

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13020101150348

UDC _____

厦门大学

硕士学位论文

儿童最大利益原则探析

——以离婚后未成年子女权益的保护为视角

Study on the Principle of the Best Interests of the Child—

—On the Protection of Children's Interests after Divorce

赵云

指导教师姓名: 朱泉鹰 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2013年 月

论文答辩时间: 2013年 月

学位授予日期: 2013年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2013年 月

儿童最大利益原则探析——以离婚后未成年子女权益的保护为视角

赵云

指导教师

朱泉鹰副教授

厦门大学

厦门大学博硕士学位论文摘要库

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：13020101150348

UDC _____

廈門大學

碩 士 學 位 論 文

兒童最大利益原則探析

——以離婚後未成年子女權益的保護為視角

Study on the Principle of the Best Interests of the Child——

On the Protection of Children's Interests after Divorce

趙 云

指導教師姓名：朱泉鷹 副教授

專業名稱：法律碩士

論文提交日期：2013年 月

論文答辯時間：2013年 月

學位授予日期：2013年 月

答辯委員會主席：_____

評 閱 人：_____

2013年04月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为()课题(组)的研究成果，获得()课题(组)经费或实验室的资助，在()实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

随着社会经济的发展，离婚现象显然已经变得越来越常见，但离婚后的未成年子女的利益却没有得到应有的保护，而他们却是最容易受到伤害、最需要关注的弱势群体。司法实践中经常出现父母离婚时争夺未成年子女的监护权或者推卸监护责任以及离婚后探望权纠纷等问题，儿童权利问题开始引起人们的关注。随着福利国家观念和儿童人权观念的兴起，儿童自权利的客体转变为权利的主体，儿童最大利益原则应运而生。虽然近几年我国相关法律特别是婚姻家庭法在不断修改完善，但依然有很多问题未得到根本解决。特别是离婚亲子关系中子女合法利益保护问题，依然存在不足。在我国涉及儿童事务的法律制度中，应该确立儿童最大利益原则以更好的保护离婚亲子关系中未成年子女的利益。

文章的第一部分阐述儿童最大利益原则的提出及其含义。儿童最大利益原则是在 1989 年联合国《儿童权利公约》中明确提出的，它作为处理儿童事务的最高指导原则，以儿童的利益为首要考虑，将儿童权利最大化。

第二章讨论在离婚案件中的儿童最大利益问题。不管是在大陆法系还是英美法系，大多数国家已经都在其婚姻家庭立法中明确规定了儿童最大利益原则，这对我国的立法改革有着非常重要的借鉴意义。同时，确立儿童最大利益原则已经势在必行。

第三章主要探讨我国离婚亲子关系中儿童权益保护的不足之处以及完善建议。通过分析，我国婚姻家庭立法中关于离婚后未成年子女利益的保护的不足主要存在于以下几个方面：监护权的确定，抚养费的确立、变更以及强制执行，探望权纠纷。儿童最大利益原则的出现为我们立法和司法改革提供了重要的方向和指导。

关键词：儿童；最大利益原则；婚姻法

ABSTRACT

As the development of the society, it has become more and more common to break up the marriage in modern society. But the children whose parents are divorced are not protected as good as the children whose parents live together. They are the most vulnerable groups and needed to pay more attention. Divorced parents often fight for the custody of minor children or shirk the responsibility of guardianship or have the disputes of visitation right in judicial practice, so people began to pay attention to children's rights. With the development of welfare state and children rights, children are considered to be the subject of rights, not the object, and the best interests of the child emerges as the times require. Although the law of marriage and family of our country are constantly revised and improved in recent years, there are still a lot of problems have not been fundamentally resolved. The problems how to protect the children in divorced parent-child relationship still exists. In order to protect the minor children's rights in divorced parent-child relationship, we should establish the principle of the best interests of children in legal system concerning children's affairs in China.

The first part of the article describes the meaning of the principle of best interests of children and when it is raised firstly. The principle of the best interests of children is made clear in the UN "Convention on the rights of the child" in 1989. It is the highest guiding principle for treatment of children's affairs, treats children's rights as the primary consideration and maximizes the rights of the child.

The second chapter discusses the best interests of children in divorce cases. No matter in Continental law system or Anglo-American law system, most countries have stipulated the principle of the best interests of children in the marriage and family legislation, which has a very important significance to the legislation reform in our country.

The third chapter mainly discusses the shortcomings and suggestions in protecting the rights and interests of children in divorced parent-child relationship in China. Through the analysis, our country's marriage family legislation has the following problems in the protection of minor children's best rights: the determination of custody, the determination about the maintenance and modification of the cost of upbringing and enforcement, disputes of the visitation right. The principle of the best interests of the child provides the direction and guidance for our legislative and judicial reform.

Key words: Child; The Principle of the Best Interests; Marriage Law

廈門大學博碩

目 录

引 言.....	1
第一章 儿童最大利益原则的内涵及意义	2
第一节 儿童最大利益原则的提出	2
一、“儿童”的定义	2
二、儿童最大利益原则的提出	3
第二节 儿童最大利益原则的内涵及评析	4
一、儿童最大利益原则的内涵	4
二、儿童最大利益原则的评析	5
第二章 儿童最大利益原则的外国法分析	7
第一节 儿童最大利益原则在国外的立法及实践	7
一、英美法系主要国家的规定及实践	7
二、大陆法系主要国家的规定及实践	8
第二节 国外儿童最大利益原则对我国的启示	8
一、我国《婚姻法》规定子女最大利益原则的必要性	8
二、实现子女最大利益原则的基本要求	9
第三章 儿童最大利益原则的制度完善	14
第一节 我国离婚后监护权行使的缺陷及建议	14
一、我国法律规定的离婚后监护权行使的缺陷	14
二、完善建议	15
第二节 抚养费的确定及强制执行中存在的问题及建议	17
一、抚养费的确定及强制执行中存在的问题	17
二、完善建议	18
第三节 离婚后探望权行使的立法问题及相关建议	19

一、离婚后探望权行使的立法问题	19
二、完善建议	20
结 语.....	24
参考文献	25
谢 辞.....	27

厦门大学博硕士

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 The Connotation and Significance of the Principle of the Best Interests of the Child	2
Subchapter 1 The Origin of the Principle of the Best Interests of the Child	2
Section 1 The Definition of the Child	2
Section 2 The Best Interests of the Child	3
Subchapter 2 The Evaluation and Connotation of the Principle of the Best Interests of the Child	4
Section 1 The Connotation of the Principle of the Best Interests of the Child.....	4
Section 2 The Evaluation of the Principle of the Best Interests of the Child	5
Chapter 2 Analysis of the Foreign Law of the Principle of the Best Interests of the Child	7
Subchapter 1 Legislation and Practice of the Principle of the Best Interests of the Child in a Foreign Country	7
Section 1 The Provisions and Practice in the Anglo-American Legal System.....	7
Section 2 The Provisions and Practice in the Civil Law System.....	8
Subchapter 2 The Enlightenment to Our Country	8
Section 1 The Necessity of Establishment of the Best Interests of Children in Our Marriage Law	8
Section 2 The Basic Requirements of the Principle of the Best Interests of the Child.....	9

Chapter 3	Problems and Suggestions on the Principle of the Best Interests of the Child	14
Subchapter 1	Defect and Suggestion of the Guardianship in Our Marriage Law.....	14
Section 1	The Defects of the Exercise of Custody in Our Marriage Law about Divorce	14
Section 2	The Recommendations of Perfecting the Legislation.....	15
Subchapter 2	The Problems and Suggestions in the Determination and Forcible Execution of the Cost of Upbringing	17
Section 1	The Problems in the Determination and Forcible Execution of the Cost of Upbringing	17
Section 2	The Recommendations of Perfecting the Legislation.....	18
Subchapter 3	The Problems and Suggestions in the Exercise of the Visit Right.....	19
Section 1	The Problems in the Exercise of the Visit Right.....	19
Section 2	The Recommendations of Perfecting the Legislation.....	20
Conclusion	24	
Bibliography	25	
Acknowledgement	27	

引 言

江西省新余市渝水区人民法院在 2010 年 8 月依法审理了一起未成年子女状告生母并索要抚养费的案件，案情大致如下：原告未成年子女马某的父母在协议离婚时，就马某的抚养以及探望问题在其离婚协议中做出约定：父亲为监护人，母亲需承担 30% 的医疗费和教育费；母亲不用承担抚养费，但是，如果母亲再婚且对方有孩子的话，需要向马某每月支付抚养费 500 元。法院认为，尽管马某的父母就抚养和探望等问题协商达成一致，但该协议损害了马某的利益，故判决该协议中损害马某利益的条款是无效的，并依法对抚养费的数额做出了判决。^①通过该案我们可以看出，未成年子女的父母双方只要达成一致协议就可以随意处置其子女的抚养权、探望权及其他权利，未成年人的权益遭受了严重的漠视和伤害。

我们不得不承认，儿童作为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，其利益几乎都是由其父母来决定的。我们在长期的立法和司法实践中，处理家庭以及婚姻问题时，大多数情况是将注意力集中在成年人身上而很少关心儿童的权益，尤其是对父母离婚后的儿童利益如何进行保护这一课题，并未引起我们的特别重视。因此，我国现行的婚姻立法改革的任务应集中于如何通过深化理论系统研究、修改完善法律制度来最大限度地保护儿童的利益，在司法实践中减轻父母离婚对儿童的不利影响，保证儿童的全面健康发展。

^① 参见中国法院网:<http://old.chinacourt.org/html/article/201008/13/423247.shtml>.

第一章 儿童最大利益原则的内涵及意义

第一节 儿童最大利益原则的提出

一、“儿童”的定义

儿童作为一个法律概念，在不同的时期和背景下有着不同的含义。事实上，法律对儿童认可的每一次进步都经过了漫长的历程，例如，秦朝时曾经以身高多少作为判断是否成年的标志。^①这种标准一直持续到封建社会中后期。因此，哪个阶段的人才可以称作儿童，与各国儿童法适用对象的范围有着直接的联系，也是各国儿童立法和儿童权利法必须解决的课题。

在《牛津法律大辞典》^②中是这样解释儿童的：儿童（child），是指没有达到成年年龄标准的人，特指与作为其父母的特定他人有关系的未成年人。不同的法律法规根据自己的需要而对“儿童”这个词做出不同的划分与解释，例如在《英汉法律大词典》^③中，泛义的儿童系非成年人。而且不同的法律条文对“儿童”规定的意义有所不同，例如在《义务教育法》中，儿童指15岁或以下不超过适学学龄的人；在刑事法中，儿童则指14岁或其以下的人。在一般情况下，大多数人都认为儿童是指18岁及以下的未成年人。由此可见，法律界定儿童的关键在于其年龄。

儿童的起算点历来国家之间的分歧也比较大，是一个非常棘手的问题。有些国家主张儿童应从出生时起算，有的国家则主张儿童应从受孕（conception）时开始起算。^④就本文的目的而言，扩大而不是缩小儿童的范围，应该更有助于儿童权利的普遍实现。但是，由于儿童是否应从受孕时开始起算尚存在很大的争议，况且将儿童的起算点定为受孕之时，与我国计划生育的基本国策也甚为不合，因而笔者认为，儿童以出生为起算点是

^① 王雪梅.儿童权利论[M].北京:社会科学文献出版社,2005.5.

^② [英]戴维·M·沃克.牛津法律大辞典[M].北京社会与科技发展研究所组织翻译,北京:光明日报出版社1998.61.

^③ 李宗镔,潘慧仪.英汉法律大词典[M].香港:商务印书馆(香港)有限公司,法律出版社1999.125.

^④ See Sharon Detrick. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Kluwer Law International,1999.54.

较为合理的。

各个国家根据其人文、地理、历史传统等因素确定的儿童年龄上限有很大的不同。如英美法系的大多数国家将儿童定义为 18 岁以下，而亚洲大多数国家包括巴基斯坦、印度、菲律宾等将儿童的上限规定为 16 岁，卢森堡、意大利、芬兰以及美国一部分州更是将 21 岁及以下的未成年人称之为儿童，而大部分处于热带地区的那些因儿童成熟较早或贫困儿童众多的国家或地区，因为难以负担众多儿童的生活，所以关于成年的年龄规定有些偏低，从 13 岁到 18 岁不等。^①联合国《儿童权利公约》第 1 条规定：“为本公约之目的，儿童系指 18 岁以下的任何人，除非根据对该儿童适用之法律，该儿童在 18 岁之前成年。”由此可见，大多数国家比较能接受《儿童权利公约》将儿童年龄的上限规定为 18 岁。因此，从研究儿童保护的国际法制视角出发，如果没有特别指出，本文中的儿童以及未成年子女均指的是已出生但未满 18 周岁的人，不包括从受孕时起尚未出生的人。

二、儿童最大利益原则的提出

儿童最大利益原则（the best interests of the child）^②源于英美法系国家，主要是在家庭法领域尤其是儿童监护领域，此原则要求以儿童的最大利益为确定儿童监护权的重大考虑因素，来决定儿童是由父亲还是母亲监护。在国际法上，最早将其作为指导儿童权利保护的最高原则是在 1959 年的《儿童权利宣言》。该宣言第 2 条原则中明确规定了儿童最大利益原则：“儿童应受到特别保护。并应通过法律和其他方面而获得各种机会和便利，使其能在健康而正常的状态和自由与尊严的条件下，得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展。在为此目的而制定法律时，应以儿童最大利益为首要考虑。”但是真正将儿童最大利益原则作为一项基本的法律原则陈述到法律文本中是在 1989 年的《儿童权利公约》。《儿童权利公约》第 3 条第 1 款将其表述为：“关于儿童的一切行为，不论是公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”

^① 王雪梅. 儿童权利论——一个初步的比较研究[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2005.6.

^② 该原则被通常翻译为“儿童最大利益原则”，虽然用“儿童最佳利益原则”可能更符合英文原文的本意。本文也沿用了通用用语，不过这两个用语之间并无不同。特此说明。

第二节 儿童最大利益原则的内涵及评析

一、儿童最大利益原则的内涵

尽管儿童最大利益原则在国际公约中得到了肯定，但是该原则的具体内涵并没有得到明确的界定，由此引发了理论界很大的争论。但是《儿童权利公约》对儿童最大利益原则的明确规定^①还是为我们理解该原则起到了重要作用。条约中第3条第1款的规定具有提纲挈领的意义，极大地丰富了该原则的内涵，正如有的学者指出：“《儿童权利公约》第3条第1款具有保护伞的性质。除此之外，该条款还具有其他两个方面的功能：（1）作为一个解决公约内不同权利之间冲突的协调原则；（2）作为评判那些不包含在公约明示义务之内的与儿童有关的各国法律、司法实践和政策依据。”^②根据《儿童权利公约》的规定，我们可以从下面的几个方面来分析该原则的含义。

首先，儿童最大利益原则是一种“首要考虑”，也就是说儿童的最大利益是诸多考虑因素中首先被考虑的，但并非是唯一被考虑的因素。公约也表明了儿童的利益作为众多利益种类中的一种，它只是一种“首要考虑”（a primary consideration）而并不是唯一的考虑。《儿童权利公约》的“准备工作资料”（travaux préparatoires）指出，一些代表认为，在一些情形下，与儿童最大利益因素相竞争的其他因素，如社会正义和社会公共利益，即使不比儿童最大利益有更大的价值考虑，至少会与它同等重要。^③这就很清楚的阐明了儿童最大利益因素并非是所有情形中唯一的、绝对的因素，而只是涉及儿童事务的一个首要考虑。例如，在儿童出生时危及母子生命的这种极端的情形，面临着是保护儿童的生命还是保护母亲的生命安全的选择时，儿童最大利益原则就不是唯一并绝对的考虑因素了，此时它并不一定具有绝对的优势地位。

第二，儿童最大利益原则是处理儿童事务的准则，目的是为了实

^① 除了第3条之外，《儿童权利公约》还有其他条款具体体现了儿童最大利益原则。如第9条第3款、第18条第1款、第21条、第37条第3款以及第40条第2款第3项。

^② P.alston and B.Gilmour walsh.the Best Interests of the Child:Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values. 1996. See Sharon Detrick.A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child.martinus nijhoff publishers,1999.92.

^③ UN Doc E / CN.4 / 1989 / 48,para.121.

童的全面发展。所有相关机构，无论是官方抑或是私立，包括个人在内，所从事的涉及儿童事务的行为都应该以儿童最大利益原则为基本准则。这种规定自然首先使该原则成为各国立法、行政与司法机关承担了首要的责任，要求他们所涉及儿童事务的行为都应以儿童最大利益为依归，也要求整个社会形成一种基本的思维理念，在具体涉及儿童方面的事务都要遵循儿童最大利益原则。确保儿童在健康和正常的状态下，增加德、智、体、美、劳等方面的全面发展的机会以及更便利的利用社会资源的优先权。《公约》第 3 条所说的“最大利益”、“涉及儿童的所有行动”这两个要求几乎包括了国家及社会相关机构应负的全部责任以及儿童应该享有的全部权益。

第三，儿童最大利益原则是儿童个体权利的最大化。在《儿童权利宣言》中提出的“最大利益”这个标准就已经包含了在人类社会里，儿童作为独立的个体依据其能力全面发展的意义。最终确立儿童“个体人权”的理念则是在《儿童权利公约》中。需要注意的是，儿童最大利益原则强调的是儿童作为独立个体所享有的权利的最大利益，而非其他有关机构或者父母和其他监护人的最大利益。当然，在现实生活中，人们常常是以判断者的角度而不是儿童本身来加以断定儿童最大利益的：“正如通常所看到的，虽然问题是从儿童最大利益原则的角度来分析，但其结果却常常是从成人的视角来考虑的。因而《儿童权利公约》对这种观点进行了挑战，即认为家庭生活总是符合儿童最大利益原则以及父母总是能断定何者为儿童最大利益。”^①这在一定程度上损害到该原则的理解与适用。事实上，只有把儿童作为权利主体，并以最大限度的保障他们的权利为该原则的根本，儿童最大利益原则所蕴含的其他方面的内容才能够真正得以落实。

二、儿童最大利益原则的评析

在一定意义上可以说，《儿童权利公约》对儿童最大利益原则的确认是儿童权利保护的一大创新，把儿童权利保护提高到了一个前所未有的水平。公约明确规定把儿童作为权利的主体，极大地改变了先前只把儿童作

^① Cass. The Limits of Public—Private Dichotomy. in P. Alston. S. Parker. J. Seymour (eds. Children), Rights and the Law. Oxford University Press, 1992. 142.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩