

离异家庭家庭教育落实制度的困境与完善

■ 左常午

(暨南大学少年及家事法研究中心,广东珠海519070)

【摘要】《家庭教育促进法》明确了父母双方作为未成年子女之首要监护人实施家庭教育的主体地位,即使婚姻的解体导致原本共同、平等实施家庭教育的结构发生变化。我国现行父母离异后家庭教育落实制度存在着共同实施模式下间接抚养人的家庭教育权利有名无实、单独实施模式适用范围过窄、法律责任体系未能对父母一方阻碍对方实施家庭教育的行为给予足够的救济等困境,给家庭教育实施带来了不利影响。为完善落实制度,应细化间接抚养人在子女事务参与决策权、知情权和探望权三个方面的权利义务配置,放松单独实施模式与监护人资格撤销制度的绑定,并构建层次分明、相互衔接的法律责任体系。

【关键词】家庭教育 共同监护 单独监护 家庭教育指导令

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2023.02.009

一、问题提出

作为贯彻落实党中央和习近平总书记关于家庭家教家风建设重要部署和指示的法治体现,我国就家庭教育的专门立法——《中华人民共和国家庭教育促进法》(以下简称《家庭教育促进法》)于2022年1月1日开始施行。尽管理论上对家庭教育的理解存在广义和狭义之分^[1-4],但在实证法上,《家庭教育促进法》第二条对狭义说予以了确认,将家庭教育的内涵限制在父母或其他监护人对未成年人实施的“培育、引导和影响”上,而未扩展至所有家庭成员之间相互实施的影响和教育。据此,未成年人之监护人,尤其是其第一监护人——父母,承担着实施家庭教育的主体责任。

在实施家庭教育时,父母双方处于平等地位,共同享有教育子女^①的权利和义务。在一般情况下,父母双方陪伴着子女成长,共同对子女的道德品质、价值观念、生活态度、行事方式等方面进行教育和影响。即使出现意见分歧,父母也多能协商解决。然而,离婚后父母中只有一方与子女共同生活的非常态并不罕见,而且随着离婚率的上升日益增多。在2011年至2020年期间,我国粗离婚率总体呈上升趋势,2019年达到最高峰,为3.36‰,2020年因新冠疫情影响回落至3.1‰^[5]。当父母婚姻破裂时,父母分开生活的物理障碍必然导致原本共同抚养教育子女的家庭

收稿日期:2023-01-30

作者简介:左常午,暨南大学少年及家事法研究中心讲师,香港大学法学博士,主要研究少年家事法、民商法。

① 除非另做特别说明,本文中的“子女”仅指未成年子女。

结构发生解体,致使父母无法如婚姻存续期间平等地对子女进行家庭教育。《家庭教育促进法》第二十条要求离异父母相互配合实施家庭教育,不得拒绝或怠于实施家庭教育,更不能在法律未另有规定的情形下阻碍对方实施家庭教育。据此,离婚这一事实并未改变父母的主体地位,离异父母仍须承担对子女实施家庭教育的职责。如何在父母分开的前提下继续保持双方职责的落实,《家庭教育促进法》却未能进一步提供详细指引。究其本质,这一条款是典型的促进型软法条款,仅概括性地从正反两面鼓励和倡导父母双方在离异后应继续对子女实施家庭教育,但其功能的落实必须有赖于《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《未保法》)等其他法律规范的贯彻与保障,否则将给家庭教育的实施带来不利影响。家庭教育的缺失和不足不仅会导致未成年人的合法权益得不到保障,也会引发未成年人违法犯罪问题,影响社会和谐稳定。故有必要围绕促进未成年人全面健康成长的目标,结合《民法典》《未保法》等相关法律法规,解析我国离异家庭家庭教育的落实制度及其适用困境,并回溯域外相关立法的历史与发展,探寻离异父母实施家庭教育的可行模式,在此基础上探讨我国落实制度的完善路径,以期更好地发挥家庭教育在国民教育中的作用。

二、离异家庭家庭教育落实制度实施面临的困境

(一)立法概况

在我国,教育是监护制度的核心内容之一,《民法典》第二十六条将父母对未成年子女负有的教育义务作为首要义务放在了总则编的监护专节之下。除《家庭教育促进法》外,《民法典》《未保法》等法律中的相关监护制度规定也涉及离异父母家庭教育的落实事宜。自1950年《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)起,我国立法就一直坚持离异父母共同实施家庭教育的原则:离婚后,父母仍然是子女的监护人,共同拥有抚养、教育、保护子女的权利和义务;单独实施家庭教育只发生在父母一方之监护人资格被撤销的特殊情形^①。在共同实施模式下,就离异父母享有的具体家庭教育权利和义务,我国法律规定仅聚焦于抚养和探望两个方面^{②[6-7]},并未直接规范离异父母各自履行的家庭教育职责的内容。《民法典》根据子女年龄的不同,为子女直接抚养人的确定设置了不同的规则:不满两周岁的子女以母亲直接抚养为原则;对已满两周岁子女的抚养问题协议不成的,由法院按照最有利于未成年子女的原则判决;尊重已满八周岁子女真实意愿的原则。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》(以下简称《婚姻家庭编解释一》)进一步细化了法院在确定不同年龄段子女的直接抚养人时应该考虑或优先考虑的因素^③。对于间接抚养子女的父或母,我国立法仅向其施加了负担部分或者全部抚养费的义务,且仅肯定了其拥有探望子女的权利^④。此外,在有利于保护子女最佳利益的前提

① 参见《婚姻法》(1950年)第二十条、《婚姻法》(1980年)第二十九条、《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第二十一条、《婚姻法》(2001年)第三十六条、《民法典》第一千零八十四条,其中1950年和1980年的《婚姻法》还未提出“监护”这一概念。

② 就父母离婚后子女姓氏变更事宜,《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》(法发[1993]30号)第十九条和《婚姻家庭编解释一》第五十九条都禁止父或者母擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏;由此引起纠纷的,应当责令恢复原姓氏。但离异父母能否单独决定将子女姓氏改为与其共同生活的父或母一方姓氏,两部司法解释未有明确结论。陈思琴认为,根据一些立法层级更低的规范性文件的精神,例如《最高人民法院关于变更子女姓氏问题的复函》和《公安部关于父母离婚后子女姓名变更有关问题的批复》,更改姓氏需要由离异父母双方共同决定。夏江皓指出,有些规范性文件,例如《河北省公安机关户口登记管理工作规范》,则认为实际抚养人可单方决定。从司法实践来看,法院也并未出具统一的判决。

③ 参见《民法典》第一千零八十四条、《婚姻家庭编解释一》第四十四条至第四十七条。

④ 参见《民法典》第一千零八十五条、第一千零八十六条、《婚姻家庭编解释一》第四十九条至第五十九条、第六十五条至第六十八条。

下,《婚姻家庭编解释一》第四十八条认可了父母双方轮流抚养子女协议的效力,父母双方可以通过协议承担平等的家庭教育实施责任。就单独实施模式,《民法典》规定了极其严苛的启动事由,即监护人存在严重侵害未成年人身心健康的行为、导致未成年人处于危困状态的失职行为以及严重侵害未成年人合法权益的其他行为;对于被撤销监护人资格、无权实施家庭教育的父或母,《民法典》只要求其应继续承担子女的抚养费,未赋予其探望子女的权利^①。

就家庭教育的实施内容而言,《未保法》第十六条在细化父母监护职责时,明确父母应当注重子女的生活照顾保障、身心健康、思想品德、行为习惯和安全教育等。《家庭教育促进法》第十六条则进一步提出家庭教育应围绕子女家国情怀、崇德向善守法意识、科学探索和创新精神、良好学习习惯和行为习惯、自我保护意识与能力以及自强自立意识而展开,为父母实施家庭教育提供了详细的内容指引。

就家庭教育的手段,《家庭教育促进法》第十七条强调父母应该根据子女的身心 and 智力发展状况,尊重子女的参与和意见,采取灵活措施晓之以理,择机而教,宽严相济,平等互促,并且强调了亲子陪伴和双方共同参与的重要性。除了提倡和鼓励合理的教育措施外,我国立法也列举了禁止实施的行为和禁止采用的方法手段。根据现行《未保法》和《家庭教育促进法》,离异父母不得拒绝或怠于实施教育,不得非法阻碍对方实施教育,不得采用歧视性和暴力性的教育措施,不得放任、唆使子女从事违反法律法规和社会公德的行为以及影响其身心健康的不适宜行为,不得放任或迫使应当接受义务教育的子女失学、辍学,不得采取其他侵犯子女身心健康和财产权益的教育手段^②。对于离异父母的不当家庭教育行为,传统上国家只对家庭暴力等严重侵害子女合法权益的行为进行干预,予以强力制裁。根据《未保法》和《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家庭暴力法》)的规定,如果离异父母不依法履行家庭教育职责,或采用不当教育手段导致子女身心健康或合法权益受到严重侵害的,依据情节严重程度,法院可以作出人身安全保护令或者撤销其监护人资格。行为构成违反治安管理处罚条例的,父母会受到治安管理处罚;行为构成犯罪的,父母会被追究刑事责任^③。此外,《家庭教育促进法》第四十八条和第四十九条赋予了法院等国家机关和社会组织对私人领域的家庭教育进行弱势干预的权力,设置的法律责任以教育批评告诫为主:如果离异父母不履行或非法阻碍履行家庭教育责任,由两委会、学校等社会组织予以批评教育、劝诫制止,督促其接受家庭教育指导;如果发现未成年人有违法情形或者离异父母不正确实施家庭教育侵犯子女合法权益,相关国家机关可以对父母予以训诫,责令其接受家庭教育指导。

(二)适用困境

遗憾的是,实践中共同实施模式的适用非常混乱,甚至沦为有名无实,给间接抚养人实施家庭教育带来了实质性障碍;同时,真正需要只由父母单方负责子女家庭教育的情形却面临单独监护适用范围过窄的问题;此外,对于父母一方阻碍另一方实施家庭教育的行为,目前的法律责任体系未能给予足够的救济。

1. 间接抚养人有名无实的家庭教育权

除直接抚养人确定、抚养费分担和探望权行使以外,我国法律规范就离婚后父母对子女行使权利义务的具体内容缺乏清晰的指引,共同实施模式极易沦为有名无实。直接抚养子女的父或母与子女共同居住生活,负责子女日常照顾和教养,参与子女的大小事务,可以针对不同年龄的子女发展特点,合理运用各种方法实施家庭教育。间接抚养子女的父或母获得法律支

^① 参见《民法典》第三十六条、第三十七条。

^② 参见《家庭教育促进法》第二十条、第二十三条,《未成年人保护法》第十七条。

^③ 参见《未成年人保护法》第一百零八条,《反家庭暴力法》第二十一条、第四章、第三十三条。

持的只有探望权和间接抚养义务,参与子女生活和事务的时间及方式则非常有限。在司法实践中,大部分法院也仅对抚养费和探望权作出判决,甚至有个别法院认为与子女共同生活的父母单方负责子女的抚养和教育,未与子女共同生活的一方仅享有探望子女的权利和支付抚养费的义务。仅极少数法院承认未与子女生活的父母一方享有其他权利义务^[8]。孙若军教授曾指出:“人民法院在审判中,对子女抚养权的判决也都未做共同监护的推定”^[9]。

可见,共同实施模式下间接抚养子女的父或母无形中很容易被架空,基本停止参与子女的生活和成长发展。他们虽名为共同监护人,但其监护人主体资格在法律上得不到有效体现和保障,他们拥有的家庭教育权与单独实施模式中被剥夺监护职责的父母一方所拥有的权利并无明显区别。只有因抚养关系变更等原因重新与子女共同生活时,间接抚养子女的父或母才能真正对子女实施家庭教育。与此同时,直接抚养人享有和承担作为未成年人父母所能拥有的全部权利和义务,可能利用与子女共同生活的便利滥用其权利,径自决定与子女教育有关的大小事务,影响间接抚养人与子女的关系和感情。例如,未通知对方给子女转学或携带子女迁往异地居住生活,未与对方协商擅自更改子女姓氏。这很可能导致离异父母就直接抚养子女的权利再次产生纷争,加剧离婚给子女带来的伤害。

2. 范围狭窄的单独实施模式

根据我国法律规定,离异父母并没有单独监护子女从而单独掌控家庭教育实施的权利,除非其中一方的监护人资格依法定程序被撤销。监护人资格撤销制度本质上是国家对父母亲权的干预,目的是监督监护人履行职责并为受侵害的被监护人提供事后救济。基于直系血缘关系,父母与子女之间的权利义务关系具有自然属性和人伦属性,属于宪法和人权公约中公民基本权利和人权的范畴。立法机关一般认为“父母比其他任何人或机构都更关心子女的最佳利益”,父母拥有照顾、监督和教育子女的自由权益^[10]。国家不能随意干涉父母的自主性,国家干预必须符合由适当性、必要性和均衡性构成的比例原则。因此,撤销监护人资格只适用于极少数特别严重的情形。然而,离异父母单方负责子女家庭教育的前提不应该等同于监护人资格被撤销的严重情形。在父母双方协商一致或者父母之间存在严重冲突无法合作的情况下,即使任何一方都没有侵犯子女利益的行为,或者未达到严重损害子女利益的程度,法院也可将监护职责授予父或母单独一方,由该方掌控对子女家庭教育的实施,避免双方在涉及子女重大教育事务时不能及时作出共同决策,不利于子女的成长发展。诚然,在我国共同实施模式有名无实的现状下,单独实施模式范围狭窄这一问题不会过于突出。如果共同实施模式未来得以改善的话,那么目前关于单独监护的规定则会无法适应当事人多样且复杂的情形,阻碍单方父母以符合子女最佳利益的方式全权负责家庭教育的实施。

3. 衔接不畅的法律责任体系

除实施模式导致的落实问题外,在我国现实生活中离异父母实施家庭教育的另一大难点和痛点是,目前的法律责任体系对一方阻碍另一方行使监护之不当行为的救济收效甚微。近年来就有一群“紫丝带妈妈”,因子女被父方藏匿而长期无法见到子女,被迫花费大量的时间和精力寻找找回子女并进行维权。她们的子女中有些无法适应与父亲不断在多个城市、学校漂泊的生活而形成回避型人格,有些被迫留在教育生活水平远远不及城市的乡村由祖父母抚养,有些则被故意教育敌视自己的母亲^[11]。“紫丝带妈妈”的痛苦很多时候来源于判决执行的困难:即使法院对直接抚养权和探望权作出判决,负有协助执行义务的父亲及其亲属采取包括隐匿子女在内的各种手段阻挠母亲行使探望权,或者子女被父亲抢夺隐匿,获得直接抚养子女权利的母亲无法实现与子女共同生活、履行其职责。

针对这类行为,《未保法》第二十四条禁止“以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权”,

但未能进一步规定禁止行为的法律后果。鉴于执行对象的特殊性,难以针对子女直接强制执行抚养和探望,法院只能依据民事诉讼法关于强制措施的规定通过拘留、罚款等行政手段或刑事责任迫使拒不执行判决之人(协助)履行判决项下义务^①。考虑到对与子女共同生活的人采取拘留、罚款等措施可能造成子女无人照顾或生活经济支持减少,以及对介入情感纠葛的抗拒心理,很多法院在实践中投鼠忌器,不愿采取上述强制力和约束力较强的刚性措施^[12-13]。

根据《家庭教育促进法》第四十九条的规定,家庭教育指导令适用于两类情形,即未成年人存在严重不良行为或实施犯罪行为,以及父母等监护人不正确实施家庭教育侵犯未成年人合法权益^②[14]。从规定来看,上述离异父母一方阻碍另一方行使监护的不当行为可以包含在不正确履行家庭教育的行为之内,家庭教育指导令可以适用于此情形。然而,从公开的各地司法实践来看,不正确实施家庭教育的行为集中于怠于监护或对子女直接采取不适宜监护手段的行为。例如,行使探望权的父亲将儿子带入不宜未成年人进入的场所并邀请儿子过量饮酒,致使儿子无故殴打他人、涉嫌犯寻衅滋事罪;直接抚养子女的父母一方过度责罚子女或者将子女完全留给保姆照顾;离异父母双方放任子女逃学甚至非法送养子女;未直接抚养子女的一方不履行支付抚养费义务、怠于行使探望权等^③[15-16]。对于离异父母一方不当阻碍另一方实施家庭教育的行为,家庭教育指导令目前还未能发挥作用。

三、离异家庭实施家庭教育的域外经验

域外通过专门立法规范并推动家庭教育的情形比较少见,但父母对子女的教育职责,包括家庭教育在内,一直以来是亲权或父母监护制度的规范对象,并被视为父母的自然权利和至高义务^④[17-18]。亲权或父母监护的核心内容是父母对未成年子女“以教养保护为目的”而承担的权利和义务,囊括几乎一切有关子女人身和财产的事项^[19]。英国上诉法院法官沃德(Ward)曾指出:“为子女安排与其智力需求和能力相称的教育是父母职责中的一项”^⑤。当父母婚姻关系解除时,亲权或父母监护制度中关于父母如何分割和行使包括教育在内的具体权利义务的规定,即监护履行方式,实质上决定了离异父母实施家庭教育的模式,极大地影响了家庭教育的落实。

(一)单独实施模式的发展

在早期传统社会,大陆法系和英美法系将父权优先原则奉为圭臬。在该原则影响下,当时的法律认定父亲是子女的唯一监护人,母亲对子女几乎不享有任何权利;法律将离婚后子女的监护权单独授予父亲,父亲可以出于不道德的动机完全禁止母亲与子女的接触,独占对子女的

① 参见《婚姻家庭编解释一》第六十一条、第六十八条,《民事诉讼法》(2021年修正)第一百一十四条。

② 《家庭教育促进法》第三十四条规定,“人民法院在审理离婚案件时,应当对有未成年子女的夫妻双方提供家庭教育指导”。据此在法院审理涉及子女的离婚案件时,家庭教育指导令也可以适用。该条的适用不以父母的失职行为和不当行为为前提,学者和法官认为此时家庭教育指导更侧重于引导性,不是对当事人的法律追责,而是一种前瞻性、沟通性的手段。因此,第三十四条规定的情形不在本文讨论范围内。参见《北京市高级人民法院发布六起涉未成年人家庭教育指导典型案例之五:王某诉李某离婚纠纷案——以“柔性司法”拓展家庭教育指导方式》,来源于北大法宝。

③ 参见《北京市高级人民法院发布六起涉未成年人家庭教育指导典型案例之三:李某诉张某变更抚养关系纠纷案——与社区党委合作共建协同开展家庭教育指导工作》《江苏省淮安市中级人民法院发布2021年度十大典型案例之十:周某等与朱某确认收养关系纠纷案》《贵州省高级人民法院发布7则未成年人司法保护典型案例之四:王某某与伍某某变更抚养关系纠纷案》,来源于北大法宝。

④ 基于父母与子女之间的身份关系,父母需要承担促进和保护子女福利的权利和义务。大陆法系传统上采用“亲权”一词作为该父母权利义务的上位概念,对不受亲权照顾的未成年人则以狭义的监护制度予以保护。英美法系国家则没有亲权的立法传统,不区分亲权和监护,统一以广义的监护制度(custody/guardianship/wardship)对未成年人加以照顾保护。一般认为,亲权与未成年人监护中的父母监护没有本质区别。我国的监护制度也一直没有亲权的立法传统,不区分亲权和狭义监护,将父母与其他监护人对未成年人的权利义务统一置于广义的监护制度中。

⑤ 参见 Re Z (A Minor) (Identification: Restrictions on Publication) [1997] 1 Fam 964, CA.

家庭教育权^[20-22]。英国普通法权威学者布莱克斯通(Blackstone)将这种权力形容为“父亲的绝对支配权(the empire of the father)”^[23]。自19世纪中叶以来,父权优先原则逐渐失去压倒性地位,推定母亲监护的幼年原则开始为英美法系引入^[24]。英国《1839年婴幼儿监护法》明确规定,衡平法院法官在其认为合适和公正时,应该赋予离异母亲七岁以下婴幼儿的监护权,并且可以就未获得监护一方探望子女的权利作出命令。在大陆法系,父权优先原则受到的挑战来自男女平等原则。1957年德国《男女平等法》和1970年《法国民法典》都将婚姻解除后的亲权修订为可托付于父或母任一方,由一方负责子女的教育。二战后,尊重儿童个人权利的子女本位观念兴起,英美法系和大陆法系开始转向子女最佳利益原则来处理父母离婚后对子女权利义务归属产生的争议。例如,在确定离婚后亲权应该转移至父亲还是母亲单独一方时,德国1976年《婚姻法和家庭法改革第一号法律》规定,子女最佳利益是法院遵循的唯一标准。

从域外的发展经验来看,在单独实施模式下,离异父母中只有承担监护职责的一方享有对子女所有关于教育的权利和义务,有权单独决定子女的日常生活、教育方式等一切与子女利益相关的重要和非重要事务,无须咨询另一方。除非法律另有规定,该方父母也无需咨询其他有权机构^①。不行使监护职责的另一方父母仅保有探望和知情的边缘权利,并负有支付抚养费的义务。少数国家如法国还赋予另一方监督子女抚养与教育的权利和义务^②。另一方父母失去了对子女几乎所有的权利,无法参与到子女的日常照顾和教育事务的决策中,对子女教育的落实不起实质作用。在探望子女的过程中,另一方父母可以与子女直接沟通交流,指导、引领和影响子女的思想、品行、习惯和身心健康等事宜。囿于探望的时间长度与频率,另一方父母在探望过程中实施的家庭教育有可能收效甚微。更何况为了让子女高兴,很多父母在探望子女时会更倾向休闲活动,而较少关注子女作业等教育问题。美国学者将这种父母(通常是父亲)称之为“迪士尼爸爸”,并认为这种非正常的父子或父女关系对子女后期发展无益^[25]。通过抚养费的承担,另一方父母可以在经济上协助保障子女兴趣爱好的培养、各种知识技能的提高以及营养运动的均衡等,从而间接地为实现子女的全面健康成长贡献力量。

(二)共同实施模式的衍生

子女最佳利益原则被确认后,在研究其具体内涵和适用准则的过程中,学者发现对于离异父母而言,单方行使监护意味着零和博弈:一方“获胜”,在子女教养方面扮演支配角色;另一方则“失败”,只剩下有限的探望权等权利,与子女保持低程度的联系,甚者逐渐从子女生活中淡出,但又要承担抚养义务^[26]。这种几近赢者通吃的模式使得离异父母在争夺子女监护权时处于敌对关系,阻碍双方从子女最佳利益出发达成理性而成熟的妥协。子女沦为父母权力斗争的棋子和奖品,不利于子女利益的保护^[27]。

此外,现代心理学研究也对单方行使监护是否符合子女最佳利益提出怀疑,强调与离异父母双方保持定期和频繁的接触更有利于子女心理的健康成长。许多实证研究表明,在父母离婚后,与父母一方失去有意义联系的子女往往感到被抛弃和背叛,在成长过程中会显现出困惑和压抑,无法与他人友好相处,面临学习困难甚至退学等问题;子女也渴望与父母双方都继续保持关系^[28-30]。

为解决单方行使监护的不利困境的问题,共同监护的概念在20世纪70年代中期开始被提

① 例如,《德国民法典》规定,实施重大财产管理行为时,父母必须事先获得家事法院的批准(第1643条-1645条)。《法国民法典》也规定,单独行使监护的父或母需在法官的监督下进行财产管理(第389-2条)。英国没有类似需要咨询其他人士、团体或机构的规定,单独监护人甚至可以自行决定改变子女的姓氏。鉴于篇幅关系,本文对此不作展开论述。

② 参见《法国民法典》第373-2-1条的规定。

出,并被立法者和学者视为更符合子女最佳利益,很快得到国际社会的广泛支持和认可^[31-32]。印第安纳州在1973年成为美国第一个立法承认共同监护的州^①。德国1998年《子女权利改革法》规定,以离异父母共同行使亲权为原则,单独行使亲权为例外。联合国1989年通过的《儿童权利公约》第九条和第十八条也明确要求,“缔约国应尊重与父母一方或双方分离的儿童同父母经常保持个人关系及直接联系的权利”,并“应尽其最大努力,确保父母双方对儿童的养育和发展负有共同责任的原则得到确认”。

当然,共同监护并非万灵药,它只有在离异父母能够有效沟通、友好合作的情况下才能运行良好。如果子女不得不频繁面对离异父母的激烈冲突,共同监护反而对其有害,尤其是在涉及家庭暴力时^[33]。在父母不适合共同承担监护职责时,应当授予一方单方行使监护。大部分大陆法系和英美法系国家同时认可了两种监护方式的存在,并将子女最佳利益原则设置为确定监护方式的首要考虑因素。

共同监护的衍生为家庭教育带来了新的共同实施模式,即强调离异父母双方对子女共同负有家庭教育的持续责任。值得注意的是,鉴于共同监护在形式上的进一步区分,父母在共同实施家庭教育时的责任比重也呈现差异。共同监护大致有法律上的共同监护(joint legal custody)和人身上的共同监护(joint physical custody)之分。法律上的共同监护仅要求父母就涉及子女教育、医疗、宗教等重大事项进行协商并共同作出决定。人身上的共同监护又被称为轮流监护,是指父母轮流与子女共同居住,负责居住期内子女的日常生活与教育。获得人身共同监护的父母通常会获得法律上的共同监护,而获得法律共同监护的父母只有一方与子女共同居住的情形却很常见^[34]。人身共同监护没有要求对父母与子女居住的时间进行均分,但轮流居住能够让双方获得大致相当的与子女生活相处时间。在此种特殊的共同实施模式下,父母双方都有足够的时间亲自养育子女,了解和参与子女的成长,对家庭教育的落实承担平等的主体责任。即使是任意一方可以自行决定的日常教育事宜,例如关于校内校外某项课程的选择,为保持子女学习的稳定性和延续性,父母往往需要就这些事务的决策进行沟通。然而,除了所有形式的共同监护都需具备的基本条件——父母良好的沟通合作能力,要使人身上的共同监护获得成功,父母双方还必须与子女关系亲密,各自拥有能够维持子女健康、稳定生活的资源,双方的住所相隔不远,而且双方必须没有家庭暴力、虐待子女、药物成瘾等给子女带来伤害的不适宜因素^[35]。因此,此种特殊的共同实施模式在实践中并不多见。有些域外立法如德国虽认可子女与双方轮流居住的方式,也未将其视为一种特定的共同监护方式。

域外立法大多聚焦于一般的共同实施模式:通过强制父母双方参与子女部分事务的决策,获得法律上共同监护的父母并未因离婚而失去对子女事务作出决策的资格或能力,但许多与日常教育相关的事务也会超出未与子女共同生活的一方的控制。《德国民法典》第1687条明确对父母离异后共同照顾的行使作出规定:将人身照顾和财产照顾中包含的事务分为日常生活事务和重大意义事务,据此共同照顾被分割为与子女共同生活一方父母单独管辖的照顾和双方管辖的照顾。在单独管辖范围内的日常生活事务,与子女共同生活的一方父母单独决定即可;在双方管辖范围内的重大意义事务,父母双方应协商一致决定。根据英国《1989年儿童法令》第2(7)条规定,无论婚姻关系的状态如何,父母其中一方可以独立行事以履行其父母责任而无须征询另一方的意见,但制定法明确要求在影响儿童的事务上需要双方共同同意的除外,单独行事的权利与法院作出的命令相违背的除外,以及判例法确定在没有得到另一方同意或没有咨询另一方时不得单方作出或安排的除外^[36]。尽管英国立法并未专门针对离婚后父

① 参见IND. CODE § 31-17-2-13(1973)(赋予法院在其认为符合子女最佳利益时裁定法律上共同监护的权力)。

母责任的行使作出规定,三种例外情形实际上起到了区分离异后子女事务决策权的作用。其中,有关子女教育规划的事务一般被视为重要事务,需要获得父母的共同同意或征得另一方的咨询意见。例如,英国上诉法官格利德威尔(Glidewell)在有关未成年人教育事宜的离异父母监护争议的上诉案件中指出:“转校在任何儿童的生命之中都是重要的一步,而母亲是理应获得咨询的”^①。在一般共同实施模式下,与子女共同生活、负责子女日常照顾的父母无疑在家庭教育实施中占据主导地位。虽然其在家庭教育中的重要性无法和轮流与子女居住的父母相提并论,未与子女共同生活的一方父母也需要直接加入重要的教育事务决策中,无需仅寄希望于探望权的行使。相较于单独实施模式下不履行监护职责的父或母而言,未与子女共同生活的父或母对子女成长教育事务的参与程度更深,实施家庭教育的方式更多样,也承担了更多的家庭教育主体责任。

(三)协议实施模式的承认

需要注意的是,尽管对父母协议的审查尺度和方式不同,在符合子女最佳利益的前提下,域外立法一般允许父母对其监护职责的行使达成协议,从而排除、限制或扩大法律赋予离异父母的某项(某些)权利或义务。例如在德国,离异父母可以通过协议将本应双方共同决定的子女居所改为由其中一方单独决定^[37]。在离异父母就子女监护另有协议的情形下,家庭教育的实施内容和手段等受限于该协议的具体规定。父母可以背离法定的单独或共同实施模式,采取更适合自己子女的家庭教育方式。

四、离异家庭家庭教育落实制度的完善

针对现有实施困境,结合域外经验,我国离异家庭家庭教育落实制度的完善应以子女最佳利益原则为指导,明确间接抚养人对子女的权利义务的配置,保障共同实施模式下离异父母各自对家庭教育的落实责任,放松单独监护与监护人资格撤销制度的绑定,扩大家庭教育单独实施模式的适用情形,并构建刚柔救济并存、相互衔接的法律责任体系。

(一)细化间接抚养人的家庭教育主体责任

1. 子女事务参与决策权

在一般的共同实施模式下,间接抚养子女的父或母主要通过参与子女事务的决策来实现其家庭教育的主体责任。期待离异父母双方如婚姻存续期间一样参与子女所有的教育事务并达成一致行使决定权能,这既不现实,也不合理。大陆法系和英美法系的代表性国家基本都对子女的事务进行区分:重要事务必须由父母双方共同决定,以防止父母一方滥用其监护权力不当排斥另一方参与子女的家庭教育,例如携子女迁移其他城市或国外、子女学校的选择;非重要的事务由直接抚养人单独决定即可,间接抚养人不享有参与决策权,以节约时间和经济成本,例如在校的课程选择,走访亲友,生活习惯礼仪以及日常学习、休息、娱乐和体育锻炼的时间安排等。在子女与父母轮流居住的特殊共同实施模式下,非重要事务的单独决定权能则在父母之间流转。我国现行法律规范零散地规定了一些非常重要的、明确要求父母双方参与并同意的子女事务。对于法律有明文规定的此类事务,自然无论父母是否离异都需要双方共同决定。例如,《民法典》第一千零九十七条规定,子女的送养应当由生父母双方共同决定,生父母一方不明或查找不到,才可单方决定送养。更为重要的是,为切实保障共同实施模式下间接抚养人行使家庭教育的权利,笔者建议立法应当明确间接抚养人对子女重要事务的参与决策权。首先,根据既有的司法实践,总结并列举若干我国离异父母容易发生纠纷、影响家庭教育

^① 参见 Re G (A Minor) (Parental Responsibility: Education) [1994] 2 FLR 964, CA.

实施的重要事务,要求离异父母共同决定,例如携带子女迁移、改变子女姓氏、有关子女切身利益的教育方式和重大医疗事宜等。其次,借鉴德国法的经验,将事务的发生频率和其对子女发展的影响力作为区分重要与不重要的兜底标准。再次,认可离异父母就子女事务参与决策权达成之协议的效力,从而父母可以根据自身具体情形,在符合子女最佳利益的前提下,对间接抚养人参与决策权的范围进行扩张或缩小,或者对权利的行使方式进行合理安排。最后,当父母就是否属于重要事务或者就重要事务的决定产生争议时,明确由法院根据子女最佳利益原则判定事务的重要性,并判定有争议的重要事项之最终决定权的归属。

2. 知情权

在共同实施模式下,间接抚养人的知情权能够保障其家庭教育职责的有效履行。如果对子女成长过程中的身体健康、心理波动、学习等个人基本状况,间接抚养人毫不知情,其很可能无法及时知晓并参与涉及子女相关事宜的决定,或者无法作出最符合子女利益的决策,更谈不上履行家庭教育职责。此外,知情权的行使也能约束直接抚养人的行为,防止其滥用子女事务单独决策权。因此,有必要针对间接抚养人的知情权提供细化的指引:一方面,就子女的重要事务,应当对直接抚养子女的一方父母施加通知另一方的义务;另一方面,应当赋予间接抚养人一般询问权,另一方负有答复告知的义务,除非告知将有违子女的最佳利益。

3. 探望权

探望权是为了保持父母与子女的联系和交往,探望权的行使也往往是间接抚养人向子女直接进行家庭教育的时机。我国立法赋予了间接抚养人探望子女的权利,明确了权利的行使条件和中止等事宜,但仍存在完善空间。一方面,如《儿童权利公约》第九条所要求的,立法应明确子女拥有与父母保持联络交往的权利。探望不仅仅是父母的权利,更是父母的义务。将探望仅定性为父母权利是对子女最佳利益的背离,为间接抚养人推卸家庭教育职责的履行提供了借口,不利于强化父母实施家庭教育的责任意识。因此,间接抚养人应该承担与子女保持交往的义务,让子女有权获得父母双方的培育、引导和影响。另一方面,《民法典》将“不利于子女身心健康”设置为中止探望的法定事由。这种概括性的立法缺乏可操作性,容易导致司法恣意^[38-39]。鉴于与父母交往联系通常符合子女最佳利益,应当将中止探望的事由严格限定在探望给子女带来的伤害程度超出子女对与父母保持持续联系的需要的情形。在探望可能对家庭教育带来不利影响的其他情形下,可以采取限制探望时间和地点、在另一方父母或中立机构人员陪伴和监督下行使探望权等更适当、均衡的执行方式。

(二)拓展单独实施模式的适用范围

离异父母双方继续共同合作教育子女,固然可以减少婚姻破裂给子女生活和心理带来的改变和伤害,但如果存在离异父母仍长期处于激烈冲突等不利于双方合作的情形,由其中一方掌控家庭教育则更符合子女的最佳利益。我国立法一直坚持以共同监护为原则、单独监护为例外的双轨制,认可了离异父母单独或共同实施家庭教育的两种模式,只是将单方负责家庭教育的前提与监护人资格撤销制度进行深度绑定。单独监护的例外授予不应局限于犯罪、虐待等严重侵犯子女利益导致监护人资格可被撤销的情形。父母一方明显不适宜履行监护职责或父母双方不适合共同监护子女的其他情形也应该引起单独监护的授予,让其中一方单方负责家庭教育的实施。例如,父母一方不愿履行监护职责、准备或者已经移居国外,双方处于敌对冲突状态(尤其是一方对另一方存在家庭暴力)、无法沟通合作。

笔者建议,我国立法应该将单独监护制度与监护人资格撤销制度解绑,拓展父母单方负责家庭教育实施这一模式的适用范围,并充实其适用规则。首先,明确单独监护的启动程序及授予标准。单独监护的申请由离异父母一方主动提出,法院依据子女最佳利益原则判定是否批

准以及授予何方行使单独监护。鉴于我国在确定已满八周岁子女的直接抚养人时已经形成了尊重子女真实意愿的立法理念、司法环境和社会基础,为避免过多的单独监护申请给法院造成太大压力,可以借鉴德国经验^①规定,在父母双方同意且已满八周岁子女未提出异议的情况下,单独监护的申请必须予以批准。其次,赋予不行使监护职责的一方父母享有与间接抚养人同样的知情权。不行使监护职责并不一定意味着该方父母不关心爱护子女,完全对子女的教育放手。通过施加通知子女重大事务决策以及答复对方询问的义务,可以对单独实施家庭教育的一方父母形成有效监督,及时发现其行为的不妥并采取相应措施避免给子女造成或加剧伤害。最后,扩展探望权制度的适用主体,认可不行使监护职责的一方父母享有探望子女的权利和义务。由于与父母维持交往联系被推定为对子女有益,父母探望子女的权利和义务在满足符合子女最佳利益的前提下应独立存在,不受监护履行状况的影响^[40]。因此,有必要突破现行探望权制度仅适用于间接抚养人的局限,促进并规范不行使监护职责的一方父母与子女的交流互动,保留其有限的直接实施家庭教育的机会^[41]。

(三)构建刚柔衔接的法律责任体系

针对离异父母一方不当阻碍另一方实施家庭教育的行为,目前的法律责任仅限于对妨碍民事诉讼可采取的刚性强制措施,无法解决现实中“紫丝带妈妈”的问题。《家庭教育促进法》的一大亮点是通过更温和的家庭教育(指导)令,对情节严重程度更轻的不正确家庭教育行为进行有限度的干预,明确了法律责任层次。笔者建议,可以将阻挠探望权、直接抚养权行使的行为明确视为阻碍家庭教育、侵犯子女合法权益的行为,先向阻碍者施加柔性法律责任,充分发挥国家和社会的协助、教育功能。根据《家庭教育促进法》第四十八条和第四十九条的规定,两委会、学校等机构可以批评教育、劝诫制止以及督促协助拒不执行判决之人接受家庭教育指导,公安机关、检察院和法院也可以予以训诫和责令其接受家庭教育指导。在上述说服教育的法律责任无效时,法院必须摒弃对强制执行判决的抵触心理,果断采取拘留、罚款或刑事处罚等刚性制裁措施,直至家庭教育实施的不当阻碍被移除。此外,有必要对阻挠探望权、直接抚养权行使的一方父母及其近亲属施加民事责任,使其对给另一方父母造成的物质和精神损害承担赔偿责任,从而迫使其履行协助义务。

结语:家庭是未成年人成长最重要的环境,也是其“人生的第一所学校”。家庭教育既是关乎家庭幸福的私事,也是关乎国家和民族命运的国事。《家庭教育促进法》的颁布和实施把家事上升到国事,从家庭责任、国家支持、社会协同三个维度构建了推进家庭教育的法治基础,对于我国家庭教育事业具有里程碑式的意义。尽管立法明确了父母实施家庭教育的首要主体责任,承认双方对其子女享有平等的权利义务,但面对日益增长的离婚率,《家庭教育促进法》及其他相关法律却未能很好地回应婚姻解体导致原本父母共同、平等实施家庭教育的结构发生变化的问题,给家庭教育实施带来了不利影响。为保障未成年人的健康成长和全面发展,在考察域外单独实施、共同实施和协议实施三种模式的经验基础上,建议我国离异家庭家庭教育落实制度的完善应该通过如下路径进行:就共同实施模式,明确间接抚养人的重要事务参与决策权和知情权,厘清其探望权的性质、中止和执行,允许离异父母通过协议另行安排,以压实间接抚养人的具体家庭教育职责;就单独实施模式,解除模式启动前提与监护人资格撤销制度的绑定,赋予不行使监护职责的一方父母知情权和探望权,以扩大单独实施模式的范围并充实其规则;就不正当的家庭教育行为,构建层次分明、相互衔接的法律责任体系,在柔性法律责任未能发挥作用时对不当行为者予以刚性强力制裁。

^① 根据《德国民法典》第1671条第1款的规定,父母一方提出单独监护申请的,在另一方同意且无已满十四岁子女提出异议的情况下,该项申请必须予以批准,家事法院无须再审查该申请是否符合子女最佳利益。

[参 考 文 献]

- [1] 罗 爽:《我国家庭教育立法的基本框架及其配套制度设计》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》,2018年第1期。
- [2] 刘 丽 邵 彤:《我国家庭教育地方立法的经验与不足——兼评〈中华人民共和国家庭教育法(草案)〉》,载《湖南师范大学教育科学学报》,2021年第3期。
- [3] 叶 强:《论国家对家庭教育的介入》,北京:北京大学出版社2018年版,第18页。
- [4] 姚建龙:《从子女到家庭:再论家庭教育立法》,载《中国教育学刊》,2018年第9期。
- [5] 《2020年民政事业发展统计公报》,http://images3.mca.gov.cn/www2017/file/202109/1631265147970.pdf
- [6] 陈思琴:《离婚后亲子关系法律制度研究》,北京:中国社会科学出版社2011年版,第49-53、59-60页。
- [7][8] 夏江皓:《父母离婚后对子女的监护问题探究——以民法典婚姻家庭编具体制度构建为目标》,载《北京社会科学》,2019年第8期。
- [9] 孙若军:《父母离婚后的子女监护问题研究》,载《法学家》,2005年第6期。
- [10] 刘征峰:《被忽视的差异——〈民法总则(草案)〉“大小监护”立法模式之争的盲区》,载《现代法学》,2017年第1期。
- [11] 文露敏 李和风:《紫色丝带缠绕的心结》,载《中国青年报》,2020年11月4日。
- [12] 于东辉:《我国探视权法律制度研究》,载《山东社会科学》,2009年第7期。
- [13] 娄必县:《论未成年子女探望权的执行——以儿童福利为中心》,载《青少年犯罪问题》,2015年第1期。
- [14] 谭佐财:《“依法带娃”:家庭教育令的法律实现》,载《兰州学刊》,2022年第10期。
- [15] 张雪泓:《依法训诫监护人并制发指导令 北京检方探索涉案未成年人家庭教育指导新机制》,载《法治日报》,2022年1月6日。
- [16] 苏有鹏 余安迪:《首份家庭教育令发出,“依法带娃”从梦想照进现实》,载《云南教育(视界综合版)》,2022年第1期。
- [17] 夏吟兰:《民法典未成年人监护立法体例辩思》,载《法学家》,2018年第4期。
- [18] 陈 苇 李 艳:《中国民法典之监护制度立法体系构建研究》,载《西南政法大学学报》,2017年第2期。
- [19] 贾一曦:《论亲权制度法的基本价值》,载《学习与探索》,2018年第5期。
- [20] June Carbone. Child Custody and the Best Interests of Children —— A Review of From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States, Family Law Quarterly, 1995, (29).
- [21] Sarah Abramowicz. Note: English Child Custody Law, 1660 - 1839: The Origins of Judicial Intervention in Paternal Custody, Columbia Law Review, 1999, (99).
- [22] 张鸿巍 侯 棋:《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》,载《中国青年社会科学》,2022年第2期。
- [23] 威廉·布莱克斯通:《英国法释义》,游云庭 缪 苗译,上海:上海人民出版社2006年版,第505页。
- [24] Ramsay Laing Klaff. The Tender Years Doctrine: A Defense, California Law Review, 1982, (2).
- [25] Jo - Ellen Paradise. The Disparity Between Men and Women in Custody Disputes: Is Joint Custody the Answer to Everyone's Problems?, St. John's Law Review, 1998, (72).
- [26][32] Edward Poll. The Evolution of Joint Custody, Conciliation Courts Review, 1981, (2).
- [27] Sheila Schwartz. Toward a Presumption of Joint Custody, Family Law Quarterly, 1984, (2).
- [28] Judith Wallerstein, Joan Kelly. Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce, New York: Basic Books, 1996, p. 215, pp. 310 - 316.
- [29][34][35] Angela Marie Caulley. Equal Isn't always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations, Boston University Public Interest Law Journal, 2018, (27).
- [30] David Duff, Roxanne Mykitiuk. Parental Separation and the Child Custody Decision: Toward a Reconception, University of Toronto Faculty of Law Review, 1989, (47).
- [31][33] Margare Brinig, F. Buckley. Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, Indiana Law Journal, 1998, (73).
- [36] N. Lowe. The Allocation of Parental Rights and Responsibilities —— The Position in England and Wales, Family Law Quarterly, 2005, (39).
- [37] Nina Dethloff. Parental Rights and Responsibilities in Germany, Family Law Quarterly, 2005, (39).
- [38] 丁美君:《我国探望权制度浅析》,载《求实》,2013年第1期。
- [39] 司 丹:《探望权:法律审视与制度重构》,载《黑龙江社会科学》,2015年第5期。
- [40] 余延满:《亲属法原论》,北京:法律出版社2007年版,第467页。
- [41] 谢其生:《探望权制度的反思与完善——监护权撤销与恢复引发的思考》,载《常州工学院学报(社科版)》,2017年第4期。

(责任编辑:崔 伟)