

《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

李 贝^{*}

摘 要: (外)祖父母的隔代探望权是《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编立法中争议较多的问题。《中华人民共和国民法典》正式条文未对隔代探望加以规定。在审判实践中人民法院试图证成隔代探望的论据均存在瑕疵,其背后的根源在于权利进路在隔代探望问题上的局限性:权利话语激化了矛盾,使未成年子女的利益被边缘化,隔代探望权的提法也与探望权的属性不合。在《中华人民共和国民法典》的实施中,隔代探望问题的解决应当从监护人职责的维度切入,从关系型视角来判断儿童的最大利益,并根据祖父母与孙子女之间的实际情感和年长孙子女的自身意愿来完成对举证责任的分配。

关键词: 隔代探望权 儿童最大利益 权利话语 义务本位

伴随我国人口结构的改变和家庭模式的转型,由(外)祖父母^①对(外)孙子女进行隔代抚养成为当下我国社会的一个普遍现象,隔代抚养对父母的生育意愿、老年人的身心健康以及未成年子女的成长发育具有深远的影响。然而,祖父母对于孙子女的隔代探望权始终未能在立法层面得到确认。在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的制定过程中,曾就是否要新增祖父母隔代探望权的规定进行过激烈的讨论。意识到祖父母隔代探望情形的复杂性,以及其可能对核心家庭生活所产生的干扰,立法者最终放弃在《民法典》中将其明文规定的选择。但在实践中祖父母隔代探望的纠纷依然真实存在,人民法院依然将面对无法可依的困境。本文试图结合比较法上的经验和《民法典》的现行规定,从解释论的维度为隔代探望纠纷提供一种可资参考的裁判思路。

^{*} 上海交通大学凯原法学院副教授

基金项目:上海市哲学社会科学青年课题(2019EFX013)

^① 下文对祖父母和外祖父母以及孙子女、外孙子女不再进行区分,仅以“祖父母”“孙子女”泛指。

一、我国司法实践中隔代探望权的证明缺陷

在目前的司法实务中,人民法院倾向于在没有文本基础的情况下赋予祖父母以隔代探望权。其赋予祖父母隔代探望权大多基于如下理由:(1)权利与义务相一致的原则,(2)父母亲权的延续和替代,(3)对老年人利益的照顾。但这些理由事实上都存在商榷的余地,并无绝对的说服力。

(一)权利与义务相一致原则

一种常见的观点是,按照权利与义务相一致的原则,应当赋予祖父母探望孙子女的权利。^① 两项规定被举例证明祖父母对孙子女的义务,即抚养义务^②和代位继承制度。^③ 然而,权利与义务相一致的论点存在瑕疵。就祖父母所尽的抚养义务而言,首先,该法定义务仅存在于第一顺位抚养义务人——未成年人的父母——无法履行抚养义务之时。但就目前司法实践中的隔代探望纠纷来看,诉讼往往发生在祖父母不承担法定抚养义务的情形,所谓权利与义务相一致自然无从谈起。其次,即便在存在抚养义务的情形下,抚养义务与探望权之间也不存在对等关系。例如,对父母一方而言,即使其探望权被中止,抚养义务也依然存在,两者之间并无牵连关系。最后,祖父母对孙子女存在第二顺位的抚养义务,但孙子女对于祖父母也存在对等的第二顺位赡养义务。《民法典》第1074条第2款规定:“有负担能力的孙子女、外孙子女,对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母,有赡养的义务。”抚养义务与赡养义务之间本就实现了权利与义务的对等,所谓的失衡无从谈起。以孙子女享有的代位继承权来证明隔代探望权的做法同样不具有说服力。其理由如下:(1)遗产继承是一种财产上的权利,而探望权则是一种人身性的权利,在两种属性完全不同的权利之间建立对价关系,本身就值得商榷。(2)在代位继承的场合,很难说祖父母有将财产转移给其子女以及孙子女的义务,因为祖父母在原则上可借由其遗嘱自由决定其财产的死后归属。(3)孙子女的代位继承权是附带条件的,即被继承人先于继承人去世,而人民法院对于隔代探望权的论证却并未附带此类条件,难言两者间存在对等关系。(4)祖父母虽然不享有对孙子女的代位继承权,但是在我国继承法上却是孙子女的第二顺位继承人。从这种意义上讲,两者在继承上的权利本来就不存在失衡之说。由此可见,从权利与义务相一致的原则很难得出祖父母享有隔代探望的权利。法律并未规定孙子女有权要求祖父母接受探望,若从权利与义务相一致的立场出发,似乎也应否定祖父母当然的探望权利。

(二)父母亲权的替代履行

另一种观点是,祖父母行使隔代探望权是父母亲权的自然延伸,是父母一方探望权的替代形式。^④ 在法律条文没有明确赋予祖父母探望权的背景下,人民法院将祖父母探望权视为父母亲权延伸和补充的做法,在一定程度上缓和了无法可依的困境,相比立足于纯粹的传统美德和公序良俗的做法更为可取。这一论据的优势在于:一方面可以将探望权的主体解释为父母,从而尊重

① 参见毛柏林:《祖父母或外祖父母也应享有探望权》,《人民司法(应用)》2008年第17期;山民:《从祖父母讨要探望权想到的》,《人民司法(应用)》2009年第21期。

② 参见重庆市渝北区人民法院(2016)渝0112民初5648号民事判决书。

③ 参见江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡民终字第01904号民事判决书。

④ 参见北京市第一中级人民法院(2016)京01民终622号民事判决书。

法条的规定;另一方面以祖父母作为父母亲权的特殊补充,赋予前者隔代探望权。2016年《全国法院民事商事审判工作会议纪要》也表达了类似的观点,即“祖父母、外祖父母对父母已经死亡或父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务,其定期探望孙子女、外孙子女的权利应当得到尊重,并有权通过诉讼方式获得司法保护”。这一观点也获得了部分学者的支持。^①然而,将祖父母探望权视为父母亲权的延伸和替代,至少存在以下缺陷:(1)代位理论意味着,祖父母只能在其子女无法直接行使亲权的场合才享有探望的权利。然而在部分探望权案件中,情形则是夫妻双方均健在,甚至是其亲生子女一方拒绝其行使隔代探望权。^②(2)代位理论与探望权的身份权属性存在冲突,因为身份性权利原则上不得代理与转让,必须由权利人亲自行使。^③(3)尽管祖父母与孙子女之间确实存在密切的亲属关系,但是这种关系与父母子女关系相比依然存在差异,人民法院将祖父母的探望权视为父母探望权的延伸补充,从而将两者置于同等地位,导致对于隔代探望权的过度保护。

(三) 对老年人权益的保障

还有观点从老年人权益保障的维度论述隔代探望权的必要性。有判决援引《中华人民共和国老年人权益保障法》(以下简称《老年人权益保障法》)第13条的规定:“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。”此类判决常结合晚年丧子的情形,将隔代探望权视为慰藉老人心灵创伤的手段。^④这种将隔代探望权视为对老年人实施精神赡养的方式的观念在“丁洪、王建华与白珈琦探望权纠纷抗诉案”^⑤中体现得最为明显,因该案在一审时曾被人民法院作为赡养权纠纷处理。然而这种论证思路同样存在缺陷。一方面,老年人与未成年人处于相同的保护位阶。从老年人权益保障的维度推出老年人一方单方面享有对孙子女的探望权,其理由略显牵强。另一方面,《老年人权益保障法》第13条以家庭成员为规范对象。《民法典》第1045条对“家庭成员”的范围作出了明确的界定,是指“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属”,而近亲属则是指“配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女”。换言之,老年人的女婿或者儿媳,无论是否符合共同生活的要件,都无法成为法律意义上的“家庭成员”。但在绝大多数案件中,恰恰是女婿和儿媳阻挠祖父母对孙子女的探望。在《民法典》出台以后,通过《老年人权益保障法》第13条赋予祖父母隔代探望权的实现可能已不存在。另有案件则直接援引《中华人民共和国民法通则》第7条“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益”的规定,来证明祖父母隔代探望权的赋予符合公序良俗的要求。^⑥在《中华人民共和国民法总则》出台以后,也有人民法院依据该法第8条“不得违背公序良俗”的规定,肯定祖父母的隔代探望权。^⑦有学者支持人民法院的这一判决理由,认为禁止祖父母探望孙子女构成违反公序良俗的

① 参见庄绪龙:《“隔代探望”的法理基础、权利属性和类型划分》,《法律适用》2017年第23期。

② 参见重庆市渝北区人民法院(2016)渝0112民初5648号民事判决书。

③ 参见瞿灵敏:《探望权的理论反思与规则重构——兼论民法典婚姻家庭编探望权的立法完善》,《江汉论坛》2018年第9期。

④ 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。

⑤ 参见重庆市渝北区人民法院(2016)渝0112民初5648号民事裁定书。

⑥ 参见河南省濮阳市中级人民法院(2013)濮中法民二终字第84号民事判决书。

⑦ 参见重庆市渝中区人民法院(2018)渝0103民初11722号民事判决书。

适用情形。^①然而,通过公序良俗原则来为祖父母的探望权提供法律基础,其合理性同样值得商榷。一方面,此处的公序良俗并不是用来对法律行为内容的有效性进行审查,而是被用来创设一项新型的民事权利,这显然超出了公序良俗原则一般的功能范围;另一方面,人民法院在使用该原则确立祖父母的隔代探望权时并未进行充分论证,从而没有形成一项具有可操作性的个案规范。^②

二、“权利”话语下隔代探望的两难困境

尽管人民法院倾向于允许祖父母进行隔代探望,但是其未能给出令人信服的法律理由。其原因在于“权利”话语在隔代探望纠纷中的局限性,即权利话语易引发家庭成员间的冲突,也会使得子女的最大利益处于遮蔽的状态,并最终导致探望权本质属性的崩塌。

(一)权利话语与家庭矛盾的激化

在“祖父母是否享有探望权”这一语境下,父母与祖父母之间的矛盾不可避免地将被激化。“权利”本身是从权利人个体的立场出发的,其与生俱来带有对抗性。在理想的状态中,权利人应当积极、主动地去追求自身权利的实现。然而“权利”的这种属性在家庭关系中有时难免显得格格不入,因为后者往往更多地强调成员间的忍让、包容、扶持和互助。美国学者卡尔施耐德认为:“当我们谈及权利时,我们……偏好个体的视角……然而权利的框架往往不适合家庭的语境,因为在这里,一项对抗政府的权利同时也是一项对抗另一家庭成员的权利。并且因为我们不喜欢面对政府时对权利作出妥协,我们也被阻止在家庭内寻求鼓励妥协让步甚至讨论协商的其他解决途径。”^③

1. 隔代探望权在确认过程中的冲突。从某种意义上讲,确认祖父母享有对孙子女的隔代探望权,并没有从根本上回答该权利是否可以在抚养父母一方明确反对的情况下行使,因为这里同时涉及父母对于子女的抚养管教权利。在父母拒绝祖父母探望孙子女的背后,事实上是父母的教育抚养权与祖父母所谓的“探望权”之间的冲突,而这一权利冲突的化解结论并非一目了然。^④比较法上的经验即充分证明了这一点。在美国,父母对于子女的抚养、教育以及控制权利长久以来便被作为一项宪法上的权利予以保护,而对于子女探望的安排显然属于父母管教权的范围之内,“因为父母要实现对子女的教育,必须有权决定子女的交往,即决定子女可以或应该和哪些人交往。所以交往决定权对父母的教育权具有重大意义。而为第三人设立交往权意味着对父母教育权的直接干预。即使法律规定第三人和子女的交往必须符合子女最佳利益,也不能完全消除此种弊端”。^⑤在传统的英美法上,祖父母只有在极个别的情形下才能在父母明确拒绝的场合行使探望权,即便是已经与孙子女建立长期稳定关系的祖父母,其探视权也不必然得到法律保

① 参见李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》,《法学》2015 年第 11 期。

② 参见彭诚信:《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》,《法学研究》2014 年第 4 期。

③ Carl E. Schneider, Moral Discourse and the Transformation of American Family Law, 83 Michigan Law Review, 1857—1858 (1985).

④ 参见彭诚信:《论权利冲突的规范本质及化解路径》,《法制与社会发展》2019 年第 2 期。

⑤ [德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆莪译,法律出版社 2010 年版,第 392~393 页。

障。法国法则坚持了与之完全对立的立场。根据《法国民法典》第 371—4 条的规定,除非能够证明与尊亲属^①的交往不利于未成年子女的最大利益,否则交往权均应当得到保障。因此,父母若拒绝祖父母的探望,则必须举证证明该探望将有悖于子女的最大利益。

2. 探望权执行过程中的冲突。隔代探望纠纷所引起的冲突不仅仅表现在探望权的确认阶段,还会进一步延伸到探望权的执行阶段。事实上,父母与祖父母之间的紧张关系并不会因为一纸判决而消弭,相反,对簿公堂的经历反而可能导致双方矛盾的进一步激化,而这种氛围显然不利于探望权的行使。探望权的“执行难”问题在父母探望子女领域已经得到充分的印证。^②更为棘手的是,在父母一方不配合探望的场合,可供人民法院选择的手段也是极其有限的。有判决认定,对于违反协助义务的父母一方可以要求其承担迟延履行金,^③但这种金钱处罚导致的效果很可能是子女抚养费的部分抵销。此外,尽管依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释(一)》第 68 条规定,人民法院可以“对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施”,但是这些措施势必会严重撕裂核心家庭的纽带,造成未成年子女无人看护的局面,使得法律对于父母的惩罚最终部分转嫁到子女身上。^④因此,“法院在探望权的执行上多处于无奈状态,不管是父母还是未成年人的权益都无法得到有效的保护”。^⑤

(二)权利话语与未成年人利益被边缘化

除了会激化家庭成员之间的矛盾,权利话语还将造成未成年子女利益被边缘化。

1. 探望权视角下未成年子女的客体化。“探望权”一词带有浓厚的家长主义色彩,其预设了子女作为权利客体存在的地位。尽管依据我国理论界的共识,探望权应当以儿童最大利益作为其最核心的原则,^⑥但是“一般而言,卷入诉讼纠纷中的每一方当事人都会说他们考虑并且追求未成年人的最大利益,但事实上他们的诉求往往会偏向他们自身的利益,并且受到文化和代际差异的影响”。^⑦在这种争夺中,未成年子女的利益往往被边缘化。在美国,父母对于子女的抚养教育决定被推定为最符合子女利益,由于这一推定很难被推翻,因此在隔代探望诉讼中讨论的焦点依然是父母抚养教育子女的宪法性权利是否被过度干涉。而在支持祖父母进行隔代探望的国家,未成年人的最大利益也并未得到充分的强调。在法国,父母要证明祖父母的探望不利于未成年子女利益并非易事,尤其是,父母与祖父母之间的紧张关系本身不足以否定祖父母的探望权,^⑧即便子女反对也不必然导致祖父母无权探望,若子女年龄较小的,则父母有义务对其进行

① 在法国法上尊亲属并不局限于祖父母,还包括曾祖父母。

② 参见蔡永民、张智渊:《对探望权立法的法理分析及其完善》,《甘肃政法学院学报》2006 年第 5 期。

③ 参见康邓承:《探望权执行中可对被执行人处以迟延履行金》,《人民司法(案例)》2015 年第 24 期。

④ 参见于东辉:《我国探视权法律制度研究》,《山东社会科学》2009 年第 7 期。

⑤ 娄必县:《论未成年子女探望权的执行》,《青少年犯罪问题》2015 年第 1 期。

⑥ 参见毛柏林:《祖父母或外祖父母也应享有探望权》,《人民司法(应用)》2008 年第 17 期;孙若军:《论探望权的立法和法律适用》,《法学家》2002 年第 3 期。

⑦ Tara Nielson, Robin Bucaria, Grandparent Custody Disputes and Visitation Rights: Balancing the Interests of the Child, Parents, and Grandparents, 11 Journal of Law & Family Study, 521 (2009).

⑧ Voir Hubert Bosse—Platière, La présence des grands—parents dans le contentieux familial, JCP G n°25, 18 Juin 1997, doctr. 4030.

疏导。^①从两大法系国家的司法实践中可以看出,无论是在隔代探望纠纷中采用偏向祖父母的做法还是偏向父母一方的做法,未成年子女本人的利益往往处于遮蔽之中。我国人民法院在赋予祖父母探望权时,往往会对子女最大利益有所提及。在法官看来,允许祖父母探望不仅满足了祖父母的精神诉求,而且这种关系的维系也符合孙子女的最大利益,从而营造出一种双赢的表象。^②但是仔细阅读这些判决书会发现,隔代探望有利于子女的结论与其说是一种个案考察的结果,毋宁说是一种无须证明的抽象原则,其合理性被预设为理所当然。殊不知子女与祖父母之间的关系维系要产生正面效应,往往要求这种关系在一种和睦亲密的前提下展开,但在父母与祖父母之间就子女探望问题产生严重分歧的场合,强制探望是否依然符合孙子女的利益,却并非不证自明。^③

2. 会面交往权视角下未成年子女权利实现的障碍。现代婚姻家庭法的发展趋势是从“父母本位”向“子女本位”过渡,^④越来越多的学者主张要将未成年人改造成探望权的主体,而不再只是一个被探望的对象。^⑤不少国家的立法不再使用“探望权”概念,而是使用子女的“会面交往权”概念。以法国为例,最初法国法并不承认祖父母的探望权,对祖父母探望利益的保护在传统上借助权利滥用的法理得以实现,即父母无正当理由阻止祖父母对孙子女进行接触的,构成对其亲权的滥用。^⑥1970年《法国民法典》修改时增加了第371-4条的规定:“父母除非有重大理由,不得为未成年子女与祖父母之间的关系设置障碍。”这被认为确立了祖父母的探望权。为了突出子女的核心地位,立法者在2002年进一步对第371-4条作出修正,规定“未成年子女有权与其直系尊亲属维持交往。只有重大理由才能否定这一交往权”。该规定明确将未成年人确立为交往权的主体。在2007年最新一次的修法中,“重大理由”被改成“儿童的利益”,“子女本位”的转向最终完成。另一个具有代表性的立法例是《荷兰民法典》。《荷兰民法典》第1:377 a条第1款规定:“儿童有权与其父母以及其他与其具有亲密关系的人进行交往。对其子女不拥有监护权的父母,有和自己子女进行交往的权利和义务”。该条第3款进一步列举了法院拒绝承认交往权的情形:“(1)这一交往会对儿童的身心发展造成严重伤害的;(2)父母或者其他与儿童保持密切关系的人丧失能力或者明显不适合与子女交往的;(3)对于达到12周岁的儿童,在法庭听证会上明确陈述其有重大的反对理由不与父母或者与其保持密切关系的人进行交往的;(4)这一交往权与儿童最大利益存在冲突的。”上述例外完全围绕儿童最大利益展开,尤其是第3项的规定,更是赋予未成年人主观意愿以决定性的意义。尽管儿童最大利益是探望权纠纷中最为核心的议题,但是纯粹站在儿童的立场上来理解最大利益,仍然存在以下缺陷:(1)儿童被作为探望权(或者交往

① Voir CA Toulouse, 28 nov. 1995 : Juris-Data n° 047494.

② 参见上海市第二中级人民法院(2017)沪02民终1696号民事判决书。

③ See Stephen A. Newman, Grandparent Visitation Claims: Assessing the Multiple Harms of Litigation to Families and Children, 13 Public Interest Law Journal, 28-29(2003).

④ 参见夏吟兰:《离婚亲子关系立法趋势之研究》,《吉林大学社会科学学报》2007年第4期。

⑤ 参见景春兰、殷昭仙:《探望权及其主体扩展的立法思考——以“儿童最大利益”原则为视角》,《法学杂志》2011年第8期;瞿灵敏:《探望权的理论反思与规则重构——兼论民法典婚姻家庭编探望权的立法完善》,《江汉论坛》2018年第9期。

⑥ Voir Civ. 8 juillet 1857, DP 57. 1. 273, S. 57.1.721.

权)的主体,但在绝大多数场合其权利的行使依然需要通过其法定代理人来实现。^①而在祖父母寻求隔代探望的情形下,未成年子女的监护人一般就是拒绝其探望的人。此时如何能够指望父母自愿保证未成年子女交往会面权的实现?(2)将子女作为交往会面权的主体,与司法实践的情形不符。因为几乎所有的案件均是由祖父母提出探望的请求,在子女交往会面权的语境中,祖父母提起诉讼的请求权基础何在?由于交往会面权的主体是子女,因此只能认为此时祖父母是代理未成年子女行使属于后者的权利。在父母担任监护人的情形下,这种法定代理的基础何在,似乎很难得到圆满的解释。由此可见,以子女作为会面交往权或者探望权的主体,只具有形式上的利益,其具体落实会遇到重重的现实阻力。

(三)权利话语对探望权本质的侵蚀

一个更为深层的危机在于,如果祖父母“隔代探望权”成立,那么将从根本上改变探望权的属性。探望权往往被称为“职责性权利”^②或者“他益权”,^③前者强调其是权利与义务的统一体,后者强调权利是为权利人以外的第三人设立的。在民法领域,这些所谓的“他益权”主要集中在婚姻家庭法领域,如抚养权、赡养权、监护权、代理权等。但此类“他益权”是否构成真正意义上的“权利”,存在讨论的余地。事实上,有关权利本质的两种传统理论——“利益论”和“意志论”——在解释“他益权”时均显得捉襟见肘:一方面,“意志论”没有办法合理解释此类“权利”的强制属性,即权利人不得单方面放弃或者转让;另一方面,“利益论”也无法忽视此类权利并不必然使权利人获益的事实。^④从比较法的角度看,此类术语中所使用的“权”往往并不对应“权利”的概念,而更接近“权力”的概念。^⑤法国学术界对于民法上的权力有一个经典的定义:所谓权力,就是指为了他人的利益所赋予的特权。^⑥这些为了第三人利益所设立的“权利”,更确切地说构成一种“权力”。探望权设立的目的是为了未成年子女的利益,尽管其表现为父母的一种“权利”,但同时也属于一种义务。这一点在《德国民法典》中得到了充分的体现。《德国民法典》第1684条规定:“子女享有与父母的任何一方进行交往的权利;父母的任何一方均有与子女进行交往的权利和义务。”由此可见,“探望”既是父母的一种权利,也是一种义务。在法国法上,虽然法条使用“权利”的概念来描述父母的探望权,但是司法实践表明这项权利同时也构成父母的一项义务,不履行探望义务将承担民事责任。^⑦就深层的含义而言,将“探望”理解为一种权限优于将其理解为一种权利。《民法典》第1086条第1款规定:“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。”若将探望理解为一项权利,则探望权的义务主体理应是子女,而子女

^① Voir François Terré, Charlotte Goldie—Genicon, Dominique Fenouillet, Droit civil : La Famille, 9e édition, Dalloz 2018, p.1020.

^② 参见景春兰、殷昭仙:《探望权及其主体扩展的立法思考——以“儿童最大利益”原则为视角》,《法学杂志》2011年第8期。

^③ 参见朱广新:《论监护人处分被监护人财产的效力》,《当代法学》2020年第1期。

^④ 参见彭诚信:《现代权利理论研究》,法律出版社2017年版,第112页。

^⑤ 有的学者提出的所谓“民事屈从关系”或者“规训关系”,事实上就是这种权力关系的体现。参见徐国栋:《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》,《中国法学》2011年第5期;汪志刚:《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》,《法学研究》2019年第4期。

^⑥ Voir GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, 1985, Economica, nos 27 s.

^⑦ Voir TGI Poitiers, 15 nov. 1999; BICC 15 nov. 2000, n° 1294.

是否有义务被其父母探望?但最有利于子女的原则显然与这种义务的强制和不可变通的属性很难兼容。因此,法条没有规定子女的义务,只规定了配偶一方的协助义务。但若将配偶作为义务主体,则子女岂不沦为一种被交付的物品而成为权利的客体?这种“权利”话语带来的困境完全可以通过改造探望权得到解决,即探望权并非一种权利,而是父母的一项权限,是父母抚养义务在离婚背景下的具体展开。然而,承认祖父母的隔代探望权将从根本上改变探望权的本质属性。在隔代探望的语境下,祖父母仅拥有探望孙子女的权利,但并没有探望孙子女的义务,因此“隔代探望权”从原来的“职责性权利”转化为一项纯粹的个体性权利。而从权利与义务相一致的立场出发,恰恰应该对赋予祖父母这样一项单方面的权利持保留态度。至于将未成年子女设立为探望权主体的做法,则在理论上更是难以自圆其说:作为权利主体的未成年人不能强迫义务人进行探望,相反,义务人却可以要求权利人行使其对自己的权利,即便权利人本人并未主动要求!

三、“义务”视角下隔代探望的证成

在民法上,权利与义务是一对并行的概念,因此如果法律对于权利界定不明,但对当事人义务有明确规定的场合,那么不妨从义务的维度寻求救济的途径。^①

(一)“义务论”具有实证法基础

与前述“新型权利”的话语相比,通过“义务”的视角——更确切地说,通过监护人责任的路径——解决探望纠纷具有更加坚实的实证法基础,也减少了法官在“赋权”过程中的论证义务。

1. 监护人职责与隔代探望。父母作为子女的监护人,需要履行对子女的监护职责。《民法典》第 26 条第 1 款规定:“父母对未成年子女负有养育、教育和保护的义务”;第 34 条第 1 款规定:“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等”。如果说监护在其诞生之初主要是一项财产法上的制度的话,那么在其后续的发展中,人身照护和财产管理逐渐发展成监护职责的两项内容,并且人身照护的内容在现代监护法上占据了至关重要的位置。^②从解释论的视角看,被监护人的人身利益保护自然应该包含未成年子女与其近亲属,尤其是与祖父母之间的会面交往。在一般情况下,这样的会面交往是有利于未成年子女健康发展的。依据 2020 年新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》第 4 条的规定,处理未成年人的事项时应当“尊重未成年人人格尊严”“适应未成年人身心健康发展的规律”“听取未成年人意见”,第 16 条特别强调父母或者其他监护人“关注未成年人的生理、心理状况和情感需求”。因此,父母在没有正当理由和合理顾虑的情况下违背未成年子女意愿、妨碍其与祖父母交往会面,可以被认为构成不履行监护职责的事由。《民法典》第 34 条第 3 款规定:“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担法律责任。”不履行监护职责,并非一定产生监护资格被撤销的法律后果,也可能是在保留监护人监护资格的前提下,要求其承担相应的法律责任。对该法律责任的性质,法律并未明确界定。在隔代探望的语境下,其完全可以表现为停止侵害、排除对探望权的妨碍。因此,在既有民法规定的框架下,祖父母完全可以依据该规定请求人民法院同意其隔代探望。这种做法一方面避免了“隔代探望权”无法可依的局面,

^① 参见彭诚信:《现代权利视域中利益理论的更新与发展》,《东方法学》2018 年第 1 期。

^② 参见彭诚信、李贝:《现代监护理念下监护与行为能力关系的重构》,《法学研究》2019 年第 4 期。

另一方面也避免了“权利”话语所导致的诸多弊端。

2. 精神赡养与长辈探望。在涉及探望纠纷的问题时,人民法院对于“精神赡养”规定的运用已经为“义务论”的转向提供了一个范本。《老年人权益保障法》第18条规定:“家庭成员应当关心老年人的精神需求,不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员,应当经常看望或者问候老年人。”这一条款在学界也被称为“常回家看看”条款,^①通过法律的形式规定了家庭成员(尤其是成年子女)对老人的探望义务。在司法实践中,一些判决书也以履行精神赡养义务为理由,满足父母提出的探望请求。^②需要注意的是,从精神赡养的角度看老人探望问题,该探望是否符合老年人的最大利益是人民法院裁判的依据,因此即便在老人主动请求的情况下,若人民法院认为该探望并不符合老人的利益,也可选择不支持其诉讼请求。这些拒绝探望的理由包括关系恶化、矛盾激烈、^③或者长期没有来往、情感淡薄等。^④即便是支持老人的探望请求,人民法院在确定具体的探望频率及方式时,依然会参考双方的关系、子女的工作情况、老人的身体状况等因素,避免给子女造成过重的负担。^⑤上述做法均可作为隔代探望纠纷的解决提供有益的借鉴。

(二)“义务论”更符合亲属关系的本质

在家庭关系中,各方利益的纠缠和混合往往无法避免。“从理想的角度而言,父母与子女之间的关系应当是某种有意识的结合体,这种关系更适合用诗化的、精神性的语言,而不是用道德分析的语言来描述。我们在亲密关系中分享我们自身,并且同时意识到对方也做着相同的事情。传统的道德边界划定了自我的严格范围,是与这种类型的分享绝缘的。”^⑥在家庭成员中过度强调权利,难免造成冲突和疏离,而强调义务,则会促进无私和妥协。^⑦相比权利,义务进路更好地捕捉到了家庭成员关系的本质,“通过权利的方式对父母子女关系加以界定,无疑错失了靶心,也忽视了当事人本人的真实需求”。^⑧在现代民法典全面贯彻“权利”本位理念的背景下,义务性规范依然在“婚姻家庭编”中占据主要地位。当然,这并不是说权利与婚姻家庭绝缘,只不过其适用具有明显的范围:在强调家庭成员个体独立的场合立法者往往使用权利的概念,^⑨而在涉及家庭成员之间的依存关系时,则更多地从义务入手。显然,在隔代探望的纠纷中,我们所强调的恰恰是子女对家庭成员亲密关系的依赖,此时使用权利的话语显然不是一种最优的选择。

(三)“义务论”能够好地平衡各方当事人的利益

首先,从监护人责任的角度看隔代探望的问题,将凸显未成年人利益的中心地位。人民法院在判断是否赋予祖父母隔代探望权时,应考察父母拒绝探望的行为是否违背子女的最大利益,从

① 参见杨立新:《“常回家看看”条款的亲属法基础及具体适用》,《法论坛》2013年第6期。

② 参见安徽省黄山市中级人民法院(2017)皖10民终773号民事判决书。

③ 参见河北省石家庄市长安区人民法院(2019)冀0102民初3253号民事判决书。

④ 参见江苏省淮安市清浦区人民法院(2017)苏0812民初6707号民事判决书。

⑤ 参见河南省郑州市中原区人民法院(2015)中民一初字第1467号民事判决书。

⑥ Ferdinand Schoeman, Rights of Children, Rights of Parents, and the Moral Basis of the Family, 91 Ethics 8 (1980).

⑦ 参见彭诚信:《义务观念的现代理解》,《学习与探索》2005年第5期。

⑧ Lynn D. Wardle, The Use and Abuse of Rights Rhetoric: The Constitutional Rights of Children, 27 Loyola University Chicago Law Journal 332 (1996).

⑨ 例如,《中华人民共和国民法典》第1056条规定的关于夫妻各自使用姓名的权利,第1057条规定的关于夫妻双方参加生产、工作、学习和社会活动的自由。

而违反监护职责。虽然隔代探望的权利路径也是以子女最大利益为最高原则,但正如前文所述,一方面“权利”话语容易激化当事人之间的矛盾;另一方面,在将子女作为交往权主体的情况下,权利名义主体与行使主体之间的矛盾难以消除。此外,在子女交往会面权利的语境下,子女的主观意愿被赋予了最高价值。然而研究表明,在高度冲突的语境下,儿童所表达的意愿具有极大的可变性,不仅可能受到其他家庭成员的影响,而且一些原本拒绝任何接触的儿童,在祖父母行使探望权之后的短时间内也很可能改变看法。^①相反,在监护制度的语境下,将对未成年子女真实意愿的尊重作为判断未成年人最大利益的重要考量因素,被赋予了恰如其分的权重。

其次,从监护人责任的角度看隔代探望的问题,也将更好地协调父母与祖父母之间的利益冲突。权利总是从个体的立场出发,是一个人对另一个人、一个人对另一群人的利益主张。这种模式与探望所具有的关系性、交互性特质存在冲突。一段健康的关系需要双方当事人的共同经营,而不应该理解为一方施加给另一方的强制。因此,最有利于被监护人的原则绝不意味着祖父母和父母的诉求完全被排除在外,恰恰相反,在决定隔代探望是否有利于被监护人的最大利益时,人民法院必须综合考量未成年子女、父母、祖父母三方的利益诉求。如果说祖父母与未成年子女的正常交往在一般情况下有利于后者成长的话,那么父母对于子女的教育指导同样起到至关重要的作用。传统的“隔代探望权”的话语往往过多关注祖父母一方的利益诉求,却忽略了父母一方所享有的监护权限,而后者同样值得法律保护。而在监护人职责的语境下看隔代探望问题,人民法院所要解决的是父母对子女的教育、抚养职责是否会受到祖父母探望的影响等问题,在这种利益权衡之中,人民法院必然会将父母一方和祖父母一方的利益诉求纳入考量的范围。

(四)“义务论”更有利于冲突的解决

采用义务进路还可能在一定程度上缓和当事人之间的紧张关系。如前所述,权利话语所带有的“对抗性质”很容易使当事人之间的诉讼变成一场“零和博弈”,而通过话语的转换,在义务进路下我们不再强调祖父母作为第三人所享有的“权利”,而是更强调父母作为监护人的法定“义务”。这种话语的转化很有可能缓和当事人之间剑拔弩张的关系。与此同时,从监护职责的立场出发,事实上也赋予了作为监护人的父母一方以更大的话语权,即祖父母的隔代探望诉求也不得损害监护人职责的正常履行。与“隔代探望权”下父母被迫对祖父母一方的权利作出让步不同,在“监护职责”进路上法律更倾向于鼓励父母自己决定祖父母探望的正当性及探望频率,并将其视为“监护权限”的行使方式。从这种意义上讲,监护人的管理权限和祖父母的探望利益将更有机会实现契合。更为重要的一点或许在于父母一方拒不配合时的法律救济。前文已经提到在“探望权”纠纷中的执行两难问题,这种两难使得人民法院往往不愿惩罚不予配合的父母。但在监护职责的语境下,如果父母一方无正当理由拒不配合祖父母的探望,那么其不履行监护职责的行为很可能被解读为监护人的不适格,在严重损害被监护人利益的情形下甚至会触发监护资格被撤销的法律效果。这种无形的威慑力有可能促成当事人双方和解,促成隔代探望目标的最终实现。

(五)“义务论”能更好地应对多元探望需求

义务进路的另一个优势或许在于其适用范围的巨大弹性,这种弹性使它可以被运用到各类

^① See Kirk Weir, High-conflict Contact Disputes: Evidence of the Extreme Unreliability of Some Children's Ascertainable Wishes and Feelings, 49 Family Court Review, 800 (2011).

情形中,满足现实社会的需求。隔代探望权的进路在其适用范围上有严格的限制,即担任监护人的父母方拒绝祖父母探望孙子女的情形。然而,在现代社会中家庭成员间的探望需求远不止这一种,曾祖父母、兄弟姐妹、离婚后的继父母等,都可能存在探望的需求。在“姚某与覃某探视权纠纷案”^①中,人民法院就曾通过调解的形式,允许签订代孕协议的女方在离婚后探望与其不存在血缘关系的“子女”。由此带来的问题是,这些祖父母以外的主体对子女的探望需求是否应当得到满足,应当在多大限度内得到满足?此外,并非只有未成年子女才有探望的需求,成年人同样有此需求。在成年人因欠缺行为能力而需要他人监护的场合,其与自己的亲属朋友保持交往会面的权利是否应当得到其监护人的尊重?祖父母隔代探望权的设置不能涵盖现实生活中所有的探望需求,但采用权利进路的立法者势必陷入一种两难的境地:一方面,如果针对每一类主体都规定具体的探望权,那么既会浪费立法成本,也难免挂一漏万;另一方面,如果针对父母以外的所有第三人作出统一的探望权规定,那么很难凸显不同法律主体关系的特殊性。从义务进路入手则能很好地解决上述问题。以监护制度为例,首先,无论监护人是否父母,也无论被监护人是否未成年人,均有确保被监护人与第三人进行正常交往会面的义务。其次,只要与被监护人之间的交往被认为符合被监护人的最大利益,监护人就有义务保障该会面交往的进行,第三人的身份可以在所不问。最后,监护职责的进路也为未成年子女要求父母探望提供了法理依据。尽管我国大多数学者主张子女也享有要求父母探望的权利,但是在司法实践中往往坚持保守的立场。^②依据我国现行法的规定,父母双方离婚并非一方监护权终止的事由,未直接抚养子女的一方依然是子女的监护人。《民法典》第26条规定:“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”而履行抚养义务并不仅仅是提供物质上的资助,还包含精神层面的抚育。父母一方在离婚后拒绝与子女接触的,显然违反其法定的抚养义务,也是对其监护职责的不履行。子女可以此为依据,要求其父或母探望。

四、隔代探望中子女最大利益的具体落实

通过隔代探望纠纷的“义务论”转向,传统权利话语所造成的诸多困境均可得到化解。但如何对子女最大利益进行认定,依然是允许隔代探望与否的核心问题,仍有进一步讨论的必要性。

(一)子女最大利益的关系视角

即使将探望权视为一种权利,其特殊性也无法被忽视。这种特殊性体现在此类权利的交互性和双向性方面。探望权的本质在于对一种交往关系的维系,可称其为一种“关系型权利”。^③不少关于心理学的研究成果表明,儿童在其幼年时与其照顾者之间形成的稳定关系对于前者人格的健全和性格的发展起决定性的作用;相反,一种不稳定的、冲突的关系将会给子女带来巨大

^① 参见广西壮族自治区柳州市城中区人民法院(2011)城中民一初字第838号民事调解书。

^② 参见江苏省连云港市灌云县人民法院(2014)灌少民初字第0025号民事判决书。在该案中人民法院认定:“被告徐某在情理上应当对子女给予探望,但不应在法律上予以强制。”

^③ See Ayelet Blecher-Prigat, Rethinking Visitation: From a Parental to a Relational Right, 16 Duke Journal of Gender Law & Policy, 1 (2009).

的创伤。^①由此可见,子女利益最大化要求的并不仅仅是一段关系的维系,而是一种良好、健康关系的维系。而一种健康的关系永远是兼顾各方的,不能仅仅着眼于被探望一方,也必须将探望者的利益纳入考量之中。同时,在祖父母隔代探望的纠纷中不仅存在祖父母与未成年子女的关系,受影响的还有父母子女关系的稳定性,而后者对于子女的成长显然更为重要。因此,在是否承认隔代探望时,这种探望对于亲子关系所带来的冲击也必须纳入人民法院考量的范围。总之,隔代探望权所具有的交互属性要求人民法院在考量子女的最大利益时采用一种关系型的视角,不是将子女作为一个孤立的、原子化的个体考察其利益,而是将父母、祖父母的利益同时囊括在内。英国学者乔纳森·海林提出了最大利益判断的关系型进路,以区别于传统的个人主义进路。其总结了将儿童作为一个孤立的个体判断其福祉和利益的局限性:首先,在亲密关系中,儿童的最大利益往往是与该关系中的其他个体紧密纠缠的;其次,采用这种孤立的判断模式将会产生这样的风险——判决在表面上促进了子女的最大利益,但事实上却给其照护者的权利带来严重的侵扰;最后,个体化的判断模式经常局限于当时的利益衡量,却忽视长时段内对儿童福祉的影响。^②对于隔代探望权的纠纷,关系型进路意味着不应该孤立地考察儿童的最大利益,而是应当在判断儿童最大利益的同时,将祖父母、父母的利益同时融入其中。换言之,“以关系为基础的福祉判断提供了这样的手段,使得我们在坚持(子女)最大利益的同时,尊重照顾者的权利和利益”。^③

(二)子女最大利益的考量因素

不可否认,对儿童最大利益原则的判断充满不确定性,然而在探望权诉讼中,这种规则的弹性空间或许是不可避免、甚至是可欲的:“探望权的案例向审判法院所呈现的是极端复杂、充满情感冲突的剧情。不可能找到一个放之四海而皆准的标准。鉴于探望权纠纷所产生的多样情形,审判法官必须被赋予一定的自由裁量权,从而找到在具体个案中最能满足各方当事人的特殊利益的方案”。^④当然,为了给法官的裁判提供方向,美国各州的立法大多对隔代探望诉讼中应当考量的因素予以列举。结合比较法上的经验以及关系型的视角,这些考量因素可分为两大类:一类与每一方当事人直接相关,另一类则涉及隔代探望诉讼中的三组关系。与当事人一方相关的考量因素主要包括:祖父母一方的身体、精神健康状况,祖父母一方申请隔代探望权的理由是否正当;父母是否合格的抚养人、父母拒绝隔代探望权的理由是否充分;对于达到一定年龄具有辨识能力的儿童,需要考察儿童本人的意愿。在祖父母和孙子女的关系中,需要考察先前存在的祖父母对孙子女照料的时间长度、强度,两者之间的情感纽带,以及拒绝探视将给祖父母、孙子女身心造成的损害。在父母与子女的关系中,需要考察父母子女关系的融洽程度,探望权的赋予可能对父母子女关系产生的干扰程度。在父母与祖父母的关系中,需要考察父母一方是否愿意配合探望权的行使,两者之间的紧张关系是否不可调和等。

(三)子女最大利益的举证责任

^① See Nicole M. Onorato, The Right to Be Heard—Incorporating the Needs and Interests of Children of Non-marital Families into the Visitation Rights Dialogue, 4 Whittier Journal of Child & Family Advocacy, 491(2005).

^② See Jonathan Herring, Relational Autonomy and Family Law, Springer, 2014, pp.46—47.

^③ Jonathan Herring, Relational Autonomy and Family Law, Springer, 2014, p.48.

^④ David W. Lanetti, A Nonparents Ability to Infringe on the Fundamental Right of Parenting: Reconciling Virginia's Nonparental Child Custody and Visitation Standards, 30 Regent University Law Review, 827 (2017).

在隔代探望纠纷中,应当由谁来对探望是否符合子女最大利益承担举证责任?如前文所述,不同国家针对这一问题采取了截然相反的立场。在法国法上祖父母与孙子女之间的交往关系被推定为最有利于儿童利益,因此父母拒绝探望的,需要证明该探望不符合子女的最大利益。要推翻这一推定,法院设置了较高的门槛:单纯父母与祖父母之间的矛盾并不能构成不利于子女的理由。^①当然,在矛盾激化的场合,法院在赋予祖父母隔代探望权时会对权利行使的方式作出限制,以避免对父母子女关系造成过大的冲击。^②在一般情况下,只有当探望孙子女构成对其健康、安全以及道德品行的威胁时,法院才会拒绝祖父母的探视请求。^③相反,在美国,2000年联邦最高法院审理的“特罗塞尔诉格兰维尔案”^④具有里程碑的意义。该判决被普遍认为确立了有关儿童最大利益的一项基本推定,即称职父母有关第三人探望所作出的决定被推定为符合儿童最大利益。这一判决对美国各州后续的探望权立法产生了深远的影响。^⑤几乎所有的后续立法都确立了这一有利于父母的推定,并且许多立法都规定,为了推翻这一推定,单纯证明探望符合子女最大利益是不够的,祖父母或者需要证明父母存在不称职的情形,或者需要证明不承认探望权将给子女带来严重的伤害,或者祖父母和孙子女之间已经建立起“重要的和有价值”的关系。^⑥当然,美国法对于第三人探视权持保守立场有其深层次的原因。目前美国隔代探望权的立法主要以白人中产阶级的老年人作为其理想的规范对象。学者将此类祖父母的形象概括为“伙伴型祖父母”,他们倾向于保持自己独立的生活。他们会定期但有限度地陪伴自己的孙子女,主要是在一些“娱乐性和纪念性的场合”。“这些祖父母并不参与孙子女的抚养,并不负责教导孙子女,因此他们并没有紧密地融入孙子女的生活中去。”^⑦然而这种“伙伴型祖父母”具有强烈的文化色彩,它并不能当然描述祖父母在其他族群文化中所扮演的角色。由于“伙伴型祖父母”理想型的存在,因此导致美国法院在审理少数族裔(非裔、拉丁裔等)的隔代探望权案件时有失公允。^⑧

在我国社会的语境下,祖父母在孙子女成长过程中往往起着至关重要的作用,不少祖父母在孙子女年幼阶段承担了主要的抚养义务。因此,美国法对于祖父母隔代探望是否有利于子女最佳利益的严格立场,或许并不符合中国的基本国情。但同时也必须注意到,父母对于子女所享有的权威在中国社会中也具有毋庸置疑的核心地位,并且我国的夫妻一方与配偶父母之间的矛盾往往特别容易发生。由此,一般性地推定祖父母的隔代探望有利于子女的成长,从而广泛赋予其

① Voir Cass. civ. 1re, 14 janvier 2009, pourvoi n° 08-11035; Cass. 1re civ., 12 oct. 2017, n° 17-19319.

② Voir Cass. 1re civ., 13 juin 2019, n° 18-12389 et 18-16642. 在这两个判决中,法院要求探望权通过远程视讯的方式进行。

③ Voir Hubert Bosse-Platière, La présence des grands-parents dans le contentieux familial, La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 18 Juin 1997, doct. 4030.

④ See Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000).

⑤ See Jeff Atkinson, Shifts in the Law Regarding the Rights of Third Parties to Seek Visitation and Custody of Children, 47 Family Law Quarterly, 1 (2013).

⑥ See Michael K. Goldberg, A Survey of the Fifty States' Grandparent Visitation Statutes, 10 Marquette Elder's Advisor, 245 (2009).

⑦ Stephen A. Newman, Grandparent Visitation Claims: Assessing the Multiple Harms of Litigation to Families and Children, 13 Public Interest Law Journal, 46 (2003).

⑧ See Solangel Maldonado, When Father (or Mother) Doesn't Know Best: Quasi-parents and Parental Deference after Troxel v. Granville, 88 Iowa Law Review, 865 (2003).

探望权的做法,也很可能激化家庭成员之间的矛盾,不利于和谐关系的建构。就笔者的立场而言,从监护人职责的义务进路看,避免被监护人受损和尊重被监护人意愿为最基本的两项原则。我们可以由此出发,实现对举证责任的配置。

首先,对于年幼的未成年子女来说,由于其尚不具备足够的识别能力,因此需要考察的问题是:祖父母与孙子女之间是否已经存在稳定的、长期的亲密关系。如果存在这种关系,那么法律就应当推定此关系的维系符合子女的最大利益,提出反对意见的父母需证明祖父母的探望将不利于子女的健康成长。相反,如果这样的亲密纽带并不存在,那么应当由祖父母一方证明允许探望将有利于子女的最大利益。在我国,祖父母与孙子女之间的紧密程度也常常成为左右人民法院裁判的主要因素。^① 在比较法上,不少国家都将这种既有的亲密关系作为裁判探望权时的重要考量因素。例如,在德国法上,如果祖父母的探视权与儿童受教育相冲突,那么需要优先考虑后者,但如果儿童与祖父母之间有密切的生活关系,那么可突破上述限制。^② 法国最新的判决表明,即便祖父母与父母之间的矛盾在原则上不被认为是拒绝探望的理由,但在祖父母未与孙子女建立起稳定关系的情况下,这种探望所带来的好处与对核心家庭关系导致的干扰不成比例,不能被认为符合儿童的最大利益。^③ 美国有学者也主张应当区分对待已经建立起密切联系的祖父母与主张在未来建立这种关系的祖父母,并提出了“事实父母”理论,用以保护那些在事实上由于抚养、教育子女而扮演了一部分父母角色的近亲属。^④ 例如,在判断探望权是否符合儿童最大利益时,当祖父母曾经至少在半年的时间内承担孙子女的主要抚养责任时,探望权应当被推定为符合子女的最大利益,此时需要由父母就相反的结论承担举证责任;在相反的情况下,父母的决定应当被推定为是合理的,由祖父母承担探望符合儿童最大利益的举证责任。

其次,在未成年子女达到一定的年龄,具有理解能力时,其本人的主观真实意愿应当得到人民法院的尊重。在目前的司法实践中,不少人民法院在承认祖父母的探望权时将判决的效力确定至未成年子女 10 周岁时止,^⑤其背后的理由在于,对年满 10 周岁的未成年子女而言,是否允许探望需要征求本人的意见。在“张某、秦某与陶某探望权纠纷案”^⑥中,人民法院明确指出应当以法律关于无民事行为能力人与限制行为能力人的区分作为“认定其对某一事项如是否愿意被探望有无认知和表达能力”的判断标准。为了和《民法典》关于行为能力年龄划分的标准相一致,未来可将需要征求未成年子女意愿的年龄定为 8 周岁,即已满 8 周岁的子女拒绝祖父母探望的,推定该探望不符合子女利益;同意探望的,则推定该探望符合其利益。

① 参见上海市徐汇区人民法院(2018)沪 0104 民初 23785 号民事判决书。

② Vgl. OLG Celle FF 2001, 28.

③ Voir Cass. 1re civ., 6 févr. 2020, n° 19-24474.

④ See Jeff Atkinson, Shifts in the Law Regarding the Rights of Third Parties to Seek Visitation and Custody of Children, 47 Family Law Quarterly, 1 (2013).

⑤ 参见江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡民终字第 01904 号民事判决书;上海市虹口区人民法院(2016)沪 0109 民初 19428 号民事判决书。

⑥ 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。

五、结 语

尽管祖父母探望权在近年来成为比较法上备受关注的理论问题,但是我国法学界对此却未引起足够的关注。然而祖父母的探望权在我国具有极大的社会意义,在理论储备不足的情况下,《民法典》最终未对隔代探望权作出规定未见得是件憾事,而既有的法律规范事实上也为这一问题的解决提供了可行的解释论方案。在隔代探望问题的背后,一个更深层次的主题乃是婚姻家庭法向民法的回归方式。家庭关系的特殊性决定了这种回归并非简单地对民事规范的套用,如何在婚姻家庭法自身的特殊性与民法体系的自洽性之间找到平衡点,将是未来不可回避的理论难题。

Abstract: The Grandparent Visitation has become a controversial issue during the preparation of the Civil Code, and it presents an important impact on Chinese society. However, the dispositions contained in the two projects of Civil Code are far from satisfying, for they do not reflect the fundamental principle of Best interest of the Child. This leads to the non-regulation of the problem in the Civil Code. The courts try to admit the grandparent visitation in various occasions, but their arguments are not convincing, and the root of these difficulties lies in the “right” discourse: it engenders the conflicts, marginalize the children’s interests, and distorts the essence of the visitation right. In the future application of the Civil Code, the problem of grandparent visitation should be resolved by regarding the guardian’s duties. A relational approach should be adopted when it comes to determine the best interests of the child, and the burden of proof should be distributed between parties according to the existence or not of a intimate relationship between grandparents and grandchild, and the preference of the latter when he (she) comes to a certain age.

Key Words: grandparent visitation, best interests of the child, duty approach, relational approach

责任编辑 何 艳