

【环球评论】

美国离婚后的子女监护制度及其启示

王丽萍

(山东大学 法学院, 山东济南 250100)

摘要: 美国关于离婚后子女监护的种类主要有单独监护、分配监护、共同监护和分离监护。就单独监护和共同监护而言,又存在单独身体上的监护、共同身体上的监护、单独法律上的监护和共同法律上的监护的不同。无论适用哪种父母离婚后的监护方式,均应符合子女最佳利益原则。共同监护并非当然符合子女最佳利益。我们应当借鉴美国的子女最佳利益原则以及多种监护方式并存的模式。

关键词: 监护;共同监护;儿童最佳利益

中图分类号: D923.9 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-8003(2008)02-0131-07

Subject: On the Custody Towards Children After Parents' Divorce in America And its Inspiration

Author & unit: WANG Li-ping (Law School, Shandong University, Jinan Shandong 250100, China)

Abstract: There are different kinds of custody towards children after parents' divorce, such as sole custody, divided custody, joint custody and split custody. Custody also can be sole physical custody, joint physical custody, sole legal custody and joint legal custody. The best interest of child is the basic matter of principle. Joint custody is not always conforming with the best interest of child. We should use these for the reference in the revising of Chinese Family Law.

Key words: custody; joint custody; the best interest of child

美国是世界上离婚率较高的国家,每两至三人中就有一人离婚,每年有超过100万的18岁以下的儿童的父母离婚,在离婚案件中有一半要涉及到儿童问题。^{[1]1009}与之相适应,美国法律中有很详细的关于离婚后子女监护的规定。总的来讲,美国法院决定离婚后子女监护人时,以“子女最佳利益”为根本原则。但是,如何判断在何种情况下才符合“子女最佳利益”,颇为复杂。本文通过对美国有关离婚后子女监护制度立法及判例的研究分析,探讨其可资借鉴之处,以期对我国的立法与司法有所裨益。

一、父母离婚后未成年子女监护的种类

关于父母离婚后监护的种类,美国各州法律规定不一,总体而言,父母离婚后的监护权的行使方式主要有四种:^①(1)由父或母其中的一方单独行使的“单独监护”(Sole Custody);(2)父母双方同时取得子女的监护权,但在时间上加以分配的“分配监护”(Divided Custody);(3)父母双方同时取得子女的监护权,但在法律与身体监护上加以分配的“共同监护”(Joint Custody);(4)父母双方各自对不同的子女取得单独监护的“分离监护”(Split

收稿日期:2008-01-10

基金项目: 本文是山东省法学研究基地项目《社会弱势群体权益保障研究》(05JDF02)的阶段性成果。

作者简介: 王丽萍(1965-),女,山东文登人,山东大学法学院教授,法学博士,硕士研究生导师,主要研究方向为民商法学。

① 学者对此有不同的表述。Marsha Kline Pruett 和 Christa Santangelo 则将监护归纳为三种,即共同的法律上的和身体上的监护(joint legal and joint physical custody)、共同的法律上监护和单独的身体上的监护(joint legal custody and sole physical custody)、单独的法律上的和身体上的监护(sole legal and physical custody)。Marsha Kline Pruett and Christa Santangelo. Joint Custody and Empirical Knowledge: The Estranged Bedfellows of Divorce. See Edited by Robert M. Galatzer, Levy and Louis Kraus. 1999. The Scientific Basis of Child Custody Decisions. pp. 391-392. New York. John Wiley & Sons, Inc.

Custody)。客观事实是,离婚后母亲行使监护权的比例要大大地高于父亲。据对加利福尼亚州1100个离婚家庭的调查,在父母自愿达成的对于子女的监护协议中,母亲与父亲享有监护权的比例是7:1,^{[2]276}目前关于监护最常见的情形是母亲享有身体上的监护权与与父亲的法律上的监护权。^{[3]289}

单独监护,是指父母一方同时获得子女身体上的监护(Physical Custody)与法律上的监护(Legal Custody),另一方则有与子女交往的探视权。^[4]这里的身体上的监护权,是指对于儿童的事实上拥有和控制;享有监护权的父母一方,对影响子女日常生活的活动有决定权;法律上的监护权,是指对于与子女长期利益、教育、医疗、宗教教育或其他对子女生活有重大影响的事务的决定权。单独监护为监护权行使中的一种比较常见的方式。在通常情况下,如果离婚时父母双方不能共同协商处理好子女利益,则父母一方获得监护权,另一方享有继续与子女保持联系的探视权。^{[1]1089}

分配监护,是指父母双方同时获得子女法律上与身体上的监护权,但子女在一年中的某些月份或一星期中的几天分别与父或母居住。

共同监护,是指赋予父母双方对于子女照顾保护和轮流陪伴、交往的法律义务,^{[1]1093}包括父母共同的身体上的监护和法律上的监护。^{[1]1100}虽然名为父母双方共同享有子女的监护权,但实际上同时仅能与父母一方居住,所以多数法院均仅赋予同住的父或母对子女有身体上的监护权,而不同住的父或母共同享有法律上的监护权和自由探视权。^[5]美国的大多数州均将共同监护推定作为一种较佳的监护制度,即如果不存在不适合共同监护的情形,法院认为共同监护符合子女的最佳利益,可判决共同监护。但是,共同监护需要父母双方为了子女的利益相互合作,如果父母之间仍然怀有敌意,在有关子女的无论大小事宜上持续冲突,则不适合共同监护,否则会给予子女身心发展造成不良的影响。因此,美国有学者特别指出,共同监护必须由父母双方自己决定并自愿达成协议,法庭不得作出共同监护的裁判。^[6]

分离监护,是指多个子女分别由父亲或母亲一方监护,^{[1]1093}即离婚时子女不止一个,在数个子女的情况下,分别将子女的监护权交由父亲或母亲行使,由父母分别行使对于不同子女的身体上和法律上的监护权。

此外,监护还可以细分为单独身体上的监护(Sole physical custody)、共同身体上的监护(Joint physical custody)、单独法律上的监护(Sole legal custody)和共同法律上的监护(Joint legal custody)。按照《加利福尼亚民法典》中的解释,单独身体上的监护是指儿童与父母一方居住并处于父母一方的管理之下;共同身体上的监护是指父母双方均有特定时期的身体上的监护,从而保证儿童可以经常持续地与父母任何一方接触;单独法律上的监护是指父母一方享有决定儿童的健康、教育、福利的权利和义务;^{[3]112-113}共同的法律上的监护和共同的身体上的监护占相对较少的比例,即使是处于共同监护运动前沿的华盛顿、科罗拉多州和加利福尼亚州,也只有15%—20%的儿童在双重住所中生活;在加利福尼亚州只有10%的未成年人与父母双方生活;马萨诸塞州法庭的500次记录表明,只有11个案件是由父母双方享有身体上的共同监护,在亚里桑那州的法庭记录中这一比例也只有6%。^{[7]392}这些统计数字表明,共同监护虽然为法律所倡导,但在实践中并不具有普遍性。此外,女孩和男孩对于共同监护的反应和适应情况有所不同,在对北加利福尼亚的1100个有10—18岁的儿童的家庭的调查研究中发现,男孩子选择共同监护的比例高于女孩,年龄长的儿童对于任何方式的监护较年龄低的儿童均能够较好地适应。^{[7]401-403}

二、离婚后未成年人监护的基本原则 ——子女最佳利益

1871年之前,法院在英国普通法的“父权优先”的原则之下,自动地将监护权给予父亲,父亲有权向子女的母亲或者其他人要求交还子女,如果子女的母亲或其他人拒绝交还的,该父亲有权根据人身保护令强制其交还。直到1929年,马里兰州上诉法院仍然认为,父亲与母亲相比对子女有优先监护权。但随着“母爱长久论”的出现,美国各州立法几乎一致规定,除非母亲不能提供适当的监护条件,未成年子女的监护权属于母亲。从20世纪30年代起,美国多数法院或州均采“幼年原则”,将年幼子女的监护权判给母亲,认为父亲并无能力提供幼儿必要的养护,而母亲则在天性上适合养育子女。各州关于幼年的规定有所不

同,纽约州规定3岁以下,路易斯安那州规定11岁以下,西弗吉尼亚州则规定13岁以下。在“幼年原则”之下也出现了一些极端的判例。比如在Funkhouse一案^[8]中,面对曾经因车祸陷入昏迷达6个月的母亲,法院仍认为应适用“当父母双方将平等照顾子女时,母亲仍较父亲适合监护子女,尤其当子女在年幼时”。后来随着宪法平等保护条款、妇女运动的挑战及心理学家强调父亲对于年幼子女的重要性,“幼年原则”最终被“子女最佳利益”(the best interests of child)原则所取代。1969年的《家庭法案》中规定了确定父母监护权要按照是否有利于子女的最佳利益的原则。^{[3]9}现在美国联邦法及各州法律中均规定“子女最佳利益”是确定离婚后监护权归属、处理离婚后父母子女关系的最重要的标准。在确定何为子女最佳利益时,有的州规定由法官自由考量,也有的州明确规定了法官应当考虑的各种因素。根据美国《统一结婚离婚法》中规定,子女的最佳利益包括以下几个方面:(1)一方或双方父母对于子女监护的意愿;(2)子女对于何人担任监护人的意愿;(3)子女与一方或双方父母、兄弟姐妹,及其他重要影响子女最佳利益者之间的互动与相互关系;(4)子女对于家庭、学校及社会的适应性;(5)前述有关人员的心理与身体健康等。^①《加利福尼亚民法典》第4600条规定,法庭在决定子女监护权时,要从健康、安全、儿童幸福、父母有无虐待儿童的历史、父母子女的关系几个方面综合判断“儿童的最佳利益”。^{[1]1099}

为增强子女最佳利益原则的可操作性,理论上又存在着对于幼年子女由母亲监护、自然父母享有监护权以及主要照顾者享有监护权的不同。^{[2]283-286}

(一)幼年子女由母亲监护

依精神分析专家之经验,一般而言,幼儿清楚

认识特定之人(母亲)而确立对人关系的时期,是在5个月到6个月时,而在8个月时是怕生(fear of stranger)开始之时期,此时幼儿会选择1人或2人(主要是母亲)为情感对象;而一旦与其最初情感对象分离,可能会产生情绪的混乱,进而损及人格之形成。为了满足幼儿之“不断的继续性的需要”,年幼的子女应由母亲行使监护权。^[9]

多数法院曾认为,母亲的爱在子女年幼时是不可替代的,孩子对于母爱的需要超过父亲。因此,只要不能证明母亲对孩子的福祉有危害,就应当由母亲行使监护权。这一原则被法庭长期应用于裁判中。^{[7]2}直到1970年,加利福尼亚州法律还规定,在其他条件相当的情况下,幼年子女由母亲行使监护权,当子女需要上学接受教育或准备外出工作、经商时,则应当由父亲行使监护权。1973年,宾夕法尼亚州高级法院仍然认为幼年子女的最大利益就是由母亲给予照顾看管。

现在法院多认为,幼年子女由母亲监护为性别歧视,是违宪的,因为在子女监护权的诉讼中,仅以性别为划分标准,而不是考虑子女的最佳利益,没有任何一方基于性别不同应当被推定较之对方更符合子女的最佳利益。故多数法院拒绝使用这一理论,相反地,认为在决定子女随何方生活时,根据男女平等的理论,无论子女的年龄大小,父亲与母亲在监护权的问题上均无性别优势。

(二)自然父母享有监护权

监护纠纷有时发生在孩子的自然父母(natural parents)与心理父母(psychological parents)之间,除非发生遗弃、虐待等不适于监护的情况,绝大多数法院仍倾向于将监护权判给自然父母。在佛罗里达州的一个案件中,父母离婚后由父亲行使对于子女的监护权,父亲在离婚数年后死亡,在生母与继母争夺监护权的诉讼中,法院就适用

① The Uniform Marriage and Divorce Act § 402. [Best Interest of Child]

The court shall determine custody in accordance with the best interest of the child. The court shall consider all relevant factors including: (1) the wishes of the child's parent or parents as to his custody; (2) the wishes of the child as to his custodian; (3) the interaction and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interest; (4) the child's adjustment to his home, school, and community; and (5) the mental and physical health of all individuals involved.

有些州的规定又在此基础上更为详细。如明尼苏达州规定的“儿童最佳利益”则包括以下几个方面:(a) The wishes of the child's parent or parents as to his custody; (b) The reasonable Preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient age to express preference; (c) The interaction and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interest; (d) The child's adjustment to his home, school, and community; (e) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment and the desirability of maintaining continuity; (f) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodian home; (g) The mental and physical health of all individuals involved; (h) The capacity and disposition of the parties to give the child love, affection, and guidance, and to continue educating and raising the child in his culture and religion or creed, if any; and (i) The child's cultural background.

自然父母优先的理论将孩子的监护权判给了生母。但也有例外。当子女与其心理父母已经形成事实上的父母子女关系,如果解除这一关系可能不利于子女的最佳利益时,法院会作出有利于子女最佳利益的判决。

(三)主要照顾者享有监护权

法院在确定子女监护权时,通常确定在日常生活中对子女承担主要照顾责任的父母一方行使监护权符合子女最佳利益,因而将监护权赋予承担主要照顾责任的父母一方。明尼苏达州最高法院在 *Sefkow v. Sefkow* 一案^{[1]1057}中,确定了主要照顾者的认定的标准,即考虑父母一方谁主要承担了以下责任:(1)做饭;(2)洗澡、整洁、穿衣;(3)购物、清洁、整理衣服;(4)医疗照顾,包括看护和去医院看医生;(5)放学后安排孩子的社交活动;(6)安排可替代的照看,如去幼儿园、雇佣保姆;(7)晚上哄孩子睡觉,早上叫醒孩子;(8)教育孩子基本的行为规则,如日常行为、上洗手间的训练;(9)教育(宗教、文化等)。1992年,美国法律协会在“离婚法原则”中确立了有关处理此类问题的原则:

1、父母不能达成子女监护协议的,法院应当确定由在家庭中承担主要照顾和管教子女责任的一方行使监护权,除非他方更适合作为照管人。

2、所谓在家庭生活承担主要照顾和管教子女责任的父母一方是指:(1)呆在家里全职照顾子女的一方;(2)兼职工作但有时间照顾子女的一方;(3)父母双方均全职工作的,负责为子女安排日常生活、上学、看病等各种琐事,并为子女提供咨询和感情支持的一方。

3、在下列情况下,法院也可判决由非主要照管人行使监护权:(1)主要照管人不适合或不能照顾子女的;(2)有充分的证据证明非主要照管人更适合担任照管人,如子女与非主要照管人关系更为密切,感情更好的;子女已达能够独立进行意思表示的年龄,自愿与非主要照管人一起生活的;主要照管人不愿意与他方合作共同抚养子女的。

与子女最佳利益原则密切相关的另一个话题是,共同监护是否真的符合子女最佳利益?对此尚有争议。支持者强调共同监护在保护和推进子女与父母双方关系方面的积极作用,认为这是确保子女不因父母离婚而失去父母一方的最好途

径,因而在共同监护之下,子女与父母双方共同生活,符合子女的最佳利益。另外,共同监护有利于子女的福祉和父母的福祉,不再将父母划分为“一等父母”(first class parents)与“二等父母”(second class parents),可以使“探视者”(visitor)变成“真正”的父母(“real”parents)^[10]反对者则认为,共同监护并不意味着一定符合子女的最佳利益,因为有关儿童最佳利益的标准通常是由法官作出主观判断,哪位父母会更好地照顾保护子女也由法官决定。^{[3]282}事实上,有相当一部分父母在离婚后不能较好地合作,其结果使得子女处于父母之间,成为父母战争的武器或出气筒。矛盾、纠纷、战争的生活环境,当然不利于子女的健康成长。有学者还进一步指出,假设的共同监护是有害的,有相当数量共同的身体上监护的案件实质上最终的结果是父母间的冲突,共同监护只有当父母双方均能够相互协作时才能较好地运作;当然,如果父母双方愿意尝试,也可以不否认共同监护。^{[3]285}对于共同监护虽然有分歧,但从总体而言,美国法院在司法裁判中通常会认定如果共同监护不害及子女的最佳利益,则可以适用共同监护。

三、影响离婚后父母监护权的其他因素

(一)父母的性别

幼年子女由母亲监护的理论受到质疑后,有些州的法律则明确规定,处理子女监护权问题时,必须坚持男女平等原则。如阿肯色州法律规定,在离婚判决有关子女监护权问题时,法院不应考虑父母的性别,而应考虑子女的福祉和最佳利益。但是,年幼子女由母亲监护这一理论的影响并非完全被取消,而是作为多种应考虑的因素之一。仍有法院认为,孩子在1至3岁之间以随母亲生活为宜。

(二)子女的意愿

为了更好地符合子女的最佳利益,子女的意愿是确定子女监护权的重要因素。为此,《统一结婚离婚法》明确规定了法庭听询制度,^①法官可以在法庭议事室会见子女,以听询子女在监护和探视方面的愿望。法官可以允许律师在听询时在场,并应作法庭记录。此外,一些州的法律中明确规定了子女意愿在监护判决中所起的作用。如明

^① 听询对于了解子女的态度和愿望非常重要。为避免让子女面对法庭肃穆的气氛和在法庭上回答不愉快的提问,法官可以在法庭议事庭听询子女的意见,在子女不出庭的情况下了解子女的愿望,并通过法庭记录,使各方律师了解听询的情况。

尼苏达州法律规定,如果法院认为孩子的年龄足以表达其意愿,则允许在法官的办公室召见孩子,了解孩子要求由何方监护的意愿,同时允许律师在场,律师可以直接或通过法庭合理询问。伊利诺斯州法律同样允许法官在律师在场的情况下在法官办公室听取孩子的意见。对于孩子的意见,大多数法院认为仅仅是考虑因素之一,而且要考虑孩子的年龄、成熟程度及孩子所提出的理由的合理性。佐治亚州和西弗吉尼亚州法律规定,只要父母适合担任监护人,14岁以上的未成年人有选择父母何方担任监护人的绝对权利,除非孩子选择的父母不适合监护子女,否则孩子的选择将起到决定性作用。而罗德岛则规定,14岁作为子女选择监护人的最低年龄,子女的选择只能作为法院判决的参考因素之一。

(三) 种族

通常,法院在作出监护判决前必须全面考虑所有与子女利益有关的因素,虽然种族不能作为单独的决定性因素,但在父母属于不同种族的监护权案件中,种族确实与确定子女监护权的归属有关。

美国最高法院在 *Palmore v. Sidoti* 一案^[11]中指出,种族不能作为子女监护判决的决定性因素。该案中当事人双方离婚时其3岁的女儿由母亲监护。后原审法院鉴于子女生活环境的变化而同意其父亲变更监护权的请求,因为孩子的母亲与一黑人结婚。该法院认为,孩子难以承受不同种族的家庭给她带来的社会偏见与压力,因此,她的最佳利益是与父亲生活在一起。而最高法院则认为,孩子与不同种族的继父生活在一起确实存在因种族歧视所带来的社会偏见与压力的危险。但这不能成为让孩子离开其生母的决定性因素,因为这一危险并未现实存在,故这一判决违反宪法有关平等保护的规定,佛罗里达法院仅根据种族因素进行判决是不被允许的。

(四) 宗教

与上述有关种族对监护影响的判例相似,将宗教信仰作为子女监护判决的依据也是违反宪法的。依阿华州高级法院指出家庭法庭可以考虑父母的宗教信仰,以保护子女的最佳利益,然而联邦宪法禁止法院从宗教方面考虑不同宗教的优劣或表现出某种倾向性。总体而言,美国法院在涉及与宗教有关的子女监护问题时主要坚持这样的原则:在婚姻关系存续期间父母双方协商决定子女

的宗教信仰,离婚后,双方对于子女宗教信仰有协议的,从协议,没有协议或协议不一致的,由有监护权的父母一方决定。

(五) 父母的性取向

美国法院对于是否赋予同性恋者父母监护权,有不同的观点:一种观点主张,同性恋者本身不适合作为父母。基于这一原则,推定同性恋者本身不适合作为子女的监护人,因而不能将监护权赋予同性恋父母。*Roe v. Roe* 一案^[12]、*Newsome v. Newsome* 一案^[13]均有类似的判决。另一种观点认为,同性恋者与异性恋者在监护权之争中,所适用的标准应当并无区别。^[14]因为基于科学证明,男、女同性恋者均能真正培养出心理健康的子女,同性恋者的性取向或性行为对于子女的监护权之诉并无影响,除非能够证明该性取向或行为对于子女有不良影响或会伤害子女。有学者甚至指出,有足够的证据证明,在考量父母的适合性以及儿童最佳利益方面,完全可以不考虑父母任何一方的性别定位。^{[7]350}马萨诸塞州最高法院在 *Bezio v. Patenaude* 一案^[15]中,即指出,寻求父母对于子女未来福祉不适任的结果,需基于父母最严重影响子女的行为来预测,不能仅因为同性恋者的家庭不符合社会公认的理想模式而剥夺其对子女的监护权。再如阿拉斯加州在 *S. N. E. v. R. L. B.* 一案^[16]、南卡罗来那州的 *Stroman v. Williams*^[17]一案、纽约州的 *M. A. B. v. R. B.* 一案^[18]、华盛顿州 *In re Marriage of Cabalquinto* 一案^[19]与俄亥俄州的 *Conkel v. Conkel* 一案^[20]中,也有类似的判决。第三种观点是折衷主义,认为并非同性恋本身使父母不适合于担任监护人,而是由于家中的同性恋爱人或其他积极性行为所产生的环境,无法符合子女最佳利益,从而使同性恋父母不适合担任监护人。受这种理论的影响,法院在具体的案件中往往权衡父母是否适合于担任监护人以决定监护权的归属。如果法院认为同性恋的父母适合担任,则会将监护权授予同性恋父母,但也往往会附加同性恋父母某种条件,如同性恋父母往往被要求放弃与同性伴侣间的性活动,或者与同性伴侣分手,或者接受一定的行为限制。田纳西州的 *Collins v. Collins* 一案^[21]、密苏里州的 *S. E. G. v. R. A. G.* 一案^[22]均有类似的判决。

四、美国离婚后未成年人监护制度的启示

我国《婚姻法》中没有直接关于父母离婚后对

于未成年子女监护的规定,只是对于父母子女关系作了概括性的规定,即第36条“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。”但是关于监护的一般规定的《民法通则》中,第16条规定:“未成年人的父母是未成年人的监护人。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第21条规定:“夫妻离婚后,与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权。”由此可以推断,离婚后由父母双方共同行使未成年子女监护权,即监护权由双方行使原则,亦即共同监护。不分情况一律采共同监护的规定存在着诸多弊端:首先,与我国目前的客观情形不符。现在的国情恰恰不是离婚后父母共同行使监护权,而是离婚后由与子女共同生活的一方事实上行使对于子女的教育、监督、保护等义务,另一方客观上难以行使对于未成年子女的监护权。其次,法律中一律规定离婚后父母双方共同行使监护权,并不能达到保护子女利益的目的,相反极可能产生负面影响。规定共同行使监护权的目的,本为保护未成年子女利益,减少未成年人因父母离婚而受到影响。我国目前多数夫妻离婚后很少保持友好关系。缺乏共同监护的基础勉强适用共同监护,结果当然适得其反。

笔者认为,美国的父母离婚后的未成年人监护制度有诸多可资借鉴之处:

第一,在处理父母离婚后未成年人监护问题时,应坚持子女本位。纵观历史,在父母子女关系的法律发展进程中有从“家族本位”向“父母本位”再向“子女本位”演变的趋势。“家族本位”已受唾弃,“父母本位”则过于强调父母双方对于子女的权利,忽视子女的独立主体地位。而“子女本位”则关注父母对于子女的抚养、教育、照顾、保护的义务与责任,虽然仍然冠以监护权^①名称,但父母的权利已经变成以权利为名的义务,在性质上是“义务权”。这种权利不是利己的,而是一种以关心照顾他人为特点的权利,是一种以法律的形式、为了子女利益而行使的权利,实际上是一种义务。由于子女具有民事权利能力,是独立的民事主体,不隶属于任何人,因此针对父母监护权行

使,子女有权要求父母对他们予以尊重并全面考虑子女的生理、心理及人格的需要。^[23]正缘于此,父母监护权专属于未成年人的父母,并应依法行使监护权,不得滥用,也不得抛弃。从“子女本位”的角度,在确定离婚后未成年人监护人时,应充分考虑父母哪一方能够更好地履行抚养、教育、照顾、保护的义务与责任,从而保障未成年子女的健康成长。

第二,应当明确规定子女最佳利益原则。在过去的一个世纪中,世界各国婚姻、家庭领域内的立法发生了巨大的变化。没有任何一个法律领域能像家庭法那样,如此强烈地反映出在过去的20世纪里人们生活方式和观念的变革。^[24]承认子女在家庭中的独立的人格、独立的主体地位,强调父母对于子女的照顾、保护、监护的义务与责任,强调子女的最佳利益,已成为世界各国立法中的共识。“子女最佳利益”作为各国婚姻法中所坚持的基本原则,也是各国法院在处理父母离婚后子女监护案件时的最高准则。我国规定监护制度的基本法律《民法通则》以及调整婚姻家庭关系的基本法律《婚姻法》中对此均无相关的规定,虽然《婚姻法》第36条中规定离婚时“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。”但这一规定针对的是人民法院在处理离婚案件时父母双方对未成年子女抚养问题发生争执达不成协议时。而子女最佳利益原则不仅应当适用于法院处理离婚案件,也应当适用于夫妻双方协议离婚的情形,并且作为一项基本原则,更应是处理父母子女关系的基础。因此,有必要在《婚姻法》中明确规定这一原则。

第三,在有关的法律中确立儿童权利优先原则。在子女利益与父母利益之间,儿童的福祉是第一位的,父母的权利、愿望、要求是第二位的。^[25]联合国《儿童权利公约》明确了一切行为必须以儿童最佳利益为原则,儿童在家庭、社会中享有广泛的权利并应受到优先的保护,儿童不再作为单纯的服务和施舍对象,或保护措施的被动受益者来对待,而是作为权利的主体被承认,^[26]并被优先保护着。在父母离婚的情况下,未成年子女虽然无权阻止父母离婚,只能被动地接受父母离婚的事实,但是父母有义务为未成年人的健康

① 有的国家也称为亲权、父母照顾权等。

成长作出合理的安排,有义务和责任将儿童的利益置于父母利益之前优先考虑。我国2006年修改的《未成年人保护法》中确立了儿童权利优先保护原则,其第3条规定:“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利,国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护,保障未成年人的合法权益不受侵犯。”但儿童权利优先原则在我国《民法通则》和《婚姻法》中尚付阙如,因此,应补充此原则。在此原则之下,离婚的父母以及处理案件的法官在确定子女监护权时,自会优先考虑儿童权利,遵从儿童利益最大化原则,从有利于未成年人健康成长的角度处理离婚后的监护权纠

纷。

第四,采多种监护方式并存的立法模式,为离婚后的未成年人监护在制度上提供更多的选择。我认为,应改变现行《民法通则》及《婚姻法》中有关离婚后未成年子女的监护问题单采双方共同监护的原则,代之以单方监护与共同监护并存的原则;并且应借鉴美国的身体上的监护和法律上的监护的分类,特别是单独身体上的监护、共同身体上的监护、单独法律上的监护和共同法律上的监护的多种监护方式并存的模式,从而在制度设计上为满足不同当事人的需求提供法律依据。

参考文献:

- [1] Homer H. Clark and Carol Glowinsky. Domestic Relations [M]. St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 1990.
- [2] 夏吟兰. 美国现代婚姻家庭制度 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [3] Eleanor E. Maccoby and Robert H. Mnookin. Dividing the Child [M]. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- [4] Cal. Civil Code § 4600.5 (Supp. 1989).
- [5] See Cal. Family Code § 3085.
- [6] O'Neil & Leonoff, Joint Custody: An Option Worth Examining, Perception, Nov./Dec. 1977, 28—29.
- [7] Robert M. Galatzer—Levy and Louis Kraus. The Scientific Basis of Child Custody Decisions [M]. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1999.
- [8] Funkhouse v. Funkhouse, 158 W. Va. 964, 216 S. E. 2d 570 (1975).
- [9] 林秀雄. 婚姻家庭法之研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 94.
- [10] Ira Mark Ellman, Paul M Kurtz and Ann M. Stanton. Family Law [M]. Charlottesville, Virginia: The Michie Company, 1986: 544—546.
- [11] Palmore v. Sidoti, 466 U. S. 429 (1984).
- [12] Roe. v. Roe, 324 S. E. 2d 691 (Va. 1985).
- [13] Newsome v. Newsome, 42 N. C. App. 416, 256 S. E. 2d 849 (1979).
- [14] Peter Nash Swish & Nancy Douglas Cook. Bottoms v. Bottoms; In Whose Best Interest? Analysis of a Lesbian Mother Child Custody Dispute [J]. University of Louisville Journal of Family Law 1995—96. 34: 843—854.
- [15] Bezio v. Patenaude, 410 N. E. 2d 1207 (Mass. 1980).
- [16] S. N. E. v. R. L. B., 699 P. 2d 875 (Ala. 1985).
- [17] Stroman v. Williams, 291 S. C. 376, 353 S. E. 2d 704 (1987).
- [18] M. A. B. v. R. B., 134 Misc. 2d 317, 323—326 (Sup. Ct. Suffolk County 1986).
- [19] Ir re Marriage of Cabalquinto, 100 Wash. 2d 235, 669 P. 2d 704 (1987).
- [20] Conkel v. Conkel, 31 Ohio App. 3d 169, 509 N. E. 2d 983 (1987).
- [21] Collins v. Collins, WL 30173 (Tenn. App. 1988).
- [22] S. E. G. v. R. A. G., 735 S. W. 2d 167 (Mo. App. 1087).
- [23] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上) [M]. 王晓晔, 邵建东, 程建英, 徐国建, 谢怀栻译. 北京: 法律出版社, 2003: 283.
- [24] 诺伯特·霍恩. 百年民法典 [J]. 申卫星译. 中外法学, 2001, (1): 32.
- [25] Judith Areen. Family Law [M], Mineola, New York: The Foundation Press, Inc. 1985: 464.
- [26] Carol Bellamy. Human Rights and the Rights of the Child. In Taking Action for Human Rights in the Twenty — First Century [M]. UNCSCO Publishing. 1998: 128—129.

[责任编辑:张舒]