

涉外未成年人监护中的 司法困境与理论思考

王 艺

摘要：未成年人是最常见的“被监护人”类型。借由中国《适用法》第30条“有利于”规则的指引，域外有利于未成年被监护人的法律应得为中国法院所用。然而《适用法》颁行十载有余，法院根据该法第30条的指引适用外域法的情况几近于零。一些判决更是有意回避“有利于”规则。此现象不可仅仅归结于司法惰怠。某些外域法看似在儿童权益保护方面更为“先进”，却是由“主体—权利”结构及“功利—理性主导”这两大西方法律文化特质演绎而来。此二者不仅无法得到国人的观念认同，更与中国传统文化的两大支撑“天人同质”和“泛伦理化”背道而驰。中西文化异质或为《适用法》第30条的选法标准难以在实践中下落的原因之一。

关键词：未成年人保护；涉外监护；《法律适用法》；儿童利益最大化；价值冲突

中图分类号：D909.92 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2022）06—0124—12

一、引言

法律选择是国际私法学的核心问题之一。现代冲突规范主要从两个维度解决：其一，除非有损法院地的重大公共利益，否则不论备选实体法的价值取向与适用结果，只要该法所属国与个案的联系实质且密切，便给予其适用机会。这种做法遵循的是传统的以“冲突正义”为理论支撑的所谓“法域选择”方法。其二，要求司法者从内容、价值和适用结果等方面对可能适用的法律进行鉴别，从中择优法以适用。这是对“法律选择”方法的运用，其背后又以“实质正义”为导向。^①以上两种选法路径中，前者历史悠久，后者则相对较新。2011年生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《适用法》”）的立法思路主要就采用了上述两种做法，除延续传统的“法域选择”方法外，亦不乏对“法律选择”方法的崭新尝试。该法关于涉外监护法律适用的规定就属于后一种情况，其第30条要求在解决涉外监护争议时“适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中‘有利于’保护被监护人权益的法律。”该条亦被学界称为“有利于”规则。^②需要说明的是，现代监护制度以未成年人及智能不足的成年人为监

基金项目：本文是中国社会科学院大学重大课题“两岸区际私法疑难问题研究”（项目号：20190009）的阶段性成果。

作者简介：王 艺，女，法学博士，中国社会科学院大学法学院讲师，主要从事国际私法研究。

① 诸如“优先选择原则”“较好的法律说”“结果选择说”等现当代外国学说都对此有阐述及发展，参见 Symeon C. Symeonides, Result-Selectivism in Conflicts Law, *Willamette Law Review*, Vol.46, No.1 (Fall 2009), pp. 3-13.

② “有利于”规则要求司法者在处理涉外案件时选择并适用的准据法有利于实现特定的价值指向。因为这类规则往往含有“有利于”这样的字眼，因而得名。“有利于”规则也是中国国际私法学者在讨论以“实质正义”为导向的冲突规则时较为常见的表述。

护对象,本文仅讨论前一种情况,即对于未成年人的监护。就第30条文本来看,它要求法院从内、外域法律中选择“有利于”被监护人的法律加以适用,这就为引入国外“良法”打开了大门,以便在涉外案件中实现对未成年被监护人的特殊保护。事实上,这也正是该条的立法目的所在。^①但实践证明,上述意图在司法中并未得到完全落实。

依托“中国裁判文书网”“北大法宝”“北大法意”3个数据库,笔者收集到数十份适用《适用法》第30条的判决书,涉及中国香港特别行政区^②(以下简称“香港”)、中国澳门特别行政区^③、中国台湾地区^④、加拿大^⑤、西班牙^⑥、马来西亚^⑦、新加坡^⑧、德国^⑨、西班牙^⑩、美国^⑪、爱尔兰^⑫等地区和国家。各主审法院无一例外地选择适用中国法。若说这是因为中国法律在个案中保护未成年被监护人权益的力度胜过上列任一法域,民法学者多半不会同意。那么,究竟是什么因素导致这一现象?有学者指出《适用法》第30条具有较强的比较法特质,认为中国法院在此方面司法技术付诸阙如。^⑬也有不少国际私法学者讨论了外国法适用的阻力,分析出了诸如司法者的法院地法偏好、外国法查明的现实困难^⑭等原因。上述观点皆各自成立。在以往研究的基础上,本文将尝试另外一条反思路径:通过剖析中、西法律及其背后思维方式乃至价值观念的差异,探讨外国法何以在实践中“遇冷”。下文将从一则案例说起。

二、司法困境:从一则案例说起

2015年福州市中级人民法院审理了一起涉港监护权纠纷案,本文简称“刘某案”。^⑮该案主要争议点之一是未成年人郑某乙的监护权归属问题。郑某乙系非婚生子,2008年出生于香港并取得该地居民身份。生父刘某(香港居民)另有家庭。2009年郑某乙不足一岁时,生母郑某甲(内地居民)决定将他送交陈某甲、林某抚养,但未履行收养手续。自此郑某乙便一直跟随“养父母”在福州生活。2012年郑某乙4岁时,刘某发觉孩子被送养,便报了案。福州市公安机关介入,将孩子寻回并交还郑某甲。但后者不久又将孩子交给“养父母”,并在香港办理了监护权委托手续。刘某于2014年诉至福州市某区人民法院,要求获得郑某乙的监护权和抚养权。

案件中有关监护权的争议涉及香港和内地两个法域,因此在解决纠纷之前需要首先处理法律冲突的问题。根据《适用法》第30条的规定,无论内地法还是香港法,只要是对郑某乙有利的法律就应得到适用。

-
- ① 郭玉军:《中国国际私法的立法反思及其完善——以〈涉外民事关系法律适用法〉为中心》,《清华法学》2011年第5期。
- ② “刘某与郑某甲、陈某甲、林某监护权纠纷案”,福建省福州市中级人民法院(2015)榕民终字第1624号民事判决书。
- ③ “韦某与卢某监护、扶养纠纷案”,广东省广州市白云区人民法院(2014)穗云法江民初字第563号民事判决书。
- ④ “曹凤珍、钟明申请确定监护人案”,广东省珠海横琴新区人民法院(2016)粤0491民特1号民事判决书。
- ⑤ “王景春与蔡梅津监护权纠纷案”,福建省厦门市中级人民法院(2014)厦民终字第2971号民事判决书。
- ⑥ “胡某某与余某某申请撤销监护人资格案”,上海市闵行区人民法院(2015)闵民一(民)特字第39号民事判决书。
- ⑦ “孙某某与艾某某离婚纠纷案”,上海市闵行区人民法院(2015)闵民一(民)初字第13042号民事判决书。
- ⑧ “刘俊丽与WONGYAUHONG同居关系子女抚养纠纷案”,广东省佛山市顺德区人民法院(2016)粤0606民初13061号民事判决书。
- ⑨ “符秋娇与甘兴(KAM HENG)同居关系纠纷案”,海南省高级人民法院(2012)琼民三终字第41号民事判决书。
- ⑩ “Peter Johannes Schultes(皮特·约翰内斯·舒尔斯特)与WEI WANG(王威)申请撤销监护人资格纠纷案”,北京市第一中级人民法院(2016)京01民辖终289号民事裁定书。
- ⑪ “孙某某与艾某某离婚纠纷案”,上海市闵行区人民法院(2015)闵民一(民)初字第13042号民事判决书。
- ⑫ “S×与谭×离婚纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第08588号民事判决书。
- ⑬ “B抚养费纠纷案”,广东省佛山市中级人民法院(2018)粤06民终2839号民事判决书。
- ⑭ 叶竹盛:《寻找“更有利的法”:比较型冲突规范的司法困境及出路》,《现代法学》2017年第5期。
- ⑮ 管俊兵:《“从纸面上的法律”到“行动中的法律”——以司法控制和提升查明技术破解外域法查明制度困局》,载贺荣主编《深化司法改革与行政审判实践研究(下)——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集》,北京:人民法院出版社,2017年,第1105页;郭文利:《我国涉外民商事审判存在问题实证分析——以757份裁判文书为依据》,《时代法学》2010年第5期。
- ⑯ “刘某与郑某甲、陈某甲、林某监护权、扶养权纠纷案”,福建省福州市中级人民法院(2015)榕民终字第1624号民事判决书。

然而本案的一审、二审法院似乎都忽视了上述选法标准。以二审法院的法律适用意见为例,判决称:“郑某乙长期以来在中华人民共和国福建省福州地区居住、生活,现仍在福州地区上学,故本案的诉争应适用中华人民共和国法律。”这里提出的适用内地法的理由大概类似于“最密切联系”,显然并未遵守《适用法》第30条提出的选法标准。这样选定了准据法之后,二审法院进一步根据《中华人民共和国婚姻法》第25条、《中华人民共和国民法通则》第16条等^①规定认定,“刘某作为未成年人郑某乙的生父,系郑某乙的法定监护人”当属无疑。

争议虽然解决了,但疑问也随之产生。对于国际私法学者来说,最值得思考的问题就是:法官为何在选择准据法时偏离了《适用法》第30条的指引,基于事实上的“最密切联系”而非“有利于被监护人”的标准进行法律选择,并最终促使内地法也即法院地法“中选”?如上文所述,学者们提出的“法院地法偏好”或“外国法查明困难”可以为此问题提供思考的角度。摒除这些非常实际的考虑,笔者假设了一个法官的理想型,他(她)对内、外域法律全无个人偏好,且拥有查明香港法内容的畅通途径,那么这样一位法官能否顺利地完内地法和香港法的比较,从中选出对被监护人有利的法律呢?

要回答这个问题,首先得了解香港法的有关规定。它与内地法最大的区别在于并不将父亲身份和权利自动给予非婚生子女的生父。香港法律改革委员会撰写的《非婚生子女问题研究报告》专门比较了香港与内地在此问题上的不同做法,指出将父亲权利授予“一个自导致诞下子女后,便没有再和子女母亲联络的父亲”,“会令子女及母亲要经常面对一些不可确知的事情,即那个久未露面的父亲,如果他觉得对他有利的话,可能会随时出现,要求维护他的家长权利”。基于上述理由,香港法律改革委员会采取了不同于内地的做法,并“相信我们(香港)选择的办法,对子女的养育骚扰可能会较少”^②。虽然法律不会自动授予,但根据香港法例第13章《未成年人监护条例》第21条的规定,刘某还是有可能基于法院的特别命令获得父亲权利。^③而法官在具体决定是否将父亲权利(类似内地法的“未成年人监护权”)给予生父时,将着重考虑其对儿童的关切程度、目前与儿童的关系以及请求父亲权利的理由等。^④总之,符合“儿童最大利益”是取得监护权的前提。结合本案情况来看,刘某自郑某乙2008年出生以来,既未主动承认或争取确认父亲身份^⑤,亦不曾实际履行抚养职责,甚至从未支付抚养费。郑某乙自9个多月起便一直处于“养父母”不间断的照顾之下,有着正常的入学记录,身心发育情况良好。郑某乙被“送养”的事实发生在2009年,刘某在长达三年多的时间内并不知情。直到2012年6月与香港的妻子离婚后,他才开始打听郑某乙下落。这些都表明刘某起诉的动机可能主要出于“有后”的需要,而非对郑某乙利益的维护。综合以上因素,香港法院大概率上会拒绝刘某的请求,并遵循“维持现状”原则^⑥,让郑某乙与“养父母”之间的事实收养合法化。对比二审法院适用中国法作出的判决,可以发现如果适用香港法,极有可能导致与此完全不同的结果。

如果单纯依照《适用法》第30条“有利于被监护人”的选法标准比较两地的法律及其适用结果,根植于西方法律土壤的香港法似乎更有理由中选,因为它纯粹地从儿童角度出发解决监护问题。但是,适用内地法是否就疏于对被监护人的保护呢?似乎也不能这么理解。内地法适用结果的合理之处大概可以用“血浓于水”或“父子天性”来概括。正如二审判决书中所言:“原告刘某作为未成年人郑某乙的生父,……

① 《婚姻法》第25条的主要内容现已被《中华人民共和国民法典》第1071条吸纳。《民法通则》第16条的主要内容现已被《中华人民共和国民法典》第27条吸纳。

② 香港法律改革委员会:《非婚生子女问题研究报告》,1991年10月, https://www.hkreform.gov.hk/tc/docs/rillegitimacy_c.pdf, 2022年8月30日。

③ 该条规定:“任何非婚生未成年人的生父,不得视为该未成年人的父亲,除非他凭借法院根据第10(1)条所发出而进行有效的命令拥有管养该未成年人的权利。”

④ See Keith Hotten, Azan Marwah, Shaphan Marwah, *Hong Kong family court practice*, Hong Kong: Lexis Nexis, 2015, p.384.

⑤ 非婚生子女的生父要登记为“父亲”,需要履行特定的法律手续,参见香港法例第174章《生死登记条例》第12条。

⑥ “维持现状”(the maintenance of the status quo)是判例法中的一项重要原则。它提出与儿童失去或从未建立联系的父或母如果希望恢复监护关系,而法院却发现让儿童处于目前实际照顾人的监护之下对保护其利益更为有利,便应从儿童利益最大化角度出发裁定维持现状。

现自愿要求抚养其子郑某乙，符合法律规定，且也更有利于郑某乙的健康成长，……应当将郑某乙交由刘某抚养和监护。”^①

选择并适用“良法”保护被监护人的权益，这本是一个很好的立法设计，但是正如对“刘某案”的分析所示，从不同的法律体系出发思考如何才能有利于被监护人，极有可能导向截然不同的结论。这种歧见，势必导致《适用法》第30条在司法实践中难以下落，域外法引不进来就是最为直接的后果。诱发这一问题的原因十分复杂，从表面上看是不同法域具体条文有差所致，而深入发掘则可见中、西两种文化在家庭伦理乃至世界观上的根本异质。笔者先从分析西方监护关系中未成年人保护的基本模式说起，看看借由《适用法》第30条有可能引进的域外法的本质究竟是什么。

三、未成年人监护的西方模式评析

要在一篇论文中说清西方在未成年人监护方面的基本模式显然颇为困难，因此只能抓住各国在此方面的共性特征来说。当代西方国家在未成年人监护方面的立法、司法基本皆遵循未成年人或称儿童利益最大化原则，这应该算是一个得到了学界普遍认同的特征。但是，到底何为“儿童最大利益”却极难分说。国外学者认为它以“模糊不清著称”，且时时处于演变之中。^②可见，这个法律原则本身因案而异^③，要切实了解西方国家究竟如何看待并践行儿童利益最大化原则，案例考察远比纸上谈兵的法条分析更为有效。但是个案考察的困难在于取样。怎样选取案例才能以最小的数量、最大限度地实现论证目的呢？对此，笔者从时间、地域和法系三个方面进行综合考虑，最终选取了挪威“裘安瑟案”、德国“哈瑟案”和英国“查理案”为主线，并辅之以奥地利、芬兰、瑞典、挪威、荷兰等国家的同类案例。从时间上讲，这3个主线案例以十年为界，各自发生于1990、2000、2010年间；以地理空间论，三者分别出现在挪威、德国和英国，对应北欧、中欧及欧洲大陆外；就法系而言，挪威属斯堪的纳维亚法系，德国是典型的大陆法系国家，英国则为英美法系的正宗。基于以上原因，本论以上述三则案例为线索，以期于有限篇幅内尽量展示西方国家在监护关系中实现“儿童最大利益”方面的某些共性。

（一）西方模式分析：以三则案例为线索

案例一：1993年挪威“裘安瑟案”。^④挪威妇女裘安瑟（Johansen）未婚怀孕，产下一女S。此前裘安瑟已育有一子名C。在抚养C的过程中，裘安瑟遭到同居伴侣的虐待，导致C的生活环境堪忧。鉴于这些情况，本地社会福利委员会认为S的健康将有可能处于危险中，根据挪威《儿童权利法案》下达了“照顾命令”。遵照该命令，儿童福利机构将出生仅7天的S从母亲裘安瑟身边带离并另行安置。S两岁左右时，社会福利委员会决定让寄养家庭办理正式的收养手续。裘安瑟坚决反对，并诉至奥斯陆城市法院。法院认为养父母与S已建立了紧密的情感联系。反之，生母则自S半岁时起便与之失去联系，如今形同陌路。法院权衡后判决两岁的S应由寄养家庭收养。^⑤

案例二：2004年德国“哈瑟案”。^⑥案件当事人哈瑟夫妇养育了6名子女，在第7个孩子出生前，他们感觉经济负担过于沉重，遂向本地青少年局寻求“家庭帮助”。^⑦为此，哈瑟家庭必须接受心理专家的

① 福建省福州市中级人民法院（2015）榕民终字第1624号民事判决书。

② Athena. Liu, *Family Law for the Hong Kong SAS*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999, pp. 248, 263.

③ 王葆蔚：《“儿童最大利益原则”在德国国家庭法中的实现》，《德国研究》2013年第4期。

④ Johansen v. Norway, ECHR, Application No.17383/90.

⑤ 裘安瑟不服挪威法院的判决，将本国诉上了欧洲人权法院。该法院以7比1的票数裁定挪威法院剥夺母亲权利、让寄养家庭收养S的做法有悖《欧洲人权公约》第8条。但同时也全票认可挪威儿童福利机构在S出生时中止母亲权利的做法，认为此举并没有违反《欧洲人权公约》。

⑥ Haase v. Germany, ECHR, Application No.11057/02.

⑦ 青少年局是德国儿童保护体系中非常重要的职能机构。该机构可以直接向法院提起诉讼，请求对有损儿童权益的行为进行干预，甚至可以不经法院宣判而直接采取某些措施保护儿童最大利益。有关介绍可参见王葆蔚：《德国对父母照顾权的国家监督机制》，《青年探索》2014年第1期。

评估。面试时，母亲因询问内容及方式与专家 G 产生争执进而拒绝配合。后该专家出具报告指出，哈瑟女士对待孩子的方式粗暴且曾有过体罚行为。收到报告当天，青少年局便向地区法院申请临时措施，撤销父母权利并紧急转移儿童。法院裁定下达后，青少年局立即带走了这个家庭所有的孩子，包括刚刚出生的第 7 个孩子，并分别安置于 3 个寄养家庭。次日法院再次下令，禁止向父母透露子女的现住址。哈瑟夫妇上诉遭驳回，遂转诉至联邦宪法法院。宪法法院将案件发回重审，但地区法院仍裁定维持原判。

案例三：2017 年英国“查理案”。^①查理是名未满一岁的婴儿。他患有一种极为罕见的癫痫性脑病（MDDS），两个月大便成为英国某儿童医院（the Great Ormond Street Hospital for Children，以下简称“GOSH”）的住院病人。医生向父母通报了病情，说明只能依靠呼吸机和输液管维持他的生命。绝望之下，查理的父母在网络媒体上请求公众援助。消息传开后，多个国外医院有意伸出援手。查理父母决定将孩子转去美国接受治疗。但查理的主治医院 GOSH 却认为治愈机会微乎其微，前往国外继续接受医治只会增加病童的痛苦。双方就治疗方案产生严重分歧。GOSH 遂向法院起诉，请求将孩子留在本院，并提议拔出呼吸机让他“有尊严地死去”。法院最终决定接受 GOSH 的医疗建议。

上述三个案例或可较为全面地展示西方各国究竟如何看待并实现未成年被监护人的利益最大化。它们发生在不同的国家与时期，且具体境况迥异。然而通过深入分析上述案例，可以归纳出“西式”儿童利益最大化原则的三个重要特征：分离、冲突及权衡。下文分别予以阐释。

特征一：分离。所谓“分离”是指国家有关机构一旦觉察儿童权益受到来自父母等其他家庭成员的威胁——甚至仅仅存在此种风险——便迅速采取措施，将子女从原生家庭中“分离”出来，以排除任何可能对儿童不利的因素。如“裘安瑟案”中，因儿童 S 的权益有受侵害之虞，福利机构就马上出击，采取了“三步走”措施：（1）S 出生 7 天开始，将她安置于福利机构，仅准许母亲偶尔探望。（2）6 个月以后，送进寄养家庭，并拒绝向母亲透露寄养家庭的任何信息。（3）17 个月时，同意寄养家庭履行收养手续。^②经过以上操作，公权力机关逐渐断绝了 S 与原生家庭的联系。“分离”特质也鲜明地表现在“哈瑟案”和“查理案”中。其他西方国家的司法实践也出现过类似情况，如芬兰“K 与 T 案”^③、瑞典“多哈默尔案”^④及奥地利“布哈伯格案”^⑤等，不一而足。

特征二：冲突。前节所引三案例皆采取了以下预设：父母权利（责任）、维系家庭关系的利益与儿童权益本质不同，甚至常常冲突。因此，法院代表国家作为儿童权益的“守夜人”必须保持警醒，时刻审查父母的行为。试举“查理案”为例。查理的父母力主采取积极的治疗方案。法庭却倾向于采纳主治医生的意见，认定进一步治疗只是父母的愿望，并不符合查理的利益。为说服法官，查理的父亲在庭审过程中辩称：“我们如此争取不是因为我们不能承受失去他，而是因为这是对他最好的。……我们真的相信医疗手段会有效果。如果 3 个月后没有任何改善，我们会同意放弃。但是现在有一个继续争取的机会，查理也应该有这个机会。我们这样做是为了查理。”^⑥父亲认为儿子的最大利益是活下去，故接受治疗是家庭共同的需求。但这显然没有说服带有利益冲突预设的法官。法庭与父亲孰是孰非，或许难以定论，但可以肯定的是，家庭利益与儿童权益往往错综复杂地交织在一起，无论定性为“统一”还是“对立”皆失之于简单、机械。不过，司法者似乎更倾向于从冲突而非和谐一致的角度思考二者之间的关系。与此情形类似的案例除了“裘安瑟案”与“哈瑟案”外，还有德国“萨哈因案”、挪威“桑切斯案”以

① Great Ormond Street Hospital v. Constance Yates, Christopher Grad & Charlie Gard, [2017] EWHC 1909 (Fam).

② Johansen v. Norway, ECHR, Application No.17383/90.

③ 福利机构认定父亲无法同时照顾患有精神疾病的母亲与刚出生的孩子，故将孩子从产房抱走，交由寄养家庭收养，参见 K. and T. v. Finland, ECHR, Application No.25702/94.

④ 大女儿指控父亲性侵。福利机构迅速带走该家庭中所有孩子。他们先后被安置于医院、儿童中心和寄养家庭。两年后指控终被撤销，父母诉至法院，要回了孩子，参见 Dolhamre v. Sweden, ECHR, Application No.67/04.

⑤ 因母亲意外晚归，两名幼子在 45 分钟的时段里待在家里无人看顾。奥地利的法院决定将孩子送往社会福利机构，由其代行监护之责，参见 Buchberger v. Austria, ECHR, Application No.32899/96.

⑥ Great Ormond Street Hospital v. Constance Yates, Christopher Grad & Charlie Gard, [2017] EWHC 1909 (Fam).

及荷兰“L案”^①等。

特征三：权衡。既然权利产生了冲突，那就需要平衡。在上述判决中，儿童权利与父母、家庭利益被置于秤杆两端，由法官来判断孰重孰轻。而在儿童利益最大化原则的指引下，儿童权利——更准确地说，法官认定的儿童利益——通常具有压倒性优势。以“哈瑟案”为例，德国联邦宪法法院裁定发回重审，并特别提示在适用《德国民法典》第1666a条时应注意“比例原则”。该原则要求法院注意手段和目的之间的适当比例，不得采取不必要的过激方式保护儿童权益，如限制或剥夺父母权利就属于比较严厉的手段，不宜滥用。一审法院重审时也承认剥夺父母权利会对家庭关系造成严重破坏，并承诺竭力寻求更为和缓的方式。但权衡利弊之后，法庭还是认为“伤害，诸如语言上的粗暴对待，也会造成心理创伤”^②，尽管没有证据显示孩子们曾经遭到殴打或虐待，但这并不表示他们没有受到伤害。一边是父母责任、家庭关系，另一边是儿童权利，儿童利益最大化原则让天平理所当然地向后者倾斜，哪怕仅仅是不符合社会标准的粗暴言语，也足以让法官作出牺牲父母权利的判决。事实上，在“哈瑟案”的重审过程中，接受法庭询问的4名儿童提莫（Timo）、尼克（Nico）、安娜（Anna）和丽萨（Lisa）都表示希望返回原生家庭。12岁的男孩尼克还请求法官为他给妈妈带话如下：“亲爱的妈妈，很遗憾您不能来看我。对，丽萨和安娜都好。也许您能来看看我们？或者这是不可能的吧？”^③然而法官似乎认为儿童自身的意愿也应该让位于国家保护儿童利益的迫切需要。这种利益权衡也存在于上述“查理案”“裘安瑟案”“K与T案”“多哈默尔案”“布哈伯格案”“萨哈因案”“桑切斯案”“L案”等诸案中，此处不再一一展开。

（二）西方模式的理论溯源

上文总结了西方实现未成年被监护人利益最大化过程中的三个重要特征。毋庸置疑，这些国家并不否认家庭的重要价值^④，但同时也如案例所示，一旦出现“冲突”，儿童的权益便倾向于从家庭中“分离”出来实现自身权益最大化。上述做法的好处显而易见，它可以迅速且最大程度地保护未成年人权益，但缺陷也同样明显。以德国为例。据该国“联邦统计局”官网公布的信息，2016年青少年局实施的临时措施多达84200项，较2013年翻了一番^⑤；2017年虽略有下降，但也达到61400起^⑥；2020年的该项数据则为45400起^⑦。统计报告显示，下达临时措施的常见诱因是父母负担过重、防止儿童无人陪伴或预防忽视与虐待等；14岁以下儿童在受保护对象中占较大比重。数以万计的儿童、父母与家庭受到这项措施的影响，以致骨肉分离。这些数据显示出以德国为代表的西方国家在保护儿童权益方面的雷厉风行，却也从另一侧面反映出代价之高昂。^⑧

既然副作用如此明显，为何西方各国仍要坚持践行“分离—冲突—权衡”的处理模式？笔者认为，这不应完全归咎于执行者，而是儿童利益最大化原则在实践中必然导致的结果。该原则从字面上看包括“儿

① 上述3个案例分别参见 Sahin v. Germany [GC], ECHR, Application No.30943/96; Sanchez Cardenas v. Norway, ECHR, Application No.12148/03; L. v. the Netherlands, ECHR, Application No.45582/99。这3个案件中，非婚生子女的生父都曾照顾过孩子，后因与孩子生母的关系逐渐恶化而被禁止行使父亲权利，也不得看望子女。因为法院担心生父在紧张的气氛下行使探视权会对儿童不利。

② Haase v. Germany, ECHR, application No.11057/02.

③ Haase v. Germany, ECHR, Application No.11057/02.

④ 帕金森：《永远的父母——家庭中亲子关系的持续性》，冉启玉译，北京：法律出版社，2015年，第5—6页。

⑤ Statistisches Bundesamt, 2016: 84 200 Inobhutnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2017/08/PD17_290_225.html, 2022年8月30日。

⑥ Statistisches Bundesamt, 61 400 Inobhutnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen im Jahr 2017, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/08/PD18_311_225.html, 2022年8月30日。

⑦ Statistisches Bundesamt, Kinderschutz: Jugendämter nahmen 2020 rund 45 400 Kinder in Obhut, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/06/PD21_295_225.html, 2022年8月30日。

⑧ 在此方面德国并不特殊，如挪威的儿童福利机构将儿童与父母分离的做法越来越多地受到本国民众的诟病与抗议，参见新华社2016年的报导《“让我的孩子回家”——挪威儿童福利机构遭抗议》，http://www.xinhuanet.com/world/2016-04/18/c_128905880.htm, 2022年8月30日。

童利益”与“最大化”两个组成部分。那么“儿童利益”究竟何谓?“最大化”又暗示什么?下文将分述之。关于“儿童利益”,前述“查理案”的法官给人们提供了一种实务上的见解。为回应法院为何有权代替父母决定查理的医疗方案,或曰司法管辖权的正当性问题,一审判决称“在我们这个国家,儿童享有独立于父母或家庭的权利”^①。此观点看似平平无奇,只是在陈述现代民法的一个基本共识:儿童是法律上独立的权利主体。但是放在“查理案”的语境中却表达出更深一重含义,即儿童权利独立于父母、家庭,以自我成就为旨归,法律及其背后的国家公权力完全有能力为此提供坚强后盾。^②这恰恰就是实现“分离”的基础。再来看“最大化(the best)”这个表述。在语法上,这属于比较级中的最高级,含有至高、绝对之意。不同国家的法律条文对“最大化”的表述各异,但都以某种方式表达了儿童利益唯一、唯上的立场。如英国《儿童法案》指示应给予儿童福利以“最优考虑(the paramount consideration)”,挪威《儿童权利法案》要求儿童利益必须具有“决定的重要性(decisive importance)”,香港《监护条例》提出儿童最佳利益应为个案审理的“首要考虑因素(the first and paramount consideration)”^③等。如同一个硬币的两面,上述规则在将儿童权利推至最高位之时,势必将其他利益置于次座。那些处在“第二梯队”的权利——如父母权利、家庭生活不受国家不当干扰的权利等——其自身其实并不缺乏正当性,甚至还属基本人权范畴,却在与儿童权利的“较量”中处于显见的劣势。可见,“冲突”思维主导下的“最大化”为“权衡”进而牺牲一部分利益提供了正大光明的理由。可见,由西方国家提出并主导的“儿童利益最大化原则”不仅可以从逻辑上证成通过案例分析归纳得出的“分离—冲突—权衡”模式,更是为后者提供了理论支撑。

国外学界早已讨论过“儿童利益最大化原则”的理论根源。有学者将此观点的合理性追溯至国家父权主义,主张在现代家庭法语境下,国家扮演着类似古罗马法中的“家父”角色,唯有国家才是每一个儿童最具权威性的家长。因此,“国家可以在儿童处于危险中使用它的政策权力进行干预”^④。也有学者从边沁(Jeremy Bentham)的功利主义学说中找依据,提出保护儿童最大权益可以通过利益分配增加社会的幸福总量。^⑤更为普遍的观点则认为,通过国家而非家庭为儿童的生存与发展提供最为坚实的保障,与现代“福利国家”的实践密不可分。^⑥笔者无意讨论“儿童利益最大化”的合理性问题。毕竟,它的存在已然是不争的事实。不过,关于该原则所表征出的西方法律文化甚至伦理精神,在此还需赘述几句。

大致可以两个特质概说之,即“主体—权利结构”与“功利—理性主导”。先看“主体—权利结构”,追求主体的自我成就乃古希腊以来整个西方文化一以贯之的主线。普罗塔哥拉(Protagoras)的“人是万物的尺度”^⑦一语已将此立场表达得淋漓尽致。同于此理,法律始终被当作宣示作为目的和意义本身的“人”的标志,同时也是保障。值得注意的是,法律中的“人”始终是一个含义特定、变动不居且极其有限的概念,更准确、专业的表述无疑为“主体”。与主体密切相连的另一个基础性法律概念是“权利”。通俗点说,权利意味着获利的可能性,它围绕主体创设并为之服务。关于整个西方法律早期“主体—权利结构”的形成过程,18世纪意大利法学家维科(Vico)已有精到之见,不遑多论。^⑧启蒙时代以降,主体

① Re Gard (A Child) [2017] EWHC 1909.

② 一份1893年英国法院作出的判决更是明白无误地表达了上述观点。该案法官很有意思地指出:“法院可以儿童最高父母的地位行事。在行使该项管辖权时,必须犹如明智、慈爱和谨慎的父母为子女的福利行事一样”,参见 R. v Gyngall, [1893] 2 QB 232, p. 241。可见西方法律中素来存在如下的观念,即“国家父亲(母亲)”才是拥有最高权威的父母,应该为儿童抵挡包括来自生身父母的任何侵害。

③ 参见英国《儿童权利法案》第1条、挪威《儿童权利法案》第4-1条、中国香港《监护条例》第3条第1款。上述法条来源分别为: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/1>; <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-child-welfare-act/id448398/> 以及 <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap13!zh-Hant-HK>, 2022年8月30日。

④ Laurence D. Houlgate, *Philosophy, Law and the Family: A New Introduction to the Philosophy of Law*, Switzerland: Springer International Publishing AG, 2017, pp. 105-106.

⑤ Stephen Parker, “Rights and Utility in Anglo—Australian Family Law”, *The Modern Law Review*, No.3, 1992, p.321.

⑥ 参见贺颖清:《福利与权利:挪威儿童福利的法律保障》,北京:中国人民公安大学出版社,2005年,第84—85页。

⑦ 柏拉图:《泰阿泰德》,严群译,北京:商务印书馆,1963年,第37页。

⑧ 参见维科:《新科学》,朱光潜译,北京:商务印书馆,1989年,第489—558页。

的内涵、边界虽时有变化，但民法的基本任务却从未发生实质性改变，它将不同类型的主体视为各自独立的单元^①，并围绕它建构权利规则。“主体—权利结构”特质当然也影响着西方法律对儿童权利的界定、理解与保护方式。自法律承认儿童为独立的主体起，未成年人作为一个特殊的利益群体便获得了进入权利竞技场的资格，能够通过法律手段与其他主体——尤其是家庭关系中的父、母等成年人——竞争以实现自身。

下面再来看看“功利—理性主导”。功利主义是产生于近代后期的学派，但功利—理性主导的思维方式和价值判断实则贯穿从古至今的整个西方文化。古希腊时期，人们便坚信理性是人自神那里分有且能通达真理的特殊能力，非人不能掌握。于是理性便成为“人之所以为人”的判别式。具有这项特殊“才能”的“人”理所当然地认为世界应该为我所用，并可以使用理性工具通过功利计算来成就自身。^②从其鼻祖亚里士多德开始，西方伦理学在讨论“善”或“幸福”时便几乎须臾不离利益。^③作为法律所能成就的最高价值，“正义”更加赤裸裸地表现为适度、妥当的利益分配。因此，“义”被降至主体间利益分配公平与否的层次来讨论。^④可见，理性在此间发挥的作用是计算利益得失，成了与真理全然无涉的工具。康德以后，常见的理论理性与实践理性之分可以说是为利益最大化正了名：既然实践中无从寻绎绝对真理，亦不能实现无法客观丈量的“善”或“幸福”，那么主体利益最大化便成了当然且唯一的行动标准。以实现儿童利益最大化为旨归的现代西方立法，正是上述理论意趣在法律实践中下落的样态。综上所述，“主体—权利结构”解决的是“儿童”的主体资格问题，而“功利—理性主导”则为通过“利益最大化”保护儿童提供了法理基础。

分析至此，大致可以弄清西方国家在未成年被监护人保护方面的基本模式及其背后的法哲学基础。香港法秉承英国等西方判例法系国家的法律精神而来，故此“刘某案”中的未成年人郑某乙被香港法当然地视为一个独立的权利个体。一旦围绕他发生监护权的纠纷，香港法就将之从家庭关系中分离出来，生母、生父、“养父母”的诉求都被放在郑某乙利益要求的对立面加以理性审视，并为成就儿童个体权益而或满足、或被牺牲。这样的做法符合西方思维模式下对未成年被监护人的保护，却与中国法律对于“保护儿童利益”的理解存在根本上的矛盾。

四、未成年人监护的中国模式与成因

（一）中国模式析说

中国现代民法在保护未成年被监护人方面也认可儿童利益保护原则。这看似与西方各国的做法并无二致，但“此原则”实非“彼原则”。正如西方现代法律所谓的“儿童利益最大化”根植于其特有的法哲学背景，中国也是如此。换言之，中国对于儿童利益及其保护方式的理解本质上异于西方国家，这同样取决于中国特殊的法律文化土壤。其实“刘某案”的法院判决已经隐约表达出这样一层意思，即中国在处理涉及未成年人的监护权纠纷时，习惯于置儿童权利于关系网中审视而非割裂看待；或者说，将尽量疏导家庭矛盾、巩固亲情纽带视为保护儿童权益的最佳途径。这可以说就是一种自觉或不自觉的“中式”思维。事实上，中国法院面对类似争议多采“刘某案”的审判思路。2014年发生的“张某监护权案”^⑤（以下简称“张某案”）便是一例。它是一桩毫不起眼的未成年人监护权纠纷案。正因其平凡无奇，恰可反

① 现代法律对主体的基本分类不一而足，常见如“未成年人”与“成年人”，“无民事行为能力人”“限制民事行为能力人”与“完全民事行为能力人”、“公民”“外国人”与“无国籍人”、“自然人”与“法人”、“监护人”与“被监护人”、“抚养人”与“被抚养人”等。

② 这里说的“利益”应作广义理解，即取之于外，而又对自我的身体、生命、声望、财富、地位等等有所增益的一切客体。

③ 有鉴于此，稍加翻阅自亚里士多德《尼各马可伦理学》以后的伦理学论著便可体会。

④ 参见罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，北京：中国社会科学出版社，1988年。类似观点也体现在富勒关于“互惠与义务的道德”的论说中，参见富勒：《法律的道德性》，北京：商务印书馆，2005年，第20—22页。

⑤ 参见（2014）泰高民特字第0001号民事判决书。

映中国普遍的、与西方截然不同的儿童权利保护观念与方式。此案中，父母育有一子一女。孩子出生后主要由祖父母照顾。女孩12岁、男孩6岁时，父亲不幸亡故，母亲则离家外出打工。两名儿童成了“留守儿童”。祖父母向法院请求撤销母亲的监护权并指定自己为孙子女的监护人。法院最终驳回了祖父母的请求。判决书中的一段说理或可代表中国法院处理此类纠纷的共识：

对于监护权纠纷，应遵循有利于被监护人的身心健康、保障被监护人的合法权益为原则。……从情理上来讲，两小孩尚幼，张静某目前上初三，处于青春期，也处于学习的关键期；张天某年仅7岁，他们正是需要亲人关爱的时候，他们已失去了父亲，申请人分别作为两小孩的爷爷奶奶，被申请人作为两小孩的母亲，其所担当的角色对小孩来讲均不可或缺，谁也代替不了谁，特别是两小孩的爷爷奶奶，为两小孩的成长付出了艰辛和心血。血浓于水，希望申请人与被申请人从两小孩的健康成长着想，互谅互让，相互理解包容。因此，对于申请人张祝某、杨桂某要求撤销被申请人凡小某对张静某、张天某的监护资格的请求，出发点是好的，但该请求没有法律依据，本院不予支持。

以上引文说明，法院充分考虑了两名儿童的实际情况，包括他们的年龄、成长与学习状况以及心理需求等，并从上述考量出发，判决驳回了申请人撤销母亲监护权的诉求。可见，与西方一样，尽可能地保护儿童权益也是影响中国法院判断的关键因素。但另一方面，中国法院在儿童权益保护方面的具体做法又与西方存在显见差异。一言以蔽之，中国并不循着“分离—冲突—权衡”的思路实现儿童权益；恰恰相反，中国处理此类纠纷的路子大致可以归纳为“统一—协调—求和”。在上例“张某案”中，祖父母和寡母争夺孩子的监护权。虽有争端出现，但正如判决所述，一边是实际履行抚养义务的祖父母，一边是生育了孩子的母亲，“其所担当的角色对小孩来讲均不可或缺”。既然对稚子的关爱才导致双方当事人对簿公堂，那么与其各执己见以致家庭破裂，何不秉持这份爱子、爱孙之心，为了孩子而化干戈为玉帛？这就是法院所体认的情理，也是判决中朴实、通俗的“血浓于水”的含义。可见，在中国法官看来，寻求实现儿童权利与维护家庭关系之间的共性，并以此为基础协调矛盾，尽可能实现共赢，才能最大限度地保护儿童利益。^①

事实上，“统一—协调—求和”正可概括“中式”儿童权利保护的基本特征。这虽与前述西方模式迥异，却并不表示中国就不会以实现未成年人利益为有关实践的出发点，中国民法中的监护权撤销制度就是此方面的典型例证。从《中华人民共和国民法通则》第18条第3款、《中华人民共和国未成年人保护法》第108条到《中华人民共和国民法典》第36条，中国法律一直以明文规定父母监护权的撤销与变更。其立法目的与挪威、德国、英国等国从未成年被监护人利益出发限制乃至剥夺父母权利的规定并无本质差别，但中国对监护权撤销制度的具体操作却与西方国家截然不同。2015年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部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35条具体列举了可以撤销监护权的六种情形，包括性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人等一些严重侵害未成年人合法权益的行为。这说明在中国，撤销父母监护权必须基于极为特殊的情节^②，危害性往往达到了刑事犯罪的程度。可见，中国一方面设立监护权撤销制度，旨在保护儿童权益；另一方面，却也严格限制撤销事由以尽量维护稳定的家庭关系。通过对比前述“裘安瑟案”“哈瑟案”等判决中披露的撤销父母权利的事由，中西差异更是一目了然。

中国“留守儿童”问题的解决方案是“统一—协调—求和”特质的另一个典型例证。“留守儿童”现象中，存在大量监护人与监护义务实际履行人分离的情况。面对这一状况，国家并未听之任之，但采取的亦非西方式的强力介入、直接干涉姿态，而是以和缓、辅助的方式促成家庭关系的保持与自我修复。

① 类似的争端处理思维模式也出现在诸如“李某甲等监护权纠纷案（2015）碁法民特字第00006号民事判决书”“刘某等监护权纠纷案（2015）开民特字第87号民事判决书”“管某等监护权纠纷案（2015）黔赫民特字第9号民事判决书”等案件的判决中。此类判决在中国司法实践中比比皆是。

② 从最高人民法院公布的撤销监护人资格的典型案例来看，撤销父母监护权的事由包括：长期殴打虐待子女、性侵子女或协助他人性侵子女、一方已死亡而另一方正在监狱服刑等，参见2016年《最高人民法院关于侵害未成年人权益被撤销监护人资格典型案例》，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-21481.html>，2022年8月30日。

2016年《国务院关于加强农村留守儿童关爱保护工作的意见》(以下简称《留守儿童意见》)^①作为第一基本原则提出,留守儿童权益的保护应该“坚持家庭尽责”。《留守儿童意见》提出了两套保护留守儿童权益的方案:(1)由父或母抚育孩子,这是最优选择。(2)在前一方案无法实现的情况下,由父母自行委托亲属或其他成年人代为监护,父母则尽量关心子女。在此过程中,国家公权力机关、社会机构、组织团体等发挥的是辅助作用,最终目的在于调整而非分裂原生家庭内部关系。该处理思路也体现在一些省市制定的有关条例中。^②反观西方国家,如果出现类似的“留守儿童”情况,福利机构与法院必定介入。如果实际照顾人为其祖父母,而祖父母亦有意愿获得监护权,则发生监护权向祖父母的移转;如果无人实际看顾,那么按照上述奥地利“布哈伯格案”的逻辑,福利机构将出面带走儿童,为其寻找安置处所,并会引发收养等后续措施。无论哪种西式处理方案,皆胜在雷厉风行,但代价也会相对较高。前一种做法令父母权利不复存在,后一种处理方法则将使父母子女关系彻底瓦解。

分析至此不难发现,中国与西方处理未成年被监护人权利保护问题的理路存在实质性分别。不可否认,中国现行制度并非尽善尽美,甚至应对一些严重的社会问题也还捉襟见肘,本文亦无执中斥西之意。但脱开孰优孰劣的价值评判,中、西差异本身实属客观存在,不容忽视。如前所述,西方在儿童权益保护方面采取的是“主体—权利结构”视角,将儿童从家庭关系中割裂开来,视之为自我成就的权利主体,且在此前提下通过“功利—理性计算”,追求儿童利益最大化。反之,中国则将儿童视为家庭的重要组成部分,当儿童权益有可能受到侵害时,想到的不是牺牲父母权利成全儿童,而是尽力从修补、改善家庭关系的角度为儿童身心健康提供保障。正因如此,若非舶来,在中国本土语境下实不应出现“利益最大化”这类强调分别、计算、对抗之意的表述。

(二) 成因与义理内涵

由上可见,西方国家对未成年被监护人的保护虽然较纯粹地以最大化其利益为旨归,却未必符合中国对于儿童利益保护的理解,甚至与国内的一些做法背道而驰。如前文“刘某案”“张某案”所示,不能说人民法院的判决就没有优先考虑未成年被监护人的利益,但显然并未采取儿童利益唯一、唯上的立场。中国立法、司法思维模式迥异于西方,但在本国语境下却并不缺乏社会认同度。这是因为在中国,儿童的个体权利始终被家庭关系包容、统摄;换言之,国人习惯性地认为,除非极端情况,保全、维系完整的家庭关系才是对儿童最好的保护。这一观念差异向外表现为内、外国法律实践的差别;若向内深究则可追溯至中、西两大文化传统迥异的根质、思维方式和价值追求。关于西方,上文已有讨论,那些“主体—权利结构”与“功利—理性主导”的特质不仅不存在于中国本土文化之中,甚至一旦强行纳入还颇可能产生“排异反应”。因为支撑现代国人保护未成年被监护人做法的是中国传统文化独有的“天人同质”和“泛伦理化”特质。

所谓“天人同质”,即常言之“天人合一”,指世界万有同质、同源、同归的世界观。现代学界或将之表达为世界万物之间皆有广泛而普遍的联系,且均以同一之“道”作为本体、本质和基本规则。^③表述虽不尽准确,但大抵亦无谬误。以此为基础和出发点,人对自身的设定只可能是世界秩序的参与者。当然,参与的动机与方式可能具有一定的特殊能动性。但无论如何,人既不可能是“目的”,也不会被看作“万物的尺度”。大而言之,人之所以生存、生活,根本的使命在于参赞天地之化育,助成世界万有共臻于“道”。是故“成人”即“成仁”,同时意味着成己、成人、成物、成天^④,而非简单地以自我为目的寻求利益最大化。因而中国文化,无论是观念还是制度、法律中都不存在被置于其他一切存在者对立面、

① 国发〔2016〕13号。

② 参见2010年《浙江省未成年人保护条例》第45条、2009年《江苏省未成年人保护条例》第51条、2012年《河南省未成年人保护条例》第21条及第33条、2010年《江西省未成年人保护条例》第26条及第28条。

③ 参见陈鼓应:《老子今注今译》,北京:商务印书馆,2006年,第23—48页。

④ 参见《中庸》第26章。

以成就自身利益最大化为旨归的所谓“主体”。人的价值、意义只有参与到复杂的社会关系中，通过承担社会角色所应有的责任与使命方可实现。所有行为都因其合于“道”而具有价值，与功利并无太大关系。置身于这种观念背景中的人们自古也看重保护弱者，对待儿童更不例外。鰥、寡、孤、独、幼、弱自古都被当作特殊且需予以特别照顾的群体。《尚书·盘庚中》有“汝无侮老成人，无弱孤有幼”；《逸周书·宝典解》以“慈惠。兹知长幼。知长幼，乐养老”为“九德”之一；还有如《孔子家语·弟子行》中“恭老恤幼”，都表达了类似的观念。但是从不曾有人把儿童个体作为“主体”，也没有人单纯地把儿童的利益最大化作为有益于其成长的衡量标准。

“泛伦理化”和“天人同质”一样渊源甚古。在中国传统文化中，血亲伦理规则始终是基础性的社会关系法则。这种以家庭为单元的伦理规则经过西周初年，尤其是周公宗亲化的建制实现了“家—乡—国—天下”一体贯通的同质化状态。^①后经孔子之手对血亲伦理和宗亲伦理加以创化，以“仁”为至善的德性，以“仁义礼智信、恭谦慧敏让”为根本的行为准则。人们将之描述为中国文化的泛伦理性，即万物有德，且所有行为规范和价值标准都具有道德内质。血亲伦理正是这种道德观的基础，即人参与世界的起点是家庭，而以“亲亲”为本的血亲伦理与其他一切行为规则、价值标准乃至宇宙法则具有同质性，所以说“亲亲而仁民，仁民而爱物”（《孟子·尽心上》）。这些观念为后世数千年的国人所承袭、坚守，使得“天人同质”和“泛伦理性”特质贯注于整个中国文化的衍生历程，并不断得到强化。现实中在关照儿童时侧重考虑家庭和弱化功利性正与这些特质相契合，也明显区别于西方文化中的主体本位和功利化诉求。

当下绝大部分国人，包括前述“刘某案”“张某案”的法官们表露出的“父子天性”“血浓于水”观念，又或是立法者、政策制定者维系家庭观念的有意为之，无不因传统观念的熏染所致。这种始自“爱亲”而一以贯之的道德性和成就人与世界和谐秩序的终极追求，也是中华文明得以具有强大包容力和长久生命力的关键。

五、结 语

透过未成年人监护这个小隙，不难窥见中、西文化的根本性差异。反观《适用法》第30条，该条款意在保护涉外监护关系中的未成年人，这一立法目的无疑符合当代国际社会“弱者保护”的价值导向。但正如本论所示，中国与西方文化的根本异质以及由此导出的迥异于后者的未成年人保护模式，不仅让法官面对激烈的价值冲突，也令《适用法》第30条择外国“良法”而用的设想难以付诸实践。那么，如何让保护未成年人的意图在涉外监护关系中得以实现？大致可以从两个不同的维度思考应对之策：

解决方案之一是在仍然坚持未成年被监护人保护的前提下，放弃照搬外国实体法的现有思路。实现这一解决方案的具体做法是，将“有利于未成年被监护人”与最密切联系原则相结合，以此来确定案件的管辖权，即以被监护人的经常居所地、国籍国等连接点为司法管辖依据，只受理与本国有此类实质且密切联系的涉外监护案件；一旦确定受理，便只适用中国的法律。目前加拿大、捷克、英国、澳大利亚等国在涉外监护问题上便采用此种模式。^②这样做的好处是，既确保有充分的理由适用中国法律，又避免了在未成年人监护这类与法院地的价值观念、法律文化背景密切相关的案件中强行要求法官比较内、外域法律。与此同时，通过与民法、比较法、法理等领域学者合作，在实体法方面寻求中、西互补之道。如前论所示，中式的路径重在追求家庭关系的和谐，以爱亲为出发点，却存在个案救助不够得力、有关机构反应滞后等缺陷；西方的未成年人保护模式则快捷、高效，甚至能够防患于未然，但也因为屡屡破坏家庭关系、侵犯父母权利而受到诟病。这种差异固然造成了涉外司法上的难点，却也为大众提供了未成年人保护的多元化视角。若能在取彼之长补己之短的同时做好文化输出，不仅可以减少法律上的冲突，

^① 制度化的表述参见《周礼·地官》一系列的职官和职分设置。学理表述最为人所知者莫过于《大学》之“物格而后知至，知至而后意诚，意诚而后心正，心正而后身修，身修而后家齐，家齐而后国治，国治而后天下平”。

^② 秦红媛：《涉外监护法律适用理论与实证研究》，北京：法律出版社，2020年，第155—157页。

更能切实“有利于”未成年人权益的保护。

解决方案之二则基于仍坚持现有立法模式的思路提出，即由最高法院出台相关的司法解释和指导性案例，增强《适用法》第30条的可操作性。该条保护未成年人的立法目的主要通过规则中的“有利于”一词得到表达。但这个表述本身含义模糊、标准弹性，且中、西在如何认识、理解与实现未成年被监护人“利”方面存在显见的制度、文化和观念差异，如此势必造成司法实践中认定、评价、比较的困难。如开篇“刘某案”所示，让未尽监护之责的生父获得监护权对非婚生子女究竟是较为有利还是不利，实在无法要求专务于法律适用而非价值判断的法官遽然做出评价。为解决此问题，或可尝试听取来自法院、检察院、居委会、村委会、社会福利机构等与未成年被监护人有直接接触的一线工作人员意见，通过出台司法解释或公布指导性案例，细化所谓“利”的认定标准，为司法工作者提供更为明晰、更具可操作性的指示。

Judicial Dilemma and Theoretical Thinking on Foreign Minor Guardianship

WANG Yi

(School of Law, University of Chinese Academy of Social Science, Beijing, 100090)

Abstract: The minor is the most common type of wards. Article 30 of “Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of the People’s Republic of China” requires judges to select the Law from the perspective of protecting the rights and interests of the ward. However, “Law of the Application of Law” has been enacted for more than ten years, and there are almost no cases where the court applies foreign laws in accordance with the guidelines of Article 30 of the Law. Some decisions are even more deliberately circumventing the “favorable” rule. This phenomenon cannot be simply attributed to judicial deficiency. Some foreign laws seem to be more “advanced” in the protection of children’s rights and interests, but they are derived from the two major western legal and cultural traits: “subject-right structure” and “utilitarian-rational dominance”. Not only are they unable to gain the conceptual recognition of the Chinese, but they also run counter to the two main pillars of traditional Chinese culture: “homogeneity between man and nature” and “pan-ethicalization”. The heterogeneity of Chinese and Western cultures may be one of the reasons why it is difficult to put the selection standard of Article 30 of “Law of the Application of Law” is difficult into practice.

Keywords: Protection of the Minor, Foreign-related Guardianship, Law of the Application of Law, Child’s Best Interest, Conflict of Values

[责任编辑：陈慧妮]