

纪念南昌航空大学建校60周年
学术文库·文法论丛

离婚后亲子关系 法律制度研究

陈思琴 著

中国社会科学出版社

纪念南昌航空大学建校60周年
学术文库·文法论丛

离婚后亲子关系 法律制度研究

陈思琴 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

离婚后亲子关系法律制度研究/陈思琴著. —北京: 中国社会科学出版社, 2011. 10

ISBN 978-7-5161-0070-7

I. ①离… II. ①陈… III. ①离婚法 - 亲子关系 - 研究 - 中国 IV. ①D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 177769 号

策划编辑 王 茜
责任校对 王有学
封面设计 格子工作室
技术编辑 王炳图

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司 装 订 广增装订厂

版 次 2011 年 10 月第 1 版 印 次 2011 年 10 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 10.25 插 页 2

字 数 247 千字

定 价 33.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

纪念南昌航空大学建校 60 周年
学术文库·文法论丛
编委会

顾 问：丁淦林

总 主 编：肖华锋

副总主编：钟志勇

编 委：肖华锋 刘继勇 谌贻春 钟志勇

郭 莉 雍 青 刘 扬 蔡永国

谭振江 刘迪瑞 陶友青

纪念南昌航空大学建校 60 周年

学术文库·文法论丛

总 序

江西素有“物华天宝、人杰地灵”之美誉。历史悠久、璀璨夺目的赣文化更是闪耀着史诗般的灿烂光芒，成为华夏文明的重要组成部分。南昌航空大学就坐落于英雄城——南昌市的赣江两岸。她是一所面向全国招生，以工为主，理工文管经法教等学科协调发展的多科性大学。学校创建于 1952 年，是全国首批具有学士学位授予权单位。1990 年获硕士学位授予权。原隶属于中央部委，1999 年开始实行中央与地方共建、以地方政府管理为主的管理体制，是江西省人民政府与工业和信息化部（原国防科工委）共建的具有鲜明航空、国防特色的高等学校。

文法学院成立于 2006 年 3 月，在原政法系和新闻与传播学系基础上组建而成。目前学院开设了社会工作、法学、公共事业管理、新闻学、播音与主持艺术等五个本科专业，并承担全校大学语文和写作等公共教学任务。文法学院坚持“文以明礼、法以正行”的院训，坚持以育人为根本，以本科教学为中心，以学科建设为龙头，以制度建设为保障，以师资队伍建设为依托，以增强办学实力为动力，科学处理规模、结构、质量、效益的关系，促进学院全面、协调、可持续发展。

南昌航空大学文法学院充满朝气与活力。这里既有著名学者

导航引路，更吸纳和聚集了一群风华正茂的年轻学者。他们来自五湖四海，吮吸着赣文化厚重的历史沉淀。他们以开放的视野、崭新的思维与研究方法，关注学术前沿问题和法治社会的重大事件。他们扎根本土，但心中的舞台却是中国与世界。他们发扬着前辈指点江山的激扬气概，以争鸣为学术的必由之路，又丝毫不缺乏严谨的理性。他们秉承着“实事求是”的千年古训，营造着创新、争鸣、协作、奋进的学术氛围。

中国社会科学出版社以其独具的胆识与魄力，将目光投向这个新兴的群体，决定出版《纪念南昌航空大学建校 60 周年学术文库·文法论丛》。为此，文法学院成立了论丛编辑委员会。编委会决定实行严格的审稿制，以公正的学术规范、优良的学术传统和严谨的学术风格，保障丛书的质量，不负出版者、作者和读者的信任与厚望。编委会在本院教师的作品中挑选一些优秀的代表作，希望与学界同仁切磋。更希望这套丛书能持续下去并得到广泛的支持和关注，在此期待来自各方的批评与指正。

《南昌航空大学建校 60 周年学术文库·文法论丛》编委会

2009 年 4 月

序

陈思琴是我指导的西南政法大学民商法学院 2007 级博士研究生。在她的博士学位论文专著即将出版之际，我作为她的导师应邀欣然作序。

自 20 世纪 60 年代以来，世界上有许多国家先后修改立法，实行无过错离婚主义。离婚，不仅涉及婚姻当事人的利益，而且涉及未成年子女的利益。在实行无过错离婚主义原则的现代社会，离婚立法关注的重心已经发生转移，从过去关注禁止或限制离婚的理由判断，到现在关注处理离婚后财产的分割和子女的养育安排（包括离婚后未成年子女的抚养、监护及探望的安排），离婚后亲子关系立法是有关子女养育安排的制度保障。在离婚率逐年上升的当代社会，在受父母离婚影响的未成年子女日渐增多的背景下，研究离婚后亲子关系法律制度的补充与完善，有助于保障依据儿童最大利益原则，处理子女的抚养、监护及探视等问题，确保父母在离婚后对未成年子女依法履行父母责任，因此，《离婚后亲子关系法律制度研究》一书，具有重要的理论意义和实际应用价值。

作者以联合国《儿童权利公约》所确立的“儿童最大利益原则”为指引，基于对父母离婚后的未成年子女权益保护为出发点，展开对离婚后亲子关系法律制度的深入研究。本书的主

要内容和主要学术观点包括：第一，对离婚后亲子关系法律制度的相关概念，进行了较为全面的梳理，包括对英美法系和大陆法系主要国家在该制度上所采用的主要术语的介绍及评析，以及分析我国《民法通则》和《婚姻法》在相关概念上不衔接以及内涵的不确定，建议我国在单行法之间实现概念及用语的统一。第二，对离婚后亲子关系法律制度的设计，提出为实现子女最大利益原则，应遵循的四大基本要求：承认子女主体地位、强化离婚父母责任、促进离婚父母合作以及尊重父母自治并辅之以适当的监督和干预。第三，对离婚后的子女监护制度的补充，提出我国宜采取单独的身体监护为主、共同的身体监护为辅，共同的法律监护为主、单独的法律监护为辅的监护权行使模式；对行使监护权的父母拟带子女迁移的情形，提出国内迁移时的通知义务以及国外迁移时须共同决定的建议；对于监护安排时之子女意见的听取，提出子女意见表达权应包括子女有表达意愿的权利，也有不被强迫表达意愿的权利，还有对监护安排提出异议的权利。第四，对离婚后的子女探望权制度的完善，提出应通过司法解释，以例示方式补充探望权行使方式；介绍在美国较为前沿的探望方式——虚拟探望，并探讨了虚拟探望的价值及意义，以及在我国增设虚拟探望的必要性和可行性，并建议以此作为例示探望权行使方式的列举项之一；介绍了其他国家限制探望权行使的另一种模式——监督探望，并与我国的中止探望模式进行比较和评析。第五，对离婚后的子女抚养制度的完善，提出以养育行为产生的利益说解释父母为何对子女负有抚养义务；通过养育成本的分类，揭示离婚父母在养育成本分担上的失衡状态，并提出失衡矫正的建议；在子女抚养费评估上，提出明确收入范围、规定义务人的答复义务、规定法院依职权调查证据、严格自由裁量的适用并改革其

参考因素的建议；提出改革现行子女抚养费收取与执行模式，仿效美国子女抚养费代理机构收取抚养费的模式，对我国既有法院强制执行抚养费进行改造，包括建立有关义务人收入和财产的信息网络、赋予法院类似美国子女抚养代理机构所具有的广泛职权，并设计了其收取和执行抚养费的具体流程；建立了影响抚养费协议或判决遵守和执行的原因模型，并根据其原因的性质提出相关的建议。

作者综合运用法解释学、法社会学、法经济学等学科知识，以比较研究与实证研究方法相结合，在借鉴前人研究成果的基础上，汲取两大法系主要国家的立法经验，对我国离婚后亲子关系法律制度的补充与完善，提出了自己的学术见解，在理论上有所创新。尤其值得指出的是，一是作者收集、整理了我国部分法院的判决或裁定，佐证自己的相关观点，理论联系实际分析问题，增强了说服力。二是在具体的制度设计上，运用了多学科知识。例如，对离婚后的子女监护制度，运用儿童发展理论分析了离婚后子女监护之立法流变，并以该理论对子女意见的听取与考量作了审视；又如，运用心理学和社会学的知识分析，提出在决定子女监护权之行使方式时，建立法院委托调查制度；再如，以法经济学的分析方法，对子女抚养理论以及子女养育成本进行分析，揭示了父母离婚后在子女养育成本负担上的不均衡状态，建议通过制度完善纠正此种不均衡，以体现法律所追求的公平价值理念；等等。

当然，此书也存在不足之处，如作为比较法的外国资料在子女抚养制度部分参阅还不够广泛。另外，在体系安排上第二章、第三章均提到我国立法不足及如何完善的建议，如果把这些内容加以梳理，集中于一章，则重点会更加突出。但瑕不掩瑜，此书仍不失为一部具有一定创新性的学术论著。我希望，

思琴以此第一部个人专著为起点，继续努力钻研，今后取得更多、更好的学术成果，报效祖国和人民！

陈 苇

2011—6—23

引 言

自 20 世纪 60 年代无过错离婚浪潮席卷全球之后，离婚立法关注的重心已经发生转移，从过去关注禁止或限制离婚的理由判断，到现在关注处理离婚后财产的分割和子女的养育安排，主要是离婚后子女监护、探望与抚养安排，离婚后亲子关系立法则是关于上述安排的制度保障。

在我国，自 1978 年至 2008 年的 30 年间，离婚夫妻总对数从 28.5 万对增长到 226.9 万对，离婚率从 4.77% 增长至 20.65%，粗离婚率从 0.175‰ 增长至 1.71‰，从整体上表现出离婚率日渐攀升的趋势。^① 离婚率的上升，从一方面来看，反映了人们可能较过去更注重婚姻的质量追求；但另一方面，也表明更多的无辜子女将受到父母离婚的影响。多数社会科学

① 统计数据来源于民政部网站公布的历年民政事业发展统计报告以及 1978—2002 年我国结婚登记数量表和离婚登记数量表，<http://www.mca.gov.cn/>，最后访问日期：2009 年 6 月 26 日。关于离婚率，是笔者以当年度离婚总对数除以结婚总对数所得；关于粗离婚率，2006 年徐安琪教授指出，按《联合国人口统计年鉴》统一规范的粗离婚率的国际标准，是以一定时期某地区离婚对数与年平均人口数之比，通常以千分率表示，但我国在 2006 年之前的粗离婚率统计都是以人数而不是以对数为标准计算，所以此前的离婚率都翻了一番，徐教授向统计局和民政部建议采用国际标准，2006 年起民政部开始采纳徐教授所提出的建议，故在本书的统计中已将民政部公布的 1978 年的粗离婚率除以 2，2008 年则依其公布的离婚率。

研究的结果也指出,离婚易造成妇女及其抚养的子女生活贫困化,易造成家庭亲职角色缺席,使单亲家庭的子女更易出现行为问题,父母离婚时以及离婚后的冲突将子女置于父母充满敌意的生活环境,离婚对子女造成的伤害将长期累积等。^①由此,离婚法的一个主要目的就是为孩子提供保障,其实现途径是要求法庭考虑离婚父母对其子女未来的安排。^②离婚法在保障离婚自由的同时,更应考虑到离婚对子女造成的上述不利影响,确保子女不因父母离婚而失去父母其中一方,确保其仍得如同其他的双亲家庭一样、仍得如同在父母没有离婚前一样受到双亲的养育,确保父母在离婚后仍然履行其对子女的责任。对于冒险进入婚姻王国的夫妻来说,重要的是,尽管这个婚姻联合本身可能是短暂的,但养育孩子的责任不是。^③正是基于对离婚子女权利保护的反思,基于对什么是真正的离婚自由的拷问,笔者才以此为选题,展开对离婚后亲子关系法律制度的深入研究。

目前理论界对离婚后亲子关系法律制度的研究成果较多,不过多表现为对离婚后的子女监护制度、离婚后的子女探望权制度或抚养费制度的单项研究,系统研究离婚后亲子关系法律制度的专著并未出现,使该制度的研究在广度和深度上仍存在不足。本选题则拟对该制度进行全面系统的探讨,弥补该领域欠缺系统性研究的不足。老子言,“天下大事必做于细,天下

① Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences on Women and Children in American*, New York: Free Press, 1985

② [美] 斯丹德利:《家庭法》,屈广清译,中国政法大学出版社2004年版,第290页。

③ Krista Taylor, "Fathers' Rights: Hard-Hitting and Fair Advice for Every Father Involved in a Custody Dispute", *Journal of Law & Family Studies*, Vol. 8, 2006.

难事必做于易”。离婚后的子女监护、探望权与抚养纠纷，往往因夹杂着深层次的情感冲突和家庭矛盾，更显其复杂性与棘手性。原则性的立法可能具有应对个案的灵活性，但常欠缺可操作性，因此需要在制度上进一步细化。在离婚后亲子关系法律制度上，我国现行立法多比较原则，而欠缺可操作性。如规定离婚父母均享有监护权，但其监护权究竟如何行使则没有规定，致离婚后未与子女共同居住一方的监护权常常落空。笔者认为，应通过细化监护权行使方式，规定该方对子女重大事务的参与决定权、探望子女时对子女日常事务的决定权、获得有关子女信息的知情权以及对子女生活的监督权等，使非居住父母的监护权得以具体表现和实际行使。在本书的研究中，针对该制度中过于原则性的规定，较多关注制度的细节与衔接，并提出具体的立法建议，使制度更具有可操作性，对司法实务具有指南式的参考意义。

本书在研究结构上，采取总分形式。第一章是总论，首先对离婚后亲子关系法律制度的相关概念进行梳理和澄清，解决研究的基础性问题；其次讨论其功能定位，根据其对象——离婚子女和父母，确定其功能应在于保障离婚子女仍受双亲养育的权利得以实现、保障父母的离婚自由真正得以实现；在此基础上进一步探讨，为实现其功能，在制度设计上应遵循的基本原则和要求。第二、三、四章是分论，具体探讨离婚后的子女监护、探望权与抚养制度。在分论的章节安排上，以离婚后的子女监护制度为先，是由于监护安排是父母离婚时最富有争议的内容，而且只有在监护安排作出后，才有随后的探望权及抚养费安排。其次为离婚后的子女探望权制度，是基于笔者认为探望权在性质上是监护权的内容之一，只是由于离婚而引发其从监护权整体权利义务束中分离成为另一项法定权利。基于这

种内在的关联，将探望权制度置于监护制度之后研究。最后为离婚后的子女抚养制度，在前述监护和探望安排已然解决之后，就存在根据其监护和探望的时间安排确定非居住父母支付抚养费的后续问题，所以将本章的内容置于分论的前述两章之后。在各章内容的研究上，主要采用比较和实证研究的方法，为立法完善提供制度借鉴和制度运行的反馈检视，并据此提出具体的立法建议。

本书的研究方法，主要包括：第一，文献研究的方法。利用社会学、法学以及经济学领域与本论题相关的国内外研究成果，为本选题提供丰富的理论参考。第二，比较研究方法。介绍大陆法系和英美法系主要国家以及我国台湾地区有关离婚后子女监护、探望与抚养的相关立法及其判例，以此为基础进行制度的比较和评析，借此把握世界范围内的总体立法趋势以及制度间的差别与优势，并结合我国的立法与实践，为我国离婚后子女监护、探望权和抚养制度的完善提供参考和借鉴。第三，实证研究方法。在本选题的研究中，笔者搜集了来自我国部分法院网站所发布的离婚纠纷裁判文书 300 份、探望权纠纷裁判文书 25 份、变更抚养权纠纷裁判文书 100 份，总计 425 份裁判文书^①，对各裁判文书中涉及本选题的离婚后子女监护、

^① 其中，300 份涉及未成年子女的离婚纠纷裁判文书，来自于广州市中级人民法院网裁判文书栏目下载的自 2004 年到 2009 年间的 100 份涉及未成年子女的准予离婚的民事调解书或判决书；河南法院网司法文书栏目下载的 2009 年的 100 份涉及未成年子女的准予离婚的民事调解书或判决书；以及重庆法院网裁判文书栏目下载的 2009 年的 100 份涉及未成年子女的准予离婚的民事调解书或判决书。广州市中级人民法院网 <http://www.gzcourt.org.cn/>；河南法院网 <http://hnfy.chinacourt.org/>；重庆法院网 <http://cqfy.chinacourt.org/>。此外，100 份变更抚养权纠纷的裁判文书以及 25 份探望权纠纷裁判文书也主要来自上述三法院，不过还包括从其他法院网下载的部分裁判文书。

探望及抚养等相关内容归纳总结和分析，并自制统计图表，以反映和呈现我国父母离婚后子女监护、探望及抚养立法执行的司法实况，以检视此等实况是否符合维护子女利益的立法初衷，借此对制度设计和立法完善有所反馈和建议。第四，跨学科的研究与整合。近年来国内部分法学领域的研究已经意识到本身的局限及与其他社会科学整合的必要性，在学术层面及制度设计上，促进多学科整合是非常必要的。离婚后有关子女的监护、探望与抚养事件，不仅是法律事件，更是复杂情感和多元社会的综合反映。仅从法律学科出发进行理论研究和制度设计已捉襟见肘，须加强法经济学、心理学、社会学、伦理学以及儿童发展理论等专业的配合与协助。在本书的研究中，意识到此跨学科研究的必要性，并将此意识贯彻于制度的设计和论证之中，如在离婚后的子女监护制度中，以儿童发展理论分析了外国离婚后子女监护之立法流变，也以该理论对子女意见的听取与考量作了审视；以心理学和社会学的要求，提出在监护决定中，建立法官的委托调查制度；以法经济学视角对子女抚养理论以及子女养育成本进行了分析等。

目 录

序	(1)
---	-----

引言	(1)
----	-----

第一章 离婚后亲子关系法律制度基本理论阐述	(1)
-----------------------	-----

第一节 离婚后亲子关系法律制度之概念界定	(1)
----------------------	-----

一 外国离婚后亲子关系法律制度之概念界定	(2)
----------------------	-----

二 外国离婚后亲子关系法律制度概念之评析	(9)
----------------------	-----

三 我国离婚后亲子关系法律制度概念之梳理	(12)
----------------------	------

四 我国离婚后亲子关系法律制度概念之统一	(16)
----------------------	------

第二节 离婚后亲子关系法律制度的功能定位	(21)
----------------------	------

一 保障离婚子女仍受双亲养育的权利得以实现	(21)
-----------------------	------

二 保障父母离婚自由的权利得以实现	(30)
-------------------	------

第三节 离婚后亲子关系法律制度的原则和要求	(31)
-----------------------	------

一 以子女最大利益为基本原则	(32)
----------------	------

二 实现子女最大利益的基本要求	(38)
-----------------	------

第二章 离婚后的子女监护制度	(49)
----------------	------

第一节 离婚后子女监护之发展变迁	(49)
一 离婚后子女监护之立法变迁	(49)
二 离婚后子女监护立法变迁之动因分析	(54)
三 离婚后子女监护立法之总体发展趋势	(57)
第二节 离婚后子女监护权的行使方式	(58)
一 离婚后子女监护权行使方式之我国立法与实践	(59)
二 离婚后子女监护权行使方式之外国法考察与评析	(63)
三 我国立法之不足及其完善建议	(73)
第三节 离婚后子女监护人的确定	(76)
一 确定离婚后子女监护人我国立法与实践	(77)
二 确定离婚后子女监护人外国法考察与评析	(90)
三 我国立法之不足及其完善建议	(98)
第四节 离婚后子女监护权的变更	(103)
一 离婚后子女监护权变更我国立法与实践	(103)
二 离婚后子女监护权变更外国法考察与评析	(111)
三 我国立法之检视及完善建议	(115)
第五节 离婚后行使监护权的父母迁移	(118)
一 离婚后行使监护权的父母迁移之美国法考察	(119)
二 离婚后行使监护权的父母迁移之英国法考察	(125)
三 英美法经验评析及其对我国的启示	(126)
第六节 监护安排中子女意见之听取与考量	(129)
一 问题的提出	(130)
二 监护安排中听取子女意见的缘由	(130)
三 子女意见听取与考量之我国立法与实践	(132)
四 子女意见听取与考量之外国法考察与评析	(134)