

学校编码: 10384  
学号: X2007120073

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_  
UDC\_\_\_\_\_

# 厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

## 试析我国婚姻法的探望权制度

A brief Analysis of the visitation right system in marriage law  
Of the people's Republic of China

沈志国

指导教师姓名: 朱泉鹰 副教授

专业名称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2010 年 11 月

论文答辩时间: 2010 年 月

学位授予日期: 2010 年 月

答辩委员会主席:\_\_\_\_\_

评 阅 人:\_\_\_\_\_

2010 年 11 月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 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：

年    月    日

## 内容摘要

我国新修订的《婚姻法》第38条规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权的方式、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。”这一原则性的规定，在立法上确立了离婚父母行使探望权的权利。这是我国第一次以立法的形式确立了探望权制度。该制度的设立，为处理离婚后父母探视子女提供了法律依据，这不仅有助于离婚父母亲权的实现，而且有利于未成年人的健康成长，体现了人类文明对亲权的尊重，对于离婚双方当事人的亲权保护起到了很大的作用，受到社会各界的普遍欢迎。但由于现行的立法规定，只是对探望权的主体、行使的时间、方式、中止探望权的事由及对探望权的强制执行等作出原则性和概括性的规定，在司法实践中缺乏可操作性，容易引发矛盾纠纷。

本文试从探望权制度的内涵和理论来源出发，对探望权的性质、主体、内容、客体、行使及执行等诸方面的法律规则问题进行探讨，指出我国婚姻法中探望权制度目前主要存在四方面的问题：一、探望权主体规定过于狭窄；二、探望权的内容不明确；三、探望权中止理由规定过于宽泛；四、探望权强制执行的规定缺乏可操作性。本文针对上述问题分别展开论述，并提出完善探望权制度的立法司法措施：一、明确规定探望权主体行使探望权利的指导原则，即子女利益最佳原则；二、适当扩大与调整探望权的权利义务主体范围；三、明确规定探望权执行的基本原则，即以说服教育为主，强制执行为辅；四、增加探望权的救济措施等。

本文的创新点及研究价值在于：

一、明确指出探望权是一种权利义务兼结合的特定身份权，不直接抚养未成年子女的父或母行使探望权不仅是一种权利，更是一种义务；同时也指出未成年人也享有探望权。

二、针对立法中对探望权制度规定的概括性和原则性，指出探望权在主体、内容、中止事由及强制执行等诸方面存在问题，缺乏可操作性的实际情况，适时

提出构建完善的探望权制度的立法、司法建议，为我国司法实践提供肤浅的借鉴作用。

**关键词：**探望权；婚姻法；立法完善

厦门大学博硕士论文摘要库

## ABSTRACT

Article 38 of Marriage Law, "After divorce, the father or the mother who does not rear their children directly shall have the right to visit them, while the other party shall have the obligation to give assistance.

The parents shall reach an agreement about how and when to exercise the right of visit. If they fail to reach an agreement, the people's court shall make a judgment.

If the father or the mother visits their children to the detriment of their mental and physical health, a people's court shall suspend the right of visit according to law; and such a right shall be restored after the main content of the suspension disappears." His principled stipulation established the visitation right of divorced parents through legislation. The establishment of this system has provided a legal basis for solving the problem of visitation, which is not only helpful to the realization of their visitation right but also to the nonage's healthy growth process ell received by all circles of the society for human civilization's respect to parental right and the great function in the protection of the parental rights of both parties.

However, the current legislation simply has fundamental and general provisions for the visitation subject, the time and way of exertion, the enforcement of visitation right and the reasons of its suspension; therefore, it easily induces disputes for the lack of feasibility in judicial practice.

Through the analysis of the connotation and theoretical source of visitation right system, the author discusses the legal rules in such aspects like nature, subject, content, object, operation and performance of visitation, and points out four problems of visitation right in marriage law: first, the excessively narrow regulation of visitation subjects; second, the obscure content of visitation right, third, the excessively general rules of suspending visitation right, the last, the lack of feasibility in enforcing visitation right. This thesis has extended respective discussion for the above problems and also proposed legislative and judicial measures to perfect visitation right system: first, clearly providing the guiding principle of subject's exerting visitation right, i.e. the principle of best interests for children; second, properly expanding and adjusting the subject of rights and obligations; third,

definitely defining the basic principles of visitation right exertion, i.e. persuasion and education first, enforcement second, the last, increasing the remedy measures of visitation right.

The innovation and research value lie in the following: First, clearly defining that visitation right is a special identification right that combines both rights and obligations, the visitation right of the father or the mother who does not rear their children directly is rather an obligation, juveniles, at the same time, have visitation right.

Second, aiming at the generality and principle in visitation right system, the author points out the problems in the subject, content, reasons of suspension and enforcement as well as the facts of lack of feasibility. It further puts forward legislative and judicial suggestions of constructing perfect visitation right system. These contribute to serving as a reference for our country's judicial practice.

**Keywords:** Visitation right; Marriage law; Perfection of legislation



目 录

前 言.....	1
<b>第一章 探望权制度的基本理论 .....</b>	<b>2</b>
<b>第一节 探望权的内涵及理论来源 .....</b>	<b>2</b>
一、探望权在立法中确立的背景及其内涵.....	2
二、探望权制度在我国确立的法理基础.....	2
<b>第二节 探望权的法律规则 .....</b>	<b>4</b>
一、探望权的法律性质.....	4
二、探望权法律关系的主体问题.....	5
三、探望权的客体、内容及行使.....	7
四、探望权的中止与恢复.....	8
五、探望权的强制执行问题.....	10
<b>第二章 我国婚姻法中探望权制度存在的问题 .....</b>	<b>13</b>
<b>第一节 探望权规则的总体分析 .....</b>	<b>13</b>
一、我国婚姻法中对离婚后探望权规则的现状分析.....	13
二、离婚后探望权纠纷产生的原因分析.....	14
<b>第二节 探望权的若干具体问题 .....</b>	<b>14</b>
一、探望权主体规定过于狭窄.....	14
二、探望权的内容不明确.....	15
三、探望权中止理由规定过于宽泛。.....	15
四、探望权强制执行的规定缺乏可操作性。.....	15
<b>第三章 探望权制度的法律完善 .....</b>	<b>17</b>
<b>第一节 国外的规定及分析 .....</b>	<b>17</b>
一、国外对探望权制度的立法规定.....	17
二、各国对探望权内容的规定.....	17
<b>第二节 我国立法司法完善的措施及理由 .....</b>	<b>18</b>
一、明确规定探望权主体行使探望权利的指导原则，即子女利益最佳原则 .....	18

二、适当扩大与调整探望权的权利义务主体范围.....	19
三、明确规定探望权执行的基本原则，即以说服教育为主，强制执行 为辅.....	20
四、增加探望权的救济措施.....	21
<b>结 束 语.....</b>	<b>23</b>
<b>参 考 文 献.....</b>	<b>24</b>

厦门大学博硕士论文摘要库

---

**CONTENTS**

<b>Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 The basic theories about the system of visitation right....</b>	<b>2</b>
<b>1.1 The connotation and theoretical origin of visitation right .....</b>	<b>2</b>
1.1.1 The establishing background of visitation right and its connotation .....	2
1.1.2 The legalistic basis of the establishment of visitation right system in China.....	2
<b>1.2 The regulations of visitation right .....</b>	<b>4</b>
1.2.1 The legal nature of the visitation right.....	4
1.2.2 Questions about the subject in legalistic relations of visitation right .....	5
1.2.3 Content and exercise of visitation right.....	7
1.2.4 The suspension and recovery of visitation right .....	8
1.2.5 Enforcement of visitation right.....	10
<b>Chapter 2 Problems in visitation right system.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 General analysis of visitation right rules .....</b>	<b>13</b>
2.1.1 China's Marriage Law of the rules of the visit right after the divorce Analysis.....	13
2.1.2 Visit right after the divorce of the causes of disputes.....	14
<b>2.2 Several concrete questions of visitation right.....</b>	<b>14</b>
2.2.1 Narrow regulation of visitation right subjects .....	14
2.2.2 Ambiguous content of visitation right .....	15
2.2.3 Excessively general regulation of reasons of visitation right suspension .....	15
2.2.4 Lack of operability in regulation of enforcement of visitation right ....	15
<b>Chapter 3 Legal perfection of visitation right system.....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 Foreign regulations and analysis .....</b>	<b>17</b>
3.1.1 Legislation of visitation right system in foreign country.....	17
3.1.2 Regulations of visitation right content throughout the world.....	17
<b>3.2 Procedures and reasons of our country's legal perfection .....</b>	<b>18</b>

3.2.1 Clearly providing the guiding principle of subject's exerting visitation right, i.e. the principle of best interests for children .....	18
3.2.2 Properly expanding and adjusting the subjects of rights and obligations .....	19
3.2.3 Definitely defining the basic principles of visitation right exertion, which is persuasion and education first, enforcement second .....	20
3.2.4 Increasing the remedy measures of visitation right .....	21
<b>Conclusion .....</b>	<b>23</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>24</b>

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 前言

探望权制度来源于英美法系，探望权是基于父母子女关系而享有的一种身份权。按照我国新《婚姻法》第 38 条之规定，探望权是指夫妻离婚后，不直接抚养子女的父或母，享有按照约定的时间、地点、方式探望、关心未成年子女或与其短时间共同生活的权利。这是我国首次以法律形式确认探望权。探望权制度的设立，可以保障间接抚养方对子女的抚养教育权利，满足其思念子女的感情需要，同时也有利于子女的健康成长，使得子女在破碎的家庭中感受亲情，最大限度的减少因离婚对子女带来的伤害，有助于子女的身心健康和完整人格的塑造。依法律规定行使对子女的探视权，还可以预防和减少因此发生的恶性事件，从而保障子女、父母等近亲属的合法权益，对子女的成长、家庭的文明、社会的进步必将产生深远影响。但也必须看到，我国婚姻法中关于探望权的规定，过于笼统和概括，存在许多不足之处，在理论上如何理解，实践中如何适用，均是在立法与司法中应解决的难题。本文侧重从探望权制度的基本理论出发，指出探望权制度目前存在的问题，根据我国的国情及司法审判经验，提出完善探望权制度的立法司法建议，以期抛砖引玉，为我国婚姻法中探望权的实现提供理论依据和实践经验。

## 第一章 探望权制度的基本理论

### 第一节 探望权的内涵及理论来源

#### 一、探望权在立法中确立的背景及其内涵

婚姻是产生家庭的前提，家庭是缔结婚姻的结果；婚姻亦是家庭的纽带，家庭又是社会的细胞。婚姻的裂变已经成为社会不安定因素中重要原因之一。随着离婚率的不断上升，由此产生的探望子女纠纷案件不断增加，越来越多的离异子女生活于单亲家庭。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。<sup>①</sup>

我国学术界认为，探望权是指父母离婚后不直接抚养子女的父或母一方享有的与未成年子女的联系、会面、交流等权利。它是基于血缘关系产生的权利，是亲子关系自然流露的权利。<sup>②</sup>探望权制度起源于英美法系，但为各国立法和法理所接受。各国及不同地区对探望权的具体称谓也有所不同，美国和法国称为探视权，德国称为人身交往权，我国台湾地区称作会面交往权。根据英美的学理解释，探望权是指在父母离婚后，由父母一方负责照管和监护子女或在子女的监护令仍继续有效，子女的另一方父母所获得的准予短期探视（探望性探视）或较长期探视（逗留性探视）子女的机会。<sup>③</sup>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。

#### 二、探望权制度在我国确立的法理基础

随着各国对亲子关系法律制度的逐渐完善，探望权制度日益显示出其积极的作用：一方面可以满足父母双方对子女关心、爱护的情感需要，并及时了解子女的生活及学习情况，使父母更好地履行其抚养教育子女的权利义务；另一方面，

<sup>①</sup> 姚红.中华人民共和国婚姻法解释[M].北京：群众出版社，2000.157.

<sup>②</sup> 刘世杰,刘亚林.离婚审判研究[M].重庆：重庆大学出版社，1998.216-217.

<sup>③</sup> 夏吟兰.美国现代婚姻家庭制度[M].北京：中国政法大学出版社，1999.298.

可以增加子女与未直接抚养的父或母之间沟通和交流的机会,从而降低离异家庭对子女的伤害程度,有利于子女的健康成长。<sup>①</sup>

为此,我国根据社会生活的实际情况,为适应和符合世界婚姻家庭制度发展的潮流,于2001年4月28日第九届全国人民代表大会第二次会议通过了关于1980年《中华人民共和国婚姻法》进行修改的决定。其中,增加了探望权制度。探望权制度的增设对我国的立法发展和司法实践均是十分必要的:

#### (一) 确立探望权制度符合我国亲属法的规定

夫妻双方因感情破裂而解除婚姻关系之后,对其婚生的子女仍应承担抚养、探视、监护等问题。我国1950年和1980年的《婚姻法》虽均未规定探望权制度,但在我国1980年的《婚姻法》第29条规定:父母子女关系,不因父母离婚而消除,离婚后,子女无论由父方或母方抚养,仍是父母双方的子女。离婚后,父母对子女仍有抚养教育的权利义务。由此可见,父或母在离婚后,可以通过看望、会面等方式来关心子女或与子女短时间共同生活,以达到教育子女、交流感情,使其精神得到抚慰之目的。同时,父或母可以通过探望子女的方式使未成年子女享受正常的父母之爱,减少家庭破裂给他们带来心灵创伤,从而提高自信心。这样,不仅有利于子女的身心健康,还可以增强父母对子女的责任感。

#### (二) 确立探望权制度是实现监护权的保证

依照我国《民法通则》第16条之规定和最高院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第158条之规定,未成年人的父母是未成年人的法定监护人,父母虽然解除婚姻关系,但其仍然应对未成年子女侵害他人的权益承担民事责任。显而易见,离婚后,不与未成年子女共同生活的一方对未成年子女仍然负有不可推卸的监护义务。如果法律不允许未与未成年子女共同生活的一方不能定期看望、会面、关心子女或与子女短时间共同生活,那么对未成年子女的监护形同虚设。修改后的《婚姻法》规定了探望权制度,从而保证监护权的实现。

#### (三) 确立探望权制度,可以解决轮流抚养所带来的弊端,有利于探望子女纠纷的解决

虽然最高院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》中规定,在有利于保护子女利益的前提下,父母双方可以协议轮流抚养子女。

<sup>①</sup> 郭丽红.冲突与平衡:婚姻法实践性问题研究[M].北京:人民法院出版社,2005.79-80.

从轮流抚养的立法本意看，是为了保护子女的最佳利益。但由于受到子女户口、入学、住房等诸多条件的限制，轮流抚养子女在司法实践中很难落实到位。轮流抚养会不断改变子女的生活环境，使其经常处于不稳定的状态之中，这样会直接影响子女的生活、学习。法律上确立探望权制度，会使子女生活环境处于相对稳定的状态，同时，也为其父或母探望其子女提供法律保障，从而使纠纷得以彻底解决。

## 第二节 探望权的法律规则

### 一、探望权的法律性质

对于探望权的性质学术界众说纷纭。对探望权的性质认识大致有以下几种：一是探望权权利说，有的学者认为探望权是一种权利，是针对于不直接抚养子女的父或母而言；但是，对于未成年子女而言，探望是离婚父母的义务，不能由当事人自行抛弃<sup>①</sup>。二是探望权身份说。有的学者认为探望权是亲权的内容。当中以王歌雅的观点较为典型：探望权是离婚后的父母基于亲子关系而产生的身份权<sup>②</sup>。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；对未成年子女而言，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。<sup>③</sup>依据现代亲权理论，探望权是基于亲子血缘关系所衍生的自然权利，不因婚姻的解体而消灭。探望权不仅是亲属法上规定的父母的权利，也是生物社会赋予父母的自然的权利，是一种基本人权。探望权的性质相对而言，对于子女来说，父母一方的直接抚养权主要是义务而非权利，但对探望权人来说则主要是权利而非义务，同样，对于子女来说，父母一方的探望权主要是义务而非权利，但对直接抚养人来说则主要是权利而义务，因此，笔者认为，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；从法律角度上来讲，是对未成年子女的人身和财产照护权，是人身权中的重要内容。探望权不仅是法律基于父母子女之间亲缘关系所设计的夫妻权利上的平衡，也是以此督促父母行使亲权的一种方式，有助于在探望权实施过程中享有权利的一方当事人和未成年子女的合法利

<sup>①</sup> 蒋月, 巫昌祯. 婚姻法执行状况调查[M]. 北京: 中央文献出版社, 2004. 214.

<sup>②</sup> 王歌雅. 中国现代婚姻家庭立法研究[M]. 黑龙江: 黑龙江人民出版社, 2004. 110.

<sup>③</sup> 马原, 主编, 新婚姻法诠释与案例评析[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 195.



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](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库