

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：X 2013120047

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

试论我国探望权制度的困境与重构

On the System of Visitation Right and Improvement
in China

胡 倩

指导教师姓名：蒋 月 教 授

专 业 名 称：法 律 硕 士

论文提交日期：2017 年 3 月

论文答辩时间：2017 年 5 月

学位授予日期：2017 年 6 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2017 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

探望权制度，是对离婚救济制度的补充和完善，以立法形式明确了离婚后子女抚养教育中的一个重要问题。探望权，是指配偶离婚后未与子女共同生活的一方，按照双方的约定或者法院裁判的方式，探望、会见未成年子女的权利。它为离婚后未与子女共同生活的父或母保持与孩子的正常联系与交往，提供了明确的法律保障，也保障未成年子女在父母离婚后能继续得到父母双方的爱护和照顾，以减少父母离婚对其产生的负面影响。但是，实践中，直接抚养子女的父母一方或者与子女共同生活的其他法定监护人拒不履行法院生效法律文书或双方原先达成的探望权行使协议，设置重重障碍阻挠另一方探望子女的情况时有发生。这些行为不但妨碍了探望权人的探望，而且会伤害子女的身心健康。随着离婚案件的不断增多，探望子女引发纠纷的亦越来越多。无论在实务界还是在学术界，或从实然的角度，或从应然的角度，围绕探望权的概念定义、法律性质、主体范围、行使方式、强制执行、中止与恢复等相关内容的研究和争论方兴未艾。本文将通过实证分析、比较分析等方法探讨和分析这些问题，以期对于司法实践有所裨益。

论文除前言和结语外，正文包括三章。

前言阐明选题的背景和意义、主要研究方法与目标。

第一章探望权概述，从概念、功能以及域外立法例及启示三方面进行阐述。从探望权的概念引伸其具有的法律特征及价值属性，包括探望权是监护权的间接实现方式、有利于未成年子女的身心健康、是离婚救济制度的完善和体现法律介入公民私域的正当性和必要性等。通过对域外探望权（探视权）立法例及相关法律制度的分析考察，从中梳理出值得我国借鉴和吸收的内容。

第二章论述我国探望权制度的司法适用现状。笔者通过对某市近年来审结的涉及未成年子女探望权问题案件进行司法统计和抽样调查，并对案件当事人进行回访和与相关法官座谈，调研司法实践中处理未成年子女探望权问题的情况，以期了解司法适用中探望权的现状与困境。

第三章针对探望权制度司法适用中存在的问题，提出对策，即对探望权

法律制度的重构。针对当前面临的困境，在出台和修订相关法律规定时应当引入儿童最佳利益原则、适当扩大探望权的主体范围、尊重和采纳子女的意见、明确探望权中止的法定事由、肯定探望权行使的新方式、健全权利行使保障机制等。

结语总结全文。

关键词：探望权；子女最佳利益原则；制度重构

厦门大学博硕士论文摘要库

Abstract

The visitation right is defined as after parents' divorce, one of parents who does not live with his or her children together, he or she has right to visit the children regularly or irregularly, depending on parties' agreement or the judgement. The system of visitation right was introduced into the amendment of Marriage Law in 2001. The system of visitation right is a legal solution for another important issue after the issue of property division and children's custody. It provides clear legal evidence that the parent has right to reasonable contact his or her children, and also protect the children continuing be took care, in order to decrease the negative effects from the divorce. However, in practice, many cases show that one of party against the agreement to visit his or her children illegally, or the custody parent obstruct the other to visit. These actions not only violate the visitation right but also hurt physical and mental health of the children. With the increase of the divorce case, the visitation disputes increase significantly. Whatever in theory or in practice, the argument on the visitation right, including the definition, legal feature, subject matter, practice, and enforcement, has never stopped. This essay will discuss and analyse these issues, in order benefit to legal practice in China.

This essay is divided into 3 chapters except introduction and conclusion.

In the introduction, the background, research method and the aim are be described.

In the first chapter, it focuses on the definition, function of the visitation right and foreign law on this topic will be discussed. In this part, the legal feature and the value of extension part will be talked in detail, including that the visitation right is a kind of custody right, which is benefit the children's physical and mental health. From analysing the foreign law, provides the useable aspects.

In the second chapter, it mainly describes the visitation right in China. Judicial statistics, example analysis, parties' interviews and speech from judges will be used and analysis in this part in order to understand the method of dealing with under age children's visitation issue in practice and the future trend.

In the third chapter, the solution on the legal system of the visitation right has been proposed. It is necessary to reform the legal system of the visitation right. Facing the difficulty, enact or amend articles related in the Marriage Law to consider the children's best interests, enlarge the subject of visitation right, respect the children's opinion, and clear the ground of suspending the visitation right.

In the final part, conclude the whole essay.

Key words: The visitation right, Children's best interests, Reform the legal system.

目 录

前 言.....	1
一、选题背景和意义.....	1
二、主要研究方法和目标.....	6
第一章 探望权制度概述	7
第一节 探望权的概念与功能	7
一、探望权的概念.....	7
二、探望权的功能.....	8
第二节 域外探望权（探视权）立法及其启示	10
一、域外探望权制度的立法例.....	10
二、域外探望权制度的启示.....	15
第二章 我国探望权的司法适用现状及其问题.....	18
第一节 探望权的司法适用现状	18
一、调研对象及方法.....	18
二、探望权实际行使受阻的原因.....	27
第二节 探望权存在的问题	30
一、探望权立法缺乏儿童视角.....	30
二、探望权的主体范围过于狭窄.....	31
三、探望权的行使方式不明确.....	32
四、探望权的中止事由具有模糊性.....	33
五、探望权中止的程序不恰当.....	34
第三节 探望权执行困难	35
一、探望权执行案件具有长期性、反复性.....	35
二、执行标的具有抽象性.....	35
第三章 完善我国探望权制度的思考	37
第一节 完善关于探望权制度的立法	37

一、在婚姻家庭法中确立亲权制度.....	37
二、引入“儿童最大利益”原则.....	38
三、尊重和采纳未成年子女的意思表达.....	39
四、将不提供探望权的协助义务规定为变更抚养关系的法定事由.....	40
五、明确不履行探望权及不配合执行探望权的法律后果.....	40
第二节 适当扩大探望权的主体范围	41
一、探望权语境下的“父、母”范围.....	41
二、祖父母、外祖父母、父或母的兄弟姐妹.....	43
三、未成年子女的兄弟姐妹.....	44
四、未成年子女.....	45
第三节 健全探望权行使的保障机制	46
一、家事审判改革背景下的探望权纠纷解决机制.....	46
二、落实多元调解制度.....	47
三、设立未成年子女独立代理人制度.....	48
四、确立探望权网络化协助执行制度.....	48
结 论.....	50
参考文献	51
致 谢.....	56

厦门大学博硕士学位论文摘要库

CONTENTS

Introduction	1
Background of choosing this topic	1
Main research method and aim	6
Chapter 1 A review of visitation right system	7
Subchapter 1 Definition and function of the visitation right	7
Section 1 Definition	7
Section 2 Function	8
Subchapter 2 The visitation right by Foreign law	10
Section 1 A briefly introduction of visitation right in several countries	10
Section 2 Revelation from foreign law	15
Chapter 2 Issues on the visitation right in Chinese practice	18
Subchapter 1 Current legal situation on visitation right	18
Section 1 Research subject and method	18
Section 2 The main reason for obstructing to enforce the visitation right	27
Subchapter 2 Issues on the visitation right	30
Section 1 Lacking of Children's view	30
Section 2 Narrowing of subject	31
Section 3 Unclearing of enforcement	32
Section 4 Unclearing of suspend ground	33
Section 5 Illegality of suspend progress	34
Subchapter 3 Difficulty with the visitation right on enforce	35
Section 1 The long duration of enforcing a visitation right	35
Section 2 The subject matter is abstraction	35
Chapter 3 Improvement of the system of the visitation right in	
China	37
Subchapter 1 Improvement of the visitation right	37
Section 1 Confirming the parental right into marriage law	37

Section 1 Referring the principle of children’s best interests	38
Section 2 Respecting and adopting children’s opinion	39
Section 3 Amending no obligation to provide visitation right assistant to legal ground of custody relationship	40
Section 4 Clearing the legal result of non-performance	40
Subchapter 2 To enlarge the range of subject	41
Section 1 ‘Parents’ under visitation right	41
Section 2 Grandparents, parents, sisters and brothers	43
Section 3 Minor sisters and brothers	44
Section 4 Minor children	45
Subchapter 3 To improve the instrument for protecting visitation right	46
Section 1 Revolution of the system of visitation right	46
Section 2 Alternative dispute resolutions	47
Section 3 A representative for minor children	48
Section 4 Online assistant	48
Conclusion	50
Bibliography	51
Acknowledgement	56

前 言

一、选题背景和意义

离婚改变了未成年子女的生活环境、父母与孩子相处方式，对儿童今后的成长产生重要影响。离婚给未成年子女带来的影响往往不是暂时性的、一次性的，而是伴随子女成长过程始终存在的、潜移默化的影响。如何妥善处理离婚纠纷中涉及未成年子女的法律问题，保障他们的身心健康发展，使他们从原来完整的家庭顺利过渡到离婚后的新环境，让他们的内心继续感受到来自父母双方的关爱，使离婚前的家庭亲情、亲子关系继续在父母、子女之间流转。探望权制度有着深厚的理论基础与实践价值，2001年我国修订婚姻法时将探望权制度正式引入法律体系中，这是我国婚姻法史上的破冰之旅，亦是我国立法史上的一次飞跃。目前，在探望权的立法中，散见于《中华人民共和国宪法》（以下简称宪法）、《中华人民共和国婚姻法》（以下简称婚姻法）、《中华人民共和国未成年人保护法》（以下简称未成年人保护法）等法律法规中。相关规定既不全面又缺乏操作性，尤其缺乏儿童视角。《婚姻法》及其相关的司法解释中，关于探望权的规定非常模糊，缺乏可操作性，这给司法实践带了诸多困扰，探望权的履行效果并不理想。

（一）选题价值

以婚姻为基础的家庭是社会的细胞，它不仅是人们的基本生活单位，还担当着多种重要的社会功能。^①2001年，我国《婚姻法》第一次将探望权植入离婚制度，设立了离婚后未与子女共同生活的父或母一方享有对子女的探望与交往的权利，对离婚后父母子女关系的维系以及维护未成年人权益起到了积极作用，形成了较完整的离婚救济制度体系。尽管如此，我国离婚制度中关于未成年子女权益保护方面仍存在许多问题，需要我们去探寻。

随着现代社会离婚案件数量节节攀升，涉及未成年子女的家事纠纷日益增多。如何更好地保护未成年子女的权益，使他们不遭受因父母离婚带来的

^① 陈群峰.离婚利益协调机制研究——财产、子女及其他[M].北京：人民法院出版社，2008.1.

不利后果,是法官在判决离婚案件时除了考虑双方感情状况、财产和债务之外最重要的因素。由于二胎政策刚刚落地,大部分家庭只生育一个独生子女,父母双方甚至是双方的家族往往因为争夺孩子而争执不下。一个家庭生育子女的数量、性别、年龄、城乡、地域等多种因素都在很大程度上影响了双方争夺子女的激烈程度。当然,实践中也经常遭遇父母双方都想逃避责任,拒绝抚养孩子和离婚后怠于行使探望权的情形。我国现行法律中关于探望权的规定过于笼统,导致该项权利在实践中缺乏可操作性,探望权在司法实践中得到有效适用者寥寥无几。当事人的探望权一旦遭受侵害,寻求司法救济的途径举步维艰。他们应当如何举证探望权遭遇阻挠,法院又如何对探望权进行强制执行,实践中什么情形下应当中止探望权的行使,在中止情形消失后又该如何恢复,探望权的主体仅限于父母双方吗?针对调查中所反映的制度缺位等问题,需要从制度层面进行反思,考虑制度性重构。

(二) 既有相关研究成果综述

1、域外研究现状

从探望权制度的理论和司法实践看,西方学者的研究更前沿、更深入、更具体。在西方国家的具体运用与各国的历史文化传统、法律传统、风俗习惯、现实国情等有着密切的关联。这种理论和司法实践上的成熟也许源自西方国家倡导人权保护相对发达的现状,以及从人权保护理论引申出的儿童权利保护理论研究相对进步与完善的实际背景。英国分别于1808年、1874年、1886年通过了《少年法》、《未成年人援助法》、《未成年人监护法》等法律,成为较早通过体系性立法来保障儿童权利的国家。^①1989年联合国大会通过了《儿童权利公约》,实现了从宣言到具有实际约束力的国际公约的转变,其中确立了“儿童利益最大化原则”,被后世称为儿童权利保护的大宪章。^②“儿童利益最大化原则”因其具有极强的灵活性,几乎能运用到关于涉及儿童权利的各方面立法及司法实践中。《儿童权利公约》深刻影响了各国的儿童权利保护的发展,并由此推动了各国亲属立法中以“子女本位”的立法思想替代“父母本位”的传统观念。它们不仅将子女最大利益原则规定为亲子

^① 王勇民.儿童权利的国际法研究[M].北京:法律出版社,2010.29.

^② 北京大学法学院人权研究中心.法治视野下的人权问题[M].北京:北京大学出版社,2003.30.

法的基本原则,甚至抛弃了既有的法律术语,以彻底改变父母本位的亲子法,实行子女本位的亲子法。例如,德国亲属法将亲权改称为父母照顾(《德国民法典》第1626条)、英国儿童法将父母监护必称为父母责任(1989年《英国儿童法》第一部分第3条),强调父母身份是责任而非权利。^①

探望权制度起源于英美法系,其制度设计的初衷在于处理离婚后父母与未成年子女间的沟通联系,维持离婚后未与子女共同生活的父或母继续对子女行使亲权。探视权制度经过长期的立法变革和实践推动,在各国和地区的家事法、婚姻家庭法获得了普遍接受,只是具体定义和表述有所区别。通常认为,探望权是从亲权衍生而来的产物。所谓“亲权”,是父母与未成年子女之间基于身份关系所产生的权利和义务,即关于父母对于未成年子女的身体和财产上的监督、管理、抚养、教育和保护的权利义务的制度。大部分国家和地区均对离婚后父母亲权的行使在立法上做出了具体规定,例如,规定父母离婚后,双方仍享有对未成年子女的亲权,但行使方式较离婚前有所变化,主要由一方行使,具体方式由法院判决确定或者当事人协议约定;对探望权的内容做出了具体的规定,包含探望、交往、教育、短期共同生活等权利与义务,并且规定离婚后的父母双方必须认真履行有关探望权的规定,以期保障未成年子女健康成长。

2、国内研究现状

我国现行《婚姻法》第38条规定了探望权,该法第48条赋予了探望权强制执行的效力。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第25条、第26条,对探望权的中止事项进行了规定^②。通过立法及相关司法解释确立探望制度,对探望权的权利主体、行使方式以及

^① 夏吟兰.离婚亲子关系立法趋势之研究[J].吉林大学社会科学学报,2007,(4):64-65.《德国民法典》第1626条规定:“父母有照顾未成年子女的义务和权利(父母照顾)。父母照顾包括对子女的照顾和对子女财产的照顾。”以父母照顾取代亲权。1989年《英国儿童法》第一部分第3条规定:“父母责任是父母对其未成年子女及其财产的所有权利、义务、权力和责任及权威的总称。”以父母责任取代父母权力,并取消了监护权的概念。

^② 《中华人民共和国婚姻法》第38条:“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。”第48条:“对拒不执行有关抚养费、抚养费、赡养费、财产分割、遗产继承、探望子女等判决或裁定的,由人民法院依法强制执行。有关个人和单位应负协助执行的责任。”最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(一)第25条:“当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中,请求中止行使探望权的,人民法院在征询双方当事人意见后,认为需要中止行使探望权的,依法作出裁定。中止探望的情形消失后,人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。”第26条:“未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人,有权向人民法院提出中止探望权的请求。”

中止与恢复作出了规定,完善了我国离婚救济制度体系,为不享有直接监护权的父或母一方提供了继续监护子女的法律依据。虽然我国立法及相关司法解释已作探望权制度作出了规定,但从司法实践来看,探望权的实施效果并不理想,尚有许多亟待完善之处。

目前,国内关于婚姻家庭法的研究已经具备深厚的基础,但我国学术界对离婚后未成年子女权益保护所作的研究,尤其是涉及未成年子女探望权制度这一问题的研究,很少有专著进行专门阐述,多是以论文、研讨会和期刊等形式进行的研究讨论,他们的研究既涉及对域外探望权法律制度的立法及相关司法实践经验,也对我国目前探望权制度的立法与司法不足进行了深入的探讨。比如,陈苇教授在研究和借鉴澳大利亚“家庭关系中心”的立法和实践经验的基础上,建议我国构建诉前处理子女抚养问题的新机制,在全国各级妇联组织中设立婚姻家庭心理咨询及法律服务中心,指导和帮助夫妻在离婚诉讼前妥善处理其子女的照顾、抚养和探视等问题,以最大限度地减少因离婚或分居给家庭和子女带来的伤害。^①蒋月教授认为,现行立法对于探望权主体的规定过于狭窄,探望权中止事由的规定过于笼统,^②何为不利于子女身心健康完全取决于法官自由裁量,容易造成探望权中止的滥用,损害未成年子女的利益。同时,强调父母行使权利必须符合子女最大利益原则,在父母子女之间意见不一致时为儿童提供司法救济。^③王丽萍教授认为,探望权是基于血缘关系而产生的权利,是亲子关系自然流露的权利,属于父母照顾权、亲权、监护权中人身照顾的一部分,但又与人身照顾权分离成为并存的权利,具有高度的专属性。探望权为不直接行使亲权之父或母一方,与其未成年子女进行会面、通信的权利或者其他权利,包括电话交谈、寄送照片、度假旅行或对有亲权一方询问子女近况。^④在处理父母离婚后未成年人监护制度时,应坚持子女本位,强调父母对子女的责任与义务,而弱化父母对子女的权利确立子女最佳利益原则,同时在立法时明确儿童权利优先原则。关于探望权的行使方式,分为探望性探望和逗留性探望,根据未成年子

^① 陈苇,胡昔用.离婚诉讼前处理子女抚养纠纷的一种新机制——澳大利亚“家庭关系中心”评介及其启示[J].吉林大学社会科学学报,2007,(4):72-78.

^② 蒋月.婚姻家庭法[M].浙江:浙江大学出版社,2008.212.

^③ 蒋月.论儿童、家庭和国家之关系[J].中华女子学院学报,2014,(1):9.

^④ 王丽萍.中日探望权制度研究[J].山东大学学报,2004,(6):115-119.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库