

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 13020091150258

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论离婚案件中的儿童最大利益原则

On the Principle of Best Interests of Children in Divorce

Cases

郭玉娟

指导教师姓名: 蒋 月 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2012 年 4 月

论文答辩时间: 2012 年 月

学位授予日期: 2012 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2012年 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

厦门大学博硕士学位论文摘要库

内 容 摘 要

“儿童最大利益原则”是 20 世纪末以来国际公约和各国立法逐步确立的一项权利保护的重要原则。据此原则，涉及儿童的一切行为均应以儿童最大利益为首要考虑。在离婚案件中，儿童作为无过错主体无论是精神上还是物质上都受到极大地伤害，理应对其进行特殊保护。我国虽提出“儿童优先原则”作为保护儿童权益的指导原则，但在实践中所起的作用较小。本文立足于我国现实，在借鉴其他学者研究成果的基础上，主要运用比较法学方法、实证分析法学方法等对儿童最大利益原则在离婚案件中的适用进行研究，介绍国外离婚案件中儿童最大利益原则的适用，分析其子女本位的立法观念和完善的制度性设置，同时对我国离婚法律制度涉及儿童利益的相关规定进行反思，提出立法建议。

本文除了前言和结语外，正文共分为三章。

前言概括了离婚对儿童所造成的影响，为了保护儿童利益，境外立法普遍确立了儿童最大利益原则；并介绍了当前学术界对最大利益原则的研究概况以及本文的研究目的、研究方法、研究思路等。

第一章儿童最大利益原则概述，介绍儿童最大利益原则被国际社会确立之后，我国基于该原则提出儿童优先原则，并通过对比，认为最大利益原则真正将儿童视为权利主体，儿童利益高于成人利益；境外立法普遍确立这一原则保护儿童权益，而我国的儿童优先原则尚不能满足当前儿童保护的需求，应导入儿童最大利益原则。

第二章我国离婚案件涉及儿童利益的问题研究，介绍了我国离婚案件中涉及儿童利益的离婚程序、直接抚养权、探望权及抚养费等主要问题，分析现行法不足，认为需导入最大利益原则；虽然导入该原则面临着重重困难，但基于子女本位立法趋势的要求和儿童利益保护的现实需求，导入该原则势在必行。

第三章离婚案件适用儿童最大利益原则的对策，基于子女本位立法理念的发展，首先我国立法应明确最大利益原则；其次笔者以离婚程序、直

接抚养权、探望权等四个方面为视角，提出设立未成年人诉讼代表人制度、听取子女本人意愿、赋予其他近亲属受限制的探望权、设立监护监督机构等对策建议。

结语对全文思路进行简单归结，限于能力和学识有限，笔者的研究尚不够全面，有待于进一步探讨。

关键词：离婚；儿童；子女本位；最大利益

厦门大学博硕士论文摘要库

ABSTRACT

The principle of best interests of children has been the most important principle to protect children's right in the international conventions and nations since the end of the 21th century. On the basis of this principle, the best interests of children must be the paramount consideration when it involves all of the children's acts. We should carry on the special protection in divorce cases, because the child suffers either mental or physical harm. The children first principle is the guiding principle to protect children's right in China. But children's rights has been harmed by the idea of parents-based. Based on the reality of China and the other research results, the article introduces the principle of best interests of children in divorce cases by the comparative jurisprudence method and the empirical analysis method, compares the current situations of legislation in different countries, and puts forward some suggestions on perfecting our legislation.

There are three chapters besides the preface and the conclusion.

In the preface, the author outlines the influences which are caused by divorce to children, summarizes the background throughout the world for the principle of best interests of children, introduces the other scholars' research on the principle and tells us the aim, approaches and main contents.

The first chapter is "summary of the principle of best interests of children". The children first principle is adopted by our country after the principle of best interests of children is established throughout the world. The author compares the two principles, and thinks that the principle of best interests of children regards the child as the specific subject of rights and the interests of children is much more important than that of adults. As the children first principle can't satisfy the children's needs, the principle of best interests of children should be introduced immediately.

In the second chapter, the author introduces the main problem involving children's interests in divorce cases, such as, divorce procedures, custody directly, visiting right, maintenance and so on, analyzes the merits of the present legislation. Although there are many problems, it's necessary to introduce the principle, like, the shackles of traditional ideas, the excessive exercises of the divorce liberty and the fuzziness of the definition of the principle.

The third chapter is “application of the principle in China’s divorce cases”. The writer suggests that the principle of best interests of children should be well established. According to the four aspects including divorce procedures, custody directly, visiting right, maintenance, some suggestions are put forward to perfect the legislation. For example, we can set up the system of juvenile litigation representative, listen to the child’s idea, give the other close relative the limited visitation right, establish a special organization to supervise and protect the children’s interests.

In the conclusion, the author reviews the general idea of this paper. However, because of the limited ability and knowledge, the content of this article is not comprehensive, which is needed to be further discussed.

Key words: Divorce; Children; Children-Based; The Best Interests of Children.

目 录

前 言.....	1
第一章 儿童最大利益原则概述	4
第一节 儿童最大利益原则的内涵与确立.....	4
一、儿童最大利益原则的内涵.....	4
二、儿童最大利益原则的确立.....	7
三、我国儿童权益保护的原则性规定.....	9
第二节 境外离婚案件中儿童最大利益原则的适用.....	12
一、境外立法普遍确立儿童最大利益原则.....	12
二、境外离婚案件中儿童最大利益原则的适用.....	13
第二章 我国离婚案件涉及儿童利益的问题研究.....	17
第一节 我国离婚案件涉及儿童利益的主要问题.....	17
一、离婚程序.....	17
二、直接抚养权.....	19
三、探望权.....	22
四、抚养费.....	23
第二节 离婚案件适用儿童最大利益原则的必要性及制约因素.....	26
一、离婚案件适用儿童最大利益原则的必要性.....	26
二、离婚案件适用儿童最大利益原则的制约因素.....	27
第三章 离婚案件适用儿童最大利益原则的对策.....	30
第一节 我国应建立儿童最大利益原则.....	30
一、立法中明确儿童最大利益原则.....	30
二、实践中注重儿童最大利益原则.....	30
第二节 我国离婚案件中适用儿童最大利益原则的对策建议.....	31

一、完善离婚程序的立法规定.....	32
二、完善直接抚养权的立法规定.....	35
三、完善探望权的立法规定.....	38
四、完善抚养费的立法规定.....	42
结 语.....	46
参考文献	47

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Summary of the Principle of Best Interests of Children .4	
Subchapter 1 Connotation and Sources of the Principle	4
Section 1 Connotation of the Principle	4
Section 2 Sources of the Principle	7
Section 3 The Principle of Protecting Children's Rights in China.....	9
Subchapter 2 Application of the Principle in Divorce Cases of the Other Countries and Regions	12
Section 1 Establishment of the Principle in the Other Countries and Regions's Legislation.....	12
Section 2 Application of the Principle in Divorce Cases of the Other Countries and Regions.....	13
Chapter 2 Research about the Interests of the Children in Divorce Cases in China	17
Subchapter 1 The Main Problem Involving the Interests of the Children in Chinese Divorce Cases	17
Section 1 Divorce Procedures	17
Section 2 Custody Directly	19
Section 3 Visiting Right.....	22
Section 4 Maintenance	23
Subchapter 2 Necessary and the Restricting Factors of the Application of the Principle in Divorce Cases	26
Section 1 Necessary of the Application of the Principle in Divorce Cases	26
Section 2 The Restricting Factors of the Application of the Principle in Divorce	

Cases	27
Chapter 3 Application of the Principle in Chinese Divorce Cases..	30
Subchapter 1 Application of the Principle in China	30
Section 1 Application of the Principle in the Legislation	30
Section 2 Application of the Principle in the Judicial Practice.....	30
Subchapter 2 Suggestions of Applying to the Principle in Divorce Cases	31
Section 1 Perfecting the Legislation of the Divorce Procedure	32
Section 2 Perfecting the Legislation of the Custody Directly.....	35
Section 3 Perfecting the Legislation of the Visiting Right	39
Section 4 Perfecting the Legislation of the Maintenance	42
Conclusion	46
Bibliography	47

前 言

离婚是婚姻终止的一种形式，指夫妻双方生存期间依照法定的条件和程序解除婚姻关系的法律行为。^①离婚直接导致婚姻家庭的解体，而未成年子女^②作为家庭的重要组成部分，其未来生活在父母选择离婚的同时必将面临各种未知的可能性。美国学者曾指出，绝大多数在单亲家庭成长的孩子将会经受贫穷。我国学者也研究表明：离异家庭的子女在情绪、性格、品德、学习四个方面表现出问题行为的人数比例，均大大高于完整家庭的儿童。^③可见离婚将对子女的成长造成严重影响早已成为不争的事实。虽然有些人认为父母已经失去感情而勉强在一起，这样的家庭生活对孩子带来的伤害更大。所以宁愿选择“长痛不如短痛”，让孩子一次性经历痛苦之后慢慢适应。但是离婚所造成的伤害对儿童而言是一个积累的过程，它的影响随时间而逐渐增加，在儿童成长的各个阶段，这种影响将以不同的方式存在。

随着儿童人权观念的兴起和“子女本位”立法理念的发展，1989年《儿童权利公约》中确立的“儿童最大利益原则”^④已成为世界各国处理儿童事务所遵从的基本原则。由此各国不断修订亲子法，逐步确立以儿童最大利益原则为首要考量的子女本位立法理念。例如《德国民法典》第1626条规定，将亲权改为“父母照顾”，^⑤英国《1989年儿童法》第1章第3条规定，

^① 夏吟兰，林建军.婚姻家庭继承法[M].北京：高等教育出版社，2010.158.

^② 本文以未成年子女的权益为探讨对象，因此为避免赘述，下文中所出现的“子女”“儿童”均指不满18周岁的未成年子女。事实上，“子女”、“儿童”的区别在于参照对象的不同，在一般社会环境中，“未成年人”、“儿童”是相对于“成人”而言的，而在亲子关系领域，相对于“父母”而言则称为“子女”，因此文中难免出现用词的混乱，但其指称是一致的。

^③ 王治英.中国婚姻家庭法律制度热点问题研究[M].青岛：中国海洋大学出版社，2009.407.

^④ 目前学术界对儿童最大利益原则从不同角度进行介绍，主要有“儿童最大利益原则”、“儿童最大利益优先原则”、“子女最佳利益原则”等。在国际文献中，该原则通常称为“The Principle of Interests of Children”，笔者赞同学者们经常采用的“儿童最大利益原则”的做法，一方面与国际公约的中文版本相符合；另一方面子女最佳利益原则侧重于私法领域对未成年子女的保护，从字面意义上不利于对未成年人权利的全面保护；另外，“最大”一词更明确具体，贴合原意，因此，本文采用“儿童最大利益原则”的表述。此外，实现儿童最大利益原则应广泛适用于一切未成年子女，包括婚生子女、养子女、继子女等，处于婚姻状态的未成年子女以及离婚后的各类子女。由于篇幅所限，本文将以婚生子女为语境，重点关注和探讨儿童最大利益原则在离婚案件中的适用。

^⑤ 陈卫佐译注.德国民法典[Z].北京：法律出版社，2006.509.

将父母监护改为“父母责任”，^①强调父母身份是责任而非权利。《俄罗斯联邦家庭法典》第11章则将“未成年子女的权利”单列成章，以便作出专门明确的保障。以上国家均改变法律术语、名称、体例等以体现子女本位、儿童最大利益原则的立法理念。

鉴于离婚对子女的影响之大，早在《婚姻法》修改时就有学者提出通过限制离婚自由权来保障未成年子女的权益。但事实上，《婚姻法》通过两次重大修改，扩大了离婚自由权，^②离婚程序也大为简化，加上人们婚姻观念的转化，离婚已经逐渐成为中国人习以为常的事情。但法律在保护父母婚姻自由权利的同时，却忽略了未成年子女的权利保护，使他们可能成为父母失败婚姻的“牺牲品”。因此，如何在坚持离婚自由的同时，确保儿童利益不受侵害已经成为21世纪离婚亲子关系立法亟待解决的重要问题。^③而儿童最大利益原则的提出为离婚案件中儿童权益保护指明了方向。依据这一原则，离婚案件所涉及的离婚程序、抚养权的确立、抚养费的支付、探望权等主要方面的规定应充分考量子女的意愿，保证离婚案件中儿童最大利益原则的实现。

当前，学界对儿童最大利益原则已经进行了一定研究论证，如王雪梅教授在《儿童权利保护的“最大利益原则”研究》中介绍了儿童最大利益原则的由来与涵义，^④运用与中国法律的相关规定比较等；^⑤陈苇教授的《论“儿童最大利益优先原则”在我国的确立——兼论〈婚姻法〉等相关法律法规的不足及其完善》中系统介绍了一些国家和地区有关儿童最大利益原则的立法状况，并针对我国现行法不足提出立法建议；^⑥王洪教授的《论子女最佳利益原则》介绍了儿童最大利益原则在亲民法上的源起，并探讨其内涵及判断标准，主张将其导入我国婚姻法；^⑦王雪梅教授的《儿童权利论：一

^① 蒋月等译.英国婚姻家庭制定法选集[Z].北京:法律出版社,2008.138.

^② 蒋月.改革开放三十年中国离婚法研究之回顾与展望[A].陈苇,主编.改革开放三十年中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望[C].北京:中国政法大学出版社,2010.269.

^③ 夏吟兰.离婚自由与限制论[M].北京:中国政法大学出版社,2007.269.

^④ 王雪梅.儿童权利保护的最大利益原则研究(上)[J].环球法律评论,2002,493-497.

^⑤ 王雪梅.儿童权利保护的最大利益原则研究(下)[J].环球法律评论,2003,108-119.

^⑥ 陈苇,谢京杰.论“儿童最大利益优先原则”在我国的确立——兼论《婚姻法》等相关法律法规的不足及其完善[J].法商研究,2005,(3):37-43.

^⑦ 王洪.论子女最佳利益原则[J].现代法学,2003,(12):31-35.

个初步的比较研究》一书通过对儿童权利的解析，对我国儿童权利保护法律实践与联合国《儿童权利公约》等的比较研究，系统全面的介绍儿童权利保护原则，指出我国儿童权利保护应努力的方向；^①王丽萍教授的《亲子法研究》一书以儿童最大利益原则为视角，从制度完善的层面探讨如何修正、补充、完善我国现行法，为制定我国民法典奠定理论基础。^②但关于儿童最大利益原则的研究仍留有空白，如儿童利益与儿童最大利益原则的关系，关于精神抚养的规定等。本文将针对这一研究空白进行更为全面细致的探讨。

本文立足于子女本位这一立法潮流，以儿童最大利益原则为指导，探讨离婚案件这一语境之下的儿童利益保护，主要运用比较法学方法、实证分析法学方法等对儿童最大利益原则在离婚案件中的适用进行研究，介绍国外离婚案件中儿童最大利益原则的适用，分析其子女本位的立法观念和较为完善的制度性设置，同时对我国离婚法律制度涉及儿童利益的相关规定进行检讨，并提出立法建议。目的在于为儿童最大利益原则导入我国相关法律之中铺砖引路。

^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.

^② 王丽萍.亲子法研究[M].北京：法律出版社，2004.

第一章 儿童最大利益原则概述

第一节 儿童最大利益原则的内涵与确立

随着人权理论的发展，儿童权利保护问题在国际范围内日益受到重视，从人权角度保护儿童的权利，已成为现代法律发展的趋势。一系列国际条约的出台和各国立法的不断完善，都从不同的层面显示了对儿童权利的特殊保护，更发展出诸多具有深远意义的儿童权利保护规定。其中“儿童最大利益”原则就是 20 世纪末期以来国际人权公约和各个国家立法确定的一项重要原则。

一、儿童最大利益原则的内涵

（一）儿童利益与儿童最大利益原则

前联合国秘书长科菲·安南在《世界儿童状况 2000 年》前言中曾指出“人类最神圣的信念是世界对儿童的信念，人类最重要的义务是确保儿童的权利受到尊重，儿童的福利得到保护，使他们远离恐惧和贫困，在和平的环境中成长。”儿童承载着社会的希望，理应对其进行特殊保护。事实上从古至今，儿童权利观的形成却经历了漫长的过程。早期社会，不论是东方还是西方，儿童都被视为父母的隶属品，没有独立的人格权和自主权。一直到 19 世纪，人们对儿童的价值和地位才有了进一步的认识。人们对儿童的看法、态度和观念已经有了很大的转变，儿童渐渐从权利的客体中脱离出来而成为独立的主体。进入 20 世纪以来，儿童人权观念兴起，关于儿童权利保护的立法也有了较大的发展，^①儿童权益逐渐从父母的权利中区分出来，儿童自权利客体转变成为权利主体。这一观念主张不仅要把儿童看作组成社会的一个群体，更要从能动主体的角度来考量儿童的需要、权利等。这一转变为儿童最大利益原则的产生奠定了基础。

^① 例如英国于 1908 年制定了《儿童法》，德国制定了《少年法院法》，1912 年比利时制定了《儿童保护法》，其他国家如荷兰、日本等许多国家也纷纷制定了自己国家的儿童专门立法。

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.

厦门大学博硕士论文摘要库