

## 离婚诉讼中儿童最大利益的实现层次与规则完善

张爱桐

**内容提要:**儿童具有身心发育不成熟的特殊性,获得有效监护是实现其最大利益的必要前提和根本保障。父母离婚在一定程度上解构了儿童天然的家庭监护模式,对儿童利益产生深远影响。近年我国法院审理的离婚案件数量居高不下,亟需妥善解决离婚诉讼中涉直接抚养关系、抚养费及探望权等关切儿童监护的重要事项,维护儿童的最大利益。我国在立法层面确立了涉未成年人离婚案件遵循“最有利于未成年子女”的基本审判原则,但在具体规则层面仍有不足。应继续以儿童最大利益原则为基础展开动态检视,将儿童不断发展的能力纳入考虑,充分尊重儿童的真实意愿。与此同时细化完善离婚诉讼具体审判规则,在确定直接抚养关系事项中构建儿童最大利益综合评判体系,适当扩大抚养费范围并逐步提高给付标准,确立探望权兼具权利与义务的双重属性,并在此基础上厘定中止探望的具体事由与裁判依据。

**关键词:**离婚诉讼 儿童最大利益 最有利于未成年人原则 探望权

张爱桐,首都经济贸易大学法学院讲师。

《民法典》第1084条至第1086条明确了离婚案件涉未成年子女抚养、离婚后子女抚养费负担以及探望等问题的基本规则,强调离婚诉讼遵循“最有利于未成年子女”的审判原则。修订后的《未成年人保护法》将“最有利于未成年人原则”确立为处理涉未成年人事务的基本原则,并具体规定父母离婚时及离婚后对未成年人利益的保护。可以认为,我国现有立法明确要求在离婚诉讼中充分维护未成年人利益,在价值理念层面确立了“最有利于未成年人原则”的核心指导地位。然而,实践中的离婚案件仍然存在对儿童利益考虑不周的现实情况。<sup>[1]</sup> 儿童因父母离婚而生活危困、不能接受学校教育、出现不良行

[1] 我国立法中的“未成年人”指未满十八周岁的公民,以《儿童权利公约》(Convention on the Rights of the Child)为核心的联合国人权文件将“儿童”界定为十八岁以下的任何人。因而,在探讨中国法域下的离婚案件审判问题时,“未成年人”与“儿童”为内涵与外延一致的概念。考虑对其“最大利益”展开学理分析以及对我国相关立法进行教义学阐释之便宜,文中兼用“儿童”与“未成年人”之措辞。

为甚至犯罪行为、遭受直接抚养方家庭暴力等案情引起社会关注。<sup>[2]</sup>究其原因,涉未成年人离婚诉讼能否真正实现维护儿童的最大利益,其根本在于能否妥善解决儿童监护相关问题。应当承认,我国现有直接关切儿童监护事项的婚姻相关司法解释与《民法典》《未成年人保护法》等最新立法进展存在差距。2020年通过的《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)》[下称“《婚姻家庭编司法解释(一)》”]对于确定未成年子女直接抚养关系、抚养费及探望权等保障儿童获得有效监护的相关规定与1993年《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》(已失效,下称“1993年《意见》”)相比并未取得明显进展。相关司法解释确立的具体审判规则在较大程度上滞后于近年来以最有利于未成年人原则为核心的立法进展,亟需作出进一步调整与完善,以回应司法实践需求并体现近年来社会观念的进步和家庭文明内涵的丰富发展。对“儿童最大利益原则”或“最有利于未成年人原则”的既有研究颇为丰富,但对于离婚场景下的儿童利益问题研究尚有待深入。本文将反思我国现有司法实践层面存在的问题,明确法律规范对司法审判事实的应有涵摄,以此为基础提出我国现有涉未成年人离婚诉讼审判规则的完善建议。

## 一 离婚诉讼中维护儿童利益的实践反思

据最高人民法院2022年10月发布的《党的十八大以来全国法院家事审判工作情况报告》,家事案件数量自2013年的165万件增长至2021年的190万件,其中离婚案件居于首位,占有家事案件的约70%。<sup>[3]</sup>妥善解决离婚诉讼中未成年人直接抚养关系、抚养费和探望权问题是确保父母离婚后未成年人仍能够获得有效监护的基础。

### (一) 确定直接抚养关系的考量因素有待扩充

离婚诉讼确定未成年子女直接抚养权时,父母及法院等参与方均需全面衡量,确保儿童的抚养权归属于最有利于其成长的一方。<sup>[4]</sup>但与1993年《意见》相比,2020年《婚姻家庭编司法解释(一)》所确立的具体审判规则除涉及变更抚养关系时对未成年子女意愿“应当”予以考虑的年龄由十周岁下调至八周岁外,并无其他实质性变动。例如,现有审判规则并未充分考虑儿童的真实意愿。《婚姻家庭编司法解释(一)》并未对《民法典》第1084条第3款“子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿”的相关规定作出充分阐释,导致离婚诉讼司法实践对儿童意见的考量并不充分。达到法定“应当被听取意见”年龄的

[2] 参见《定南法院公布2023年度典型刑事案件(一)》, <http://dnxfy.jxfy.gov.cn/article/detail/2024/02/id/7808660.shtml>;《为争抚养权不让孩子上学?法院发出家庭教育指导令》, <https://bj1zy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2023/05/id/7292602.shtml>;《渝北区法院发出首张刑案〈家庭教育指导令〉》, <https://www.pacq.gov.cn/archives/120757.html>;《中国反家暴十大典型案例(2023年)》, <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/403572.html>,最近访问时间[2024-05-05]。

[3] 参见中华人民共和国最高人民法院:《党的十八大以来全国法院家事审判工作情况报告》,2022年10月19日,中华人民共和国最高人民法院网站, <https://www.court.gov.cn/xinshidai-xiangqing-376111.html>,最近访问时间[2024-04-11]。

[4] 参见王雪梅:《权利冲突视域下儿童最大利益原则的理解与适用》,《政法论坛》2022年第6期,第131页。

未成年人与实际被听取意见的未成年人比例差距明显,实践中对未成年人意愿的考量显然不够充分。<sup>[5]</sup> 再如,《婚姻家庭编司法解释(一)》在确定直接抚养关系时对儿童父母主客观条件的考量过于简单,并未将《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》等法律对父母“应当为”和“不可为”之行为的新规纳入考虑,也并未对司法实践反映出的现实问题进行总结和回应,个别案件将未成年人的抚养权判给曾通过非法手段抢夺、隐藏孩子的父母一方,或无意愿履行监护职责的父母一方,严重损害未成年人与不直接抚养方父母的情感联结并危害未成年人的身心健康成长。有鉴于此,应当以儿童最大利益原则为指引,进一步丰富扩充确定未成年人直接抚养关系的考量因素,构建全面细化的综合评判体系。

## (二) 确定抚养费范围及给付方式的标准有待提高

《民法典》第 1085 条明确规定了父母离婚时未成年子女的抚养费负担问题。父母离婚后可协议确定抚养费的金额和期限,子女可在必要时提出超过约定抚养费金额的合理要求。<sup>[6]</sup> 《婚姻家庭编司法解释(一)》对子女抚养费问题作出细化规定,与 1993 年《意见》相比在实质内容层面增加第 42 条,即补充规定抚养费的范围包括子女生活费、教育费、医疗费等费用,但在其他方面并未作明显增补,导致出现如下问题:一方面,鉴于经济社会的快速发展和家庭生活水平的整体提高,司法实践中的抚养费数额普遍较低,难以满足未成年人的日常学习生活需求。一项针对 1382 个涉离婚、抚养及探望纠纷案件的研究显示,未成年人的平均抚养费约为 1620.8 元/月,抚养费区间以每月 500 至 1000 元为主,抚养费不满 1000 元/月的共 440 件,占比 57.7%。<sup>[7]</sup> 另一方面,司法实践中给付抚养费的方式亟待进一步明确。《婚姻家庭编司法解释(一)》及 1993 年《意见》对抚养费的给付方式作出了相同的规定,即“抚养费应当定期给付,有条件的可以一次性给付”。但是,此规定留有较大的裁量空间。尽管全国人大法工委、最高人民法院等均强调支付抚养费并非纯粹的金钱给付义务,其关系到被抚养人和抚养人之间的亲情纽带联结,应“以定期给付为原则,一次性给付为例外”。<sup>[8]</sup> 但在司法实践中,不同法院对抚养费给付方式的裁判标准差距较大。在有些案件中,未出现需特别考虑的情形而法院直接判决一次性支付抚养费;<sup>[9]</sup> 而在另一些案件中,定期给付抚养费明显不符合未成年人利益,法院仍支持当事人定期给付的请求。如某案中,当事人已存在严重拖欠抚养费(按月给付,诉前共拖欠 28 个月)行为,导致未成年子女生活极其穷困,但一审及二审法院均判

[5] 参见上海市第一中级人民法院:《婚姻家庭纠纷中未成年人司法保护白皮书》,2021 年 5 月 26 日,第 4、5 页,上海市高级人民法院网站:<https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MjAyMjI5MDYmeGg9MSZsbWRtPWxtMTcxz>,最近访问时间[2024-05-05];北京青少年法律援助与研究中心:《2020-2022 年度婚姻家庭诉讼中的未成年人保护问题研究分报告之二:进一步细化确立以及变更抚养关系的具体考量因素》(2024 年 1 月),第 15 页。

[6] 参见薛宁兰、谢鸿飞著:《民法典评注·婚姻家庭编》,中国法制出版社 2020 年版,第 410 页。

[7] 参见北京青少年法律援助与研究中心:《2020-2022 年度婚姻家庭诉讼中的未成年人保护问题研究分报告之三:本着最有利于未成年人原则,提高未成年子女的抚养费数额》(2024 年 1 月),第 1 页。

[8] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 295 页;最高人民法院民事审判第一庭主编:《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 455-458 页。

[9] 参见河南省周口市中级人民法院(2020)豫 16 民终 2835 号民事判决书;江西省景德镇市中级人民法院(2020)赣 02 民终 295 号民事判决书;山东省菏泽市中级人民法院(2019)鲁 17 民终 3559 号民事判决书等。

决继续按月给付,<sup>[10]</sup>不利于维护未成年人的合法权益。故此,目前亟需尽快完善相关审判规则,适当拓展抚养费范围并明确裁判给付方式的考量因素。

### (三) 探望权的行使及中止规则有待明确细化

《民法典》第1086条规定了离婚后的子女探望,《婚姻家庭编司法解释(一)》具体规定了探望权诉讼的受理、中止探望的裁定、恢复及申请主体,以及拒不协助行使探望权时的强制措施等内容。与父母一方分离的未成年人“同父母经常保持个人关系和直接联系”是《儿童权利公约》规定儿童享有的基本权利(第9条),但能否实现探望、探望的过程是否顺利、探望的方式是否友好,于维护儿童身心健康发展的根本利益而言至关重要。具体而言:一方面,由于具体审判标准的缺位,部分法院出现在离婚判决中不解决未成年子女探望问题的情况。有研究显示,在相关离婚案件统计中,仅有11.4%的案件对探望权作出判决,其余大部分离婚案件首次结案时都未在判决书中明确规定未成年子女探望事宜。<sup>[11]</sup>从最有利于未成年人的角度出发,应当确保探望的方式、时间和地点相对明确,保障未成年人获得有效监护并减少可能发生的探望权纠纷对未成年人造成的持续伤害。另一方面,就中止探望而言,现有法律及司法解释仅规定了中止探望的申请、受理及探望权的恢复等程序性事项,并未对“不利于子女身心健康”的中止探望具体情形作出细化规定,这在较大程度上制约了相关规则在司法实践中的可操作性。因此,应当进一步明确探望权的行使及中止规则,为在离婚诉讼中更好地维护儿童最大利益提供细化标准和统一指引。

## 二 离婚诉讼中维护儿童最大利益的实现层次

在离婚诉讼中维护儿童利益既要遵循基本原则的强调,也应考察儿童利益在具体审判规则中的适用体现。

### (一) 基本原则的肯认及其在离婚情境下的具体适用

我国《民法典》《未成年人保护法》对于儿童利益的维护均作了原则层面的肯认,但如学者指出,儿童最大利益原则在内涵和外延上的不确定性在一定程度上导致了裁判结果的不可预测性以及某种程度上的任意性。<sup>[12]</sup>司法裁判依据的重点从父母需求转向儿童需求固然值得称赞,但随之而来的标准不明等问题也亟待解决。<sup>[13]</sup>否则,司法实践中对“最大利益”的判断将在很大程度上受制于法官的自由裁量权。<sup>[14]</sup>为此,应当对以儿童最大利益为核心的各项基本原则在离婚情境下的基本意旨作出有针对性的讨论。

[10] 参见河南省周口市中级人民法院(2023)豫16民终1504号民事判决书。

[11] 参见北京青少年法律援助与研究中心:《2020-2022年度婚姻家庭诉讼中的未成年人保护问题研究分报告之四:充分尊重并保障未成年子女要求父母探望的权利》(2024年1月),第1页。

[12] See Laurence D. Houlgate, *Philosophy, Law and the Family: A New Introduction to the Philosophy of Law*, Springer International Publishing AG, 2017, p. 129.

[13] See Steven N. Peskind, Determining the Undeterminable: The Best Interest of the Child Standard as an Imperfect but Necessary Guidepost to Determine Child Custody, 25 *Northern Illinois University Law Review* 449, 482 (2005).

[14] See Stephen Parker, The Best Interest of the Child: Principles and Problems, in Philip Alston ed., *The Best Interest of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, 1994, pp. 26-27.

厘定在离婚诉讼中维护儿童利益相关基本原则的内涵,应首先强调对儿童利益予以“首要考虑”(primary consideration)的核心要义,明确在父母离婚案件中不同利益发生冲突时儿童利益的优先性。诚然,应充分尊重父母“抚育儿童”的天然价值,<sup>[15]</sup>力求实现儿童与家长之间的利益平衡,但在不同利益间难以达成协调时,尤其在离婚案件中评判诸多外部环境(例如工作或疾病)及内部关系(例如爱好、个性、情感等)的变化时,<sup>[16]</sup>必须确保将儿童利益置于“首要考虑”地位。进一步而言,在父母离婚场景下,“首要考虑”应进一步理解为全面权衡影响儿童利益的多元因素:在实体层面全面考量儿童的个体特征与家庭、社会及文化环境等因素,在程序层面确保为保障儿童参与和表达意见配备专业合格的工作人员、畅通儿童获得法律代理与救济的机制和渠道,并开展儿童权利影响评估。<sup>[17]</sup>通过不同因素间的权衡比较划定每项因素的比重,形成评判儿童最大利益的综合评判体系,以此综合评判结论为据指导最终司法裁判结果。其次,应充分理解基本原则加之于具体制度的“动态要求”。尤其对于离婚案件,应在遵循维护儿童最大利益基本价值的同时,在不同案件中根据不断演化的具体情况进行动态评估,强调重视儿童不同成长阶段的动态变化。法院在作出裁判时应当将儿童不断发展的能力纳入考虑之列,并基于儿童的成熟程度对其真实意见“给以适当看待”(being given due weight)。尤其在父母离婚诉讼关涉儿童直接抚养关系和探望权时,法院应尊重并听取儿童“与其年龄和能力相适应”的真实意愿,将儿童意见纳入审判各个环节考虑的重要因素。

## (二) 离婚诉讼具体事项中儿童最大利益的判断标准

保护儿童权利的基本原则兼具原则性要求与情景化指引,应当对具体实践发挥指导作用。儿童权利委员会强调,“儿童最大利益”既是一项基本的解释性法律原则,也是一项行事规则。<sup>[18]</sup>对于在离婚诉讼中遵循儿童最大利益原则,我国《婚姻家庭编司法解释(一)》确立了几个层面的考量规则,包括不满两周岁子女随母生活的一般性原则,以及在裁判由父亲直接抚养不满两周岁子女、确定已满两周岁未成年子女直接抚养关系、抚养费以及探望权等事项时的主要考量因素,即父母是否患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病、是否有抚养条件不尽抚养义务、是否已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力、与子女共同生活时间、有无其他子女、是否与祖父母或外祖父母单独共同生活且祖父母或外祖父母要求并有能力帮助照顾、父母经济状况、是否有虐待子女行为、未成年子女患病、上学等实际需要等内容。对于这些规定,一方面,在一定程度上肯定了儿童在父母离婚案件中的主体性,对其年龄、实际需求、与其他主体间关系等因素予以考虑。另一方面,较为全面地考察了儿童父母的主客观条件。但值得注意的是,前述司法解释并未对“尊重儿童意见”及其相关内容作出细化规定,且考量儿童利益的具体标准基本集中于确定直接抚养关系事项中,对于确定抚养费及探望权应遵循的标准相对欠缺。

[15] 参见费孝通著:《生育制度》,商务印书馆 1999 年版,第 116 页。

[16] 参见冉克平:《〈民法典(婚姻家庭编)〉的伦理、自治与强制》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 3 期,第 170-171 页。

[17] See Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, paras. 80-88.

[18] 参见苑宁宁:《最有利于未成年人原则内涵的规范性阐释》,《环球法律评论》2023 年第 1 期,第 146 页。

《儿童权利公约》确立了儿童最大利益原则,儿童权利委员会就此阐明判断儿童最大利益应考察儿童的意见、身份、家庭环境及其关系、儿童的照料、保护和安全、儿童的弱势境地、健康权及受教育权等内容。<sup>[19]</sup>其属于各缔约国应当遵循的“最低标准”,进而在不同国家和地区各自的立法及司法实践进一步细化落实。

不同国家和地区的立法及司法实践虽有所不同,但表现出了一定的共性标准,可从中提炼适宜我国参考和借鉴的有益经验。如最早制定儿童权利保护法的英国,<sup>[20]</sup>在涉儿童监护立法中确立了“儿童最大利益原则”,<sup>[21]</sup>强调在儿童利益与父母利益发生冲突时,遵循儿童利益至上的基本准则。<sup>[22]</sup>根据英国《家庭法》(*Family Law Act*)之规定,在涉及父母离婚(或分居)的诉讼中,法院当从维护家庭中儿童的利益出发作出有关子女抚养等相关事宜的安排。<sup>[23]</sup>尤其在处理与儿童监护权直接相关的问题时应特别考量包括儿童身体、情感及教育需求在内的儿童明确的想法及感受、改变环境对儿童造成的影响、儿童的年龄、性别及背景、儿童遭受的伤害及面临的伤害危险、儿童的父母满足其需求的能力以及法庭的权限。<sup>[24]</sup>此外,美国《统一婚姻和离婚法案》(*Uniform Marriage and Divorce Law*)也明确了父母离婚所涉监护权纠纷中判断儿童最大利益的考量因素,具体包括父母的意愿、儿童的意愿、儿童与父母、兄弟姐妹等对其最大利益有显著影响者的关系、对家庭、学校、社区的适应情况以及各主体的身心健康等五项。<sup>[25]</sup>在决定父母离婚直接关切儿童利益的监护事项时,法庭作为最终决定者的基本理念,并在此基础上强调为了维护儿童利益,应最大限度减少在父母离婚过程中就儿童监护权事项发生剧烈冲突(*high-conflict*)。<sup>[26]</sup>此外,《德国民法典》第1666条也规定了“未成年子女利益”条款,并在联邦法院裁判中明确其应包括维护身体健康、提供衣食住房及最低限度的人身开支在内的“完整性利益”,也包括通过教育、适当社会接触、学校和职业培训、精神和文化兴趣培养而实现的发展以及自决能力的“发展利益”。<sup>[27]</sup>同时第1666条明确,严重背离子女利益的父母行为包括身心虐待、拒绝同意必要的医疗措施、缺乏必要个人开支和照顾、教育方面的不作为、子女生活环境的剧烈变化、坚持阻挠子女和另一方父母的交往权、拒绝将子女送往学校等。<sup>[28]</sup>德国法既肯定了未成年人在客观层面的实际需求及未来发展需求,也规定了侵犯未成年人利益的父母行为,其可作为离婚案件确定未成年子女直接抚养权的排除标准。

总结而言,在离婚诉讼涉及未成年人直接抚养关系、抚养费及探望权等事项中判断儿

[19] See Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, paras. 52-79.

[20] See Allan Roth, The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes, 15 *Journal of Family Law* 423, 429 (1976).

[21] See Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society: A Comparative Study of Family Law*, Routledge, 2010, p. 54.

[22] See Michael Freeman, The Rights of the Child in England, 13 *Columbia Human Rights Law Review* 601, 674 (1981).

[23] 英国1996年《家庭法》第11条,参见《英国婚姻家庭制定法选集》,蒋月等译,法律出版社2008年版,第235-236页。

[24] See Article 1 “Welfare of the Child” (3) of Part I “Introductory” of Children Act 1989.

[25] See Linda D. Elrod & Milfred D. Dale, Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in Balance, 42 *Family Law Quarterly* 381, 393 (2008).

[26] See Linda D. Elrod & Milfred D. Dale, Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in Balance, 42 *Family Law Quarterly* 381, 407, 418 (2008).

[27] 参见[德]迪特尔·施瓦布著:《德国家庭法》,王葆苒译,法律出版社2022年版,第461页。

[28] 参见[德]迪特尔·施瓦布著:《德国家庭法》,王葆苒译,法律出版社2022年版,第462页。

童最大利益,应建立多层次综合评判体系,具体考量因素既应包括最基础层次的儿童主客观需求、儿童意见、父母抚养儿童的真实意愿与实际满足儿童成长需求的抚养能力等;也应包括对更高层次儿童需求的考量,如与祖父母、外祖父母(如我国现行规定)、兄弟姐妹(如美国规定)等其他主体间的生活、情感联结。与此同时,应确立明确的排除规则,将父母虐待子女、拒绝子女就医、缺乏必要照料、教育不作为、导致子女生活环境剧烈变化、阻挠子女和另一方父母交往、拒绝子女接受学校教育等严重背离未成年人利益的行为规定为负面因素纳入考量标准。而就抚养费事项而言,在评估儿童所需“生活费、教育费、医疗费”的基础上,全面考察未成年人的生存和发展需求,将维护儿童“发展利益”的费用纳入抚养费的考量范围,在儿童父母客观能力允许的范围内提高抚养费的给付标准。以此为基础,最大限度将儿童最大利益原则贯彻在离婚案件具体审判规则中。

### 三 以维护儿童最大利益为核心完善离婚案件审判规则

儿童监护是保障儿童享有其他各项基本权利的前提和基础,在离婚诉讼中妥善解决儿童抚养及探望等问题直接关切儿童监护的充分实现。应继续深入理解并全面落实最有利于未成年人原则,在“后民法典”时代对相关审判规则作出发展与完善。

#### (一) 基本原则层面的深化适用

遵循最有利于未成年人原则,应确保以儿童利益为“首要考虑”的基本审判理念在离婚诉讼各环节的始终强调,尤其在民法典婚姻家庭编相关司法解释涉离婚案件“父母子女关系”部分突出该原则的统摄指导地位。具言之,可考虑在离婚诉讼涉父母子女关系相关具体审判规则展开之前,明确强调按照“最有利于未成年子女”原则进行裁判的基本审判理念,以此全面指导涉直接抚养关系、抚养费及探望权的具体规定。进而,补充强调在未成年人利益与其他主体利益发生冲突时的优先考虑地位,以此奠定保障未成年人在父母离婚后身心持续健康发展的价值基础。在保障儿童利益在离婚诉讼审判过程中得到优先考虑的同时,应尊重父母子女间权责关系的伦理属性,<sup>[29]</sup>维护婚姻家庭视域下法秩序的和谐稳定。

以最有利于未成年人原则为核心,应强调重视儿童不同成长阶段的动态变化,将儿童不断发展的能力纳入考虑之列,在离婚诉讼涉儿童直接抚养关系、抚养费及探望权等具体规则中贯彻尊重儿童真实意愿的审判理念,并设置相应的特别程序以实现对儿童意见的适当看待。对此应注意,虽然联合国儿童权利委员会要求假定儿童有能力形成自己的意见,并通过提供设备和必要的交流模式,确保落实在表达意见方面有困难的儿童的表达意见权,<sup>[30]</sup>但《儿童权利公约》本身并不要求赋予儿童意见以决定性的效力,而是强调其应得到“适当看待”。对儿童成熟度的评估应独立于对儿童意见的评估。若儿童的意见会损害其“基本利益”(basic interests),即过上合理健康生活所必需的利益,如儿童拒绝医疗

[29] 参见曹贤信著:《亲属法的伦理性及其限度研究》,群众出版社 2012 年版,第 39-48 页。

[30] See Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, paras. 20-21.

的决定会导致其死亡,那么就不应认为该意见具有决定性。<sup>[31]</sup>也即是说,儿童的意见是权衡儿童最大利益的要素,而非作出判断何为儿童最大利益之决定的门槛。<sup>[32]</sup>因此对于儿童生命、健康或福祉而言不紧急的决定,应推迟到儿童有能力判断什么最符合自身利益时作出。<sup>[33]</sup>父母离婚案件中儿童的抚养和探望事项直接关涉儿童的根本利益,法院在审理过程中应当为儿童表达意见设置特别程序,确保以全面、可理解和适宜的方式向儿童提供信息,并以儿童友好的环境和工作方式确保对其表达意见给以适当看待,将儿童的意见纳入判断其最大利益的考量体系,实现对儿童利益在儿童成长向度上的动态评估。

## (二) 具体规则层面的细化发展

### 1. 就确定直接抚养关系事项构建儿童最大利益综合评判体系

立足现有立法规定及实践经验,为全面考量涉及儿童利益的各项因素,法院在确定未成年子女直接抚养关系时可从如下六个层次构建全面细化、标准明确的儿童最大利益综合评判体系:第一,应作出关于父母的道德品质和过往行为的规定,避免未成年人由“不合格”的父母一方直接抚养。具体考察有无实施《未成年人保护法》规定的父母或其他监护人不得实施的行为、有无在未成年人出现不良行为时不履行《预防未成年人犯罪法》规定的制止和加强管教义务的行为;有无以恶意抢夺、藏匿、威胁恐吓、故意伤害未成年子女等违法方式争夺抚养权行为;有无赌博、吸毒、严重酗酒等恶习及自杀等极端行为。<sup>[34]</sup>并在其他条件等同时补充考虑父母有无孝敬老人等有助于建设优良家风的良好道德修养。第二,应作出关于父母与子女的亲子关系的规定,维护父母子女间的情感联结。在已有立法规定的“与子女共同生活的时间”之外,可参考联合国儿童权利委员会一般性意见的指引,补充规定与子女的日常沟通交流、情感照顾、对子女家庭教育的参与等考量因素。<sup>[35]</sup>第三,应作出关于父母照顾子女的真实意愿的规定,降低父母离婚后监护人侵权的风险。照顾子女的意愿应包括是否愿意保障儿童接受学校教育、是否愿意开展日常家庭教育并接受必要的家庭教育指导、是否愿意履行保障儿童安全的法定义务、是否愿意妥善管理和保护未成年人财产等。<sup>[36]</sup>第四,应作出关于父母直接抚养未成年子女的客观能力的规定,保障未成年人的适当生活水准。包括直接抚养未成年子女的时间、精力、经济条件、自身是否患有重大疾病等现实情况,以及是否有近亲属(未成年人祖父母或外祖父母等)帮助照料等情形。第五,应作出关于父母离婚后的家庭环境的规定,维护未成年人健康成长的持久利益。包括能否配合不直接抚养方继续履行监护职责、离婚后再婚家庭境况等。

[31] See David Archard & Marit Skivenes, Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views, 17 *International Journal of Children's Rights* 1, 10 (2009).

[32] See David Archard, *Children: Rights and Childhood*, Routledge, 2004, p. 66.

[33] See John Eekelaar & John Tobin, Art. 3 The Best Interests of the Child, in John Tobin ed., *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 86.

[34] 参见上海市第一中级人民法院:《婚姻家庭纠纷中未成年人司法保护白皮书》,2021年5月26日,上海市高级人民法院网站, <https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MjAyMjI5MDYmeGg9MSZsbWRtPWxtMTcxz>,最近访问时间[2024-04-11]。

[35] See Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, para. 72; Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7, CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2006, paras. 17-18.

[36] 参见《中华人民共和国未成年人保护法》第16条未成年人父母或其他监护人应履行的监护职责、《中华人民共和国家庭教育促进法》第16条未成年人父母或其他监护人开展家庭教育的内容、第17条开展家庭教育的方式。

第六,应作出关于儿童真实意愿的规定,促进实现其最大利益。如前文所述,确保儿童参与并表达真实意愿是实现儿童最大利益的重要前提。通过设置特别程序听取儿童随父或母共同生活的真实意愿,并在考量前述因素时对已满八周岁儿童以及未满八周岁儿童与其发展能力相适应的意见予以适当考虑,解决现有司法实践中对儿童意见考虑不足的问题。立足司法实践情况,应当综合衡量前述六个层面因素并赋予不同要素相应的比重,以此评判最有利于维护儿童利益的直接抚养权归属。必要时,可引入专业第三方机构开展儿童影响评估,评判父母离婚后儿童的抚养安置对其切身利益的长远影响。

## 2. 就抚养费事项明确儿童最大利益的现实要求

在抚养费相关事项中维护儿童的最大利益,应进一步明确如下三个层面问题:

首先,在基本规定中,明确将“离婚前未成年子女的生活水平”纳入确定抚养费数额的参考依据。无论是当前的《婚姻家庭编司法解释(一)》还是 1993 年《意见》,均规定确定抚养费的数额应依据“子女的实际需要、父母双方的负担能力以及当地的实际生活水平”。就此规定,有学者将“子女的实际需要”划定为一般需求(每个子女在成长过程中都普遍需要的一般需求)、个别需求(基于特殊生理或心理等情况可能产生的特殊需求)以及额外需求(非必要、超过一般可预见范围的奢侈需求,如学校未禁止学生周末住校而子女周末在校外居住的房屋租赁费等)三类,指出《婚姻家庭编司法解释(一)》所涉“子女的实际需要”通常指一般需求和个别需求,额外需求不包括在内。<sup>[37]</sup> 将“一般需求”与“特殊需求”作为确定抚养费数额的考量因素符合我国当前的司法实践现状,但于所谓的“奢侈需求”而言,笔者认为在前述“必要性”“可预见性”标准之外,还可考虑该需求对子女而言的“连续性”价值。如德国立法关注儿童的“发展利益”,可从维护儿童发展利益的视角出发适当拓展子女日常生活、教育和健康所必需之范围。在有的案件中,在子女无患病等特殊需求的情况下,二审法院判决恢复离婚时协议约定的每月 10 万元抚养费数额,已然突破了“实际需求”及“当地实际生活水平”的范围,当属维持未成年人保持较高生活水平的连续性价值考量。<sup>[38]</sup> 从最大限度保障儿童利益的角度出发,应强调不影响儿童在父母离婚前的生活水平的重要性,避免儿童的生活条件因父母离婚而出现明显降低,保障其身心健康发展的外部物质条件的相对稳定。此为促进儿童能力建设、实现儿童发展权的应有之义。

其次,在具体标准层面,适当扩大抚养费的范围。《民法典》关于抚养费范围之规定,在表述上并未对抚养费种类予以具体限制。故此,给付父母双方及法院在协商资源或需求合理的情况下扩大给付范围的空间,既有利于子女权利的保护,也更符合社会生活不断变化的实际需求。根据《婚姻家庭编司法解释(一)》,抚养费包括生活费、教育费、医疗费等费用。为满足儿童在现代社会中的多元需求,除前述费用外,现有规定中的“等”应依据设置抚养费之立法目的作扩大解释,在全面考察儿童在父母离婚前成长环境及父母实际负担能力的基础上,将现有部分司法实践已经关注到的维持儿童原有居

[37] 参见夏江皓:《〈民法典〉第 1067 条第 1 款(子女对父母的抚养费给付请求权)评注》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2022 年第 4 期,第 69 页。

[38] 参见广东省肇庆市中级人民法院(2020)粤 12 民终 2152 号民事判决书。

住水平的费用、<sup>[39]</sup> 儿童接受保姆等人员照料的费用、<sup>[40]</sup> 长期接受课外辅导和兴趣班、参与课外活动的费用<sup>[41]</sup> 等纳入抚养费的考虑范围,确保在不同个案中以最有利于未成年人原则为指导确定未成年子女抚养费的合理范围。

最后,强调在离婚判决中必须明确抚养费的给付方式。《婚姻家庭编司法解释(一)》规定“抚养费应当定期给付,有条件的可以一次性给付”。后全国人大法工委、最高人民法院等亦强调抚养费应“以定期给付为原则,一次性给付为例外”。例外情形通常考虑抚养费的给付方为出国、出境人员或与子女居住地相隔较远、联系较少,定期给付不便;给付方下落不明以财产折抵;给付方为有能力一次性支付的个体工商户、专业承包户、私营企业主等人员;当事人之间矛盾较大,定期给付可能引发纠纷;有不按时定期给付甚至不给付抚养费的风险等。<sup>[42]</sup> 为避免父母离婚后可能发生的抚养费纠纷对儿童利益的不利影响,法院应在离婚诉讼中就抚养费给付事项作出尽可能明确的裁判。在确定抚养费的给付问题时全面审查给付方的经济条件、给付抚养费的信用、直接抚养方确保将抚养费用于子女而非肆意挥霍的信用等多重因素,保障儿童在父母离婚后的适当生活水准。

### 3. 就探望权事项厘定维护儿童最大利益的实践思路

法院审理涉未成年人离婚诉讼中的探望权事项,也应从维护儿童最大利益出发,进一步明确三个层面问题:首先,确立探望权兼具权利与义务的双重属性。探望权不仅是不直接抚养子女的父母一方享有的权利,还是其作为监护人对儿童应履行的监护义务。应当确认子女亦是探望权的权利主体,不直接抚养子女的父母一方有探望子女的责任。<sup>[43]</sup> 在审判实践中,人民法院应当对子女利益给予比父母利益更多的关注。<sup>[44]</sup> 可在具体审判规则中统一标准,明确探望未成年子女既是父母的权利,也是父母的义务。相应地,明确儿童享有要求父母履行探望的权利,以此为基础强调探望权的多元内涵。如有的法院判决中指出,探望权的具体含义不应仅从字面理解,其除了探望子女的内容外,还包含了与子女往来、得知子女个人情况、参与子女教育、监督子女受抚养教育等丰富内涵。<sup>[45]</sup> 其次,进一步明确中止探望的具体事由。现有法律及司法解释并未对“不利于子女身心健康”的中止探望情形作出具体规定。有观点认为,“未成年人权利优于家长的探望权”。如出现探望一方在未成年子女面前诋毁、恐吓或殴打承担直接抚养义务的受害人、利用探望权继续控制受害人、利用探望权对受害人进行跟踪、骚扰、威胁、利用探视权继续对受害人和/或未成年子女施暴及法院认为有必要的其他情形,法院可以裁定中止探望权。<sup>[46]</sup> 司法实

[39] 参见上海市闵行区人民法院(2020)沪0112民初12252号民事判决书。

[40] 参见陕西省宝鸡市金台区人民法院(2022)陕0303民初4583号民事判决书。

[41] 参见北京市第三中级人民法院(2021)京03民终3216号民事判决书。

[42] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第295页;最高人民法院民事审判第一庭主编:《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第455-458页。

[43] 参见夏吟兰著:《离婚自由与限制论》,中国政法大学出版社2007年版,第304页。

[44] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第299页。

[45] 参见上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终2488号民事判决书。

[46] 参见最高人民法院中国应用法学研究所:《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》,2008年3月,第66条。

践中也出现了具有一定代表性的中止探望案件。<sup>[47]</sup> 立足现有司法实践,应全面考虑探望方的过往行为,包括是否有条件探望但多次无正当理由拒绝探望、是否在探望期间有意破坏未成年子女与直接抚养方的亲子关系、是否在约定探望时间结束后拒绝配合将未成年子女安全送至约定地点等,考察前述行为出现的频次及严重程度,综合权衡其损害儿童利益的事实结果,从而作出中止探望权的最终裁定。最后,应在审判规则层面明确离婚案件应当对探望权事项作出判决,以解决当前个别司法裁判回避探望事项的现实问题。人民法院应当充分考虑儿童的现实情况并尊重其对于父母探望事项的真实意愿,从最有利于未成年人视角出发确保探望的方式、时间和地点相对明确,保障未成年人与不直接抚养方的情感联结并减少可能发生的探望权纠纷。在此基础上,明确父或母的探望不应对子女的正常生活造成较大不利影响、避免占用子女的学习时间、以子女便宜为先。<sup>[48]</sup> 此外,在探望权事项中明确儿童利益的优先性,强调若探望相关事宜违背子女本人意愿或影响其生活和学习,探望权人的权利保障应当让位于儿童利益。<sup>[49]</sup>

## 四 结 语

习近平总书记指出,“家庭是社会的基本细胞,是人生的第一所学校”,<sup>[50]</sup>“家庭和睦则社会安定,家庭幸福则社会祥和,家庭文明则社会文明”。<sup>[51]</sup> 家庭和睦是社会和谐稳定的基础,应充分认识诸如离婚等类型化的家庭纠纷对社会秩序产生的深远影响。作为《儿童权利公约》确立“儿童最大利益原则”在中国语境下的表达,“最有利于未成年人原则”应在未成年人保护工作中发挥总领性作用,对包括司法保护在内的“六大保护”产生积极影响和深刻变革。聚焦离婚案件,现有相关司法解释并不能全面体现将最有利于未成年人原则置于核心指导地位的最新立法进展,这一在具体规则层面的不足导致离婚诉讼相关实践对儿童利益的考量远远不够。处理涉及儿童的离婚案件,既应在价值理念层面充分肯认儿童最大利益原则的统摄指导地位,也应在具体实践层面不断完善涉及确定直接抚养关系、抚养费及探望权等事项的司法裁判规则,预防和避免在离婚案件中发生危害儿童健康成长并减损家庭和社会整体利益的可能后果。

[本文为作者主持的 2023 年度首都经济贸易大学新入职青年教师科研启动基金资助“数字时代儿童权利保护研究”(XRZ2023016)的研究成果。]

[47] 参见浙江省永嘉县人民法院(2021)浙 0324 执 712 号民事裁定书。

[48] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 300 页。

[49] 参见江苏省高级人民法院民一庭:《江苏省高级人民法院婚姻家庭案件审理指南(2010 年)》(2010 年 5 月),第八章“三、离婚后子女探望问题”。

[50] 习近平:在 2015 年春节团拜会上的讲话,新华网, [http://www.xinhuanet.com/politics/2015-02/17/c\\_1114401712.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2015-02/17/c_1114401712.htm),最近访问时间[2024-05-17]。

[51] 习近平:在会见第一届全国文明家庭代表时的讲话,新华网, [http://www.xinhuanet.com/politics/2016-12/15/c\\_1120127183.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2016-12/15/c_1120127183.htm),最近访问时间[2024-05-17]。

---

---

## The Criterion and Improvement of Rules of the Best Interests of the Child in the Trial of Divorce Cases

[**Abstract**] Children have a special characteristic of immature physical and mental development, so the full enjoyment of the right to guardianship is a necessary prerequisite and fundamental guarantee for achieving their best interests. The divorce of parents deconstructs the natural family guardianship mode of children and has a profound impact on children's interests. In recent years, the number of divorce cases in China has remained high, and it is urgent to explore ways to properly resolve important issues concerning children's right to guardianship, such as direct custody, maintenance, and visitation rights, in divorce proceedings, in order to maximize the protection of children's interests in the event of parental divorce. It must be acknowledged that China has made significant progress at the legislative level, establishing the basic trial principle of "being in the best interest of minor children" for divorce cases. However, there are some shortcomings in specific rules. The relevant judicial interpretations are still lagging behind legislation and have not fully reflected the latest legislative progress, resulting in difficulties in fully and effectively safeguarding the interests of children involved in divorce proceedings in practice. We should, based on the international standard of taking the best interests of the child as "a primary consideration", reflect on the problems existing in China's current judicial practice and improve the specific trial rules for child guardianship matters in divorce cases by taking the reality of China as the starting point, so as to ensure the comprehensive implementation of and consistent adherence to the principle of "being in the best interest of minor children" in the trial. On the one hand, at the level of basic principles, the principle of the best interests of the child should be emphasized as the guiding principle in divorce trials, so as to ensure that the basic trial concept of taking the interests of the child as "a primary consideration" be implemented in all stages of divorce litigation. On this basis, a dynamic review should be carried out with the principle of the best interests of the child as the core, taking into account children's evolving abilities, and fully respecting their true wishes in all specific rules of divorce proceedings. On the other hand, it is important to continue to refine and improve specific trial rules for divorce litigation by establishing a comprehensive evaluation system for the best interests of the child in determining direct custody matters, appropriately expanding the scope of child maintenance and clarifying its payment methods, and improving the considerations for the best interests of the child when it comes to matters related to visitation rights. While acknowledging that visitation rights have dual attributes of rights and obligations, the specific reasons and judicial requirements for suspending visitation should be further refined to protect the child's interests.

---

---

(责任编辑:余佳楠)