

婚姻家庭：试析探望权的性质 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/51/2021_2022__E5_A9_9A_E5_A7_BB_E5_AE_B6_E5_c36_51904.htm 2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》，对1980年婚姻法进行修改和完善。根据我国社会生活的实际情况增加了一些制度，其中很重要的一条是夫妻离异后对子女的探望权制度。新修订的婚姻法第三十八条规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成立的，由人民法院判决。父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。”探望权，在国外通称为探视权，是指不直接抚养子女的父或母可以看望由另一方直接抚养的子女，或将子女短暂接回共同生活的权利。注1探望权起源于英美法系，后逐渐为各国立法和法理所接受。如《德国民法典》第1634条规定：“（1）不享有人身照顾权的父或母一方有权与子女进行人身交往，不享有人身照顾权的父或母一方和人身照顾权权利人应当不作任何有损于子女对另一方的关系或使教育产生困难的行为。（2）家庭法院可以对交往权的范围作出裁判并对其行使作出也第三人有效的详细规定；在法院未作出规定的情况下，非为人身照顾权权利人的父母一方在交往期间行使本法第1632条第2款的权利。（3）不享有人身照顾权权利人的父母一方鉴于正当利益，以符合子女的幸福为限，可以要求人身照顾权权利人告知子女的人身情况。”

”注2.我国台湾地区将探望权称作为全面交往权，其民法典1055条第5项规定：“法院得依请求或依职权，为未行使或负担（未成年子女监护）权利义务之一方酌定其与未成年子女全面交往之方式及期间。但其全面交往有妨碍子女之利益者，法院得依请求或依职权变更之。”《美国统一结婚离婚法》第407条专门就探视作出规定：“如法庭在审理后认为进行探视不会严重危害子女身体、精神、道德或感情的健康，可以准予无子女监护权的父母一方享有合理探视子女的权利。

注3 由于探望权制度在我国实行的时间还不够长，在理论上对探望权的性质认识存在着分歧，因之给现实性中探望权的执行带来不便。对探望权的性质认识大致有以下几种：一是探望权权利说，其中又分为广义说和狭义说两种，广义说认为探望权具有双向性，即探望权不仅是离异后不直接抚养子女的父母一方享有探望子女的权利，而且子女也应享有主动探望不直接抚养的父或母的权利。狭义说则认为探望权为单向性，仅为不直接抚养子女的父母一方享有，而子女不享有探望权。我国采纳的是狭义说。二是探望权义务说，即探望权应为不直接抚养子女的父母一方的一种法定义务。当不直接抚养方不履行探望的义务时，则应承担相应的责任。三是探望权权利义务说。即探望权于不直接抚养方而言，既是一种权利，也是一种义务，当其不履行探望义务时，应承担相应的责任；于未成年子女而言，则为一种权利，子女不具有探望的义务，也没有被探望的义务。这也正符合立法保护未成年子女身心健康的目的。探望权是不直接抚养方基于父母子女身份关系而派生的一种法定权利，这已为我国理论界和司法界所共知的事实，但长期以来大都忽视了子女的探望

权。从我国法律规定看，将子女列为被探望的客体，即只允许其被动的被探望而没有赋予其主动探望其不直接抚养的父或母的权利。这与我国立法旨意及现实情况不符。我国立法旨意在于保护未成年子女的身心健康，父母的探望权也是依附于子女的最佳利益而设的。探望权制度的设立有利于弥合家庭解体给父母子女造成的感情伤害，通过全面交流，增进感情，使子女真正感受到不因父母离婚而推动父亲或母亲，这种交流应该是双向性的，确切地说，于子女而言其更有探望父母、交流感情的欲望，从而减少被遗弃感，从一定程度上也有利于维护社会的安定。另外，探望权的义务性质很少得到认同。依常理而言，父母离婚后对子女的感情并不因此而减少，父母离婚的原因大多不是因为子女的缘故，但这也不是绝对的，对一些不负责任的父或母，或者是农村可能出现的因重男轻女思想而离婚后对婚生子女不管不顾的，在这种情况下，如果不仅仅视探望权为一种权利的话，那么依权利可以放弃的法理，这些不直接抚养的父或母大多可以对子女不管不顾而心安理得，但对子女而言却是一种伤害，且当父母对探望权达成调解协议或对法院对探望权进行判决后，父母又无故不行使生效法律文书的探望权利的（或者说为义务），法院依法又不能对探望行为进行强制执行，则存在着立法与执法矛盾。因此，笔者不仅赞同探望权的双向权利属性，即父母或子女同时享有探望的权利，同时探望于不直接抚养的是父或母而言，既是一种权利，也应是一种义务。具体分析如下：一、从立法意旨层面分析依现代亲权理论，探望权乃基于亲子血缘关系所衍生的自然权利，不因婚姻解体而消灭。父母与子女之会见、或接触、往来，能直接增加彼此

之间的感情，促进子女的人格健全发展；也可以监督对方行使亲权的正当性和适当性，以避免其滥用亲权而损害子女利益。从现实来看，随着我国离婚率的不断上升，家庭解体与重组频率加快，越来越多的离异子女生活于单亲家庭而缺乏必要的父爱或母爱，子女成为离婚的受害者，如何减少父母离婚给子女带来的伤害，使其得到完全的父母之爱，促进其身心健康发展，成为立法考虑的首要问题。注4为此，我国婚姻法第38条作出了探望权的规定。可见，立法并不是为父或母之利益设立探望权，而是以子女利益为最佳考虑。换句话说，探望权作为子女利益的考虑，其依附于子女最佳利益而存在，离开对子女利益的考虑，探望权无存在的合理性。若探望权与子女利益发生冲突，父或母之探望权不得受到限制，甚至剥夺。注5我国婚姻法第38条第3款有中止探望权的规定，即“父或母探望子女，不利于子女身心健康，由人民法院依法中止探望的权利。”将“不利于子女的身心健康”作为探望权中止的唯一法定理由。据广东省高级人民法院颁布的《关于审理婚姻家庭纠纷案件若干问题的指导意见》规定：探望子女的一方如果有严重的精神病或烈性传染病、虐待子女、道德品行特别恶劣等不利于子女身心健康的因素，人民法院可以裁定中止探望权。这就体现了对子女利益的保护。因此，从父母子女关系来说，探望权既是一种权利，也是一种义务，依附于子女最佳利益而存在，这就是我们探讨探望权合法宗旨所得出的最终结论。

二、从实现监护权层面分析 监护是为无民事行为能力或限制民事行为能力的未成年人设立保护人，进行特别保护的制度。我国《民法通则》第16条规定，“未成年人的父母是未成年人的监护人。”依

民法通则有关规定，监护人的职责主要有以下几项：“（1）保护被监护人的人身、财产及其他合法权益；（2）管理被监护人的财产，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产；（3）代理被监护人参加各类民事活动；（4）教育和
管理被监护人；（5）在被监护人的权利受到侵害或发生争议时，代理其诉讼。由上可知，监护人为保护被监护人的利益而设的，于监护人而言，是一种义务，违反该义务的，应承担相应的民事责任。最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》（下称《意见》）第22条规定：“……因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应当由监护人承担。……”监护权不因婚姻关系解除而消除。《意见》第21条规定：“夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对孩子的监护权，但是，未与该子女共同生活的一方，以该子女有犯罪行为的、虐待行为或对孩子明显不利的，人民法院认为可以取消的除外。”在该《意见》第158条规定：“夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任，如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担责任。”可见，规定不直接抚养子女的一方的探望权，是为了更好地实行监护权。由于婚姻关系的消灭导致了共同生活基础的不存在，非直接抚养方的监护权受到包括时间上和空间上的限制。因此，赋予其探望权能更好地实现监护权。当监护不力，因被监护人的行为致他人发生损害时，不直接抚养方亦承担相应的责任，故探望权也具义务的性质。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com