



中国青年政治学院
学术著作出版基金资助

【当代法律科学文库】

儿童监护国际私法问题研究

Parental Responsibility in Private International Law

吴用 著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

【当代法律科学文库】

儿童监护国际私法问题研究

Parental Responsibility in Private International Law

吴 用 著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

图书在版编目 (CIP) 数据

儿童监护国际私法问题研究/吴用著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2009

(当代法律科学文库)

ISBN 978-7-81134-360-1

I. 儿… II. 吴… III. 儿童-监护-国际私法-研究
IV. D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 046370 号

© 2009 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

儿童监护国际私法问题研究
Parental Responsibility
in Private International Law

吴 用 著

责任编辑: 毛飞琴

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 155mm × 230mm 22.25 印张 298 千字

2009 年 5 月北京第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-360-1

印数: 0 001 - 2 000 册 定价: 38.00 元

前 言

对于儿童权利的保护，各国立法多有特殊体现。特别是在 20 世纪以后，在国际人权的旗帜下，对儿童权利的保护更被视为国际人权事业的重要一环。各国在本国领域内采取了积极措施，而国际组织也不断加强国际合作，多项国际人权公约对儿童权利的保护作了规定。

儿童权利之所以要得到特别的关注，主要源于儿童这一群体的特殊性。儿童，因身心尚未成熟，其权利的实现只能借助于其他主体。人类最神圣的理念是世界对儿童的信念。我们都曾经是儿童，我们都希望孩子们幸福，这一直是并将继续是人类最普遍珍视的愿望。儿童的健康成长需要得到在人身权和财产上的照料、管养、保护，而儿童监护制度的设计则正是对这一目的的法律应对。

由于跨国婚姻和跨国收养的增加，具有涉外因素的各种涉及儿童权利的法律关系越来越多，而其中因离婚、分居、别居、收养等引起的跨国儿童监护问题日益突出。国际私法的发展趋势受人权因素影响越来越大。政策定向和结果选择的方法在法律选择中受到重视，冲突法与实体法相结合的趋势越来越明显。对儿童等弱势群体实施对其最有利的法律，保护其利益在国际私法的立法和实践中成为一个重要议题。

海牙国际私法会议对儿童监护历来非常重视，缔结了很多相关的国际公约。在这些公约中，不仅涉及到冲突法规范，而且涉及管辖权和判决的承认和执行；不仅涉及到纯粹的传统的国际私法领域，而且还发展出国际司法和行政合作机制。美洲国家联

盟、欧洲理事会以及欧盟等区域性组织对儿童监护的国际私法问题也制定了大量的公约，这对我国借鉴相关制度具有比较法上的便利和优势。

一、本书选题的背景和意义

国际儿童监护纠纷的大量产生受多重因素的影响，人口的跨国流动是其最基本的物质因素，而国际婚姻的破裂往往与监护纠纷问题密切相关，是引发儿童监护国际纠纷的直接原因。随着人口跨国流动不断增长，国际婚姻缔结数量明显增多，与之相对应，国际婚姻的离婚率也居高不下。在世界绝大多数地区，近几十年来人们对于高离婚率已经习以为常，离婚已不再被作为婚姻的一种例外。例如，在欧洲，20世纪60年代，离婚率一般不超过10%，到20世纪末期，除了希腊（15%）和意大利（8%）保持了较低的离婚率以外，其他国家的离婚率都接近40%，甚至有的国家达到50%的离婚率。^{〔1〕}在美国，20世纪六七十年代，平均每两对婚姻中就有一对婚姻以离婚而终结，而目前的离婚率更是居高不下。^{〔2〕}

近年来，中国开放政策进一步增强，经济实力不断加强，在华常住的外国人口数量也明显增加。虽然没有十分权威的统计数据，但根据媒体报导，在华常住外国人口已经超过38万。其中在北京登记的在华外国人数量达到7万，在上海居住的外国人超过10万。虽然与欧洲国家相比，外国人在华的总人数的比例不大，但是绝对数据却不少。随着人口跨国流动的加剧，以及中国

〔1〕 例如1995年，英国（英格兰和威尔士）离婚率为43%，德国34%，芬兰49%，法国38%，瑞典50%，瑞士38%，荷兰32%，数据来源：欧洲议会（1998）。引自：伊恩·史密斯．欧洲离婚法、离婚率及其因果关系//〔英〕安东尼·W·丹尼斯，罗伯特·罗森．结婚与离婚的法经济学分析．王世贤，译．北京：法律出版社，2005：262页。

〔2〕 See Dawn Gray, *Child Custody and Visitation, Overview: Development of the Law of Child Custody and Visitation*, Matthew Bender & Company, Inc. P. 3.

改革开放的深入,中国的跨国婚姻不断增多,同时跨国婚姻的离婚率也不断增长。从1990年至2007年,涉外离婚增长速度甚至高于结婚增长速度,其结婚对数增长2.4倍,而其离婚对数则增长则超过10倍,从1991年582件激增至2007年8852件。^[1]根据一份来自上海市民政局和华东师范大学人口研究所的涉外婚姻调查显示:加拿大人和中国人结为夫妻的,离婚率竟高达60%。1997年,日本丈夫和中国妻子离婚的占结婚人数的30%,日本妻子和中国丈夫离婚的占结婚人数的35%。^[2]在这些跨国婚姻解体后,不得不面对着一个难以言说的困境,即出现了大量的跨国儿童监护纠纷的诉讼。虽然监护裁决后仍然有子女与父母的会面权,可是在跨国的儿童监护纠纷中往往可能出现母(父)子天各一方,再难相见的情形。

我国是世界人口大国,在改革开放中形成了大量的涉外和涉港、澳、台的家事关系。由于我国目前立法中对于这部分法律规定的欠缺,在实践中法院应该如何正确行使管辖权,如何正确适用法律,如何确保有关儿童监护的判决能够更好地得到他国的承认和执行,如何尽可能加强在各国之间进行信息交流和合作,防止儿童不被非法迁移或诱拐,都成为困扰我国司法

[1] 根据社会统计年鉴中全国婚姻登记情况统计表,涉外及涉港、澳、台登记结婚数基本呈现逐年增长的趋势,1979年为0.8万件,1980年为1.1万件,1981年至1984年保持为1.4万件,1985年增至2.2万件,此后至1989年基本保持为2万件,从1990年开始出现逐年直线上升,到2003年更是达到7.8万件;从2004年起略有回落,2004、2005年各为6.4万件,2006年为6.8万件,2007年为5.1万件。涉外及涉港、澳、台登记离婚数也基本呈现逐年增长的趋势,从1979年的82件增长至2007年8852件。http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/shtjnj/2007/t20081201_402521509.htm (2008年12月5日访问)。当然,值得注意的是,上述统计数据只是反映了在中国婚姻登记机关登记结婚和离婚的数据,没有包括在国外登记结婚的涉外婚姻数据,同时也未能反映在中国通过法院判决离婚的涉外离婚数据,但是足以说明此种跨国婚姻的趋势。

[2] 北京晨报:中国七成网民幻想跨国婚姻, <http://news.enorth.com.cn/system/2005/03/30/000994684.shtml> (2008年1月11日访问)。

实践的问题。

妥善解决跨国和区际之间儿童监护法律争议,保护儿童等弱者的利益,是国际私法的一个重要任务。由于监护问题本身受到不同文化传统、伦理、习俗和法律制度的影响,同时儿童监护在很大程度上涉及到每一个家庭、每一个孩子、每一位父母一生的幸福,因此其具有的复杂性、伦理性都使每一个儿童监护案件的处理变得困难重重,如履薄冰。尤其是在跨种族、跨文化、跨国度的国际儿童监护纠纷中,每一个案件都可能引发关于人权保护的争议,关于文化歧视的关注,关于宗教信仰的平等,甚至会涉及到政治因素的考虑。因此,法官在跨国儿童监护纠纷的处理中,必须在每一个案件中寻求各种价值利益的衡平,谨慎运用自由裁量权。而加强对于国际儿童监护国际私法的研究,正是解决目前日益增多的国际儿童监护纠纷的迫切需要。

有关儿童的法律地位尽管目前在理论上仍然存在争议,但一个不可否认和忽略的事实是,儿童是一个独立的民事主体,不是父母权利的对象,也不完全只是社会的财富,而是一个独立的人格者;儿童应当享有人权的保护,而1989年《儿童权利公约》在世界范围内最广泛的通过也彰显了儿童人权已深入人心。在当今国际社会高举儿童国际人权保护的大旗下,各种国际公法赋予儿童的各类人权都要落实到具体的可执行和可操作的法律层面上来。否则,就只能是飘在空中,作为口号,重要却不实际。因此,对儿童权利保护通过民事立法的方式就是一种对人权的切实的制度化保证,而儿童监护正是与儿童最基本的日常生活和利益需要关联的制度安排,对儿童监护的国际私法研究也就正是对儿童法律地位和儿童国际人权保护在具体民事立法层面上的积极回应。

人权对于国际私法的影响越来越重要,^[1]具体到儿童监护国

[1] 有关人权对冲突法的普遍影响的论述,参见:袁发强.宪法对冲突法的影响.北京:法律出版社,2007:146-152.

际私法而言，在各国的冲突法立法和国际儿童监护的公约中都有人权保护思想的体现。

事实上，我们可以清楚看到，在各国儿童监护国际私法立法和司法实践中，无不以“儿童最大利益”原则为最高法则。在实体法制度的设计中，儿童监护权的设立、行使、终止、恢复都体现了这一原则。父母对于子女的亲权被替代为父母对子女的职责，权利享有的目的在于更好行使对未成年子女保护的义务。儿童最大利益原则被作为监护权分配的基本原则，儿童参与表达的意愿被作为重要的考虑因素。

在儿童监护冲突法的层面上，也充分反映了对儿童人权保护的尊重。儿童监护的管辖权的最重要的基础是儿童的惯常居所地，其次则是与儿童有更密切联系的所在地，而不是将父母的国籍作为首要的考虑因素；冲突规范中儿童监护的连结点各国立法一般均以被监护人（儿童）的属人法为主要连结因素；判决的承认和执行得到国际公约的保障，同时加强了在儿童监护国际司法行政领域方面的合作；为了儿童的利益，在争端的解决机制上也扩展了其他的非讼解决方式的地位和作用。针对父母在对子女的争夺中出现的非法诱拐和滞留儿童、挑选法院的现象，海牙国际私法会议和美洲联盟组织都制定了统一的国际公约，以执行快速的儿童返还机制，保障儿童的利益。上述种种，都反映了儿童监护的国际私法制度在具体层面上对国际儿童人权保护的体现和回应。

自萨维尼提出“法律关系本座说”以来，近代国际私法立法都更多强调冲突规则的中立性地位，贯彻其中的是冲突规则对形式正义的追求。这种立法方式当然与这一时期的实证主义哲学思潮相关联，这种理性主义和实证主义哲学思想反映在立法价值目标上就是更注重判决结果的一致性以及形式的正义、效率。这不仅在冲突法的立法中得以反映，事实上整个近代法学领域中都受到这种思想的影响。例如与冲突法对应的近代民法中就体现了这

种价值观,采用抽象的主体人格和法律地位,将所有的人,不区分其实际的经济地位,拟制为客观理性、自我判断、意思自主的平等主体,在此基础上创设了所有权绝对、契约绝对自由和侵权过错主义原则的三大近代民法基本原则。在近代冲突规范的立法中,运用单一的连结点来体现待处理的法律问题和法律关系与特定地域之间法律的最密切的联系,反映了人们对客观理性作用的极度自信和深度依赖,同时也体现了对判决结果一致性的追求。

在家庭领域方面的近代民法,显然并没有表现出在经济领域中那种的革命性——从身份到契约的转变,而是兼顾了当时各国固有的文化习俗和价值观念,表现出一种妥协和不彻底,当然从另一角度看也是一种革命后立法者的理性,例如法国民法典立法中对法国传统习俗的尊重,对父权和男性优先的保留,对离婚自由的限制和家庭保护等。与此相对应,近代冲突规范中在家事法方面也反映出这一特点,例如早期的冲突规范中对非婚生子女准正和亲子关系的确立都体现了对“亲”者的保护,忽视了对子女利益的保护。

随着工业文明的发展,人们发现在这一进程中“经济人”应当让位于有血有肉、有情感的自然人,法律所追求的公平和正义也不再是形式上的正义,而更多考虑实质上的正义。近代民法向现代民法在经济领域立法中的最大转变就是所有权受到“权利不得滥用”原则的限制,合同意思自治要以当事人缔约谈判地位平等为前提,体现公平的无过错责任和过错推定及公平原则等侵权规则体系补充单一的过错责任主义;家庭法在近几十年来发生了前所未有的剧烈变革,男女平权主义、儿童人权保护的呼声在家庭法中的各个领域开花结果,儿童监护的实体法制度发生了巨大的变化。在国际私法领域中,应对这种潮流,传统单一的冲突规范立法模式遭到了严厉的批判,各种法律适用的新学说层出不穷,冲突规范的改革风生水起。

1998年国际比较法学会在英国召开了第15届大会,西蒙尼

德斯教授在总报告中全面总结了 20 世纪国际私法的发展变化,从多个角度阐述了这一近代国际私法向现代国际私法转化的历程。其中包括探讨了冲突法正义与实体正义之间的两难困境,揭示了传统“管辖权选择规则”与“内容定向”规则或方法之间的冲突与并存现实。^[1]可以说,这种冲突法上的理念的变革对传统冲突法的影响巨大。“弱者利益保护”思潮被引入国际私法,并且被认为是国际私法人文关怀的重要体现。同时,“弱者利益保护”也被认为是冲突法革命中对实质公平追求的精髓。

而具体到儿童监护国际私法领域,我们可以清楚看到,由于儿童作为特殊的一类弱势群体,其地位较之所有的由市场经济造成的弱者更为特殊。目前各国关于儿童监护的国际私法全面体现了儿童中心主义的倾向,无论从管辖权、法律适用、判决承认与执行还是司法合作方面都深刻地打上了保护儿童最大利益这种实体法化趋势的烙印。因此可以毫不夸张地说,国际儿童监护领域是“弱者利益保护”思潮在冲突法立法领域中得以反映的最生动的注脚。

由于历史原因,中国冲突法,在立法中表现为有限的条文数目。在管辖权、法律适用、判决的承认和执行以及国际司法行政合作等诸多方面,无论从哪个方面看,我国目前关于儿童监护的国际私法立法都相当贫瘠,根本不足以满足开放的中国可能面临的跨国婚姻带来的国际儿童监护纠纷的现实诉求。他山之石,可以攻玉。通过对儿童监护国际私法的国别研究和对全球性和区域性国际条约的探讨,可以更好地把握立法的发展规律和趋向,对完善中国儿童监护冲突法将有所裨益。同时,加强对统一儿童监护国际私法的研究,也有利于我国开展国际间私法领域方面的国际合作,推动儿童监护法律冲突的多种途径的解决,使我国的国际私法立法更具有先进性和合理性。

[1] 肖永平. 肖永平论冲突法. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 139-152.

二、研究的范围和主要内容

有关儿童监护国际私法的研究范围，实际上与对国际私法的调整范围这一基本国际私法问题的理解相关。有关国际私法的范围的理解，在中外学者之间都存在着不同的看法。^{〔1〕}目前，中国国际私法学界的大部分学者都主张认为，国际私法不应局限于解决涉外民商事关系的法律冲突，外国人法律地位和国际民事诉讼程序等方面的问题，还应包含涉外民商事关系当事人的权利、义务，即实体法问题。对此，中国著名法学家韩德培教授曾有过一段形象的论述。他说：“国际私法就如同一架飞机一样，其内涵是飞机的机身，其外延是飞机的两翼。具体在国际私法上，这内涵包括冲突法，也包括统一实体法，甚至还包括国家直接适用于涉外民事关系的前提；而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题，这是处理涉外民事关系的前提；而另一翼则是在发生纠纷时，解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序，这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。”^{〔2〕}

本书所研究的儿童监护国际私法问题也基本承袭了上述观点。全书共分六章。第一章进行了儿童监护的基础性理论铺垫，对儿童定义以及儿童法律地位的历史和逻辑演进进行了分析；辨析了儿童监护与相关法律制度之间的法律关系；论述了儿童权利国际保护的基本制度；在儿童人权保护的大背景下着重探讨了人权保护思想对于儿童监护国际私法的影响，同时对儿童监护国际私法的概念和法律渊源进行了概述。第二章则着眼于对儿童监护的实体法律制度进行比较，并对大陆法系和普通法系典型国家儿童监护的发展历程进行了探讨，在此基础上梳理了儿童监护的流变规律。尽管在家庭法领域中并不存在统一的国际公约，但由于

〔1〕 具体的讨论和总结，请参见：徐冬根．国际私法趋势论．北京：北京大学出版社，2005：20-25．

〔2〕 韩德培．国际私法．北京：高等教育出版社，2000：7．

目 录

儿童监护国际私法问题研究

第一章 跨国儿童监护的基本法律问题	(1)
第一节 儿童的法律定义与法律地位	(1)
第二节 儿童监护法律制度的几个基本问题	(14)
第三节 儿童权利的法律保护	(34)
第四节 儿童人权保护对儿童监护制度的影响	(41)
第五节 儿童监护国际私法的概念及其法律渊源	(55)
第二章 儿童监护实体法律制度之比较	(64)
第一节 儿童监护具体制度之比较	(65)
第二节 大陆法系国家儿童监护法律制度之流变	(95)
第三节 普通法系国家儿童监护法律制度之发展	(112)
第四节 欧洲儿童监护实体法的统一和协调	(135)
第三章 儿童监护国际私法之国别比较	(153)
第一节 国际儿童监护司法管辖权的国别比较	(153)
第二节 国际儿童监护法律适用的国别比较	(180)
第三节 国际儿童监护判决的承认和执行的 国别比较	(184)
第四章 儿童监护的统一国际私法制度	(195)
第一节 全球性统一儿童监护国际私法	(196)
第二节 区域性统一儿童监护国际私法	(233)
第五章 国际民事儿童诱拐的法律问题	(256)
第一节 国际民事儿童诱拐问题概述	(256)

第二节	欧洲理事会 1980 年卢森堡监护公约	(265)
第三节	美洲国家联盟关于国际儿童返还的公约	(267)
第四节	1980 年海牙儿童诱拐公约	(269)
第五节	欧盟新布鲁塞尔条例 II bis 对国际儿童民事诱拐问题的规定	(291)
第六章	儿童监护中国国际私法制度研究	(298)
第一节	中国目前涉外儿童监护立法的评价及建议	(298)
第二节	跨国儿童监护之争——中国司法案例的考察	(312)
第三节	区际儿童监护法律冲突解决的设想	(321)
参考文献		(325)
后记		(336)

第一章 跨国儿童监护的 基本法律问题

第一节 儿童的法律定义与法律地位

一、儿童的法律定义

关于“儿童”一词的法律含义，各国未有统一、明确的界定。根据《牛津法律大辞典》的规定，儿童是指未达成年年龄标准的人，特别是指与作为其父母的特定他人有关系的未成年人。在《英汉法律大词典》中，儿童广义指非成年人。同时，此词在不同的法律条文中有不同的意义。但一般而言，儿童是指未满 18 岁的非成年人。根据联合国《儿童权利公约》第 1 条的规定，“为本公约之目的，儿童系指 18 岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁。”

从上述定义中可以看出，通常意义上，“儿童”一词在法律上的定义等同于未成年人，是成年人的一个对称概念。各国目前对于成年年龄的规定，常常有所差异。其不仅受到国情、民族以及文化习俗和传统等影响，甚至也受到地理环境的影响，在一些处于热带地区的国家，往往规定了较低的成年年龄，另外一些国家由于经济比较贫穷，国家难以负担更多的贫困儿童，因此也可能规定较低的成年年龄。正是由于各国对于成年年龄规定的差异，因此儿童的具体年龄阶段也有所差异。欧美各国立法中多规定儿童年龄为 18 岁以下，亚洲一些国家如菲律宾、印度等国则规定为 16 岁，芬兰、卢森堡以及美国的部分州甚至规定儿童的

最高年限为 21 岁，我国《未成年人保护法》第 2 条规定未成年人为 18 岁以下公民。

尽管关于儿童年龄的规定未达成统一，不过值得注意的是，目前更多国家的立法规定儿童年龄上限为 18 岁。^{〔1〕}许多国际法律文件也体现了这一趋势。从联合国《儿童权利公约》的措辞来看，也倾向于 18 岁这一界限，当然必须指出的是，该公约显然并没有试图在此完全统一各国关于“儿童”的定义。从公约第 1 条的措辞看，公约从两个方面体现了在儿童定义问题上的妥协。其一，公约没有限制各成员国规定低于 18 岁的年龄作为儿童年龄的上限，这意味着一个成员国可以认为 16 岁已经成年。其次，公约虽然明确规定 18 岁作为儿童的最高年龄界限，不过公约在此却谨慎表明这仅在该公约的范围内使用这一概念。尽管如此，如果考虑到《儿童权利公约》在儿童权利保护领域中的重要地位，以及其几乎为世界各国所普遍接受的事实，仍然可以谨慎地认为 18 岁作为儿童年龄的上限是国际社会的普遍趋势。

事实上，其他的一些国际组织制定的国际条约中也有类似的规定。例如，联合国《保护被剥夺自由少年规则》第 11 条规定：“少年系未满 18 岁者。”国际劳工组织 1999 年《关于禁止和立即行动清除最有害的童工形式公约》第 2 条规定：“就本公约而言，‘儿童’一词适用于 18 岁以下的所有人员。”联合国关于《公民权利和政治权利国际公约》第 10 条的一般性意见建议，至少在少年司法中，将 18 岁以下者均视为少年。

当然，也有一些国际公约将这个问题留给各成员国自行决定，例如，《联合国少年刑事司法最低限度准则》（北京规则）规定，少年是指按照各国法律制度，对其违法行为可以不同于成年人的方式进行处理的儿童或者少年。

与儿童年龄的上限相对应，另外一个值得关注的问题是“儿

〔1〕 如英国、德国、法国、瑞士、意大利、俄罗斯、日本、中国等国家均以 18 岁为成年年龄。

童”这一概念的下限如何界定？这个问题事实上意味着回答胎儿是否是法律上的人。理性法学家将“现世性”作为确定法律上的人的标准，至于人出生之前来自何方，死后又去向何处，明显不属于法律科学要解决的问题。法律只能涉及那些构成这个现实世界每一个自然人的属性问题，所以法律只能规定“现世”的生活。德国民法典第1条就明确规定权利能力始于出生完成之时，这也代表了绝大部分国家的立场。不过由于宗教上的原因，一些国家认为胎儿是有灵魂的，法律上承认胎儿是具有生命的个体，对儿童的保护应该包括胎儿。在1989年《儿童权利公约》制定的过程中，关于这一问题的讨论非常激烈，最后公约只好采用回避的方法，对儿童的起点问题在公约中未作规定。当然，即使是不承认胎儿作为权利能力的人格者的国家，也并不影响其立法中有对胎儿进行法律上的保护的规定。《儿童权利宣言》的序言中规定，“儿童因身心尚未完全成熟，在其出生以前和以后均需要特殊的保护和照料，包括法律上的适当保护。”《美洲人权公约》第4条明确规定：“生命权从胚胎时期就应受到法律保护。”因此，不论胎儿是否能够成为儿童的一部分，将胎儿权利纳入到法律保护的范畴将会更好地有利于人权价值目标的实现。

在各国的法律文件和相关的国际文件中，也经常出现“未成年人”、“少年”和“青少年”等用语。这些称谓的具体含义在不同的法律文本中可能有所不同。通常而言，在涉及到权利的保护问题时，通常会使用“儿童”和“未成年人”的称谓，如上文所言，“儿童”一词在绝大部分情况下都对应于成年人使用，因此也就和“未成年人”具有同样的含义。例如，我国的《未成年人保护法》、《民法通则》和《婚姻法》中都使用了“未成年人”这一用语。而在刑事司法领域领域，则更多地使用“少年”和“青少年”这样的用语。由于本文主要着重于从国际私法的角度研究儿童监护问题，而当前国际公约的措辞中更多地使用“儿童”这一用语，英美各国在儿童权利方面的立法中也多使用“儿

童”一词，因此，本书选择使用“儿童”一词，其含义就是指18岁以下的人。同时，为尊重国内部门法中对“未成年人”概念使用的惯例，本书中的“未成年人”和“儿童”同义。

二、儿童的法律地位

自近代资本主义革命以来，各国法律普遍承认民事法律主体的普遍性和广泛性。凡人皆有权利能力，凡人当然有权利能力。^{〔1〕}任何人，只要基于生命存在这一基本事实，即足以享有权利能力，取得法律主体地位。这种资格和法律地位并不因阶级、经济、宗教、种族等任何其他因素而有影响，这也是生物伦理道德的最低要求。《法国民法典》第8条规定：“所有法国人都享有民事权利”；《德国民法典》第1条规定：“人的权利能力始于出生完成之时”；《瑞士民法典》第11条规定：“人都有权利能力”；《日本民法典》第2条规定：“私权的享有始于出生”。

儿童作为民事主体中的一部分，因其本质上是一个人，因此现代各国莫不普遍承认其独立的民事主体地位，具有民事权利能力。儿童不隶属于任何人，包括不隶属于父母。但是儿童享有的这种普遍、独立、平等的民事法律地位并非从来就有，而是经过长期的历史演进而形成的。这一演进过程折射出社会生产方式、政治制度、经济状况、宗教、道德规范、文化习俗等多重因素的影响，同时也是人类自身文明进步史的一种生动注脚。

（一）儿童法律地位发展的历史进程

纵观儿童法律地位的发展历史阶段，笔者以为，如果侧重于儿童权利保护的立法发展过程，以17世纪和20世纪作为两个分界点，可以分为前期、中期和后期三个阶段。^{〔2〕}从前期的零星立

〔1〕 胡长清：《中国民法总论》，北京：中国政法大学出版社，1997：57-58。

〔2〕 王雪梅：《儿童权利论》，北京：中国社会科学文献出版社，2006：17-24；李双元，等：《儿童权利的国际法律保护》，北京：人民法院出版社，2004：4-9。