

总顾问 徐显明  
总主编 张 伟



# 从父母责任到国家监护

## ——以保障儿童人权为视角

夏吟兰  
主 编



中国政法大学出版社

总顾问 徐显明  
总主编 张 伟



# 从父母责任到国家监护

——以保障儿童人权为视角

夏吟兰  
主 编



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（CIP）数据

从父母责任到国家监护：以保障儿童人权为视角/夏吟兰主编. —北京：中国政法大学出版社，2018.10  
ISBN 978-7-5620-8621-5

I. ①从… II. ①夏… III. ①未成年人保护法—研究—中国 IV. ①922.74

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第234581号

---

- 书 名 从父母责任到国家监护：以保障儿童人权为视角  
Cong Fumu Zeren Dao Guojia Jianhu Yi Baozhang Ertong Renquan Wei Shijiao
- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮 箱 fadapress@163.com
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 北京中科印刷有限公司
- 开 本 650mm × 960mm 1/16
- 印 张 23
- 字 数 331千字
- 版 次 2018年10月第1版
- 印 次 2018年10月第1次印刷
- 定 价 66.00元



## “人权文库”总序

“人权”概念充满理想主义而又争议不断，“人权”实践的历史堪称跌宕起伏、波澜壮阔。但不可否认的是，当今世界，无论是欧美发达国家，还是发展中国家，人权已经成为最为重要的公共话语之一，对人权各个维度的研究成果也蔚为大观，认真对待人权成为了现代社会的普遍共识，尊重和保障人权成为了治国理政的重要原则。正如习近平总书记所强调的：“中国人民实现中华民族伟大复兴中国梦的过程，本质上就是实现社会公平正义和不断推动人权事业发展的进程”。

——人权之梦，是实现中华民族伟大复兴中国梦的应有之义。改革开放四十年以来，中国政府采取了一系列切实有效的措施，促进人权事业的进步，走出了一条具有中国特色的人权发展道路。在沿着这条道路砥砺前行过程中，中国人权实践取得了举世瞩目的成就，既让广大人民群众体会到了实实在在的获得感，也向国际社会奉献了天下大同人权发展的“中国方案”。

——人权之梦，是我们对人之为人的尊严和价值的觉悟和追求。过去几年来，中国政府加快推进依法治国的重大战略部署，将“人权得到切实尊重和保障”确立为全面建成小康社会的重要目标，建立和完善保障人权的社会主义法律体系。《民法总则》《慈善法》《反家庭暴力法》《刑事诉讼法》《民事诉讼法》等一系列法律陆续出台或得到修订，中国特色人权发展道路的顶层设计被不断丰富和完善。

——人权之梦，是人类历史发展的必然趋势和时代精神的集中体现。1948年《世界人权宣言》颁布以后，人权事业的普及、发展进入了新的历史阶段。1993年第二次世界人权大会通过的《维也纳宣言和

## 从父母责任到国家监护——以保障儿童人权为视角

行动纲领》，更是庄严宣称：“所有人的一切人权和基本自由……的普遍性不容置疑。”我国于1991年发表了第一份人权白皮书《中国的人权状况》，其序言里指出：“享有充分的人权，是长期以来人类追求的理想。”2004年“国家尊重和保障人权”被写入《宪法》，2007年，人权又被写入《中国共产党章程》。自2009年以来，中国先后制定并实施了三期国家人权行动计划，持续加大人权保障力度。

今年适逢我国改革开放四十周年和《世界人权宣言》颁布七十周年，中国政法大学人权研究院决定着手策划出版“人权文库”丛书。文库着眼国内外人权领域，全面汇集新近涌现的优秀著作，囊括专著、译著、文集、案例集等多个系列，力求凝聚东西方智慧，打造成为既具有时代特色，又具备国际视野的大型人权丛书，为构建我国人权话语体系提供高品质的理论资源。这套丛书的筹备和出版得到了中宣部的大力支持，并有赖其他七家国家人权教育基地和国内学界多位专家学者的积极参与，同时还要感谢中国政法大学出版社的倾力相助。

此刻正值一年中收获的季节，文库的第一本著作即将面世，“九万里风鹏正举”，我们期待并且相信“人权文库”将会硕果累累，“人权之梦”终将照入现实。

是为序。

文库编委会 谨识

2018年9月

# 序

夏吟兰<sup>[1]</sup> 李丹龙<sup>[2]</sup>

2014年7月,“以保障儿童人权为导向,构建国家监护制度研究”课题获国家人权与培训基地项目立项(项目编号14JJD820017)。2017年7月,项目组形成最终研究成果:《从父母责任到国家监护——以保障儿童人权为视角》。

## 一、研究背景及基础

自2004年将“国家尊重和保障人权”写入《宪法》以来,我国党和政府为落实尊重和保障人权的宪法原则相继采取了重大举措。2009年之后,我国3次制定《国家人权行动计划》,2012年修订的《刑事诉讼法》将“尊重和保障人权”写入总则,党的十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干问题的决定》(以下简称《决定》)在推进法治中国建设的措施中特别强调要完善人权司法保障制度,国家尊重和保障人权。这些重大举措均标志着我国的人权事业、人权保障、人权研究进入了崭新的历史阶段。

儿童是国家的未来,人类的希望。对儿童人权的保障水平反映了一个国家的人权发展状态与水平,保障儿童人权是我国人权事业的重中之重。我国于1991年批准了联合国《儿童权利公约》,并随后颁布了《中华人民共和国未成年人保护法》《义务教育法》《预防未成年人犯罪法》等一系列法律法规,发布了《中国儿童发展纲要》,全面保障儿童人权。构建起以宪法为基础,以未成年人保护法为核心,以婚姻法、收

[1] 夏吟兰,女,中国政法大学人权研究院教授,博士生导师,法学博士。

[2] 李丹龙,女,中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

## 从父母责任到国家监护——以保障儿童人权为视角

养法、刑法等基本法为基本依据，以义务教育法、预防未成年人犯罪法等专门性法规为主要内容的保障儿童人权法律体系。但是，不能忽视的是，现实中仍有留守儿童、孤儿、遗弃儿以及罪犯子女等困境儿童监护缺失，针对儿童的暴力、性暴力、虐待及性虐待时有发生且情节恶劣的情况。目前，儿童人权保护的状况凸显出我国法律在儿童保护方面的不足，主要包括：①缺乏对儿童监护监督制度，不能及时发现困境儿童问题；②现有的法律规定得不到落实，受到侵害的儿童无法获得及时有效的救助，甚至危及生命；③现有的法律规定缺乏体系化、制度化建构，法律规定存在空白，已有规定不到位、不具体，甚至不易操作，这些都亟须完善；④我国的儿童监护制度滞后于国际社会对儿童权利保障发展的进程和要求，儿童国家监护的理论研究及制度设置缺乏，有必要根据《儿童权利公约》，借鉴外国法的相关规定及理论研究，建立具有中国特色的儿童国家监护制度。

本项目被批准后，项目负责人数次召集课题组成员开会讨论，确立项目研究的理念与重点、研究视角与方法、研究提纲与分工。2016年9月前，项目组完成了对相关学术研究成果、调研报告、实证研究的梳理，对国内外相关立法、政策、规定的搜集整理和归纳，同时开展了中国未成年人监护制度及权利保障现状的实证调查，完成了阶段性的学术论文与调研报告。2017年7月，项目组形成最终研究成果《从父母责任到国家监护——以保障儿童人权为视角》论文集，并撰写了《人权视角下儿童国家监护制度的构建立法建议书》。

亲权是近现代大陆法系各国普遍适用的父母对子女在人身和财产方面权利义务的总称。在子女本位的立法理念下，亲权已由传统的父母对未成年子女的控制、管理权力转变为父母照顾、抚养、保护未成年子女的权利和义务。因此，德国等一些国家将“亲权”改称为“父母照顾权”，英国等一些国家将“亲权”改称为“父母责任”。目前，国内在编纂《民法典婚姻家庭编》的讨论中对此概念也尚未达成一致，故本项目对此亦不做统一，保留了对此概念的争论态势，不同论文中使用不同概念，但其含义均为父母有抚养、教育、保护未成年子女的权利和义

务。另外，在本项目成果中所称未成年人（子女）与《儿童权利公约》中所称儿童均指 18 周岁以下者，为避免重复及赘言，每位作者在不同语境下使用了不同用语，但内涵相同。

儿童最大利益原则是本项目的重要价值取向，也可以说是构建儿童国家监护的基石。《儿童权利公约》第 3 条第 1 款规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、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。”儿童最大利益原则是指，凡是涉及儿童的事情均应以儿童的最大利益为重，将儿童的利益放在首要的位置，一切以最有益于儿童为出发点。该项原则的确定旨在确保儿童全面和有效地享有《儿童权利公约》所列的每一项权利。为了进一步阐释儿童最大利益原则的内涵，儿童权利委员会通过了《第 14 号一般性意见：儿童将他或她的最大利益列为一种首要考虑的权利》，从而对该原则进行了详细的分析和阐述。根据该一般性意见，儿童最大利益原则被认为是“一项实质性的权利”、“一项基本的解释性法律原则”以及“一项行事规则”。其一，“实质性权利”主要是指当不同层面、不同类型的利益发生冲突，需要进行权衡时，儿童有权利将他们的最大利益列为首要的评判依据。对此，国家有义务保障儿童的这项权利得以实现。其二，“基本的解释性法律原则”是指儿童最大利益原则应该是解释法律时应首要遵循的基本原则。即当对一条法律存在一种以上的解释时，首先应该选择的是优先保障儿童最大利益的解释。其三，“行事规则”是指当国家需要作出一项涉及儿童的决定的时候，必须考虑到其可能对儿童造成的影响，以儿童最大利益为标准进行判断和衡量。因此，儿童最大利益原则是进入不同的国度、法律制度、文化背景的一把钥匙，它要求国家从保障儿童最大利益出发来实现儿童的各项权利。我国未成年人保护法及相关法律对于儿童最大利益原则均未作规定，而是将儿童最大利益原则转化为儿童利益优先原则，我国 2006 年修订的《未成年人保护法》明确规定，“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯”。



## 二、研究的主要内容及主要成果

本项目主要从以下六个方面进行研究：①我国对《儿童权利公约》的批准与实施：通过对《儿童权利公约》的重要原则及内容进行高度凝练，探究批准该公约对我国儿童权利保障的意义。②对我国现行法律体系中关于儿童人权的法律保障进行梳理：明确《未成年人保护法》与《儿童权利公约》的关系，评析我国儿童权利保障、儿童监护的现状，并进行法律审视。③各国儿童国家监护制度的比较研究：通过对大陆法系亲权制度与英美法系监护制度的比较研究，总结世界儿童国家监护制度的发展趋势。④对我国未成年人监护制度的反思：简述我国现在未成年人监护制度的状况，评价其在现行法律制度中的地位，回应困境儿童监护问题。⑤探讨国家监护制度的公法化路径：探究私法公法化、家庭自治与国家干预的重要理论问题，为未成年人监护制度公法化之价值取向与方式提供理论依据。⑥构建具有中国特色的儿童国家监护制度，全面保护儿童人权。

本项目主要取得了两项重要成果。

项目的第一个成果是项目组按照项目评审书的计划，已经全面、高质量地完成了《申请评审书》约定的研究任务。在项目研究期间，课题组以课题的名义公开发表9篇学术论文，其中在核心期刊发表4篇（已出刊），内容包括对我国现行未成年人监护制度的反思，对大陆法系及英美法系部分国家及地区儿童监护制度的比较研究以及在中国构建儿童监护制度的思考等，引起社会各界特别是理论界对于未成年人监护制度以及构建国家监护制度的关注及讨论，对于深化我国对儿童国家监护制度的实证研究及理论探讨均具有重要的理论价值及社会价值。课题组还向有关单位提交了两篇高质量，具有前瞻性、战略性、可操作性的研究报告及决策咨询建议：①向中国法学会提交了《对民法总则监护制度的修改建议》立法咨询意见；②向最高人民法院提交了《宜兴冷冻胚胎继承案件裁判咨询意见》。

项目的第二个成果是培养了一支关注、研究儿童人权的学术团队，特别是青年学者及法律工作者。这支研究团队来自全国各地不同的大学

及研究机构，其中青年学者占多数，他们的加入为今后持续关注、研究儿童人权注入了新鲜血液，项目的研究也为青年学者拓宽了视野，提供了更宽广的发展平台。

### 三、研究成果的主要特点

本项目的研究成果首次从人权视角、传统民法视角以及社会法视角对国家监护制度进行了多维度、多学科、体系化的思考研究；项目成果对构建我国儿童国家监护制度提出了具有重大创新性的立法思路、立法理念和切实可行的措施体系；在研究方法方面，注重比较研究、注重通过调研获取一手资料，注重成果的原创性。本研究成果立足法学超乎于法学，综合运用哲学、社会学、伦理学、人类学等学科思维、原理与方法，拓展研究视野，更新研究观念，深化研究水准，丰富研究成果。

1. 准确定位《儿童权利公约》与我国儿童权利保障之间的关系。以儿童人权为视角，以《儿童权利公约》为基础，对构建我国的儿童国家监护制度进行全方位、多维度的探讨。《儿童权利公约》规定的基本原则、实体权利内容、保障实施机制是国际社会以最全面的方式对儿童权利予以全方位保护所达成的共识。我国作为《儿童权利公约》的缔约国，作为国际社会负责任的大国负有保护儿童人权的国际义务和国家责任。《儿童权利公约》不仅为构建我国儿童监护制度指明了方向，还为构建儿童国家监护制度确立了人权法基础。

2. 科学把握儿童国家监护的制度价值和社会功能。通过梳理论证从“家庭主义到个人主义再到国家主义”的儿童监护发展演进规律，对儿童监护制度私法公法化价值、家庭自治与国家干预的比例原则两个重大理论问题的讨论，明确了设立儿童国家监护的制度价值及社会功能，为儿童监护制度打破私法藩篱、明晰国家责任，提供理论依据。

3. 实证调研掌握儿童监护状况的第一手资料。关注留守儿童、流浪儿童、受暴儿童等困境儿童群体，通过实证调研比较全面地反映目前我国儿童监护状况。项目组分别对儿童家庭暴力问题、离婚案件中的儿童抚养问题、留守儿童问题以及儿童救助保护中心采取问卷调查、实地走访调查、焦点小组面谈、案例抽样分析等方法进行实证调研。对调研

结果由个别到一般，由实务到理论进行抽象分析研究，并分别撰写了四个调研报告。这四个调研报告立足国情、坚持问题导向，为儿童国家监护制度的“落地”打下“必要性”的实证基础。

4. 广泛的比较法研究拓展研究方法与研究视野。项目组广泛搜集域外的相关立法、判例，组织翻译了欧盟家庭法委员会倡导的《关于父母责任原则框架》以及组织撰写的《欧盟国家父母责任国别报告》（14个国家）。项目成果中有5篇比较法论文，对欧美等国家的监护制度及比例原则进行比较分析，呈现出国际社会通过公权力介入家庭，关注儿童人权，保护儿童利益的共同趋势。通过对相关国际人权公约及各国相关立法、判例的比较研究，从比较法的角度为完善我国儿童监护制度，构建儿童国家监护制度提供理论支撑，开拓研究视域。

5. 提出建构具有中国特色的儿童国家监护制度立法建议。立法建议顺应人权保护与社会治理的现实需求，明晰儿童国家监护的价值取向及其位阶定序，统筹考量监护制度安排，以我国的本土文化、本土资源为发力点，对儿童国家监护的制度框架、规范路径、适格主体、主要措施提出明确具体的立法建议，以期构建一个具有中国特色的国家儿童监护制度，全面保障儿童人权。

本项目形成的研究成果，对构建我国的儿童国家监护制度提供了科学论证和理论支持，对完善我国的儿童监护制度、更好地保障儿童健康成长具有重要的社会现实意义，对正在进行的民法典的编纂工作提供了重要参考和极具价值的立法建议。让国家监护制度为所有孩子托底，让每个儿童的人权能得到法律的保障，是构建儿童国家监护制度的真正动力与终极目的。

## 目 录

## 引 言

我国对《儿童权利公约》的批准与实施 ..... 孙 萌 何 飞 3

## 一、我国未成年人监护制度及其反思

父母责任与监护人职责不履行的实证研究 ..... 毋国平 35

儿童最大利益原则在亲子关系认定裁判中的适用

——行为能力制度视域下的一种观察 ..... 郝 佳 52

论留守儿童的父母责任回归

——以实证分析与国家监护为视角 ..... 吕春娟 65

被忽视的差异

——民法总则草案“大小监护”立法模式之争的盲区 ..... 刘证峰 84

完善我国未成年人监护立法的思考 ..... 曹思婕 107

## 二、域外未成年人监护制度之比较研究

比较法视野下的“父母责任” ..... 夏吟兰 121

美国监护制度中的未成年人保护概述 ..... 陈 汉 范 钰 137

美国终止父母权利制度述评 ..... 罗 清 148

从父母责任到国家监护——以保障儿童人权为视角

### 未成年子女利益之保护

——意大利法的经验与借鉴 ..... 陈 汉 164

### 亲子权利冲突中的利益平衡原则

——以欧洲人权法院判例为中心 ..... 刘证峰 174

## 三、国家监护制度的价值取向与规范路径

### 论未成年人监护制度公法化之价值取向

——以儿童最大利益为核心 ..... 张晓冰 195

### 在儿童最大利益原则和父母人权保护间寻找平衡

——以《欧洲人权公约》第8条为考察中心 ..... 刘证峰 212

### 论未成年人国家监护的立法构建

——兼论民法典婚姻家庭编监护部分的制度设计 ... 王竹青 226

国家监护的制度框架与规范路径 ..... 邓 丽 242

## 四、调研报告

北京市未成年人救助保护中心调研报告 ..... 靳世静 261

### 我国留守儿童监护权现存问题及解决路径探析

——以毕节市调研为样本 ..... 杨洋等 272

### 我国关于离婚案件中儿童抚养的立法与

实践 ..... 何俊萍 卢子颖 295

### “九零后”大学生经历家庭体罚现象的调查

报告 ..... 何俊萍 靳世静 309

## 五、立法建议

人权视角下儿童国家监护制度的构建 ..... 夏吟兰 林建军 329

## 引 言



## 我国对《儿童权利公约》的批准与实施

孙萌<sup>[1]</sup> 何飞<sup>[2]</sup>

《儿童权利公约》是迄今为止缔约国数量最多的核心国际人权公约，该公约为保障儿童权利提供了被广泛认可的国际法根据。目前，我国对于儿童权利的研究已经十分深入，但是以实施国际人权公约为视角，对儿童权利保障的探讨还比较薄弱。本文旨在通过对儿童权利的国际标准以及中国履行《儿童权利公约》的实际情况的研究，来分析中国保障儿童权利的成就和不足，从而进一步推进中国履行该公约的实践，完善对于儿童权利的保障。

### 一、《儿童权利公约》的诞生

回顾保障儿童权利的历史进程，国际社会对于儿童权利的重视源于一战。战争所带来的巨大的灾难，让数以万计的平民在战争中丧生，民不聊生，无家可归。而作为人类社会中最为弱小、最为孤立无援的群体——儿童更是遭受了巨大的蹂躏和摧残。作为社会的未来和希望，将儿童权利具体化、条文化和制度化首先被提上了日程。1924年，国际联盟制定并通过了第一个保护儿童权利的国际文件——《儿童权利宣言》，但是该宣言所保护的权利要求非常局限，主要聚焦于贩卖奴役儿童、虐待儿童、滥用童工、拐卖诱骗儿童等方面，更多地把儿童作为社会弱者来看待和保护，而不是将其作为一个权利主体，对其基本人权进

[1] 孙萌，女，中国政法大学人权研究院副教授，硕士生导师，法学博士。

[2] 何飞，男，中国政法大学人权研究院硕士研究生。



行保障。

第二次世界大战作为人类历史上又一次惨绝人寰的灾难，让整个国际社会认识到保障人权对于维护世界和平的重要意义。正是对于和平和人权的追求，促使以“维护国际和平与安全、促进可持续发展、保护人权、维护国际法”为使命的联合国得以建立。联合国大会在1948年12月10日通过的《世界人权宣言》（以下简称《宣言》）成了各国维护世界和平、保障人权和自由的重要依据。《宣言》第25条第2款特别强调了儿童作为权利主体应该受到平等的保护，不受到任何歧视性的待遇。自此，儿童权利在国际人权文件中进一步被重视，他们不再单纯地作为成年人、父母或者家庭的附属品而出现，而被认为是独立的权利主体。

1959年11月20日，联合国大会修订并通过了新的《儿童权利宣言》，它反映了整个国际社会在权利意识方面的进步以及对儿童权利的深刻关注。《儿童权利宣言》宣示了10项基本原则，以保障儿童的人身自由和生存权、姓名权、国籍权、活动权、教育权等权利。由于该宣言不具有法律约束力，因此，制定一部全方位保护儿童人权的国际公约逐渐成为国际共识。

1966年12月16日联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》不仅在世界范围内产生了广泛而深远的影响，而且进一步确认了儿童作为人权的主体，也为日后《儿童权利公约》的编纂奠定了基础并提供了参考范本。

1978年，波兰政府向联合国人权委员会第34次会议提交了一项关于“制定专门的有约束力的《儿童权利公约》”的提案建议，并于次年向人权委员会提交了《儿童权利公约草案》。此后经过近十年的磋商和探讨，《儿童权利公约》最终突破种种阻挠，于1989年获得正式通过。此后，联合国还通过了关于《儿童权利公约》的三个议定书，进而丰富了儿童权利的保障内容和救济方式。它们分别是联合国大会于2005年5月25日第54/263号决议通过的《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》和《〈儿童权利公约〉关于买卖儿