

“子女最佳利益”原则下的亲权制度构建

浦纯钰

(江南大学 法学院, 江苏 无锡 214122)

[摘 要] 随着法律观念与时代的进步,现代亲权主要是用来调整亲子关系法律制度,在家事法领域发挥着重要的作用。现代亲权立法普遍以子女利益为本位,强调尊重子女的人格与自由,并给予未成年子女利益以最佳限度的保护。无论是英美法系,还是大陆法系,在处理未成年子女问题上普遍设立了“子女最佳利益”原则,并将其作为判定父母离婚后亲权归属或监护确定的最高准则。我国亲权立法尚未引入亲权概念,并不存在独立意义上的亲权制度,更没有确立“子女最佳利益”原则。在我国民法典·亲属编的制定过程中,宜在以“子女最佳利益原则”和“共同亲权原则”之下,采取亲权与监护制度并存的立法例,对亲权的主体、内容、行使及监督机制加以具体规定,同时对实践中不断出现的隔代探望权纠纷作出相应的法律规定,保障父母与子女的合法权益。

[关键词] 子女最佳利益;亲权;离婚;隔代探望权

[中图分类号] D913

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-6973(2018)03-0030-07

一、亲权制度概述

1. 亲权的概念、内涵及主要特征

亲权这一概念最早始于罗马法和日耳曼法,罗马法中,亲权具有支配权的含义,而在日耳曼法中,则有保护权的意思。^[1]从历时性的角度看,亲权经历了由绝对的家父主义时期向父母共同行使时期的过渡,再发展到子女本位时期。随着时代的进步,在现代社会,父母子女关系已经发生了根本性的变革,家庭内部空间趋于法律化,两性之间、父母子女之间的关系趋于平等化。与此同时,现代社会愈加强调家庭的教育功能,虽然社会公共教育体系日益重要,但无法完全替代家庭的功能,父母对子女事务的决定在于照顾和教育子女,对其人格形成和个性教育发挥无法替代的影响。^[2]时至今日,亲权中专制支配的内容已经被摒弃,亲权已演进成为专为保护未成年子女利益而设的制度。^[3]

父母子女关系一直是亲权制度的中心,在现代亲权制度理论中尤其如此。日本学者我妻荣先生指出,“人由于有父母子女的关系,从而发生各种各样法律上的效力……。但是,父母子女关系最重要

效力,而且是与其他亲属关系有本质不同的父母子女关系的特有效力,恐怕是父母应该处于对未成年子女进行哺育、监护、教育的地位。”^[4]亲权源于血缘亲情与社会人伦,既包含有“养”的内容,更包含“教”的成分。我国亲属法理论认为,所谓亲权,是父母基于其身份对未成年子女的人身、财产进行教养保护的權利和义务。^[3]

作为一种法律制度的亲权,是父母基于血缘关系而具有的法定权,因此作为亲权主体的亲权人仅限于父母,但在亲权行使上则因具体情况而存在单独或共同行使之别。通常认为,亲权的对象限于未成年人。如日本现行民法第 818 条第一款规定:“未到成年的子女,服从父母的亲权”。更进一步而言,亲权的对象仅限于未婚未成年子女,因为规定亲权制度的国家和地区对于未达年龄但已结婚之未成年人,在亲属法上均视同成年。亲权在性质上具有权利和义务相结合的双重属性,具体到亲权内容上,则体现为亲权人对未成年子女的身上照护权和财产照护权,前者体现为抚养教育、管教保护,后者则体现为财产管理权、财产行为代理及同意权等内容。亲权集权利义务于一体,在这一制度中,为

[收稿日期] 2017-12-10

[作者简介] 浦纯钰(1963—),女,江苏无锡人,江南大学法学院副教授、江苏神阙律师事务所律师,主要研究方向为民商法、婚姻家庭法。

了子女的最佳利益,父母不仅有教育子女、管理子女财产的权利,也有抚养、保护子女的义务。为保障父母的权利,许多大陆法系国家将亲权视为法定权,不可随意剥夺和放弃。如德国《基本法》第6条规定了父母对子女的照料和教育是天然的权利,也是其义务。而对于放弃义务的行为,也配套了相应的惩罚措施,《德国民法典》第1674、1675条规定了父母如果长时间不能进行父母照顾或者照顾一旦停止,则会剥夺父母照顾的权利。^{[5]496-497}

2. 亲权与相关制度辨析

(1) 亲权与探视权

探视权指父母离婚后,没有与未成年子女共同生活的一方有探望子女并保持与之交往的权利。探视权制度是婚姻关系解除情况下,亲权行使的必然逻辑结果。《德国民法典》规定没有重大原因,夫妻一方不得拒绝另一方对子女的探视;^{[5]513-514}美国《统一结婚离婚法》407条规定法院认为探视在不会损害子女的权益的情况下,允许无监护权一方的父母合理的探视。^[6]探视权以亲权作为权利基础,同时也是亲权的重要组成部分。探视权的行使需在“子女最佳利益原则”下进行,并按照法律的规定或约定进行。探视不能阻碍子女的正常学习生活,否则为权利的滥用。实践中,为了保障一方探视权的行使,往往规定了与子女共同生活一方的协助义务,对于阻扰行为,法院可以采取强制执行、罚款等措施。

(2) 亲权与监护权

大陆法系各国民法中,亲权与监护权在渊源和功能上有相似之处,理论上通常认为,“就未成年子女保护而言,监护一直被视为亲权的补充与延续”。^[3]但亲权与监护权毕竟作为二元化的制度存在,二者有明显的区别。首先,亲权基于父母子女间的特定身份而存在,具有自然权利属性,而监护权系由法律规定,其取得、行使比亲权有更多的限制。其次,亲权既是父母对子女的权利,也是一种义务;而监护权体现的是社会对弱者的管护义务,从被监护人的个人本位出发,补足其行为能力上的欠缺。^[7]最后,亲权的主体限于父母,而监护主体除父母外,还包括其他近亲属、社会机构,其主体范围远远大于亲权,其确定无需满足特殊的身份关系,而由法律规定或法院指定。总而言之,尽管亲权与监护权相互区别,但二者共同构成了“二元一体”的制度来保护未成年人利益。亲权制度更多地体现了家庭内部的管理与自治的关系,而监护制度的发展则体现了法律对平等主体中弱者的人身保护性。

二、“子女最佳利益原则”在域外亲权立法中的体现

1. “子女最佳利益原则”的来源及内涵

子女最佳利益原则(the best interests of the child)作为现代亲子法的一项基本原则,是随着历史的发展和时代的进步,国家通过立法及司法手段介入家庭关系,以维护弱势子女权益而逐渐确立起来的。子女最佳利益原则下的亲子法,以“子女利益”为本位,取代了传统社会中的“家本位”或“家长本位”法制。子女最佳利益原则强调以儿童(未成年)的利益保护为中心构建亲子关系,从过去把重点放在父母权利改为父母责任,“父母在法律上的权利”与“子女最佳利益”相比,已变成居于次要的地位。^[8]

在子女最佳利益原则确立之前,各国立法先后主要以父权优先原则、幼年原则(tender years doctrine)作为确定子女教养及监护责任主体的主要依据。随着儿童保护原则、尊重和保护儿童的权力和自由等思想意识的强化,各国在处理未成年人监护,尤其确定离婚程序中亲权行使主体及监护等问题时,越来越重视对子女利益的最大化保护,并在立法及司法实践中逐渐确立了判定未成年监护权归属的一些优先考虑因素。例如,美国1973年《统一结婚离婚法》为全国各法院设立一些判定子女最佳利益的准则;英国1971年《未成年人监护法》(Guardianship of Minors Act)、1989年《儿童法》(Children Act)皆将子女的利益规定为子女监护事件中应最优先考虑的因素。

子女最佳利益原则不但在英美法系和大陆法系国家已发展成法院在处理父母离婚后子女监护案件时的最高准则,而且在国际人权保护领域也逐渐受到重视,成为《联合国儿童权利公约》明文规定的一项重要原则。^[9]虽然这一原则已为国际公约及各国立法所普遍承认,但因该原则的概念本身的不确定性,使得立法及司法实践中对于该原则的内涵表述存在相当大发挥空间。无论是英美法系还是大陆法系,在子女最佳利益原则指称范围的界定上,普遍采取了概括+列举的模式,并借助司法裁量权以方便其适用。

2. 英美法系亲权立法与“子女最佳利益原则”

英国1989年《儿童法》第1条明确规定,法官在处理涉及子女问题时,应以儿童最大利益为首要的考虑,从而确立了“儿童最大利益优先原则”。依照该法律,法院在决定适用儿童最大利益优先原则时,应当审查和考虑以下因素:(1)子女可得知之意愿或情感(应考虑其年龄或认知能力);(2)该儿童其身体、情感、教育之需求;(3)变更环境可能对该

儿童造成的影响；(4)该儿童年龄、性别等背景，以及其任何被法院认为相关之特质；(5)其父、母及任何在本事件中被法院认为相关之人，他们每个人符合或满足该儿童之需求之能力；(6)本事件之诉讼程序中，本法授予法院(为谋求儿童最大利益)可行使之权力之范围。

美国对于子女最佳利益原则的确定，始于地方州的司法判决。早在1869年，美国Oregon州法院就在判决中就援引了这一原则。判决认为，“法院有权力依照提供未成年子女最适合的生活环境以及有利于促进其利益的标准作出判决。”^[10]在决定监护时，法院应当考虑子女的最大利益以及父母各方过去的行为以及道德水平。在监护中不存在仅因一方具有母亲的身份就可使其获得优先于父亲获得子女监护权的权利。到了20世纪70年代，美国各州法院普遍认为传统的母权优先的“幼年原则”，在实质上违反了宪法关于两性平等原则的精神，从而被推翻，代之以性别意涵较中立的“儿童最佳利益原则”，作为法院判断儿童监护权归属争议案件的考量标准。^[11]

1973年《美国统一结婚离婚法》以列举的方式为法院设定了一些在决定子女最大利益时应当斟酌的具体因素，依据该法第402条规定，这些因素包括：(1)子女的双亲或其中一方对于担任监护的意愿；(2)子女本身对于由谁担任其监护的意愿；(3)子女与父母、兄弟姐妹或其他可能重大影响其最佳利益之人间的互动与彼此关系；(4)子女对于家庭、学校及社区之适应；(5)所有牵涉在本事件内的利害关系人之心理与身体的健康状况；(6)其他相关因素。与此同时，作为一种衍生性的判断标准，美国法院在针对离婚程序中的监护权确定问题上还采取了“主要照顾者”标准作为补充。依此标准，法官在确定子女监护权时，推定在日常生活对子女承担主要照顾责任的一方行使监护权符合子女的最佳利益，除非另一方能举证证明自己是较佳的监护人。^[12]

3. 大陆法系亲权立法与“子女最佳利益原则”

现行《德国民法典》^[5]采用监护与亲权制度并存，在“子女最佳利益原则”和“共同亲权原则”的基础上，确认了父母照顾未成年子女的义务和权利。德国亲权制度重视对未成年子女的利益保护，考虑子女不断增长的能力和子女对独立和有责任感地实施行为的不断增长的需要，加以抚养、教育。依照德国民法，父母对子女负有人生照顾和财产照顾的义务，尤其是在人身照顾上，强调父母不得实施

体罚、心灵上的伤害和其他侮辱行为(1631条)。对于离婚，考虑子女的利益，亲权由父母共同行使(1626a条)，任何一方可以向法院申请将父母照顾托付于自己，也有与子女进行交往的权利，另一方不得侵害子女与一方父母的关系。更值得关注的是，德国法院在对子女最佳利益原则的理解和适用问题上，给予精神支持以极大的关注。对物质条件与精神支持而言，更应强调对子女在心灵上、精神上的支持，而父母经济之优劣则非首要考虑的因素。^[9]

法国的亲权制度以未成年人利益保护为核心，侧重父母对未成年子女的人身及财产方面的权利和义务。《法国民法典》^[13]将与子女人身相关的亲权和财产相关的亲权分别加以具体规定：(1)父母对子女有人身照顾权，照管、监督、教育子女。夫妻关系存续期间，父母共同行使亲权，离异或分居不影响共同亲权的行使(372—2条)，但可根据有利于子女的利益，请求法院裁决具体行使方式。(2)赋予家事法院的干预权，法官可以采取各种措施保证子女与父母联系的持续性和实际性，可依具体请求就亲权行使的方式和子女的生活教育费作出判决。(3)采取了教育性救助，若未成年子女的健康、安全或道德品行面临危险或身体、情感等受到严重影响，父母均可以请求法院采取教育性措施(375条)，并就有关条件、程序做出了具体的规定。(4)明确了父母危害子女利益的情况下完全取消其亲权，包括对子女的人身犯罪、虐待、使用毒品、对子女不加照管等明显危险子女安全、健康、道德的行为。

《日本民法典》也以专章规定亲权，未成年子女应服从父母的亲权(818条)。该法典第189条规定，婚姻存续期间，亲权由父母共同行使，父母协议离婚则通过协议确定亲权人，诉讼离婚则由法院确定亲权人，子女出生前由母亲行使亲权，出生后依据协议由父亲作为亲权人，若无法达成上述协议，则由法院判决。^[14]

我国台湾地区在亲权立法方面虽然主要沿袭日本，但在离婚后的亲权行使问题上，又有所不同，并且逐渐趋向于兼采单独亲权或共同亲权主义。台湾“民法”在1996年修改前，对于两愿离婚之子女监护，采取父权优先原则，对于判决离婚之监护，则基于子女利益之考虑，由法院酌定监护人。修订后的台湾“民法”亲属编第1055条规定：“夫妻离婚时，对于未成年子女权利义务之行使或负担，依协议由一方或双方共同任之。未为协议或协议不成者，法院得依夫妻之一方、主管机关、社会福利机构或其他利害关系人之请求或依职权酌定之。前项

协议不利于子女者,法院得依主管机关、社会福利机构或其他利害关系人之请求或依职权改订之。”此种修改,在体例上固然与国际上亲权立法的一般趋势趋同,在本质上则体现为亲权立法对子女最佳利益原则的引入和贯彻,具有重要的借鉴意义。

三、有限的“子女本位”： 我国亲权制度的立法缺陷

1. 立法在形式上未确认亲权法律制度

我国立法并没有引入亲权的概念,而在一些法律法规中却能看到类似于亲权的制度,如《民法通则》、《婚姻法》、《未成年人保护法》等,但未能形成完整的法律制度。《婚姻法》第21条规定“父母对子女有抚养教育的义务”,第23条规定“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务”,可以据此认为我国婚姻法在某种程度上已触及亲权的核心问题。同时,我国现行婚姻法还规定了离婚后的父母教养义务(第36条)、离婚后的探望权(第38条),我国《民法通则》也规定了未成年的监护(第十六条),此外最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》、《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》等司法解释对离异后的监护确定等问题做了规定,这些规范内容在实质上属于亲权制度的内涵。正因如此,学界多认为虽然我国没有亲权的概念,却有实质性内容的亲权制度。^[15]对此,笔者认为,单从《婚姻法》的条款来看,确属亲权制度的内容,但是婚姻法这些原则性的规定,并没有配套相应的亲权制度操作规则,实践中解决纠纷时也并非以此作为亲权规范的依据。

2. 立法上未区分亲权与监护制度

根据我国《民法通则》、《婚姻法》、《未成年人保护法》等法律的规定可以看到,亲权在我国法律制度上的实现主要寓于监护权制度之中。由于我国立法并未确认亲权概念,因而在亲属关系立法上并未明确区分亲权与监护。《民法通则》16条第1款规定:“未成年人的父母是未成年人的监护人”,而《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》也对监护人的职责予以了明确。我国并没有区分亲权与监护制度的界限,而是以监护制度来涵盖亲权制度,而婚姻法作为家庭纠纷解决的法律依据,其有关父母子女关系的内容也正是履行监护责任的体现。从这个层面来说,我国立法不存在纯粹意义上的亲权制度。

从比较法的角度看,在复杂的亲子关系面前,

许多大陆法系国家采取监护与亲权二元并存,在司法实践中发挥了较好的作用,一方面不仅真正体现了子女最大利益,而且能够有效解决纠纷。对比我国,将亲权纳入监护制度在一定程度上确实可以促进亲子关系的健康发展,但从实践中不断出现的各种纠纷来看,这种效果并不尽如人意。首先,我国的监护制度并没有确定“子女最佳利益”原则,法律往往试图平衡各方利益而显得优柔寡断;其次,纵使很多法律法规中能够看到以保护未成年人利益为宗旨的影子,但并不完整的法律机制给司法和执法带来了诸多阻碍,法律效果也许并不理想,典型的属目前我国农村普遍存在的留守儿童问题,由于缺乏有效的监护,其生活、教育和身心健康无法保障。为此,鉴于我国的亲权立法现状和实践中的暴露的问题,在《民法典》的起草中,有必要重新审度亲权和监护制度在我国民法体系中的地位。

3. 离婚后的亲权配置原则不明确

对于离异后的亲权行使及监护设定,我国婚姻法仅在父母子女关系问题上强调父母共同的抚养、教育义务,而未言及亲权配置及监护确定问题。司法实践中主要根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第21条的规定处理。该条规定: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;但是,未与该子女共同生活的一方,对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的,人民法院认为可以取消的除外。对于离婚后的父母如何行使亲权,在世界范围内存在单独亲权主义、共同亲权主义、兼采单方行使原则与双方行使原则三种不同的立法例。就我国立场而言,根据《婚姻法》第36条第2款以及《民通意见》第21条的规定,可以判断出我国实行的是离婚后的父母共同亲权主义。但是从《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》中21个条文的规定来看,其对父母离婚后对未成年人的亲权归属的态度又是以单独亲权主义为原则,而以轮流行使亲权为例外的亲权归属模式。^[15]这种冲突的存在,使得法院在判定监护问题上更为棘手,而且我国立法和司法又均未引入“子女最佳利益原则”,导致实践中作出的判决往往难以体现对未成年人的最佳保护。

4. 缺乏必要的亲权限制及恢复规则

即使认可我国现行立法上存在实质意义上的亲权制度安排,也不可否认的是,我国法在对待亲权的限制乃至剥夺问题上过于保守。对于亲权、监

护、探望权等权利的行使,并未设置详细的规则,尤其是针对特定情形下的权利限制规则,尚付阙如。在比较法上,各国亲属法通常规定有亲权丧失或剥夺之事由,以保护子女的利益。如瑞士民法规定,当父母因疾病等原因无力行使亲权,或严重违反对子女应尽的义务时,监护监督官厅可剥夺亲权。又如,日本民法规定,当父或母滥用亲权或品行恶劣显著时,可宣告其亲权丧失,当父母管理失当而危及子女财产时,则可宣告其财产管理权丧失。德国、我国台湾地区也规定有类似的因亲权滥用而遭受限制或剥夺之规定。我国目前正处于转型时期,社会环境及家庭关系存在诸多的不利因素,因家庭暴力、吸毒、赌博等不良行为导致儿童身心受害、利益受损的案例频繁发生,但却缺乏亲权立法上的必要的限制及干预,这不仅不符合子女最佳利益原则的内在要求,同时也不利于通过家庭的稳定来实现社会稳定的社会目标。

四、完善我国亲权制度立法的

体例选择与规则建构

1. 我国亲权制度立法的体例选择——亲权与监护制度二元并存

在立法体例上,大陆法系国家实行的亲权与监护二元一体的模式可以为我国民法典中亲权立法所借鉴。亲权概念的采纳是建立亲权制度的逻辑起点。我国宜引入亲权的概念,以应对日益复杂的亲子关系,并对非婚生子女、人工生育子女等子女关系作更细致的规定。在确认亲权的基础之上,立法应明确区分亲权与监护制度。在大陆法系各国,通常均在其民法典亲属编设专章或专节规范亲权制度,并与监护有所区别。前已述及,亲权侧重的是权利义务的统一,而监护制度则更侧重于责任,“监护于我们而言是干涉性的、非私益的,不针对别人的制度设计,它尽可能减少个人意志及由此而强调的对个人的尊重”。^[16]为此,监护无法完全包容亲权,这就决定了在立法例上应将两种制度区别对待。于我国而言,当摒弃亲权与监护模糊不清的混杂规定模式,将亲权与监护分开立法,对亲权的主体、客体、内容、行使及监督机制加以具体规定,增强法律的可操作性,充分保障子女的合法权益。

2. 明确以“子女最佳利益”为亲权立法的最高原则

设定亲权的国家大多以“子女最佳利益”为核心,子女本位的立法理念贯穿始终。《德国民法典》

第1697a条规定了法院在考虑真实情况和可能性以及利害关系人的正当利益的情况下,需做出最符合子女最佳利益的裁判。《法国民法典》也规定父母不得实施虐待、不轨行为等有害子女安全、健康和道德品行的行为,否则完全撤销其亲权。^[13]¹²⁶然而子女最佳利益是一个模糊的概念,如何把握还要依据个案自由裁判,但这一原则的确立至少要体现出将未成年人作为法律上需要进行特殊保护的身份,强调对其保护的的特殊性,在涉及重大财产以及人身事务时,需特别注意保护未成年人的权益,如监护、收养、父母离婚等。

3. 进一步明确离异后监护权的确定规则

前已论及,兼采单独亲权主义与共同亲权主义,并通过子女最佳利益原则来确定离婚后的未成年子女监护问题已成为各国通例。虽然我国婚姻法、民法通则意见及相关司法解释已对这一问题做出了一些规定,但毕竟缺乏原则性规定,且未能有效解决法律规定之间的冲突问题,司法实践也失于僵化,并不能有效解决纠纷。因此,笔者认为我国在接下来的民法典制定过程中,应当在亲属编内将现行的有关离异后亲权归属的判定规则加以整合,采取世界亲权立法的通例,兼采单方行使原则与双方行使原则。可充分借鉴台湾地区“民法”的规定,允许协议离婚时就一方行使亲权或共同行使亲权作出约定;对于未约定或协议不成的,人民法院在判决离婚时,应当根据子女最佳利益原则,依当事人请求酌定。

4. 明确隔代探望权的行使及其限制

作为亲权的一种补充和延续,法律规定离婚后未与子女共同生活的一方享有探视权,已成为世界各国通例。通常认为,探视权的主体限于离异后未获得监护权一方。如我国台湾地区“民法”亲属编第1055条第五款规定,法院得依请求或依职权,为未行使或负担权利义务之一方酌定其一方与未成年子女会面交往之方式及期间。但其会面交往有妨碍子女之利益者,法院得依请求或依职权变更之。同时,我们也可以看到,一般立法上并未明确规定作为近亲属的祖父母、外祖父母是否享有对离异后的未成年被监护人的探视权,实践中围绕隔代探视权也存在颇多争议。从比较法的角度来看,在传统普通法下,祖父母对孙子不享有隔代探望权,父母只有道德上的义务允许祖父母探望孙子。^①随

^①See BLACK'S LAW DICTIONARY 443 (6th ed. 1990).

着隔代探望纠纷的不断增多,国外一些法院也逐渐以判例的形式承认了隔代探望权,最终在立法层面上扩大了探视权主体的范围。如美国1989年《儿童法案》确立了祖父母探视权的主体地位,《德国民法典》1685条(1)项规定在子女最佳利益的前提下,祖父母、外祖父母与子女交往的权利。^{[5]514}

我国《民法通则》、《婚姻家庭法》等法律也没有明确涉及隔代探望权,司法实践中对此所呈现出来的倾向性意见与上述国家的做法具有相似性。例如2015年审结的江苏首例“隔代探望权”案和2016年重庆渝北区法院审理的全国首例跨国隔代探望权案,法院基于探望权设定之初衷及未成年人利益的考虑,最终均支持了原告所提出的隔代探望请求权。^①理论上对于法律是否应当认可隔代探望权,也多半采取支持的立场,认为基于对隔代亲情的保护,应在立法或解释上确认隔代探望权。^[17]祖父母对孙子女在人身方面当然享有亲权,具体体现就是探望权,以此将传统家庭亲情的自然利益上升为法律上的权利。^[18]而且舆论风向上也把探望权主体的扩展视为一种立法趋势。^[19]

笔者认为,从中国一贯的人伦社会观念来看,隔代探望权之所以备受关注,与中国老人的家庭观念、精神寄托息息相关。对于始终重视血脉亲缘及子孙寄托的中国老人而言,隔代探望从某程度上更多地反映的是他们的心理需要,他们有这样的探望需求,但此种需求是否契合亲权制度的一般理论,以及是否符合子女最佳利益的要求,则需因个案具体认定。笔者并不完全反对当前司法实践中的意见倾向,也认可合理的隔代探望权之必要,但同时也认为应当对隔代探望设定必要的条件及限制。一方面,从逻辑上说探望权基于亲权而发生,隔代亲属并不属于亲权人之范畴,因而将探望权主体拓展至除父母以外的近亲属,似与亲权理论不相融洽,除非该种探视权利系基于探视权人之委托,从而视为亲权或探视权的衍生性权利而由法律予以确认,尚在合理性之中。也正因如此,笔者认为隔代探望权只能作为补充性的法律制度来实施,否则有对抗亲权之嫌。另一方面,探视权的行使必须符合子女最大利益的标准,否则即应加以限制。隔代探望权的行使需以不影响未成年人的身体、精神、道德或感情的健康等为前提,并且应当有利于未成年人的持续健康成长。

5. 增设有关亲权限制及剥夺的法律规则

亲权并不会永久存续,也会因一定的事由而发生变动。首先,亲权因死亡而丧失。如果父母一方死亡,则其亲权转移至另一方,若双方均死亡,则亲权均丧失。其次,亲权因法定事由而停止。一般认为,父母照顾、抚养孩子是其一项基本权利,只有当国家有重大利益保护时才会受干扰,但当父母行使亲权被证明是不合适的或者无法履行父母职责而有害于子女利益时,为充分保护未成年子女的利益,公权力在一定范围内就会减少父母的权利,甚至是停止亲权。^[20]国外的司法实践在决定是否停止亲权问题上,会考虑两个因素,即巡回法院发现父母不适宜,并且停止亲权有利于子女的最佳利益。^[21]诚然,在我国的亲权制度构建中,公权力的监督实为必要,以防亲权被滥用。对于亲权人虐待、遗弃、对子女人身犯罪、不履行父母责任等严重危害未成年子女生理、心理等行为,法院可以裁决停止其亲权。然而,这种停止并非终止,在考虑子女最佳利益基础上,若父母已在育儿技巧上加以持续改善,并建立家长和孩子之间的有利关系,经在法院许可后可恢复亲权。^[22]

[参 考 文 献]

- [1] 史尚宽. 亲属法论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:656.
- [2] 迪特尔·施瓦布. 德国家庭法[M]. 王葆莳译. 北京:法律出版社,2010:258—259.
- [3] 陈小君,易军. 亲权制度研究及其立法建构(下)[M/OL]. 北京:中国政法大学出版社,2002. <http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=7891>.
- [4] 我妻荣,有泉亨著. 日本民法·亲属法[M]. 夏玉芝译. 北京:工商出版社,1996:130.
- [5] 陈卫佐译注. 德国民法典[M]. 北京:法律出版社, 2015.
- [6] 韩璐. 父母离婚后亲权行使问题探讨[J]. 湖南省政法管理干部学院学报,2001,(2).
- [7] 张力. 监护、亲权抑或其他——论我国亲子法的立法模式选择[J]. 广西大学学报(哲学社会科学版),2005,(3).
- [8] Douglas G, Sebba L. Children's rights and traditional value[M]. England: Dartmouth Publishing Company. 1998. p. 291.

① 参见(2015)锡民终字第01904号;“全国首例跨国隔代探望权案改判:老人胜诉”,人民政协网,2016年8月23日。<http://www.rmzxb.com.cn/>,访问日期:2016年8月25日。

- [9] 王洪. 论子女最佳利益原则[J]. 现代法学, 2003, (6).
- [10] 刘颖. 论子女最佳利益原则. 厦门大学硕士学位论文[D]. 2007.
- [11] 雷文玫. 以“子女最佳利益”之名: 离婚父母对未成年子女权利义务行使与负担之研究[J]. 台大法学论丛, 1999, 28(3): 33.
- [12] Chamber D. Rethinking substantive rule for custody dispute indivorce [J]. Michigan Law Review, 83 (1984). p. 475—489.
- [13] 罗结珍译. 法国民法典[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [14] 王爱群译. 日本民法典[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [15] 夏吟兰, 高蕾. 建立我国的亲权制度[J]. 中华女子学院学报, 2005, (4).
- [16] Winsor C, Schmidt Jr. Wingspan of Wingspread, “What is known and not known about the state of the guardianship and public guardianship system thirteen years after the winspread national guardianship symposium”[J]. Stetson Law Review, 2002, p. 1028.
- [17] 付晓斌. 隔代亲情的法律保护——论隔代探望权的确立和制度设置[M]//万鄂湘. 探索社会主义司法规律与完善民事法律制度研究——全国法院第23届学术讨论会获奖论文集(下), 2011.
- [18] 付琴, 杨遂全. 祖父母对孙子女应当享有探视权[M]//陈苇. 家事法研究. 北京: 群众出版社, 2005.
- [19] 王春霞. “适度扩大探望权主体是立法趋势”[N]. 中国妇女报, 2016—8—26.
- [20] Mary E, Taylor, J. D. “Parent’s use of drugs as factor in award of custody of children, visitation rights, or termination of parental rights”[N]. American Law Reports, 1994.
- [21] Jacqueline D, Stanley J. D. “Grounds for Termination of Parental Rights”[J]. American Jurisprudence Proof of Facts 3d. 2016.
- [22] Christine P, Costantakos J. D. “Best interest as an element of termination of parental rights”, Nebraska Juvenile Court Law and Practice. 2015.

(责任编辑: 闫卫平)

Establishment of Parenthood System under the Principle of “the Best Interests of Children”

PU Jun-yu

(School of Law, Jiangnan University, Wuxi 214122, China)

Abstract: With the development of legal concept and times, modern parental power is mainly used to adjust the legal system of parent-child relationship, which plays an important role in the field of family law. Modern parental power legislation is based on the interests of children, emphasizing respecting the personality and freedom of children, and giving the best protection to the interests of minor children. Whether in Anglo-American law or civil law, the principle of “best interests of children” is generally established in dealing with minor children, and it is regarded as the highest criterion to determine the parental rights or guardianship after divorce. The concept of parental rights has not been introduced into the legislation in our country, and there is no independent system of parental rights. What’s more, the principle of “the best interests of children” has not been established. In the edition of the family volume in the civil code of our country, we should adopt the legislation that coexists with the system of parental rights and guardianship, specifying the subject, content, exercise and supervision mechanism of parental rights under the principle of “the best interests of children” and “the principle of common parental rights”. At the same time, the corresponding legal provisions should be made on the disputes of visitation rights in successive generations in practice, so as to protect the legitimate rights and interests of parents and children.

Key words: Best Interests of Children; Parental Authority; Divorce; Visiting Right of Alternate Generations