

隔代探望权：实践、困境与规范

张 涛

上海市金山区人民法院，上海

收稿日期：2024年6月11日；录用日期：2024年7月9日；发布日期：2024年7月16日

摘 要

司法裁判对于隔代探望权的认识存在较大差异，导致裁判结果和标准并不一致，甚至出现“同案不同判”的现象。在是否支持隔代探望权上，法无禁止即可为、权利义务相一致以及老年人权益保护原则等理由存在适用困境。应坚持“儿童利益最大化”原则，对隔代探望权进行类型化区分，并通过发布指导性案例的方式确立隔代探望权的行使条件、行使方式，有利于促进裁判统一。

关键词

隔代探望权，(外)祖父母，(外)孙子女

Intergenerational Visitation Rights: Practice, Dilemmas and Norms

Tao Zhang

Shanghai Jinshan District People's Court, Shanghai

Received: Jun. 11th, 2024; accepted: Jul. 9th, 2024; published: Jul. 16th, 2024

Abstract

There are great differences in the understanding of intergenerational visitation right in judicial adjudication, resulting in inconsistent results and standards, and even the phenomenon of “different sentences in the same case”. In terms of whether to support the right of intergenerational visitation, there are difficulties in the application of the reasons such as the law can be done without prohibition, the rights and obligations are consistent, and the principle of protecting the rights and interests of the elderly. We should adhere to the principle of “maximizing the interests of children”, distinguish the types of intergenerational visitation right, and establish the exercise conditions and ways of intergenerational visitation right by issuing guiding cases, which is conducive to promoting the unification of judgment.

文章引用：张涛. 隔代探望权：实践、困境与规范[J]. 争议解决, 2024, 10(7): 106-110.

DOI: 10.12677/ds.2024.107336

Keywords

Intergenerational Visitation Rights, Grandparents, Grandchildren

Copyright © 2024 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

隔代探望权是(外)祖父母对(外)孙子女¹进行探望的权利²。虽然民法典最终未明确规定隔代探望权,但司法实践中已有诸多案例裁判涉及此权利。然而,囿于概念法学的影响、隔代探望权性质的不同理解等因素,司法裁判对于隔代探望权的认识存在较大差异,甚至出现“同案不同判”的标准和结果,不利于裁判的统一。立法层面对设立隔代探望权持谨慎心态,理论界对是否设立隔代探望权存有广泛争议。因此,对隔代探望权进一步研究,有着重要的立法和实践价值。

2. 透视: 隔代探望权的实践与立场

各地法院已在裁判中使用“隔代探望权”的概念,虽然是否支持隔代探望权观点各异,但裁判理由具有重要的参考意义和价值。以中国裁判文书网为数据库,并以“隔代探望”为关键词进行检索,出现的案件数量为22件。

(一) 隔代探望权的提出主体

从样本看,隔代探望权主要是由(外)祖父母向直接抚养子女一方主张,(外)祖父母作为原告,直接抚养子女一方作为被告。而在部分案件中,隔代探望权是由离婚夫妻一方为己方父母向对方提出,如原告李洋诉被告易佳探望权纠纷一案中,李洋向易佳主张对子女的探望权时,同时为孩子的爷爷奶奶向易佳主张隔代探望权,此时原被告为离婚夫妻双方³。

(二) 隔代探望权的司法立场

案例一:原告王某夫妇系兰兰的祖父母。2013年1月18日,兰兰的父母登记离婚,双方约定:孩子由其母亲抚养,父亲不支付抚养费,对孩子有探望的权利,母亲有协助的义务。2018年4月7日兰兰父亲留下生前遗愿:如我去世后,就由我的父母及妹妹替我探视孩子,陪同我的女儿健康成长,拥有更好地关爱。2018年5月5日兰兰父亲死亡。因兰兰母亲不配合,所以王某夫妇起诉到法院要求行使对孙女的探望权。一审法院从保护未成年子女最大利益、老年人权益保护、社会伦理等角度支持了王某夫妇的诉讼请求。而二审法院认为“我国法律将探望权行使的权利主体或协助的义务主体限定在父母,并未扩充到祖父母或外祖父母或兄弟姐妹。故祖父母或外祖父母或兄弟姐妹等其他近亲属不是探望权主体,不享有探望权”,同样以“以子女利益最大化”为原则,结合案件相关事实,撤销了一审判决,驳回了王某夫妇的请求⁴。

案例二:苏某夫妇是小王的祖父母,自小王平时由其爷爷奶奶在家照顾,小王父母外出工作。2017

¹ 为便于行文,以下祖父母、外祖父母简称为(外)祖父母,孙子女、外孙子女简称为(外)孙子女。

² 民法典婚姻家庭编草案二审稿规定,祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女,如果其尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父母一方死亡的,可以参照适用前条规定。参见 http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/201912/t20191219_303563.html,载中国人大网,2024年5月15日访问。

³ 参见辽宁省沈阳市于洪区人民法院(2017)辽0114民初第307号民事判决。

⁴ 参见四川省巴中市中级人民法院(2021)川19民终681号民事判决书。

年4月19日,小王父亲因交通事故抢救无效死亡。2018年7月,小王母亲将小王带走,后不让苏某夫妇探望王某。法院经审理后,认为“因祖父母隔代探望权法律未作明确规定,现实中也存在一定的争议,故应先确认两原告是否应享有隔代探望权。在终局确定两原告享有探视权之后,两原告可以和被告协商具体的探视方式”,虽然法院最终确认了苏某夫妇的探望权,但未明确探望的具体方式⁵。

案例三:原告陈某夫妇是小陈的祖父母,小陈的父亲于2021年5月27日因交通事故死亡。2021年7月19日,陈某夫妇与小陈母亲协商后,双方签订了一份书面的《承诺书》,记载:若陈某夫妇想去探望小陈,小陈母亲承诺给予看望。后小陈母亲不予协助,致使陈某夫妇探望孙子的愿望难以实现。法院经审理认为,对未成年人的祖父母探望权法律没有明确的规定,但原、被告双方于2021年7月19日签订了一份书面的《承诺书》,该《承诺书》已经明确约定了被告有协助两原告探望孩子的义务。双方在平等自愿的情况下约定的探望权利和义务,没有违反法律法规的禁止性规定,合法有效,双方均遵守履行,遂支持了陈某夫妇的诉请⁶。

案例一,基于相同的案件事实,一二审法院做出了截然相反的判决。案例二,法院虽然确认了隔代探望权,但未明确探望方式,导致成为无法实现的“纸上权利”。案例三,仅仅是对意定隔代探望权的确认,在当事人无合意的情况下,法院是否支持设立隔代探望权,不得而知。除了支持与不支持外,还存在裁定不予受理的处理方式。如丁洪、王建华与白珈琦赡养纠纷一案中,丁洪、王建华作为祖父母,实际上主张的是要求行使隔代探望权,而一二审法院错误的认为是赡养纠纷,认为被告主体不适格,故对案件不予受理⁷。由上可见,司法裁判对于隔代探望权的认识存在较大差异。

3. 困境: 隔代探望权观点争议

不仅司法裁判对隔代探望权的认识存在分歧,这种分歧同样体现在立法层面和理论界。

(一) 支持设立隔代探望权

一是法无禁止即可为。从样本案例看,司法实践中,存在严格依据法律条文将(外)祖父母排除在探望权主体的现象。全国首例隔代探望权案例同样在概念法学的影响下,以无法律依据否定了(外)祖父母对(外)孙子女的探望权^[1]。在支持隔代探望权的案例中,“法无禁止即可为”常成为法院赋予隔代探望权合理性的突破口。无法可依并不意味着受到法律禁止,隔代探望权纠纷属于平等主体之间发生的纠纷,理应交由私法调整,在私法未对隔代探望权予以禁止的情况下,应当给予支持。

二是权利义务相一致原则。此种观点在司法判例以及理论研究中均有所体现,该观点认为法律规定了(外)祖父母的隔代抚养义务以及(外)孙子女的代位继承制度,在对(外)祖父母课以相应义务的同时,根据权利义务相一致原则,应基于同一基础关系肯定(外)祖父母应享有的包含隔代探望在内的权益^[2]。在上诉人陶某因与被上诉人张某、秦某探望权纠纷一案⁸中,法院以权利义务相一致原则的理由支持了祖父母的探望权。

三是老年人权益保护原则。根据《中华人民共和国老年人权益保障法》第十三条规定,老年人养老以居家为基础,家庭成员应当尊重、关心和照料老年人,所以允许失独老人探望孙子女是慰藉老年人心灵、帮助其树立生活信念的重要途径,尽可能地淡化老人因失独而造成的心理伤痛,促使祖孙间保持良好的感情沟通和交流,这也是对老年人权益的一种保护。

(二) 反对设立隔代探望权

一是权利的行使应受到限制。该观点虽然认可私权领域“法无禁止即可为”的理论,但同时认为权

⁵ 参见江苏省丰县人民法院(2020)苏0321民初3356号民事判决书。

⁶ 参见广东省连州市人民法院(2023)粤1882民初1890号民事判决书。

⁷ 参见重庆市高级人民法院(2016)渝民再44号民事裁定书。

⁸ 参见江苏省泰州市中级人民法院(2017)苏12民终1348号民事判决书。

利都存在一个行使适当与否的问题。探望权作为权利的一种，其行使当然也要有一定的界限。探望权行使的主体为非直接抚养子女的另一方，如果(外)祖父母拥有探望权，势必影响或扩大了直接抚养孩子一方的义务，尤其是在此一方再婚的情况下，还可能影响再婚家庭的生活[3]。

二是权利义务对等原则存在证明缺陷。虽然法律规定了(外)祖父母对(外)孙子女的抚养义务，但前提是父母已经死亡或者父母无力抚养子女。而现实生活中，基于减轻子女负担的目的，很多老人主动愿意抚养(外)孙子女，这仅仅是道德义务，而非法律义务。实践中，诉讼通常发生在(外)祖父母不承担法律规定的抚养义务的情形。法律也规定了(外)孙子女对(外)祖父母的赡养义务，抚养义务与赡养义务之间实现了权利与义务的对等[4]。代为继承权是财产权利，而探望权则是人身性权利，二者不能对等。

三是老年人与未成年人处于相同保护位阶。从未成年人利益保护角度看，(外)祖父母对(外)孙子女的探望会对(外)孙子女和直接抚养子女一方生活安宁权的打扰。从老年人权益保障的角度推断出隔代探望权造成老年人与未成年相同保护的失衡。女婿或者儿媳并不属于《中华人民共和国老年人权益保障法》第十三条规定的“家庭成员”，女婿或者儿媳并无协助(外)祖父母对(外)孙子女探望的义务和法律依据。

4. 规范：隔代探望权的制度构建

关于隔代探望权的观点争议各执一词，支持者基于家庭伦理和亲情方面认可隔代探望权，而反对者基于概念法学和权利边界理论反对设置隔代探望权。笔者认为，隔代探望权是基于祖辈之间特定的身份关系产生的亲属权[5]，对隔代探望权不能全盘否定，也不能全盘肯定。由于缺乏亲权基础，隔代探望的条件应该较探望权更加严格，换言之，隔代探望权应在肯定的基础上适当限制。

(一) 坚持“儿童利益最大化”原则

联合国《儿童权利公约》规定处理涉及儿童案件时，应将儿童利益最大化原则作为判决的首要考虑因素。中国加入《儿童权利公约》后，该原则成为司法机关处理儿童案件的行为准则[6]。隔代探望权的确立应依照“儿童利益最大化”原则，并结合(外)孙子女及其监护人的意见、(外)孙子女被抚育状况、(外)祖父母的个人状况、(外)孙子女与(外)祖父母是否建立情感联结等因素进行综合判断[7]。笔者认为，在裁判隔代探望权时可以借鉴《民法典》第一千零八十四条第三款⁹规定，征询(外)孙子女的意见，并尊重其真实意愿。如若(外)孙子女不满8岁，法院在司法裁判确定隔代探望权时可以将探望期间至(外)孙子女满8周岁时止。此外，通过诉讼方式要求支持隔代探望权，足见(外)祖父母与直接抚养子女一方之间的家庭矛盾存在一定的激化，所以法院在审理过程中积极采取调解的方法，促使双方互相体谅，在法庭的主持下共商探望方式、频率等问题，寻求最大公约数。

(二) 隔代探望权的行使条件

司法实践中，提起隔代探望的情形多样，主要有以下三种：一是单纯离婚型、代位型以及代为型，笔者认为，在单纯离婚型的情况下，不应支持(外)祖父母的探望权。夫妻离婚后，不直接抚养子女一方已经享有法律规定的探望权，如果再赋予(外)祖父母的探望权，势必会增加直接抚养子女一方的义务和负担。同理，即便不直接抚养子女一方因主观不愿履行探望权，也不应支持(外)祖父母的探望权。民法典婚姻家庭编草案二审稿规定隔代探望权行使条件为(外)祖父母尽了抚养义务或者(外)孙子女的父母一方死亡的，笔者认为，该规定排除了代为型的情况，限制了隔代探望权的行使。实践中，夫妻离婚后，一方因客观原因无法行使探望权(如被判刑、无民事行为能力等)的，可以根据案件具体情况赋予(外)祖父母的探望权。

(三) 隔代探望权的行使方式

隔代探望权与探望权的行使方式并无差异，在设置行使方式时，可以参考探望权的相关规定：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。除了逗留式和看望式两种，还可

⁹ 《民法典》第一千零八十四条第三款规定，……子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

以考虑借助科技手段允许探望人采用视频通话、微信等即时通讯手段来对孩子进行探望[8]。

(四) 通过发布指导性案例的形式确立隔代探望权

“儿童利益最大化”原则具有高度概括性，案例一中，一二审法院都强调“未成年人利益最大化”的保护原则，但是却作出不同的判决结果。可见，在抽象性原则指导下，并不能形成隔代探望权的适法统一。隔代探望权纠纷仍将通过诉讼途径个案裁量的情况下，可以通过发布相关指导性案例，明确隔代探望权的适用情形、例外情形等规则。可喜的是，2024年5月30日，最高法发布了指导性案例229号，明确确立了隔代探望权以及行使方式¹⁰，为下级法院处理隔代探望权纠纷提供了参考。

参考文献

- [1] 庄绪龙. “隔代探望”的法理基础、权利属性与类型区分[J]. 法律适用, 2017(23): 82-90.
- [2] 付晓斌. 隔代亲情的法律保护——论隔代探望权的确立和制度设置[C]//中国会议. 探索社会主义司法规律与完善民商事法律制度研究——全国法院第23届学术讨论会获奖论文集(下): 2011年卷. 北京: 人民法院出版社, 2011: 1221-1229.
- [3] 付建国, 郝绍彬. 享有隔代探望权应受适当限制[J]. 人民法院报, 2016(7): 1-2.
- [4] 李贝. 《民法典》时代隔代探望纠纷的裁判思路——从权利进路向义务进路的转向[J]. 法商研究, 2022, 39(4): 131-145.
- [5] 李春玲. 隔代探望权的性质探究和规则构建[J]. 成都理工大学学报(社会科学版), 2020, 28(6): 29-34.
- [6] 黄振威. 论儿童利益最大化原则在司法裁判中的适用——基于199份裁判文书的实证分析[J]. 法律适用, 2019(24): 58-69.
- [7] 吴梦琪. “儿童利益最大化”原则在代位型隔代探望中的运用[J]. 人民司法, 2023(2): 57-59.
- [8] 陈丹, 靳英. 隔代探望权行使的现实困境及其司法应对[J]. 黑龙江社会科学, 2019(4): 120-126.

¹⁰《指导性案例229号：沙某某诉袁某某探望权纠纷案》，参见<https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/433821.html>，2024年6月1日访问。