备受争议,但从父母性别平等角度来看,该原则的适用标志着未成年人监护法对性别平等观念的合理吸纳与适用。应当明确的是,“子女最佳利益”原则与“幼年推定”原则之间不应是分庭抗礼的关系,而应有适用序阶之别。在性别平等观念下,除法律另有规定外,父母离婚后,抚养权归属不宜预设父母性别为考量前提。大多数情形下,在一方提出对方于未成年子女监护利益不利的证据之前,父母亲皆被视为拥有平等的抚养权,因此须对父母双方维持子女最佳利益的能力进行评估、衡量与比较。

一是父母的抚养能力,即适格性。例如父母的身心健康、经济能力、居住情形、生活方式和其他社会因素。抚养能力的考量不应局限于物质性条件,亦应包括心理能力、情感能力等要素^[32]。据我国《未成年人保护法》第16条规定,监护人应为未成年人提供生活、健康、安全等方面的保障,且应关注其生理、心理状况和情感需求。在父母离婚情形中,维持未成年子女生活与学习各方面的稳定性与继续性是重要的原则标准,并应据此对父母双方的抚养能力进行考量。同时,父母为未成年子女提供衣食住行和健康安全的能力,亦是重要的考量因素。

二是亲子的连接关系,即纽带性。首先,考量父母和未成年子女之间的情感纽带,如父母对未成年子女进行指导的能力、父母在分居前后对子女的抚养意愿,等等。其次,考量父母是否愿意支持另一方配偶与子女的关系,关注父母是否在抚养子女方面相互合作,或者父母是否干涉对方与子女的关系。最后,考量隔代的辅助抚养条件。在考量“子女最佳利益”时,祖父母、外祖父母等家庭成员在未成年子女抚养中所能提供的资源与条件也应囊括在内^[33]。如据《子女抚养意见》,当父母双方抚养条件基本相同时,子女单独随祖父母或外祖父母生活多年,且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助照顾的,可作为抚养权授予的优先考虑条件。

三是抚养的安全稳定,即排除性。若父亲或母亲对未成年子女虐待或照管不良,法院将不考量其抚养权,并限制其对未成年子女的探视。无论是直接遭受家暴还是间接遭受家暴亦或是遭受直接与间接双重家暴,皆会对未成年子女的身心发展造成强烈的、即时与长久负面影响。因此,在酌定未成年子女抚养权时,应着重考量家庭中是否存在虐待或照管不良情节。如,在审理涉家暴的离婚案件中,应对施暴者、抢孩子一方的抚养权主张慎重考量甚而不予支持,亦应查明家暴被害人放弃子女抚养权的原因及做好后续司法保障工作^[34]。

四是抚养的妥善履行,即适宜性。首先,强调父母对未成年子女的共同监护,即友善父母条款。《民法典》在总则部分允许有资格的监护人就子女的抚养权达成一致,使离婚的父母可在不剥夺配偶监护权的情形下就具体的子女抚养权达成一致。其次,强调同胞子女不宜分离,即手足原则。2014年,广东省广州市越秀区人民法院审理了一宗离婚案件中双胞胎子女的抚养权争议。该案中,父亲主张抚养婚生子,而婚生女由母亲抚养;母亲则主张双胞胎子女均由其

抚养。一审判决支持了母亲的主张;二审综合父母双方的抚养能力与抚养条件等具体情况,确定双胞胎子女均由母亲抚养更有利于健康成长而作出了维持原判的终审判决^①。随着“二孩”“三孩”政策的逐步落地,我国多孩家庭的数量在逐步增加。有研究表明,在经历消极生活或创伤事件时,积极的同胞手足关系会通过决策、情感支持等途径为彼此提供支持^[35]。通常情形下,针对多孩家庭中多个子女的抚养权归属,应当始终坚持“子女最佳利益”原则,综合考量未成年子女间的情感与相互扶助等多方因素。

[参 考 文 献]

- [1] 张鸿巍 于天姿:《试论我国未成年人监护制度的发展与完善——以〈未成年人保护法〉修订为视角》,载《少年儿童研究》,2021年第1期。
- [2] 刘汶蓉:《青年离婚变动趋势及社会原因分析》,载《当代青年研究》,2019年第6期。
- [3] 《2020年民政事业发展统计公报》, <http://images3.mca.gov.cn/www2017/file/202109/1631265147970.pdf>
- [4][31] 赵 莉 丁 钰:《离婚案件中涉及未成年子女抚养权归属存在的问题及对策——以南京市六家基层法院四年(2011—2014年)离婚纠纷案件判决书为样本》,载《中华女子学院学报》,2016年第1期。
- [5] 夏吟兰:《民法典未成年监护立法体例辩思》,载《法学家》,2018年第4期。
- [6][26] 郑丽珍:《有关监护权调查评估的指标》,载《社区发展季刊》,2005年总第112期。
- [7] 贺 欣:《社科法学与法教义学的初步比较——从“儿童最佳利益”谈起》,载《中国法律评论》,2021年第5期。
- [8] Page Edgar. Parental Rights, Journal of Applied Philosophy, 1984, (2).
- [9] Ratliff, Jack. Parens Patriae: An Overview, Tulane Law Review, 2000, (6).
- [10][11][13] Kohm, Lynne Marie. Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, Journal of Law & Family Studies, 2008, (2).
- [12] Children and “the Tender Years Doctrine”, <https://www.hbplaw.com/blog/2014/02/children-and-the-tender-years-doctrine/>
- [14][22][29] 李立如:《论离婚后父母对未成年子女权利义务之行使负担:美国法上子女最佳利益原则的发展与努力方向》,载《欧美研究》,2010年第3期。
- [15][30] Artis, Julie E. Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine, Law & Society Review, 2004, (4).
- [16] Walter, Bernd, et al. Best Interests in Child Protection Proceedings: Implications and Alternatives, Canadian Journal of Family Law, 1995, (2).
- [17] 林昀嫻:《增订子女亲权行使规划作为民法离婚要件之研究》, <https://www.moj.gov.tw/2204/2645/2687/23458/>
- [18][28] 曾钧玫:《离婚事件中亲权酌定之实务考察》,载《全国律师》,2017年第10期。
- [19] 雷文玫:《以“子女最佳利益”之名:离婚后父母对未成年子女权利义务行使与负担之研究》,载《台大法学论丛》,1999年第3期。
- [20][21][23][25] Kelly, Joan B. The Best Interests of the Child: A Concept in Search of Meaning, Family Court Review, 1997, (4).
- [24] 朱晓峰:《抚养纠纷中未成年人最大利益原则的评估准则》,载《法律科学(西北政法大学学报)》,2020年第6期。
- [27] 苏云云:《家庭暴力对子女抚养权归属影响探究——以美国相关制度为借鉴》,载《北京化工大学学报(社会科学版)》,2018年第3期。
- [32] 江钦辉:《离婚案件未成年子女直接抚养人酌定之考量因素检视——以H州市法院近5年(2015—2019年)离婚纠纷判例为分析样本》,载《新疆社会科学》,2020年第4期。
- [33] 刘杰晖:《抚养权争议中实现未成年人利益最大化之探讨》,载《法律适用》,2021年第11期。
- [34] 张荣丽:《家暴致离婚案件子女抚养权归属审判研究——从儿童保护法律视角对调研结果及典型案例的分析》,载《妇女研究论丛》,2017年第1期。
- [35] 赵凤青 俞国良:《同胞关系及其与儿童青少年社会性发展的关系》,载《心理科学进展》,2017年第5期。

(责任编辑:崔 伟)

① 参见(2014)穗中法民一终字第5385号。