

离婚后孩子由谁抚养

□上海君澜
律师事务所
朱静亮

最近处理了不少婚姻案件，发现现在很多新婚家庭，在离婚时如果没有共同房产要分割，往往共同的存款也很少。可能是现在的人为了避免离婚时分割财产发生纠纷，就在婚前算得清清楚楚，把婚姻变成了两个人“搭伙”过日子吧。但是在离婚时始终有一点绕不开的，就是子女抚养问题的处理。

很多时候，我会在诉前调解上听到调解员发问：“想清楚了吗？这样孩子就没有爸爸/妈妈咯？”

作为一个三岁孩子的父亲，我并没有觉得这是调解页程式化的发问，而是会将自己代入到角色中，想想如果孩子不能经常见到自己的话，会是什么感觉？然后我的心中就会泛起一阵酸楚。

但作为一个律师，碰到此类案件时也必须跟客户分析，如果离婚，哪方抚养孩子对孩子更有利，法官更倾向于把孩子判给谁。

在这一问题上，还是有一些基本规律可循的，简短来说就是：

两周岁以下的子女，无特殊情况的，一般随母方生活；两周岁到八周岁左右的子女，则由法官按利于子女成长的条件进行判断；八周岁以上的子女，应考虑子女的意见。

首先，两周岁以下的子女，无特殊情况的，一般随母方生活。

在这个阶段，子女仍处于哺乳期，由母亲照顾孩子显然更有利。因此这个阶段，如果没有特殊情况，法官一般会把孩子判给母亲。

当然，如果母亲存在较为严重的疾病甚至传染性疾病，或者在父亲愿意抚养子女的前提下，母亲明确表示不希望抚养子女，法官会将孩子判给父亲。

其次，两周岁到八周岁左右的子女，由法官按有利于子女成长的原则进行判断。

在这个阶段，除非一方已经有孩子或者失去生育能力，法官可以做出较为明确的判断。否则，法官就要对父母双方的条件进行综合判断，从而决定将孩子判给谁更为有利。法官会主要考虑以下几个因素：

一、子女长期随一方共同生活，改变生活环境会对子女健康成长不利的。

这种情况下，另一方由于平时尽到较少抚养义务，对于

子女的生活习惯都不熟悉，如将子女判给该方，改变孩子日常的生活习惯，会对仍处于幼儿期子女心理造成较大影响。因此，法官会考虑将子女判给长期与其生活的一方。

二、双方条件的判断。
如果双方平时都带孩子，那么就要由法院进行综合判断了。法院主要依据父母如下几个因素进行判断：居住状况、经济条件、文化程度、子女年龄性别、祖父母外祖父母带孩子的情况等。

居住状况较好理解，主要是判断一方能否给子女一个稳定的生活环境。居住房屋是产权房还是租赁房，离孩子的幼儿园、小学是否较远？相对来说，法院还是倾向于将孩子判给拥有离孩子目前上学地点较近的产权房一方。

经济条件、文化程度等也是法官考量的因素。相对来说，法官比较愿意将孩子判给经济条件、文化程度更好的一方，这样也能给孩子一个较为广阔的发展空间。但是这也并不是绝对的，如果一方经济条件很好但工作很忙，也许就没有足够的时间来陪伴孩子。而对于子女的陪伴，却是孩子生长过程中最重要的因素。

在各项条件都差不多的情况下，法官可能会考虑孩子的年龄和性别因素，比如由母亲抚养女孩，在生活上会更为便利。在该阶段的幼儿，更需要母亲的关爱和照顾。而如果是男孩且年龄较大时，则需要培养其阳刚的个性，可能判给父亲会更有利。

当然，孩子是否长期随祖父母、外祖父母生活，也会成为法官的一个判断因素。

最后，八周岁以上的未成年子女，应考虑子女的意见。

原婚姻法司法解释规定，十周岁以上的未成年子女，随哪方生活应考虑子女的意见。

但是随着社会的发展，以及新《民法总则》将限制行为能力人的年龄从十周岁降低为八周岁。因此目前的司法实践中，对于八周年以上未成年子女的抚养权，法院会征询子女的意见。

最后我想说的是，不论抚养权判归谁所有，法院所作判决均未剥夺任何一方对子女所享有的法定权利及义务。

孩子无论实际由谁抚养，父母仍应从有益于子女的角度出发，共同抚养和教育好子女。

因此，即使是离婚家庭的子女，也应阳光、快乐地成长，父母不应该因为离婚了，就在子女的心里种下对另一方厌恶乃至仇恨的“种子”。

延迟复工是否增加了“休息日”

□北京盈科(上海)
律师事务所
苏 蕾

近期的新冠肺炎疫情导致春节后企业延迟复工，相应的延长休息日该如何定性？

按照上海市人社局的相关解答，将2月3日到7日认定为“休息日”，在此期间提供劳动的员工，应给予补休或支付双倍工资，这一认定一度曾引发议论甚至质疑。

对此我认为，这样的认定并无不妥。

根据1995年5月1日实施的《国务院关于职工工作时间的规定》第四条：“在特殊条件下从事劳动和有特殊情况，需要适当缩短工作时间的，按照国家有关规定执行。”

可见，根据国务院的规定，在特殊情况下，是可以适当缩短工作时间的，并非每周一定要工作5日，缩短工作小时后自然就增加了休息日。基于前述分析，上海市府依据《突发事件应对法》第四十九条第（四）项、第（十）项、《传染病防治法》第四十二条的规定，结合本市疫情的实际情况延长的假期，应属于特殊情况下政府根据国家规定缩短工作时而形成的休息日，这是于法有据的。

无论《劳动法》还是《国务院关于职工工作时间的规定》，均未明确将职工的休息日限定为全年只有104天（即每周2日），而是根据特殊情况，可以缩短工作时间的的方式增加。

上海市府通知企业延迟复工是经《突发事件应对法》和《传染病防治法》授

权的，延迟复工期属于《国务院关于职工工作时间的规定》第四条规定的在特殊条件下适当缩短工作时间形成的休息日，且事实上职工也处于休息状态，因此这一特殊的休息日可视同《劳动法》第四十四条第一款第（二）项规定的，若安排工作又不补休需支付双倍工资的“休息日”。

还有观点认为，根据2008年1月3日实施的劳动和社会保障部《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》第一条、第二条之规定，全年的休息日为104天，休息日是非计薪日，既然2月3日到7日这5天被界定为休息日，那么在延迟复工期间未提供劳动的员工就不应当发放工资。

笔者认为，首先，对于因疫情采取紧急措施导致职工不能提供正常劳动是否应当发放工资的问题，国家人社办公厅1月24日发布的通知已经非常明确，即：“因政府采取其他紧急措施，导致不能提供正常劳动的企业职工，企业应当支付在此期间的工作报酬”。故笔者理解，2月3日到7日的“休息日”（需要正常支付工资）并非按“休息日”（非计薪日，即双休日），属因政府采取紧急措施形成的特殊情况下的休息日，应当计薪是肯定的。

当然，对于居家办公是否一概视为加班，笔者认为应具体情况具体分析，若仅仅是处理少量应急事务，可考虑做值班处理，由企业在原有工资基础之上增加一定值班补贴即可，不宜一律按加班处理。

增值税专用发票不能随意买卖

□北京盈科(上海)
律师事务所
康 烨

最近有一位企业负责人打来电话向我求助，原来他们公司经人介绍向另外一家公司“买票”，没想到被人坑了。所谓“买票”，就是在两家公司没有货物服务交易的情况下，让对方公司为自己公司虚开增值税专用发票，买票费用按票面金额的6%计算。

结果，当他把260万元打到对方公司，想着对方开完票，扣下开票费就能把钱打回来时，却遭到了推诿。经过反复讨要，才拿到了对方开出的的一张支票。可没曾想，这张支票却遭到银行拒绝承兑，原来这是一张空头支票！

事到如今，这位老总才意识到这里可能有问题，所以打来电话希望我给他想想办法，怎样才能把这笔钱要回来。

针对这件事，我给他说了三点：

首先，这件事你们公司已经涉嫌虚开增值税专用发票；其次，假如公司到法院提起诉讼，能否获得支持也存在不确定性，即便胜诉还牵涉到能否执行到位的问题；

最后，你可能一开始就掉进了别人事先布下的圈套。

这位老总听完后就懵了，没想到到这事的后果如此严重。

很多企业都知道发票是不能乱开的，尤其是增值税专用发票

发票，这票就和钱差不多，可以抵扣国家税款。

可是也有不少企业“明知不可为而为之”，想到“买票”的歪门邪道。这些企业不外乎是想逃点税，认为只要账目做得天衣无缝，就不会被发现。

但是，就算一时没有被发现，其实用来走账的钱也是极度不安全的，不要以为那些“开票公司”都会讲“江湖规矩”。

但有类似遭遇的企业负责人可能会说，无论如何我是受害者，为什么钱就不能通过报警或起诉要回来呢？

根据《刑法》，“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指为他人虚开、为自己虚开、让他人人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。”《刑法》还规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；

对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”所以，虚开增值税专用发票，不但钱有被骗的风险，还会被司法机关追缴、没收，自身也可能受到刑事处罚。

既然如此，倒还不如规规矩矩做生意呢！



资料照片