

隔代探望权制度研究

李琦

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年4月10日; 录用日期: 2023年5月24日; 发布日期: 2023年5月31日

摘要

探望权制度的正式确立始于2001年《婚姻法》，这一制度也为父母婚姻关系破裂后亲子关系的融合和保障未成年人身心健康有极大促进作用。但《婚姻法》中规定探望权只能由父母主张，(外)祖父母却被排除在外。从司法实务来看，近些年随着我国社会的发展以及离婚率的升高，法院也处理了更多(外)祖父母隔代探望权的纠纷，虽然2019年《民法典婚姻家庭编(草案二次审议稿)》中有提及“隔代探望权”的内容，但由于学界对此问题看法不统一，最终《民法典》婚姻家庭编中没有采纳该提议，也未对隔代探望权作出实质规定。在这种情况下，法院根据现有法律以及公序良俗判案可能会导致结果参差不齐，这样不仅不利于老年人的权益保障，而且可能会导致未成年人身心健康无法得到完整保护。因此，本文通过结合审判实践，对当前隔代探望权案件中体现的问题和经验进行总结，对建立隔代探望权制度提供切实可行的建议。

关键词

探望权, 隔代探望权, 未成年人利益最大化

Research on the System of Intergenerational Visitation Rights

Qi Li

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Apr. 10th, 2023; accepted: May 24th, 2023; published: May 31st, 2023

Abstract

The formal establishment of the visitation right system began with the Marriage Law in 2001. This system also plays a great role in promoting the integration of parent-child relationship and safeguarding the physical and mental health of minors after the breakdown of their marriage relationship. But the Marriage Law states that visitation rights can only be claimed by parents, grand-

文章引用: 李琦. 隔代探望权制度研究[J]. 法学, 2023, 11(3): 1675-1680.

DOI: 10.12677/ojls.2023.113239

parents are excluded. In terms of judicial practice, in recent years, with the development of our society and the increase of the divorce rate, the courts have also dealt with more disputes concerning the intergenerational visitation right of grandparents. Although there is a reference to the “intergenerational visitation right” in the 2019 Civil Code Marriage and Family Code (second draft), views on this issue are not unified in academia. In the end, the proposal was not adopted in the Marriage and Family section of the Civil Code, and no substantive provisions were made on the right of intergenerational visitation. Under such circumstances, the court’s judgment in accordance with existing laws and good public order may lead to uneven results, which is not only detrimental to the protection of the rights and interests of the elderly, but may also lead to the incomplete protection of the physical and mental health of minors. Therefore, by combining the trial practice, this paper summarizes the problems and experiences that reflected in the current cases of intergenerational visitation right, and provides practical suggestions for the establishment of intergenerational visitation right system.

Keywords

Visitation Rights, Intergenerational Visitation Rights, The Best Interests of Children

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

按照《民法典》的规定，离婚后不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利。但是在司法实践中，有部分未成年(外)孙子女和经常在一起生活的(外)祖父母分开后，老年人探望(外)孙子女的需求未得到满足，由此产生隔代探望权纠纷。

注重家风与传承是我国的优良传统，随着近年来离婚案件的数量攀升，人们对探望权，尤其是隔代探望权的诉求变得更加急切。从现实中看，《民法典》条文未回应(外)祖父母实施探望的主体地位，这也造成了部分法官对现有规定的机械运用，导致老年人应有的探望权未得到司法有效保障。在理论界，目前多数看法是支持隔代探望权的适用，以杨立新教授为代表的大部分学者也认为为了满足(外)祖父母对(外)孙子女的情感需要，应当制定隔代探望权，让祖父母、外祖父母的探望权得到实现[1]。因此，结合社会的现实需求，建立隔代探望权制度就显得十分有必要。

2. 隔代探望权的概述

2.1. 隔代探望权的含义

我国立法中并未明文规定隔代探望权，隔代探望权发展于探望权，探究隔代探望就必须以探望权为研究前提。探望权在法律上的规定可以首次体现在我国《婚姻法》第38条第一款，其规定了探望权的权利主体为离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方，并未规定(外)祖父母对(外)孙子女的探望权。而(外)祖父母的探望权必须依赖于父母探望权的实现，父母仅在道德上有允许的义务，却没有法律上的协助义务，这也造成了司法实践中的空白。

隔代探望权是指祖父母、外祖父母所享有的探望(外)孙子女的权利，在司法实践中已经存在隔代探望权审判的案例，但法院习惯依照探望权的方式解决隔代探望的问题，其实两者存在本质区别。探望权的主体是指离婚后与子女不能共同生活的父亲或母亲一方，而隔代探望权的主体是(外)祖父母；其次，探望

权的基础是亲权，是为了维护父母对子女的抚养和管教，而隔代探望权主要是为了实现亲情的维系，并非主要实现抚养和管教义务。因此我们不能将两者混为一谈，否则就会出现法律与情感混杂的情况。

2.2. 隔代探望权的学理争议

大部分学者现在对隔代探望权持肯定态度，实务界也认为支持隔代探望有利于未成年人的身心健康以及老年人权益维护，但是仍有部分学者主张要加强对隔代探望权条件的限制，以避免权利滥用。

2.2.1. 隔代探望权的肯定论

学者毛柏林认为从权利义务相一致的角度来说，(外)祖父母拥有探望(外)孙子女的权利[2]，因为在父母死亡的情况下，(外)祖父母对(外)孙子女之间存在抚养义务与代位继承制度，在(外)祖父母在家庭关系中承担相应法律义务的前提下，他们也应该有相应的隔代探望权；另一种观点是隔代探望权是父母亲权的自然延伸，如学者庄绪龙认为父母离婚带来的现实问题会导致(外)祖父母对(外)孙子女探望的强烈诉求[3]，这对于注重家族传承的我国来说比较普遍；学者李贝也认为这种方式可取，它可以在法律上作出更为合理的解释，一方面可以将探望权的主体解释为父母，另一方面可以作为父母亲权的补充而存在[4]。

2.2.2. 隔代探望权的否定论

持反对观点的学者认为不应该确立隔代探望权，一是从探望权的主体范围来说，这会造成父母之外的主体拥有探望权，这无疑是将道德层面要求上升至法律规定，也会间接增加直接抚养孩子一方的责任。学者付建国、郝绍彬认为要尊重法律的规定，不可盲目扩大探望权的行使主体，应当将探望权的主体限定为不直接抚养子女的父亲或母亲一方[5]。二是从法律的核心概念来说，学者林海认为“隔代探望”是基于祖孙之间的亲缘关系形成的，这种关系不会因为父母离异而受影响，也是一种超越法律管理范围的状态，因此并不受到法律保护[6]。

3. 隔代探望权的司法现状及存在问题

3.1. 隔代探望权的司法现状

在中国裁判文书网上以“隔代探望”为关键词进行搜索，检测到 20 份文书，其中有 19 份判决书、1 份裁定书，笔者在进行统计分析后了解到其中 13 份文书直接涉及到了隔代探望权。判决书分为支持与不支持两种，其中支持隔代探望的有 8 份文书，其余不支持判决的理由主要是主体不适格与无事实依据两种，明确不支持隔代探望权的仅有魏某、王某 4 等探望权纠纷 1 例¹。从时间分布来看，隔代探望权纠纷主要发生在 2015 年后，且数量呈增长态势，这种趋势也与我国的经济水平相适应。

在支持隔代探望的裁判文书中显示出虽然法院并未引用《民法典》的明文规定，但一般都会基于案件实际情况、情理以及公序良俗作出判决，会选择支持或部分支持当事人隔代探望的请求，以下是法院支持隔代探望的相关理由：

1) 法无禁止即可为。法律虽然没有明文规定隔代探望权，但也没有禁止，祖辈和孙辈在共同生活过程中产生生活和情感上的依赖，隔代探望的请求符合我国家庭相亲相爱的传统美德，根据我国民法典第十条和《中华人民共和国老年人权益保障法》第十八条的法旨，若不允许(外)祖父母适当的探望，也不利于公序良俗的遵循。

2) 有利于保护未成年人和老年人的合法权益，未成年人和老年人依然需要相互团聚以达到精神上的满足，因此，法院可以支持隔代探望，让家庭成员得到应有的精神寄托与关怀照料。

在不支持隔代探望的判决书中，其主要理由是法律没有明文规定隔代探望权，另外就是从个案的不

¹ 四川省巴中市中级人民法院(2021)川 19 民终 681 号民事判决书。

同出发，不利于未成年人健康成长的隔代探望未被法院支持。

3.2. 隔代探望权存在的问题

虽然民法中遵循“法无禁止即可为”的原则，但没有立法的支持就不能无条件的去支持隔代探望。在《民法典》草案的编撰过程中也曾出现隔代探望权的探讨，但最终未在法典中体现，所以当法院面临(外)祖父母的隔代探望诉求时，往往无法引用法律规定，法官只能根据案件实际情况和相关法律原则进行说理论证，而不能给与相应完善的解决方案。最高人民法院曾将隔代探望的审判作为弘扬社会主义核心价值观的典型案例进行展示，但我国不是判例法国家，法官不能依据典型案例审判，因此典型案例与立法的保护相比较，其参考价值也是较为有限的。其余部分支持类的判决是为了保障失独老人以及对(外)孙子女尽到抚养义务的老人的权利，但是(外)祖父母并不是抚养义务的主体，因此这种裁判方式其实是保障了父母亲权的延伸，而不是保障隔代亲属的直接权利。

因此，在结合我国国情的实际情况下，在《民法典》中对于隔代探望权的主体、内容、行使方式等进行规定是符合社会主义核心价值观和司法实践的迫切要求的。

在司法实践中，大多数判决是支持隔代探望权的，但是由于缺乏相关法律标准，法官也有理由不支持隔代探望权。此两种截然不同的司法判例虽然是在结合案件实际情况的基础上决定的，但涉及老年人切身利益，也可能遭受司法不公的质疑。当下的法律体系背景下，这种牵涉情理较多的案件主要是依靠调解来化解纠纷，这无疑是一种更好的解决办法。但在司法实践中常常存在直接抚养子女一方对另一方有强烈的不满，影响到(外)祖父母对(外)孙子女的正常探望，就只能通过司法途径解决，这时没有法律的强制性规定，结果就只能依靠法官结合法律原则、情理，通过个人的自由裁量权来判断，也就间接加剧了判决结果的不稳定性。因此根据不同案件明确隔代探望权的适用情形是很有必要的。

在充分保护未成年人利益问题上，法院还需要慎重思考，当前隔代探望权的判决体现出对未成年人的保护流于表面的问题，当法官用不甚专业的视角判断未成年人的心理状况和情感需求，支持或不支持隔代探望权都可能对儿童的身心健康造成伤害。如果法院不支持隔代探望，而当事人转而采取情理与道德的约束，则很有可能父母私下还是拒绝让祖孙见面，未成年人的亲情需求也就无法被满足；如果法院支持隔代探望的诉求，那么在法律没有明文规定隔代探望权的情形下，探望的方式不够具体，例如苏某2、王某3与张某探望权纠纷中²，法院判令原告与被告协商探望方式，这样的方式灵活但极易使父母以各种理由搪塞，不履行或者不完全履行判决。其次还有可能造成(外)祖父母已经结束探望时间却继续将(外)孙子女留在身边，表面上展示出对未成年人的关爱，实则忽视他们的心理需求，隔代探望权也变得毫无意义，因此法院只有针对个案，对未成年人利益充分考量，才能实现未成年人利益最大化。

4. 隔代探望权的实现路径

4.1. 界定隔代探望权的主体范围

在法律中明确规定隔代探望权可以有效回应老年人的探望需求，但良好的家庭氛围需要当事人双方携手打造，法律条文中也需要明确权利的申请人、义务主体。首先，权利主体应当是(外)祖父母和(外)孙子女，而非未成年人的父母。也就是说申请的主体可以包括(外)孙子女，充分赋予未成年人话语权有助于满足其心理需求，但是双方应当秉持维护良好亲情关系的原则，一旦出现不利于双方身心健康和正常生活的事由，在诉讼时法院也可以根据法律与事实裁判；其次，义务主体应当包括(外)祖父母与(外)孙子女，以及相关亲属，例如未成年人的父母等。其中，作为未成年人的监护人，父母往往是造成隔代探望权执行困难的重要因素，若父母数次阻碍隔代探望，必要时法院可以采取相应的强制措施以及惩罚性措

² 参见江苏省丰县人民法院 (2020)苏0321民初3356号民事判决书。

施实现这一权利。

4.2. 明确隔代探望权的适用情形

但是也并非所有的隔代探望权都需要保护，我们应当设置一定的条件，只有满足条件才能支持当事人的隔代探望权，否则将会适得其反，给未成年人及其家人造成困扰。对于一些纠纷不大的家庭，不需要用隔代探望权来约束父母。申请隔代探望权的(外)祖父母应当有条件限制，这样可以更直接地保障双方的权益。首先，(外)祖父母需要曾经承担照顾义务，根据权利义务对等原则，(外)祖父母曾经承担照顾义务或者是抚养义务，双方更容易建立深厚情感，才显得隔代探望需求更迫切。这种照顾义务具体应该用双方相处的时间、物质、以及双方对对方的评价来衡量；其次，纠纷比较激烈的案件或子女死亡的(外)祖父母的隔代探望权应予保障。(外)祖父母的子女死亡已经给老人带来极大痛苦，此时从情理上更需要维系与(外)孙子女的亲情纽带，因此，在无法通过调解协商来保障稳定的探望时间的前提下，纠纷较大的案件当事人和失独老人更需要隔代探望权的保障，这也能够成为当事人是否符合申请隔代探望的条件之一。这样附条件的规定能够更好地地区分案件类型，将诉源治理落实在刀刃上，更加符合公序良俗，维护我国家庭内部的和睦团结。

4.3. 充分考虑未成年人的利益

保护未成年人的权益是隔代探望权制度诞生最主要的理由之一。在时间地点的选择上，充分考虑未成年人的课业情况和放假时间，在不耽误学习的前提下，选择一个折中的地点，可以在(外)祖父母或(外)孙子女家中，也可以在安全的公共场所，核心原则是保障未成年人的正常生活。另外，在案件中首先需要对未成年人意见充分采纳，此处可以参考《民法典》婚姻家庭编中关于离婚抚养问题的规定，例如对于年满8周岁的未成年人，法院应当充分考虑其对于是否探望和探望方式的考虑；其次，子女的安全是父母考虑的首要问题，行使探望权需要(外)祖父母一方为完全民事行为能力人，有能力完成照顾(外)孙子女的职责，保护他们的健康；最后是父母双方需要保障隔代探望的时间，充分起到辅助人的作用，不要对探望期间进行过多干预。

4.4. 明确规定隔代探望权的中止情形

既然法律可以赋予当事人隔代探望的权利，基于充分保障未成年人利益原则，也可以在(外)祖父母滥用权利的情况下中止权利的行使。立法机关可以对行使隔代探望权的具体时间、地点以及行使的方式作出适当区间化的规定，而个案的具体适用可由法官行使其自由裁量权根据实际情况进行判决^[7]，如果有危害未成年人身心健康的情形出现，父母任何一方均有权利申请及时中止探望。一是从保障未成年人身体健康角度来说，(外)祖父母存在重大传染性疾病时应中止探望；二是从心理健康角度出发，已满8周岁的(外)孙子女在拒绝(外)祖父母的探望3次以上后应当中止探望，在经过一定期限后，法院仍可以根据双方的协商以及具体情况恢复探望权。

其余的规定笔者认为可以借鉴《民法典》关于父母丧失监护权的相关规定，1) 对于实施严重损害(外)孙子女心理健康的行为；2) (外)祖父母怠于探望期间看护职责，或者无法履行职责且拒绝将看护职责部分或者全部委托给他人，导致未成年人处于危困状态的；3) 对(外)孙子女实施故意犯罪的。4) 有实施家庭暴力或者虐待(外)孙子女的或者有赌博、吸毒等恶习屡教不改的都需要中止隔代探望权的行使。

5. 结语

法与社会是相辅相成、相互作用的，中华民族历来重视家庭关系，祖孙两代往往有割舍不断的情感联系，在现实生活中也有许多(外)孙子女因为父母离异而疏离(外)祖父母，这也引起了不少法律纠纷，但

是我国《民法典》尚未在立法领域规定隔代探望权。虽然大部分法官在面对隔代探望权案件的时候会有选择地支持(外)祖父母的诉讼请求,但是,在充分考虑未成年人利益的基础上对隔代探望的条件、实施方式、中止情形等方面仍然是模糊不清的,我们唯有在法律上及时予以回应才能用好法律这个社会关系调整器,充分让民事规范保障家庭的稳定与和谐。

参考文献

- [1] 杨立新. 我国亲属制度改革的进展、问题与对策——《民法典婚姻家庭编(草案·三审稿)》述评[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2019(6): 75-89+145.
- [2] 毛柏林. 祖父母或外祖父母也应享有探望权[J]. 人民司法, 2008(17): 77-78.
- [3] 庄绪龙. “隔代探望”的法理基础、权利属性与类型区分[J]. 法律适用, 2017(23): 82-90.
- [4] 李贝. 《民法典》时代隔代探望纠纷的裁判思路——从权利进路向义务进路的转向[J]. 法商研究, 2022, 39(4): 131-145.
- [5] 付建国, 郝绍彬. 享有隔代探望权应受适当限制[N]. 人民法院报, 2016-10-12(007).
- [6] 林海. “隔代探望”: 法律实施的社会土壤[J]. 公民与法(法学版), 2011(9): 35-37.
- [7] 赵欣瑜. 隔代探望权的现状研究及完善[J]. 财富时代, 2021(2): 144-145.