

doi:10.20270/j.cnki.1674-117X.2025.1008

# 家事案件未成年子女意见征询机制的检视与完善

费美望

(中国政法大学 民商经济法学院, 北京 100088)

**摘要:**《民法典》第1084条在司法实践中面临诸多适用难题,包括是否征询子女意愿、子女是否参加庭审、子女意见的法律性质、法官主被动审查子女意愿等问题,其源于家事案件的二元性、子女意见征询机制缺乏诉讼法规范、专业性审判团队配备不足等因素。上述适用难题导致司法实践中出现类案异判、裁判不当、损害未成年子女利益等不良后果。英美法系、大陆法系的部分司法管辖区在未成年子女意见表达权、意见征询程序、意见征询机制上都有显著发展。我国应在审视司法实践与借鉴域外法有益经验的基础上完善未成年子女意见征询机制,贯彻子女利益最大化原则,以充分保障未成年子女在家事案件中的合法权益。

**关键词:**未成年子女意愿;儿童意见表达权;家事审判;最有利于未成年人原则

**中图分类号:** D923.9; D925.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-117X(2025)01-0072-10

## Review and Refinement on the Mechanism of Soliciting Opinions of Minor Children in Family Litigations

FEI Meiwang

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law,  
Beijing 100088, China)

**Abstract:** Article 1084 of the *Civil Code* provides for the right of minor children to express their opinions in custody disputes. However, this provision has encountered difficulties in judicial practice, mainly reflected in whether to consult the will of the child, whether the child should attend the trial, the legal nature of the child's opinion, and whether the judge should proactively or passively review the child's will. These challenges mainly arise from the duality of family cases, the lack of litigation law norms for the consultation mechanism of the minors' opinion, and insufficient staffing of professional judicial teams. At the same time, the challenges have led to such adverse consequences as inconsistent judgements in similar cases, improper judgements, and damage to the interests of minor children. Some jurisdictions of the Anglo-American legal system and the civil law system have made remarkable development in the right of minor children to express their opinions, and the procedure and mechanism of opinion solicitation. China should improve the consultation mechanism for the opinions of minor children on the basis of reviewing judicial practice and drawing on useful overseas experience, implement the principle of the best interests of children, and fully safeguard the legitimate rights and interests of minor children in family litigations.

收稿日期: 2024-10-06

基金项目: 国家社科基金重点项目“以人民为中心的民事司法程序前沿问题研究”(20AZD118)

作者简介: 费美望,女,湖北黄石人,中国政法大学博士研究生,研究方向为民事诉讼法、民事执行法。

**Keywords:** the will of the minors; the child's right to be heard; family trials; the principle of the best interests of the minor

习近平总书记强调，家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校。婚姻家庭纠纷看似是个人私事，但实际上却关系到国家发展和社会稳定，家庭是构建和谐社会的重要基石。根据《最高人民法院公报》的统计数据，自2017年以来，全国法院每年受理的一审离婚纠纷案件在120万件以上，而根据最高人民法院《司法大数据专题报告之离婚纠纷》，96%的离婚案件涉及儿童抚养问题，单独的抚养纠纷案件每年收案10万件以上，且抚养纠纷案件数量呈逐年递增趋势。婚姻家庭关系出现危机，影响最大的是身心尚不成熟的未成年人。家庭关系不和谐，导致未成年人成长环境恶化，进而引发逃学厌学等心理问题甚至违法犯罪等社会问题。传统司法实践中，婚姻家庭案件的审理往往以父母为本位，对未成年子女的合法权益重视不够，最大限度保障未成年子女的合法权益，成为家事审判方式改革的重要内容。

针对抚养纠纷案件，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）不仅明确规定了最有利于未成年人原则，且其第1084条规定法院应当尊重8周岁以上未成年子女的意愿，以法典的形式明确赋予未成年子女在诉讼程序中意见被听取、被尊重的权利，大幅提高了未成年子女在抚养纠纷案件中的话语权，这相比《中华人民共和国婚姻法》规定的“根据子女的权益和双方的具体情况”判决抚养权归属，有了重大调整和进步。我国对未成年人的权利保障逐渐从父母本位原则向子女本位原则转型。在子女抚养纠纷案件中，以前更多考虑父母双方的抚养意愿、经济状况、生活环境以及子女性别等因素，而现在优先考虑的是子女的意愿、由谁抚养更有利于子女的成长发展，其他因素成为附带衡量的次要因素。但《民法典》第1084条属于原则性条款，主要发挥司法导向功能，在将该条款具体应用于司法实践时，对于“尊重”这一表述的具体阐释存在操作上的困难，进而导致出现判决结果不统一的现象。因此，有必要审视司法实践中的相关案例，对未成年子女意

见征询机制进行完善，以保障未成年子女在民事案件中的最大利益。

## 一、家事案件中未成年子女权益保障的缺失

以“子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿”为主题在中国裁判文书网上检索（选取《民法典》施行一年后的文书），共得到536份裁判文书，剔除有关抚养费纠纷、探望权纠纷、离婚后财产纠纷等不涉及子女抚养权的裁判文书后，共得到425份裁判文书（见表1）。以这425份文书为样本展开研究，发现法院在家事案件中未成年子女意愿征询、尊重方面，存在“类案异判”现象，而且对于相关条款在实践中的具体适用存在较大分歧。

表1 关涉未成年子女意见表达的裁判文书概况

案件审理程序	一审案件	二审案件	执行案件	合计/个
案件数量/个	391	32	2	425

### （一）法院对子女意见不予征询或尊重

#### 1. 大量案件未征询子女意愿

在上述425份裁判文书中，39个案件中的子女年龄小于2周岁，均不宜征询且裁判文书中亦未提及征询子女意见。83个案件中子女年龄在2~8岁，其中，有3个案件法官对子女抚养问题进行了征询，且参考子女意愿以及父母经济状况、继续性等因素综合作出判决，这3个案件中2个案件的判决结果与子女的意愿完全一致；而其余80个案件未对子女意愿进行询问。133个案件子女年龄大于8岁，其中31个案件未征询子女意见，其他案件均征询子女意见且对子女意见予以尊重，按照子女的意愿作出判决。108个案件因裁判文书的隐藏处理无法知悉子女年龄，其中28个案件征询了子女意见，且这28个案件中有27个案件的判决完全尊重子女意愿，仅1个案件法院衡量其他因素后未完全按照子女意愿进行判决；而其他80个案件未征询子女意见。具体子女意愿征询情

况见表2。

表2 研究样本子女意愿征询情况

子女年龄	征询子女意见 案件数量/个	未征询子女意 见案件数量/个	未征询案件 占比/%
小于2岁	0	39	100
2~8岁	3	80	96.39
大于8岁	102	31	23.31
不清楚年龄	28	80	74.07
多孩家庭	42	20*	32.26

注：\*其中子女年龄大于8岁的案件为15个。

## 2. 部分案件征询但未遵从子女意愿

上述案件中,有7个案件法院虽然征询了子女意愿,但未完全遵从子女意愿,而是结合其他因素作出判决。法院考虑的因素主要有子女对于与其他兄弟姐妹共同生活的意愿、父母对子女的抚养意愿、子女的生活学习情况、子女的意见表述不明、父母抚养小孩的便利程度等。

法律条文明确规定“子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿”,这里使用的是“应当”这一带有义务意义的词语,无疑要求法院在具体案件的审理中不能违背子女意愿作出判决,法院对于8周岁以上子女抚养纠纷案件应当是没有自由裁量权的;但是《民法典》又规定了子女利益最大化原则,若衡量其他因素后,法官认为遵从子女意愿不利于对子女利益的保护,可以依据原则性规定作出与子女意见相悖的判决,这时候才能赋予法官自由裁量权。

## 3. 部分多子女案件拆分抚养裁判不当

在上述425份裁判文书中,多孩家庭案件共有62个,占总案件比例为14.59%。这一比例目前看并不高,但要看到,我国很长一段时间施行计划生育政策,2016年1月1日开始施行二孩政策,2021年5月31日开始施行三孩政策。随着多孩政策的放开,多孩家庭抚养纠纷案件的比例亦会逐渐上升。涉及多个孩子的抚养纠纷案件,对子女意见的征询应当包含两方面的内容:一是未成年子女更愿意由父母中的哪一方抚养,二是他们是否要求与其他兄弟姐妹共同生活。在这62个案件中,没有一个案件法官就子女是否想和兄弟姐妹一起生活征询未成年子女意见;而在部分案件中,子女明确表示了想和兄弟姐妹一起生活的意愿,但是法院并未对未成年子女的此项意见表达引起足够重视,仍作出了拆分抚养的判决。

## (二) 法院对子女出席庭审的错误许可

在抚养纠纷案件中,未成年子女是否应当参加庭审,法律法规对此并未明确作出规定,司法实践对此亦未引起足够重视。425份裁判文书中,有5个案件的裁判文书明确载明未成年子女参与了庭审,且法官在庭审中征求了子女抚养意愿。很多裁判文书中对未成年子女是否参与庭审并未明确作出表述,但现实生活中如果父母携带子女参加庭审,子女坐在旁听席上,法院一般不会予以阻拦。对子女参加庭审的许可可能会影响未成年子女的健康成长,有悖未成年人利益最大化原则,而且当着父母的面询问子女对抚养权的意见亦可能破坏子女与父母之间的亲密情感。

## (三) 法院对子女意见法律性质的界定不一

### 1. 审理程序中的子女意见性质

在一审、二审等案件审理程序中,子女的意见应当作为证据还是诉讼参与人意见在司法实践中存在分歧。部分案件中,家长将子女意见通过制作录像视频、录音资料、书写书面声明等方式作为证据提交给法庭;亦有一些案件,法院自行征询子女意见并制作询问笔录,将该询问笔录作为证据要求原、被告双方进行质证。这说明司法实践中部分法院认可子女意见属于证据范畴。而在其他案件中,法院并未对子女意见的性质进行界定,更多的是在判决书的裁判说理部分直接提及子女对抚养权归属的意愿,这说明法院在此认为子女意见属于事实而不是证据范畴。

### 2. 执行程序中的子女意见性质

425个案件中,仅2个案件为执行案件。这2个执行案件中子女年龄均大于8周岁,家长根据判决书申请抚养权的强制执行,法院在执行程序中征求子女意见,并根据子女意见作出了与判决结果相反的执行措施。其中,在邵某1与马某离婚纠纷执行实施类执行裁定书中,已生效的民事调解书中载明邵某3的抚养权归属于邵某1,邵某3向法院表示愿意随母亲马某生活,法院尊重其意愿对此案件终结执行;另外一个案件中法院亦是根据子女意愿终结执行,并未强制将子女交由另一方抚养。上述两个案件法院在执行程序中无疑尊重了子女意愿,但是以子女意愿直接对抗已生效的法律文书是否符合正当程序值得商榷,在这两个案件中子女意见的法律性质亦无法明晰。

#### （四）法院应否主动审查子女意愿取态不明

大部分裁判文书并未清晰表明对于子女意愿的审查是法院主动进行，还是当事人直接携带子女到庭、提供子女联系电话等方式要求法院进行询问。故对于法院是主动审查还是被动询问，无法对此展开具体的数据分析，仅能就具体案件展开类型分析。一些案件中，法院以子女不能到庭陈述意见为由在离婚纠纷案件中对子女抚养不作处理，还有法院将把子女带到法庭进行询问确定为原告方的责任。这些案件的处理结果说明，法院认为法官对子女意见仅进行被动审查、当事人未创造法院审查条件时，法官即可以不对此进行审查。而在另外一些案件中，法院采取主动去往子女所在学校、在见证人见证下询问、派员外出征询意愿、制作调查笔录等方式主动询问未成年子女对于抚养权归属的意愿。

## 二、子女意见征询机制司法适用乱象的多维成因

自1989年联合国《儿童权利公约》通过以来，不论是大陆法系还是英美法系的国家或地区，未成年子女在抚养纠纷案件中的权益保障均得以不断加强。联合国《儿童权利公约》从社会利益理论出发，弥补了传统人权理论以成人为中心的不足，认可包括儿童在内的所有人都具有独特的价值，儿童有时可能缺乏行使其权利的能力，但决定其权利的是他们的利益，而不是他们的能力<sup>[1]</sup>。域外很多司法管辖区从儿童人权理念出发，逐渐加强对未成年子女在司法领域的权益保障，这在抚养纠纷案件中表现得尤为突出。我国司法实践呈现的对未成年子女意见征询的乱象，可从以下维度探究其原因。

### （一）诉讼模式维度：家事案件的二元性要求调整审判模式

根据《最高人民法院工作报告》，自2020年以来，全国各级人民法院每年审结婚姻家庭案件160万件以上，占已审结的一审民事案件的12%以上，且呈现上涨趋势。要处理好家事案件，首先应当认识到家事案件的重要性，此外还需要分析家事案件相比其他类型案件所具有的特殊性。

家事案件具有二元性，这种二元性体现在以下三个方面。一是同时涉及财产关系和人身关系。

家事案件最常见的类型为离婚纠纷，其不仅牵涉子女的抚养问题，还需要对夫妻共同财产进行分割。二是兼顾私人利益和公共利益。家事案件看似为一个家庭内的纷争，但是在涉及离婚、监护、收养、子女抚养等问题时，其经常会对社会伦理道德、家庭风尚、社会和谐稳定等公共利益产生影响。三是可能同时牵涉成年人和未成年人。在处理涉及未成年人的家事纷争时，需要秉持未成年人利益最大化原则，但是这作为一项原则性规定缺乏具体量化指标，在实践操作过程中存在极大的不确定性<sup>[2]</sup>，如何将其落到实处以切实保护未成年人的最佳权益仍有待深入研究。家事案件作为民事案件的一类案件，与一般的财产纠纷案件存在的显著差别就在于上述二元性，说明家事案件应当采取有别于财产纠纷案件的审判程序。

我国民事诉讼立法在早期受到苏联影响，诉讼观念和诉讼理论中充斥着较多的国家观念和干预意识，在诉讼模式上属于职权主义诉讼模式<sup>[3]</sup>。随着我国民事诉讼理论的不断发展与完善，在民诉理论与法律规定的指导下以及司法改革的推动下，审判模式不断向当事人主导型诉讼模式转型<sup>[4]</sup>。当事人主义诉讼模式的两大基础是处分原则和约束性辩论原则。一般认为，民事诉讼是以公权力解决私权纠纷，故法院应当居中裁判，充分尊重当事人的处分权<sup>[5]</sup>。鉴于家事案件的二元性，如果在审判程序中对其贯彻当事人主义诉讼模式，那么案件当事人可能会滥用处分权从而损害公共利益或未成年人的合法权益。

### （二）法律规范维度：子女意见征询机制缺乏诉讼法指引

#### 1. 未成年子女意见征询程序诉讼法尚未规制

《民法典》第1084条第3款明确规定离婚后的子女抚养应当尊重8周岁以上未成年子女的真实意愿，但是对此处的“应当尊重”存在不同理解，可解读出以下多种不同裁判方案：一是法院在抚养纠纷案件中应当完全遵从8周岁以上子女的意见，无需考虑其他因素；二是将父母患有严重疾病，或者有赌博、吸毒、虐待子女等严重陋习作为排除因素，不存在排除因素时完全遵从未成年子女意见；三是未成年子女的意见应作为首要考虑因素，经济水平、生活环境、子女性别等其他因素为次要因素，从而进行综合分析得出结论。另外，

对“真实意愿”的衡量亦无法明确,对于未成年子女意见陈述应如何探明真伪、对未成年子女询问时是否需要见证人在场、未成年子女的意见应否进行书面记录等,相关法律文件均没有明确规定,不能为司法实践提供明确指引。

域外部分国家和地区对未成年子女意见征询的征询方式、征询地点、征询过程等规定逐步完善。在意见征询方式和地点方面,美国《俄亥俄州修订法典》(Ohio Revised Code)规定,法官与儿童的面谈应在会议室进行。面谈期间,除儿童、儿童的律师、法官、任何必要的法庭工作人员以及法官酌情决定的父母双方的律师外,其他任何人不得进入该会议室<sup>[6]</sup>。在澳大利亚和新西兰,更为普遍的做法是由受过专业训练的法律顾问询问儿童,并向法庭代为转达儿童的意见和感受<sup>[7]</sup>。在意见征询其他流程方面,德国规定法院征询未成年子女意见时,原则上诉讼监护人应当在场;我国台湾地区规定法庭一般应当亲自听取未成年子女意见,不得让程序监理人代为转述<sup>[8][68]</sup>;加拿大《安大略省儿童法改革法案》(Ontario Children's Law Reform Act)规定法官会见儿童应当保留一份记录。

### 2. 未成年子女意见法律性质诉讼法未予定性

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第66条将证据分为8个不同类型,涉及陈述的有当事人陈述、证人证言,而家事案件中的未成年子女表达的对抚养权归属的意见,很难归入其他证据类型,既不属于当事人陈述,亦不属于证人证言,所以我们很难将其归入证据的范畴。但是《民法典》又规定法院在裁判时应当尊重未成年子女的意见表达,此时,法院就会陷入裁判困境,即对于未成年子女的意见表达,法院在庭审中是否需要当事人对其进行充分辩论,在裁判说理中是否需要对其性质进行界分,这在诉讼法中均无明确规定,这就导致了实体法与诉讼法的脱节。

### 3. 法律对未成年子女在家事案件中的诉讼地位欠缺考量

实体法虽对未成年子女的权益予以了规定,但在诉讼法中却没有对未成年子女在抚养纠纷案件中的诉讼地位予以规制。8周岁以上的未成年子女作为限制民事行为能力人,其在实体法中享有很

多权益,在诉讼法中却缺乏权利授予规定,在涉及其具体权益的抚养纠纷案件中是否需要出席庭审、是否必须听取其意见、未听取其意见不属于错案、其出庭意见的性质如何界定等均没有相应诉讼法规定。

且实体法中根据自然人的年龄和精神状况将其划分为完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无民事行为能力人三类,在诉讼法中却只划分为有诉讼行为能力人、无诉讼行为能力人两类,实体法中的限制民事行为能力人和无民事行为能力人在诉讼法中统一被划归为无诉讼行为能力人,限制民事行为能力人在诉讼法中的地位受到一定程度的忽视。8周岁以上的未成年子女作为限制民事行为能力人,实际上已经具有一定的表达能力、思考能力和对自己行为的控制能力。根据皮亚杰儿童认知发展理论,12~16岁的儿童已经具有和成年人思维相近的成熟的形式运算思维<sup>[9]</sup>。虽然实体法中考虑到了对不同阶段的未成年人民事行为能力进行划分,赋予8周岁以上的未成年人在一定范围内自行决断事情的能力,但诉讼法却没有考虑到此点,这说明诉讼法对于未满18周岁的未成年人一律认定其为无诉讼行为能力存在立法上的局限性<sup>[10]</sup>。我国部分学者亦支持通过设置诉讼代言人的方式赋予未成年子女一定的诉讼主体地位,使其参与到诉讼中来<sup>[11]</sup>。由上文分析发现,在抚养纠纷案件中,未成年子女的意愿以及其是否参加庭审在司法实践中受到严重忽视,实体法对未成年子女意愿的明确规定并未切实反映在司法适用中,因此,应当加强诉讼法与实体法的衔接,以诉讼法的明确规定推动司法实践对子女意愿的重视。

### (三) 人才配备维度: 专业性法官和家事辅助人员配给不足

#### 1. 专业化家事审判团队尚需加强构建

我国从2016年开展家事审判改革试点工作,大力推进家事审判庭和少年审判庭的建立<sup>[12]</sup>。此举措虽然推动了专门性家事审判机构在各地法院的建立,但是具备家事审判专业知识的法官的配备仍显不足。我国只是在法院内设家事法庭,而不是建立独立的家事法院专门审理家事案件,故审理家事案件的法官很多为以前审理普通案件的法官,对于家事案件的审理并不具备专业知识;

法院在招聘这些法官的过程中，也并未要求或审核其是否具备儿童心理学、社会学、婚姻家庭等与家事审判相关的专业性知识，这使得审理家事案件法官的素质良莠不齐。

## 2. 专职性家事调查员制度亟须推广完善

最高人民法院于2019年出台《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》（以下简称《最高院家事审判改革意见》），首次规定了家事调查员制度，但是这一制度并未在司法实践中得到大范围落实，仅在部分法院进行试点。见诸报端的如“邢台中院首次启用家事调查员制度”“武汉首批家事调查员上岗”“广东高院在全国首推家事调查员制度”等，说明这一制度在很多法院只是初步试行，且大部分法院均是采取聘任制而非专职性家事调查员，这对家事调查员的专业性、工作积极性、工作认可度以及对家事案件的调查辅助程度均会有所影响。且从裁判文书网检索得到的425份与抚养纠纷相关的案例中，没有一个案例提及家事调查员，说明家事调查员在子女意见征询中未发挥其应有的作用。

参考域外制度则可以发现，英国、美国、德国、日本等国家或地区为了家事纠纷的和平快速解决，以及更好保障家事案件中未成年人的合法权益，均设立了相关机构或配备了专业人员协助法官处理家事纠纷。英国在2001年设立了儿童和家事法庭咨询支持服务署（CAFCASS），其主要工作包括保护儿童利益，给家事法庭提出建议，为即将出庭的儿童做好准备，为儿童及其家庭提供信息、建议及支持等<sup>[13]</sup>。除此之外，英国法律还规定，法院必须在特定的诉讼程序中为儿童指定一名诉讼监护人（独立的专业社会工作者），除非法院认为没有必要保障儿童的利益。诉讼监护人有责任指定一名代表儿童的律师，就诉讼程序的各个方面以及儿童的福利向法院提供建议<sup>[14]</sup>。美国马里兰州设立“分居和离婚儿童中心”（Children of Separation and Divorce Center），该中心实行“以儿童和家庭为中心”的决策模式。该模式以儿童发展理论和针对分居和离婚家庭的临床教育经验为基础，帮助父母在离婚过程中作出更多以儿童为中心的监护安排<sup>[15]</sup>。德国设置程序辅助人、日本设置家事调

查官等，以保障未成年子女利益，避免由于父母利益冲突而导致判决不能很好地反映儿童的意愿与需求。

## 三、以子女权益为本位完善未成年人意见征询机制

不论是对我国司法实践的审视，还是对域外法的考察，都说明我国未成年子女意见征询机制尚存在不足，应从实体和程序多个方面对完善未成年子女意见征询机制的具体方案设计作出更为细化的统一规定。

### （一）调查取证的主动性：法官积极主动探明事实

在抚养纠纷案件中，除了子女意愿外，当事人双方的经济状况、生活环境、教育程度、抚养子女的意愿、子女之前由哪一方抚养的时间更长等，都是需要法官了解知悉从而裁判抚养权归属的重要指标。若当事人在庭审中未提交相应证据材料，无疑会对法官的内心确信产生重大影响，可能使其作出不适宜子女抚养权归属的裁判，这也是导致实践中部分变更抚养权纠纷案件提起的原因。

此外，法官对实际情况缺乏了解亦可能损害未成年子女的合法权益，违背未成年人利益最大化原则。在我国现行法律框架下，未成年子女并非抚养纠纷案件中的正当当事人，不能在实际庭审中表达自身诉求，而是由双方家长各据一方对抚养权展开辩论与举证，未成年子女作为程序客体，其权益很容易被忽视<sup>[16]</sup>。通过赋予法官在抚养权纠纷案件中更多的主动调查权<sup>[17]</sup>，可以促使法官主动收集与子女抚养密切相关的父母的经济情况、邻里评价、品格习性，以及了解子女的生活环境、在校表现等，从而根据调查结果综合评断形成内心确信，如此才能从子女利益出发作出更适合子女健康成长的裁判。《日本人事诉讼法》第20条即规定在人事诉讼中，法院可斟酌当事人未主张的事实，并可依职权进行证据调查<sup>[18]</sup>。从保护未成年人健康成长、维护家庭关系和谐稳定出发，在抚养案件中应当强化法官的职权探知，允许法官对涉及抚养权归属事项主动开展调查。

### （二）出席庭审的禁止性：未成年子女不宜出席庭审

2021年一段“父母离婚庭审现场激烈争吵，

3岁娃被吓哭,法官边调解边抱起安抚”的法院调解视频引发网友热议。这则新闻虽然凸显了法官对小孩的关怀,但同时也引起了人们对法官允许子女出席离婚庭审或调解现场这一做法的质疑。在离婚纠纷和抚养纠纷案件中,法官应当充分发挥其诉讼指挥权,以书面或者口头方式告知家长在开庭时不要携带未成年子女到庭,尽到法院的善良提醒义务。对于跟随父母共同来到法庭的未成年人,法院应当派员引导并陪同未成年子女至专门的未成年人托管场所、空置的调解室等合适场地<sup>[19]</sup>,以避免未成年子女直面父母在庭审中的针锋相对,从而对未成年人的心理健康造成不良影响。广东省高级人民法院已在《广东法院审理离婚案件程序指引》中明确规定,人民法院询问未成年子女应当选择法庭以外的合适场所单独进行,并且配备了家事调解员,说明地方法院已经在司法实践中开始探索子女意愿征询机制的适用方案。

### (三) 意见征询的能动性: 探寻子女内心真实意愿

#### 1. 子女意见的法律性质: 诉讼参与人意见陈述

诉讼证据,是指法定主体在诉讼之前或诉讼过程中依照法定程序收集的用于证明案件事实的根据或凭据<sup>[20]</sup>。而子女的意见不能证明案件事实,只是子女自身对于抚养权归属的一种自我意见陈述,不应当认定为一种证据类型。未成年子女作为抚养纠纷案件的诉讼参与人,其参与到诉讼过程中表达自己对于抚养纠纷的意愿,其意见陈述可以定性为“诉讼参与人意见陈述”<sup>[21]</sup>。故法院在司法实践中将子女的书面意见作为证据由双方当事人进行质证并不妥当。其未考虑子女意见的法律性质,对将子女意见作为证据由父母双方进行质证可能会破坏父母与子女间亲密情感的不良后果考虑不周。

#### 2. 法院应当征询8周岁以上子女意见

通过《民法典》的明确规定可知,法院在抚养纠纷案件中应当主动征询8周岁以上未成年子女的意愿。未成年子女意见表达权的性质,为程序基本权,系宪法权利,属于司法收益权的范畴,要求国家为权利的实现提供便利<sup>[22]</sup>。法官应当积极创造条件在家长的协力配合下征询子女意愿。法官在此的能动性体现在,就算双方当事人未提

交任何关于子女意愿的材料,法官亦需要主动向当事人询问子女的意愿情况,并获得子女的联系方式,采取适宜方式与未成年子女开展对话沟通,让未成年子女能够真实表达自身意愿。且对于多子女抚养纠纷案件,法院不应当忽视未成年子女表达的愿望与兄弟姐妹共同生活的意愿,也不应当因为父母利益而强制将子女拆分抚养,而应当考虑手足情感,尽量将手足情感较好的子女判归一方抚养。对于子女意见的征询,并非仅简单听取其意见,还须认真考虑其意见,并在裁判文书中进行充分说理,说明对其意见是如何考虑的,以免听取意见流于形式。

#### 3. 法院可以征询3~8周岁子女意见

对于3周岁以下的子女,因其年龄过小,明晰自身意愿与表达自身观点的能力较弱,所以法官可以不征询其意愿。对于3~8周岁的未成年子女,《民法典》并未规定法官应当征询其意见,但考虑到3周岁以上的未成年人已经具有一定的辨别能力,且抚养权的归属与未成年子女利益密切相关,未成年子女对待父母的态度可以非常直观地显现其和父母各方感情的深浅、对父母各方的依赖程度,故可以征询其意见,供法官在裁判时予以参考。部分域外法即认可应当在家事纠纷中听取年龄较小的未成年人的意见,如英国司法理事会2010年发布的《法官会见家事诉讼涉案儿童准则》,认为儿童的生理年龄具有参考而非唯一决定作用,部分7岁甚至更小的儿童亦能明确表达其想法,若儿童想要见到法官而法官认为会见并不合适,则法官应向儿童作出书面解释<sup>[23]</sup>。另根据德国《家事事件法》第159条的原则,未成年子女于所有子女关系事件(不取决于其年龄)有表达意见的权利,且法院原则上必须亲自听取子女意见。且依照德国联邦宪法法院和联邦最高法院的规定,一般而言,法院原则上应当听取满3岁子女本人之陈述<sup>[18]59</sup>。从英国、德国的上述法律规定可知,其不倾向于以子女年龄作为判断子女能否表达其意见的标准,而更为强调法官亲自听取子女意见的义务。

#### 4. 存在重大理由时可不征询子女意见

对于子女意愿的征询亦存在例外情形,即存在重大理由时法院可以不征询子女意见。此处对重大事由的理解应当解读为客观重大事由,而不应

当是父母的主观意愿，具体而言，包括以下几个方面：（1）父母一方有重大疾病、父母一方被采取刑事强制措施、父母一方下落不明、父母一方存在严重虐待子女行为等，从而导致该方显著不宜抚养子女，此时应当将子女判归另一方抚养；（2）未成年子女存在智力障碍或重大疾病，无法表达意见；（3）经专家评定进行意见征询将会对该子女心理健康造成重大影响等。只有出现上述重大事由时，法官可以根据相关证据判定在此情形下不对子女意愿进行征询。而仅仅涉及父母本人的主观意愿，如父母要求离婚保密、不愿意小孩知晓离婚等，这些主观判断不应构成不征询子女意见的正当事由。其实子女对父母感情状况感受最为深切，就算采取保密措施，但是父母之间感情的疏远、因分居产生的物理间距等，实际上已对子女造成心理创伤。

#### （四）征询方式的灵活性：征询应当重过程轻形式

法院对于未成年子女意见的征询可以采取多种形式：第一，法院可以设置家事调查员，由其专门负责子女意见征询以及抚养案件相关事项的调查。第二，法官可以联系未成年子女所在学校，以实地访谈的方式，在学校老师的见证下，充分了解未成年子女对父母的意见看法。第三，法院可以通过庭下访谈<sup>[24]</sup>、语音电话、视频连线等方式征询未成年子女意见。

法官对未成年子女的意见征询既可以采取传统会面方式，亦可借助现代通信工具进行线上访谈。征询方式虽具有灵活性，但法官应注意与未成年人交谈时的方法与技巧。对未成年人的询问应循循善诱，在未成年人无法作出有效回答时，应当给予其多种答案选项供其进行菜单式选择；同时亦应关注未成年人的情绪表达，必要时可以配备儿童心理学专家对未成年子女开展意见征询。

#### （五）遵从意见的例外性：尊重子女意愿的除外因素

对于8周岁以上未成年子女表达的抚养意见，法院应当予以尊重，抚养权归属的判决以子女意见为最主要考量因素，而父母双方的经济状况、文化程度、抚养条件等应当是次要考量因素。但是当存在如下特殊情形时，法院可以不遵从子女意愿而进行判决：（1）父母一方存在下落不明、

被采取刑事措施或正在服刑、存在严重传染性疾病、虐待子女等不宜抚养子女的显著情形；（2）未成年人表达的抚养意愿，与法院依职权调查的适当抚养人显著不一致的其他情形。存在上述情形时，法院可以根据个案具体情况，按照最有利于子女利益的方式判决，而无需盲目遵从子女意见。但是在此类案件中，法官应当做到以下两点：（1）在庭审阶段，应当将依职权调查的证据材料向双方当事人开示，并向当事人释明其内心真意，就此争论焦点给予双方当事人充分的辩驳机会。在现代庭审中，应当加强程序保障，合理运用释明，从而保障裁判的正当性，否则就有可能造成突袭裁判<sup>[25]</sup>。（2）在裁判文书中，法官应当进行充分说理，列明不采纳子女意愿而将抚养权判归另一方的理由，从而防止法官滥用自由裁量权，恣意裁判。

#### （六）程序参与的主体性：认可未成年人有限程序主体地位

我国部分法律规范已赋予未成年人一定的程序主体地位，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第67条规定，无民事和限制民事行为能力人致人损害的，应将其与监护人列为共同被告。这就明确认可了未成年人也可以成为被告，统一规制了之前司法实践中未成年人侵权案件中被告不一致的乱象。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》亦认可无民事行为能力人、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力相当的证言具有证据效力，亦认可未成年人可以成为适格证人，即适格的诉讼参与人。上述两项法律规定给我们带来前瞻性思考，即未成年人在与自身权益显著关联的抚养权纠纷、监护权纠纷案件中是否可以成为正当程序主体？通过考察域外法发现，加拿大、德国等国家已在一定限度内承认未成年人在家事案件中的诉讼主体地位，如加拿大阿尔伯塔省《家事法》即规定未成年人可以成为未成年人抚养令的申请主体<sup>[26]</sup>，德国国家事法亦规定子女在涉及人身和财产的法律程序中具有一定的诉讼主体地位<sup>[27]</sup>。

在中国裁判文书网进行检索，发现在抚养权变更纠纷案件中，大部分案件仍以家长作为原、被告进行起诉应诉，只有少数案件以未成年子女作为原、被告；425个研究样本中仅有7个案件将未

成年子女列为抚养权纠纷中的原、被告。在撤销监护权纠纷案件中,法律并未赋予未成年子女提起诉讼的原告主体资格,而社会现实中存在一些父母虽为监护人但不当履行监护职能的案件,而此时子女对此了解得最为直接与及时,所以此时赋予未成年人原告的诉讼主体资格将能更有效保护未成年人合法权益。法定代理人并非未成年人最佳的代理人<sup>[10]</sup>,如引起互联网热议的黑龙江生父继母虐待子女案、深圳沙井父母殴打子女案等,都警醒我们,父母并非绝对的最佳监护人与代理人。对于变更抚养权纠纷、撤销监护权案件应当赋予未成年子女原告主体资格,且在这类案件中未成年子女可以成为独立诉讼主体,由法院为其指定法律援助律师辅助其诉讼,而无需强制设置法定代理人。

#### (七) 审判团队的专业性: 配备具有专业知识的法官与家事调查员

英国在2014年设立独立家事法院,通过一系列改革实现审判机构的专门化和家事审判人员的专业性。日本、澳大利亚、新西兰、美国的部分州亦设立了家事法院,而德国和我国台湾地区均在法院内部设立专门的家事法庭<sup>[28]</sup>。设立独立家事法院这一目标任重道远,我国应从当前实际出发,落实家事法庭在各地法院的建立,且尽量配备具有丰富家事审判经验的法官担任家事法庭的专任法官。在法官的培训管理中,亦应注重对家事法官进行心理学、社会学、家事调解、家庭伦理等知识技能的培训,以增强其审理家事案件的专业素养和能力;在选聘家事法官时,亦应优先聘任具备家事审判专业知识的法官。

日本是最早设立家事调查官的国家之一,且日本家事调查官是具备硕士学历、经过严格招聘与专业知识培训的公职人员<sup>[29]</sup>。我国台湾地区亦设置了家事调查官,其需通过专门考试和专业培训后才能上岗<sup>[30]</sup>。日本和我国台湾地区的家事调查员制度为我国内陆地区提供了参考。我国家事案件数量庞大,且基于家事案件的二元性,配备具有专业知识的家事调查员实属必要。在司法改革过程中,部分法院实行“法官+法官助理+书记员”的审判单元配置模式<sup>[31]</sup>。以此参考,对于家事法庭,可以实行“家事法官+家事调查员+书记员”的配置模式,将家事调查员列入司法辅助人员范畴,

招聘条件和法官助理等同;同时应对家事调查员进行足够时长的社会学、儿童心理学、家事伦理等系列知识的系统培训。

儿童有被聆听的权利,如果在法规范层面没有任何保障此种权利的配套制度,那么这个权利可能形同虚设<sup>[32]</sup>。《民法典》第1084条赋予未成年子女意见表达权,要求法院在抚养纠纷案件中征询并尊重8周岁以上子女的意见,但民事诉讼法缺乏与实体法相应的程序与配套制度设计,这可能导致《民法典》与《未成年人保护法》中规定的儿童权利成为没有价值的概念或华而不实的空中楼阁。故民事诉讼法应有所作为,采取多种措施完善未成年子女意见征询机制,贯彻儿童友好司法理念,切实保障儿童权益。不论是在民事司法领域,还是在政治、经济、文化、生活等领域,亦应聆听儿童心声,弥补现行以成人为中心的人权观念的不足,以能动、包容的态度将儿童的权益纳入与其相关的所有事务的决策之中,而不是将其排除在外。

#### 参考文献:

- [1] TOBIN J. Justifying Children's Rights[J]. *International Journal of Children's Rights*, 2013, 21(3): 395-441.
- [2] 朱晓峰. 抚养纠纷中未成年人最大利益原则的评估准则[J]. *法律科学(西北政法大学学报)*, 2020, 38(6): 86-99.
- [3] 张卫平. 诉讼构架与程式: 民事诉讼的法理分析[M]. 北京: 清华大学出版社, 2020: 88-91.
- [4] 任重. 论中国民事诉讼的理论共识[J]. *当代法学*, 2016, 30(3): 38-51.
- [5] 张卫平. 民事诉讼处分原则重述[J]. *现代法学*, 2001(6): 89-95.
- [6] BALA N, BIRNBAUM R, CYR F, et al. Children's Voices in Family Court: Guidelines for Judges Meeting Children[J]. *Family Law Quarterly*, 2013, 47(3): 379-408.
- [7] CASHMORE J, PARKINSON P. What Responsibility Do Courts Have to Hear Children's Voices[J]. *International Journal of Children's Rights*, 2007, 15(1): 43-60.
- [8] 刘明生. 亲子非讼事件程序之研究: 以未成年子女最佳利益之保护为核心[J]. *月旦法学杂志*, 2022(8).
- [9] 刘长城, 张向东. 皮亚杰儿童认知发展理论及对当代教育的启示[J]. *当代教育科学*, 2003(1): 45-46.
- [10] 任凡. 论家事诉讼中未成年人的程序保障[J]. *法律科*

- 学(西北政法大学学报), 2019, 37(2): 131-138.
- [11] 杨飞雪. 未成年人司法制度探索研究[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [12] 杜万华. 论深化家事审判方式和工作机制改革[J]. 中国应用法学, 2018(2): 1-9.
- [13] WALKER J, MISCA G. Why Listening to Children and Young People Is Important in Family Justice[J]. Family Court Review, 2019, 57(3): 375-386.
- [14] MASSON J. Representation of Children in England: Protecting Children in Child Protection Proceedings[J]. Family Law Quarterly, 2000, 34(3): 467-496.
- [15] SZAJ C M. The Fine Art of Listening: Children's Voices in Custody Proceedings[J]. Journal of Law & Family Studies, 2002, 4: 131-150.
- [16] 陈爱武. 家事诉讼与儿童利益保护[J]. 北方法学, 2016, 10(6): 126-139.
- [17] 张海燕. 家事诉讼证据规则的反思与重构[J]. 政治与法律, 2018(11): 2-11.
- [18] 松本博之. 日本人事诉讼法[M]. 郭美松, 译. 厦门大学出版社, 2012: 368.
- [19] 陈爱武. 家事案件审判程序改革的观察与思考: 兼议民法典时代我国家事诉讼立法的必要性[J]. 法治现代化研究, 2020, 4(4): 55-74.
- [20] 廖永安. 证据法学[M]. 2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 5.
- [21] 张卫平. 民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接[J]. 中外法学, 2020, 32(4): 933-950.
- [22] 刘敏. 家事司法中未成年子女意见表达权之保障[J]. 人权, 2023(6): 119-137.
- [23] 齐凯悦. 论英国家事审判改革中的儿童程序参与及对我国的启示[J]. 甘肃政法学院学报, 2017(6): 117-130.
- [24] 俞亮, 张驰. 民事少年审判中法官与适龄当事人庭下对话机制的构建[J]. 中州学刊, 2010(4): 85-88.
- [25] 杨严炎. 论民事诉讼突袭性裁判的防止: 以现代庭审理论的应用为中心[J]. 中国法学, 2016(4): 266-286.
- [26] 张鸿巍, 姚学宁, 陈晖, 等. 加拿大少年家事法译评[M]. 北京: 知识产权出版社, 2020.
- [27] 王葆蒔. “儿童最大利益原则”在德国家庭法中的实现[J]. 德国研究, 2013, 28(4): 35-51, 126.
- [28] 齐凯悦. 英国家事审判制度研究: 以2011年以来的改革为中心[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 63-69.
- [29] 刘敏. 论家事司法中的家事调查员制度[J]. 法治现代化研究, 2020, 4(4): 16-31.
- [30] 赖淳良. 台湾家事审理制度的变革[J]. 海峡法学, 2017, 19(3): 3-21.
- [31] 王亚明. 司法辅助事务配置研究[J]. 江苏社会科学, 2019(3): 150-158.
- [32] SUTHERLAND E E. Listening to the Voice of the Child: The Evolution of Participation Rights[J]. New Zealand Law Review, 2013(3): 335-356.

责任编辑: 徐海燕