

# 探望权制度构建与优化研究

付道鑫

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年5月11日; 录用日期: 2023年5月25日; 发布日期: 2023年7月21日

## 摘要

探望权制度的设立, 一方面是为了保障夫妻离婚或产生其他情形未共同居住时, 非同住一方看望、交流、联系的权利, 另一方面是为了保证子女的利益至上, 稳定家庭关系, 促进其健康成长。本文从探望权主体、适用前提、执行中的问题等方面进行分析, 拟提出一些优化方案, 将主体范围、行使前提拓宽, 明确协助执行主体, 更好地保护探望权主体及被探望方的权益。

## 关键词

探望权, 亲属权, 探望权主体

# Study on Construction and Optimization of Visitation Right System

Daoxin Fu

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: May 11<sup>th</sup>, 2023; accepted: May 25<sup>th</sup>, 2023; published: Jul. 21<sup>st</sup>, 2023

## Abstract

The establishment of the visitation right system, on the one hand, is to protect the couple divorce or other circumstances did not live together, the non-resident party visit, communication, contact rights, on the other hand is to ensure the interests of children first, stable family relations, promote their healthy growth. This paper analyzes the subject of visitation right, the applicable premise and the problems in execution, and proposes some optimized schemes to broaden the scope of the subject and the exercise premise, clearly assist the subject of execution, and better protect the rights and interests of the subject of visitation right and the visited party.

## Keywords

### Visitation Right, The Right of Kinship, Subject of Visitation Right

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

随着社会经济的发展,新的观念与文化不断融入到如今的社会生活中,离婚率逐年上升,离婚纠纷数量也呈上升趋势,其中与子女利益密切相关的探望权纠纷十分突出。2001年之前,我国法律并没有规定探望权制度,当时法院根据《民法通则司法解释》监护权的相关规定来处理此类案件。我国在修改《婚姻法》时,初步构建了探望权制度,第38条规定,离婚后,一方有权探望未成年子女,另一方应提供帮助;探望的方式和时间由双方协定,首先应当尊重双方的意见,只有在双方反复协商无果的情况下,法院将做出相应的判决。《民法典》延续了这种规定,一定程度上保障了非同住方看望孩子的权利。《民法典》的现有规定无法解决实践中的矛盾,本文从探望权主体、适用前提、探望权内容及行使方式等方面进行分析,拟提出一些优化方案以适应现实的需要。

## 2. 探望权的概念及特征

### 2.1. 探望权的概念

探望权,最早起源于英美法系,被认为是亲属权的自然延伸,是指离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方享有的与未成年子女探望、联系、会面、交往、短期共同生活的权利。世界各地对其称呼不同,在我国台湾,被称为“会面交往权”,香港称为“探视权”,澳门称为“探访权”[1]。

### 2.2. 探望权的特征

第一,探望权的法定性。探望权的主体、行使和中止事由等由《民法典》明文规定,受到国家强制力的保护。任何自然人、法人或者其他组织都无权产生、变更探望权法律关系。

第二,探望权主体的限定性。从世界各国的规定来看,探望权的主体一般限定在与子女具有一定亲属关系的人。在我国,除离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方以外,其他亲属都不享有探望权。因探望权属于人身权利的范畴,故不能由其他人替代行使,但当探望权人在实际生活中遇到特殊情况,如与子女断绝联系、长期出差、患病在外治疗、被限制人身自由等情况时,探望权就不能被有效地行使。现有的探望权制度暴露了探望权主体限定、其近亲属缺乏探望权等方面的问题。

第三,探望权内容的非财产性。探望权属于人身权,是身份权的一种。它基于父母与子女间的亲权关系而产生,故仅有享有相应身份关系的父母可以行使此项权利。

## 3. 探望权制度的不足

### 3.1. 适用前提单一

我国《民法典》第1086条规定探望权的适用前提是“离婚后”。从实践的情况来看,非因离婚而导致的父母不能和子女共同生活的情形包括以下:第一,婚姻被判决无效或者被撤销。第二,男女双方没

有婚姻关系，仅为同居关系且育有子女，后又解除同居关系，子女会跟随其中一方父或母生活。第三，男女在通奸、代孕等情况下成为父母。探望权的请求基础在于亲属及父母与子女的血缘纽带和感情基础和双方互相关爱的需要，以上情形并未悖于该请求权基础。按照法律规定，上述情况并不存在婚姻关系，故父母、亲属都不能向法院主张探望权，僵硬的规定直接将双方的亲属关系割裂开来，这显然是不合理的。我国《民法典》规定婚生子女与非婚生子女享有平等的权利与义务，不应该区别对待。

### 3.2. 主体范围较窄

首先，将探望权的主体限于离婚后的父或母，未规定非婚生子女的父或母的探望权。非正常婚姻和分居状态下的父母在法律中没有被赋予探望权，不与子女共同生活的一方，要想探望子女要征得抚养一方的同意，这显然很不合理。婚生子女和非婚生子女地位平等，但非婚生子女的父母没有被赋予探望权，间接导致了婚生子女与非婚生子女所享有的权利不同，这是前后矛盾的[2]。其次，未规定隔代近亲属的探望权。探望权的主体限于离婚的父或母，未规定其他近亲属是否享有探望权，特别是未规定(外)祖父母的探望权。结合我国实际情况，这明显不合理。(外)祖父母对孙辈的关心爱护对未成年的健康成长有积极影响，且探望孙辈能使(外)祖父母获得精神上的满足，是老年人应有的权益[3]。再次，未规定兄弟姐妹之间的探望权。根据《民法典》婚姻家庭编中相关规定，兄弟姐妹之间在特定条件下有互相扶养的义务。由此，履行了扶养义务的兄弟姐妹应当享有探望的权利。最后，仅规定父或母对子女的探望权，未规定子女对父或母的探望权[4]。不直接抚养的父或母可以在特定时间、特定场所，以特定方式行使探望权，子女只能被动地接受，当未成年想要主动要求父或母来探望时，有很多的限制条件根本无法实现。探望权的设立目的是为了满足不同父母子女对情感的需求，也是为了把父母离异对子女的伤害降到最低，尽最大可能保护未成年人的利益。所以探望权的权利不应该仅仅父母所有，作为与未成年有紧密联系的(外)祖父、兄弟姐妹等应获得探望的权利。

### 3.3. 探望权中止规定不足

#### 3.3.1. 探望权中止事由模糊

《民法典》第 1086 条第 3 款关于探望权的中止事由强调维护子女的利益，关注子女的身心健康，但是对于“不利于子女身心健康”的评判标准和界定并不明确，当抚养方认为探望方的探望行为严重影响未成年子女的身心健康时，对未成年造成伤害，可以请求法院中止探望权人的探望权。但是对于什么行为会不利于未成年人身体健康没有什么标准，无论《民法典》还是《民法典婚姻家庭编司法解释一》均未对探望权的中止事由予以解释，因此，中止的事由就变得非常模糊。现行立法这种概括性、原则性表述操作起来问题很多，很难界定是否不利于未成年子女身体健康，给法院的审判工作带来了压力。

#### 3.3.2. 探望权中止事由发生时缺乏相关机构的干预

《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 67 条只规定了有权提出探望权中止的主体范围，但当上述主体不请求中止探望权时，未成年人的权益将无法得到保障，此时相关机构的干预就成为必要。但现行立法并未对，上述主体未提出中止探望的请求时如何救济的问题予以明确规定[5]。《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 68 条规定了“有关单位和个人应负协助执行的责任”，但该规定较为笼统，协助执行“单位”不明确，执行过程中可操作性差，导致实践中极少数单位参与到探望权的执行过程中。

### 3.4. 探望权的具体内容和实现方式规定模糊

《民法典》婚姻家庭编中关于探望权的具体内容和实现的方式较为模糊，仅规定，行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。实践中，具体的事实纷繁复杂，笼统的规定

会当法官处理案件很难以最优的方式保障当事人的权益。例如，当当事人一方因病在床，失去人身行动自由时；当父母双方因感情问题分居，子女由一方抚养，当面探望的方式不利于给子女创造一个健康的探望环境时；由于经济条件或者距离原因，当面探望成本较大且不易实现时；或者当抚养孩子一方极力阻止亲属探望且不宜强制执行时。以上所列举的情形足以说明具体案件中容易受到亲属感情、经济条件等因素影响，探望权的实现方式不应该笼统或单一规定，而应该有不同的实现方式。法官则应当以具体的事实为基础，以子女最佳利益原则为基础作出判决。

## 4. 探望权制度的完善

### 4.1. 明确非离婚情形下的探望权

在婚姻关系无效或被撤销的情形下，父母之间丧失了法律上的夫妻关系，但是父母与子女的关系不会因此而断绝，此时父母同样有探望子女的需求，子女也有被探望的权利，因此不直接抚养子女的父或母应当享有探望权。其次，在夫妻分居情形，虽然婚姻关系有效，但是由于其不在一起共同生活，其中一方无法直接照顾子女。基于父母都平等地享有对子女的监护权和抚养权，任何一方都能随时进行探望[6]。最后，针对非婚生子女的情形，我国法律规定非婚生子女享有和婚生子女同样的法律地位，不能区别对待。婚生子女与非婚生子女拥有平等的法律地位，婚生子女有被探望的权利，不直接抚养子女的非婚生子女的父或母也就应当与婚生子女的父或母一样享有探望权。

### 4.2. 拓宽主体范围

首先，确立(外)祖父母的探望权主体地位。其原因主要有：第一，由于父母工作繁忙，没有时间对子女照料，在子女进校学习之前大多数家庭由(外)祖父母承担抚养，(外)祖父母与(外)孙子女共同生活的时间最长，(外)祖父母通常承担教育(外)孙子女的责任，双方之间有深厚的感情基础。第二，我国传统文化一向重视伦理亲情，(外)祖父母与孙子女的关系是以血缘亲情为纽带的，不会因父母婚姻的破裂而消失。尤其当父或母一方死亡后，更有必要承认其主体资格[7]。其次，除了未成年子女以及(外)祖父母以外，兄弟姐妹也应该成为探望权的主体。兄弟姐妹与未成年子女在同一个家庭成长，日常起居相互照应，互相了解彼此的生活习惯，同样具有深厚的感情基础，且兄弟姐妹之间在一定条件下须承担抚养义务，如同父母抚养子女相似，也应当有探望权。《德国民法典》中将长时间共同生活、照顾教育未成年子女的其他人也列为了探望权的主体。因为这类人与未成年子女共同生活、关系密切、感情深厚，出于子女最佳利益原则的考量，可以成为探望权的主体[8]。

### 4.3. 明确探望权中止相关规定

#### 4.3.1. 明确探望权中止事由

《民法典》中对探望权中止事由的规定仅限于“不利于子女身心健康”。该项规定笼统、模糊，将会使法官裁判时缺少判定的标准，容易使“不利于子女身心健康”衍生出众多解释。我认为除兜底性表述之外，可以设置如下具体的中止事由：第一，享有探望权一方使用暴力殴打或虐待子女的；第二，享有探望权一方有长期酗酒、吸毒、赌博等不良生活习惯的；第三，享有探望权一方未及时履行监护义务的；第四，享有探望权一方有教唆、胁迫子女从事违法、犯罪等不当行为的。以具体列举的情形为依据时，法官的裁判会更有依据和说服力。

#### 4.3.2. 明确探望权协助执行人的范围

《民法典婚姻家庭编司法解释一》只规定了“有关单位和个人应负协助执行的责任”，但并没有明确规定哪些单位和个人有协助的义务。上述规定没有确定具体的责任与义务，缺少指向性，实践中有关

单位和个人容易相互推诿,逃避责任。且探望权的本质来源于亲属间的感情血缘关系,其性质本身决定了其不适用强制执行的方式,单位和个人的有效协调和疏通会更加贴合实际,使权利行使的过程变得顺畅。我认为对未成年子女有直接或间接影响的个人和组织都可以成为协助执行的义务人。“个人”具体可以包括:与未成年子女共同生活的(外)祖父母、其他近亲属以及照料子女的第三人。“单位”可以包括:直接抚养子女的父或母所在单位,未成年子女所就读的学校,街道办、居(村)委会及《未成年人保护法》第10条规定的社会组织等单位。<sup>1</sup>只有确定清晰明确的协助执行人后,子女的利益才能得到最优保障。

#### 4.4. 明确探望权的具体内容和实现形式

在我国立法中,关于探望权的行使的规定较少,我国法律对探望权的行使,遵循自愿协商的原则,先由双方协商解决,协商不了的由法院判决,并未规定内容和形式。我认为应当以维护子女最佳利益为首要原则,将探望权的内容规定为四个部分,即会面权、交往权、知情权和教育权,法官根据不同案件中的具体情况酌情判决处理。

其次,我国法律关于探望权实现方式的规定十分笼统,没有列举具体方式,加大了法官审理此类案件的难度,不利于探望权的实现[2]。为了能够在司法实践中灵活应用,我认为可以借鉴其他国家的立法,并与我国实际相结合,探索更符合我国国情的探望模式。首先,可以将探望方式分为直接探望和间接探望。直接探望主要是见面、拜访。法官可以根据未成年子女的家庭情况、探望人的经济条件、距离等条件来确定探望的时间和场所。不直接抚养子女的父母一方无法与未成年子女见面时,可以采用间接探望。间接探望主要是电话、视频等。如果未成年子女的直接抚养人担心探望权人对未成年子女探望的动机不纯,为了防止未成年人受到伤害,可以采取间接的方式允许探望权人与未成年子女见面交往或者视频探望[9]。

#### 4.5. 确定子女最佳利益原则

子女最佳利益原则来源于1989年联合国的《儿童权利公约》。目前,该原则已成为大部分国家和地区处理探望权问题的基本原则。子女最佳利益原则强调要承认并尊重未成年子女独立的地位和权利,强调一切以维护未成年子女的利益为出发点。我国《民法典》第1041条规定了相类似的内容,即保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益,但未突出强调保护子女利益,有一定的局限性。子女最佳利益原则应当以法律规范的形式规定在探望权制度中,成为维护未成年子女利益的首要原则,法官在裁判过程中必须要以该原则为基础[10]。

### 5. 结语

探望权是一项基于亲权而产生的权利,具有法定性、非财产性,探望权制度的构建是以子女最佳利益为基础展开的。本文试从多个方面着手研究,认为应从以下几个方面进行完善:第一,明确非离婚情形下的探望权;第二,应当拓宽探望权主体范围;第三,明确探望权中止事由;第四,明确探望权协助执行人的范围;第五,明确探望权的具体内容和实现形式;第六,确定子女最佳利益原则。期望日后颁布的相关司法解释能够完善该项制度,使子女能够在更加健康的家庭氛围下成长,使该项制度能够更加高效、科学地缓解家庭内部矛盾、解决婚姻纠纷,促进家庭关系稳定,实现社会安定与和谐。

### 参考文献

[1] 曹思婕.《民法典》视野下探望权属性探析[J].现代法学,2022,44(3):35-52.

<sup>1</sup>《未成年人保护法》第十条规定,共产主义青年团、妇女联合会、工会、残疾人联合会、关心下一代工作委员会、青年联合会、学生联合会、少年先锋队以及其他人民团体、有关社会组织,应当协助各级人民政府及其有关部门、人民检察院、人民法院做好未成年人保护工作,维护未成年人合法权益。

- [2] 成海杰. 隔代探望权的司法保护研究[D]: [硕士学位论文]. 兰州: 甘肃政法大学, 2021.
- [3] 骆晨. 论隔代探望权制度的设立[D]: [硕士学位论文]. 南昌: 东华理工大学, 2021.
- [4] 慕寿成. 以子女参与为中心的探望权执行机制之构建[J]. 河北青年管理干部学院学报, 2020, 32(6): 90-97.
- [5] 曹健. 探望权执行中的难点及完善路径[N]. 中国妇女报, 2021-05-19(005).
- [6] 肖瑶, 吴红梅. 分居探望权的行使[J]. 人民司法, 2021(32): 71-73.
- [7] 景春兰, 殷昭仙. 探望权及其主体扩展的立法思考——以“儿童最大利益”原则为视角[J]. 法学杂志, 2011, 32(8): 115-117.
- [8] 申雨鑫. 离婚案件中未成年子女民事权益保护的问题及完善对策[J]. 法制与社会, 2020(10): 51-52.
- [9] 李香颖, 吴广辉, 阚东广. 以未成年人利益最大化为原则化解探望权执行难题[N]. 人民法院报, 2021-07-21(007).
- [10] 杨明明. 儿童最大利益原则下探望权主体的再界定[D]: [硕士学位论文]. 烟台: 烟台大学, 2021.