

文章编号: 1674 - 5205(2019)02-0117-(014)

# 以比例原则为核心的未成年人国家监护制度建构

刘征峰

(中南财经政法大学法学院,湖北 武汉 430073)

〔摘要〕 父母子女关系的人权和基本权利指向决定了权利思维在国家监护制度建构中的普遍适用。比例原则的核心地位是由国家监护制度所隐含的权利冲突困境所决定的。同时,它也提供了弥合国家在父母子女关系上所负消极和积极义务之间张力的可行方案。以比例原则为基础进行国家监护制度建构包含了实体和程序两方面的安排。实体措施上的分层是前提和基础。措施所适用的对象、期间、内容和程度均构成分层的标准。建立在“目的—手段”权衡之上的程序规则设计则是正当化国家监护措施的关键。这种权衡体现在对程序启动的条件、主体范围、程序的类别和期间、证明标准、证明责任的分配以及父母子女程序性权利的保障等方面具体规则的设计之中。我国现行国家监护制度对于比例原则的表达存在实体和程序两个面向上的缺陷,存在改革的空间。

〔关键词〕 国家监护;比例原则;措施分层;正当程序

**Abstract:** The pervasive application of right-based thinking in *parens patriae* is determined by the trait of parent-child relationship on basic rights and human rights. The implicit conflict of rights in the rationale of *parens patriae* warrants the core status of proportionality principle. It also provides a feasible scheme to relieve the tension between the negative and positive obligations of the national authority. Legal system of national guardianship built on this principle is made up of substantial and procedural rules. The stratification of measures constitutes the premise. The criteria for this stratification include the people the measures will apply, the period they will last, their contents and the extent. It is of great significance for the justification of *parens patriae* measures to formulate relevant procedural rules after a "end-means" balancing test. It demonstrates in the design of the specific procedural rules, especially in the requirements to launch a legal proceeding, the authorized subjects, the categories of procedures, the period, the standards of proof and the allocation of burden of proof. Reforms of Chinese national guardianship law must be oriented towards the idea of this principle both in substantial and procedural aspects.

**Key Words:** *parens patriae*; proportionality test; stratification of measures; due process

中图分类号: D913 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2019.02.014

2017年3月两会期间,全国政协委员曹德旺提交提案,建议为家庭教育立法,家长持证上岗。<sup>〔1〕</sup>这一提案引发了巨大的社会争议。在过去几年间,围绕家庭与国家在处理子女事务权责分配方面的争论不绝于耳。公众在国家是否应当介入父母子女关系的

问题上形成了共识,但对于介入程度的深浅却莫衷一是。国家对父母子女关系的介入并非什么新思潮。柏拉图在2000多年前就提出了未成年人公育的极端思想。在《理想国》一书中,他假借苏格拉底之口指出,“儿童应该都共有,父母不知道谁是自己的子女,子女也不知道谁是自己的父母……生下来的孩子将由管理这些事务的官员带去抚养”。<sup>〔2〕</sup><sup>141-144</sup>学者们在讨论国家干预亲子关系时,经常溯及柏拉图的这一乌托邦设想,作为国家干预父母子女关系的极端。即使是在国家不断强化对父母子女关系干预力度的今天,柏拉图的设想也让人心生畏惧。如美国联邦最高法院法官布伦南所言,“柏拉图的构想是美好的,但却不属于我们”<sup>〔1〕</sup>。与此同时,一些个案中儿童所遭受的

收稿日期: 2017-12-06

基金项目: 国家社会科学基金青年项目(18CFX075)“体系视角下婚姻家庭关系法律适用问题研究”

作者简介: 刘征峰(1988—),男,四川威远人,中南财经政法大学法学院讲师,法学博士。

\* 本文写作中,得到了瑞典隆德大学 Eva Ryrstedt 教授、中南财经政法大学高庆凯副教授、中国政法大学郭逸豪博士、荷兰莱顿大学博士候选人张静、法国蒙彼利埃大学博士候选人吴震宇等师友在资料提供和翻译上的帮助,特致谢忱。

〔1〕 Bowen v. Gilliard, 483 U.S. 587 (1987).

悲惨经历又不断提醒我们应强化国家的干预。无论是信托解释框架还是未成年人最大利益原则都无法有效解决作为国家监护制度核心的介入程度问题。本文意图通过探讨国家监护制度所面临的权利冲突困境,提出一种基于比例原则的制度建构方案,并以此为视角检视我国现行国家监护制度。

## 一、比例原则在国家监护制度中核心地位的形成

### (一) 国家监护制度中的权利冲突困境

国家监护制度引发争议的根源来自于其所面临的权利冲突困境。一方面,未成年人的人权和基本权利为国家监护制度提供了正当化基础。另外一方面,父母基于一种自然上的联系而保持与未成年人之间的关系构成了另外一项人权和基本权利<sup>①</sup>。这意味着“子女不是国家的创造物”<sup>②</sup>,从而形成对国家监护制度的限制。虽然罗马法就已经逐步发展出了对家父权力的限制,<sup>(3)95-97</sup>但是这些限制并没有改变传统社会父权的支配性。法律特别关注未成年人利益的历史并不长,当今世界对保护未成年人这一目标的普遍承认发生在上个世纪。这种普遍承认的一项有力证据是——截至目前,联合国所有会员国均签署了《儿童权利公约》。未成年人享有权利意味着其不再是父母的财产权(chattel)客体,而是权利主体。作为基本权利主体的未成年人直面国家意味着传统二元制权力结构的解体。但家庭丧失政治组织的功能并不意味着二元制结构的解体。与此相对,家庭远离公共政治生活只是表明它“返回到了更隐秘的内部,阻止外来人员入侵”。<sup>(4)16</sup>此时,国家的角色仍然像威廉·皮特演讲中处于小屋外的国王一样<sup>③</sup>,不得不停步于私人生活空间的门前。国家不能通过法律干涉父权制下的私人生活空间。如耶林所言,“家庭的暴力阻止法律的进入”。<sup>(5)105</sup>只有当未成年人的主体性得到承认时,二元制的权力结构才真正发生解体。这种承认为国家介入父母子女关系创造了正当性基础。从这一角度来看,不是国家权力膨胀本身导致了对父母子女关系干预的加深,而是未成年人的权利主体地位要求国家权力延伸至家庭。这种理解将未成年人放在了中心地位。正如涂尔干所分析的那样,当代家庭同时经历“私人化”和“社会化”两种看似矛盾的运动。<sup>(6)1</sup>国家在将一部分家庭生活内容形成权交给家庭成员的同时,又攫取了家庭的另外一部分自主性。“社会化”运动背后的社会学观察是,家庭的传统功能被逐渐转移到家庭外部<sup>④</sup>。尤其是,原本由家庭提供的教育功能已经很大部分迁移到了家庭之外,法律甚至强制父母让渡这部分教育权力。父母也不再是

未成年人的唯一经济来源,国家也为未成年人的成长提供部分的财政支持。私人化运动则表现为国家鼓励家庭成员在协商的基础上自行分配其角色<sup>⑤</sup>。国家不再按照父权制结构强制分配家庭成员的角色。不过,如果家庭成员不能形成国家所希望的商谈氛围,则更多的争议会不可避免地涌向司法机关。<sup>(7)3</sup>在父母子女关系中,国家要求父母尊重未成年人日益增长的商谈能力,未成年人拥有了更多决定自身事务的自由。如果父母不当干涉了这种自由,未成年人也可以向国家寻求救济。实际上,国家对未成年人的保护包含了两层含义。首先,未成年人作为无差别的人格人应受国家的一般保护(parens patriae)。其次,未成年人因其行为能力欠缺应受国家的特别保护。这两层含义都指向了个人视角<sup>⑥</sup>。质言之,国家以保护个人的名义介入家庭生活。国家最为极端的介入方式表现为转移父母对未成年人的监护权,并完全终止父母的法律地位。不过,当家庭的功能逐步退却为情感场所时,家庭成员基于自然关系维持这种情感关系的诉求同样包含了人权和基本权利层面的意义。即使是父亲在主张这种权利时,他也不再以处于家庭权力金字塔顶端的家父身份出现,而是以个人的面貌出现。正如玛瑞·安·格林顿所指出的那样,“国家及其机构正以一种越来越直接而无需中介的方式与个体的男人、女人和子女建立关系”。<sup>(8)298</sup>职是之故,有关于国家干预父母子女关系的争论可以转换为两种

① 政治保守主义者或者父母权利运动的支持者通常将父母权利思维先于国家的自然权利 [See Barbra Bennett Woodhouse, A Public Role in the Private Family: The Parental Rights and Responsibilities Act and the Politics of Child Protection and Education, 57 Ohio St. L. J. 395 (1996) ]。按照这种预设,“维系和保护父母照顾、监护和帮助他子女的权利构成自然法上的义务” [ People ex rel. O'Connell v. Turner, 55 Ill. 280 (1870) ]。故而,作为“自然权利的现代性表达”(美)约翰·菲尼斯《自然法和自然权利》,董娇娇等译,中国政法大学出版社2005年版,第160页)的人权和基本权利也应当为父母的上述权利提供保护。

② Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510 (1925)。

③ See Speech on the Excise Bill, House of Commons (March 1763), quoted in Lord Brougham, Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III (1855), I, p. 42。

④ Voir E. DURKHEIM, Débat sur le mariage et le divorce, in Livres entretiens: Questions relatives à la condition Economique et Juridique des Femmes, Paris, Union pour la vérité, 1909, p. 280。

⑤ 私人化运动的背景是家庭成为满足私有性需求的所在地。家庭这一亲密空间创造了超政治和世俗的私人领地。参见(加拿大)查尔斯·泰勒《现代社会想象》林曼红译,译林出版社2014年版,第92-93页。

⑥ 正如德国公法学家卡尔·施密特所言,真正的基本权利本质上是享有自由的个人的权利……是孤立的个人的权利。从这一视角来看,无论是人权公约还是宪法所规定的涉及父母子女关系的权利都是个人的权利,儿童和父母不可能作为一个团体享有上述权利。参见(德)卡尔·施密特《宪法学说》(修订译本)刘小枫编,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第222页。

个体权利之间的冲突。

国家监护制度不仅仅是对普通私人关系的干涉,更是涉及对人权和基本权利的限制。不少国际人权公约和宪法均涉及父母子女关系。例如,在全球性的人权公约层面,《联合国儿童权利公约》大量涉及父母子女关系<sup>①</sup>。又如,在区域性的人权公约层面,欧洲人权法院经常利用《欧洲人权公约》第8条规定的家庭生活受尊重权来处理涉及父母子女关系的案件。在宪法层面,部分国家在宪法中明确规定了父母子女关系的基本权利内涵。例如,《德国基本法》就明确规定了“父母抚养教育子女”的基本权利性质,并设置了国家从家庭中分离子女的条件<sup>②</sup>。我国《宪法》在公民的基本权利和义务章规定了家庭和儿童的国家保护原则,并强调“父母有抚养教育未成年人的义务”<sup>③</sup>。另外一些国家则通过法院进行扩张解释的方式将父母子女关系纳入基本权利的范畴。例如,美国联邦最高法院通过扩张解释宪法中正当程序条款为包括父母子女关系在内的“家庭单元及父母、子女个人提供实体上和程序上的保护”。<sup>(9)</sup>这种实体正当程序(substantive due process)分析将父母子女关系纳入到基本权利的思维模式中。

## (二) 权利思维视角下的比例原则

比例原则在国家监护制度中核心地位的形成源于这样一种前提——国家监护的本质是国家为保护未成年人的人权和基本权利而对与之相冲突的父母人权和基本权利所进行的干涉。与那种建立在信托结构之上的解释模型或者未成年人最大利益原则相比较,比例原则以权利思维为基础,在解决权利和利益冲突方面具有明显的优势。

建立在信托结构之上的解释模型之问题在于其没有充分考虑父母权利的人权和基本权利内涵。根据信托模型,父母作为受托人只能为作为受益人的未成年人的利益而行动。“虽然相对于父母终止其与子女的关系而言,受托人可以通过辞职的方式更为容易地终止其与受益人的关系,但是从外部自由的角度来看,二者几乎完全一致。”<sup>(10)73</sup>相对于支配权或者所有权模型的解释,基于信托模型的解释能够有效地为作为受托人的国家之介入提供正当化基础。但是,这一解释框架并不能有效体现父母和子女的主体性。这是由于在信托模型中,“父母与子女的法律关系是由针对子女的受托人责任而非基于身份而固有的权利所确定的”,<sup>(11)</sup>父母子女关系的自然性被弱化和遮蔽。

与信托模型中所包含的功利主义视角不同,权利视角是以承认父母和子女的权利冲突为前提的。这

种权利冲突无法通过明确的规则来解决,只能诉诸于原则。国家在适用未成年人福利原则(welfare principle)或者未成年人最大利益原则(best interests of the child)来保护未成年人的权利时,存在扩张的危险。这种扩张的危险源于该原则的模糊性。虽然法律承认未成年人不断增长的自决权,但是仍然有相当多的决定必须由第三人作出。到底什么是未成年人的福利或者最大利益存在相当大的解释空间。法院在处理具体的案件时经常面临到底是未成年人继续随父母生活还是完全脱离父母更符合未成年人利益这样的问题。如英国学者约翰·伊克拉所言,“对于什么是对儿童有利或什么会伤害儿童,回答充满了不确定性”。<sup>(12)182</sup>并且,国家监护制度中还夹杂了国家本身的利益,保护未成年人的身心发展与国家的发展是正相关的。虽然这种利益并不属于人权和基本权利的范畴,但同样具有一定的意义。由此,国家监护制度中的权利冲突演变为了国家、父母和未成年人三方权利和利益的冲突。未成年人最大利益原则并不能为各方利益的冲突提供有效的解决方案。正如 W. David Kiser 所言,“未成年人最大利益原则未能给予各方利益以清晰的权重进而造成了困惑”。<sup>(13)</sup>无论是父母还是国家都可能将自己的利益伪装成未成年人的最大利益,从而造成一种假象,并产生未成年人利益论证的虚伪化。未成年人最大利益原则并不能有效地解决国家监护制度中所隐含的权利冲突困境,只是以一项空洞模糊的标准掩盖了国家监护制度中的权利冲突困境。未成年人最大利益原则的缺陷是由其功利性思维所导致的,该原则并不能为国家监护的制度设计及其运行提供“任何实质性的内容”,<sup>(14)</sup>也不能为国家权力对人权和基本权利的不当干涉提供清晰的界限。

与上述两种进路不同,比例原则从诞生开始就是用以解决国家权力对个人权利干涉的限度问题。一般认为,比例原则确立于普鲁士最高行政法院(Oberverwaltungsgericht)于1882年审理的 Kreuzberg 案。法官在该案中使用比例原则来检视警察权对社会生活的干预<sup>④</sup>。这一原则后来逐渐成为行政法的基本原则,并最终被德国联邦宪法法院所采纳<sup>⑤</sup>。这一原则“不仅用来审查行政行为,也用来审查立法行

① See e. g. Article 3, 5, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 19, 20, 27 of the Convention on the Rights of the Child.

② § 6 GG.

③ 《中华人民共和国宪法》第49条。

④ PrOVGE 9, 353 ff.

⑤ BverfGE 61, 126 (134).

为”。<sup>(15)</sup><sup>88-89</sup>此后,比例原则的发展呈现出两个明显的趋势。首先,比例原则的适用领域得到了极大的扩展,从最初的行政法、宪法逐渐向其他法律领域扩展,如刑法、经济法乃至私法。其次,该原则逐步从德国向整个大陆法系乃至普通法系传播。“越来越多的法院,几乎所有的宪法法院,正在采用比例原则作为它们宪法裁决的主要支柱。”<sup>(16)</sup>此外,比例原则正被区域性的法院(如欧盟法院和欧洲人权法院)和全球性组织中的争端解决机构(如WTO中的争端解决机构)所采用<sup>①</sup>。有学者甚至将这一原则视为“推动普通法系和民法法系融入全球法律共同体(jus commune)的主要向量”。<sup>(17)</sup>通说认为,比例原则由适当性、必要性和均衡性三个标准构成。<sup>(18)</sup><sup>687</sup>这三项标准形成于德国联邦宪法法院1958年审理的Apotheken一案<sup>②</sup>。不过,有学者对这种三阶层规范结构提出了批评,认为包含“目的正当性”的四阶层比例原则更为合理。<sup>(19)</sup>就比例原则的实质而言,它处理的是目的与手段之间的关系,在目的正当的前提下,手段必须要满足适当性、必要性和均衡性三项标准。就本文所要处理的国家监护制度而言,即使是保护未成年人权利这一目的存在正当性,也并不能当然证成国家监护制度本身的合理性。未成年人的权利只能提供目的上的正当性,并不能当然推导出措施上的合理性。权利思维要求国家监护制度及其实施必须能承受比例原则的检视。易言之,国家监护制度本身(立法活动)及相关的行政、司法活动都必须符合比例原则,这是法治国的基本要求。以欧洲人权法院为例,它对未成年人国家监护案件的审查全面采纳了比例原则,强调目的正当性和手段的合理性。在法律依据和正当目的之外,欧洲人权法院将“民主社会之所需”标准作为审查的核心。比例原则是“民主社会之所需”标准的核心。<sup>(20)</sup>

由于国家监护措施可能会对父母子女关系带来不可逆的严重影响,相关的制度设计及其实施必须充分考虑父母、子女和国家等各方利益,既要积极行动,又要防止矫枉过正。无论是《德国基本法》第6条还是《欧洲人权公约》第8条所规定的家庭保护均包含了积极和消极两个方面的义务<sup>③</sup>。前述两种权利的冲突可以转换为这两种义务之间的张力。国家监护制度的具体规则实际上是两种义务调和结果的具体化。比例原则所包含的“禁止过度”思想确立了调和工作的基本方向<sup>④</sup>。在此,比例原则同时扮演了本体论意义上和方法论意义上的角色,<sup>(21)</sup>既指向消极义务所对应的自由保障问题,也指向一种调和冲突的利益衡量工具。

## 二、比例原则在国家监护制度中的具体化

### (一) 实体措施上的分层

为了充分体现比例原则所蕴涵的适当性、必要性和均衡性要求,各国国家监护制度的具体设计中均包含了“实体措施上的分层”这样一种理念。这意味着,即使是父母的行为损害了未成年人的利益,触发了国家监护,主管当局也不应该径直实施与父母行为危害性明显不成比例的措施。例如,完全剥夺父母的监护权,并将子女送养,由此切断父母恢复监护权的可能。从积极义务的角度来看,实体措施的分层也意味着国家必须根据未成年人利益的受损情况采取相应的措施。易言之,主管当局的行动具有两层含义。《联合国儿童权利公约》也对此提出了明确的要求。该公约既规定了缔约国采取适当措施保护未成年人权利的义务,又规定了缔约国不得恣意分离父母和未成年人的义务<sup>⑤</sup>。国内法往往通过分层技术来具体调和两种义务之间的冲突。以德国为例,《民法典》首先区分了针对父母危害未成年人财产和针对父母危害未成年人非财产利益的国家监护措施。针对父

① See Tor-Inge Harbo, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, 16 *Eur. L. J.* 158 (2010); Wolf Sauter, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act*, 15 *Cambridge Y. B. Eur. Legal Stud.* 439 (2012-2013); Yutaka Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, (Oxford: Intersentia, 2001); Axel Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, 4 *J. Intl Econ. L.* 441 (2001); Mads Andenas & Stefan Zlepting, *Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective*, 4 *J. Intl Econ. L.* 371 (2001).

② BverfGE 7, 377 ff.

③ See e.g. the *Keegan v. Ireland* judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 19, § 49; 参见(德)康拉德·黑塞《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第359页。

④ 郑晓剑认为,比例原则的三顶子原则实际上都表达了同一个主题——“禁止过度”(参见郑晓剑《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期,第147页)。事实上,普通法上的不合理性(unreasonableness)标准也包含了类似的思想。故而,有学者建议将德国法上的Verhältnismäßigkeit翻译成普通法上的reasonable比proportionality更为合适[See M. P. Singh, *German Administrative Law: In Common Law Perspective*, (Berlin: Springer-Verlag, 1985), p. 88]。我国台湾地区学者蔡宗珍在对比例原则进行历史性考察时,即将其回溯至了1215年的《英国大宪章》(参见蔡宗珍《公法上之比例原则初论:以德国法的发展为中心》,载《政法法学评论》1999年第12月总第62期,第80页)。更有学者将比例原则的思想追溯至亚里士多德的《尼各马可伦理学》[See Eric Engle, *The History of The General Principle of Proportionality: An Overview*, 10 *Dartmouth L. J.* 2 (2012)]。不过,部分学者认为比例原则和合理性原则之间是存在重大的区分的[参见杨登峰《从合理原则走向统一的比例原则》,载《中国法学》2016年第3期,第88-105页;See Georg Nolte, *General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective*, 57 *Mod. L. Rev.* 193-194 (1994)]。

⑤ See Article 2, 9, 19 of the *Convention on the Rights of the Child*.

母危害子女财产利益的国家监护措施包含命令父母提交财产目录和账目、限制父母对子女财产的处置、要求父母提供担保等<sup>①</sup>。针对危害子女人身利益的国家监护措施则包括但不限于<sup>②</sup>:命令采取公共救济,命令遵守就学义务,禁止暂时或者不固定期间地使用家庭住宅或者其他住宅,禁止在家庭住宅周边逗留,禁止探寻有待确定的、子女通常逗留的其他地点,禁止与子女建立联系或者会面,代有父母照顾权的人作出表示以及部分或者完全地剥夺父母照顾<sup>③</sup>。值得注意的是,该条的标题即为“危害未成年人最大利益的法院措施”,特别强调对未成年人利益的法律保护。紧随其后,《德国民法典》规定了比例原则和公共救济的优先性,形成对第1666条措施的限制<sup>④</sup>。这种限制包含两个方面:“仅在危险不能通过其他方式,也不能通过公共救济消除时,始准许采取使子女脱离家庭的措施或者禁止使用住房的措施”;“仅在其他措施无效果时,或者在其不足以消除危险时,始可以完全剥夺父母的照顾权”。2002年《进一步保护儿童权利法案》(Kinderrechtsverbesserungsgesetz - KindRVerbG)将该条规定增订至《民法典》<sup>⑤</sup>。该规定是比例原则在国家监护制度中的具体表达<sup>⑥</sup>,与《德国基本法》第6条相呼应。在实践中,德国联邦宪法法院判例将比例原则的适用范围从《德国民法典》第1666a条所列举的上述三种措施扩展到了所有干预父母照顾的措施<sup>⑦</sup>。

事实上,德国这种以比例原则为导向的措施分层立法并非偶然。又以芬兰为例,《未成年人监护和接触法》(Laki lapsen huollosta ja tapaamis oikeudesta 361/1983)和《未成年人福利法》(Lastensuojelulaki 683/1983, 139/1990)的相关规定包含了开放型监护(一般公共救济措施和特别公共救济措施)、替代监护、紧急替代监护、限制父母接触权等措施。这些措施的适用条件是由未成年人利益被危害的程度决定的。例如,根据《未成年人福利法》的规定,替代监护必须满足三项条件:a. 由于欠缺照顾或者其他家庭生活条件,未成年人的健康和成长受到了严重威胁,或者未成年人因酗酒、吸毒、实施违法行为(轻微犯罪除外)以及其他类似行为严重危害了自身健康和成长;b. 开放型监护中的救济措施不合适或者无效;c. 替代监护有利于保护未成年人的最大利益<sup>⑧</sup>。除非存在紧急情况<sup>⑨</sup>,社会福利委员会不能够直接越过开放型监护措施而将未成年人置于替代监护之下。从欧洲家庭法学会(Commission on European Family Law)对欧洲22个主要国家和地区的比较研究来看,除了丹麦、英格兰和威尔士外的所有被调查国家和地

区都存在剥夺父母监护权的机制<sup>⑩</sup>。但绝大部分国家都存在措施运用条件上的限制,尤其是针对彻底剥夺父母监护权并送养子女这样极其严厉的措施。欧洲委员会家庭法专家委员会于2004年发布的《在建立父母子女关系及其法律效果方面原则的报告:白皮书》(Report on Principles Concerning The Establishment and Legal Consequences of Parentage: The White Paper)亦建议:“即使存在前述列举情形,在某些情况下将未成年人交由父母照顾,而非直接将其带离家庭并置于公共机构的监护之下将更为合理”。<sup>⑪</sup>这与欧洲人权法院长期以来的判例法相一致。欧洲人权法院在多起案例中一再重申这样一项原则——如果存在替代性措施,并且替代性措施也是可行的,那么完全切断父母与未成年人之间关系的措施与比例原则明显相悖<sup>⑫</sup>。在美国,根据《收养和安全家庭法》(Adoption and Safe Families Act,简称ASFA)<sup>⑬</sup>的规定,除了法案所列举的除外情形外,终止父母权利必须满足前置努力要求。前置努力要求的目标是保持和恢复父母子女关系,具体包括两个方面:首先,在将未成年人寄养之前,采取预防措施或者消除可能导致将未成年人带离家庭的状况;其次,使子女安全回归家庭<sup>⑭</sup>。除非存在极端情形,美国多数州会为处于寄养或者其

① § 1667 BGB. 值得注意的是,在针对危害子女财产利益的内部细分措施之中,比例原则同样应当得到遵守。Vgl. BR - Drucks. 180/96 S. 107.

② 从解释论的角度来看,该条文使用了“特别是”这种表述,表明法院可以采取的措施并不限于条文中的列举。参见《德国民法典:全条文注释本》(下册)杜景林、卢谔译注,中国政法大学出版社2015年版,第1030页。

③ § 1666 BGB.

④ § 1666a BGB. 值得注意的是,这是《德国民法典》中直接明文规定比例原则的唯一条文。

⑤ BGBl. I S. 1239.

⑥ BT - Drs. 8/2788, 59.

⑦ Vgl. z. B. BVerfG FamRZ 2009, 1472 (1473); BVerfG FamRZ 2008, (492); BVerfGE 24, 119 (145).

⑧ § 16 ja Lastensuojelulaki 683/1983.

⑨ § 18 ja Lastensuojelulaki 683/1983.

⑩ 在丹麦,虽然不能剥夺父母的监护人地位,但是可以限制父母的具体权利和义务。在英格兰和威尔士,虽然不能剥夺父母责任,但是可以限制父母责任的承担。See Katharina Boele - Woelki et al., Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, (Oxford: Intersentia, 2007), p. 214.

⑪ Para. 70 of the Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage.

⑫ See e. g. Gnahoré v. France, no. 40031/98, § 59, ECHR 2000 - IX; Johansen v. Norway, judgment of 7 August 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996 - III, pp. 1008 - 1009, § 84.

⑬ 未成年国家监护事宜主要由州法进行调整,但联邦通过资金资助的方式实际上获得了该领域的主导调整权。为了获得联邦资金的资助,所有的州均采纳了1997年由联邦颁布的《收养和安全家庭法》。

⑭ See 42 U. S. C. § 671 (a) (15) (B).

他形式公共监护之下未成年人恢复与父母的关系提供服务。“通常而言,终止父母关系只是最后的救济方式。”<sup>(22)</sup>

通过以上比较法视角的观察,不难发现,措施分层技术对于国家监护制度而言具有核心意义。措施分层充分体现了比例原则所要求的“目的——手段”均衡。就具体的分层技术来看,可以从适用对象上将其分为针对损害未成年人财产利益和损害未成年人人身利益的措施。前述《德国民法典》就采纳了这种基本区分。《韩国民法典》、《日本民法典》以及《爱沙尼亚家庭法》也有类似的区分。如果只是未成年人财产利益受损,则不应当适用人身性质的措施,否则便与比例原则所要求的适当性相悖。当然,也可以从时间上将其分为临时性措施和长期性措施。以《澳大利亚首都特区儿童和青少年法》为例,该法将国家监护措施进行了细致的区分,包括但不限于:附带临时父母责任限制的评估措施、附带父母责任限制的过渡性照顾和保护措施、附带父母责任限制的照顾和保护措施、过渡性治疗保护措施以及治疗性保护措施。这些措施的存续期间存在显著的差异。例如短期父母责任限制(short-term parental responsibility provision)措施不得超过两年(针对两岁以下未成年人的短期父母责任限制不得超过一年)<sup>①</sup>,而附带临时父母责任限制的评估措施不得超过四个星期<sup>②</sup>。总体而言,国家监护措施期间的长短应根据比例原则来确定<sup>③</sup>。由于长期性措施对父母子女关系产生的影响更大,其实施条件往往更高。因此,措施的持续时间越长,比例原则的审查就越严格。

如果从措施的内容来看,则大致可以分为前置性公共救济措施、部分限制父母监护权的措施以及完全剥夺父母监护权的措施<sup>④</sup>。这种区分在针对损害未成年人人身利益的情形中更为妥当。通常而言,主管当局应当首先采用干预性极小的公共救济措施。特别是在未成年人所遭受的损害并非基于父母的过错时,主管当局的首要义务不是径直带离子女,而是为家庭提供各类帮助。以法国为例,根据《法国民法典》的规定,只要有可能,就应当使未成年人继续留在目前的生活环境中,但法官应指定一位有资格的人,或者指定社会上的观察、教育和再教育机构向未成年人的家庭提出帮助和建议,以克服其在物质上与精神上遇到的困难<sup>⑤</sup>。2013年2013-403号法令还增加了上述机构根据授权提供食宿的措施<sup>⑥</sup>。与此类似,《荷兰民法典》规定:“家庭监护机构应当监督未成年人并确保未成年人和其父母得到帮助和支持

来消除对未成年人道德、精神和健康利益的威胁;这些帮助和支持应当用以确保拥有监护权的父母尽可能承担其对未成年人进行照顾和抚养的人身性责任。”<sup>⑦</sup>在《瑞士民法典》中,帮助父母的措施包含一般性的提醒,就有关照顾、教育或职业培训等事项提供指导性意见,指定合适的人员或者机构进行调查、检查以及设定保佐人<sup>⑧</sup>。一般而言,不能直接跨越这些前置性救济措施而直接适用限制父母权利乃至完全剥夺父母权利的措施。这正是《瑞士民法典》规定只有“当子女受到威胁而无其他防御方式时,未成年人保护机构才应从父母那里带离子女”<sup>⑨</sup>的原因。

当然,如果救济和帮助措施无效,国家监护主管当局应当进一步限制父母权利。例如,限制父母与子女的接触,包括将子女转移给其他监护人,或者将子女安置在寄养家庭。毋庸置疑,这些强化限制措施的建构同样应当遵循比例原则。例如,在未成年人被置于公共监护之下而父母权利尚未被最终剥夺时,法律通常应当保障父母与子女的接触权,除非这种接触明显有害于子女利益。以立陶宛为例,根据《立陶宛民法典》的规定,临时或者长期性对父母权利进行限制意味着对父母基于血亲或者拟制血亲关系所享有的人身和财产权利的中止,但是父母可以继续保留与未成年人接触的权利,除非这种接触有悖于未成年人的利益<sup>⑩</sup>。又以土耳其为例,《土耳其民法典》作出了与《立陶宛民法典》相类似的规定,但其将接触权的保留扩展至已经被剥夺权利的父母。易言之,在父母被剥夺权利(未成年人尚未被他人收养)和未被剥夺权利但子女被带离两种情形下,父母都有与子女保持接触的权利,除非这种接触会对未成年人产生不利影响<sup>⑪</sup>。值得一提的是,如果单独性的接触会危害未成年人的利益,则国家监护主管当局应当考虑第三人在

① Children and Young People Act 2008 of Australian Capital Territory, section 476.

② Children and Young People Act 2008 of Australian Capital Territory, section 384.

③ MüKoBGB/Olzen BGB § 1666 Rn. 161, beck-online.

④ 根据荷兰学者 Ingeborg Schwenzer 和澳大利亚学者 Mariel Dimsey 的观点,比例原则在国家监护制度中主要适用于三个方面:决定国家监护措施持续期间的长短、决定具体措施的种类以及根据未成年人利益受危险状况适时调整措施。See Ingeborg Schwenzer & Mariel Dimsey, Model Family Code: From A Global Perspective, (Oxford: Intersentia, 2006), p. 173.

⑤ Art. 375 - 2 c. civ.

⑥ LOI n°2013 - 403 du 17 mai 2013 - art. 1 (V).

⑦ Art. 1:257 BW.

⑧ § § 307 - 308 SGB.

⑨ § 310 SGB.

⑩ CK 3. 180 str.

⑪ Medeni Kanunun 1208. ve 1211. Maddesi.

场的直接接触。如果这种方式仍然会危害未成年人的利益,则可以考虑通信、电话等间接接触方式。只有在极端的情况下,国家监护主管当局才能完全切断父母与处于公共监护之下子女的接触。比例原则要求对限制接触的措施进行这种细致的分层。

从欧洲家庭法学会的调查来看,绝大多数被调查的国家和地区将国家监护措施区分为部分限制措施和全部剥夺措施<sup>①</sup>。限制措施只是暂时中止而非完全终止父母权利,因而可以根据具体情况解除<sup>②</sup>。如果父母权利不是被暂时中止行使,而是被完全终止,并且其子女已经被他人收养,则父母权利不可恢复。例如,根据《法国民法典》的规定,如果未成年人已经被妥当安置以供他人收养,则监护权不可恢复<sup>③</sup>。将子女送养无疑是最为严厉的国家监护措施,它完全切断了父母子女关系恢复的可能性。与欧洲的情况类似,美国也存在类似的区分,前述美国《收养和安全家庭法》被学者批评的一项重要原因正是其不当地加速了收养措施,减少了恢复父母权利的机会,从而损害了父母的权利。<sup>(23)</sup> 不过从另外一个角度来看,“未成年人被长期置于寄养或者福利机构直接照顾的不确定状态对于未成年人来说无疑是一种煎熬”。<sup>(24)</sup> 这也是推动美国颁布上述法案的重要原因。总结起来,国家监护措施的分层构成贯彻比例原则的必要前提。只有设置目标不同、强度不等的多层次措施,才能确保选择到有助于目的实现的措施,也才能在众多措施中选择干预性最小的措施,并最终实现所选措施与欲实现目的之间的均衡。

## (二) 以比例原则为基础的程序法设置

国家监护所包含的程序法规定之重要性不言而喻。正如前文所述,美国联邦最高法院正是通过扩张正当程序条款来实现对父母子女关系的保护。由于国家监护制度必然涉及主管当局对相关措施的实施,通过恰当的程序性规定来约束主管当局的权力滥用是完全必要的。如果程序的设计本身存在瑕疵,那么国家监护制度极容易对父母子女的权利造成损害。由于父母子女的前述权利冲突在程序性规定中同样存在,其制度设计仍然要以比例原则为标尺。

实际上,无论是程序启动的条件、主体范围、程序的类别、期间、证明标准、证明责任的分配还是父母子女程序性权利的保障等问题均涉及到对父母子女权利的权衡。程序启动的条件设置最能反映比例原则的基础性作用。如果条件设置过高,程序启动困难,遭受父母侵害的未成年人可能无法获得充分的保护。如果条件设置过低,则国家恣意干涉的风险就会增加。当然,具体应设置何种条件与后文所讨论的程序

种类存在关联。总体而言,标准的设置可以分为概括式和列举式两种模式。在前一种模式下,法律通常只作出“对未成年人利益的损害或者不适合继续担任监护人”这样原则性的规定,而不罗列具体的情形,由法官根据具体的情形作出解释。以奥地利为例,《奥地利民法典》规定了“父母通过其行为而威胁到未成年人的幸福”这样原则性的标准<sup>④</sup>,即属于概括式。与概括模式相对,列举模式详细列举了各种具体的标准。以美国为例,根据 William Vesneski 的考察,所有州和哥伦比亚特区都基本采用了《收养和安全家庭法》所采取的列举模式,不过各州和哥伦比亚特区列举的具体标准有所差异。<sup>(25)</sup> 值得注意的是,程序启动的条件通常情况下会弱于最终裁判限制或者终止父母权利的标准。这是由于父母权利通常并不会因为程序的启动而受到无可挽回的损害。与此相对,未成年人的利益则可因程序无法启动而遭受无可挽回的损害。

就国家监护程序的启动主体而言,可以分为依申请启动和依职权启动两种模式。这方面各国立法存在较大的差异。一般而言,法律会授予特定的国家机关或公职人员该项权力。常见的主体如社会福利机构(如瑞典)、未成年人保护机构(如德国)和检察官(如意大利、法国、比利时)。通常而言,大部分国家将申请的权利同时赋予了公法上和私法上与未成年人利益有关的主体,如另外一方父母、亲属(如日本、韩国)和达到一定年龄的未成年人自身。在部分国家,法律赋予法院依职权自行启动程序的权力(如德国、波兰)<sup>⑤</sup>。从未成年人权利保护的角度来看,不限制程序启动主体可能更为有利。但从父母权利保护的角度来看,过于扩张申请人的范围会对父母造成不当的影响,实际上也并不利于未成年人的保护。<sup>(26)</sup><sup>220</sup> 当然,基于保护未成年人利益的需求,法律可以规定任何人均有义务向主管当局报告未成年人利益受威胁的状况,但这并不表明他们具有直接启动相关程序的权利。主体范围过大明显有悖于比例原则所要求

① See Katharina Boele-Woelki, Bente Braat, Ian Curry - Sumne (eds.), *European Family Law in Action: Parental Responsibilities*, (Oxford: Intersentia, 2005), pp. 669 - 692.

② 一些立法例详细区分了中止父母权利的行使、部分限制父母权利以及完全剥夺父母权利。例如《捷克民法典》就分别规定了这三种措施。

③ Art. 381 c. civ.

④ § 176 ABGB.

⑤ 有关欧洲各国可申请启动国家监护程序主体的状况, see Katharina Boele-Woelki, Bente Braat, Ian Curry - Sumne (eds.), *European Family Law in Action: Parental Responsibilities*, (Oxford: Intersentia, 2005), pp. 663 - 698.

的必要性。然而,如果像比利时那样,将申请的主体仅仅局限于检察官,则有范围过小之嫌<sup>①</sup>。

值得注意的是,比较法上的观察显示,法院通常处于国家监护程序的中心位置,其他公共机构通常只能启动一些紧急程序。这些紧急程序的持续期间通常较短,以敦促相关的处理及早进入正常的司法程序。以乌克兰为例,根据2016年新修订的《家庭法典》的规定,在极端情况下,当未成年人的生命和健康遭受严重威胁时,监护委员会或者检察官可以立即将其从父母身边带离。在这种情况下,监护委员会必须立即通知检察官并且在作出上述决定七天内向法院诉请剥夺父母监护权或者带离子女而保留监护权。这一规定也适用于检察官<sup>②</sup>。又以英格兰和威尔士为例,法律赋予了警察在紧急情况下将未成年人带离父母的权力<sup>③</sup>,并规定了紧急保护令(emergence protection order)制度<sup>④</sup>。不过法律同时规定了上述两种程序的限制。例如,警察的临时保护不能超过72小时<sup>⑤</sup>,紧急保护令只能持续8天,只能延长一次,且必须提供充分的理由<sup>⑥</sup>。在新西兰,紧急程序所包含的内容更为丰富。未成年人可因安全安置令(place of safety warrants)<sup>⑦</sup>、带离令(warrant to remove child or young person)<sup>⑧</sup>以及特殊情况下警察的无令搜查(search without warrant)<sup>⑨</sup>而被带离。被带离的子女将处于地方行政长官的监护之下。除非法院作出特殊的指令,否则相关案件应当在临时监护设立之日起5日内进入司法程序<sup>⑩</sup>。像乌克兰、英格兰和威尔士以及新西兰这样的制度安排实际上表明——任何的国家监护措施都必须经历司法的严格审查,但在紧急情况下,法律会绝对地优先考虑未成年人的利益。这是因为紧急程序通常存在期间上的限制,父母的权利并不会因紧急程序而遭受严重损害,父母随后可以寻求司法救济。但这并不表明紧急程序的启动不需要任何证据,而只是这方面的要求被弱化,这是“平衡‘紧急情况下程序的启动不会因复杂的证据问题而受阻’和‘未成年人只能在有证据证明紧急干预的必要性时才应被带离’两方面利益之后的结果”。<sup>(27)629</sup>从这一角度来看,紧急程序并不会违反比例原则。与此相对,紧急程序中证明标准的弱化和适当限制的保留实际上均反映了比例原则的要求。

与紧急程序相比,一般程序中相关措施所要求的证明标准往往更高。前述实体措施上的分层决定了证明标准的高低。一般而言,那种不可恢复且完全剥夺父母监护权的措施所要求的证明标准是最高的。毋庸置疑的一点是,国家监护程序中的证明标准应当与一般民事诉讼中的证明责任标准相区分。以美国

为例,联邦最高法院在Santosky v. Kramer一案中通过解释宪法中的正当程序条款确立了指控父母不称职并诉请剥夺其监护权案件中的“清楚且具有说服力(clear and convincing)”的证明标准<sup>⑪</sup>。这既不同于民事程序中所经常采用的优势证据标准(preponderance of evidence),也不同于刑事程序中的排除合理怀疑标准(beyond a reasonable doubt)。一般认为,“清楚且具有说服力”标准介于二者之间。<sup>(28)576</sup>该标准并非该案所首创,在之前有关于强制送往精神病院、驱逐出境、剥夺国籍等类型的案件中均有适用。<sup>(29)</sup>不过需要注意的是,该标准实际上只是宪法所能容忍的最低标准,并不代表其必须被采纳,“各州可以在此基础上进一步提高标准”。<sup>(30)908</sup>美国联邦最高法院之所以否定《纽约州家庭法院法》(New York Family Court Act)中所使用的优势证据标准,最重要的原因是——“很少有像终止父母权利这样的国家行为,会产生如此严重和不可逆转的后果”<sup>⑫</sup>。易言之,此类案件的试错成本太高,以至于必须要相应地提高证明标准来防止错案的发生。有鉴于此,有学者建议在完全终止父母监护权时采纳排除合理怀疑的标准。<sup>(31)</sup>也有学者建议将“清楚且具有说服力”标准适用于完全终止父母权利审理之前的其他严厉措施。<sup>(32)</sup>

就国家监护程序中的期间而言,其设置同样反映了比例原则的思想。必须在综合权衡各方权利和利益之后,才能确定相关程序期间的长短。程序期间的设置不仅仅是督促国家监护主管当局积极履行责任,更是为了保护未成年人并减少对父母权利的损害。在国家监护的一般程序中,大致可以分为过渡阶段和

① Article 32 de la loi relative à la protection de la jeunesse.

② Сімейний кодекс України (СКУ), Стаття 170.

③ Children Act 1989, section 46.

④ Children Act 1989, section 44.

⑤ Children Act 1989, section 46 (6).

⑥ Children Act 1989, section 45 (1) (5) (6).

⑦ Children, Young Persons, and Their Families Act 1989, section 39.

⑧ Children, Young Persons, and Their Families Act 1989, section 40.

⑨ Children, Young Persons, and Their Families Act 1989, section 42. 与此不同,在英格兰和威尔士,警察并不享有在父母拒绝配合情况下进入其住宅无令搜查并带走子女的权力,除非情况符合1984年《警察与刑事证据法》(Police and Criminal Evidence Act 1984)所规定的逮捕和入室搜查规定。See Jonathan Herring, Family Law, 5th edition, (London: Longman, 2011), p. 627.

⑩ Children, Young Persons, and Their Families Act 1989, section 45.

⑪ 455 U. S. 747 - 48 (1982).

⑫ Santosky v. Kramer, 455 U. S. 745 (1982).



最终裁判阶段。如果直接越过过渡阶段,而径直跨越到最终裁判阶段实际上是不符合比例原则的规定的,也是违反父母团聚前置努力要求的。过渡期间是指未成年人父母的权利被限制或者中止,但尚未被完全剥夺的期间。在这段期间,未成年人可能处于国家公共机构的直接照管或者寄养状态下。过渡期间的设置,实际上意味着在保护未成年人利益这一目的之外,还应当考虑其父母的利益,为其状况的改善提供机会。在相关法定事由消失时,恢复父母的权利更利于未成年人的成长。<sup>(33)</sup>但是,如果这一期间设置太长,实际上不利于未成年人的健康成长。这是因为,无论是国家公共机构的直接照管还是家庭寄养,其法律上的监护状态将处于一种不稳定状态。这种状态被形象地称为“照护漂移(foster care drift)”——“未成年人从一个地方转向另外一个地方而缺乏稳定居所的预期”。<sup>(34)</sup>未成年人面临成长环境不断变化的潜在风险。“相关研究表明,持续性和永久性父母角色的欠缺与高比例的青少年犯罪以及心理障碍存在关联。”<sup>(35)</sup>“寄养照顾对于与生父母生活不安全的未成年人来说确实是有利的解决方案,但却可能导致未成年人面临长期性的成长困境。”<sup>(36)</sup>这也是前述《收养和安全家庭法》缩短寄养照顾期间并加速收养措施的一项重要原因。此外,如果期间过长可能造成事实上的最终裁判(de facto determination)。欧洲人权法院在多起案件中强调——“主管当局必须在考虑时间流逝可能造成事实裁判风险的基础上履行其在父母子女关系案件中的勤勉义务”<sup>①</sup>。这里所言事实上的裁判是指如果未成年人长期处于公共监护之中,实际上并不利于其与生父母的团聚。这种不利状况决定了父母在最终裁判时的劣势地位,从而预先决定了最终裁判的结果。

从比较法的观察来看,许多原来未设置期间的国家纷纷在立法中增订了期间的规定。根据2014年10月新修订的《韩国民法典》的规定,家庭法院在裁定中止父母权利时,应当同时决定考察未成年人状况、父母抚养状况以及其他情况的期间,但这一期间不能超过两年。当然,如果家庭法院发现延长中止父母权利的期间对于保护未成年人的利益是必要的,在未成年人子女、近亲属、检察官以及当地行政长官的请求下可以进行延长。不过,期间的延长最多进行一次。2011年修订的《日本民法典》也增订了类似的规定,不过并未规定期间的延长<sup>②</sup>。另外一些国家则将这一过渡期间设置得相对较短。例如,根据《蒙古国家家庭法》的规定,如果父母长期不能够为其子女提供充足的食物、衣物和住房,迫使其子女离家出走或者

歧视其子女,法院可以至多限制父母权利六个月<sup>③</sup>。又如,根据《俄罗斯家庭法典》的规定,如果在限制父母权利的裁定作出之后,父母仍然拒不改正自己的行为,监护人或者保护人将在六个月期间届满时申请剥夺父母权利<sup>④</sup>。《哈萨克斯婚姻家庭法典》也有类似的规定<sup>⑤</sup>。从平衡各方权利和利益的角度出发,像《蒙古家庭法》《哈萨克斯坦婚姻家庭法典》和《俄罗斯家庭法典》这样六个月的期间设置明显太短。需要注意的是,合理程序期间的设置对于国家监护主管当局的评估工作同样重要。比例原则要求主管当局原则上不能根据一次评估报告就径直完全剥夺父母权利。这意味着国家监护主管当局必须经常对父母的状况进行考察。以西班牙为例,26/2015号法令对《西班牙民法典》进行了修订,要求至少每隔六个月对未成年人及其原生家庭进行评估<sup>⑥</sup>。按照《西班牙民法典》两年期限的规定<sup>⑦</sup>,至少有四次评估的机会。如果评估间隔时间太短,评估的意义将被极大程度削弱。在类似于《蒙古家庭法》《哈萨克斯坦婚姻家庭法典》和《俄罗斯家庭法典》那样的立法例中,六个月的期间内是不可能进行多次有意义的评估的。从这一角度来看,六个月的短期间立法例实际上并不符合比例原则。

就国家监护程序中的程序性权利而言,比例原则同样存在适用的余地。例如,各国普遍强调父母的信息知悉权。这意味着国家监护主管当局有义务通知父母相关信息,父母也有权查询了解相关信息。这实际上是对国家监护主管当局实施相关措施的程序性限制,体现了对父母权利的尊重。例如,在英格兰和威尔士,在未成年人被置于警察保护之后,办案警察应该在合理可行的范围内尽快通知未成年人的父母其已经采取的措施、采取措施的理由以及将来可能采取的措施<sup>⑧</sup>。当然,父母的这种程序性权利和国家的这种义务都不是绝对的。在通知可能严重危及子女利益的时候,适当的保密措施是完全必要的。除了强化对一般程序性权利(尤其是参加庭审和听证的权利、上诉的权利)的保障外,值得探讨的是法律是否

① See e. g. Hoppe v. Germany, no. 28422/95, § 54, 5 December 2002, and Süß v. Germany, no. 40324/98, § 100, 10 November 2005.

② 第834条の2。

③ ГЭР Б? ЛИЙН ТУХАЙ 27.1.

④ Семейный кодекс Российской Федерации, Статья 73.

⑤ Неке (ерлі - зайыптылы) жне отбасы туралы, 79 - бап.

⑥ Código Civil - art. 172 ter.

⑦ Código Civil - art. 172.

⑧ Children Act 1989, section 46 (4).

有必要为国家监护程序中的父母另设特别程序保护。由美国联邦最高法院审理的 *Lassiter v. Department of Social Services*<sup>①</sup> 案即涉及此问题。在该案中,美国联邦最高法院认为宪法并没有确立“对处于强制终止父母权利程序中的贫困父母指派律师”的一般性规则。但需要注意的是,该判决实际上并没有完全排除为处于强制终止父母权利程序中的贫困父母指派律师的可能,而是使用了一种个案式检视(case by case evaluation)的路径。“这种建立在 *Mathwes v. Eldridge*<sup>②</sup> 案所确立平衡性测试方法基础之上的论证过程要求综合考虑案件中的私人利益、国家利益以及错误剥夺所带来的风险。”<sup>③</sup> 该案判决中的多数意见遭到了诸多批评。例如,Lowell F. Schechter 即指出,“该案判决中的多数意见对于个案利益平衡方法的使用过于畏手畏脚”。<sup>④</sup> 在该案中持反对意见的 Blackmun 法官的分析同样建立在 *Mathwes v. Eldridge* 案所确立平衡性测试方法之上,但却得出了不同的结论<sup>⑤</sup>。Stevens 法官则更为鲜明地指出——“本案所涉及的仅仅是基本公正问题而无需诉诸于经济成本分析”<sup>⑥</sup>。正如 Robert Hornstein 所评论的那样,“如果公正是法院的首要考虑,那么它就不会否认指派律师的必要性”。<sup>⑦</sup> 事实上,该案的影响极为有限。根据 Bruce A. Boyer 的考察,即使是在这一判决之后,美国绝大多数州仍然为此类案件中的贫困父母指派律师。<sup>⑧</sup> 这实际上表明,完全终止父母权利的影响并不比剥夺人身自由要低。美国联邦最高法院在 1996 年审理的 *M. L. B v. S. L. J*<sup>⑨</sup> 案中将天平偏向父母一方,承认了“父母权利的首要性以及家庭关系的根本性”<sup>⑩</sup>。密西西比州向处于终止父母权利程序中的贫困父母减免笔录准备费用所遭受的经济利益损失完全不能与父母维持家庭关系方面的利益相提并论<sup>⑪</sup>。这似乎又回到了 1981 年由联邦第五巡回上诉法院所审理的 *Davis v. Page*<sup>⑫</sup> 案中。法院在该案中指出,“父母在抚养子女方面的利益明显要比财产权利更为珍贵”<sup>⑬</sup>。易言之,主管当局给予贫困父母特殊的程序性保护所带来的经济利益损失与父母错误被剥夺对子女监护权所遭受的损害之间并不存在均衡性比例。正是由于完全终止父母权利所生后果的严重性,法律才给予父母与此严重性相当的特别性程序保护。

实际上,比例原则对于国家监护程序性规则建构的渗透并不仅仅局限于上述几个方面,几乎所有程序性规则的设计均或多或少地涉及对各方利益的权衡。无论是将其归结为父母与子女权利的冲突还是国家积极义务与消极义务的冲突,程序性规则的设计都无

法摆脱作为解决这些冲突准则的比例原则之约束。

### 三、比例原则的中国监护法表达及其改进

#### (一) 我国现行国家监护制度的基本结构和特征

虽然《民法通则》和《未成年人保护法》早已确立了父母不履行监护职责或者侵害未成年人的合法权益时的监护权撤销制度,但由于规定过于原则,缺乏具体的操作性,在实践中鲜有适用。当然,这与当时的社会观念、基层群众自治组织功能的变迁等环境因素也有一定关联。近年来不断出现的严重侵害未成年人的案件促使最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部于 2014 年联合颁布了《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》),细化了前述原则性规定,提高了国家监护制度的可操作性。直至 2015 年江苏省徐州市才出现第一例由民政部门申请撤销监护人资格案件,相关“僵尸条款”才被重新激活<sup>①</sup>。<sup>②</sup> 在《民法总则》颁布后,我国现行国家监护制度主要由《民法总则》和《意见》构成。总体而言,我国国家监护制度已经初具规模,包含以下基本特征:

其一,国家监护措施多样化,主要包含临时监护、人身保护令、撤销监护人资格和送养等四种措施。根据《意见》的相关规定,人身保护令可与临时监护或者撤销监护措施同时适用<sup>③</sup>。就临时监护措施而言,《意见》与《民法总则》存在细微的差别。在《意见》中,未成年人救助保护机构临时监护的取得并不需要

① 452 U. S. 18 (1981).

② 424 U. S. 319, 335 (1976).

③ Rosalie R. Young, *The Right to Appointed Counsel in Termination of Parental Rights Proceedings: The States' Response to Lassiter*, 14 *Touro L. Rev.* 247 (1997-1998). 不过有分析者认为,该案实际上采用了四种要素的分析方法。在 *Mathwes v. Eldridge* 案所确立的三种要素之外,该案判决的多数意见还加入了这样一种假设——除非存在监禁措施,否则为穷人指派律师就是不必要的。See Kevin W. Shaughnessy, *Lassiter v. Department of Social Services: A New Interest Balancing Test For Indigent Civil Litigants*, 32 *Cath. U. L. Rev.* 285 (1982-1983).

④ 452 U. S. 49 (1981).

⑤ 452 U. S. 59-60 (1981).

⑥ 519 U. S. 102 (1996).

⑦ 519 U. S. 120-121 (1996).

⑧ 519 U. S. 121-122 (1996).

⑨ 640 F.2d 599 (5th Cir. 1981).

⑩ 640 F.2d 603 (5th Cir. 1981).

⑪ 相关案情及评析,参见王牧、王宇红、高磊:《铜山区民政局申请撤销邵某某、王某某监护人资格案》,载《预防青少年犯罪研究》2016年第4期,第98-102页。

⑫ 《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22条、第41条。

法院的裁定,而是程序启动后自动获得<sup>①</sup>。与此相对,《民法总则》要求法院在处理有关个人或者组织撤销监护权的申请时,安排必要的临时监护措施<sup>②</sup>。就送养措施而言,其作为最为严厉的制裁措施一方面彻底否定了父母申请恢复监护人资格的可能,另一方面也为未成年人提供了较为稳定的生活环境。《意见》明确了父母监护权被撤销后特定条件下的送养措施<sup>③</sup>。此外,我国现行国家监护制度亦包含对监护人的批评教育以及持续评估等辅助措施<sup>④</sup>。

其二,从主体上来看,呈现出“多单位共同参与,未成年救助保护机构为中心”的特征。根据《意见》的规定,我国国家监护制度涉及人民法院、人民检察院、公安机关、民政部门、妇儿工委、教育部门、卫生部门、共青团、妇联、关工委、未成年人住所地村(居)民委员会等单位和组织。其中,公安机关、未成年救助保护机构和人民法院所发挥的作用较为关键。与其他国家流行的司法中心主义不同,我国国家监护制度实际上是以未成年救助保护机构为中心的。只有在完全撤销父母监护程序启动后,法院才开始介入。是否启动此程序,由未成年救助保护机构与其他单位和个人进行会商<sup>⑤</sup>。当然,《民法总则》对撤销监护人资格主体的规定较为宽泛,并规定了民政部门的兜底责任<sup>⑥</sup>,同样反映了“多单位共同参与,未成年救助保护机构为中心”的特征。

其三,从程序上来看,我国国家监护的程序较为清晰,大致分为前置程序和监护资格撤销程序两大部分。这些程序与前述措施存在密切的关联。《意见》详细规定了程序启动的主体、条件,程序的期间以及程序性权利保障等方面的内容,各个程序间的衔接较为清楚,具备较强的可操作性。

## (二) 现行制度改革的重点

虽然在《意见》和《民法总则》颁布之后,我国现行国家监护制度的基本框架已经形成,但如果从比例原则的角度来进行审视,不难发现我国现行国家监护制度仍然存在诸多有待完善的地方,大致包含以下两个方面:

首先,作为贯彻比例原则前提条件的措施分层存在不足。这首先表现在,现行制度未对针对损害未成年人财产利益的措施和针对损害未成年人人身利益的措施进行区分。从解释论的角度来看,无论是《意见》还是《民法总则》都未将撤销监护人资格的措施局限于严重损害未成年人人身利益,而是使用了严重侵害合法权益这样笼统的表述。如果不作上述区分,则存在“可能仅仅因为监护人严重侵害了被监护人的财产权利,就径直剥夺其监护人资格”的可能。作

为最高人民法院12起侵害未成年人权益被撤销监护人资格典型案例之一的王某被撤销监护人资格案就存在这种倾向。监护人将被监护人生活费挪作他用成为法院撤销其监护资格的重要理由。从这一角度来看,保护未成年人财产权益之目的与手段之间明显不成比例。从必要性的角度来看,在明显存在其他可替代性的措施(如限制父母对未成年人财产的处置,要求其提供担保)的情况下,直接适用撤销监护人措施明显不必要。此外,虽然人身保护令有限制父母权利的作用,如禁止父母与子女接触<sup>⑦</sup>,但其所发挥的作用仍然是有限的。例如,根据人身保护令的现行规定,其并不能用以限制父母的法定代理权。职是之故,法律仍需进一步明确限制措施和完全撤销措施的基本分类,在设置临时监护措施时明确对父母监护权的具体限制。前述比较法的考察表明——在最终撤销监护权之前的过渡阶段的措施通常只是中止父母部分权利的行使,这种中止以保护未成年人的利益为限。措施的细化分层是确保过渡阶段对父母权利的限制符合比例原则要求的必然之举。

其次,程序性规定存在瑕疵,有必要进一步完善。第一个方面的瑕疵表现为,在相关主体申请撤销监护人资格之前,缺少法院的监督。尤其是临时监护的设置并不需要取得法院的裁定,存在滥用权利的风险。从前述比较法的考察来看,作为利益衡量的结果,在紧急情况下,警察通常可以先行采取必要的措施,将处于危险的未成年人带离父母。但与此同时,法律同时会要求在实施带离措施后必须尽快启动司法程序,接受法院的监督。从我国目前的规定来看,并没有明确父母如何进行救济的问题,除非相关单位和个人已经申请启动了人身安全保护裁定或者撤销监护权的程序。从正当程序的角度来看,在缺乏法院裁判的情

① 《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3条、第15条。

② 《中华人民共和国民法总则》第36条。值得注意的是,《民法总则草案》(一审稿)中并未规定临时监护措施,二审稿中才增加了这一规定,并得到最终采纳。

③ 《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44条。

④ 《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9条、第18条。

⑤ 《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19条。

⑥ 《中华人民共和国民法总则》第36条。需要指出的是,《民法总则草案》(二审稿)大幅拓宽了可以申请撤销监护人资格的主体范围,但与《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27条所列举的范围并不完全一致。

⑦ 参见《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24条、《人身安全保护令案件信息业务标准》、《中华人民共和国反家庭暴力法》第29条。

况下就直接设置对父母权利构成限制的临时监护措施明显不合理。较为妥当的改革应当是在公安机关将受害未成年人移交未成年人救助保护机构后(此为紧急程序),由未成年人救助保护机构及时启动临时监护申请程序,由法院裁定设立临时监护,并根据情况作出人身安全保护裁定。及早进入司法程序为综合考量案情和各方利益,采取恰当措施创造了基础。至于临时监护的终止同样应当受到司法的审查<sup>①</sup>。

就程序的期间而言,我国现行国家监护制度并未规定紧急程序的具体期间,而只是规定公安机关将受监护侵害的未成年人护送至未成年人救助保护机构后,应当在五个工作日内提供案件侦办查处情况说明<sup>②</sup>。是否可以从解释论角度将其理解为紧急程序的期间,仍然值得探讨。前述比较法的分析已经充分表明在紧急程序中设立期间约束的必要性。由于紧急程序启动的条件已经较低,如果不在事后通过期间进行约束,敦促其尽快进入司法程序,难以对权力滥用构成有效的约束。故而,未来改革有必要进一步明确紧急程序的期间。就过渡期间而言,我国现行国家监护制度确定了最长一年的临时监护期间。从比较法的观察来看,这一期间是相对较短的。当然,各国在这一期间的设置上并不统一。如前文所分析的那样,期间的长短必须综合考虑实施多次评估的可能性及其有效性和尽早为未成年人提供稳定的法律和事实状态两方面的因素。从实施多次评估的可能性及其有效性来看,一年的过渡期有过短之嫌。当然,如果算上监护人资格被撤销后至少一年的恢复期(一年内不得送养)<sup>③</sup>,总体期间还是较为合理的(对比美国、日本和韩国立法例)。实际上,对于那些不得恢复监护人资格的严重情形,应当及早撤销其监护人资格,并将受害未成年人送养<sup>④</sup>。只有那些具有恢复可能性的情形,过渡期间才是有意义的。比较合理的改革方向是,从紧急程序转入正常司法程序后,由法官在中止或者限制父母权利的同时,确定送养措施之前的考察期间。

就程序性权利的保障而言,我国现行国家监护制度面临的问题主要表现在撤销监护人资格程序之前的紧急措施和临时安置措施缺少适当的司法监督,当事人的程序性权利缺乏清晰明确的保障。无救济则无权利,只有通过父母以及子女程序性权利的保障,才能实现对国家监护主管当局权力的约束,并最终实现对父母和子女人权和基本权利的保障。提供

司法救济,并保障父母和未成年人的相关程序性权利实际上并不会损害保护未成年人的利益这一目的。与此相对,程序性权利的设置一定程度上事先避免了错误干预的发生。至于证明标准的问题,考虑到撤销父母监护人资格的严重性,其证明标准应当适当高于一般民事诉讼的证明标准。故而,应当增订相关规定或者至少应当就从严审查相关证据进行明确规定。

最后,是否需要像德国或者韩国那样直接在民法典中明确规定比例原则的相关内容,以强化对国家监护主管当局干预行为的审查并没有必然定论。当然,我国作为成文法国家,如果法律能明确该原则,对于司法适用的统一大有裨益。

#### 四、结论

“照顾、抚养和约束未成年人的父母权利或许是最为古老的基本自由权。”<sup>⑤</sup>即使是在未成年人权利成为流行话语的时代,父母与子女之间的关系仍然具有人权和基本权利的内涵。监护法处于公法与私法交织的领域,被认为是民法、家庭法乃至行政法的混合制度<sup>⑥</sup>。行政法方面的内容主要指向国家监护制度,其理论基础在于“现代国家包含了对需要照顾的人提供照顾的公共义务”<sup>⑦</sup>。正是由于国家监护制度具有强烈的公法特性并且隐含了权利的冲突困境,作为行政法“帝王条款”<sup>(41)62</sup>以及宪法法院、人权法院主流裁判规则的比例原则<sup>(42)</sup>才逐渐成为国家监护制度建构和实施的基本原则。比例原则在国家监护制度中的第一层含义体现在消极方面,包括两个子项。首先,如有替代性措施,国家不应直接介入父母子女

① 值得探讨的是,根据《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11条、17条的规定,受害未成年人被送至关系密切的亲属朋友照料后,中止临时监护。这一规定存在明显的不妥,理由在于这些人并非未成年人的监护人,其只是一种临时的寄养。此时,临时监护措施不应当被中止,加害父母监护权受限制的状态应当继续存在。

② 《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13条。

③ 《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44条。

④ 在美国,这被称为快速通道程序(fast track),在法定的严重情形下,主管当局无需提供家庭团聚服务来满足前置努力要求,而可以直接诉请终止父母权利。See William Vesneski, *State Law and the Termination of Parental Rights*, 49 Fam. Court Rev. 366-367 (2011).

⑤ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 65 (2000).

⑥ 参见(苏联)B. P. 里亚森采夫主编《苏维埃家庭法》,莫斯科,1982年,第239-240页,转引自(俄)E. A. 苏哈罗夫主编《俄罗斯民法》(第1册),黄道秀译,中国政法大学出版社2011年版,第128页。

⑦ *BverfGE* 10, 302, 311.

关系。其次,在存在多种介入措施的情况下,应当选择对父母子女关系影响较小的措施。尤其是,“当且仅当特定且严重的损害不能通过更轻微的措施使未成年人获得保护时,才应当采用终止父母权利的措施”。<sup>(35)</sup>当然,比例原则还包含了积极层面的内容,即

要求国家积极采取措施,保障未成年人的权利和保护父母子女关系。积极与消极义务之间的微妙关系依赖于对父母权利、未成年人利益以及国家利益所进行的综合权衡。

### 参 考 文 献

- (1) 竺子. 补齐家庭教育的短板(N). 中国劳动保障报 2017-03-10(008).
- (2) (古希腊)柏拉图. 理想国(M). 刘丽,译. 北京:台海出版社,2016.
- (3) (意)彼得罗·彭梵得. 罗马法教科书(M). 黄风,译. 北京:中国政法大学出版社,2005.
- (4) (法)菲利普·阿利埃斯. 儿童的世纪:旧制度下的儿童和家庭生活(M). 沈坚,朱晓罕,译. 北京:北京大学出版社,2013.
- (5) (德)罗尔夫·克尼佩尔. 法律与历史:论《德国民法典》的形成与变迁(M). 朱岩,译. 北京:法律出版社,2003.
- (6) (法)弗朗索瓦·得·桑格利. 当代家庭社会学(M). 房萱,译. 天津:天津人民出版社,2012.
- (7) (德)迪特尔·施瓦布. 德国家庭法(M). 王葆蔚,译. 北京:法律出版社,2010.
- (8) Marry Ann Glendon. The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe(M). Chicago: The Chicago University Press, 1989.
- (9) Susan B. Hershkowitz. Due Process and the Termination of Parental Rights(J). Family Law Quarterly, 1985, 19(3): 245-296.
- (10) Arthur Ripstein. Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy(M). Massachusetts: Harvard University Press, 2009.
- (11) Elizabeth S. Scott, Robert E. Scott. Parents as Fiduciaries(J). Virginia Law Review, 1995, 81(8): 2401-2476.
- (12) (英)约翰·伊克拉. 家庭法和私人生活(M). 石雷,译. 北京:法律出版社,2015.
- (13) W. David Kise. Termination of Parental Rights: Suggested Reforms and Responses(J). Journal of Family Law, 1978, 16(2): 239-264.
- (14) David L. Chambers. Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce(J). Michigan Law Review, 1984, 83(3): 477-569.
- (15) M. P. Singh. German Administrative Law: In Common Law Perspective(M). Berlin: Springer-Verlag, 1985.
- (16) (以色列)摩西·科恩——埃利亚·易多波·拉特. 比例原则与正当理由文化(J). 刘权,译. 南京大学法律评论, 2012, (2): 35-57.
- (17) Eric Engle. The History of The General Principle of Proportionality: An Overview(J). The Dartmouth Law Journal, 2012, 10: 1-11.
- (18) Jürgen Schwarze. European Administrative Law(M). London: Sweet & Maxwell, 2006.
- (19) 刘权. 目的正当性与比例原则的重构(J). 中国法学, 2014, (4): 133-150.
- (20) 刘征峰. 亲子权利冲突中的利益平衡原则,以欧洲人权法院判例为中心(J). 华中科技大学学报(社会科学版), 2015, (5): 35-44.
- (21) 郑晓剑. 比例原则在现代民法体系中的地位(J). 法律科学(西北政法大学学报), 2017, (6): 101-109.
- (22) Treacy B. Harding. Involuntary Termination of Parental Rights: Reform Is Needed(J). Brandeis Law Journal, 2000, 39: 895-921.
- (23) Hilary Baldwin. Termination of Parental Rights: Statistical Study and Proposed Solutions(J). Journal of Legislation, 2002, 28: 239-324.
- (24) Eve M. Brank et al. Parental Compliance: Its Role in Termination of Parental Rights Cases(J). Nebraska Law Review, 2001, 80: 335-353.
- (25) William Vesneski. State Law and the Termination of Parental Rights(J). Family Court Review, 2011, 49(2): 364-378.
- (26) Katharina Boele-Woelki et al. Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities(M). Oxford: Intersentia, 2007.

- (27) Jonathan Herring. *Family Law* (M). 5th ed. London: Longman, 2011.
- (28) Charles T. McCormick et al. *McCormick on Evidence* (M). 4th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1992.
- (29) Robert A. Wainger. Santosky v. Kramer: Clear and Convincing Evidence in Actions to Termination Parental Rights (J). *University of Miami Law Review*, 1982, 36(2): 369 – 378.
- (30) D. Kelly Weisberg, Susan Frelich Appleton. *Modern Family Law: Cases and Materials* (M). 4th ed. New York: Wolters Kluwer: 2010.
- (31) Douglas E. Cressler. Requiring Proof Beyond A Reasonable Doubt in Parental Rights Termination Cases (J). *University of Louisville Journal of Family Law*, 1994, 32(4): 785 – 816.
- (32) Linda Lee, Reimer Stevenson. Fair Play or a Stacked Deck? : In Search of a Proper Standard of Proof in Juvenile Dependency Hearings (J). *Pepperdine Law Review*, 1999, 26(3): 613 – 630.
- (33) 何俊萍. 父母对未成年子女的人身安全保护义务研究 (J). *暨南学报(哲学社会科学版)* 2016, (12): 95 – 100.
- (34) Johan Strijker, Erik J. Knorth and Jana Knot – Dickscheit. Placement History of Foster Children: A Study of Placement History and Outcomes in Long – Term Family Foster Care (J). *Child Welfare*, 2008, 87(5): 107 – 124.
- (35) Marsha Garrison, Why Terminate Parental Rights? (J). *Stanford Law Review*, 1983, 35(3): 423 – 496.
- (36) Emily Kernan, Jennifer E. Lansford. Providing for the Best Interests of the Child?: The Adoption and Safe Families Act of 1997 (J). *Journal of Applied Developmental Psychology*, 2004, 25(5): 523 – 539.
- (37) Lowell F. Schechter. The Pitfalls of Timidity: The Ramifications of Lassiter v. Department of Social Services (J). *Northern Kentucky Law Review*, 1981, 8(3): 435 – 512.
- (38) Robert Hornstein. The Right to Counsel in Civil Cases Revisited: The Proper Influence of Poverty and the Case for Reversing Lassiter v. Department of Social Services (J). *Catholic University Law Review*, 2010, 59(4): 1057 – 1110.
- (39) Bruce A. Boyer. Justice, Access to the Courts, and the Right to Free Counsel for Indigent Parents: The Continuing Scourge of Lassiter v. Department of Social Services of Durham (J). *Loyola University Chicago Law Journal*, 2005, 36(2): 363 – 382.
- (40) 王牧, 王宇红, 高晶. 铜山区民政局申请撤销邵某某、王某某监护人资格案 (J). *预防青少年犯罪研究* 2016, (4): 98 – 102.
- (41) 陈新民. *行政法总论* (M). 台北: 三民书局, 1995.
- (42) Alec Stone Sweet, Jud Mathews. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism (J). *Columbia Journal of Transnational Law*, 2009, 47(1): 72 – 164.

( 本文责任编辑 焦和平)