

探望权主体问题实证研究

张罗月

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年1月16日; 录用日期: 2023年1月31日; 发布日期: 2023年5月10日

摘要

探望权制度作为保护非常态婚姻家庭状态下的法律制度, 对于切实保护未成年子女的合法权益起着不可替代的作用。通过实务中的案例发现, 探望权行使过程中行权主体狭窄, 不利于未成年人的身心发展, 因此有必要在对其概念与特征掌握的基础上, 探析探望权制度设置的初衷并对探望权主体范围进行分析, 以期在保护未成年利益的基础上完善该制度。

关键词

探望权, 权利主体, 未成年利益保护

An Empirical Study on the Subject of Visitation Rights

Luoyue Zhang

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jan. 16th, 2023; accepted: Jan. 31st, 2023; published: May 10th, 2023

Abstract

As a legal system for the protection of non-conventional marital and family status, the visitation right system plays an irreplaceable role in effectively protecting the legitimate rights and interests of minor children. Therefore, it is necessary to analyze the original purpose of the visitation right system and analyze the scope of the subject of visitation right on the basis of the concept and characteristics of the system, in order to improve the system on the basis of protecting the interests of minors.

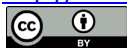
Keywords

Visitation Right, Subject of Right, Protection of Interests of Minors

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

探望权作为亲权的一种延伸，不仅是未直接与未成年生活一方应当享有的权利，同时也是保障未成年成长过程中不会过多缺乏父爱或母爱的一种重要制度设置。目前，探望权的行使遭遇了各种困难，长期这样将会影响未成年人的身心健康，不利于未成年人的成长。造成主体行使困境的原因是多样化的，不仅包括探望权制度本身所具有的特殊性，还有法律规定的不完善。因此，需要有针对性的进行修正，使得探望权得到良好的运行。

2. 探望权概念与特征

2.1. 探望权概念

我国对于探望权的定义，理论界存在广义和狭义之分。广义上的探望权是指父母对未成年子女行使的一种监护性权利。狭义探望权是指父母双方在离婚后未直接与未成年生活的一方探望未成年的权利，即未抚养未成年子女的一方探望其子女的权利。《民法典》第 1086 条的规定表明我国探望权采纳的是狭义探望权概念。对于探望权概念的理解，应当考虑几个因素：首先要把握探望权的表述，应当明确、具体，对探望权的主体和探望权的内容一定要清楚明晰。其次，探望权的定义应与该权利的开放式结构相一致，即体现其预测性，对权利适用的前提和行使方式也要留有足够的解释空间。最后，探望权作为中国婚姻家庭法律体系的一部分，意味着该制度不仅体现其作为婚姻家庭中的特色，与此同行还融入了我国深厚的亲情与伦理。因此，探望权在我国定义就必须结合我国特色反映出我国的文化传统，体现我国的人文关怀。最重要的是，应优先考虑保护未成年子女的利益。未成年子女不应因为家庭关系的破裂而被剥夺父母的照顾[1]。

2.2. 探望权特征

1) 探望权同时具有法定性和自然性。探望权和其他权利不同之处在于，探望权具有明显的身份色彩，没有婚姻家庭关系，就不可能有探望权。探望权以存在婚姻家庭关系为前提，自然取得。同时探望权的享有是受法律保护，权利主体、权利的行使和终止等在《民法典》中都有明确规定，当事人不能任意改变或被他人剥夺。虽然对于探望权行使方式、地点和时间可以由当事人进行协商，但也不能否认其法定性。

2) 探望权是权利和义务的统一体，具有双向性质。探望权不仅是指非监护人在离婚后探视未成年子女的权利，也是指非监护人继续履行抚养和照顾未成年子女职责的义务。因此，探望权的行使应以最大限度保护未成年子女的利益为目标。而不是出于自己私心故意不让对方对孩子进行探望。因为未成年作为独立的权利主体，虽然存在无法全面表达内心真意，但作为未成年的父母也应该知道单独的父或者母给予未成年的情感安慰是不够的。而且未成年也有自己的想法，当法律只规定了单方面的父母探视子女的权利时，这显然会忽略未成年子女的利益，父母与孩子之间的情感交流是互相的，不能仅考虑到一方的利益而侵犯未成年子女的利益。探望权的权责统一性要求在不直接抚养的父或者母行使探望权时，需要充分尊重未成年真实想法，不能将自己内心意愿强加在未成年身上，学会倾听未成年子女内心真实声音，促使未成年身心得到健康发展。

3) 探望权中的具体内容体现非物质性。设立探望权是为了满足父母和子女对亲情的延续以及情感和心的需求。确保亲情关系在父母离婚后也能得到健康的发展和延续,因此,探望权更多体现的是一种精神情感性而非财产属性。

4) 探望权的权利主体与探望权的对象具有排他性,就我国法律规定来看,探望权享有的主体以及实施的对象都是法定的,根据法条的相关规定,探望权主体是指不直接抚养未成年的父或母,其他人员并不依法享有探望权。

3. 探望权主体困境

就法律规定而言,对探望权行使主体限定在离婚后不直接抚养子女的父或母,从实务中会发现行权主体过于狭窄。若机械的根据法律条文进行适用,不利于未成年子女身心发展。

3.1. (外)祖父母是否享有探望权

隔代探望权几经修改,最终还是未能被采纳。在2015年相关的司法解释中增加了有限制的隔代探望,2018年的一审修改稿中也对隔代探望持肯定态度;但2019年6月修改稿中又对其进行限制,直到2019年10月修改稿直接将隔代探望权予以删除^[2]。可见,法律条文中对隔代探望权的态度摇摆不定,但是实务中法官对隔代探望却是持肯定的态度,这与法律规定相冲突。通过在聚法案例平台以祖父母、探望权为关键词进行检索,相关案例共372件。在“崔某与邹某探望权纠纷案”中,原告崔某在失去唯一的儿子后,孙子成为原告的唯一后代血亲,对于被告故意带着孩子躲藏,不与原告见面的行为,原告向法院主张探望孙子,不仅能慰藉悲痛的心灵还有利于孩子的成长。被告主张的享有探望权的主体仅是父亲或母亲,其他人不享有该权利。而法院经审理认为虽然法律只明确父或母的探望权,但是对于祖父母或外祖父母的探望权也未禁止。从其探望权设立的精神来看,探望权作为亲权的延伸,而祖父母也是亲权的重要组成主体。祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的关注、照顾,有时并不亚于父母,对未成年人的成长,也是非常重要的,有着不可或缺的作用,允许其探望,符合公序良俗。原告要求对其孙子行使探望权,既是其自身情感的需要,也有从物质上对其孙子大力资助的愿望,对双方都有利。法院裁判予以支持。¹在“邓某与郑某某探望权纠纷案”中,法官的态度与前案相同,都对隔代探望持肯定的态度。邓某作为上诉人称法律未规定爷爷奶奶享有探视权,被上诉人的请求理应不受支持。而被上诉人称在自己儿子去世的一年时间里,孙子一直是由二人照顾,负责孩子的生活学业,但自从上诉人将孩子接走后,却不让其探视还教孩子怨恨自己的爷爷奶奶。法官根据权利和义务对等的基本原理,祖父母对尽过抚养义务的未成年孙子女应当享有探望的权利。二人要求探望孙子的要求的符合情理和法理。其祖父母,虽不是法定的探望权主体,但与孙子之间的血缘关系使其具有亲属关系的权利与义务。被上诉人老年丧子,身心受到打击,允许祖父母适时地探望孙子,起到了传承血脉、维持亲情的作用。²在“孙某与徐某探望权纠纷案”中,孙某因意外事故身亡,两原告一直帮助被告抚养孩子,直到被告将孩子带至市区生活,以种种理由阻止原告探望其孙子,严重损害两原告合法权益。法官基于法律虽未明确规定祖父母对孙子女具有行使探望权的权利,但也没有明确规定禁止探望的权利。尊老爱幼是中华民族的传统美德,骨血里有割不断的亲情。期望原、被告双方能够以亲情为重,孩子为重,自己为轻,为了两个孩子的健康成长,各自尽力。原告可以在不影响孩子的基础上酌情行使探望权。³

以上三个案例中不难看出实务中法官对于隔代探望是持支持的态度,而且法官都认为基于祖父母与孙子女之间的亲属关系,也应该享有探望权。尽管裁判要旨略有不同,但是法官都认为祖父母享有探

¹(2019)冀1026民初1009号民事判决书。

²(2018)云01民终545号民事判决书。

³(2020)鲁0786民初2207号民事判决书。

望权不仅是基于未成年子女最大利益的考量，也是对亲情的延续。将尊老爱幼的中华传统美德融入到法律中，也有利于中国特色社会主义法治道路的推进。

3.2. 分居的父母是否享有探望权

通过在聚法案例平台以分居、探望权为关键词进行检索，相关案例共 1.36 万件。从数据中看到分居的父母是否享有探望权占比很大，但是分居的父或母并不满足探望权中规定的离婚条件。在“姚某与王某侵权责任纠纷案”中，王某以婚后存在矛盾为由，将孩子带离家中，一直阻挠原告姚某与孩子相见，原告认为被告侵犯其监护权和探望权。被告认为二人仍系夫妻关系，原告主张被告侵犯其监护权属于主体不适格。法院认为原被告未离婚，不符合探望权行使规定，分居期间因子女探望问题发生的矛盾，应由夫妻双方本着求同存异，互谅互让的原则，自行协商处理。原告诉称被告侵犯了其法定监护权，本案应为侵权纠纷，而原告对子女的监护权并未经法定事由予以撤销或剥夺，故原、被告仍是婚生二子女的法定监护人，因此原告的诉求不能成立。⁴“杨某与庄某探望权纠纷案”中，杨某因与庄某发生矛盾，庄某将孩子带走，杨某多次向庄某提出看望孩子，均遭到庄某的拒绝，杨某认为庄某行为构成对杨某监护权的侵害，使得其心灵受到极大的伤害。法院认为杨某要求庄某停止对其监护权的侵犯，其目的在于要求行使探望女儿的权利。由于探望权是指离婚之后不直接抚养子女的父或母探望子女的权利，现上诉人尚未与其配偶离婚，故其不具有提起探望权纠纷诉讼的起诉条件，起诉不符合民事诉讼的起诉条件。⁵“胡某与马某探望权纠纷案”中，胡某与马某已分居三年，其子一直跟随被告马某生活，法院经审理认为分居后关于抚养权问题应该秉持最有利于未成年成长的原则协商决定，协商不成的，由法院决定。抚养权作为一种亲权，也包括分居后的父母享有的权利。本案中原告与被告的分居关系不影响原告对其孩子行使抚养、探望的权利，这属于法定监护人行使抚养权的体现。⁶

三个案例中，前两个案例法官的认定思路是一致的，都认为探望权以离婚为前提，双方未离婚，就不符合探望权的行使规定。案例三中的法官则认为父母对孩子的抚养权当然包括探望权，若根据法条机械的认为分居后的父或母不享有探望权，不仅违背探望权设立初衷，还与子女利益最大原则背道而驰，加剧家庭矛盾。导致类似的案例出现不同的裁判思路不仅与法官的素养有关，更多的是法律规定中出现的漏洞，分居的夫妻引发的抚养、探望权纠纷数量之多，法官的认定又各不相同，难免使矛盾升级。使民众不满，认为法官有造法的嫌疑。

3.3. 非婚生子女的父或母是否享有探望权

在聚法案例平台通过以非婚生子女、探望权纠纷为关键词进行检索，关于非婚生子女的父母探望权纠纷共 1047 件。在“毕某与邢某同居关系子女抚养纠纷案”中，原告诉称自己在生育非婚生女后被告对其不管不问，双方经常发生争吵，被告辩称，原告对孩子不好并要求随时探望孩子。法院认为原、被告不办理结婚登记手续便同居生活，虽不是法律所提倡的行为，但所生的孩子也享有与婚生子女同等权利并不受任何组织或个人干涉或危害。孩子现在年幼尚在哺乳期，其跟随作为母亲的原告生活更加有利于健康成长，故对原告主张邢某跟随其生活的诉讼请求，本院予以支持。未与子女生活的一方应该履行抚养义务，支付抚养费。被告要求探望权，应参照离婚诉讼程序予以一并解决。⁷在“苏某、刘某同居关系子女抚养纠纷案”中，法院认为原、被告未达法定婚龄即同居生活，违反法律的强制性规定。未办理结婚登记，双方不具有合法的婚姻关系，系同居关系，本院予以认定。但同居生活期间生育的非婚生子女

⁴(2021)鲁 0812 民初 677 号民事判决书。

⁵(2017)沪 01 民终 14232 号民事判决书。

⁶(2017)辽宁 0181 民初 788 号民事判决书。

⁷(2022)冀 0923 民初 1994 号民事判决书。

享有婚生子女的各项权利，当然包括抚养、教育义务。综上所述，抚养未成年子女是父母的法定义务，不直接抚养子女的父母有支付抚养费的义务，有探望的权利。⁸

非婚生子女在我国实践中大量存在，偏远地区更为明显。若非婚生子女的父母不享有探望权，就违背了该制度的设立初衷。以上两个案例中法官都认为非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，虽然未办理结婚登记，不存在合法的婚姻关系，但是孩子确为两人亲生，作为孩子的亲生父母，依法享有探望权也并无不妥。法官对非婚生子女父母享有探望权予以确认有助于维护非婚生子女权益。但是其中却存在一个问题：这种无法律意义的婚姻关系如何解决离婚的问题？本身就不存在合法有效的婚姻，除非进行婚姻登记再进行离婚，但在实务中几乎不可能。因此，在后期行使探望权的过程中也会存在诸多障碍。

3.4. 子女是否享有探望权

通过在聚法案例平台以探望原告、探望权、法定代理人为关键词进行检索，查找到 177 件关于子女要求父或母行使探望权案件。在“谭某甲与谭某乙探望权纠纷案”中，原告系被告之子，自夫妻离婚后，原告一直跟随王某生活，被告以种种理由不愿意探望原告，故原告诉至法院，要求被告每月探望原告一次，法院经审理认为父母离婚后，未与未成年子女直接生活的一方依法享有探望权，探望子女不仅是父母的权利，也是对子女进行抚养、教育的义务。原告尚未成年，希望得到父爱，而被告离婚后一直未探望原告，给原告的健康成长带来了一定的不利影响。故原告要求被告探望的诉讼请求，理由正当，本院予以支持。⁹在“杨某 1 与杨某 2 抚养费纠纷案”中，父母离婚后，原告跟随母亲生活，被告长期未履行抚养义务，不来探望原告致使其心里缺乏安全性，诉至法院要求履行探望权义务。法院认为原告要求被告履行探视权无法律依据，本院不予支持。¹⁰

同是未成年子女要求父母行使探望权，法官的裁判思路却各不相同，谭某甲与谭某乙的案件中，法官秉持未成年子女最大利益原则，认为父母对子女进行探望，不仅是父母的权利，也是履行对子女进行抚养、教育的法定义务。因此原告要求被告探望的诉求合法有据。但杨某一案中，法官认为探望权是不直接抚养子女一方的父或母享有的权利，而不是子女的权利，即使认为探望权是权利与义务的统一体，也只能说明未行使探望权的一方需要依法履行探望的义务。

4. 解决路径

4.1. 将“未成年子女利益最大化”原则纳入婚姻家庭编

受传统的封建家长制思想的影响，我国对于未成年子女利益最大化不仅在立法方面有缺失，而且实务中，法官个人的知识素养、家庭背景等都会影响对该原则的理解。在许多西方国家，虽然受政治、经济、文化的影响，使各国对未成年利益最大化存在不同的理解，致使其制度的实现与保障也相差悬殊，但西方大多国家诸如美国、德国，在探望权制度中都以“未成年子女利益最大化”为核心，我国也应该予以借鉴，明确原则性规定。无论探望权行使的形式如何发生变化，都应当以未成年子女的利益为考量因素。实践中法官的裁判思路各不相同的原因之一也是因为未站在未成年的立场进行考虑，毕竟社会所尊崇的法律与规则是由成年人指定的，很多时候，还是基于成年人的角度去考虑是否适合未成年，却没有真的去倾听这个群体内心的声音。机械的认为探望权就是一般的探视权也是一贯的做法。正如王勇民学者所说：“儿童最大利益原则是由成年人来演绎和解释，会以自己的认知标准来衡量”[3]。虽然在《民法总则》存在类似的原则，但探望权毕竟不同于监护权和监视权，探望权是一项独立的权利，其性质决定了内容的丰富，所以很有必要在婚姻家庭编中将“未成年子女利益最大化”变成明文规定，使得法官

⁸(2022)豫 1624 民初 4411 号民事判决书。

⁹(2014)威环民初字第 2688 号民事判决书。

¹⁰(2021)吉 0781 民初 1099 号民事判决书。

有法可依。

4.2. 将探望权主体的范围予以扩大

1) 有条件的将(外)祖父母纳入探望权的主体范围。在上述案例中看到法官的说理是赞成隔代探望的,法官从其探望权设立的精神出发,认为探望权作为亲权的延伸,祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的关注、照顾,对于未成年的成长也是十分重要,允许其对孙子女、外孙子女进行探望不仅符合我国公序良俗,也有利于把未成年培养为具有尊老爱幼的好品格。在许多发达国家,与未成年关系密切的兄弟姐妹都纳入探望权的主体,因此,我国可以予以借鉴。但也要根据最有利未成年子女成长的原则,也并不是所有的(外)祖父母都可以成为探望权的主体。一是(外)祖父母享有的探望权是带有附随性的;二是在享有探望权的父或母出现无法行使探望权的客观情况如死亡、丧失行为能力时,(外)祖父母可以代为行使探望权;三是(外)祖父母若想跟随享有探望权的父或母探望未成年之外探望未成年的,应该提前与未成年生活的一方进行协商,尊重未成年的真实意愿。有效保障(外)祖父母的情感需求同时也尊重各方当事人,有利于亲情的延续和社会的稳定[4]。

2) 把未成年子女纳入探望权的范围,未成年子女理应成为探望权的主体并享有权利。德国民法规定,未成年也享有探望权,可以主动利用探望权与未直接抚养自己的父或母进行情感交流,而父或母也应以配合。英国法律还规定未成年不仅享有探望权,而且还具有一定强制性质。是保证其父或母承担教育、抚养义务的权利。将未成年子女纳入探望权范围也是遵循“未成年子女利益最大化”原则的体现,更加符合未成年身心发育的实际情况[5]。现实中不乏很多父母将离婚后的子女视为一种负担,并不想与自己的孩子进行情感交流,这对于未成年的成长显然是不利的。未成年享有探望权,可以主动行使自己的权利,要求自己的父或母与自己进行见面、沟通。使其得到父爱或母爱,身心充分发展。当然,在明确未成年享有探望权的同时相应的也要赋予他们可选择的权利,例如探望的地点和方式。但对于未成年作为探望权主体需要根据年龄加以一定的限制。以八周岁为界,未满八周岁的未成年,父母应直接根据法院判决行使探望权;已满八周岁的未成年,父母就探望权的行使方式、地点、时间应征求未成年的意见;已完成九年义务教育的未成年,父母需要根据未成年提出的探望权的要求,充分尊重其意见行使探望权[6]。

4.3. 增加探望权主体适用的情形

1) 增加非法婚姻中适用探望权制度的有关规定。不仅包括上述案例中提到非婚生子女是否享有探望权,还包括可撤销婚姻被撤销以及其他无效婚姻的情形。其核心就在于探望权的行使以父母离婚为前提,离婚又需要存在合法有效的婚姻关系。而非法婚姻不符合该要件。根据上述案例可知,法官对于此类非法婚姻中父或母是否享有探望权的认定思路是类似的,都认为非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,虽然未办理结婚登记,不存在合法的婚姻关系,但是孩子确为两人亲生,作为孩子的亲生父母,依法享有探望权。但是适用途中因为探望权行使的限制也会出现探望权无法履行的情形,还是需要进一步进行明确以便在今后的案件审理过程中予以裁判。避免出现矛盾性的裁判,与法律规定相背离。在这几种情形中,即使父母之间的婚姻关系不合法,但是其与未成年子女之间的亲属关系已然建立,父母之间是否存在有效的婚姻关系不应该成为其是否享有探望权的前提,明确其享有探望权能够有效衔接婚姻家庭编中父母子女的权利义务规定[7]。也符合我国传统文化中的家庭伦理。

2) 增加夫妻分居情形下探望权适用规定。根据上述案例,父母分居多是因为家庭矛盾,其未成年子女跟随一方生活,有的法官认为这样的情形下,父或母并不享有探望权,因为婚姻关系仍在持续中,而有的法官认为抚养、探望自己的孩子是父母的权利,不应死板的运用法律。根据探望权固有的亲权属性,

自然性和法定性是其特征。亲权的核心是父母为未成年子女监护和教育,继而衍生出对未成年子女的抚养权、教育权。探望权始于由血缘构成家庭关系,父母行使探望权是维系家庭关系的纽带,亲权是法律难以割舍的权利。在家庭和谐时,探望权依然与亲权相融合,无需通过法律途径进行调整。一旦这种和谐的家庭关系被打破,出现非正常的婚姻关系,因为子女只能与父或母生活,相应的亲权就应该在时间、空间和方式上予以调整。因此,需要明确分居后的父或母享有探望权。未与未成年生活的一方可以进行探望,交往[8]。从探望权设立的初衷出发,遵循子女最大利益的原则,弱化家庭矛盾。

5. 结语

随着探望权纠纷逐年增加,探望权主体范围是否需要扩大也成为必须解决的问题,实务中同案不同判的情形是在提醒我们法律必须与时俱进。狭义的探望权主体已经无法满足人们的需求。因此在研究探望权主体范围时,需要以未成年成长为导向,注重对未成年的关怀和教育,贯彻“未成年子女利益最大化”原则,将(外)祖父母、未成年子女有条件地纳入探望权主体范围,并增加探望权适用的情形,而不是机械地以离婚为探望权行使条件。遵循探望权权责一致的要求,探望权不仅是权利也是义务。基于这种判断逻辑,对探望权主体做出一定调整。

参考文献

- [1] 李春斌. 探望权独立身份权说——以《民法典》第 1086 条为中心[J]. 法治研究, 2022(6): 101-109.
- [2] 潘润全. 民法典编纂背景下探望权的体系性反思与重识[J]. 法治社会, 2019(6): 43-58.
- [3] 王勇民. 儿童权利保护的国际化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 96.
- [4] 胥语嘉. 行使探望权的困境与出路——以案例为基础的实证研究[J]. 厦门城市职业学院学报, 2022, 24(4): 47-53+79.
- [5] 雷春红. 论离婚后未成年子女抚养探望规定的缺失与修正——以儿童最大利益原则为切入点[J]. 时代法学, 2020, 18(5): 77-85.
- [6] 华溪. 探望权主体制度研究[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2017.
- [7] 张淑芹. 论探望权的主体范围[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中国社会科学院研究生院, 2017.
- [8] 刘蓓, 张蓝以. 非婚生子女父母行使探望权的障碍[J]. 现代交际, 2019(5): 58+57.