

浅谈探望权及其适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/53/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B5\\_85\\_E8\\_B0\\_88\\_E6\\_8E\\_A2\\_E6\\_c36\\_53289.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/53/2021_2022__E6_B5_85_E8_B0_88_E6_8E_A2_E6_c36_53289.htm) 2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第21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年婚姻法进行了修改和完善，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。《婚姻法（修正案）》第38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；协议不成时，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。”这一规定，具有重大意义。但是，上述规定在法官审理案件时对法官提出诸多问题：如当事人协议行使探望权的方式、时间法院是否予以完全照准、未成年人子女在案件中的地位如何、如何确定不利于子女身心健康的探望、中止探望权应由谁主张、探望权的中止及恢复应当适用何种程序及何种法律文书、一方不履行判决书或调解书确定的探望权内容，另一方申请强制执行，人民法院如何处理？种种问题的存在，有探讨的必要。笔者就此发表陋见，以期抛砖引玉。

一、探望权的出台，具有重大深远意义 所谓探望权，是指夫妻离婚后，不直接抚养子女的父或母的探望子女的权利，直接抚养子女的一方有义务协助非抚养一方行使探望的权利。探望权，在国外通称为探视权，在我国新婚姻法实施前的讨论意见中也有探视权、看视权、看望权及亲近权

等多种表述，新婚姻法公布时采用了“探望”一词。应当说，“探望权”比之其它表述来说，对确定离婚后没有抚养权的父母一方与子女的关系比较贴切。因为，在法律上，探视已经用在了对在押人员的探望。在生活中，对在医院就医的患者的探望也叫做探视。为了避免在概念上的混淆，也不至于将对子女的探望与对在押人员和患者的探视混为一谈，故而叫做探望权。（一）确立探望权，符合世界婚姻家庭制度发展的潮流。探望权制度起源于英美法系，但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对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款规定的权利。（3）不享有人身照顾权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。”[1]我国台湾地区将探视权称作会面交往权，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。但其会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。”

[2]《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。”[3]我国婚姻法在修订时，正式

把探望权规定为非抚养子女一方父或母对子女亲权中的一项基本权利，同时规定了抚养子女的一方具有协助的义务。这个规定弥补了我国婚姻法中探望权制度的缺失，将司法实践中普遍存在的支持非直接抚养方探望子女的权利通过立法得以法制化，是婚姻立法上的一大完善。（二）确立探望权，具有重大社会价值。它具有重大的社会心理价值。探望权的界定，就心理学的意义而言，既有助于未成年人的身心健康，又有助于满足父母的情感需求。随着社会价值取向的多元化，探望权的界定不再单独以子女为本位，而是充分地兼顾了父母的利益。它具有重大的社会伦理价值。尊重与诚信，是中华民族的传统美德。将尊重、诚信等伦理要求定位于探望权中，就要求当探望权人前来看望子女时，直接抚养子女方应提供便利，协助对方顺利地看望子女；当探望权人携子女出游后，应按约定的时间、地点、方式将子女送回；倘子女希望和另一方父或母短期生活时，直接抚养子女方应尊重子女的选择……上述内容表明，探望权的行使，并非单纯的法律规范，也是重要的伦理规范。[4]它具有重大的社会价值。探望权的社会价值定位在两方面：既关爱未成年人，消减心理压力，据心理调查显示，在单亲家庭中生活的子女，容易孤寂、抑郁；又满足探望需求，解决社会矛盾，父母能否顺利地探望子女，既是个人问题，也是社会问题。为避免矛盾激化，以国家强制力确保探望权的实现，可促进社会秩序的稳定。（三）确立探望权，完善了亲权内容。从法理上看，探望权是基于父母子女身份关系的一种派生权利，既不是监护权的内容，也不是配偶权的内容，而是亲权的内容。事实上，在《婚姻法》没有明文规定探望权的时候，在实际生

活中也是有这个权利的。夫妻离婚以后，独生子女只能由一方抚养；有两个以上子女的父亲或者母亲，也有可能将孩子交由一方抚养；即使是对几个子女分别抚养，父亲或者母亲也有探望不归自己抚养的子女的必要；而现在的绝大多数家庭都是独生子女，只能将独生子女由一方抚养，另一方享有探望的权利。离婚，只能解除配偶关系，并不能消除血缘关系，也不能消除父母子女之间的亲情。因此，不论法律是不是有明文规定，夫妻离婚后，都是要探望自己的子女的。但原《婚姻法》没有规定，现在，法律正式规定了这个权利，就使它从幕后走到了前台，成为名正言顺的法定权利。探望子女，在一方是权利，在另一方就是义务，不履行义务的，就要承担法律责任。

## 二、探望权法律关系的权利义务主体

探望权自实施以来，其法律关系的权利义务主体的确定，在司法实践中有较大分歧。第一种观念认为，离婚后不直接抚养子女的父亲或者母亲一方为其唯一权利义务主体。第二种观念认为，除离婚后不直接抚养子女的父亲或者母亲一方为其主要权利义务主体外，未成年子女和与子女共同生活的近亲属也是其权利义务主体之一。笔者同意第二种观念。其理由在于：根据探望权的立法旨意，探望子女是基于亲子关系所衍生之自然权利，不仅是父母之权利，更是为未成年子女之权利，探望权的行使应出自有利于子女身心健康发展的考虑，而不是以父母的利益为出发点。就法理解释上来说，基于未成年子女身心健康发展的考虑，未成年子女理所当然可以向法院请求与父母会面，成为探望权法律关系权利主体之一。遗憾的是，我国的新婚姻法立法在规定了父母的探望权时，没有从被探望子女的角度作相应的规定，因为本应也成为探望权主体之一的子

女在现行立法中只是一个任人摆布的客体。未成年人成为探望权主体有无限制？也是司法实践必须考虑的问题。从司法实践来看，这种限制主要集中在年龄限制上，即被探望的未成年子女（患有疾病障碍者除外）什么年龄阶段要求父母探望为宜，主要有2-10周岁或2-16周岁之说。笔者认为确定为2-16周岁之间意见比较适当。这是因为，2周岁以后的儿童，一般能够行走、独立就餐及基本的识别能力等，既有其健康成长需不与其共同生活的父或母定期探望之情感需求，也有其申请探望提出之行为能力。而16周岁以后的青少年，其活动能力较强、社交范围较广，已具有相应的识别能力和行动能力，没有其它特殊的情况，16周岁以上的未成年子女已经可以自由地往来于父母的家庭之间，并且他们也有较成熟的独立思考能力，需不需要父母定期探望，已不是其健康成长之必须。再者，16周岁以上的未成年子女的学业较繁重，不宜强行判决其在某一时间、某一地点必须接受探望。[5]对于以10周岁为界限意见，笔者认为就目前我国现状来看，10周岁的未成年子女大多未发育成熟，又因我国独生子女在家庭生活中的依赖性较强以及尚未达到独立思考、分析问题较高的能力，其父母的定期或不定期的探望仍是其健康成长的重要因素之一。虽然在抚养权问题上最高人民法院对征求子女意见的年龄确定在10周岁，但探望权是属于父母一方为表达亲情和关爱、以精神慰藉为主要目的民事行为，而且是一种较短时间的行为，因此，笔者认为，不应明确规定在探望权纠纷案件的审理中法官需向未成年子女征求是否同意被探望意见，若子女有不愿被探望的意见，法官可以在行使探望权的具体方式上调整，如在时间、地点等给予最大的限

制。不与未成年子女共同生活的近亲属，也应是探望权法律关系的权利义务主体之一。但其行使探望权，存在一定前提条件。从司法实践来看，以下情况下，不与未成年人共同生活的近亲属可以申请行使探望权，人民法院应予以许可同意：不直接抚养子女的离婚的父或母一方在不在本地区居住或者是该方属无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人（痴呆症人），那么，祖（外）父母可以向法院提出有关探望的申请。而对于继父母、兄弟姐妹以及其他与子女有关的人的特殊请求，应慎重审理。而且上述申请人都应当是无劣迹的、品行端正的人。世界许多国家和地区，对第三人的探望权也有明确的法律规定。如在美国，《统一结婚离婚法》规定：当父母离婚或分居时，祖（外）父母可以向法院提出有关探望的特殊申请。有些地方，还将探望权扩大到其它第三人，包括继父母、兄弟姐妹以及其他与子女有关的人。综上所述，探望权的权利主体是需被探望的未成年人、非直接抚养一方的父或母或其近亲属。而直接抚养方父或母则是探视权的义务主体，应该协助探望权人实现探望的权利。[6]

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](http://www.100test.com)