

CAMBRIDGE

民商法经典译丛

赵万一 主编

Family Law and the Indissolubility
of Parenthood

Patrick Parkinson

永远的父母：
家庭法中亲子关系的持续性

[澳]帕特里克·帕金森-著

冉启玉-主译



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

民商法经典译丛 | 赵万一 主编

Family Law and the Indissolubility of Parenthood

Patrick Parkinson

永远的父母： 家庭法中亲子关系的持续性

[澳]帕特里克·帕金森-著

译者 (按翻译章节顺序)

冉启玉 邢玉玲 杨芝岚

李珍珠 刘艳艳

审校 冉启玉 王杨



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

永远的父母:家庭法中亲子关系的持续性 / (澳)
帕金森(Parkinson, P.) 著;冉启玉译. —北京:法
律出版社, 2015. 1

(民商法经典译丛/赵万一主编)

书名原文: Family Law and the Indissolubility
of Parenthood

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8226 - 4

I. ①永… II. ①帕…②冉… III. ①婚姻法—研究
IV. ①D913. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 169267 号

永远的父母:家庭法中亲
子关系的持续性

[澳] 帕特里克·帕金森 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨昆玲

印刷 固安华明印业有限公司

印张 20.75 字数 249 千

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8226-4

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

This is a Chinese translation of the following title published by Cambridge University Press:

Family Law and the Indissolubility of Parenthood, ISBN: 978-1107614338

© Patrick Parkinson 2011

This Chinese edition for the People's Republic of China (excluding Hong Kong, Macau and Taiwan) is published by arrangement with the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom.

© Cambridge University Press and Law Press China 2015

This Chinese edition is authorized for sale in the People's Republic of China (excluding Hong Kong, Macau and Taiwan) only. Unauthorized export of this Chinese edition is a violation of the Copyright Act. No part of this publication may be reproduced or distributed by any means, or stored in a database or retrieval system, without the prior written permission of Cambridge University Press and Law Press China.

著作权合同登记号

图字: 01-2015-6820

民商法经典译丛编委会名单

主 任：赵万一

副主任：李雨峰

委 员（按姓氏笔画为序）：

刘云生 刘有东 张 力 张玉敏

陈 苇 汪世虎 谭启平

民商法经典译丛总序

将外国的经典法律著作翻译成中文既有为我国的制度完善和观念更新提供可借鉴资源的目的,更是出于共享人类文明发展成果的需要。按照学界通说,现代法治思想起源于西方,而中国一直盛行的则是以清官崇拜为代表的人治观念。具体说来,在绵延数千年的中国社会治理演化过程中,无论统治者采取的是罢黜百家,独尊儒术;还是崇尚佛儒释三教汇流,多管齐下;或是实行道法自然,无为而治;隐含平权、民主、限权要求的法治思想从未成为社会的主流。换言之,在与德治、礼制、(宗)教治的长期较量中,无论是作为社会治理的理念还是作为术势道的具体运用,法治都一直处于明显的劣势地位。而透过人类文明的进化史我们不难发现,法律治理由于相对于其他社会治理方式来说更为科学,更为规范,更能兼顾各方利益,因之成为现代各国社会治理的主流方式,而中国却成为典型的法治后发型国家。当然,作为法治后

发型的国家既有劣势,也有优势。其劣势是需要卸载沉重的历史包袱,需要对长期堆砌沉淀的思想积弊进行清除,需要对既有的社会治理方式进行解析、改造和重组。其优势是由于有丰富的法治思想可资凭依,有许多国家成功的法治经验可资借鉴,因此在社会的法治化建设过程中可以博采众长,直达目的。

在对外国的法治经验和法治理念的借鉴过程中,无论是理念层面的价值更新还是制度层面的结构重建,都需要借助于一定的介质和载体,其中最为主要的介质就是作为思想记录者的文字。而了解外国法治思想和法律制度的最有效、最为方便的方式也只有借助于对外国经典法学著作的翻译而完成。因为这些经典法学著作有些是历久弥新的法治精神和法治思想的升华,有些则是丰富法治经验的结晶。就其社会影响来看,很多重大的社会变革都是以法学思想和法律观念的变革为先导的。不但孟德斯鸠的《论法的精神》和卢梭的《社会契约论》直接催生了影响深远的社会启蒙运动,即便是庞德的“法是社会控制的工具”和萨维尼的法律是“民族精神”和“民族共同意识”体现的观点,也曾对现代法治地位的确立和具体法律制度的设计产生了广泛的影响。中国要想实现法治中国的伟大梦想,同样应当以先进的法治思想作引领,同样离不开对国外法治思想的吸收和移植。

对外国经典著述进行翻译的另一个原因则源于各国法治思想的差异性。如果我们对各国法律的特点稍加研究就会发现,由于民族文化传统、道德观念、风俗习惯乃至社会发展理念的不同,因此各国在立法技术的运用和具体制度设计上表现出明显的差异性。具体到不同的国别来说,美国法的主要特点是强调利益驱动和注重效率,英国法的特点是尊崇习惯、固守传统,法国法是自由主义至上和个人主义优先,德国法则强调团体意识、注重利益保护的兼容性;以瑞典为代表的游离于海洋法系和大陆法系之外的斯堪的纳维亚各国法律的特点是社会福利思想严重,而日本法的特

点则是博采兼收和实用主义盛行。打个不恰当的比喻,美国法扮演的是豪侠仗义的西部牛仔和唯利是图的淘金者角色,英国法则是遵从习惯和传统而又略显保守的骑士兼绅士;法国法是崇尚浪漫自由但却因知音难觅而略带忧伤的游吟诗人,德国法则是严谨呆板追求完美的正人君子;瑞典法是特立独行、杀富济贫、乐善好施的游侠,日本法无疑应当是棱角全无、中用不中看的经济适用男。再以代表社会进步的契约关系而言,据统计中国公司之间的商事契约无论多么重要一概只有几页而已,德国、法国、瑞典等国的契约一般在 15 页至 20 页左右,而英美国家的商事契约则一般都不会低于 50 页。契约厚度的不同不但反映了各国市场主体对法律依赖程度的不同和对自己权利重视程度的高低,而且在潜意识中体现出对契约精神尊重程度的差异。通过对各国法律文化和法律制度的广泛借鉴和吸收,我们就可以取其所长、补己所短,丰富我国的法治思想和法治理念。

法律是一种兼具有目的导向型要求和普适性要求的复杂精巧的制度设计,其预设目的的实现有赖于良好的适用土壤和适用机制。作为法律得到有效适用的前提是社会公众必须认可法律的权威,并愿意按照法律设定的规则处理彼此之间的关系,即对法律充满敬畏感和信仰感。而作为法律被敬畏的前提是法律必须有被信仰的基础和条件,即法律本身应提供合理的存在基础和存在价值。对法律的这种合法存在基础我们无法直接从法律条文中找到答案,而只能从法律之外获得灵感。因此任何国家的立法过程都绝非简单地将外国的法律制度直接加以照搬照抄,而应当是一个理解、吸收、消化、设计、产出的全新创造过程。即在法律的制定过程中,既要了解外国法制定的依据、理念和目的,同时也要了解外国法适用的条件、环境和效果。既要了解不同国家法律制度差异产生的原因和背景,也要了解制度移植后可能对本国产生的积极影响和消极影响。具体到我们国家来说,中国的法治现代化目

标绝非可以通过简单的对外国法的移植就能实现,而是需要对外国的先进制度与中国固有的传统文化、道德、习惯等进行有机嫁接。中国法制化的实现过程,同时也应当是外国法治之树与中国生存土壤、现代法治精神与传统行为习惯之间的相互砥砺和相互适应的过程。因此我们在对外国先进的法治文化进行吸收和引进过程中,不能全盘否定中国传统文化的存在价值,只有在对外国法治思想和中国传统文化兼收并蓄、融会贯通的基础上,通过扬弃和继承才能真正创建出适合中国需要的法治文化和法律制度。

最后值得说明的是,法律著作的翻译既是一项十分枯燥的文字堆砌工作,同时也是一项能够收获成功和梦想的创造性工作。因为法律著作的翻译并非单纯的在外国语言和中国语言之间进行简单的文字切换,更是一种多样性法律文化的交流融合过程。实际上翻译所遵从的雅、达、信本身就是一个全新的语言表达和凝聚译者思想感悟的再创造过程。不仅如此,相对于其他学术著述特别是文学作品的翻译来说,法学著作的翻译还有其更高的要求。由于法学著作的内容直接涉及社会的治理目标、原则、方法和路径,直接承载了治国安邦的思想和理念,因此其翻译就既包含了译者对外国法治思想和法律制度的理解,也隐含了对中国现行法治思想和法律制度的臧否评价内容,具有非常强的实用功利性目的。

西南政法大学是一所以法学为主的综合性大学,有较为深厚的法律文化积淀,虽然偏居西南一隅,但也不乏仰望天空的情怀,一直致力于推动中国的法治建设和社会进步。基于吸收外国法治营养为我所用的神圣使命感,审时度势,毅然启动了对国外民商法经典的大规模翻译工作。我们深知,凭我们的一己之力很难在浩如烟海的外国民商法著述中找寻到昆山之玉,只有依赖国内外群贤的积极参与,才能吹沙见金,真正撷得东海明珠。我们相信,通

过全国同仁的共同努力,外国的先进民商法理论一定能在中国获得广阔的表演舞台,法治中国之梦也一定会成为现实。我们愿为这一天的尽早到来竭尽自己的微薄之力。

赵万一

2014年2月16日于重庆宝圣湖畔

仅以此书纪念卡丽·西奥博尔德(Kari Theobald)

前 言

在当今发达社会,家庭有多种不同的形式,包括养育或者未养育子女的异性恋夫妻、已婚夫妻、婚外同居者、两地分居的夫妻、单身父母、共同享有监护权的离异父母、养育或者未养育子女的同性伴侣、混合或再婚等家庭以及作为孩子主要照顾者的祖父母家庭。即使是如此长的列举也不能穷尽。

近年来,关注非传统的、新兴家庭形式的学术文献很多。如同性婚姻等问题吸引了许多人的注意力。如同其他研究一样,这些问题的研究给人一种感觉——研究者正在探讨对这些现象进行法律上的认可与规制的前沿问题。易于对新生事物产生兴奋之情及更多地重视那些涉及人类的价值观和信念的问题是人类的自然倾向。然而,许多这样的家庭法问题,尽管它们很有趣而且很重要,但是只影响到现代社会中的一小部分人。

在以下这些当事人中,或真切地受到家庭

法的调整,或就这些事情寻求过律师的建议,或有诉讼在身,其中有很大一部分是有子女的异性男女。这些受到家庭法规则和程序调整的占人口绝大多数的人正是本书所关注的对象。

曾经有段时间,学者们对由于异性恋关系破裂而引起的问题和冲突的分析主要集中在婚姻破裂方面。因此,本书第一部分的历史反思集中在大约40年前围绕离婚问题所作的假定和预期上。婚姻不再占据它以前曾经拥有的中心地位,至少在西方国家是这样,既在欧洲、北美国家如此,婚姻内涵源于希腊、罗马和犹太的基督教思想的国家也如此。这些年来,许多在分手后产生家庭法律纠纷的父母是未结婚就生活在一起或者从未在一起共同生活过。本书的论点是在这些合作伙伴分居之前无论他们之间的身份关系是什么,亲子关系都将他们捆绑在一起,且亲子关系的纽带比婚姻的束缚更持久。

由此,虽然本书的焦点是在异性恋关系中出生的孩子的亲生父母所引起的问题,但它不仅仅是关于结婚和离婚的问题。在许多国家,在异性恋关系中有共同孩子的绝大多数人会在某一阶段缔结婚姻关系。即使是从未共同生活在一起的那些人也会发现他们因亲子关系的纽带而相互彼此联系在一起。此种分析很有可能同样适用于照顾孩子的已分手的同性伴侣之间以及应用于亲生父母和继父母之间的家庭法律纠纷。但此类争端在多大程度上与那些异性恋的亲生父母之间的纠纷相似或者不同可能不属于本研究的主题。

我想要写这本书的初衷始于10年前,当时我已观察到,在澳大利亚,当父母分居后,围绕着子女养育而展开的来势汹汹的性别之战;关于父母和孩子之间的复杂问题的处理方式似乎陷入了两性完全敌对的分析状态。仅仅从某一种性别的利益和观念分析问题似乎并不能解决两性之间的冲突。通过进一步反思,再加上分析其他国家的发展,我深受启发并对家庭法里看似棘手的性别冲

突问题提出了另一个阐释方法:这些问题并不必然和性别有关,而是与分居和离婚这两种不可调和的概念化的内涵有关。

这就是本书的主题。因其应用于分居后的育儿关系,本论点的第一个版本,由《家庭法季刊》于2006年出版。此后其他内容被收录于由Robin Wilson主编的《家庭重构:对美国法学会发布的家庭解体法律原则的批判性反思》,作为该书中的一个章节,由剑桥大学出版社于同年出版。在随后的几年里该论点得到进一步发展,而且在2009年伦敦召开的第二届国际家庭法讲座中作为我演讲的主题。

毫无疑问,人们对这个论点会有不同的反应。会有人赞同本书中的解析,因为它与他们所理解的法律的应然性相符合;也会有其他人希望我所认同的趋势事实上并非如此,正如我们希望一个重病的诊断结果实际上并非如此一样。

敏锐地辨别国际趋势不等于赞同该国际趋势是积极的发展。然而无论人们是否赞同国际发展趋势,本书的论点是我们需要接受法律和社会在过去四十年里已经发生的具有深远意义的变化,并且这些变化从根本上改变了分居和离婚的内涵。毫无怀疑,有人喜欢时光倒流到另一个年代,在那个年代里,离婚意味着家庭单元的解体,父母亲之间只剩下有限的联系,而由未婚父母组成的家庭中的亲子关系则是母亲与孩子组成亲子关系两分体的一个单元。但是本书的观点是这种旧的秩序已经无可挽回地消失了。

虽然有些司法辖区变革的步伐已经大大快于其他地区的改革速度,但我认为整个西方世界的法律体系迟早会遵循相同的模式。本书中,我试图说明,在接受这些变化趋势的背景下,诸如家庭暴力和迁居等问题是如何得到解决的。但是,太多的人由于拒绝接受世界已经改变的事实而仍然深陷极端化的言辞中。此种热情在某些方面可能令人钦佩,但是试图阻挡海浪是徒劳的,学会冲浪会更好。

自从我开始构思写这本书以来的这些年里，我有幸能够以一种非常实用的方式帮助建构澳大利亚的家庭法律体系。尽管这已经推迟了该书的写作和出版，但它同时也意味着该书的观点并不仅仅是纯粹的理论。作为澳大利亚政府 2006 年的家庭法律体系改革的核心——家庭关系中心概念，就产生于该书中的见解。该国政府也对儿童支持计划进行了某些方面的改革，这些改革措施于 2008 年生效，采纳了我所担任委员长的一个委员会的建议。入法的其他思想以及其他由家庭法委员会提交给议会的调查或给澳大利亚政府的建议，也同样来源于对我们这个时代的复杂问题的起因和可能的解决方案的反思。

在写这本书的过程中，我要感谢很多人。众多的研究助理分别在不同阶段参与了该写作项目，他们不仅搜集了英文材料，而且还搜集到了他们能够为我翻译的多种其他语言的材料。我要特别感谢 Heidrun Blackwood、Sophie Crosbie、Alex Daniel、Edwina Dunn、Antoine Kazzi、Severine Kupfer、Tharini Mudaliar、Annett Schmiedel and Kari Theobald，由衷地感谢他们出色的研究帮助和翻译工作。Antoine Kazzi 在该项目的最后阶段做了大量工作并且还准备了本书的索引。

应该特别提到 Kari Theobald。Kari 是一名加拿大学生，她作为一名交换生到悉尼进行为期一个学期的学习。在这期间她和我一起参与这个项目，翻译来自法国的材料。不幸的是，她于 2006 年死于卵巢癌，那年她才 29 岁。Kari 是一位格外阳光、开朗、活泼、乐观并对家庭生活的问题极其感兴趣的年轻女孩。她取得了耶鲁大学硕士学位学历，并从多伦多大学获得了法学学位。她的生活本充满了希望，却在她还没来得及体验为人父母的喜悦和辛酸时就惨遭命运之神折断。谨以此书纪念她。

还要感谢支持我一路走来的国际家庭法协会的许多朋友和同事。法官 Svend Danielsen 帮助我理解了丹麦的郡县长官办公室的

系统以及安排我在哥本哈根同政府官员见面。隆德大学的 Eva Ryrstedt 副教授就有关挪威的纳维亚的法律问题给我提供了很大的帮助。维也纳大学的 Bea Verschraegen 教授是如此善良仁爱地读完了本书整个手稿草案,并作出了很多有益的评论。我也非常感激这么多年来与我一起探讨问题的许多的北美同事们。但相关法律和社会发展的任何不精确的记录和分析依然是我个人的责任。

我也要感谢我悉尼大学的同事——Judy Cashmore 博士,我的家庭法方面的很多实证研究以及儿童保护领域的许多其他工作都是我们合力完成的。她多年来的支持和鼓励是无价的。Judi Single 和悉尼大学研究小组的其他成员,他们在对父母、孩子们以及那些通过不同的方式有着家庭法实践经验的专家们的采访中发现问题以及在塑造本书的思想方面都发挥了很重要的作用。

这项研究得到了澳大利亚研究理事会的发现项目的支持,项目编号为 DP0450827。离异后迁居问题的研究(请参考第七章)受到了澳大利亚研究理事会的两个发现项目的支持,项目编号分别是 DP0665676 和 DP0988712。我非常感谢理事会的经济资助。

2010 年 10 月
于澳大利亚悉尼

目 录

前言 / 001

第一部分 家庭法与离婚的内涵

第一章 家庭法与性别冲突 / 003

- 一、父亲、母亲与性别之战 / 003
- 二、父母分手后子女养育相关政策的动荡 / 009
- 三、父母之争 / 010
- 四、父母养育纠纷诉讼的增长 / 010
- 五、相关问题的重新架构 / 013
- 六、亲子关系的永续性及对意思自治的限制 / 016

第二章 离婚的演进与子女监护模式 / 018

- 一、不可解除的婚姻 / 018
- 二、无过错离婚主义的出现 / 021
- 三、给婚姻一个体面的葬礼 / 024
- 四、确定子女随何方生活 / 025
- 五、破裂原则与经济自足的目标 / 029
- 六、子女抚养费 and 父母的离异 / 039
- 七、子女监护分配模式的瓦解及持久性家庭的产生 / 041