

# 论我国儿童最大利益原则规定与裁判的缺失与修正

## ——以离婚后未成年子女的抚养和探望为例

雷春红

(浙江工业大学之江学院, 浙江绍兴, 312030)

**摘要:**我国现行立法关于离婚后未成年子女抚养的许多规定,体现的仍是父母本位的思想,“直接抚养”的规定实际上创设了父母的权利。探望权的主体仅限于父母,这也是从父母利益角度出发做出的规定。儿童是独立的个体,顺应国际上亲子本位的立法趋势,宜在我国民法典中规定儿童最大利益原则,将父母离婚后由谁“直接抚养”子女改为父母离婚后子女与谁“共同居住”更合适。有独立表达能力的未成年子女的意愿是裁判的重要依据,而不只是参考。由家事调查官调查当事人的各方面情况,撰写报告,作为法院裁决的事实依据。将“探望权”修改为“交往权”,未成年子女和不与其共同居住的一方父(母)是交往权的主体。以子女利益为本,构建独立的家事审判机制,推进家事审判的社会化,多部门联动共同破解“执行难”。

**关键词:**儿童最大利益;共同居住;交往权;子女利益

### 前言

近年来,我国离婚率持续上升,离婚产生诸多的法律后果,包括夫妻人身关系的终止、夫妻共同财产的分割、共同债务的认定与偿还、离婚救济、未成年子女的抚养与探望等。其中,离婚父母争夺未成年子女抚养权的矛盾和纠纷越发激烈,这一方面归因于相关法律规定过于概括、简略和滞后;另一方面也反映出司法审判中存在诸多亟待解决的问题。法学界和社会公众更多地关注“离婚了,房子怎么分”,而对“离婚了,孩子怎么养”的研究和关注相对较少。本文以父母离婚后未成年子女的抚养和探望为例,主张我国顺应国际上以子女为本位的亲子法发展趋势,在中国《民法典·婚姻家庭编》中明确规定儿童最大利益原则或子女利益优先原则,以此为基础,借鉴域外立法和司法经验,修改和完善我国相关法律规定,优化司法裁判机制,有效应对和解决父母离婚产生的未成年子女权益保护缺失的问题。

### 一、儿童最大利益原则国内外立法概况

关爱和保护儿童是人类文明进步的体现,儿童不再是客体,而是自出生即具有民事主体资格的独立的个体。但儿童的心理、智力、体力无法与成年人相同,不具有完全民事行为能力,他(她)们是弱者,需要成年人给予特殊的照顾和保护。1959年《儿童权利宣言》将“最大利益原则”确立为保护儿童权利的一项国际性指导原则。1989年《儿童权利公约》第3条第1款明确规定:“关于儿童的一切行为,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。”此规定对于确立儿童最大利益原则具有里程碑意义。

现今家庭的基础不再是家父和婚姻,而是以子女为纽带的父母子女关系,父母子女关系的立法经历了从“家族本位”到“父母本位”再到“亲子本位”的发展过程。许多国家的家庭法确立了儿童最大利益原则,例如《德国民法典》的子女最佳利益原则、英国《1989年儿童法》的儿童福利原则、澳大利亚《家庭法》(1995年修订)的儿童最大利益原则等,并以此为基础修改和构建亲子关系法律制度。德国法废除了“非婚生子女”称谓,把亲权修

改为父母照顾权；法国法上，虽然父母对未成年子女的权利和义务仍称为亲权，但具体内容偏向于父母的责任；英国《1989年儿童法》引入“父母责任”，父母与未成年子女关系由“权利”转化为“责任”。而且，家庭不再是私人的神圣机构，亲子关系不完全属于私法调整的范围，国家公权力适度介入家庭，支持和监管父母权利的行使，保护子女利益的法律规定日益完善和细化。

1992年《儿童权利公约》在我国生效。但是，我国婚姻法并没有明确规定儿童最大利益原则，或未成年子女利益优先原则。《中华人民共和国婚姻法修正案》（以下简称《婚姻法修正案》）第二条第二款规定：“保护妇女、儿童和老人的合法权益。”1993年《最高人民法院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》（以下简称《抚养意见》）规定：人民法院审理离婚案件，对子女抚养问题“应有利于未成年子女的身心健康、有利于保护子女利益”。这些规定并没有体现子女利益优先、儿童利益最大化。

儿童最大利益原则只是一项保护儿童权益的纲领性原则，没有确定的标准和具体的规定。各国社会政治、文化传统不同，对儿童最大利益的理解不统一；各国社会经济发展水平不同，儿童最大利益的实现和保障程度也相差悬殊。与西方发达国家相比，我国婚姻家庭法对未成年子女利益保护的规定仍存在较大的差距。再者，这是成年人制定与执行的法律和规则，在很多情况下，法律制定者和执法者都会从成年人的角度来衡量和决策。正如学者所言：“儿童最大利益原则是由成年人来演绎和解释，会以自己的认知标准来衡量。”<sup>1</sup>我国几千年封建家长制思想根深蒂固，不仅立法尚有缺失，司法实践中，法官的认知水平、社会阅历、家庭背景和个人经历等都会影响其对儿童利益最大化的理解和判断。

## 二、离婚诉讼未成年子女抚养权判定中儿童利益最大化的缺失与修正

### （一）缺失的具体情况

我国在父母亲离婚纠纷案件中一并处理未成年子女的抚养权问题，未成年子女的抚养与父母亲的情感纠葛、财产分割、债务承担等一系列复杂的离婚问题混在一起，其重要性被忽略了，处理往往流于形式。在立法上，父母离婚未成年子女抚养权纠纷的法律依据除了《婚姻法修正案》第三十六条和第三十七条概括性的规定外，只有1993年最高院的《抚养意见》。《抚养意见》的有些规定是从父母利益的角度出发的，例如根据《抚养意见》第三条，对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；无其他子女，而另一方有其他子女的。此规定因以父母利益为本位而饱受批评。

《抚养意见》的规定过于原则、简单，时隔20多年，明显滞后。司法审判中，虽然判决书都写着从“有利于未成年子女的身心健康、有利于保护子女利益”的原则出发做出判决，但无论是案件的审理过程，还是案件的判决结果，都存在实现儿童利益最大化的诸多缺失，具体而言：

#### 1. 着重于父母经济条件的对比，忽略责任心、养育付出和品格影响等因素

离婚案件审理过程中，为争夺到未成年子女的抚养权，双方当事人都使尽一切方法展示自己的收入、工资水平、财产状况等，法官也主要询问这些客观情况，以此作为判决的主要依据。在很多情况下，当事人放弃请求对方支付抚养费，以表示自己有足够的经济能力。实际上，父母亲的经济条件只是保障未成年子女利益的其中一个方面。《抚养意见》颁布于1993年，我国经济发展水平不高，着眼于父母亲是否有足够的经济能力抚育未成年子女。

现今，人们生活水平普遍提高的情况下，未成年子女的生活抚养已不是大问题，更重要的是父母亲的陪伴、教导和品德的培养，这却是相当多的父母亲所忽略或无法做到的。而且，父母亲的责任心、养育付出、品格影响和生活习惯等因素需要细致考察、深入调查、多方面了解情况才能加以评估，在案件量大，审限紧的情况下，法官已无暇顾及。即使庭审中当事人及其代理律师有所展示和反映，但只是记入庭审笔录，仅供参考。为了尽快结案，大部分判决书不具体阐述理由，以套话或笼统提及“综合考虑双方情况”，做出判决。有些判决书则写“暂由某某抚养”，使用“暂由”一词模糊态度。这样的审判效果不佳，欠缺说服力，不利于日后抚养和探望的执行，也会引发更多的矛盾和纠纷。

#### 2. 未成年子女的意见只是参考，对判决的影响力法官认识不一

《抚养意见》第五条规定：“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。”“考虑”一词，就表示未成年子女的意见只是参考，其作用力有多大，法官的理解大相径庭。很多情况下，法官询问未成年子女意见流于形式。子女的意见被成年人的经济能力、家族利益、社会传统观念等因素所淹没。而且，考虑子女意见的前提是父母对未成年子女随父或随母生活发生争执，如果双方的意见一致就不需要询问孩子的意见，即使父母的决定是孩子所不愿意接受的，或者并不是最有利于其健康成长方案。

此外，《民法总则》第十九条规定了限制民事行为能力人的年龄是八至十八周岁，《抚养意见》第5条规定的十周岁是与原先的《中华人民共和国民法通则》的规定一致，而现在《民法总则》已生效施行，与之对应的应该是八周岁。但法官对此理解不一，有些仍按原来的规定处理，对于十周岁以下的未成年人，不询问其意见；有些则能从法的时间效力、位阶效力理解，询问八周岁以上未成年子女的意见。

#### 3. 受“子留夫家”、“传宗接代”的传统观念影响较大

许多当事人“重男轻女”、“子留夫家”的传统观念根深蒂固，受“传宗接代”思想的影响，总希望将子女留在男方家中。尤其是男孩，被视为家族香火的延续，无论如何都要留在本姓家中。在有些当事人看来，如果男孩的抚养权判归女方，女方就会带着孩子离开，改嫁他人的话，孩子就成为别人家的，自家的香火就没法延续了。因而，不仅男方自己，男方的父母亲，甚至兄弟姐妹都参与其中，竭力争夺男孩的抚养权。有些地方法院的法官也受此观念的影响，欠缺社会性别意识，带有主观倾向地支持男方，劝说女方放弃抚养权。而这些都是从成年人角度考虑，并不是基于未成年子女利益做出的裁决。

#### 4. 祖辈参与抚养的因素考虑过多

我国隔代抚养或者祖辈参与抚养未成年子女的情况较为普遍，当事人离婚时，常以自己的父母亲帮忙照顾、抚养未成年子女作为争夺孩子抚养权的筹码。《抚养意见》第四条规定：“父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。”此规定适用的前提之一是：“子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年”，但在司法实践中却被扩张解释，祖父母或外祖父母帮忙照顾子女成为父亲或母亲一方取得孩子抚养权的优先条件。父母亲才是未成年子女的第一责任人，隔代抚养的弊病颇多，以此作为判决孩子抚养权归属的优先条件，也不是儿童最大利益原则的体现。如果父亲或母亲一方平时对孩子不闻不问，却因为祖辈的帮

助而“抢”到了抚养权，这样的判决在抚养责任的导向上是有问题的，在一定程度上助长了“经济啃老”、“家务啃老”的不良思想和行为，把本应由父母亲承担的抚养责任推给了祖辈，相当于限制和剥夺了负责任的父亲或母亲一方的直接抚养权。

#### 5. 确定给付的抚养费数额较低，不支付抚养费的情形较多

在双方都争取抚养权的情况下，一方为展示自己的经济实力和抚养能力，主张自己承担子女全部费用，或向对方主张数额较低的抚养费。对此，法官往往基于当事人的意愿做出判决，也不释明将来孩子大额的教育费、医疗费等支出双方应如何承担。这对于直接抚养子女一方收入不高的情况下，难以满足未成年子女的实际需要，不利于其健康成长。

#### 6. 很少采轮流抚养的方式

父母对孩子是利他主义的，绝大多数父母亲都爱自己的孩子，为孩子付出。而孩子也不愿离开父母亲，希望与父母亲共同生活。所以，父母离异后，条件允许的情况下，轮流抚养子女是一个有利于子女健康成长的方式。《抚养意见》第六条规定：“在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可予准许。”将轮流抚养子女限定在父母双方协议的基础上，若达不成协议，法官不能判决父母双方轮流抚养，即使条件允许，例如，父母离婚后双方居住的地方相隔不远。在一起离婚案件中，双方当事人起初协商一致轮流抚养未成年子女，但后来女方反悔，要求自己直接抚养，男方不同意，坚持双方轮流抚养。法官却不判决双方轮流抚养，而是要将孩子的抚养权判归其中一方。这不仅增加了当事人间的矛盾和对抗，而且也不是从未成年子女的最大利益出发做出裁决的。

#### 7. 在离婚父母亲间分配多子女的抚养权

父母亲离婚，若有两个或两个以上子女的，法院大多从父母亲角度出发，考虑需有子女的陪伴，将子女各判归一方抚养。而且，一般是男孩归父亲抚养，女孩归母亲抚养。即使父亲一方有赌博恶习，也是如此处理。<sup>2</sup>这就没有考虑兄弟姐妹长期共同生活一起，因父母亲离婚而被拆分开，对此给子女造成的情感疏远和心理负面影响。

### （二）修正建议：以“共同居住”代替“直接抚养”

我国民法典制定过程中，确立儿童最大利益原则的呼声很高，但《民法典·婚姻家庭编（草案）》并没有加以规定，其中第八百六十一条关于父母离婚后未成年子女抚养权的规定仍然是原则性的，过于简单。可见，民法典出台后，《抚养意见》仍具有法律效力，是法官判案的重要法律依据。因而，我国关于此问题的立法仍带有以父母利益为本位的色彩。

笔者认为，父母离婚判定未成年子女直接抚养权的归属是问题的症结所在，从法理而言，这是不严谨的，即使父母亲离婚了，双方都有抚养子女的权利和义务。将之称为未成年子女的直接抚养权，加上“直接”二字也不恰当。抚养的内容是多方面、综合性的，包括经济供给、生活照顾、教育保护、精神抚慰等等，这些无所谓直接与间接区分之说。值得一提的是，即使《婚姻法修正案》第三十六条采“直接抚养”取代了原先1980年《婚姻法》第二十九条第一款的“抚养”一词，但最高人民法院《民事案件案由规定》（2011年修订）第18项采的是“抚养纠纷”，包括：（1）抚养费纠纷；（2）变更抚养关系纠纷，并不是“变更直接抚养关系纠纷”。司法审判中，诸多判决书用词是“某某取得某某的抚养权”、“某某由某某抚养”等。父母离婚、家庭重组，应该判定的是未成年子女与哪方共同居住生活更合适，更有利于其健康成长。在离婚的父母亲之间判定未成年子女抚养权的归属，是以父母为本位的体现，已不符合国际上保护儿童利益，以子女为本位的立法发展趋势。

## 1. 国外立法规定

英国《1989 年儿童法》实施以前，法院裁决离婚父亲或母亲（主要是母亲）一方享有监护权，另一方享有探视权。但这种做法批评，因为监护权实质上是创设了父母的权利，造成离婚的父母争夺监护权，反而伤害孩子。《1989 年儿童法》第 8 条引入居住令，取代监护令。法院制作出指令，安排子女与父亲或母亲一方共同居住，并不裁决哪方父母对子女享有更大的权利。根据《1989 年儿童法》第 1 条的规定，法院在考虑是否签发、变更或撤销居住令时，须依据子女幸福清单。在子女幸福清单需要考量的各个因素中，非常强调儿童的真实意愿和情感，综合考虑儿童的年龄、性别、家庭背景及相关的性格特征等，由其表达希望与哪一方共同生活。<sup>3</sup>根据英国《1996 年家庭法》第 11 条的规定，凡离婚令或分居令诉讼，法院均应当考虑下列情形：（a）家庭是否有子女应适用本条规定；（b）家庭中有子女应适用本条规定的，法院是否行使《1989 年儿童法》赋予的所有权力，以维护有关子女的利益（视已作出的或将要作出的有关子女抚养及利益安排而定）。在决定案情需要或可能需要法院行使《1989 年儿童法》所赋予的所有权力以维护有关子女的利益时，法院应以子女利益为首要考量。<sup>4</sup>

法国在很长一段时间，法律规定父母离婚后，孩子委托给父亲或母亲一方以确保对孩子统一的指导和保护。法官应父母的要求，大约有 85% 的案件孩子被委托给母亲，这增加了父亲角色的分裂。而现行法律以儿童最大利益原则为导向，保持孩子与父亲和母亲的个人联系，不管发生什么，父母仍然是父母，他们必须履行他们的职责。只有在特殊情况下，亲权才由父母一方行使或委托给第三方。<sup>5</sup>对于父母离婚后子女与谁居住的问题，根据《法国民法典》第 373—2—9 条的规定，子女的居所可以交替确定在父母各方的住所，或者确定在其中一方的住所。应父母之一的请求，或者在父母双方就子女的居所方式达不成协议的情况下，法官可以暂时命令居所交替并确定交替的时间。在规定暂时交替居所的时间终止时，法官最终确定子女在父母各方的住所交替居住，或者仅在其中一人的住所居住。根据该法典第 373—2—11 条的规定，法官在就行使亲权的方式作出宣告时，注重未成年子女的意见，考虑对未成年子女意见的社会调查与再调查所收集到的各种情况。<sup>6</sup>

在德国，1977 年《离婚改革法》规定，关于未成年子女的照顾权问题，在离婚诉讼中法院必须依职权对此予以裁判，在离婚时，父母照顾通常托付给一方父母。1980 年《照顾权改革法》强化了这一规则。1982 年，联邦宪法法院却宣布这一规则违反宪法，并且认为，只要在离婚时父母双方都愿意共同履行父母照顾，就应该允许。1998 年 7 月 1 日颁布的《子女权利改革法》完成立法改革，其目的在于避免父母离婚时对子女的争夺，并且让双方都成为子女的照顾人。<sup>7</sup>《德国民法典》在父母照顾中明确规定子女最佳利益原则。根据《德国民法典》第 1687 条的规定，父母长期分居的，对子女有重大意义的事务，父母相互的一致意见是必要的。而对于日常生活事务的决定，经父母另一方允许或基于法院裁判而与子女同住的父母一方可以单独做出决定，但这样做对于子女最佳利益是必要的为前提。<sup>8</sup>

## 2. 我国的借鉴与修正规定

我国《婚姻法修正案》第三十六条第一、二款规定：“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。”但离婚后，子女直接抚养权归属的规定与裁判，不仅在提法上给人以取得直接抚养权的父母一方才能得到孩子的印象，而且实际上也是创设了

父母亲的权利。离婚案件中，法官裁决子女直接抚养权的归属，却不处理另一方探望权的实现，这更加使当事人觉得不能争取到直接抚养权就意味着失去孩子，进而增加了争夺子女的矛盾和纠纷，甚至产生极端的行为和严重的后果。笔者认为，宜借鉴国外立法经验，尤其是英国的规定，摒弃“直接抚养”的提法，规定：“父母离婚时，由双方协商子女与哪方共同居住。不能达成协议的，由人民法院根据儿童最大利益原则，判决子女与父亲或母亲一方共同居住。”

同时，规定法院判决子女与父亲或母亲哪方共同居住的考量因素。《抚养意见》颁布于1993年，当时我国人们的物质生活水平低，注重考虑父母亲的抚养条件和经济负担能力。而今，子女的物质生活需求已不紧缺，但欠缺的是父母对孩子的陪伴、关爱、责任心和时间、精力的付出。可参照英国幸福清单的规定，强调子女的心理、意愿和情感因素，规定8周岁以上的未成年子女与谁共同生活，应征求其意见，作为裁判的重要依据，而不只是“考虑”。法官在案件审理过程中，有必要仔细了解当事人的家庭情况、品德、性格和责任心等，可将此项工作交给社会工作者，由其在充分调查的基础上撰写报告，作为法院判决子女与哪方父母共同居住的重要依据。对此，我国台湾地区的立法和实践值得借鉴，法院考察之方式除了依职权的调查外，更多依赖于社工调查报告。根据2013年新修订的台湾地区“民法”第1055条之1的规定，法院除参考社工调查报告外，还可参考家事调查官之调查报告，并得依嘱托警察机关、税捐机关、金融机构、学校及其他有关机关、团体或具有相关专业知识的适当人士就特定事项调查之结果对子女最佳利益进行认定。<sup>9</sup>

从《法国民法典》关于父母离婚后子女居所确定的规定来看，注重子女在父母各方的住所交替居住的方式。以此为鉴，离婚的父母都要求与子女共同居住，而已能清晰表达自己意愿的未成年子女并不明确与哪方共同居住时，如果双方居住的地点在同一城市，且相隔不远，则尽可能采在父母各方的住所交替居住方式。这一方面有利于减少离婚父母的敌对和纷争，另一方面也是基于子女对父母亲的情感需求，满足其保全父爱和母爱的愿望。法官在调解时尽量引导父母双方达成住所交替居住的协议，如果不能达成协议的，也可以直接判决，不必以双方同意为条件。

此外，就与子女共同居住的父母一方的决定权问题，宜借鉴《德国民法典》做出以下规定：“与子女共同居住的父母一方，有权就子女的日常生活事务作出决定。对于与子女利益有关的重大事项，必须经父母双方共同协商决定。”这点往往被忽略了，在某个案件中，享有未成年子女直接抚养权的母亲，在未告知孩子父亲的情况下，将其与孩子共有的房产变卖，所得价款用于抵偿自己的债务。对于该买卖合同的效力，法院认识不一致。虽然对于哪些属于“与子女利益有关的重大事项”没有统一的标准，但如此规定可以为法院裁判提供依据。此案件中，母亲的行为显然损害了未成年子女的利益，这就是与子女利益有关的重大事项。在未经得父亲同意的情况下，母亲变卖孩子房产份额的行为，应被认定为无效。以此立法为导向，涉及未成年子女的不动产的处分，须由父母双方的共同决定，而且以为了未成年子女利益为必要。

### 三、探望权的规定与裁判中儿童最大利益的缺失与修正

#### （一）缺失的具体情况

《婚姻法修正案》第三十八条第一款规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”这是2001年修订婚姻法时增加规定的，是立法

的进步。但是，也存在着不少问题，只规定探望子女是父母亲的权利，没有规定这也是父母亲的一项义务。离婚后，有些不与子女共同生活的父亲或母亲长期不来探望自己的孩子，不仅与孩子的感情疏远，也对其身心健康产生不良的影响。子女要求其父亲或母亲来探望，履行义务，却没有法律依据。同时，法律没有规定未成年子女是探望权的主体。也就是说，未成年子女若受到人为的阻碍，不能见到不与其共同生活的父亲或母亲，法律没有赋予他（她）主张和行使探望父亲或母亲的权利。对于长期不来探望自己的父亲或母亲，未成年子女也没有法律依据向其请求履行探望的义务。可见，这是现行法律关于儿童最大利益实现规定的缺失。

由于现行法律将探望权规定为仅是父母亲的权利，在当事人没有主张的情况下，根据“不告不理”原则，法院不依职权处理。因而，司法实践中，离婚案件基本上不解决探望权问题。据调查，“在判决离婚的 128 件案件中，没有一件判决书明确父母一方对子女探望权的行使。这说明，这些被调查案件中绝大多数的离婚父母以及办案法官都忽视了未与子女共同生活的离婚父母一方对子女探望权之行使问题，导致我国的探望权制度成为一纸空文。”<sup>10</sup>离婚案件中，双方当事人为了争夺未成年子女的抚养权，极力展示自己的优势和条件，不谈及如果子女不能与自己共同生活时探望权如何行使的问题，因为这对于争夺孩子直接抚养权的当事人来说，几乎是不可接受的事实。而有些当事人即使对自己无法争取到抚养权有所预知，但对以后如果自己探望孩子受阻，如何救济没有想法，或者并不知道自己享有探望权以及该权利如何行使和实现。

离婚案件审理结束后，不与未成年子女共同生活的父亲或母亲一方，在探望孩子受阻时，又要重新起诉，待法院处理，这无疑增加了诉累。案件审理时限长，即使胜诉，对方不配合还要申请强制执行和等待，存在执行难。这也是离婚当事人为什么以极端方式拼抢孩子，争夺孩子抚养权的主要原因之一。在离婚的父母亲看来，法院将抚养权判归一方，另一方就没办法见到孩子了，这种“骨肉分离”是最无法承受的。由此可见，目前司法审判主要还是从成年人的角度出发，孩子是父母亲的精神寄托，满足父母亲的情感需求，没有充分考虑未成年子女的感受和权益。

## （二）立法与司法的修正建议

### 1. 国外立法规定

英国《1989 年儿童法》废除了“探视权”概念，取而代之的是“交往权”概念。交往权的主体是子女和包括不与其共同居住的父亲或母亲等其他人员，交往的内容不限于见面，还包括通信、通话等方式接触。当交往权受阻时，可向法院申请“交往令”。根据《1989 年儿童法》第 8 条的规定，“交往令”是指要求已经与或将与儿童一起生活的人允许儿童拜访该命令中指明的人，或者与命令指定之人暂住在一起，或允许该人与儿童以其他方式接触的命令。<sup>11</sup>

在法国，法院在确定父母离婚后未成年子女的住所的同时，解决探望权问题。《法国民法典》第 373-2-9 条第 3 款规定：“如子女的居所固定在父母中一方的住所，家事法官对另一方的探望权作出裁判；在子女的利益有必要时，可以在专门指定的场所行使探望权。”

<sup>12</sup> 法国设立了离婚后的子女探望中心，解决在父母关系极度冲突的情况下，子女探望权执行难的问题。这些中心是非营利性的，以协会的方式组织，由心理学家、社会学工作者、治疗专家、家庭顾问等组成。<sup>13</sup>《法国民法典》第 373-2-10 条还规定，法官应努力对当事人进

行调解、解决争议。在双方当事人同意的情况下，指定一名家事调解员。法官可以命令双方当事人与家事调解员见面，家事调解员告知调解的目的以及如何进行调解。<sup>14</sup>

《德国民法典》规定，交往权是父母与子女都享有的权利。该法典第 1684 条规定：（1）子女有与父母任何一方交往的权利；父母任何一方有义务并有权与子女交往。（2）父母必须不做侵害子女同父母另一方的关系或使教育变得困难的一切。如果父母不履行义务，长期或反复侵害子女同父母另一方的关系的，家庭法院可以为进行交往而命令保佐（交往保佐）。交往保佐包括为进行交往而请求交出子女的权利以及就交往的持续时间确定其居所的权利。该项命令必须设定期限。<sup>15</sup>

## 2. 我国立法的修正与规定

从国外相关法律规定可见，法院在离婚纠纷案件中一并解决离婚后未成年子女的交往权、探望权问题，将子女的利益放在首位。子女是交往权的主体，不是被动地接受探望。法院积极地采取措施保障子女交往权、探望权的实现。

借鉴国外的立法规定，我国宜将“探望权”改为“交往权”，交往的方式包括见面、通话、视频和通信等。规定未成年子女以及不与其共同居住的父母一方是交往权的主体，与子女共同居住的父母一方有义务配合子女交往权的实现。法院应在离婚案件中一并解决交往权问题，双方当事人没有提出的，法官应予以释明，确定交往的方式、时间、地点和频次等。尽量通过调解促成当事人达成协议，增加调解工作的人力、物力投入。对不配合或阻碍子女、父母交往权实现的当事人，法院在劝解不成的情况下，及时采取强制措施。为了提高效率，从子女最佳利益出发，不以诉讼为必要，法院可以裁定形式作出“交往令”，命令相关当事人予以配合，拒不执行的，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条的规定，根据情节轻重予以罚款、拘留。情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 四、以子女利益为本，构建独立的家事案件审判机制

父母离婚后未成年子女的权益保护不到位，除了我国现行立法没有明确规定儿童最大利益原则、抚养和探望等相关法律制度不完善之外，欠缺独立的家事审判机制是重要的原因。法官既审理家事、继承案件，也审理人身损害赔偿案件、财产纠纷案件，家事案件的特殊性被忽视了，以审理财产纠纷案件的模式和套路处理家事纠纷，裁判的效果不理想。在抚养权纠纷案件中，法官的自由裁量权非常大，不论判决归谁直接抚养，一般都不会造成错案，纠错制对此类案件的作用不大。除去徇私舞弊、收受贿赂等负面因素不谈，法官在无力庭外调查、细致分析和耐心调解的情况下，庭审中律师的能力、水平、技巧成了当事人能否争取到抚养权的关键，法官处于消极、被动的状态，哪方强势，哪方获胜。探望权纠纷案件则存在执行难的问题，离婚案件审理过程中，当事人提出因长期见不到孩子要求维权，承办法官大多回应此为家庭私事，自行协商解决。可见，缺乏独立的家事审判机制，法官欠缺社会性别意识，是目前离婚后未成年子女抚养和探望纠纷裁判中存在问题的主要原因。

改革家事审判方式，构建独立的家事审判机制已势在必行。2016年5月11日，最高人民法院召开部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作视频会议，大力推进家事审判方式和工作机制改革。试点法院积极探索家事案件心理辅导干预、家事调查、婚姻冷静期、诉前调解、案后回访等制度。2017年7月19日，在中央政法委的领导和各成员单位的支持下，最高人民法院牵头建立了家事审判方式和工作机制改革联席会议制度。各高院和试点法院不断加强家事审判队伍建设，通过引入社会团体和向社会购买服务等多种方式，充实家事审判



辅助人员。<sup>16</sup>可以说，各项家事审判机制试点改革工作初见成效，但仍有很长的路要走。就离婚后子女权益保护的审判机制而言，可从以下几个方面改革和构建：

### （一）宜采职权主义为主、当事人主义为辅的诉讼模式

为了争夺子女的抚养权，当事人会挖空心思、想尽用尽各种方法，在很多情况下，往往掩盖了许多重要信息和事实。在当事人主义的诉讼模式下，法官处于消极、变动的中立地位，难以准确地做出符合子女利益最大化原则的判定。因此，建议审理抚养纠纷案件采职权主义为主、当事人主义为辅的诉讼模式。法官积极主动地查明当事人离婚前子女的抚养情况，合理预见当事人离婚后近期的生活状况，评估所做判决将对子女和双方当事人产生什么影响。同时，行使释明权，提示当事人提出探望子女的方案。对于一方为了争取到抚养权而放弃要求对方支付抚养费的情形，不宜直接判决予以支持，而应查明这样的处理是否妥当，其是否有足够的能力独自抚养，如果不妥当的，仍应判决对方支付一定的抚养费。抚养费的支付不应仅限于每个月的生活费，还需明确子女的学费、医疗费等双方共同承担以及相应的分配方案。

### （二）深化家事审判机制改革，推进家事审判社会化

在我国设立专门的家事法庭，打造专业的家事法官队伍，是法学界研讨已久的话题。近年来，人民法院也在着力打造家事审判专业化的审判机构和团队。截至2018年6月底，全国共有118家中级、基层法院参与最高人民法院确立的家事审判改革试点工作。全国超过90%的试点法院成立了专门家事审判机构，其中独立建制的家事审判庭和少年家事审判庭占70%以上。<sup>17</sup>人民法院家事审判方式和工作机制的改革有待进一步深化，试点法院家事审判机制改革的经验和成果有待在全国范围推广。

同时，需积极推进家事审判的社会化，设置家事调查官和家事调解官职位，吸纳具有心理学、社会学和医学知识背景的专业人员，协助法官全面调查离婚当事人的家庭情况、品德性情、经济能力、工作时间等因素，考察和分析哪方与未成年子女共同居住更能实现儿童利益最大化。将家事调解工作落到实处，最大限度地化解矛盾和纠纷。设立未成年子女诉讼代理人制度，可以由律师或社会工作者担任未成年子女的诉讼代理人，在离婚案件中具有独立的诉讼地位，传达未成年子女的声音。未成年子女诉讼代理人有权独立地进行调查、评估，提出和选定维护未成年子女利益的最优方案。

### （三）探索破解“执行难”的措施

民事判决、裁定执行难是我国各地法院普遍存在的问题，对于财产的强制执行已经有了比较行之有效的措施和方法。离婚后抚养案件的执行主要是抚养费的支付，可采财产的强制执行措施，但探望的执行一直缺乏有效的解决办法。如前所述，对于不配合或阻碍交往权实现的当事人，人民法院根据有关当事人或相关部门的申请，签发“交往令”，责令当事人予以配合。拒不执行的，依法处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。对于无故长期不探望孩子，不履行交往义务的当事人，同样可以采取上述措施。然而，此类案件与财产纠纷类案件相比，具有特殊之处，其牵涉当事人间的感情纠葛，关系未成年子女的身心健康。所以，须更多地耐心调解，家事调解官介入其中，发挥重要作用。人民法院通过与社工、各部门联动，共同破解父母离婚后对子女探望、交往的“执行难”。

### 结语

现今，亲子本位、儿童利益最大化已是世界各国家庭法立法的发展趋势。未成年子女

是一个独立的个体，具有民事主体资格，父母对未成年子女所负有的更多的是义务和责任，而不是权利。父母离婚，未成年子女既不是双方的包袱，也不仅仅是精神寄托，更不应被看作是家庭香火的延续。父母对未成年子女的抚养、教育义务至孩子成年（18 周岁）就终止了，除非特殊的情形。抚养权的争夺在很多情况下是成年人之间的较量，将孩子作为筹码，给对方感情上的报复，最终伤害的是无辜的孩子。孩子从出生时起就是独立的，不属于任何人，基于此，判定离婚父母哪一方对未成年子女享有抚养权是缺乏法律基础的，这实质上是创设了父母的权利。判决直接抚养权归属的同时不解决探望权问题，这对于败诉一方无疑是雪上加霜，反而增加了矛盾和冲突。

须转变观念，探求更优、更好的解决办法和途径。对于普通民众而言，要求其摒弃“重男轻女”的思想，放弃私念和情感纠葛，平等、理性地尊重孩子的意愿，非常困难，不可能在短期内实现。但对于法律职业者而言，应有责任心和信心，成为法律变革和施行的引领者。同时，大力发展我国社工服务事业，引入社工调查与和解机制，整合社会资源，共同推动家事审判改革，促进实现家庭领域儿童利益的最大化。

## 参考文献

- <sup>1</sup> 王勇民. 儿童权利保护的国际化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010:96.
- <sup>2</sup> 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[J]. 中华女子学院学报, 2016(1).
- <sup>3</sup> 蒋月等译. 英国婚姻家庭制定法选集[M]. 北京: 法律出版社, 2008:137.
- <sup>4</sup> 蒋月等译. 英国婚姻家庭制定法选集[M]. 北京: 法律出版社, 2008:235—236.
- <sup>5</sup> Hugues Fulchiron, Custody and Separated Families: The Example of French Law, Family Law Quarterly, Volume 39, Number 2, Summer 2005. p.302. 转引自: 曹贤余. 儿童最大利益原则下的亲子法研究[D]. 北京: 群众出版社, 2015:190.
- <sup>6</sup> 法国民法典[M]. 罗结珍译, 北京: 北京大学出版社, 2010:118.
- <sup>7</sup> 曹贤余. 儿童最大利益原则下的亲子法研究[D]. 北京: 群众出版社, 2015:192.
- <sup>8</sup> 德国民法典(第3版)[M]. 陈卫佐译注. 法律出版社, 2010:499.
- <sup>9</sup> 夏吟兰, 陈汉, 刘征峰. 涉台婚姻中离婚后子女抚养权、探视权保障研究[J]. 海峡法学, 2015(2).
- <sup>10</sup> 陈苇, 张庆林. 离婚诉讼中儿童抚养问题之司法实践及其改进建议——以某县法院 2011—2013 年审结离婚案件为调查对象[J]. 河北法学, 2015(1).
- <sup>11</sup> 蒋月等译. 英国婚姻家庭制定法选集[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- <sup>12</sup> 法国民法典[M]. 罗结珍译, 北京: 北京大学出版社, 2010:118.
- <sup>13</sup> 冉启玉. “儿童最大利益原则”下离婚亲子关系法的转变[A]. 夏吟兰, 龙翼飞主编. 马忆南执行主编. 家事法研究(2011 年卷)[C]. 社会科学文献出版社, 2011: 365.
- <sup>14</sup> 法国民法典[M]. 罗结珍译, 北京: 北京大学出版社, 2010:118.
- <sup>15</sup> 德国民法典(第3版)[M]. 陈卫佐译注. 法律出版社, 2010:498.
- <sup>16</sup> 孙航. 为社会建设奠基 为幸福生活护航——人民法院家事审判方式和工作机制改革综述[EB/OL]. (2018-07-20) [2019-11-01]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/07/id/3398212.shtml>.
- <sup>17</sup> 孙航. 为社会建设奠基 为幸福生活护航——人民法院家事审判方式和工作机制改革综述[EB/OL]. (2018-07-20) [2019-11-01]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/07/id/3398212.shtml>.

---

## On the Absence and Amendment of Chinese Regulation and Judgment of Children's Best Interest Principles

### --- Take the rearing and visiting of minor children after divorce as an example

Chunhong Lei

(Zhejiang College of Zhejiang University of Technology,  
Shaoxing, Zhejiang Province, 312030)

**Abstract:** Chines many current legislations about the rearing of minor children after divorce still reflect the parent-centered ideology, and the "direct rearing" provision actually creates parental rights. The subject of the right of visit is limited to parents, which is also a rule regulated from the perspective of parental interests. Child is independent individual, we should conform to the international parent-child standard legislative trend, stipulate the principle of the children's best interests in our country's civil code, and change the regulation that who will "direct rear" children to the one that with whom the children live will be more appropriate after parents divorce. The will of a minor child with independent expression ability is an important basis for refereeing, not just a reference. The family investigator investigates all aspects of the parties and writes a report as the factual basis for the court's decision. The right of visiting should be changed to the right of communication, and the minor child and the father (mother) who does not live with him are the subjects of the right of communication. Based on the interests of children, build an independent family trial mechanism, promote the socialization of family trials, and multi-sectoral cooperate to solve the "difficult implementation".

**Key words:** Children's best interests; Living together; Right of communication; Interests of children.

#### 作者简介:

雷春红, 女, 浙江工业大学之江学院副教授, 民商法学博士。

论文所属学科: 法学

论文首发

手机号码: 13666659140

邮箱: lchsw@163.Com