

论国家对父母监护人资格的干预

—以剥夺监护权第一案为例

姚毅奇, 冯源

摘要:在大监护的背景下,监护既是父母的权利,更是父母应承担的义务。对“不配”履行监护义务的父母撤销相应资格,是立法改革的必然结果。在家庭自治领域不断缩小的社会背景下,结合儿童最大利益原则,加强国家干预,对父母监护人资格的撤销应遵循相应“客观标准”和“主观标准”,而建立于社会分工基础上专业机构的履职则是实现有效干预的保障。

关键词:监护人资格;国家干预;儿童最大利益;专业机构

中图分类号:D923.9

文献标识码:A

文章编号:1674-8557(2015)03-0067-09

一、问题的提出:父母监护人资格的撤销

首例民政部门申请撤销父母监护人资格案件,在全国引起了热议和关注,诸多新闻媒体进行相关报道。在徐州,年仅十岁的小姑娘小玲多次被亲生父亲邵某性侵,其母亲王某多年以来对小玲也缺乏照料,经江苏省徐州市铜山区民政局的申请,结合小玲个人意见,法院判决撤销被申请人邵某、王某对小玲的监护权,并指定铜山区民政局作为小玲的监护人。近年来,父母监护人资格被撤销的案例已经越来越多地走向司法实践,并步入大众关注的视野。但此案确有几处值得探讨:其一,父亲对子女进行了严重的暴力侵害,母亲存在履行监护义务的严重疏忽,如何认定两者的行为;其二,在为子女重新确立监护人时,听取子女的意见,对结果的形成是否存在重要影响;其三,案件中除了法院之外,民政部门扮演了重要角色,其不仅作为申请撤销父母监护人资格的申请人,亦作为法院指定的监护人,最终全面承担起监护小玲的责任,民政部门的职责如何理解。本文将围绕这三个重要问题逐一展开,以此管见我国监护人资格撤销相关立法的发展、变迁,并为国家从行政与司法层面干预未成年人(儿童)监护事务提供建议。

【收稿日期】2015-05-11

【作者简介】姚毅奇(1967-),男,福建龙海人,福建省诏安县人民法院院长,高级法官,厦门大学法学院兼职硕士生导师,华侨大学法学院客座教授。冯源(1989-),女,湖北襄阳人,厦门大学法学院2013级民商法专业博士研究生。

参见姜银生、夏王昊:《民政局给她当“爸妈”——全国首例民政部门申请撤销监护人资格审判纪实》,载《人民法院报》2015年3月2日,第3版。

例如,2014年7月24日,最高人民法院公布的八起典型案例之一“林丽某被撤销监护权案”,系福建省首例因母亲长期对未成年子女进行虐待而被撤销监护人资格案件,福建省仙游县人民法院判决:撤销监护人林丽某对亲生子林某的监护人资格,指定申请人所在村民委员会担任林某的监护人。

根据联合国《儿童权利公约》,儿童指的是“18岁以下的任何人”,本文在同一层面使用“儿童”和“未成年人”的概念,

监护权的性质与干预的正当性紧密相关，是需要首要探讨的问题。围绕着监护权利说、监护义务说、权利义务统一说，学界长期存有争论，加上我国采取“大监护”的做法，并不明确区分监护和亲权，为监护权性质的理解带来了更大的困难。台湾学者史尚宽先生将亲权定义为：“父母基于其身份，对未成年人子女的教养保护为目的之权利义务之集合”。父母、子女之间存在固有的血缘关系，亲权更倾向是一种自然连接，而监护意在为民事行为能力有缺陷之人设立保护人，其工具性、手段性更加明显，更倾向是一种人为连接。在我国亲权为监护所吸收的立法模式之下，仅从权利或者义务角度理解监护都不完全。笔者认同权利义务统一说的观点：监护是特定民事主体的一项民事权利，具有权利的属性，同时，还有其重要的法律义务属性，是法律为保护行为能力欠缺者的合法权益而赋予特定当事人的一种社会职责，是一种权利与义务相统一而以义务为中心内容、权利为义务服务的职责。当代社会，父母与子女逐渐走向人格平等的状态，因此，义务成为监护的核心内容；同时，由于国家责任的显化，监护又带有职责的色彩。因此，监护权性质的讨论厘清之后，未成年人照护责任的承担愈显得重要，监护的手段性、公益性更加凸显。监护与亲权最早起源于罗马法：家父权之下未成年人受到家父对其人身、财产的双重支配，而相对于家父处于明显劣下的地位；监护作为补充家父行为能力不足的权宜之计，最初也是从家族的立场出发的，监护和保佐是两种有关财产行为的、对人的权利，受监护人是自权人。当不平等的因素被改造之后，监护利益重心从家父（长）转移至未成年人本人之时，近代监护精神便得以形成。即使，大陆法系与英美法系存在些许制度差异，但实质上都强调未成年人利益保护。社会制度的变迁与家庭私域的缩小，似乎将未成年人放置于一个形同双重保护的格局之中，由家庭或者国家履行对未成年人的照护责任。所以，对于监护义务面向的把握，是本文研究的起点。

二、监护人资格撤销之条款的“沉睡”与“激活”

（一）历史轨迹：“沉睡的条款”

我国监护人资格撤销的法律条款分别规定于《未成年人保护法》（2006）和《民法通则》（1986）之中，其撤销监护人资格的情形主要有两类：其一，监护人不履行监护职责，这种消极不作为行为构成对自然父母法定义务之违反；其二，侵害被监护的未成年人的合法权益，构成不配担任监护人的理由。当这两种情形发生时，有可能导致监护责任发生变更、转移，在满足监护能力的情况下，有监护人资格的除了自然父母之外，还有可能是亲属、朋友或者法定机构，变更、移转由法院主导，通过司法程序进行。即使法律已有相应的撤销与转移监护权的条款，但在实践中也几乎是零适用，故称为“沉睡的条款”或者“僵尸法条”。究其原因，既有立法本身的问题，也有历史原因、实践因素。

直面立法规定，在“宜粗不宜细”的立法理念和立法技术主导之下，《未成年人保护法》和《民法通则》的相关规定较为原则、抽象，主要依赖法官的理解、适用、执行。两部法律在撤销自然父母监护人资格的规定有两方面不明确：其一，剥夺的理由模糊，自然父母的消极不作为或者积极侵害行

未作详细区分。

史尚宽著：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第658页。

参见刘娟、刘吉彬：《论监护的性质及其立法完善》，载《河北师范大学学报(哲学社会科学版)》2006年第5期，第34页。

参见[意]彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年版，第128页。

大陆法系对于未成年人的保护从父母的角度出发，首先用亲子关系调整，无父母任亲权人的才用监护制度调整；而英美法系对于未成年人的保护是从被保护人的角度出发的，首先是未成年人需要保护，法律提供数种监护途径，父母是首选的自然的监护人，所以父母对于子女的权利义务总是被放置在监护制度中去的。参见陈苇主编：《外国婚姻家庭法比较研究》，群众出版社2006年版，第313页。

《未成年人保护法》第53条规定：“父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费”。

《民法通则》第18条第3款规定：“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格”。

为未作列举性规定，剥夺理由的理解较大程度依赖法官的自由裁量；其二，申请人的规定模糊，从法条理解应为其他有监护资格的人员和机构，但是，没有规定提出申请是否受到监护人顺位的影响，即前一顺位的潜在监护人没有申请的情况下，后一顺位的有无权利申请或两者有无冲突和干扰？

从历史的维度考察，家庭被认为是相对的私域，国家权力在面对家庭生活时，往往保持最起码的尊重，无必要时不进行干涉。家庭如同一个缩小的国家，构成社会结构的基础单元，家庭事务的处理也具有私密性。在重“家族主义”的传统之下，家族利益高于其他利益，重于其他利益，亲族联系重于其他一切联系。在家族内部，存在身份的差别，家庭成员服从于家父（家长）权威，劣下的身份服从于支配他的人，因此家庭能够实现自发秩序维持，不需要公权力的过多介入。按照康德的说法，家庭关系属于物权性质的人格权。再者，家庭作为熟人小社会，重视礼治和道德教化，“每个人知礼是责任，社会假定每个人是知礼的，至少社会有责任要使每个人知礼”。因此，家庭争议常与感情、道德、身份等因素相互交织，“法不入家门”成为常理。家庭关系可以被定义为一种初级关系。在多种因素的作用下，非正式手段解决家庭争议受到推崇，这种传统价值观念根深蒂固，转变缓慢，导致国家在介入家庭事务时，态度和行动较为迟疑。与此同时，家庭中的未成年人往往缺乏自我救济的能力。行为能力与人的理性、心智密切相关，立法中通常以成年年龄区别未成年人和成年人，处于这个年龄区间之下的未成年人，被推定认识能力、判断能力以及控制能力相对成年人并不充分，行为能力的缺陷引致自我保护能力的不足。当侵害发生于法律不轻易干涉的家庭内部，尤其在侵害直接来自于与受害人关系密切的家庭成员时，难以期待未成年人能进行自我救济。理性、心智并不成熟的未成年人，与成年父母缺乏事实上平等的可能性，有学者曾采用民事屈从关系描述亲子关系。如同本案中的小玲，其受侵害的状态已持续了一定的时间。

回归社会实践，监护人资格撤销条款的实施存在困难，难以对受害人进行及时救济。在我国，监护人资格撤销主要由司法机关处理，撤销之后为未成年人重新确定监护义务主体也不容易。司法救济在一定程度上具有被动性，难以主动介入维护受害人的利益；且具有最后手段性，进入诉讼的案件情形往往已经十分严重，如果从非金钱损害不可赔的原理分析，这种事后救济对当事人的意义有限，不若防微杜渐。另一方面，对监护人资格撤销之后，需要切实有效的衔接机制，因为，难以强行指定未成年人的监护责任人，大多时候需要征询并尊重其意愿，而抚养未成年人对任何人都意味着人力财力的支出和损耗，这种负担若非依托于自然情况下最密切的血缘联系，其他人难有如此严格履行义务的道德自觉和责任自觉。在无法实现另行指定责任人员时，立法规定了相应机构的兜底性责任，这些有监护资格的机构主要为未成年人父母所在单位、未成年人所在村（居）民委员会、民政部门。未成年人父母所在单位与加害人存在一定的利害关系或者情感交集，迫于人情世故的压力，难以及时、有效介入。因为，当前社会转型，“单位的生产职能已和家庭的生活职能截然分开，单位不再对职工子女的教育、抚养和就业承担责任，单位没有责任也没有能力来担任未成年人的监护人”。现实中，村（居）

参见沈奕斐著：《个体家庭 iFamily：中国城市现代化进程中的个体、家庭与国家》，上海三联书店 2013 年版，第 22 页。

参见[德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 49 页。

费孝通著：《乡土中国 生育制度 乡土重建》，商务印书馆 2011 年版，第 59 页。

关系的参与者扮演了多种角色，并牵涉多种利益，包括了全面的人格要素；初级关系由于具有多人格的方面，关系不容易转移；初级群体的整合程度很高，个别成员的背叛，会遭到非正式的严厉制裁；初级关系的维持和初级群体的控制，主要通过习惯、风俗、伦理道德以及群体意识等非正式手段实现。参见巫若枝：《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》，载《法制与社会发展》2009 年第 4 期，第 74 页。

参见徐国栋：《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》，载《中国法学》2011 年第 5 期，第 167 页。

参见刘春梅：《论人身伤害中“疼痛和痛苦”的赔偿制度及其借鉴》，载《河北法学》2010 年第 4 期，第 88 页。

佟丽华：《对未成年人监护制度的立法思考与建议》，载《法学杂志》2005 年第 3 期，第 36 页。

民委员会难有足够能力负担未成年人的照护责任。在本案中，法官要求有监护资格的人（机构）明确答复是否愿意抚养小玲，承担起法定的监护责任，在一番吞吞吐吐后，每个人的答复均是“不愿意”。其中，该村委员会主任则坦诚道出：“照顾一个孩子不是那么容易的事，仅仅吃饱穿暖是远远不够的，村委会没有精力也没有人手承担这样的责任。”所以，法院最后指定民政局为监护人，而民政部门属于综合职能机关，未成年人监护仅作为其职能之一。同时，立法本身对民政部门的监护责任规定比较粗略，实践中指导具体工作开展的是一些部门规章，且救济范围相对有限；加上配套制度的缺乏导致撤销监护人资格的可操作性和保障性差，学者颇为无奈地称我国目前监护具有“自治性”。正因如此，在实践中暴露出有关机构干预“无力”的问题，未成年人欠缺父母监护并遭受家庭暴力、虐待的情况屡有发生，其中，2015年3月2日，最高人民法院发布涉家庭暴力犯罪的五起典型案例中，就有一起故意杀人罪案件，未婚母亲遗弃女婴致死。据最高人民法院《中国裁判文书网》统计，2014年1月1日至2015年5月10日上网公布文书中，监护权纠纷民事裁判文书382份，涉及虐待罪的裁判文书62份，遗弃罪的裁判文书195份。综上，模糊的法律却涉及到未成年人的重大利益，加上面对家庭私域的传统观点以及司法救济的特殊性，法律适用确实存在很大困难。

（二）现实回应：监护人资格撤销之条款的“激活”

监护人资格撤销条款适用的前提，隐含着一个人自然父母身份能否被褫夺的问题。如果监护人由自然父母以外的人或者机构来担任，国家的强行法无疑具有最高权威，因为其他的人或者机构被赋予相应监护权，也是基于法律的规定，法律可以收回赋权是当然推定。父母担任监护人的情况略有不同，子女出生后，父母随之享有对子女的监护权，这不仅是基于法律授予的法定监护，也是基于血缘关系的当然监护。这种当然监护可否被法律否定，是一个值得深思的问题。答案肯定，因为既然子女存在“不配”为子女的情况，父母也就存在“不配”为父母的情况。“不配”的制度起源于罗马法，即继承失格，根据 Adolf Berger 的《罗马法百科辞典》，其含义是“根据继承法，某人因为他对遗嘱人不敬的态度而不配从后者的遗嘱中获利，他将被剥夺先前给予的好处，通常由国库取回根据遗嘱已经被给予不配者的财产”。从制度上分析，继承失格主要是为了维护被继承人和其他继承人的权利，但含有道德评价的意味，不符合这种最基本道德标准的继承人不配继承财产。古罗马的继承失格制度被很多国家继承法律所继受，例如，我国《继承法》第7条规定子女被剥夺继承权的情形。既然依照立法传统，可以剥夺子女的继承权，那么也可以剥夺父母的监护权，这两种身份“不配”具有内在性质的一致性。本案中中小玲的父母，就是这种“不配”监护的典型例证。

法律实施在与时俱进，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部联合出台《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》（以下简称《意见》），并于2015年1月1日施行。该《意见》规定的条款具有更强的操作性，为司法机关依法撤销监护人资格的适用，提供了明确指引，撤销监护人资格的法律条款得以“激活”。与该《意见》对应衔接，2015年3月2日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合出台《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》积极预防和有效惩治家庭暴力犯罪，加强对家庭暴力被害人的刑事司法保护。而且，国务院《反家庭暴力法（草案）》

参见姜银生、夏王吴：《民政局给她当“爸妈”——全国首例民政部门申请撤销监护人资格审判纪实》，载《人民法院报》2015年3月2日，第3版。

参见聂阳阳：《未成年人监护制度之反思与重构》，载《北京社会科学》2008年第6期，第82页。

参见《最高人民法院发布涉家庭暴力犯罪典型案例》，载《人民法院报》2015年3月5日，第3版。

参见《中国裁判文书网》<http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/>，访问日期：2015年5月10日。

参见肖俊：《从罗马法到现代民法——以继承法中“不配”（继承失格）制度为中心的研究》，<http://www.romanlaw.cn/subroma-179.htm>，访问日期：2015年3月25日。

已通过，将提请全国人大常委会审议。诸多立法的协调、配合、运用，为保障未成年人的合法权益共同做出努力，体现了国家保护未成年人的决心和行动。本案是在《意见》颁布之后，判处的典型案例。按照《意见》应当受到规制的侵害行为有：父母或者其他监护人性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，以及不履行监护职责严重危害未成年人身心健康等行为。综上分析，父母“不配”的主要情形：第一，利用与未成年人联系紧密的时空优势直接侵害未成年人，构成对父母法定义务之违反；第二，不尊重未成年人的人格而借用未成年人谋利，以实现自身利益为基本出发点，把未成年人如“物”一样对待和支配。第三，消极不作为行为达到严重危害未成年人身心健康的程度。

在案例中，小玲之父的性侵害行为，被归入被永久撤销监护资格的情形之一。在严重伤害未成年人利益的情况下，父母已经丧失起码的可信任度，对子女存在重大人身危险，其行为属于最严重的“不配”之列。由此可见，监护人资格撤销条款具有层次性，这是立法技术精细化的表现，便于针对父母的具体行为进行差异评估。一般情况下，父母即使对子女有一定的监护不当，在一定条件下也可以原谅，毕竟基于血缘关系的监护存在天然优势，可以考虑将来恢复监护资格。但是，根据《意见》的规定，排除了父母行为构成严重“不配”的情形，这些行为主观恶性较强。据学者的实证调研说明，严重不配行为对未成年人的身心伤害较大；而且，在未成年人发育不成熟的心智条件之下，伤害的后续影响无法估量，受害人可能耗时日久也无法摆脱受害阴影。为了避免这种不良情境和经历对未成年人造成永久伤害，法律不原谅严重不配的父母。即便如此，撤销监护人资格并不等于不用承担抚养义务，父母仍需承担抚育子女的经济责任。

三、父母监护人资格撤销的国家干预

（一）以未成年人（儿童）保护为中心的国家干预

国家近些年对于未成年人问题的干预力度增强，主张未成年人保护国家干预的学者强调国家对于未成年人保护的责任与权力，且这种保护责任与权力具有高于家长监护权的地位。这一理论在赋予国家对于未成年人最终监护权地位的同时，也要求国家积极行使这一权力，并在行使这一权力时以保护未成年人权益为目的。仅隔三个月，最高人民法院等部门就出台两部“实施意见”，对监护人侵害未成年人权益行为及家庭暴力犯罪的处理，显示出国家逐渐加大对家庭私域介入的力度，从儿童最大利益原则考虑出发，寻求真正有利于保障儿童身心健康的路径。监护权第一案于此时做出处理，颇有审时度势的意义。

未成年人属于行为能力有缺陷的人，而监护作为补充其行为能力的重要手段。未成年人由家庭或者国家承担照护义务。在以前，法院撤销父母监护人资格的案件很少发生，家庭监护扮演主要角色。近些年，随着“国家父亲”的角色逐渐显化，几乎完全依赖家庭监护来实现对未成年人的照护的情况已经发生了微妙变化。因为，国家对父母监护人资格的撤销，至少意味着两层含义，一方面是国家对

2015年7月28日，国务院常务会议通过《反家庭暴力法(草案)》，草案规定根据情节轻重对加害人出具告诫书、给予治安管理处罚或追究刑事责任等，明确了政府、社会组织、学校、医疗机构等各方职责，并设立人身安全保护令制度。会议决定将草案提请全国人大常委会审议。

《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第40条规定：“人民法院经审理认为申请人确有悔改表现并且适宜担任监护人的，可以判决恢复其监护人资格，原指定监护人的监护人资格终止。申请人具有下列情形之一的，一般不得判决恢复其监护人资格：（一）性侵害、出卖未成年人的；（二）虐待、遗弃未成年人六个月以上、多次遗弃未成年人，并且造成重伤以上严重后果的；（三）因监护侵害行为被判处有期徒刑以上刑罚的”。

矛盾冲突多的家庭，其儿童较冷漠、孤僻、敌意、残忍、好攻击、是非感差；和睦的家庭中的孩子则较热情、合群、关心他人。参见何思忠、刘苓：《不同结构家庭及精神环境下儿童个性特征与父母个性的关系》，载《中国心理卫生杂志》2008年第8期，第556页。

参见姚建龙著：《少年刑法与刑法变革》，中国人民公安大学出版社2005年版，第28、29页。

现行家庭监护的负面评价，另一方面是国家有可能在某些情况下直接承担未成年人的监护义务，撤销之后乃是转移，当个别家庭监护完全不能实现其目的时，就由国家全面介入。在未来，未成年人虽处于家庭之中，但也处于国家之下，国家和家庭有可能对未成年人形成双重保护的格局。这种双重保护格局的形成，与家庭、国家的反向变迁密不可分：其一，家庭功能出现弱化趋势，父母履行义务“不配”时有发生，国家对父母权利适时剥夺无法避免。在逐渐弱化的家庭功能变迁中，家庭不似以前能够保持一种较为稳定的架构，家庭多元化的发展趋势仍在继续。弗朗索瓦·德·桑格利认为“当代家庭是‘个人主义化的’”，从发展的角度看待家庭，人类将生活在一个包括独居、不育、离异、单亲、多父母、同居等多样化家庭形式的社会中。不稳定的家庭往往无法为未成年人提供可靠的支持，有可能危害到未成年人身心健康，或者带来贫困等其他问题。不少实证研究证明了导致儿童贫困的直接原因是家庭，越来越多的单亲家庭，尤其是单身妈妈家庭致使贫困率持续升高。本案中小玲就生活在不稳定的家庭里，此时父母行使监护权容易出现相互推诿、怠于履行义务的情况，甚至出现侵害子女的极端事件。其二，由于福利国家的兴起，国家的职能出现强化的趋势，监护权剥夺之下，隐隐出现一个国家父亲的角色。国家作为超越家庭的存在，意味着超越个人私益的社会公益，国家干预也就具有了正当必要性。儿童相对于成年人处于幼弱的地位，在对待儿童保护的问题上，只有国家能够超越个人，为儿童保护调配充分的资源。西方福利国家落实保护儿童而形成的儿童福利思想，伴随着国家定位、父母角色及儿童人权三者间错综复杂的互动关系而逐步演化，从绝对的“最小干预”到“国家干预”，以至当下回归“家长责任”；历经了宗教团体的慈善事业期、政府介入期、童工保护法案制定期以及儿童福利行政体制建立期。

撤销监护人资格条款的积极适用，是基于对儿童最大利益的考虑。儿童最大利益原则绝不仅是一种相对标准，在相对标准的范畴内，存在几种可以比较的身份，“两利相权取其重”，比如台湾地区学者的观点，“基于确保儿童权利之考量，将思考重点立足于儿童权利之上，而非置重于父母公平之考量”。但最大利益原则也体现为一种对儿童利益永无止境的追求，意为真正把儿童视为权利的主体，并尽最大努力帮助儿童克服成为权利主体的各种障碍，同时为儿童提供有益于其身心健康发展的各种社会条件，将其视为明日的社会公民而在今日对其特殊优待，努力创造一个有益于儿童生长的社会环境。《儿童权利公约》（1989）明确规定，法院、福利机构、行政机构在处理儿童事务时，应将儿童的最大利益作为首要原则。儿童最大利益成为普世价值，几乎体现在各缔约国的立法中。但也不容忽视，儿童最大利益原则存在很强的文化张力，“儿童最大利益原则的真正标准不仅仅局限于从个体的角度进行标准解释，即成年人相信儿童的价值；最大利益的标准的解释还应该遵循其它，其中最困难最重要的是最大利益标准的适用。此类问题被提出，当此原则在现实中需要依赖其它因素来实现时，做出的决定与否仍然继续遵守儿童最大利益标准。尽管如此，这些其它因素是在区分和认知基础上进行儿童概念当代哲学建构的衍生物，在这些术语体系中政治与社会因素以及个人行为均得到评价”。所以，在儿童最大利益原则的作用之下，要求我们积极适用撤销监护人资格的条款，由国家“不配”

[法]弗朗索瓦·德·桑格利著：《当代家庭社会学》，房萱译，天津人民出版社2012年版，第5页。

参见[美]阿尔文·托夫勒著：《第三次浪潮》，黄明坚译，中信出版社2006年版，第295~300页。

参见秦睿、乔东平：《儿童贫困问题研究综述》，载《中国青年政治学院学报》2012年第4期，第43页。

参见赖尔阳、吴来信、彭淑桦等编著：《社会福利服务》，国立空中大学2008年版，第63~65页。转引自张鸿巍著：《儿童福利法论》，中国民主法制出版社2012年版，第73页。

吴鹏飞著：《儿童权利一般理论研究》，中国政法大学出版社2013年版，第131页。

参见冯源：《论儿童最大利益原则的尺度——新时代背景下亲权的回归》，载《河北法学》2014年第6期，第161页。

See Claire Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law*, The Hague/London/New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2002. P22.

的父母进行及时评价并适时加强干预，并结合本国文化进行适宜制度建构。在此之前，家庭自治的封闭体系之下，家庭具有团体主义的性格，剥夺监护权的条款适用空间有限，而如今时移世易，儿童的主体地位真正被唤醒，加上儿童保护和公共利益之间的连接性，促使国家加强对儿童事务的干预。

（二）国家干预的“合理限度”

国家公权力对儿童事务进行介入，需要遵循干预的合理限度，既需要有利于儿童利益的维护，也需要与现行体制相互吻合。所以，干预需要遵循主客观相结合的标准：从客观上说，国家是否对父母监护人资格的撤销依赖于对家庭监护具体运行情况的评价；从主观上说，这样的过程需要保证儿童的参与权与表达权，这对撤销与重新确定等结果有重要影响。

家庭监护异常是构成国家进行干预，适时撤销父母监护人资格的主要动因。即国家干预依赖家庭监护的运行状况，其作为家庭监护的补充而出现。在本案中，小玲的母亲兼有冷暴力和遗弃行为，父亲则多次暴力性侵，其父母行为已构成对监护义务最严重的违反，将来是否能够履行义务根本无法保证，所以，法律评价撤销监护人资格的理由成立。作为父母对未成年子女有生活保持义务以及照料义务，“生活保持义务是向未成年人子女提供一定的经济来源；照料义务是现实地提供家务劳动予以照顾的义务”。基于义务应尽之责，在法律对自然父母丧失基本信任感之时，倾向于对未成年人的监护做出重新安排。当家庭监护异常、父母监护人资格被撤销之后，未成年人监护义务一定程度向国家转移，国家家父的形象得以显化。国家直接取代父母对未成年人进行监护有两种情形：要么由国家另行指定其他的人进行监护，要么由代表国家的专业机构以及其他有资质的社会团体进行监护。一般情况，当家庭监护能够正常进行的，国家干预表现为做好随时介入的准备；当父母违反监护义务轻微时，国家干预的形式仅是略施薄惩，这个层次主要体现为一种监护监督。行使监护监督职能的可以是专门人员或专业机构，在不同国家，专业监护监督机构有司法机关或行政机关担任的情形。按照职责法定的要求，监护监督人（机构）不仅要监督监护人设立、履行义务的状况，一旦涉及到与儿童重大利益的事务处分，则应行使相应建议或者同意权。

再者，自然父母监护人资格撤销对儿童利益有重大影响，应该尊重儿童的参与自由，表达意见是儿童参与自由的体现，这种表达、参与应该和处分结果建立一定程度的连接。《儿童权利公约》第12条规定：“确保有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给予适当的看待”。据此基本原则，儿童的参与在许多西方国家已然实现制度化，如《澳大利亚儿童保护法》中的参与原则、苏格兰儿童听证制度等。我国作为《儿童权利公约》的缔约国，《意见》里也有相应的规定，“对于撤销监护人资格案件审理和判后安置，人民法院应当全面审查调查评估报告等证据材料，听取被申请人、有表达能力的未成年人以及村（居）民委员会、学校、邻居等的意见”。案件审理乃是指向过去，以便于对父母义务履行的真实状况予以客观评估。判后安置乃是指向未来，以便于发现合适的机构、团体或者个人在将来时刻对未成年人继续承担义务。在本案中，法院综合实际情况作出判决，指定民政部门为监护人承担后续监护义务，就是典型例证。

四、解决之道：未成年人保护（监护）专业机构兴起

当今，社会发展和家庭私域变化，给未成年人保护（监护）的理论研究和社会实践提出新的挑战。在社会进化的过程中，随着社会分工的扩大化，家庭的职能进一步被消解，家庭不再一力承担未成年人的抚育责任，一部分责任转移到社会上的专门机构承担，从而可以为未成年人提供更加专业的照护，属于国家监护的题中之义。毋庸置疑，需要建立未成年人保护的专门机构，专司未成年人保护事务，

王丽萍著：《亲子法研究》，法律出版社2004年版，第122页。

参见吴鹏飞著：《儿童权利一般理论研究》，中国政法大学出版社2013年版，第168页。

在家庭监护处于正常状态之时履行一般的监督、评估、支持的功能，在家庭监护处于异常状态之时承担直接照护未成年人的义务。特别是，职业法人团体在逐步兴起，其最核心的功能就是在于不仅能够排除国家的专权，而且能够排除个人的恣意。虽然监护人资格撤销条款的“激活”，使得我们从实证中察觉了立法维护未成年人利益的本意，但对于未成年人的专门保护仍然不够，相应社会分工仍然不够细致。比如，在特定情况下，未成年人父母（或精神病人）所在单位、村（居）委会或民政部门可能既是监护人，又具监护监督职能，这种集决定权、执行权和监督权于一身，实际上变成了“自我监督”，容易出现扯皮推诿，往往造成监护监督难于落实，显然不利于对监护履职情况的及时有效监督，更不利于对被监护人的保护。再比如，寻找寄养家庭这样的社会救护手段，具有偶然性、暂时性，虽起一时之功效，于根本解决问题无益。未成年人保护专职机构包括行政机构和司法机构，比如德国青少年事务局和家庭法院职能相互协调配合：在未成年人监护中，家庭法院全程干预监督，而青少年局则是国家监护、社会监护的实体性主体，代表国家承担监护的具体职责，不仅在监护法院选定监护人时有建议权、同意权，而且在没有适宜个体监护人的情况下，必须直接作为监护人，履行对未成年人的监护责任。据此，有以下建议：

设立青少年事务机构作为专司未成年人事务的行政管理部门，法律赋予其行政执法与监督权，以便国家机构在社会管理过程中对监护事务进行分层介入。青少年事务机构在监护人缺位或者无法承担监护责任时，代表国家履行义务，在相关组织、社团的支持下，共同落实未成年人的抚养、寄养、监管责任。父母履行义务没有达至严重“不配”的情形时，青少年事务机构仅仅是以监护监督机构的角色出现，这种状态类似于介入预备状态。当然，青少年事务机构的监护监督职能可以委托符合条件的个人行使，毕竟人的反应相对及时、灵活，不似机构那么刻板，监护监督人的选任建议优先。但有两点仍需注意，其一，选任的职权赋予青少年事务机构，这是国家对未成年人的权利，这种涉及儿童重大利益的事项不宜交由家庭处分。比如，近些年来，亲属会议有逐渐从国外立法中消失的趋势，不宜通过此会议形式选任监护监督人。其二，选任意味着一种负担，应以青少年事务机构建议、法院指定和尊重当事人意愿相结合的方式。在父母履行义务严重不配时，可以指定青少年事务机构主要替代自然父母的责任，成为未成年人的“国家父亲”，但需注意这种撤销与转移必须慎重其事，既需要经过评估程序，也需要听取未成年人的意见。一些情况下，政府可以委托其他有资质的公益社团或者民间机构照护未成年人，坚持未成年人福利的多中心主义能避免给政府带来过多的行政负担。比如在国家代位监护时，政府可以尝试发挥民间福利机构的辅助作用，可以通过具体化管理办法，适当降低门槛，简化程序，解决民间救助机构所面临“注册难”、所收（抚）养孤残儿童户籍登记难等问题，同时对非法福利机构进行集中整治，政府和民间共建福利机构也是可以选择的一种方式。

改进当前的审判方式，进一步推动家事审判或者未成年人事务处理司法专门化运动。“近年来，少年司法与儿童福利间的互动关系多以协调、整合及桥接等词表述之，儿童福利与少年司法因而常被称为一体两面”。传统少年法庭的设置，始于关注未成人犯罪，因为认知能力有缺陷之人的犯罪更应该突出家庭或者国家的“家长责任”，少年法庭中的犯罪人其行为即使应该受到法律评价，也应给予他们不同于成年人的特殊保护。比如有学者认为，应该坚持国家亲权的原则，对未成年人犯罪的刑事责任实现重构，例如侦查坚持秘密原则、暂缓起诉、暂缓判决、社会矫正以及其他恢复性程序，使得

法人团体的道德力量：它遏制了个人利己主义的膨胀，培植了劳动者对于团结互助的极大热情，防止了工业和商业关系中强权法则的恣意横行。参见[法]艾米尔·涂尔干著：《社会分工论》，渠东译，三联书店2013年版，第二版序言第22页。

参见吴国平：《论我国监护监督制度的立法完善》，载《福建行政学院学报》2010年第3期，第60页。

参见李超、毕荣博：《从未成年人保护看国家监护制度的构建》，载《青少年犯罪问题》2004年第4期，第14页。

参见吴银：《收养弃婴的法律规制探析》，载《海峡法学》2014年第1期，第84页。

张鸿巍著：《儿童福利法论》，中国民主法制出版社2012年版，第129页。

未成年人与成年人入罪差别化对待。在家事审判走向专门化的过程中,未成年人司法改革出现了新的动向:未成年人刑事司法和家事审判特殊性相结合,这种对儿童的特殊保护不仅仅局限于刑事领域,更进一步扩大到民事领域。家事案件的审判具有特殊性,已经成为许多学者的共识,因为“它不仅涉及家庭成员之间的身份关系纷争,还涉及身份人之间的财产关系争议;不仅涉及成年人之间的争执,还涉及未成年子女的利益保护;不仅涉及法律上的争议,还可能涉及当事人情感上、伦理上的纠葛”。

不仅仅是刑事案件,民事案件中也涉及到未成年人重大利益的处分,有特殊对待的必要性;而且,未成年人作为被监护的对象,其首先是被放置于家庭之中的,这种特殊保护和家事案件审判有结合的趋势。目前这种结合已经在某些地方进行试点,比如福建省福鼎市、厦门市海沧区、三明市法院及沙县、永安市法院都已试点设立家事法庭(审判庭),取得积极成效:试点单位的少年与家事法庭大多采用广义的概念,受案范围不仅包括婚姻家庭、继承、未成年人监护权等家事纠纷,还包括未成年人犯罪案件及其他家事法律事务。虽然设立少年与家事法院统一受理未成年人以及家庭事务纠纷是最佳选择,但在条件尚未成熟的时候,可以往这个方向进行努力。比如,据最高人民法院的指导意见,在中级法院和基层法院设立独立建制的未成年人案件综合审判庭(少年审判庭),统一受理未成年人以及相关家事纠纷。对于创设少年法院的方案设计,学者认为应根据少年司法制度特殊性、专业性的要求,立足于解决目前少年司法制度发展中诸多问题,稳定、规范、完善和发展少年司法制度,加强对未成年人进行全面司法保护。可以在大中城市设置区域少年法院,并可从少年法院派出若干法庭巡回办案,以此保证少年司法制度与普通司法制度的相对分离。

此外,未成年人司法专门化还应注意相关辅助、支持工作的开展,比如设立家事调查官。家事调查官的制度已经被我国台湾地区“家事事件法”立法所采纳,此法参考日本、韩国等国的相关法制,家事调查官既要调查“法律上的事实”,又应关注“生活上事实”或者“社会事实”;既要调查“要件事实”,还要调查“心理上的事实”,并在此基础上透视案件的全貌;透过家庭成员或亲属之间的感情纠葛,发现隐藏在背后的真正问题,公平审判。

(责任编辑:陈 驰)

参见周长军、李军海:《论未成年人犯罪的刑事责任——从亲权到“国家亲权”》,《青少年犯罪问题》2005年第5期,第4~8页。

陈爱武:《论家事审判机构之专门化——以家事法院(庭)为中心的比较分析》,载《现代法学》2012年第1期,第148页。

参见姚建龙著:《少年法院的学理论证与方案设计》,上海社会科学院出版社2014年版,第109、131页。

参见蒋月、冯源:《台湾家事审判制度的改革及其启示——以“家事事件法”为中心》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2014年第5期,第93页。