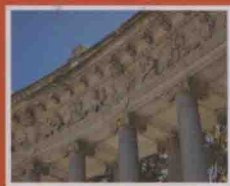


Legislating Issues of Supporting Children
in Divorced Families Reflecting
Ideas and Studying Construction of Law System

黄宇 著



疼痛

Pains
and Rescue

与拯救

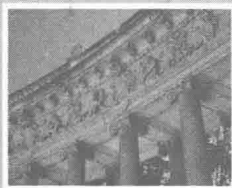
离异家庭子女抚养问题的立法理念
反思与法律制度构建研究



中国政法大学出版社

Legislating Issues of Supporting Children
in Divorced Families Reflecting
Ideas and Studying Construction of Law System

黄宇 著



疼痛与拯救

Pains
and Rescue

离异家庭子女抚养问题的立法理念
反思与法律制度构建研究



中国政法大学出版社

2016 · 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（C I P）数据

疼痛与拯救：离异家庭子女抚养问题的立法理念反思与法律制度构建研究/黄宇著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 11

ISBN 978-7-5620-7098-6

I. ①疼… II. ①黄… III. ①离婚法—研究—中国 IV. ①D923. 904

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第263578号

- 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
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm × 960mm 1/16
- 印 张 15
- 字 数 245 千字
- 版 次 2016 年 11 月第 1 版
- 印 次 2016 年 11 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 元

国家哲学社会科学规划 2012 年度西部项目成果 （项目编号：12XFX020）

自序 PREFACE

近年来，我国婚姻家庭法律制度建设已取得较大进步，但社会中仍存在着许多问题。各种原因使得涉及离异家庭子女抚养纠纷的案件明显增多，有的纠纷甚至导致当事人之间出现了各种极端行为。司法实践中，此类案件也逐渐成为法官较难裁断的问题之一。本书的目的正在于对离婚以及离婚后的未成年子女抚养的相关问题与现象进行深入探讨，对一些重要概念和规范进行反思，并在制度修正与构建方面提出建议，并以此促进我国婚姻家庭制度的发展。

本书对与离异家庭未成年子女抚养立法相关的许多理论和实践问题进行了分析。理论分析和制度建议都建立在父母离婚后未成年子女是否能够得到原家庭成员充分和恰当的爱并保证其健康成长这一基础上。笔者认为，离婚立法不应一直将重点停留在解决夫妻离婚以及财产和子女的归属等问题上，而是应该更多关注离婚后未成年子女的利益如何保障，关注原家庭成员间（针对子女的）权力和利益的平衡问题，保障父母亲权不因离婚而被事实上架空，主张理性看待人性的复杂性，建议对许多家庭矛盾不作简单的道德评判，主张倾听家庭中子女、远离子女的父/母一方等不同主体的声音，鼓励离异家庭成员间友好相处，呼吁公众更理性地看待离婚、分居或不婚等现象。笔者最后以“疼痛与拯救”作为本书的引题，也正是由此而来。

笔者致力于深挖文化根源，揭示问题本质，力图改变现有理论研

究中常见的“头痛医头、脚痛医脚”式的简单思维。研究把离婚法的研究重点从重视离婚程序规范逐渐移转到重视离婚后未成年子女的成长利益及相关弱势主体的权益保护上，同时，强调离婚后原家庭成员的关系建设等重要问题。本书在法学基础上充分结合社会学、心理学、哲学等学科的理论与方法，反思我国的传统文化对人们意识的影响，探析社会观念以及人性本质对人们行为的影响，促进人们重视人格健康对婚姻家庭的重要影响，并主张多从社会发展角度理性认识和解决婚姻家庭问题。同时，本书重视基础概念的语义分析，对我国家庭法中的重要概念如监护、亲权、抚养、直接抚养和探望等进行了概念的构成、语境的探讨及问题本质的挖掘，对其中存在着歧义的某些内容进行了批评，并就亲权以及父母子女会面交往权等重要概念的使用进行了论述。本书尝试对家庭法立法作出整体反思，从立法理念到价值取向进行多层面的分析，并在此基础上就我国婚姻法部分具体制度的修正和建设进行了探索。书中的观点如果能够得到我国立法和司法机构的认同，将可以在一定程度上促进社会更理性地对待婚姻家庭问题，促进我国婚姻家庭法律制度的建设，保障儿童利益最大化原则的推行，维护家庭成员间权益的平衡，促进两性间实质平等的实现。

本书在写作过程中得到了许多人的点拨，最后的文本由笔者独立完成，文责也由笔者自己承担。由于本人才疏学浅，见解不够成熟或完备，存在问题在所难免，还望各位方家多多指教。

自 序 | 1

导 言 | 1

第一章

项目调查情况与问题的初步分析 | 15

第一节 本项目的缘起和调查情况 | 15

第二节 我国当前离异家庭子女抚养的主要问题 | 29

第三节 对法律现有规定的观察 | 35

第二章

外国家庭法离异家庭子女抚养法律发展之分析 | 47

第一节 改变立法目的、原则及概念 | 48

第二节 贯彻子女最大利益原则 | 51

第三节 强调父母责任和保护父母权利并重 | 55

第四节 共同监护制度成为重要趋势 | 59

第五节 其他若干具体事项的思考 | 64

第三章

我国离异家庭子女抚养立法中几个重要概念之语义分析 | 70

第一节 监护与亲权 | 71

第二节 抚养和探望 | 99

第四章

我国家庭法立法理念的思考和离婚后子女抚养立法的价值取向分析 | 112

第一节 我国家庭法立法理念的思考 | 112

第二节 离婚后子女抚养立法的价值取向分析 | 144

第五章

我国离异家庭子女抚养法律制度的修正和构建 | 155

第一节 离异家庭子女抚养法律制度的立法目的和原则 | 155

第二节 亲权概念及共同养育责任制度的建立 | 163

第三节 抚养费相关问题 | 177

第四节 改进家事纠纷解决机制 | 189

参考文献 | 211

附 录 | 219

附录一：离异家庭父母子女抚养问题调查问卷 | 219

附录二：本项目问卷类型被访者基本数据附表 | 222

附录三：本项目部分个案背景资料 | 225

后 记 | 234

导 言



一、研究背景

在改革开放后，我国婚姻家庭法律制度建设已取得了长足进步，但迄今为止，制度仍存在着重视结婚和离婚行为规范而对离婚后出现的各种矛盾重视不够的问题。由于社会转型发展、离婚率不断上升、人们在精神上的需求明显增加以及计划生育政策效应逐渐显现等因素，涉及离异家庭子女抚养权确定与变更、探望权实现与执行、抚养费增加等方面的案件明显增多，很多案件都给当事人带来了巨大的困扰与折磨。^{〔1〕}这些案件与其他民事纠纷案件的很大不同在于：纠纷在外人看来都是小案件，但是对于当事人来讲，却可能比任何东西都重要，它们往往让当事人百般痛苦却无法得到较好的处理结果。同时，一般情况下，其他民事案件都是对过去已经发生的事件的处理，而这类案件不仅要涉及过去，更需要面对孩子成长的将来，而这一点对许多家庭来说是至关重要的。所以，在许多国家，这类案件中的当事人之间的争执最为尖锐激烈，案件数量也不断增加，同时，“子女最大利益”的规定又常常使许多法官感觉自己的能力不足以去判断案件的各种复杂因素，法官也因此面临着极大的苦恼和困惑。美国社会中还出现了为争夺子女抚养权而导致

〔1〕 事实上，离异家庭中关于孩子的抚养问题并不仅仅限于本书所论及的纠纷，另外，还有许多表现形式，例如，继父母对继子女的虐待甚至单亲家长对子女的暴力或遗弃等。但由于虐待问题也并非只存在于继亲家庭中，在亲生家庭中同样会存在，所以，这些问题并不是本书所要研究的主要问题，只在文中有少许论及。本书的主要内容指向核心家庭解体后，父母对未成年子女的抚养、监护、探望等较为普遍的问题。

经济破产的极端案例。^{〔1〕}正如美国学者 Vasta 等在 20 世纪 90 年代便已意识到的，“子女监护事件的复杂性及争执的激烈程度，导致双方当事人必须付出大量精力为诉讼做准备，也使法院需要更多时间去审酌双方当事人所提出或未提出的大量事实及其他因素。而此类诉讼程序的延宕所带来的不确定性与不安全感，对于双方当事人及子女——尤其是对于子女的身心发展——将造成十分不利的影响”。^{〔2〕}

现实中，矛盾正在以不同的方式表现出来：有的父/母长期恶意拒绝另一方探望子女而法律却难以应对；有的父/母为完全阻隔孩子与另一方联系而故意选择远距离迁居（甚至出国），但对方却不能依法阻止；有的父/母长期拒绝探望子女而法律却没有基本罚则；或者直接抚养子女一方平时周末让对方探视子女，但在其他较长假期（如春节或寒暑假等）中却完全阻隔对方与子女的交往等。在离异家庭中父/母因为离婚后的子女问题而处境难堪的情况比比皆是，许多艰难状况让当事人对生活失去热情与信心，有的甚至导致当事人之间各种极端行为的出现。^{〔3〕}很明显，其中影响最大的是未成年人。由于孩子本身年纪小，表达能力弱，所以许多在父母离婚后被迫身处单亲家庭的孩子长期或者无法得到另一方父母的正常探视（既有一方阻挠另一方的情况，也有一方拒绝主动探望子女的情况），或者得不到来自另一方父母的经济支持，或者长期无奈面对父母间无休止的争吵或谩骂。^{〔4〕}各种各样的原因让他

〔1〕 据美国媒体报道，因为和前夫为争夺两个孩子的抚养权打起旷日持久的官司，美剧《绯闻女孩》中 S 母亲莉莉的扮演者凯莉·卢瑟福不仅将拍《绯闻女孩》的全部片酬搭了进去，而且还负债累累，已经正式申请破产。凯莉离婚时，法官裁定这两个在纽约长大的孩子随父亲在法国居住，她常常必须坐 9 小时的飞机去法国看望孩子。参见 http://ent.cqnews.net/html/2013-06/27/content_26685372.htm，访问日期：2014 年 4 月 7 日。

〔2〕 王洪：《从身份到契约》，法律出版社 2009 年版，第 240 页。

〔3〕 2014 年 6 月 19 日，中央电视台“社会与法”频道一线节目《危险的亲情》中，孩子母亲与父亲在离婚过程中，孩子的爷爷也参与进来，并以孩子母亲没有资格带孩子为由拒绝让其见孩子。孩子母亲深受刺激，携带菜刀准备冲击幼儿园，后被民警夺下刀，民警负伤，孩子母亲也被刑拘。我们当然不支持这种极端的处理行为，但是，生活中又有多少人能够真正体会这个母亲无法见到自己孩子的那种绝望情绪呢？

〔4〕 心理学博士张怡筠对此有较多感受。她指出，参与电视节目多年，常碰到夫妻双方在孩子面前就大吵开来，完全不顾孩子的心理感受。还常有父母说：没关系的，孩子天天都听，已经习惯了。张博士反复强调，父母处理矛盾的方式，会影响孩子与人相处的能力。若父母用敌意的解决方法（如愤怒、轻蔑），会使孩子变得易怒，对同伴充满敌意，甚至欺凌弱小；若父母用温暖、具有同情心的方式处理两人矛盾，孩子与同伴就容易融洽相处，有效解决分歧，长大后能坚强面对压力，较快复原。参见 <http://weibo.com/yiyun>，访问日期：2013 年 11 月 21 日。

们逐渐成为“最沉默”的群体，离异家庭中未成年人的精神与物质等各方面的需求在实质上仍旧没有得到社会应有的关注、理解和帮助。

这些问题的存在有着非常复杂的原因，而法律规范相对简单乃至缺失是其中重要的环节。深究法律，我们可以清晰地看到，在《婚姻法》中关于离婚后子女抚养的条款本身就很少，而探望权等概念和规范都是在2001年之后才出现。我们总结2001年《婚姻法》修正案（后面根据具体情况简称《婚姻法》或者现行《婚姻法》）及最高人民法院关于《婚姻法》的三个相关司法解释，发现2001年以后关于离婚后未成年子女抚养法律规范的特点是：①条款数量少。整个《婚姻法》对离婚后与子女抚养问题相关的规范总共只有4个条款（第36、37、38、48条）；而在最高人民法院的三次司法解释中，关于离异家庭子女抚养问题的条款也极少，其中，第一次《解释》（2001年12月起施行）大概有6个相关条款，^{〔1〕}第二次《解释》（2004年4月起施行）和第三次《解释》（2011年8月施行）两个司法解释基本上没有体现夫妻离婚后与未成年子女抚养相关的内容，绝大部分条款都是围绕离婚财产分割展开（《解释三》比《解释二》多了些生育权保护及离婚损害赔偿等问题）。这个非常有意思的现象说明，与离异家庭子女抚养相涉的许多问题在整体上还没有引起社会的足够关注，社会关注的热点，毫无疑问还是放置在离婚及离婚后的财产处置问题上。②规范内容简单。《婚姻法》第36、37、38、48条这4个条款的核心内容是规定离婚后父母子女关系仍旧存在、孩子由某一方

〔1〕 这6个条款包括：

第20条：婚姻法第二十一条规定的“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。

第21条：婚姻法第二十一条所称“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。

第24条：人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。

第25条：当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中，请求中止行使探望权的，人民法院在征询双方当事人意见后，认为需要中止行使探望权的，依法作出裁定。中止探望的情形消失后，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。

第26条：未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求。

第32条：婚姻法第四十八条关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法强制执行的规定，是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施，不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。

直接抚养后另一方有义务承担孩子的必要生活费和教育费、不直接抚养孩子一方享有探望权以及相关的罚则。除此以外，没有其他。对此特点，我国一些司法实务者也已观察到。例如，法官王礼仁认为，“不仅出版业、学者对身份法研究不重视，司法界包括最高人民法院对身份法的研究也不够。在最高人民法院多年的科研项目中，一直没有关于婚姻家庭方面的调研课题。在整个司法领域也存在轻身份法重财产法的现象。因而，婚姻等身份案件的审判质量不高，问题很多”。〔1〕

总的来说，在2001年后，我国的婚姻家庭法制确实进入了全面发展的阶段，在结婚、离婚、防止家庭暴力等各方面都有了很大的改善。但是，需要承认，社会对离婚后各方主体状况的关注是不够的。其中，法律对相关问题在规范上很简单甚至欠缺是导致婚姻家庭矛盾不断出现的重要原因之一。在现有的法律背景下，当事人要能够解决好彼此之间的争执与矛盾，只能寄希望于离婚夫妻本身具有较高的修养或认知以及他们本身的关系没有彻底恶化，唯有此，才能在未成年子女抚养这个至关重要的问题上达到相对良善的状态。但是，现实中不能正视离婚带来的复杂问题的离异父母却是相当普遍的，致使很多未成年人与家庭弱势者〔2〕的生存及情感健康状况都不甚理想。笔者认为，这是因为当法律对问题没有较为清楚的认知以及应对时，人们便不太可能花费较多时间去深入理解法律规范的本质和导向，相反，会更可能依据自己的情绪、感受或者自我的认知来处理相关的问题。这种情况在我们的问卷调查中已有显示，很多父母为了维护孩子的利益会本能地根据情理去进行相关选择，但事实上，很多时候他们并不十分清楚婚姻法在此问题上的现有条款。

同时，笔者认为，法律规范的简单还体现为立法并没有更多地探究离异家庭当事人的若干特殊心理需求，立法理念中还存在着一些误区。例如，认为只要规定了直接抚养权或探望权等概念及基本制度便能够解决好离婚后与

〔1〕 王礼仁：“法学研究从身份到契约之反思——《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》别序”，该序从网络上获得，原作未写序。网络地址：<http://www.110.com/ziliao/article-154065.html>，访问日期：2016年2月20日。根据王礼仁法官对某市近年的二审婚姻案件的调查，有80%的上诉婚姻案件在审判程序或处理结果上存在问题。

〔2〕 这是课题组在本书中强调的一个新概念，本书所使用的“弱势者”概念的内涵和法律常常使用的概念有不一致的地方，在后面的章节中将会作专门解释。

子女抚养相关的问题。这种观念从2001年《婚姻法》修正案出台时一些专家对探望权制度实施效果的较高预估便可窥见。^{〔1〕}这种立法思维相对简单。笔者认为,如果不对问题进行深入探讨,不对离婚、过错、抚养、探望等概念及子女最大利益等原则进行深度反思,制度的构建便可能无法更为深入和完整地进行。制度建设是一个需要整体调整和应对的问题,因此,在问题分析中不能秉持“头痛医头、脚痛医脚”的简单方式,不能经常存在“缺一个制度便添加一个制度”的立法思维。一个好的制度形成必须要依赖许多学科知识的参与,要吸收心理学和社会学等学科对相关问题的研究成果,要更多了解人性的复杂性(甚至立法者只有对其中的矛盾有切身体会时才可能更好地理解到当事者的真正需求),如此,才能把握一个制度应有的走向。

笔者认为,我国婚姻家庭法出现“重结婚研究、轻离婚研究”“重离婚时财产关系的研究、轻子女抚养问题的研究”等现象本身与我国传统文化观念一向以离婚为“耻”有一定关系。现实中,很多学者将研究目光较多地投注到原生家庭以及夫妻离婚时各种财产关系如何处理的问题上,而对离婚后将要面临的更多更严重的问题(如父母子女关系如何规范与保护、离异者之间的关系、将要无法和子女共同生活在一起的一方父母的权益如何维护以及将要存在的继父母子女关系等)则关注较少,这是一种下意识回避的态度,其中,抱有“离婚本身是不好的,既然选择离婚则由当事人自己去解决问题”等观念。^{〔2〕}同时,也可能因为我国社会经济发展还不够充分,人们才会将关注重点更多地投放到财产的持有与分配等问题上。这样猜度社会心理也许有以偏概全之处,但是仔细梳理法律,可以发现,包括婚姻法及最高人民法院司法解释在内的诸多法律法规对离婚后相关人身问题规范较少的立法现实是存在的。笔者认为,前面这种观念和倾向应该逐渐有所改变。离婚行为确实不应该被大肆鼓吹,但其作为正常的社会现象不应该被歧视与忽略,离婚之

〔1〕 CNKI显示,从2001年后到本书写作时大约12年,这段时间里许多与探望权有关的文章基本都体现了这个前提。

〔2〕 生活中类似的观念是不少的。我们曾经在与某具有研究生学历的法学研究人员探讨同居法律问题时,他认为,“同居是不应该被鼓励的,原因是因为法律本身已经给你规定好了结婚制度,所以,同居所造成的相关问题该由当事人自己解决”。我们不同意这样的思维方式。基于人性的复杂性,研究者应该对社会生活中存在的所有情况(包括与主流思想或规范不尽相同的情况)都应该有更多的理解和面对。

后存在的若干矛盾对当事者来讲是大问题，对整个社会来讲也是应该被认真对待的问题。

二、研究现状

关于家事法的研究，日本学者高野耕一曾经谈到，家事纠纷有自己明确的特征：引起原因复杂；过程时刻变动；解决方法和途径多样；处理结果往往更拖沓、复杂和困难。因此，和其他普通民事纠纷相比，社会应该对家事矛盾的解决投以更多的重视，学术界则应该进一步加强对离婚后各种矛盾处理（尤其是亲子关系矛盾）的立法研究。我们需对近年来国内关于该问题的研究进行梳理。

在梳理前，有必要提到我国薛宁兰研究员在2008年对我国改革开放三十年来的亲子法研究曾经作出的总结。她指出，近三十年来，我国亲子法研究可以分为20世纪80年代、20世纪90年代及21世纪来三个阶段。20世纪80年代为亲子法研究的起始阶段，20世纪90年代为发展阶段，21世纪以来则为拓展与深入阶段。由于2001年《婚姻法》修正案的进步主要在于探望权等概念和制度的规定，所以，近十年来关于亲子法的主题研究主要集中在探望权的享有与行使、亲子法的演变、子女最大利益原则、父母照顾权、非常态亲子关系中子女利益的保护等问题的讨论上。^{〔1〕}这些主题都与离异家庭未成年子女保护立法相关。^{〔2〕}笔者以薛宁兰研究员进行总结的2008年为分界线，

〔1〕 薛宁兰：“改革开放30年中国亲子法研究回顾与展望”，载陈苇主编：《家事法研究》，群众出版社2008年版，第139页。

〔2〕 本书需要首先对“离异家庭”概念作出说明。一般情况下，大多数国家法律都会把父母和子女所在的核心团体视为家庭，将“家庭关系”理解为家庭成员之间的、为法律确认并赋予权利与义务内容的法律关系。但20世纪以来，家庭的概念比以前已开放许多。家庭首先被理解为父母和子女构成的各种共同体，而这里的子女也包括继子女、养子女，同时，许多国家也会把非婚生子女和其父/母的关系作为家庭关系。本书使用“离异家庭”概念正是出于这样的思考，即尽管父母离婚，父母之间不再具有法律关系，但父母与子女的关系在最大程度上仍旧是不可割裂的关系，仍旧符合形成家庭关系所需要的人身属性、不可处分性、不可分割性、无时效性等特征，在某种程度上三方之间将形成新的分散的家庭关系格局。如果不首先承认这一点，而是将离婚后的三方视作完全分离的个体，或者只将其中两方视作家庭关系，都会在某种程度上严重影响到立法和社会观念，不利于和谐家庭与社会关系的形成。现在世界上许多国家的学者都认为，必须要正视家庭法的现代化，才能说明家庭生活模式的不断变化，才能应对未婚同居、离婚、非婚生育和非婚生子女抚养的增长给传统的法律原则所带来的巨大压力。关于家庭关系的特征可参见张晓茹：《家事裁判制度研究》，中国法制出版社2011年版，第7页。

进行分阶段的梳理。

第一阶段,从2001年到2008年这七年间,我国家庭法学界主要有蒋月、王洪、陈苇、夏吟兰、王歌雅等专家对亲子关系问题提出了重要的观点。相关的主题可以进行如下的简单归类:一是关于对子女最大利益原则的深入思考(王雪梅,2002;王洪,2003;陈苇、谢京杰,2005;张伟,2008)。二是对父母保护教养未成年子女的权利义务的深入讨论以及关于亲权与监护争议的主张(蒋月、韩珺,2001;蒋月,2007);三是对探望权制度以及离婚后的子女监护制度的研究(王丽萍,2004、2008;聂阳阳,2008);四是对离婚亲子关系立法趋势之研究(夏吟兰,2007);五是离婚背景下儿童权利的法律救济研究(王歌雅,2001、2008);六是我国离婚诉讼前处理子女抚养纠纷新机制的研究(陈苇、胡昔用,2007);七是关于与国外相关儿童权利保护立法的研究(陈苇、王鹏,2007);八是子女抚养费的相关研究(曾燕波,2008)。另外,社会学者徐安琪也一直在关注相关问题,尤其集中在单亲家庭子女福利及其法律、政策援助等问题上(徐安琪,2002、2004)。这七年期间对离婚后未成年子女抚养问题内容有涉及的著作主要包括《中国大陆与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》(宋豫、陈苇,2002)、《未成年人监护制度研究》(曹诗权,2004)、《婚姻法执行状况调查》(巫昌祯,2004)、《婚姻法学新探》(叶英萍,2004)、《冲突与平衡:婚姻法实践性问题研究》(郭丽红,2005)以及两个立法建议稿《绿色民法典草案》(徐国栋,2004)和《中国民法典学者建议稿及立法理由:人格权编、婚姻家庭编、继承编》(王利明,2005)等。

这个阶段学者们提出的比较重要的学术观点包括:①亲权和监护相结合的方式可以较好地解决未成年人的保护和教养问题。^{〔1〕}②为实现我国宪法有关“国家尊重和保护人权”的承诺,故亟须在我国婚姻家庭法中确立儿童最大利益的优先权准则,并对相关法律制度予以修改和完善。^{〔2〕}③尽管我国离婚亲子关系立法已经考虑到了子女利益,并以保护子女权益为己任,但这种保护仍是以家长和社会利益为视角的,没有充分考虑子女的权利和愿望,没

〔1〕 蒋月、韩珺:“论父母保护教养未成年子女的权利义务——兼论亲权与监护之争”,载《东南学术》2001年第3期。

〔2〕 陈苇、谢京杰:“论‘未成年人最大利益优先原则’在我国的确立——兼论《婚姻法》等相关法律的不足及其完善”,载《法商研究》2005年第5期。

有将他们真正作为权利主体。^{〔1〕}④父母离婚后不与子女共同生活的一方享有探望子女的权利。与子女共同生活的一方应为对方行使探望权提供便利。无论使用哪种父母离婚后的监护方式，均应符合子女最佳利益原则。^{〔2〕}⑤探视权的行使，应本着遵守法律与道德的原则。探视权的纠纷，可以通过变更抚养关系来解决。^{〔3〕}⑥针对生活在单亲家庭的儿童数量较大并仍在不断增多的情况，有必要强调父母双方对抚养教育未成年子女承担共同责任。^{〔4〕}⑦建议在我国各地的妇联组织设立不同层级的婚姻家庭心理咨询及法律服务机构，给予离异家庭成员以最大程度的帮助。^{〔5〕}这些理论对21世纪后我国的婚姻家庭法制建设起到了很大的促进作用，也对本书的形成产生了很大的影响。

第二阶段，从2008年到本书写作时的2015年这7年期间，比较重要的学术论文主要包括以下：一是对改革开放30年中国离婚法研究以及婚姻家庭法最近60年变迁的回顾与展望（蒋月，2009；陈苇、冉启玉，2011）。二是对澳大利亚及美国等国家婚姻家庭法研究中的一些新理论的介绍与探讨（陈苇、赵燕，2010；陈苇、曹贤信，2011；陈思琴，2012）。三是进一步深入研究儿童最大利益原则在运用中存在的一些问题（林晶，2011；冉启玉，2012）。四是亲子关系立法的体例与构造的思考（薛宁兰，2014）。这一个阶段与离婚后未成年子女抚养问题相关的著作主要有《从身份到契约》（王洪，2009）、《婚姻家庭法前沿——聚焦司法解释》（夏吟兰、龙翼飞等，2010）、《转型期婚姻家庭法律制度问题研究》（张伟，2010）、《离婚后亲子关系法律制度研究》（陈思琴，2011）、《中澳婚姻家庭法律制度比较研究》（白红平，2011）以及陈苇主编（2011年后由夏吟兰、龙翼飞主编）的《家事法研究》各年卷。

这些成果中与离婚后与未成年子女抚养问题相关的重要理论观点包括：①实证研究离婚法的成果少，离婚程序法研究不够，利用其他专业领域成果及跨学科研究离婚法不足。今后，个体利益与其他家庭成员利益的衡平，尤

〔1〕 夏吟兰：“离婚亲子关系立法趋势之研究”，载《吉林大学社会科学学报》2007年第4期。

〔2〕 王丽萍：“美国离婚后的子女监护制度及其启示”，载《法学论坛》2008年第3期。

〔3〕 王歌雅：《扶养与监护纠纷的法律救济》，法律出版社2001年版，第81、82页。

〔4〕 蒋月：《婚姻家庭法前沿导论》，科学出版社2007年版，第269页。

〔5〕 陈苇、胡昔用：“离婚诉讼前处理子女抚养纠纷的一种新机制——澳大利亚‘家庭关系中心’平介及其启示”，载《吉林大学社会科学学报》2007年第4期。