

离婚诉讼中已满8周岁未成年人意愿的性质研究

黄翼天

湘潭大学法学院，湖南 湘潭

收稿日期：2023年2月7日；录用日期：2023年2月17日；发布日期：2023年3月15日

摘要

在《民法典》颁布施行之后，各地人民法院对于已满8周岁未成年人表达其意愿的行为性质定位不清，以致所做判决不尽相同。将未成年人表达其意愿分为直接与间接两种方式，并初步得出未成年人直接表达其意愿其本质是一种效力待定的民事法律行为，由法官决定其效力；而采间接方式表达其意愿在法庭审理中则表现为证据的结论。进而提出审理该类案件的基本审判原则，即不应“以协商一致”为前提、依据未成年人表示意愿方式不同分别处理以及未成年人直接表达其意愿为原则。由此，拟初步尝试解决该类案件中各地人民法院审判理由不统一的问题。

关键词

已满8周岁，未成年人意愿，性质，离婚诉讼

On the Nature of the Wishes of Minors over 8 Years Old in Divorce Proceedings

Yitian Huang

School of Law, Xiangtan University, Xiangtan Hunan

Received: Feb. 7th, 2023; accepted: Feb. 17th, 2023; published: Mar. 15th, 2023

Abstract

After the promulgation and implementation of the Civil Code, people's courts around the country are not clear about the nature of the behavior of minors over the age of 8 expressing their will, resulting in different judgments. It divides the expression of the will of minors into direct and indirect ways, and preliminarily concludes that the essence of the direct expression of the will of minors is a civil legal act whose validity is to be determined by the judge. And the indirect way to

express their will in court is the conclusion of evidence. Furthermore, the basic trial principles for such cases are put forward, that is, it should not be based on the premise of “disagreement between husband and wife”, and should be dealt with separately according to the different ways of minors expressing their wishes and minors directly expressing their wishes. Therefore, it is intended to make a preliminary attempt to solve the problem of disunity in the trial grounds of people’s courts in different places in this kind of case.

Keywords

Over 8 Years Old, The Will of the Minor, Properties, Divorce Proceedings

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题提出

关于已满 8 周岁未成年人意愿在离婚诉讼中处理,我国司法实践做法不一,通过筛选相关案例¹,归纳总结如下。以夫妻双方就其已满 8 周岁未成年人抚养权或是监护协商不一致为前提人民法院存在以下处理方式 1) 法官在审理过程中对于 8 周岁以上未成年人意愿置之不理,这其中包括第一种情况即单纯性的置之不理与第二种情况即由于其父母已达成合意的置之不理。2) 法官考虑到 8 周岁以上未成年人的意愿,但审判意见则不尽相同。第一,法官直接依据其意愿直接将其抚养监护的权利判决给父或者母;第二,法官依据其意愿并结合最有利于未成年人原则进行判决。

以上法官的处理不同是由于对《民法典》第一千零八十四条第三款²以及《未成年人保护法》第一百零七条第二款³理解不同所致。依据《民法典》第一千零八十四条第三款及《未成年人保护法》第一百零七条第二款,在涉及已满 8 周岁的未成年人的离婚案件中也必然满足该条中已满 2 周岁的规定,在考虑已满 8 周岁未成年人的意愿时自然满足未成年人已满 2 周岁,父母协商不成要根据最有利于未成年人原则判决。对于法条所规定的“尊重已满 8 周岁未成年人意愿”以及最有利于未成年人原则两者关系理解不同,至少存在以下几种见解,第一、将尊重未成年人意愿作为最有利于未成年人原则下的组成部分或是其要求并以协商不一致为前提。故而如果夫妻双方如果关于未成年人监护或抚养达成一致,自然无需考虑未成年人的意愿。其中更为偏激的即便夫妻双方协商不一致,只要满足最有利于未成年人原则便不考虑未成年人的意愿,即单纯性地置之不理。第二、将尊重未成年人意愿作为判决的基本规则并以夫妻双方协商不一致为前提。根据一般情况下法律规则优先法律原则的基本原理,法官直接依据其意愿直接将其抚养或监护的权利判决给父或者母。第三、将尊重未成年人意愿作为处理案件的原则与最有利于未成年人原则同时适用并且以协商不一致为前提。

2. 未成年人表达其意愿的行为性质

学界对于这一问题并没有相关的确定且明确论述,只是明确了已满 8 周岁未成年人拥有自己的意愿

¹ 北大法意网(<http://www.lawyee.net>): 检索条件,案由:婚姻、家庭继承纠纷;且关键词:离婚;且文书类型:判决书;且判决时间:2021.1.1 至 2021.12.23;且审级:一审案件。时间顺序前一千条,其中相关案例共 25 个。

² 《民法典》第一千零八十四条第三款,“离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由人民法院根据双方的具体情况,按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满 8 周岁的,应当尊重其真实意愿。”

³ 《未成年人保护法》第一百零七条第二款,“人民法院审理离婚案件,涉及未成年子女抚养问题的,应当尊重已满八周岁未成年子女的真实意愿,根据双方具体情况,按照最有利于未成年子女的原则依法处理。”

的权利。比如, 骆正言认为已满 8 周岁未成年人在离婚案件中表达自己的意愿是对于未成年人“自我决定权”的行使[1]。而但淑华则认为, 未成年人的意见或意愿是法院需要考虑的因素但非唯一因素, 认定为未成年人子女的参与权比较合适[2]。对于这一行为的性质民事诉讼法学者倾向于认定为证据证明行为, 但由于未成年人表达其意愿的方式不同, 在整个诉讼过程中其性质可能会有所不同, 故而笔者以直接表达其意愿与间接表达其意愿两种方式分别讨论其性质。未成年人直接表达其意愿主要是指在涉及 8 周岁以上的未成年人离婚诉讼中, 在法官向未成年人说明法律后果后, 未成年人采用到庭或者其他方式直接向法官表示跟随其父一方或是其母一方的意愿。而未成年人间接表示其意愿则是已满 8 周岁未成年人因为种种原因不能以到庭或其他直接方式表达自己的意愿, 需要借助当事人或其他诉讼参与人之手表达自己的意愿。

2.1. 未成年人以到庭或其他直接方式表达意愿

是否属于程序法中证据证明行为。民事诉讼中的证据概念虽然众说纷纭, 比如事实说、根据说、综合说等学说观点, 但这些证据概念无一不是建立在案件事实或证据事实这一基础之上, 如田平安认为民事诉讼证据是指在民事诉讼过程中, 证明主体依法提供并通过质证、辩论后能证明争执中的民事案件真实情况的客观事实[3]。王亚新等人认为民事诉讼法上的证据具有广义与狭义之分, 广义的证据从一般认识论上说, 是指人们在从未知到已知的认识过程中用来推导和了解未知事项的已知材料; 而狭义的证据是指法院采用作为判决根据的材料[4]。上述学说只是对诉讼证据性质、诉讼证据的范围产生分歧。而无论案件事实还是证据事实都属于诉讼中事实的范畴。王俊民认为诉讼中的事实具有即存实在性、不可变性、永恒性、客观实在性等基本特征, 其中即存实在性决定了事实都是已经发生的而非可能发生或是将要发生[5]。时间的一维性决定了诉讼过程中法官无法得知过去时间发生的案件事实, 而证据证明的本质则是对于过去发生案件事实的重构, 这一过程始终在已经发生的案件事实之后。在涉及 8 周岁以上的未成年人的真实意愿的离婚案件中, 未成年人到庭或者以其他直接的方式表达自己对于自身未来去留的意愿, 这一行为并无对应所需要证明的事实而且具有即刻性的特征, 显然不属于证据证明行为。

是否属于实体法中的民事法律事实。按照我国学界通说, 民事法律事实是指依法能够引起民事法律关系产生、变更、消灭的现象, 包括行为与事件。其中行为又包括民事法律行为、准民事法律行为以及事实行为。我国台湾学者王泽鉴认为, 按照台湾地区通说, 法律行为指以意思表示为要素, 因意思表示而发生一定私法效果的法律事实[6]。王利明教授也认为, 民事法律行为是指行为人旨在确立、变更、终止民事权利义务关系的行为[7]。而在涉及 8 周岁以上的未成年人的离婚案件中, 未成年人直接或间接以其他方式表达其愿意跟随其母或其父的意愿本质上就是一种民事实体法上的意思表示。又依照其意愿由《民法典》第一千零八十四条第三款与《未成年人保护法》第一百零七条第二款赋予一定的民事实体法上的效果并发生民事法律关系上的变动, 即未成年子女与其父母双方监护关系转为未成年子女与其父或者其母一方的监护关系。

笔者较为赞同以民事法律行为明确未成年人直接向法院表达其意愿行为的性质。首先, 这是宪法人权保护与对于未成年人人格尊重的必然结果。我国《宪法》第三十三条第三款⁴确立了我国的人权原则。我国《民法典》的制定与实施则是对于宪法所确立的人权原则的贯彻。实施好民法典, 是坚持以人民为中心, 保障人民权益实现和发展的必然要求[8]。可见, 我国《民法典》以人为中心以人为本位。出于人的本位、对人的尊严的宪法及伦理基础, 我国《民法典》确定了自愿原则, 尊重并保障民事主体在民事活动中的自由, 而《民法典》中对于民事法律行为的规定旨在调和自愿原则中的“个人自主”与“自我负责”原则, 是实现民法自愿原则的主要手段与方式。在涉及 8 周岁以上未成年人的离婚案件中, 《民

⁴《宪法》第三十三条第三款, “国家尊重和保障人权。”

法典》规定中的“协商”一词本就表明子女抚养权的归属本质上归属契约或是类契约的范畴，出于对未成年人人格尊重必然要考虑未成年人真实意愿，未成年人以民事法律行为方式自主决定自身的未来去留问题并对自己的决定负责，以此达到“契约”的意思的一致。其次，将未成年人表达意愿的行为理解为民事法律行为契合我国行为能力制度。依据我国《民法典》第十九条⁵，8周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，未经其法定代理人代理或是同意、追认所作的民事法律行为为效力待定的民事法律行为。而《民法典》第一千零八十四条第三款所规定的“尊重未成年人意愿”同样也是8周岁以上，两者都出于对于未成年人的保护而考虑到未成年人识别辨认自己行为的能力不足，因而两者都规定未成年人需要已满8周岁以上。由此，未成年人在离婚诉讼中当庭直接表达其意愿行为本质上是一种效力待定的民事法律行为。

但是限制民事行为能力人的法定代表人依据《民法典》第二十三条⁶，为其监护人即离婚案件中父母双方。而在涉及8周岁以上的未成年人的离婚纠纷中，未成年人的父母本就对于未成年人的监护或抚养权产生争议，由此产生一个疑问即谁为其监护人并确定其民事法律行为为效力。笔者认为应该由法院依据最有利于未成年人原则确定其效力，理由在于首先按照法条所规定的“人民法院依据最有利于未成年人原则判决”表明人民法院在这种涉及未成年人案件的处理是完全站最有利于未成年人利益一方的，与我国未成年人监护制度设立目的不谋而合。第二、出于效益的价值以及节省司法资源的目的的考虑，在此问题上法官可以临时充当未成年人的监护人并依据《民法典》及《未成年人保护法》所规定的最有利于未成年人原则进行处理。

2.2. 未成年人以间接方式表达意愿

如上所述在涉及8周岁以上未成年人的离婚诉讼中，未成年人到庭或以其他直接方式表达其意愿的行为本身是一种民事法律行为。在涉及未成年人间接表达意愿案件中法官无法直接了解未成年人真实意愿，只能借助当事人或其他诉讼参与人之手间接了解该事实的存在。在未成年人间接表达自己意愿的诉讼中，未成年人因为种种原因不能以到庭或其他直接的方式表达自己的意愿，这一事实发生在离婚诉讼之前而由当事人或其他诉讼参与人代未成年人表达其意愿或是向法院提出相关资料。出于对未成年人意愿的尊重以及法律相关的规定，这一事实的存在与否极大地左右法官的判决，故而由当事人或其他诉讼参与人提交的关于未成年人在过去表达其意愿并被法院所采信的资料理应理解为证据。我国《民事诉讼法》第六十三条⁷规定了八种类型的证据，而在涉及此类诉讼中，未成年人间接表示其意愿可能会以当事人的陈述、书证、视听资料、电子数据、证人证言等证据形式出现。

3. 解决问题对策

3.1. 不应“以夫妻协商不一致”为前提

首先，以夫妻双方协商不一致为前提的“尊重未成年人的意愿”的理解，实则是传统“亲权”制度的残留，并不符合现代以人为本位伦理基础。“亲权”一词滥觞于罗马法中“家父权”[9]。而在中国古代则表现为父权与尊长权，以孝为核心以家族为本位，特别是家族对于其成员支配。而在现代由于男女平等观念的引入因而转变为父母对于子女权利，这种传统“亲权”本质上是父母对于子女人身的支配权。但在整个尊重并保护人权以及以人为本位伦理基础的背景下，传统的“亲权”的含义已然发生改变。正如

⁵《民法典》第十九条，“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”

⁶《民法典》第二十三条，“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。”

⁷《民事诉讼法》第六十三条，“证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”

我国台湾地区学者王泽鉴所说，亲权行使并非为权利人的利益而是以促进未成年人利益为目的，又称义务权^[10]。以夫妻双方协商不一致为前提所作的判决，并未在其协商一致之时尊重8周岁以上未成年人的意愿，其本质上还是将未成年人看作其父母的附属物，是一种“人格物化”的观点。出于以人为本的伦理以及宪法的人权原则，我国民事主体包括自然人，而未成年人为当然的自然人理应是民事活动中的主体，而绝非是以客体的方式存在。其次，以夫妻双方协商不一致为前提不符合《民法典》及《未成年人保护法》相关规定。《民法典》第一千零八十四条第三款并未明确规定尊重已满8周岁以上未成年人的意愿必须以父母双方协商不一致为前提，而《未成年人保护法》一百零七条第二款则根本未提到“协商”要素。

3.2. 依据未成年人表示意愿方式不同分别处理

首先如上所述，在尊重我国《宪法》所规定的人权原则以及以人为本的伦理基础上，未成年人当庭或以其他直接方式表达其意愿为一种效力待定的民事法律行为，其效力直接由法官这种临时监护人依据最有利于未成年人原则决定。由此法官避免了将“尊重未成年人意愿”认定为裁判规则而忽视最有利于未成年人原则，同时避免了将“尊重未成年人意愿”作为最有利于未成年人原则的组成或要求从而忽视“尊重未成年人意愿”，也避免了将“尊重未成年人意愿”认定为原则而与最有利于未成年人原则的冲突。同时，在涉及8周岁以上的未成年人离婚诉讼中将夫妻双方协商的二元协商结构转变为由未成年人参与人民法院代理的“三方协商”，极大地尊重了未成年人的意愿，切实地保护了未成年人的利益，符合我国宪法人权原则。其次，未成年人以间接的方式表达其意愿则由法官按照证据规则处理，并决定未成年人其行为的效力，以此种方式表达其意愿并不具备即时性的特点，往往受到社会现实多种因素影响往往无法让法官在审判时即刻知晓未成年人的真实意愿，故而与未成年人直接表达其意愿不同，需要采用不同且相对较为严格的裁判规则进行确认并决定其行为的效力。因此依据未成年人表示意愿的方式不同采用不同的裁判规则处理相关的离婚案件有利于未成年人的利益保护，符合《民法典》一千零八十四条与《未成年人保护法》的立法宗旨。

3.3. 未成年人直接表达其意愿为原则

在涉及8周岁以上未成年人的离婚诉讼，应该以未成年人到庭或以其他直接方式表达其意愿为原则。理由在于第一，未成年人间接表达其意愿需要当事人及其他诉讼参与人的帮助，法官只能间接地了解未成年人的真实意愿。而依据我国《民事诉讼法》及《民诉解释》规定，普通的民事案件实行“高度盖然性”的证明标准。因此在涉及未成年人的离婚诉讼中关于其意愿这一事实是否存在一般达到高度可能性即可，即便涉及欺诈、胁迫等情况而采用“排除合理怀疑”的证明标准，证明的事实真实也仅仅是法律真实，即便法官合理且充分运用规则法律真实与客观真实也只能无限接近，两者在特殊情况下也会不一致。辩证唯物主义认识论认为，具体的认识只能是对客观对象的一定程度的认识，是对客观对象的近似的一致^[11]。因此若法院审判时将两种表达未成年人意愿的方式认定为处于同一地位将不利于保护未成年人的利益。第二、已满8周岁未成年人其识别与辨别能力有限，在间接表明其意愿的情况下，其意愿表示往往受较多因素的影响特别是其监护人对其引诱与欺骗，在此类不利因素的影响下未成年人的权利保护往往处于真空状态。第三、出于效益价值的考虑，未成年人直接表达其意愿更加方便，程序较为简单比如即便未成年人不能到庭也可以采用电话、微信视频的方式直接表达其真实意愿，而无须采用证据证明规则进行确认。

即便因为种种特殊情况不得以采用未成年人间接表达其意愿的方式，也应该制定相关法律规定出台相关司法解释严格限制这种表示方式。第一、采用列举性立法规定以及同类解释的技巧限制未成年人不

能直接表达意愿的特别情况的范围。第二、原则上应排除未成年人以直接的方式表达意愿的可能性,同时应当按照比例原则衡量司法资源的消耗与尊重未成年人真实意愿并保护未成年人利益的目的,使两者之间达到相对平衡。第三、即便诉讼中当事人或其他诉讼参与者提交的涉及未成年人间接表达其意愿的资料被法庭依照法律规定的证据证明规则所采信,也应该诉讼后也即特殊情况消失之后再一次确定未成年人的真实意愿,力求最大限度地尊重未成年人的意愿。

4. 结语

在尊重人权以及以人为本的伦理背景下,一方面未成年人作为民事法律关系的主体,在涉及处理未成年人利益时理应听取并尊重其意愿;另一方面未成年人由于其识别辨别能力有限在处理其相关利益时理应采用相应措施进行保护。在涉及已满8周岁未成年人的离婚诉讼中,未成年人的父母对其抚养权或监护产生争议,原则上将未成年人直接表达其意愿的行为认定为民事法律行为,而在特殊情况下将未成年人以间接方式表达其意愿行为以证据规则加以保护,并由法官决定其行为的最终效力,符合宪法所规定的人权原则,是民法典时代下的必然结果。

参考文献

- [1] 骆正言. 《民法总则》未成年人“自我决定权”条款的解释及完善[J]. 民商法论丛, 2019, 68(1): 263-285.
- [2] 但淑华. 离婚案件中未成年子女的参与权[J]. 中华女子学院学报, 2021, 33(1): 35-42.
- [3] 田平安. 民事诉讼法原理(第六版)[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2015: 214.
- [4] 王亚新, 陈杭平, 刘君博. 中国民事诉讼法重点讲义[M]. 北京: 高等教育出版社, 2021: 88-90.
- [5] 王俊民. 论证据意义上的事实[J]. 政治与法律, 2011(2): 143-151.
- [6] 王泽鉴. 民法总则(最新版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 234.
- [7] 王利民. 民法总则研究(第3版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 160.
- [8] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编. 中华人民共和国民法典总则编理解与适用[M]. 北京: 人民出版社, 2020: 4.
- [9] 周枏, 吴文翰, 谢邦宇. 罗马法[M]. 北京: 群众出版社, 1983: 121.
- [10] 王泽鉴. 民法总则(最新版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 97.
- [11] 樊崇义. 诉讼原理(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 344.