

论涉外未成年人监护法律适用

牛 玲

北京师范大学法学院, 北京

收稿日期: 2024年9月25日; 录用日期: 2024年10月11日; 发布日期: 2024年11月25日

摘 要

伴随着涉外案件数量的不断增加, 涉外监护相关法律问题逐渐进入到人们的视野之中。未成年人监护作为监护中的重要组成部分, 不仅关系到未成年人的切身利益, 更对国家和社会的发展具有重要影响。据此, 本文从涉外未成年人监护法律关系的法律框架内入手, 对法律关系中有关概念进行了界定与辨析, 并对如何正确识别涉外未成年人监护法律关系进行了探讨, 同时分析了确定其准据法的冲突原则的发展, 论述了“有利于”原则在未成年人监护关系中的适用优势与具体运用。在归纳“有利于”原则适用于我国司法实践中存在的问题的基础上, 提出了针对性的解决方案, 以期完善相关法律制度, 更好地为未成年人在涉外监护案件中的合法权益保驾护航。

关键词

法律适用, 未成年人监护, 法律关系的识别, “有利于”原则

On the Legal Application of Guardianship for Foreign-Related Minors

Ling Niu

Law School, Beijing Normal University, Beijing

Received: Sep. 25th, 2024; accepted: Oct. 11th, 2024; published: Nov. 25th, 2024

Abstract

Alongside the continuous increase in the number of foreign-related cases, legal issues related to guardianship for foreign-related minors have gradually come into people's purview. Guardianship for minors, as a crucial component of guardianship, not only pertains to the immediate interests of minors but also exerts significant influence on the development of the country and society. Thus, this article commences from within the legal framework of the legal relationship of guardianship for foreign-related minors, defines and distinguishes relevant concepts within the legal relationship,

文章引用: 牛玲. 论涉外未成年人监护法律适用[J]. 法学, 2024, 12(11): 6510-6519.

DOI: 10.12677/ojls.2024.1211924

and discusses how to accurately identify the legal relationship of guardianship for foreign-related minors. Simultaneously, it analyzes the development of conflict principles for determining the applicable law and expounds on the application advantages and specific utilization of the “in favor of” principle in guardianship relations for minors. On the basis of summarizing the problems existing in the application of the “in favor of” principle in China’s judicial practice, it proposes targeted solutions with the aim of perfecting the relevant legal system and better safeguarding the legitimate rights and interests of minors in foreign-related guardianship cases.

Keywords

Legal Application, Guardianship for Minors, Identification of Legal Relationship, “In Favor of” Principle

Copyright © 2024 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. 引言

近年来，随着国际间经济、文化等交流频率的增加，跨国婚姻、跨国同居等数量急剧上升，未成年人监护问题在相关涉外诉讼中也越来越成为一个不容忽视的问题。

以 2011 年为界，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称<法律适用法>)实施之前，涉外监护在我国尚没有具体明确的立法规范。该法施行以来，学界针对涉外监护问题的研究集中于对“有利于”原则的探讨以及监护关系法律适用的实证分析与立法完善建议，针对涉外监护法律适用中的未成年人监护的研究寥寥。作为涉外监护关系中的一个重要内容，相较于其他监护法律关系，涉外未成年人监护法律关系有其特殊性，并具有独特的研究意义。完善涉外未成年人监护法律适用、解决其在实践中存在的突出问题，既有利于加强未成年人在涉外领域合法权益的保护，也有利于促进我国国内法治进步和涉外法治建设的协调发展。

未成年人监护，关键在于“预防”。监护人的选择怎样最有利于未成年人的身心发展？如何督促监护人正常履行职责，避免其侵害未成年被监护人？以及怎样在尊重未成年人意志的同时，对“有利于”原则加以合理运用？这些问题都亟待探讨和解决。

2. 涉外未成年人监护法律关系

2.1. 未成年人监护法律关系

监护制度，顾名思义，是以监管和保障未成年人和精神病人人身安全、财产权益等为内容的一项民事法律制度[1]。未成年人监护法律关系则指在未成年人为被监护人时，在其与监护人之间因监护而产生的法律关系。根据行为受限程度的不同，监护对象可以分为受限程度较高的无民事行为能力人，以及受限程度较低的限制民事行为能力人。由于我国以八周岁为划分无民事行为能力人和限制行为能力人的年龄界限，故未成年人监护关系中的被监护对象兼有上述两者。目前学界在监护性质的研究方面，主要提出了权利说、义务说、权利义务说、职责说等观点[2]。基于我国现行的法律规定，监护人行使监护权的主要目的是履行保护被监护人权益的职责[3]，其制度设计更凸显“职责”的内容，故应从规范监护人职责的角度出发，明晰未成年人监护法律关系的性质，最大限度地维护好被监护未成年人的利益。

2.2. 涉外未成年人监护法律关系的涉外性

在“涉外性”的判断上,学界大致具有两种界定模式,第一种是较为灵活地将法律关系进行概括性描述,一般认为“与外国”或者“与外国法律”存在关联;第二种是具体明确地采取列举的方法,将“涉外性”的具体情形进行规定[4]。我国以“法律关系要素说”作为确认法律关系“涉外性”的主流观点。法律关系的“涉外性”是指法律关系与外国存在一定关联。换言之,在某一法律关系的主体、客体与内容三要素中,有一个及以上与外国有关联时,即可被确定为涉外法律关系[5]。

具体在涉外未成年人监护法律关系中,其主体——监护人与被监护人的一方或双方的住所或营业地在国外;客体——当事人双方权利和义务所指向的物位于国外或行为等发生于国外;内容——导致监护法律关系的权利和义务产生、变更、消灭的法律事实在国外发生。法律关系中有上述任何情况的出现,该未成年人监护法律关系即具有涉外性。

2.3. 涉外未成年人监护法律关系的特殊性

上世纪中叶,《世界人权宣言》发布,其中规定儿童应受到“特别的照顾与协助”。自此,儿童权利保护就一直是国际社会极为关注的议题。而后,随着具有里程碑式意义的文件——《儿童权利公约》的颁布,儿童权利保护被推向了另一个高潮。近些年来,针对未成年人权益保护的研究愈发深入,其监护法律问题在理论和实践中也愈发受到重视。

由于未成年人在生理和心理上相较于成年被监护人都有着显著的差异,以未成年人为被监护人的监护法律关系相较于成年人监护更具有其独特之处。首先,由于未成年人监护法律关系的一方当事人为未成年人,其自出生之始就需要受到监护,也不存在成年人监护中在自身具有行为能力时“事先”选定监护人的可能,法定选择具有“唯一性”。其次,父母是未成年人的主要监护人,其与子女间存在着天然的亲缘关系。可以说,“父母”是对未成年人了解最为深入的人。但与此同时,他们的不良行为也更容易对未成年人的生理和心理造成愈加严重的伤害。再次,相较于以成年人为被监护人的监护,对未成年人的监护不仅仅包含监督与保护的功能,更蕴含教育的职责。被监护人受到的教育与言行将极大地影响其健全人格的形成,监护人监护职责的合格履行,更决定着未成年人今后人生走向是否正确、未来能否获得良好的发展。同时,未成年人的健康成长不仅仅影响其家庭,更关乎着国家和民族的未来,加强未成年人保护,使未成年人在父母等监护人的正确引导下健康成长,对家庭、国家和社会均有深远影响。基于上述特点,未成年人监护制度较之其他监护制度愈发需要法律的关切,未成年人监护制度的完善对未成年人自身成长和社会发展都具有重大意义。

与此同时,作为一种涉外法律关系,较之国内法上的未成年人监护关系,其同样具有特殊性。在冲突法上,由于各国历史演变和现实环境的不同,其针对涉外未成年人监护的法律适用规定也不尽相同。一方面,在准据法的选择上,世界各国主要有属人法、法院地法以及两者兼采等立法模式;另一方面,在未成年监护是否单独进行规定上,各国的处理方式也不尽相同¹。不同的立法规定造就了截然不同的准据法选择结果,妥善处理各国间的法律冲突,进行最恰当的法律选择,在涉外法律关系的处理中十分重要。此外,随着人文理念的进一步深化,“有利于”被监护人的立法精神也在各国国际私法中有所体现。例如美国《第二次冲突法重述》即规定管辖权的行使应当“最有利于儿童”。英国《儿童与家庭法案》同样将“儿童利益最大原则”列入其中。时至今日,“有利于”原则在涉外未成年人监护中的适用已经成为国际私法理论与实践中的共识。

¹例如 2007 年斯洛伐克共和国《关于国际私法与国际民事诉讼规则的法律》第二十八条:“对未成年人设立或中止监护的要件,由未成年人的惯常居所地国法律支配。”对未成年人监护进行了单独规定。又如我国《法律适用法》第三十条并未对成年人监护与未成年人监护进行区分,仅进行了概括性规定。

3. 涉外未成年人监护法律关系的识别

19 世纪末, 德、法两国著名法学家康恩和巴丁分别提出了识别制度。此后, 这一制度逐渐引起了国际私法学者们的关注。作为国际私法理论体系中的一个重要内容, 识别一般认为是定性或分类涉外民商事法律关系的事实构成, 并依据具体的法律概念解释冲突规范, 从而确定该法律事实适用何种冲突规范的一个认识法律和选择法律的过程[6]。在涉外未成年人监护相关案件的处理过程中, 对监护关系进行正确的定性和分类, 并恰当地适用相关冲突规范, 以确定准据法。这不仅能够对不同国家法律间存在的冲突进行有效解决, 更有利于贯彻涉外未成年人监护法律关系中未成年人利益优先的原则。

关于识别的依据, 学术界主要有以下五种理论: 法院地法说、准据法说、分析法说与比较法说、折衷说和个案识别说, 实践中则一般按照条约或法院地法进行识别[7]。我国《法律适用法》规定了适用法院地法进行识别。识别主要包括两个方面: 依照法律正确解释法律概念以及依据法律概念确定事实的法律性质[8]。具体而言, 处理案件时首先应就冲突法中“监护”、“抚养”、“父母子女关系”等相似法律概念进行明晰, 并以此作为实践中相关案件事实“定性”之依据, 以便准确便利地对案件性质进行划分。同时, 正确解释法律关系内部的相关概念, 帮助我们在案件处理时厘清复杂的法律关系, 抽丝剥茧, 寻觅最佳的解决方案。实践中, 这既是对涉外民商事案件做出处理的必经过程, 更是准据法确定的前提条件, 对准据法的选择及案件最终处理结果的合法合理性起到决定性作用。

3.1. 涉外未成年人监护法律关系中的“一方当事人”

隶属于双边法律关系的涉外未成年人监护法律关系, 其当事人一方为“监护人”, 另一方为“被监护人”。其中, 被监护人指法律关系中权益受到监督和保护未成年人。监护人的种类较多, 不同国家关于监护人范围的立法规定也不尽相同。

监护人是具有义务监督、保护被监护人的人或组织。其通常为自然人, 但在法律规定时, 也可由社会组织担任。我国《民法典》就规定民政部门、居委会、村委会等属于可依法履行监护人职责的社会组织²。大陆法系国家将未成年人监护人的范围限定为非父母的自然人或法人。立法模式主要包括指定监护人与选定监护人两者的结合或指定监护人、选定监护人与法定监护人三者的组合。如《法国民法典》就规定后去世的父母一方享有选定未成年子女监护人的权利。英美法系国家中, 英国的监护人制度与大陆法系国家相类似, 而美国未成年人监护人的范围则包含其父母、指定监护人与选定监护人三类[9]。在我国, 法律首先明确规定了父母是未成年人的当然监护人, 同时规定了未成年人的祖父母、外祖父母等个人或者组织等多个监护人种类, 以扩大未成年人监护人的选择范围, 防止监护人缺位的情况发生。

3.2. “监护”关系与“抚养”关系的联系与区别

“抚养”一词强调在经济上进行供养, 与之相比较, “监护”的内涵则更加宽泛, 二者不可混为一谈。我国传统观念中, 人们对于“监护”, 往往更重视其在经济方面的作用, 却忽视了人身方面的监督与保护, “抚养”一词在实践中也具有更大的使用范围。

从文义解释的角度对父母子女关系进行理解, 其内涵包括基于身份关系在父母和子女双方间产生的各项权利与义务。这就包括“抚养”这一父母子女之间在财产方面产生的权利义务, 学界中也有观点赞同将“抚养”纳入父母子女关系, 从而适用“父母子女关系”的相关规定对“抚养”案件进行处理[10]。《法律适用法》中对“抚养”并无直接立法, 而是将“父母子女关系”、“监护”进行分别立法³, 识别

²例如我国《民法典》第三十二条规定: “没有依法具有监护资格的人的, 监护人由民政部门担任, 也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。”

³《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十五条: “父母子女人身、财产关系, 适用共同经常居所地法律; 没有共同经常居所地的, 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弱者权益的法律。”

第三十条: “监护, 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。”

结果的不同,将导致法律适用的差异。故应对法律关系是否具备人身和财产双重属性进行综合判断,以正确识别“抚养”与“监护”法律关系。

3.3. “监护”关系在涉外离婚诉讼中的独立性

离婚是指依照法律规定的程序终止夫妻双方的婚姻关系。夫妻作为离婚法律关系的当事人,是离婚法律关系的核心,《法律适用法》第二十七条也单独规定了诉讼离婚的法律适用⁴。也就是说,诉讼离婚的起点是对法律关系中夫妻间的人身和财产关系问题进行解决,对于诉讼离婚涉及的未成年子女的监护权问题则不应笼统处理。根据《民法典》有关规定⁵,父母对子女抚养、教育、管教、保护的权利义务均属于监护范围,且不因婚姻关系的解除而消灭[11]。相关法律条文的目的旨在加强离婚诉讼中对未成年人的保护,也体现了未成年子女监护权的处理在离婚诉讼中的独立性。《法律适用法》中关于监护的规定同样表明了保护被监护人权益的法律立场,若轻易将未成年人监护法律关系纳入离婚诉讼中一并进行处理,不仅错误地划分了离婚诉讼案件的处理范围,而且不利于保护法律关系中的未成年人权益。

4. 涉外未成年人监护的法律适用原则

从传统原则到“有利于”原则,涉外监护的法律适用原则在发展中不断变化。“有利于”原则的适用,不仅迎合了国际私法的发展理念,更为涉外监护的准据法提供了更为妥当的选择方案,下述即从“有利于”原则的适用必要性、内涵和适用方法三个方面对其在涉外监护案件中的适用进行说明。

4.1. “有利于”原则适用的必要性

4.1.1. 监护关系中传统法律适用原则的缺陷

纵览世界各国的立法、司法实践,涉外监护的传统法律适用原则主要有被监护人属人法、法院地法和被监护人属人法兼采法院地法三类。

日本、奥地利、匈牙利等国即采用被监护人属人法的立法体例,包括适用被监护人的本国法、住所地法及惯常居所地法等。例如日本 2006 年《关于法律适用的通则法》规定监护适用被监护人的本国法[12]。斯洛伐克共和国 2007 年《关于国际私法与国际民事诉讼规则的法律》第 28 条则对未成年人监护的设立和中止的法律适用进行了规定,即适用其惯常居所地法[13]。被监护人属人法的适用,往往是基于对被监护人权益进行保护的立法原则出发,但该立法模式在实践中也存在着不可忽视的问题,如各国对住所地的概念理解差异与住所地的不稳定性将导致住所地难以确定。此外,如果被监护人是无国籍人或拥有双重甚至多重国籍时,确定其国籍法也存在难于克服的障碍。

法院地法的适用在少数国家也有所体现,例如英国就采取以法院地法的适用为原则,1996 年《列支敦士登关于国际私法的立法》也规定:由本国法院指定的监护人及其效力依本国法律[14]。法院地法的适用在实践中有指向明确、便于查找等优点,但对于被监护人切身权益保护则存在不足。一方面,如果被监护人与法院地之间存在并不密切的联系时,法院地法的直接适用将会导致法律条文与实际情况相去甚远,不切合未成年被监护人自身权益;另一方面,直接适用法院地法会促使当事人以迎合自身需要为目的挑选法院地的行为,在不同国家之间的法律无法置于同一案件中加以考量的情况下,也就难于确定所适用的法律是否为对被监护人“最佳”的法律。

单纯地属人法或法院地法的适用在被监护人权益保护方面都存在着较大缺陷,故实践中也有属人法

⁴ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十七条“诉讼离婚,适用法院地法律。”

⁵ 详见《民法典》第一千零八十四条“父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或者母直接抚养,仍是父母双方的子女。离婚后,父母对于子女仍有抚养、教育、保护的權利和义务。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。子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿。”

兼采法院地法的立法方式。例如 1982 年《土耳其国际司法和国际诉讼程序法》规定：设立和撤销监护及财产管理适用当事人本国法，除此之外的其他法律关系适用土耳其法律。此类立法模式在一定程度上缓解了法院地法在被监护方利益保护方面的缺陷，有利于实现法院地立法政策所欲达到之目的。然而，在千头万绪的监护法律关系中，明晰不同层面的法律关系并进行区分处理却并非易事，实践中的操作标准也大不相同，这就为“有利于”原则的适用提供了更为广阔的空间领域。

4.1.2. “有利于”原则适用的优势

现代以来，国际私法对于道德伦理价值的追求愈发强烈，如若当事人双方并非处于基本平等的情况下，形式上看似平等的状态则有可能导致实质上的不平等，从而对某方当事人的权利造成侵害[15]。未成年人监护法律关系中，当事人双方无论在形式抑或实质上均处于不平等的状态，为保护处于弱势的被监护一方，将“有利于”原则作为确定监护关系准据法的冲突原则进行适用，从保护被监护人的角度对监护法律关系的法律适用进行判定。

“有利于”原则的运用，首先符合了监护法律关系法律适用立法的一贯目的——为实现被监护一方利益的最大化，从实质上对监护法律关系双方当事人的利益进行了均衡。其次，“有利于”原则给予法官在选法过程中一把衡量的标尺，促使法官在具体案件中将相关国家的法律置于实际情形下进行对比。在复杂的法律关系中，在纷乱的各国立法下，化繁为简，以“有利于”为中心，找寻符合案件实际的“最佳选项”。“有利于”原则的应用，为制度化地保障涉外民事案件中处于弱势的一方的权益提供了更加便捷的途径[16]。更为重要的是，“有利于”原则在涉外未成年人监护案件中的适用体现了现代国际私法发展的趋势，反映了“价值追求目标的多元化和多层次性及国家力量渗入国际私法领域的客观现状。”[17]作为一门赓续传承、蓬勃发展的学科，国际私法将现代社会“以人为本”的价值理念不断纳入其发展中，更以此指导司法实践，发挥国际私法在实现司法公正、促进社会和谐发展中的重要作用。

4.2. “有利于”原则的内涵

“有利于”原则作为一项重要的国际私法原则，其运用不但反映出现代国际私法价值选择已经从形式正义发展到了实质正义，更切合了当代“以人为本”、“保护弱者利益”价值观念，因而其在国际私法中的适用范围不断扩大，也越发受到学界的关注。“有利于”原则是在“政府利益说”和“优先原则”的基础上进行的进一步细化和发展[18]。依据著名冲突法学家柯里于 20 世纪 40 至 50 年代提出的“政府利益分析说”，“各国之间的法律冲突实质上是各国法律所代表的国家利益之间的冲突，但国家利益并非只是单纯的公共利益，私法规则中隐含着立法者保护特定私人利益的政府政策。”[19]法律的制定同时也是在找寻利益之间的平衡点，“有利于”原则即借鉴了其中的“利益衡平”，将各方当事人的利益进行权衡，从实质上以“有利于”弱者一方来实现双方间的利益均衡。此外，“有利于”原则也体现了卡弗斯“优先选择原则”中的选择适用对当事人最为公正以及与社会目的相一致的法律。

“有利于”原则主要是指在确定法律关系所适用的准据法时，选择有利于一方当事人的法律进行适用[20]。由于未成年人在身体和心理上的发育都与成年人有着较大差距，在法律关系中处于“弱势”，基于对弱者权益的保护，“有利于”原则在监护法律关系中倾向于保护未成年人一方。多国法律和国际公约也逐渐将“有利于”原则纳入其立法内涵。例如美国 1992 年《加州统一儿童监护管辖权法案》中规定：“……抚养权应根据儿童的最大利益……”联合国《儿童权利公约》第 18 条规定：“……儿童的最大利益将是父母双方的主要关切。”上述立法均采用了“儿童最佳利益原则”，体现了“有利于”原则在国际私法立法实践中的运用。

4.3. “有利于”原则的考量因素与适用方法

运用法社会学解释方法可将“有利于”原则解读为有利于实现弱者权益保护可欲后果的法[21]。那么，

在具体的案件中如何实现保护弱者权益的可欲后果呢？

在“有利于”原则的考量因素上，学界对监护人的选择曾提出以下考量因素：①与被监护人是否存在(潜在的)冲突；②是否有充足的时间与精力处理监护事务；③生活经验；④健康状况；⑤被监护人情感上认同与接受等[22]。国务院法制办在对《民法总则》“有利于”相关条款解读时还提出应结合监护人的品行、经济条件、为被监护人提供的教育水平、被监护人的真实意愿、有利于被监护人健康成长等方面综合考虑[23]。综上所述，在衡量监护人的选择是否对被监护人有利时，除了将未成年人的自身意愿纳入考量因素范围，更需注重的是监护人的自身情况以及其为被监护人提供的成长环境与生活条件等客观因素。在个案的适用中，不能机械地对上述条件进行判断，而应综合案件情况，寻找“更有利”的法律。

根据《法律适用法》关于监护的法律适用规定，适用“有利于”原则时，应首先查明双方当事人的经常居所地或国籍国的相关实体法，再将各国法律置于案件具体情况中进行考量，最终选择对被监护人有利的法律进行适用。

5. 我国涉外未成年人监护法律适用存在的问题与解决

笔者在北大法宝以“监护权纠纷”、“同居关系子女抚养纠纷”、“亲子关系纠纷”、“离婚纠纷”等为案由，对审结日期在 2019 年至 2021 年间的涉外案件进行查找和分析，并结合有关文献内容，对我国当前涉外未成年人监护法律适用案件中存在的一些问题进行探讨。

5.1. 重视对涉外未成年人监护法律关系的正确识别

5.1.1. 明确“监护”与“抚养”法律关系冲突规范的不同适用范围

《法律适用法》对“监护”与“抚养”两种独立的法律关系分别进行了明确规定，但在我国其他立法中这两个概念却出现了一定的混淆。《民法典》规定：父母对未成年子女负有抚养、教育与保护的义务。而在婚姻家庭编中“大量离婚后父母对子女的抚养问题则与监护的内容具有高度的重合性，即将属于监护制度规范的内容规定到抚养制度中”[24]，这无疑在理论和实践中都产生了一定的争议。

在赵某与 Christian Aspalter 同居关系子女抚养纠纷一案⁶中，本案原告诉讼请求包括要求抚养其非婚生子、要求被告支付抚养费并返还其非婚生子相关证件，同时对被告探视权行使的时间、地点等条件进行了限制。被告则辩称：原告没有经济能力且情绪不稳定，不利于孩子的成长。根据我国法律规定，离婚后父母中不与子女共同生活的一方，婚姻关系的解除仅仅变更了其在监护法律关系中行使权利和履行义务的方式，对于未成年子女的义务仍然存在[25]。本案中可以看到，无论是原告诉讼请求中“探视权”的相关要求，还是被告在辩称中对原告经济能力和精神状态的反驳，都蕴含“监护权”中对子女财产和人身保护的双重属性，故不能简单以“抚养纠纷”对本案的法律关系予以定性。

《法律适用法》第 29、30 条对“抚养”与“监护”进行了区分规定，第 29 条在法律适用时较之第 30 条多出了“主要财产所在地”这一连接点，更凸显了抚养关系的财产属性。在司法实践中，应对两者进行清楚地界定，明确冲突规范的适用范围。但在案件不仅仅涉及财产关系时，不应将其随意归入抚养关系进行处理，而应从人身和财产的双重角度出发，对“有利于”原则进行衡量，以确定法律关系适用最恰当之法律。

5.1.2. 明确“监护”与“离婚”法律关系冲突规范的不同适用范围

《法律适用法》规定，我国法院受理的离婚诉讼适用中国法，这无疑大大便利了法官处理涉外离婚案件时的选法适法过程。由于法官的知识水平存在局限性，实践中对于涉外案件的处理，其往往更倾向于采用中国法律，这也成为了监护法律关系在离婚诉讼中往往被概括性处理的一大原因。在汪某与黄某

⁶参见(2020)粤 2071 民初 29187 号民事一审判决书。

离婚纠纷一案中⁷，由于被告黄某为新加坡籍公民，故法院判定本案属于涉外离婚纠纷，根据《法律适用法》相关规定应适用中国法律。而关于此案中夫妻离婚后子女的抚养、监护问题，法院则直接依据我国《婚姻法》认定由原告抚养更有利于其子女成长。在此案中可以看出，法院在处理涉外离婚案件时仅仅对离婚法律关系的法律适用进行了冲突法上的选择。对于离婚诉讼中存在的抚养和监护法律关系，却并未进行识别，也没有对其法律适用进行考量，而是与离婚法律关系的法律适用一并处理。概括性的处理方式，虽然极大地便利了法律查明和适用的过程，但却使得“有利于”原则在此类监护法律关系中“无用武之地”，导致未成年人权益保护成为“空中楼阁”。

在以父母双方为主体的离婚诉讼中，未成年人子女并不具有诉讼的主体资格，也就无法以此身份发表意见来保障自己的合法权益。即使法院在裁判时对未成年人的权益保护十分重视，但由于其缺乏行为能力且没有较强的自我权益保护意识，裁判者往往也难以倾听到未成年人内心的真实声音[26]。因此，将离婚诉讼中未成年人监护法律关系与其他法律关系进行区分处理，明确未成年人在监护法律关系中的主体地位是维护父母离异后未成年人自身利益的有力措施。将未成年人视为诉讼主体，保障其在案件中表达意见的权利，让诉讼代理人更有力地为未成年人发声，法官倾听未成年人内心诉求更加积极，从而使未成年人权益保护在涉外离婚案件中真正落到实处。

5.2. 完善“有利于”原则在司法实践中的适用

5.2.1. 建立更完备的“有利于”原则适用标准

在适用“有利于”原则的过程中，缺乏明确的考量因素与具有可操作性的法律适用过程成为造成未成年人监护法律关系中“有利于”原则适用困难的两大因素。

司法实践中，法官常以“未成年子女一直与某方共同生活”⁸或依照《民法典》中关于两周岁以下子女以母亲直接抚养为原则条款(见 p. 6516 脚注 6)进行判决，缺乏对相关考虑因素的审视。关于“有利于”原则的考量因素，可具体分为主、客观两个方面。主观方面即有一定行为能力的被监护人对于监护人的选择意愿。在此基础上，要关注未成年被监护人的意思表示是否真实，可以尝试通过建立法官和适龄未成年人的庭外对话机制，使未成年人在免受法庭之上激烈对抗压力的情况下，更加自如真实地进行意思表示[27]。客观方面则是对监护人的条件要求，既包括经济上的物质生活条件、监护人的监护意愿、个人品行、能投入的时间与精力以及其能为被监护人提供的情感上的关心与爱护等。上述条件在考察过程中难以面面俱到，但应将其“真实性”置于首位。通过对未成年人亲友、邻里、所在学校等进行考察，既重视经济条件，又关注到对未成年人心理的影响，综合各项因素从而选择适用对未成年人更为有利的法律。

在法律适用的过程中，不可先入为主，首先选择“法院地法”或其他较易查明的法律，再反之推断出其“有利于”之所在。而应遵照《法律适用法》规定，先对一方当事人的经常居所地与国籍国法进行查明，再将相关法律置于案件中进行比较，充分考虑上述因素，实现“有利于”原则的实体价值。

5.2.2. 规范法官裁判论证说理过程

对有关法院判决进行阅读分析后发现：实践中法院在判决时对于“有利于”原则的论证说理过程都十分简略，尤其在涉外离婚诉讼中，因其常根据诉讼离婚法律关系进行法律选择，论证说理过程则常常“忽略不计”。简略的说理过程，不仅无法对法官的论证过程形成约束，促使法官在严密的逻辑体系下进行判决，同时难以达到良好的社会效果，导致公众对判决结果信服程度大大降低。

最高人民法院于 2018 年发布《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》，其中明确裁判文书要兼顾事理、法理、文理，要在案件事实与法律的阐释明晰中形成三者的统一，以达到良好的说理效果。

⁷ 参见(2018)粤 1973 民初 20672 号民事一审判决书。

⁸ 参见(2019)浙 0304 民初 5105 号一审民事判决书。

在涉外未成年人监护案件的裁判文书中,法官应从法理和事理两方面出发对判决结果中蕴含的道理进行充分说明。在法理的论证过程中,既注重核心价值观与立法理念以及法律规范、法律部门之间的内在逻辑联系,同时注意法理具有地域性和广谱性,不同国家的法理之间既有个性也有共性[28]。在事理方面的判断上,要尽可能充分地分析案件的实际情况,重视案件的“个性化”差异,对上述具体因素进行考察,同时维护好当事人的合理情感需求,做到法律与情理相统一。

5.2.3. 构建和完善长效性保障机制

由于法律适用的选择过程十分繁杂,也就要求法官拥有更加综合全面的职业素质。在专业知识上,不仅要求法官熟知我国法律,更要对外国法律及其查找方法有一定地了解。这就需要提升我国法官的涉外法律教育,同时健全相关的人才选拔机制,选拔在涉外领域具有良好知识储备和丰富经验的法律人才参与到涉外案件的处理之中。在不断提升法官职业水准的同时,还应增强其道德水平。既能做到“理性”地分析处理案件,也能“感性”地体会未成年被监护人的心理状态,为其未来的良好发展作出更有利的判决。

在规范法官“查法-比法-适法”过程的同时,更要为法官的外国法查明工作提供更加便利的途径。首先,可以扩大外国法的信息来源,例如:构建专家证人制度,邀请精通中外法律的专家参与,对案件中的法律适用发表专业意见;在国内法适用过程中摒除的辅助性渊源文本[29],例如相关的法律著述,也可视其地位与作用,作为裁判论证说理过程中重要法律材料。其次,应鼓励当事人积极参与到外国法查明的过程中,以减轻法官在外国法查明中的工作负担。最后,探索建立覆盖范围更广、操作更加便捷、内容更加权威的外国法律专业数据库,并在实践中加以推广,使外国法查明更具有便利性和操作性,推动冲突规范在实践中的实质运用。

涉外未成年人监护法律关系的准据法选择原则经历了从属人法、法院地法到以“有利于”原则为主要衡量标准的过程,这无疑体现了国际私法在加强当事人权益保护方面的进步。但在我国,实践中“有利于”原则的适用还存在诸多问题。究其根源,相似法律关系之间的混淆、不完善的考量因素与其适用方法、外国法查明的困难等,都成为阻碍其适用的因素。鉴于笔者在实践方面经验存在局限,无法穷尽当前涉外未成年人监护案件中存在的问题,相关解决方案也有较大的完善空间。未来,在《法律适用法》“有利于保护被监护人权益”的立法精神的引领下,理论和实践中关于完善涉外未成年人监护法律关系法律适用的研究将会进一步加强,监护案件中未成年人的权益将获得更加切实有效的保护。

参考文献

- [1] 北京大学法学百科全书编委会,等. 北京大学法学百科全书 民法学 商法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 523-524.
- [2] 魏振瀛,主编. 民法[M]. 第七版. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2017: 60.
- [3] 谭启平,等. 中国民法学[M]. 第二版. 北京: 法律出版社, 2018: 101.
- [4] 王小骄. 对涉外民事关系“涉外性”界定的再思考——兼议《〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第一条的完善[J]. 新疆大学学报(哲学·人文社会科学版), 2013, 41(4): 52-57.
- [5] 刘想树,等. 国际私法[M]. 第二版. 北京: 法律出版社, 2015: 2.
- [6] 余先予,主编. 冲突法[M]. 北京: 法律出版社, 1989: 87.
- [7] 刘想树. 国际私法中的识别问题比较研究[J]. 现代法学, 1999(6): 137-140.
- [8] 李双元, 欧福永, 主编. 国际私法[M]. 第五版. 北京: 北京大学出版社, 2018: 104-105.
- [9] 王竹青, 杨科. 监护制度比较研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2010: 151-155.
- [10] 杨立新. 亲属法专论[M]. 北京: 高等教育出版社, 2005: 2.
- [11] 陈苇. 离婚后父母对未成年子女监护权问题研究——兼谈我国《婚姻法》相关内容的修改与补充[J]. 中国法学,

- 1998(3): 42-49.
- [12] 陈卫佐. 日本国际私法的最新改革[J]. 法律适用, 2009(2): 83-87.
 - [13] 邹国勇译. 斯洛伐克共和国《关于国际私法与国际民事诉讼规则的法律》[J]. 中国国际私法与比较法年刊, 2013, 16: 540-555.
 - [14] 赵相林, 等. 国际私法[M]. 第四版. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 173.
 - [15] 梅傲. “人本说”: 国际私法一种新学说[J]. 现代法学, 2015, 37(2): 153-166.
 - [16] 徐冬根. 人文关怀与国际私法中弱者利益保护[J]. 当代法学, 2004(5): 12-22.
 - [17] 屈广清. 论保护弱者的国际私法方法及其立法完善——以冲突规范的保护方法为中心[J]. 法商研究, 2006(5): 45-49.
 - [18] 徐冬根. 论国际私法的形式正义与实质正义[J]. 华东政法学院学报, 2006(1): 67-72.
 - [19] 于飞. 国际私法“有利原则”之界定: 兼谈我国《涉外民事关系法律适用法》有关规定[J]. 中国国际私法与比较法年刊, 2012, 15(1): 57-75.
 - [20] 杜涛. 涉外民事关系法律适用法释评[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011: 15.
 - [21] 翁洋. “有利于”类型冲突规范的适用模式及其论证方法[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(4): 190-201.
 - [22] 张新宝. 《中华人民共和国民法总则》释义[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 58-60.
 - [23] 国务院法制办公室(编). 《中华人民共和国民法总则》注释与配套[M]. 北京: 中国法制出版社, 2017: 147.
 - [24] 秦红曼. 我国监护制度的发展、问题与完善建议——兼评《民法典(草案)》总则中的相关规定[J]. 浙江理工大学学报(社会科学版), 2020, 44(3): 307-319.
 - [25] 孙若军. 论探视权的立法和法律适用[J]. 法学家, 2002(3): 97-101.
 - [26] 陈爱武. 家事诉讼与儿童利益保护[J]. 北方法学, 2016, 10(6): 126-139.
 - [27] 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.
 - [28] 周庆华. “裁判文书说理的技巧与规则”研讨会发言摘登[J]. 人民司法(应用), 2016(25): 90-100.
 - [29] 焦燕. 我国外国法查明新规之检视——评《涉外民事关系法律适用法》第 10 条[J]. 清华法学, 2013, 7(2): 163-174.