

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



民商法论丛

第
67
卷

Civil and Commercial Law Review No.67

梁慧星 主编

【本期主题】

国际代孕亲子关系认定中的儿童最大利益原则——汤 霞

被遗忘权视阈下网络服务提供者注意义务研究——姬蕾蕾

法律漏洞补充方法与司法运用——曹 磊

英国法中的惩罚性违约金判断标准：历史流变与启示——赵自轩



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

民商法论丛

第
67
卷

Civil and Commercial Law Review
No.67

梁慧星 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第67卷 / 梁慧星主编. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2018. 11

ISBN 978-7-5201-3494-1

I. ①民… II. ①梁… III. ①民商法-研究-文集
IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第214926号

民商法论丛 第67卷

主 编 / 梁慧星

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱 张 娇

出 版 / 社会科学文献出版社·集刊运营中心(010)59367161

地址: 北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 三河市龙林印务有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 26.25 字 数: 395千字

版 次 / 2018年11月第1版 2018年11月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-3494-1

定 价 / 98.00元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

儿童权益保护

- 003 论儿童权利保护的一般性原则
——以《联合国儿童权利公约》为文本分析 / 郑净方
- 033 国际代孕亲子关系认定中的儿童最大利益原则 / 汤 霞

专题研究

- 051 有限责任公司股东除名：理论、镜鉴与建议 / 钟三字
- 068 论作品起源国 / 阮开欣
- 085 相互保险组织会员及权利探析 / 杨婉青
- 095 被遗忘权视阈下网络服务提供者注意义务研究 / 姬蕾蕾
- 109 自甘冒险与侵权责任的承担 / 李 超
- 129 强制执行程序被执行人夫妻共同债务的推定及其救济 / 刘文勇
- 148 论《破产法》第 132 条的权利保护策略 / 李磊明
- 161 二胎化立法与离婚后生活水平保持义务 / 杨 云 杨遂全

法条释评

- 181 论返还财产请求权的诉讼时效
——《民法总则》第 196 条第 2 项之解释论 / 李元元
- 207 《民法总则》第 144 条评注 / 孙瑞玺

目 录

法学方法论

- 219 机关理论 /〔比利时〕瓦莱丽·西蒙娜 刘 骏 赵婉雪 译
- 234 法律漏洞补充方法与司法运用 /曹 磊

域外法

- 267 南非违约救济制度研究 /曹艳芝 刘剑锋
- 327 英国不公平损害救济制度述评 /林少伟
- 344 论俄罗斯著作权制度的产生 /姜海洋
- 365 英国法中的惩罚性违约金判断标准：历史流变与启示 /赵自轩

体育法

- 389 魔高一尺，道高一丈
——里约奥运会上国际反兴奋剂制度的新发展 /宋彬龄 韩海霞

儿童权益保护

论儿童权利保护的一般性原则

——以《联合国儿童权利公约》为文本分析*

郑净方

目次

引 言

一 儿童最佳利益原则

二 非歧视原则

三 生命、生存和发展权原则

四 尊重儿童意见原则

结 语

引 言

对于《联合国儿童权利公约》(United Nation Convention on the Rights of the Child, 以下简称《儿童权利公约》、《公约》或者 UNCRC) 的四个原则, 我国国内有学者认为是儿童最佳利益、平等(非歧视)、尊重儿童和多重责任原则。^① 而国外学者大都认为是儿童最佳利益, 非歧视, 生命、生存和发展权以及尊重儿童意见原则。本文在探究《儿童权利公约》之一般性原则时以儿童权利委员会(Committee on the Rights of the Child)的文件为准。儿

* 本文系福建省社科规划青年项目“家庭法视域下儿童权利研究”(项目编号: 2013C007) 的阶段性研究成果。

① 如王雪梅《儿童权利论: 一个初步的比较研究》, 社会科学文献出版社, 2005; 王勇民《儿童权利的国际法保护》, 法律出版社, 2010。

童权利委员会在其1991年的第一届会议上,在有关缔约国提交的初步报告的形式和内容之《一般性指南》(General Guidance)中,确认了《公约》的四项一般性原则:非歧视(non-discrimination)(第2条),儿童最佳利益(best interest of the child)(第3条),生命、生存和发展权(right to life, survival and development)(第6条)和尊重儿童意见(respect for the views of the child)(第12条)。^① 儿童权利委员会在其一般性意见(General Comments)中^②、儿童权利基金会(UNICEF)在其一系列出版物中^③也是采取这一种观点。四个指导原则(一般性原则)构成了《公约》所确立的权力的整体框架,并作为解释和理解《公约》的基础。

一 儿童最佳利益原则

《儿童权利公约》第3条第1款规定:“关于儿童的一切行为,不论是由公共或私立社会福利机构、法院、行政机关或立法机构执行,均应以儿童的最佳利益为一种首要考虑(a primary consideration)。”^④ 这一规定构成了《儿童权利公约》的最佳利益原则。

(一) 儿童最佳利益原则之内涵与发展

1. 儿童最佳利益的界定

对于儿童最佳利益,学界并没有明确的界定,学者对其理解也各有不同。儿童最佳利益在诸多国际公约中得到承认,但对儿童最佳利益的具体内涵却没有明确的规定,对其效力的规定也有不同。

① General guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by States Parties under article 44, paragraph 1 (a) of the Convention. See U. N. Doc. CRC/C/5 (1991), para. 13.

② See General Comment No. 12 (2009) of Committee on the Rights of the Child (CRC/C/GC/12), para. 2; General Comment No. 13 (2011) of Committee on the Rights of the Child (CRC/C/GC/13), para. 59.

③ United Nations Children's Fund, *The State of the World's Children 2012: Children in an Urban World*, UNICEF, 2012, p. 17.

④ See Article 3 (1) of United Nations Convention on the Rights of the Child 1989.

(1) 学者对儿童最佳利益的理解。罗伯特·姆努金 (Robert Mnookin) 在 1975 年指出, “确定什么对于儿童来说是最好的, 提出了一个现在看来仍然根本的问题, 即生命本身的目的和价值”^①。当然, 儿童最佳利益包含了什么, 这取决于对这一概念的理解。“能够影响儿童福利之遗传、金融、教育、环境和关系等一系列广泛的因素, 在法官、社会工作者或成人的影响下, 被法律限缩在一个狭窄的范围之内。”^② 对儿童最佳利益这一概念的界定较好的是约翰·伊科拉尔 (John Eekelaar)。他将最佳利益界定为: “最佳利益是尽可能没有不利情况的成年的基本利益, 例如身体、情感和智力方面的照顾发展利益; 自由利益, 尤其是选择自我生活方式的自由。”^③ 他又论述道: “将《儿童权利公约》建构为成人对儿童所应承担的义务清单, 这从逻辑上是可行的。”^④ 但伊科拉尔的这一界定将人类视为卑屈的, 最好应对其进行约束和控制, 这揭示了一种消极的怀疑的人性观。

(2) 国际文件对儿童最佳利益的规定。1959 年联合国《儿童权利宣言》(Declaration of the Rights of the Child 1959) 最早提出了儿童最佳利益原则, 即: “儿童应受到特别保护, 并应通过法律和其他方法而获得各种机会与便利, 使其能以健康而正常的方式和在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。为此目的而制定法律时, 应以儿童的最佳利益为至高无上的考虑 (the paramount consideration)。”^⑤

① Robert Mnookin, “Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, *Law and Contemporary Problems*, Summer 1975, p. 260.

② Michael King & Christine Piper, *How the Law Thinks about Children* (2nd edition), Ashgate Publishing Limited, 1995, p. 50.

③ John Eekelaar, “The Importance of Thinking that Children Have Rights”, *International Journal of Law and the Family*, April 1992, pp. 230 - 231.

④ John Eekelaar, “The Importance of Thinking that Children Have Rights”, *International Journal of Law and the Family*, April 1992, p. 234.

⑤ See Principle 2 of the Declaration on the Rights of the Child 1959. It provided: the child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

它是第一部明确规定“儿童最佳利益”的国际人权文件。

在《儿童权利公约》中，儿童最佳利益是出现频率较高的一个词，也是贯穿《公约》的一个原则。儿童最佳利益（best interest of the child）一共出现了9次，即出现在第9（1）条、第9（3）条、第18（1）条、第20（1）条、第21条、第37（c）条和第40（2）（b）（iii）条中。但是，《公约》并没有对最佳利益进行界定，也未对其进行进一步的阐释。儿童权利委员会虽然未对儿童最佳利益的含义发布一般性意见，但是在发布的23个一般性意见中^①有多处提到了儿童最佳利益。如第1号一般性意见第9段、第2号一般性意见第9（i）段等等。

这里要注意的问题是，虽然很多国际文件都规定将儿童最佳利益予以考虑，但有的是“一个”（a）首要考虑，有的是“这个”（the，强调唯一性）首要考虑，有的是“首要”（primary）考虑，有的是“至高无上的”（paramount）考虑。如《儿童权利公约》第3（1）条规定的是“a primary consideration”，而第21条的收养条款规定的却是“the paramount consideration”。1959年《儿童权利宣言》第2条和1986年联合国《关于儿童保护和儿童福利，特别是国内和国际寄养和收养办法的社会与法律原则宣言》第5条明确规定儿童最佳利益是“the paramount consideration”。

从上面这些条文可以看出，各个时期立法者对儿童最佳利益的态度不同或者适用程度不同。在《儿童权利公约》规定的最佳利益原则这一条款中，儿童最佳利益并不是唯一的首要考虑，只是其中之一。儿童权利委员会坚持，为了确保在一切有关儿童的行动中均以儿童的最大利益为一种首要考虑，需要评估所有立法和其他形式的政策对儿童的影响，以确定任何拟议的法律或政策或预算分配对儿童权利的影响。^②

① 截至2018年6月，儿童权利委员会共发布了23个一般性意见（General Comments），对相关问题或术语进行解释、发表意见。See from the website of Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights（OHCHR），at http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11，visited on June 21st，2018.

② See General Comment No. 5（2003）of Committee on the Convention on the Rights of the Child（CRC/GC/2003/5），para. 45.

2. 儿童最佳利益原则的制定过程

在《儿童权利公约》的起草准备工作过程中,作为“首要考虑”的儿童最佳利益的效力,也是各国代表争议的主题。波兰代表提交的《儿童权利公约》的第一次草案完全复制了1959年《儿童权利宣言》原则二之条文规定^①,一些代表对此不能认同。因此1980年人权委员会工作小组(Working Group)又提交了一份草案,将儿童最佳利益视为一种首要考虑(a primary consideration)^②。一些与会代表认为,这一提法使得在紧急状况中不考虑儿童利益成为可能。如果儿童最佳利益被视为特定的或唯一的首要因素,这是不可能发生的事情。也就是说,在极少数的情况下,有些因素与儿童最佳利益同等重要或更重要,例如在分娩过程中母亲的健康。^③

《公约》还规定,应当考虑“儿童最佳利益”的法律实体。根据“起草过程记录”(travaux préparatoires)^④,在《公约》最初版本中,法律实体包括“父母、监护人、社会或国家机构,尤其是法院和行政机关”。^⑤美国代表提出,删除父母和监护人,并将这些实体采取的行为限制为“有关儿童的官方行为”。对“官方”这一术语的解释是,将纯粹的私人决定排除在该条范围之外。当然,两种做法的目的都是一样的,即排除父母和法定监护人。^⑥各国磋商的最终结果是:删除了“官方”一词,但也仍然将父母和法定监护人排除在外,同时增加了“立法机构”。^⑦在《公约》最终版本中,这些法律实体是“公共或私人社会福利机构、法院、行政机关或立法机构”,这反映了国家之间利益的一种妥协。

① See U. N. Doc. E/CN. 4/1292 (1978), p. 124.

② See U. N. Doc. E/CN. 4/L. 1542 (1978), para. 44.

③ See U. N. Doc. E/CN. 4/L. 1575 (1981), para. 24.

④ travaux préparatoires, 磋商过程的官方记录,经常用以阐释条约或其他文件的立法意图。See http://en.wikipedia.org/wiki/Travaux_pr%C3%A9paratoires, visited on June 24th, 2018.

⑤ See U. N. Doc. E/CN. 4/L. 1575 (1981), para. 20.

⑥ See U. N. Doc. E/CN. 4/1349 * (1980), pp. 2 - 3.

⑦ See U. N. Doc. E/CN. 4/L. 1575 (1981), para. 25.

(二) 儿童最佳利益原则的法律适用

1. 儿童最佳利益原则的主要立法例

儿童最佳利益的认定曾经主要发生于监护纠纷中,但是现在也见于很多医疗决定案例之中,比如父母决定是否应该给儿童接种麻腮风疫苗。大多数法院在审理案件时都认为应依据儿童最佳利益原则予以考虑。而且,它不仅适用于私人主体之间的利益纠纷,如 *Yousef 案*^①;而且也不断适用于将儿童带离父母身边由国家照顾等公共法律领域,如 *Sommerfeld 案*^②。可见,儿童最佳利益原则在各国的司法实践中的适用范围是比较广泛的。

(1) 英美法系国家的立法例。儿童最佳利益作为一项指导原则,在美国法中已经存在一百多年。南北达科他州早在建立前,于1877年引入儿童最佳利益原则,作为法院判定儿童是否获得监护或由谁来监护的一个重要因素。^③ 1881年美国堪萨斯州最高法院审理的 *Chapsky v. Wood 案*^④ 通常被认为是第一次表达考虑儿童最佳利益理念的判例。从那时起,该术语或者一些实质上的类似解释,先后出现在无数的判决和法令中,涉及收养、父母权利、教育、童工以及其他有关儿童福利等各个领域。^⑤ 同样,美国联邦法律也经常援引儿童最佳利益原则。

英国在《1989年儿童法》(Children Act 1989)第1条第1款中明文规定,涉及儿童抚养、儿童财产的管理或财产孳息使用等有关事项时,法

① *Yousef v. The Netherlands* [2003] 1 FLR 210. 法院强调,当《欧洲人权公约》第8条规定之父母与儿童的权利都处于危险之中时,儿童的权利应当是至高无上的考虑。

② *Sommerfeld v. Germany* [2002] 1 FLR 119.

③ Elisabeth A. Mason, "The Best Interest of the Child", in Jonathan Todres et al., *The U. N. Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty and Implications of U. S. Ratification*, Transnational Publishers, 2006, p. 123.

④ *Chapsky v. Wood*, 26 Kan. 650 (1889). 该案的审理法院将一个5岁女孩的监护权判给了她的祖母而不是父亲。法院认为,这个一直与其祖母在一起生活的女孩可以继续通过这种照顾获得较好的成长。

⑤ Elisabeth A. Mason, "The Best Interest of the Child", in Jonathan Todres et al., *The U. N. Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty and Implications of U. S. Ratification*, Transnational Publishers, 2006, p. 124.

院应将儿童福利作为首要考虑因素。^①

澳大利亚 1995 年《家庭法改革法》(Family Law Reform Act 1995) 明确规定, 法院在作出抚养计划 (parenting plan)、抚养令 (parenting order)、查询住所令 (location order)、返还子女令 (recovery order) 及其他与儿童有关的命令时, 以及在与子女有关的一切诉讼中^②, 应当将儿童最佳利益作为首要考虑。

(2) 大陆法系国家和地区的立法例。《德国民法典》第 1697a 条明确了儿童最佳利益原则, 以不另有规定为限, 在关于“父母照顾”一节所规定的事务的程序中, 法院做出在考虑到真实情况和可能性以及利害关系人的正当利益的情况下, 最符合儿童最佳利益的裁判。^③

经修订的《法国民法典》和《日本民法典》没有明文规定儿童最佳利益原则, 但在具体条文中体现了对未成年子女利益的保护。如《法国民法典》第 371-5 条规定的“如不可能这样做, 或者子女的利益要求另做安排”、第 373-2-1 条规定之“如果子女的利益有此要求”。^④ 2004 年《日本民法典》第 819 条第 6 款规定: “可认定为子女的利益有必要时, 家庭法院根据子女亲属的请求, 可以将亲权人变更为另一方。”^⑤

2. 主要国家和地区对儿童最佳利益的判定

英国《1989 年儿童法》第 1 条第 3 款罗列了法院在认定儿童最佳利益时应考虑的七大因素: 儿童的真实愿望和感受 (根据他的年龄和理解能力衡量); 儿童的身体、情感及教育需要; 任何变化对儿童可能的影响; 儿童的年龄、性别、家庭背景及法院认为相关的任何性格特征; 儿童已经遭受的伤害或可能遭受的伤害的危险; 儿童的父母及法院认为与所需解决的问题相关的其他人满足儿童需要的能力; 法院依本法在诉讼争议中行使

① 蒋月:《英国婚姻家庭制定法选集》, 法律出版社, 2008, 第 137 页。

② See Sections 63B (b), 65E, 67L, 67V, 67ZC (2) and 68B (1) of the Family Law Reform Act 1995.

③ 陈卫佐译注《德国民法典》(第 4 版), 法律出版社, 2015, 第 517 页。

④ 罗结珍译《法国民法典》, 北京大学出版社, 2010, 第 115~116 页。

⑤ 渠涛编译《最新日本民法》, 法律出版社, 2006, 第 175 页。

权力的范围。^①

美国1973年《统一结婚与离婚法》(Uniform Marriage and Divorce Act 1973)^②第402条规定,法官适用儿童最佳利益原则时,须考虑下列因素:儿童父母对于监护之意愿;儿童对于监护人之意愿;儿童与其父母、兄弟姐妹或其他可能影响到其最佳利益之其他人的互动及相互关系;儿童对于住所、学校及社区的适应情形;以及所有利害关系人的心理及身体健康状况。^③在美国,为了避免儿童最佳利益原则判断的困难,法院在审理监护案件时曾发展出三种不同的推定原则。这三种原则分别为“共同监护”(joint custody)、“心理上父母”(psychological parent)及“主要照顾者”(primary caretaker)原则。

为增加儿童最佳利益的可操作性,澳大利亚1995年《家庭法改革法》第6F8(2)条明确规定,法院在确定儿童最大利益时,必须考虑子女所表达的任何愿望,以及法院认为与子女愿望相关的其他重要因素(例如子女的年龄或理解水平);子女与父母及其他人员的关系状况;生活环境的变化可能对其产生的影响,包括与以下所列人员分开可能对其产生的影响:父或母、其他子女或与之共同生活的其他人;子女与父或母接触的现实困难或花费,以及是否影响维系定期接触的父母子间的感情;等等12种因素。^④

在德国,作为离婚后子女亲权归属之最高决定基准的儿童最佳利益原则,学说及实务考虑四个标准:①支持原则,人格、能力及职业,较能照顾子女,并帮助子女人格之健全发展获得亲权;②继续性利益,应使子女目前以及未来之教育、发展获得一致性;③子女之意愿、年龄及性别,而子女之意愿则应考虑子女之年龄及动机等;④另有学者主张斟酌上述因素

① 蒋月等译《英国婚姻家庭制定法选集》,法律出版社,2008,第137页。

② 又称《标准结婚与离婚法》(Model Marriage and Divorce Act),是结婚和离婚的示范章程,由美国全国统一州法会议委员会(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)于1970年颁布,1973年修订。

③ See § 402. "Best Interest of Child" of Uniform Marriage and Divorce Act 1973.

④ 陈苇、王鹏:《澳大利亚儿童权益保护立法评介及其对我国立法的启示——以家庭法和子女抚养(评估)法为研究对象》,《甘肃政法学院学报》2007年第5期。

仍无法做出符合子女利益之决定时，可考虑婚姻破裂之原因及离婚程序进行之状态等。^①

（三）对儿童最佳利益原则之评析

儿童最佳利益具有非唯一性。《公约》条文中使用不定冠词“a”反映了起草者试图在最大限度情形下权衡儿童最佳利益^②，既确保儿童最佳利益原则的广泛适用，但又想将其约束力与现实相符。这也就意味着儿童最佳利益并不总是单一的至上性考虑因素，它需要与相冲突的其他人权利益进行竞争，比如儿童之间、儿童群体与成人群体之间。^③ 它承认其他当事人在某些情形下可能有同等甚至更高的法律利益（比如分娩时的紧急医疗事故）。尽管如此，起草者意图通过该条款建立一个原则，即影响儿童的决定必须首要考虑儿童的最佳利益，而父母利益或国家利益都不是最重要的考虑因素。^④

儿童最佳利益具有不确定性。几乎所有的人权文件都要求在所有涉及儿童的争议中首要考虑儿童最佳利益。但是在实践中，该标准的范围和程度却是不确定的。^⑤ 不同社会不同历史时期对于儿童最佳利益的概念是不一样的。不同文化也不可避免地对什么是儿童最佳利益有不同的概念。^⑥ 当夫妻一方是基督徒，另一方是伊斯兰教信徒时，他们对于儿子是否割包皮发生冲突，父母双方都将儿童最佳利益放在心上，但是对其却有不同

① 陈惠馨：《比较研究中、德有关父母离婚后父母子女间法律关系》，载陈惠馨著《亲属法诸问题研究》，月旦出版公司，1993，第276～278页。

② Elisabeth A. Mason, "The Best Interest of the Child", in Jonathan Todres et al., *The U. N. Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty and Implications of U. S. Ratification*, Transnational Publishers, 2006, p. 123.

③ Rachel Hodgkin & Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (3rd edition), United Nations Children's Fund, 2007, p. 38.

④ Claire Breen, *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 9.

⑤ Sandra Ferreira, "The Best Interests of the Child: From Complete Indeterminacy to Guidance by the Children's Act", *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, May 2010, p. 201.

⑥ *Al-Habtoor v. Fotheringham* [2001] 1 FLR 951.

解释。^①

儿童最佳利益具有性别中立性。美国在早期子女监护立法上借鉴英国的立法和司法经验,法院在离婚时子女监护问题上原先坚持“父权优先原则”,随后摒弃这一原则,引入并遵循“幼年原则”,坚持“母权优先”(maternal preference)。不论父权优先原则还是幼年原则都具有性别色彩。从20世纪70年代开始,各州法院纷纷以违反本州有关权利平等的法律规定或违反联邦宪法有关权利平等的第14修正案为由将“幼年原则”推翻,并发展出性别意涵较中立的“儿童最大利益原则”,作为法院判断儿童监护归属争议案件的考量标准。^②

儿童最佳利益之判断具有主观性。在监护纠纷案件中,法官作出的裁定或立法者采纳的政策将取决于儿童福利的哪些方面在法官或立法者的头脑中占主导地位。换言之,他们脑中有个根深蒂固的价值判断标准,最佳利益因此而具有主观性^③,如 *Painter v. Bannister* 案^④和 *Re M.* 案^⑤。最佳利益在法律上的模糊性和其本身的不确定性使得法官在审理案件时,自由裁量权过大。

儿童最佳利益之判断具有困难性。法院判断儿童最佳利益之原则时,必须对可能之结果加以分析及比较之后,始能得到儿童最佳利益。法院对于不确定之因素及信息之取得,必须花费相当之时日及心神。且法官之工作甚为忙碌,是否有时间、精力,依儿童最佳利益之内涵逐一调查考虑,亦令人存疑。^⑥ 因此,法院在进行儿童最佳利益判定时,存在一定的困难。这使得法官不得不放弃找寻儿童最佳利益的最真实结果,而是转向经验性

① In Re. J. [2000] 1 FLR 571; In Re. S. [2005] 1 FLR 236.

② 陈苇、谢京杰:《论“儿童最大利益原则”在我国的实施——兼论〈婚姻法〉等相关法律的不足及其完善》,《法商研究》2005年第5期。

③ Michael D. Freeman, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child—Article 3: The Best Interest of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 28.

④ *Painter v. Bannister*, 140 N. W. 2d 152 (1966). 本案法院在很大程度上依赖于一个儿童心理学家的证词,并将儿童心理学上的最佳利益作为判决基础。法院认为“在儿童的正常发展过程中,家庭的安全性和稳定性比智力激发更为重要”。

⑤ In Re. M. [1996] 2 FLR 44. 本案经常被称为“祖鲁男童”案。本案的焦点在于,一个9岁男童的最佳利益是继续与其白人养母待在伦敦生活还是回到南非的父母身边。

⑥ 黄义成:《论以未成年养子女为中心之收养法》,中正大学硕士学位论文,2001,第20~21页。