

外国家庭法及妇女理论研究中心项目

One of the Items of Foreign Family Law and Women's Theory Research Center

家事法研究学术文库

Works of Researches on Family Law

陈苇主编

Chen Wei Chief Editor



儿童最大利益原则下的 亲子法研究

Research on the Parentage Law under the
Principle of the Best Interests of Child

曹贤余 著

By/Cao XianYu



群众出版社

外国家庭法及妇女理论研究中心项目
家事法研究学术文库

陈 苇 主编

儿童最大利益原则下的 亲子法研究

曹贤余 著

群众出版社
2015·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

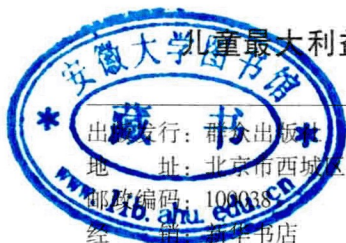
儿童最大利益原则下的亲子法研究/曹贤余著. —北京: 群众出版社, 2015. 4

(家事法研究学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5014 - 5342 - 9

I. ①儿… II. ①曹… III. ①亲属法—研究 IV. ①D913. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 074150 号



儿童最大利益原则下的亲子法研究

曹贤余 著

出版发行: 群众出版社

地址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经销: 新华书店

印刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版次: 2015 年 4 月第 1 版

印次: 2015 年 4 月第 1 次

印张: 10. 625

开本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字数: 289 千字

书号: ISBN 978 - 7 - 5014 - 5342 - 9

定价: 40. 00 元

网 址: [www. qzCBS. com](http://www.qzCBS.com)

电子邮箱: [qzCBS@sohu. com](mailto:qzCBS@sohu.com)

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究



丛书主编简介

陈苇 女，四川资中县人，1987年于西南政法学院民法专业硕士研究生毕业，获法学硕士学位，留该校任教至今。主要研究方向为婚姻家庭继承法、妇女儿童老人权益保护。2003年12月至2004年12月其受国家留学基金资助公派出国留学，作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修外国家庭法一年，现任西南政法大学民商法学院教授、博士生导师、外国家庭法及妇女理论研究中心主任，兼任家庭法国际学会执行委员会委员和学术委员会委员、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长，重庆市妇联法律顾问、重庆市沙坪坝区人民法院“未成年人司法制度研究基地”专家咨询委员会委员。

代表性成果包括：独著、主编的《中国婚姻家庭立法研究》（第一版、第二版）、《外国婚姻家庭法比较研究》、《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》、《改革开放三十年（1978~2008）中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》以及“家事法研究学术文库”的著作《中国继承法修改热点难点问题研究》、《我国防治家庭暴力情况实证调查研究——以我国六省市被抽样调查地区防治家庭暴力情况为对象》等共计二十余部；在《中国社会科学文摘》、《中国法学》以及International Journal of Law, Policy and the Family; The International Survey of Family Law; US-China Law Review; 21st Century Law Review等中外学术刊物发表中英文学术论文八十余篇。此外，还主编出版《家事法研究》学术论文集刊六卷（2005年卷至2010年卷）和主持翻译“外国家事法译丛”译作六部，包括《加拿大家庭法汇编》、《澳大利亚家庭法（2008年修正）》、《美国家庭法精要》（第五版）、《澳大利亚法律的传统与发展》（第三版）、《自治的神话：依赖理论》（第一版）、《德国继承法》（第六版）；应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材一部：Practical Global Family Law——United States, China and Italy（2009年4月在美国出版）。

《家事法研究学术文库》顾问

(以姓氏笔画为序)

巫昌桢(中国政法大学教授)

杨大文(中国人民大学教授)

杨与龄(台湾“国立”政治大学教授)

张贤钰(华东政法大学教授)

陈明侠(中国社会科学院法学所研究员)

林秀雄(台湾辅仁大学教授)

前 言

自1978年西南政法学院复办以来，我国著名的婚姻法专家、中国法学会婚姻法学研究会副总干事杨怀英教授担任了我校婚姻法研究方向的学科带头人。1985年3月至7月，我校承担了司法部委托的全国法律专业婚姻法师资进修班的教学任务。当时全国著名的婚姻法专家巫昌祯、杨大文、王德意、李忠芳、任国钧等教授应邀前来我校，与我校全国著名的婚姻法专家杨怀英教授及胡平等教师共同为来自全国的婚姻法师资进修班学员们上课，传授婚姻法的理论知识和教学经验。如今，该婚姻法师资进修班的学员们大部分都成了各高校婚姻法领域的著名专家学者和骨干教师，他们为国家培养了大批优秀的人才。因此，可以说，我校是我国婚姻法学人才培养的摇篮。在科研方面，杨怀英教授先后主编出版了《滇西南边疆少数民族婚姻家庭与法的研究》（法律出版社1988年出版）、《中国婚姻法论》（重庆出版社1989年出版，1991年荣获重庆市社会科学优秀科研成果三等奖）、《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》（四川民族出版社1994年出版，1996年荣获四川省社会科学优秀科研成果二等奖）等专著和教材。1995年杨怀英教授去世后，由中国法学会婚姻法学研究会常务理事邓宏碧教授担任我校婚姻法研究方向的学科带头人。邓宏碧教授、胡平副教授等老教师带领讲授婚姻法课程的教师们，继续努力进行教学和科研工作。尤其值得指出的是邓宏碧教授主编的《中国少数民族人口政策研究》（国家社会科学“八五”规划重点科研项目，重庆出版社1998年

儿童最大利益原则下的亲子法研究

出版) 2001 年荣获重庆市社会科学优秀科研成果一等奖。

本人于 1979 年 9 月考入西南政法学院法律系本科学习, 1983 年 6 月毕业, 任教一年后, 于 1984 年 9 月考入西南政法学院攻读民法专业硕士研究生, 师从杨怀英教授, 主要研究方向为婚姻家庭继承法。1987 年 7 月本人硕士研究生毕业后留校任教至今。我在母校学习和从事婚姻家庭继承法的教学和科研工作, 至今已有 30 多年了。在这 30 多年中, 在母校各级领导和老师们的辛勤培养下, 我由一名学生成长为教授、博士生导师、博士后合作导师; 于 1996 年 5 月起担任民法教研室副主任, 于 1999 年 5 月起担任民法教研室主任, 于 2003 年 5 月起至今担任婚姻家庭继承法教研室主任。在婚姻法学界老一辈专家的辛勤培养下, 本人于 1996 年 7 月起担任中国法学会婚姻法学研究会理事, 于 1999 年 7 月起担任中国法学会婚姻法学研究会常务理事, 于 2004 年 7 月至今, 担任中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长。2003 年 12 月至 2004 年 12 月, 本人受国家留学基金资助由教育部公派出国留学, 作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修外国家庭法一年。留学回国后, 本人于 2005 年 1 月向学校提出了建立“西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心”的书面申请。2005 年 4 月 1 日西南政法大学校长办公会议批准同意该研究中心成立, 任命本人担任主任。

自 2005 年 4 月该研究中心成立后, 本人夙夜忧虑, 恐负厚望, 带领研究中心的教师和研究生组成科研创新团队, 勤奋科研, 不敢懈怠。近年来, 本人担任项目负责人, 主持完成并公开出版的专著、译著有 10 余部: 《外国婚姻家庭法比较研究》(重庆市哲学社会科学“十五”规划项目, 2006 年 1 月出版)、《加拿大家庭法汇编》(2006 年 1 月出版)、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》(重庆市教委人文社科项目, 2007 年 1 月出版)、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》(国家社科基金项目子课题, 2008 年 1 月出版)、《澳大利亚家庭法(2008 年修正)》(重庆市教委人文社科重点项目, 2009 年 1 月出版)、《美国家庭法精要(第五版)》

(2010年3月出版)、《改革开放三十年(1978~2008)中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》(西南政法大学重点项目,2010年1月出版)、《中国婚姻家庭法立法研究》(第二版,2010年1月出版)、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》(国家社科基金项目结项成果著作,经专家匿名评审后被鉴定为“优秀”等级,入选2010年度《国家哲学社会科学成果文库》,全国哲学社会科学办公室在“出版说明”中指出:入选成果代表当前相关领域学术研究的前沿水平,体现我国哲学社会科学界的学术创造力,按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。该著作于2011年3月出版)、《澳大利亚法律的传统与发展(第三版)》(2011年5月出版)、《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》(司法部部级科研项目,2012年5月出版)、《中国继承法修改热点难点问题研究》(2013年10月出版)、《我国防治家庭暴力情况实证调查研究——以我国六省市被抽样调查地区防治家庭暴力情况为对象》(中国法学会部级法学研究课题,2014年5月出版)等。此外,本人应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材1部: *Practical Global Family Law—United States, China and Italy* (2009年4月在美国出版)。

为促进婚姻家庭继承法领域的学术研究和学术交流,本人于2005年起创办《家事法研究》学术论文集刊。自《家事法研究》2006年首卷面世以来,至2011年的6年间,先后出版了2005年卷至2010年卷共计6卷,推出了一批具有前沿性的学术论文,培养了一批学术新人,受到学术界同仁和实务界人士的肯定和好评,产生了良好的社会影响。为进一步扩大《家事法研究》的学术影响,经本人提出申请,中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事会议同意,《家事法研究》从2011年卷起转为“中国法学会婚姻家庭法学研究会”的会刊。可以相信,今后在该研究会的精心主办下,《家事法研究》将在法学理论研究与司法实务探索相结合的沃土中

儿童最大利益原则下的亲子法研究

更加茁壮成长，枝繁叶茂！

长江后浪推前浪。为推出婚姻家庭继承法学研究领域具有前沿性、创新性的学术著作，培养更多的学术新人，自 2012 年起本人主编出版《家事法研究学术文库》丛书。此文库丛书作为学术研究和学术交流的平台，遴选出版婚姻家庭继承法研究领域具有前沿水平的博士学位论文和学术专著，每年拟出版 2~3 本。本文库丛书的出版，旨在通过婚姻家庭继承法学研究领域最新学术著作的出版，推出一批前沿理论和实务问题研究的新作，促进我国婚姻家庭继承法学研究朝着更深、更广的方向发展，以更多的优秀研究成果为我国民众处理婚姻家庭继承问题提供参考，为国家完善立法、改进司法服务。到 2014 年年底为止，本文库丛书已出版 11 部著作，在 2015 年将出版以下两部著作：《英国现代离婚制度研究》《儿童最大利益原则下的亲子法研究》，以飨读者。

最后，我对群众出版社的编辑们对本文库丛书的出版所付出的辛勤劳动，表示衷心的感谢！

陈 菁

2015 年 1 月 18 日

自 序

21 世纪是儿童权利彰显的时代，儿童作为一个独立的主体，理应享有其应当享有的一切权利。但实际上，儿童无论是在家庭、学校乃至社会上，由于从生理角度及行为能力上都处于比较弱势的地位。视线所及，儿童被遗弃、被家暴等现象从未间断过，而且也较为常见。对国家与社会来说，该种现象的大量存在是可悲的，儿童作为国家的未来、希望，理应享有更多的权利，得到国家与社会更多的关爱，应当享受到更多的法律保护。而儿童生活的第一场所为家庭，亲子法的调控更有利于儿童权利的保护。

在现代社会，亲子法已发生巨大变化，1989 年联合国《儿童权利公约》提出儿童最大利益原则，其具有平等、自由、公平、正义的价值取向。以尊重儿童为独立个体，倡导儿童与成人地位平等，并能保护家庭当中的弱势群体。随着联合国国际文献大力提倡儿童最大利益原则，许多国家法律纷纷给予响应，先后修改立法，并在调整亲子关系的法律中确立了此原则。

本书运用历史分析与比较法的方法，以儿童最大利益原则为视角，比较论证了法、德、英、美部分国家亲子法的历史嬗变，亲子关系立法基本理念经历了从家族本位—父母本位—子女本位的发展脉络。古代亲子法时期“父权”至上；在近代社会，“个人”已从家长制封建社会的桎梏中解放了出来，注重家庭中父母子女的权利义务；而现代社会则主张以“子女”为本位，强调子女的主体地位。两大法系立法理念虽有所不同，但发展到现在，最终都对亲子

儿童最大利益原则下的亲子法研究

关系调控确立了“儿童最大利益原则”，呈现出殊途同归的效果，因此，笔者认为有必要对何为儿童最大利益原则进行探讨。

在弘扬儿童权利的新时代，保护儿童权利须以儿童的眼光来看待。“儿童最大利益原则”可从以下三个方面考虑其内涵：第一，“最大利益原则”作为处理儿童事务的基本准则。凡涉及儿童的事务，在政策制定时都要考虑该原则；第二，“最大利益原则”应建立在把儿童视为独立个体权利之上，承认儿童有自治权；第三，是对成人权利的限制，以儿童权利为本，成人对儿童权利须由国家进行监督保障。许多国家法律以此原则为指导掀起了修法热潮，考虑到家庭中亲子关系的首要责任人一般为父母，这是传统私法调控的范畴，为保护儿童利益，更多国家的法律强化了国家监督，通过法院等机构的公权力介入，私权与公权在一定程度上需要平衡。国家对父母权利的干预措施，必须和父母不履行义务的严重程度以及维护子女利益的要求相适应。既不能放任父母，也不能介入过甚，这也是亲子法修改过程中需要平衡的问题。

本书针对法、德、英、美部分国家亲子法的现行制度进行比较评析，归纳总结出其发展趋势，即婚生子女与非婚生子女相区别的子女称谓，由有歧视含义转变为统一称谓；婚生推定制度逐渐被亲子关系确认制度所取代；人工生育及“代孕”出现了新理念，以及在照顾权、扶养义务、离婚后亲子权利方面出现的新趋势。了解并掌握这些发展趋势有助于分析我国儿童生活的现状，并结合我国现行立法与司法实践，对我国亲子关系法律制度存在的问题进行反思，在子女称谓、立法原则、立法模式及具体制度方面分析考察我国内地的亲子法，其立法内容稍显粗略，未能完全确立起以儿童最大利益原则为指导的立法，并分析其内容上存在的不足，力求对此加以完善。

在前文的分析研究基础之上，本书建议以儿童最大利益原则为指导以完善我国亲子法。并提出如下思考：

亲子法立法原则及立法体例选择。通过国内外比较评析，并借

鉴前人研究成果，提出在立法原则上以儿童最大利益原则为指导，根据我国实际，针对我国亲子法中需要修改的部分提出完善建议。在立法模式上，建议建立父母对子女的照顾权与监护权相分立的模式，各司其职。

在子女最大利益原则指导下对我国亲子法之具体制度内容的设计。在子女称谓上，不再区分婚生子女与非婚生子女。在亲子确认制度上，婚姻只作为确认父母类型的依据。建立亲子的认领制度，通过自愿认领与强制认领制度的建立来保护未成年子女的合法权益。建立完整的父母照顾权制度，规范父母照顾权的取得方式，完善父母照顾权的内容，设置公权力监督机构及未成年人救助机构，提供对未成年人援助和健康方面的照料，设立专门的家事法庭来处理涉及父母子女关系的纠纷，父母严重的失职行为有可能会致使其丧失照顾权。关于抚养费的支付及执行，建议采用“新雇佣员工登记簿”记录员工信息的方式，来找寻出不支付抚养费的父或母一方，强化法律的执行力度。对离婚后的亲子关系，考虑子女的最大利益涉及因素以判决照顾权。在分居或离婚后父母子女的照顾权裁判中，提出父母在分居或离婚后的共同照顾实际上是分割的照顾权，可从两方面界定：一是与子女共同生活一方单独管辖的范围包括日常生活事务；二是父母双方共同管辖的范围包括有重大意义的事项。并且该制度拓展到分居期间也可实施，有利于子女最大利益的保护。并提出对子女人数为2人以上的，并不直接按父母一人一个来监护，而应按儿童最大利益原则来判决，不排除由一方父母在人身照顾上给予照顾的可能。关于子女交往权，除父母外，其他近亲属如祖父母、外祖父母、兄弟姐妹等关系密切的人都有权与之交往，交往的主体以子女最大利益来判定。所有的完善建议以儿童最大利益为指导，切实保障未成年子女的合法权益，以促进未成年子女的健康成长，这是我们追求的最终目标。

曾经，监护权撤销被指为“僵尸条款”，实施了27年才迎来首个案例。令人欣慰的是，2014年12月18日最高人民法院、最

儿童最大利益原则下的亲子法研究

高人民检察院、公安部、民政部出台了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，其中，涉及性侵害等七种严重情形伤害时，人民法院可判决撤销其监护人资格，该《意见》自2015年1月1日起开始实施。该《意见》开启了保护儿童权利的新篇章，具有重要的历史意义。法律制度有一个不断完善的过程，今天的一小步，有可能就是未来的一大步！有坚持，才有希望，对此，笔者充满了坚定的信念。

诚然，笔者立足于对儿童最大利益原则下的亲子法领域进行研究，可能缘于信息、思维等方面的不足，仍有思虑不周之处，敬请各位专家、学者及同仁指正！

曹贤余

2014年于重庆·西南政法大学

目 录

前 言	陈 苇 (1)
自 序	曹贤余 (1)
引 言	(1)
一、选题背景和意义	(1)
二、国内外研究现状	(5)
三、研究思路与方法	(10)
四、本书创新之处	(11)
第一章 亲子法的立法理念与制度之变迁	(13)
第一节 亲子法的基本内容	(13)
一、亲子关系的种类	(15)
二、亲子关系的确认	(15)
三、亲子间的权利与义务	(18)
第二节 亲子法调控的意义	(20)
一、确定亲子间的身份关系	(21)
二、确立亲子间的权利和义务	(21)
三、保障亲子间权利义务的履行	(22)
第三节 域外亲子法演变之考察	(23)
一、大陆法系国家亲子法立法理念及内容的变迁	(23)
二、英美法系国家亲子法立法理念及内容的变迁	(36)
第四节 中国亲子法演变之考察	(46)

儿童最大利益原则下的亲子法研究

一、家族利益优先	(47)
二、父母利益优先	(52)
三、子女利益优先	(53)
第五节 中外亲子法演变考察之比较评析	(54)
一、两大法系亲子法演变之比较评析	(54)
二、中外亲子法演变之比较评析	(55)
第二章 儿童最大利益原则之理论基础	(57)
第一节 儿童最大利益原则的内涵	(57)
一、儿童最大利益原则的提出	(58)
二、儿童最大利益原则的含义	(59)
第二节 儿童法律地位演变之考察	(65)
一、儿童法律地位的基础	(65)
二、儿童法律地位的历史变迁	(67)
三、儿童权利主体地位的确认	(74)
第三节 儿童最大利益原则的价值取向与功能	(76)
一、儿童最大利益原则的价值取向	(76)
二、儿童最大利益原则的功能	(78)
第四节 儿童最大利益原则在亲子法中的确立	(81)
一、亲子关系调整之公权力干预限度	(81)
二、亲子法之儿童最大利益原则的建立	(89)
第三章 域外亲子法现行制度之考察与评析	(91)
第一节 现代亲子法的指导原则及立法体例	(91)
一、现代亲子法的指导原则——儿童最大利益原则	(91)
二、现代亲子法的立法体例与评析	(93)
第二节 现代亲子法的立法内容之考察与评析	(95)
一、亲子关系确认制度之考察与评析	(95)
二、子女认领制度之考察与评析	(117)
三、父母对未成年子女监护制度之考察与评析	(126)
四、父母对子女的扶养义务之考察与评析	(168)

五、父母分居或离婚后的亲子关系之考察与评析	(188)
第三节 现代亲子法的立法趋势	(210)
一、亲子关系确认制度的立法趋势	(211)
二、子女认领制度的立法趋势	(212)
三、父母对未成年子女监护制度的立法趋势	(213)
四、父母对子女扶养义务的立法趋势	(213)
五、父母分居或离婚后亲子关系的立法趋势	(214)
第四章 我国亲子法现行制度之考察与检讨	(215)
第一节 我国现行亲子法的立法现状与司法现状之考察	(215)
一、我国现行亲子法的立法现状之考察	(215)
二、我国司法实践亲子关系典型案例之考察	(224)
第二节 我国现行亲子法制度之检讨	(235)
一、亲子法的立法原则及体例之检讨	(236)
二、亲子法的立法内容之检讨	(240)
第五章 以儿童最大利益原则为指导完善我国亲子法的建议	(276)
第一节 立法原则及立法体例之选择	(278)
一、子女最大利益原则在我国亲子法的建立	(278)
二、建立父母照顾权与监护权分立的立法体例	(279)
第二节 子女最大利益原则下我国亲子法之具体制度内容设计	(280)
一、亲子关系的确认制度	(280)
二、子女认领制度	(282)
三、父母照顾权制度	(283)
四、父母对子女的扶养义务	(287)
五、父母分居或离婚后的亲子关系	(288)
结 语	(291)
主要参考文献	(293)

儿童最大利益原则下的亲子法研究

后 记 (312)

附 录

西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心简介

(中英文对照) (314)

西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心

已出版书目(2006~2012年) (319)