

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：簡良育 博士

未成年子女最佳利益審酌事項之研究—

以裁判離婚後父母對未成年子女權利義務之

行使與負擔為中心

A Study On The Relevant Contents Of
The Best Interests Of The Minor Child—
Focus On The Parents Exercising Their Rights And Assuming
Their Duties In Regard To Their Minor Child
After Petitioning The Court For
A Juridical Decree Of Divorce

研究生：林韋聿

中華民國一〇一年六月十五日

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 林幸幸 君所提之論文：

未成年子女最佳利益審判事項之研究—以裁判離婚後
父母對未成年子女權利義務之行使與負擔為中心

經本委員會審查並舉行口試，認為符合

碩士學位標準。

考試委員簽名處

郭振蒸

謝良宇

石佳立

101 年 6 月 15 日

摘 要

我國民法第一〇八四條第二項之規定，父母對於未成年之子女，有保護及教養之職責，於父母離婚後，僅親權行使方式有重為安排之必要。離婚後親權行使人之決定，本屬家庭自治事項，惟於父母未為協議或協議不成時，為使保護及教養未成年子女之現代家庭功能，於父母離婚後亦能正常發揮，藉由法院公權力介入，審慎決定離婚後未成年子女之親權行使人。

聯合國 1989 年兒童權利公約第三條：「關於兒童的一切行動，不論是由公私社會福利機構、法院、行政當局或立法機構執行，均應以兒童的最大利益為一種首要考慮。」，此已成為今日世界立法潮流。然而，「未成年子女最佳利益」之原則實為一模糊之概念，為避免解釋空間極大，流於法官主觀價值判斷，各國無不透過立法明文例示具體客觀事項，供法院審酌時之參考，期能降低該原則之不確定性。

我國法上之『未成年子女最佳利益審酌事項』，主要規定於民法第一〇五五條之一中，除民事基本法外，特別法中亦有『未成年子女最佳利益審酌事項』，法院為離婚後親權行使人之決定時，自應一併加以審酌，期能確實達成「未成年子女最佳利益」之目標。然而，『未成年子女最佳利益審酌事項』，隨時代、社會變遷、個人價值觀或未成年子女成長階段之不同而有多元化內涵，過去立法明文之具體客觀事項，是否足以因應今日社會生活所需，現行實務上最受重視之『未成年子女最佳利益審酌事項』為何，本論文擬透過外國、我國立法與實務見解之探討，期能藉此發現現有法制之不足，以及「未成年子女最佳利益」之新面貌。

謝 辭

法律這門學科，是我從來沒有想過要涉入的科系，今日論文能夠完成，最要感謝者是我的指導教授—簡良育 博士，由於我並非一個很有法感的法律系學生，對於問題意識的體會更是不足，因此，對於撰寫論文一事始終充滿不安，若非簡良育老師不斷鼓勵、為我建立自信感以及啟發我的問題意識，很難想像能夠順利完成論文與通過口試，感謝郭振恭 老師以及石佳立 老師，於百忙之中為我進行口試，點出於論文撰寫時，於格式與內容上所未能注意到缺失與盲點，同時，也很謝謝系辦的蔡耀州 學長於研究所期間所提供的協助，不管是在行政上、修業學分以及論文格式等方面，總是不厭其煩回答我的問題。撰寫論文的過程，真的是一個很艱鉅的工程，研究所四年很掙扎，也很辛苦，雖然認識的人不多，但真的很謝謝大家所釋出的善意與幫助，以及總是為我鼓勵、禱告的 ICE 死黨、家人，謝謝你們。



目 次

摘 要	I
謝 辭	II
目 次	III
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究目的	4
第二節 研究方法與範圍	5
第一項 研究方法	5
第二項 研究範圍	6
第二章 父母離婚後親權行使與未成年子女最佳利益	8
第一節 父母對未成年子女保護及教養之職責	8
第一項 概述	8
第二項 離婚後親權內涵	9
第一款 離婚後擔任親權行使之一方	9
第二款 離婚後未任親權行使之一方	11
第三項 離婚後親權行使	14
第一款 離婚後親權行使能力	14
第二款 離婚後親權行使方式	18
第二節 未成年子女最佳利益之立法沿革	24
第一項 國際發展沿革	24
第一款 聯合國 (The United Nations) 之發展	24
第二款 歐洲聯盟 (The European Union) 之發展	27
第二項 我國發展背景	29
第一款 民國八十五年以前	29
第二款 民國八十五年以後	29
第三節 小結	30

第三章 未成年子女最佳利益審酌事項：外國立法例考察...	32
第一節 英國立法例	32
第一項 1989 年兒童法(Children Act 1989).....	32
第二項 1996 年家庭法(Family Law Act 1996).....	34
第二節 美國立法例	35
第一項 統一婚姻與離婚模範法(Model Marriage and Divorce Act 1974).....	35
第二項 模範家庭暴力法(Model Code on Domestic and Family Violence 1994)	38
第三節 中華人民共和國立法例	39
第一項 中華人民共和國婚姻法	39
第二項 中華人民共和國未成年人保護法	43
第四節 小結	44
第四章 未成年子女最佳利益審酌事項	47
第一節 民法第一〇五五條之一	47
第一項 子女之年齡、性別、人數及健康情形	48
第一款 年齡	48
第二款 性別	49
第三款 人數	49
第四款 健康情形	49
第二項 子女之意願及人格發展之需要	50
第一款 意願	50
第二款 人格發展之需要	51
第三項 父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況	52
第一款 年齡	52
第二款 職業、經濟	52
第三款 品行	52
第四款 健康情況	53
第五款 生活狀況	53
第四項 父母保護教養子女之意願及態度	53

第五項 父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況...	54
第二節 兒童及少年福利與權益保障法之相關規範	55
第一項 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條與民法之適用關係...	55
第一款 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規範意旨	56
第二款 未成年子女最佳利益之觀點	57
第二項 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條.....	58
第三節 家庭暴力防治法之相關規範	59
第一項 家庭暴力防治法第四十三條與民法之適用關係.....	59
第二項 家庭暴力防治法第四十三條.....	59
第四節 實務見解.....	61
第一項 民法第一〇五五條之一	61
第一款 子女之年齡、性別、人數及健康情形.....	61
第二款 子女之意願及人格發展之需要	63
第三款 父母之年齡、職業、品行、健康情況、經濟能力及生活狀況	64
第四款 父母保護教養子女之意願及態度	66
第五款 父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況	68
第二項 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條.....	69
第三項 家庭暴力防治法第四十三條.....	69
第五節 小結.....	71
第五章 檢討與建議(代結論).....	75
第一節 檢討.....	75
第一項 審酌順序	75
第二項 立法方式	76
第二節 修正草案建議	76
第一項 建議方向	76
第二項 修正草案建議.....	79
參 考 文 獻.....	83



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

親屬間之身分關係，以人倫秩序為根基，隨著不同時代、社經結構與觀念之變遷，產生不同面貌，傳統家族與現代家庭，不論構成員、功能與個人自主性等方面，皆有些差異，但仍不失為一親屬共同生活體，於今日之現代家庭，多以父母與其子女所組成之小家庭呈現，男女雙方透過婚姻為媒介，以夫妻共同生活體為基礎，孕育其子女，近代法上之親子關係，即以父母養育、保護未成年子女為核心，此乃父母基於其身分，依法律規定而發生權利義務，此即所謂之親權¹，然而，綜覽我國民法親屬編中，並無此一「親權」用語，參以我國民法起草時，慮及習慣法上之親權種類繁多，恐有諸多流弊，又「親權」一詞似帶有父母擁有支配未成年子女之權利，不符合現代親權兼有權利與義務之本質，遂以「父母對於未成年子女權利義務之行使、負擔」代替「親權行使」之概念，然觀以民法第一〇八四條至一〇九〇條，實係親權之相關規定²，另民法第一〇五五條之規定，乃為解決父母離婚後親權行使之問題，原以「監護」稱之，惟與民法親屬編第四章「監護」之規定不符，惟恐產生諸多爭議，於民國八十五年民法親屬編修法之際，參酌民法第一〇八九條之規定，修正為「父母離婚後，對於未成年子女權利義務之行使、負擔」，申言之，此實係為「離婚後親權行使」之概念³。

我國民法第一〇八四條第二項之規定：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。」即係於未成年子女心智尚未成熟發展之際，有賴於家庭功能之正常發揮，使未成年子女之身心得以適性發展。父母對於未成年子女保護及教養之職責，透過夫妻共同生活體之結合，原則上得由父母以協力之方式為之，惟一旦婚姻發生問題，夫妻雙方不願維繫此一共同生活體關係而選擇離婚一途，對於未成年子女而言，實屬不幸之事。面對離婚後未成年子女之保護及教養，究應如何行使、負擔相關之權利與義務？尤以今日社會經濟結構轉變、價值觀轉變之結

¹陳棋炎，黃宗樂，郭振恭（2011），《民法親屬新論》，修訂10版1刷，頁3-8、10-11、269，台北：三民。

²陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁398。

³陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁255；本論文於說明上，將以「親權內涵」代替「父母對於未成年子女之權利義務」，另以「親權行使」代替「父母對於未成年子女權利義務之行使與負擔」，合先敘明之。

果，於民國九十三年至一百年期間，每年離婚人數均將近當年度結婚人數之半數⁴，迫使吾人不得不正視離婚後未成年子女保護及教養之問題。夫妻身分關係固然得以透過離婚而消滅，與其共同子女之血親關係，卻不因之消滅⁵，蓋父母子女之關係，係以人倫秩序為根基而建立，依其身分按法律規定而發生權利義務關係，倘若僅因夫妻間之行為即可抹滅父母子女之關係，勢必造成整體人倫秩序陷入混亂⁶，因此，為使保護及教養未成年子女之現代家庭功能，於父母離婚後亦能正常發揮，如何審慎決定離婚後親權行使人，乃成一重要課題。

離婚後親權行使人之決定，本質上乃家庭自治事項，基於對家庭自治之尊重、國民法感情，與父母關愛其子女之天性而來，公權力實不宜介入，因此，原則上宜先由父母協議決定離婚後親權行使人(民法第一〇五五條第一項前段)，惟離婚多半含有撕破臉之特質存在，即便是協議離婚之情況，亦難以期待父母能夠審慎考量所謂未成年人於離婚後之事宜。有鑑於此，為了確保未成年子女之成長，不因父母離婚而受到影響，賦予法院得以公權力介入家庭，妥善決定一適當之人為離婚後親權行使人，此係考量到離婚後父母共同行使親權恐有不便之處之故，然離婚後親權內涵並無任何不同。又離婚後未任親權行使之父或母之親權人身分既未被剝奪，僅係親權行使權利因離婚後之特殊考量而有暫停之必要，於此情況下，對其未成年子女，是否本於自然血緣聯繫之親子身分關係而衍生出有別於原有親權內涵之權利義務。再者，現代之親子法已朝向子女本位之立法模式，「未成年子女最佳利益」首見於聯合國 1959 年兒童權利宣言原則二⁷，此一原則，其後更為

⁴於內政部統計處網站，綜合觀察民國九十三年至民國一百年之結婚人數與離婚人數(含男女)，民國九十三年結婚人數為 262,906 人，當年度離婚人數為 125,592 人；民國九十四年結婚人數為 282,280 人，當年度離婚人數 125,142 人；民國九十五年結婚人數為 285,338 人，當年度離婚人數為 129,080 人；民國九十六年結婚人數為 270,082 人，當年度離婚人數為 117,036 人；民國九十七年結婚人數為 309,732 人，當年度離婚人數為 111,990 人；民國九十八年結婚人數為 234,198 人，當年度離婚人數為 114,446 人；民國九十九年結婚人數為 277,638 人，當年度離婚人數為 116,230 人；民國一百年結婚人數為 330,654 人，當年度離婚人數為 114,016 人；每年離婚人數均將近該年結婚人數之一半。內政部統計查詢網：

<http://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=9300&ytm=10000&kind=21&type=1&funid=c0140102&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&codspc1=0,2,27,1,30,1,&rdm=qc1vIfu1>(結婚人數)；

<http://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=9300&ytm=10000&kind=21&type=1&funid=c0140202&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&codspc1=0,2,27,1,30,1,&rdm=b2b6rkpl>(離婚人數)(最後瀏覽日期：06/01/2012)

⁵最高法院 21 年上字 1982 號判例。

⁶陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 9、34。

⁷Declaration of the Rights of the Child, G.A.Res.1386 (XIV), Preamble,U.N.Doc.

A/RES/1386(XIV)(Nov.20,1959)：「The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally,

1989 年兒童權利公約重申之，已成為現今世界國家追求之目標，我國立法上亦不例外，誠如聯合國 1989 年兒童權利公約第三條第一項之明文，與未成年子女有關之事務，無論於立法、司法、行政或社會福利單位均應以此為首要考量原則⁸。

以「未成年子女最佳利益」為法院處理未成年子女事務之指導原則，其意固為良善，然而，如何審慎評估「未成年子女最佳利益」，對於中立第三人之法院而言，實係一大難題，蓋該原則實係一不確定概念，又法院並非家庭成員之一，僅能透過有限的事實觀察，並以此為基礎，進而對於未成年子女之未來作安排。有鑑於此，立法者於民國八十五年九月民法親屬編修法之際，增訂民法第一〇五五條之一，促使法院決定離婚後未成年子女親權行使人時，應依「未成年子女最佳利益」，審酌一切情狀，尤應注意該條各款具體客觀事項：

- 「一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。
- 二、子女之意願及人格發展之需要。
- 三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。
- 四、父母保護教養子女之意願及態度。
- 五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。」

自該條立法理由觀之，該等審酌事項對於法院來說，僅係一提示性規定，非用以限制法院之裁量權行使，是故，法院為離婚後親權行使人之決定時，仍應秉持「未成年子女最佳利益」為全面考量，申言之，「未成年子女最佳利益」雖為一不確定概念，然其主要目的均係在於為保護未成年子女本身，不同「未成年子女最佳利

morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, **the best interests of the child** shall be the paramount consideration.」, available at :

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/142/09/IMG/NR014209.pdf?OpenElement> ; 聯合國 1959 年兒童權利宣言序言，聯合國網站：

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/140/86/IMG/NR014086.pdf?OpenElement> (最後瀏覽日期: 06/20/2012)。「**the best interests of the child**」一詞，於聯合國兒童權利宣言中文版中，譯為「兒童的最大利益」，另於我國民法親屬編第一〇五五條第二至五項之「子女之利益」、第一〇五五條之一之「子女之最佳利益」，與兒童及少年福利權益保障法第五條第一項「兒童及少年之最佳利益」，雖有不同譯名，然觀其原意與精神，均與兒童權利宣言原則二「... **the best interests of the child** ...」精神一致，皆為「未成年子女最佳利益」，另為求論述上名稱之統一，一律使用「未成年子女最佳利益」稱之，合先敘明。

⁸Convention on the Rights of the Child, G.A.Res/44/25,art.3, U.N.Doc.A/Res/44/25(Nov.20,1989), available at :

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/547/84/IMG/NR054784.pdf?OpenElement> ; 兒童權利公約第 3 條，聯合國網站：

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/545/43/IMG/NR054543.pdf?OpenElement> (最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

益審酌事項』之運用，雖促使「未成年子女最佳利益」之內涵有所不同，實則「未成年子女最佳利益」此一原則，並無任何改變。

此外，除民法第一〇五五之一條之『未成年子女最佳利益審酌事項』外，自其他法規中之特定條文的實質內容觀之，仍有關於法院為離婚後親權行使人決定時，所應注意之規範，如：非訟事件法、家事事件法以及家庭暴力防治法⁹，是故，法院為父母離婚後親權行使人之決定時，對於「未成年子女最佳利益」之審酌，除民法第一〇五五條之一規定外，尚須一併考量其他法中所規範之『未成年子女最佳利益審酌事項』，如此方能確實達成維護「未成年子女最佳利益」之目標。

「未成年子女最佳利益」乃一不確定概念，隨時代變遷、價值觀改變，各個『未成年子女最佳利益審酌事項』所富有之意義，亦有所不同，即便是法律所明文之具體客觀事項亦有多種不同適用情況，因此，法院及吾人應該如何去解讀現有之『未成年子女最佳利益審酌事項』，實乃一重要之課題。再者，民法第一〇五五條之一之具體客觀事項，增訂至今已逾十年餘，經過時空環境之變遷後，整體社會結構與觀念早已與過去不同，是否尚有更具有指標性、原則性與重要性之具體客觀事項，而有明文化之立法價值，又或不同法官對於民法第一〇五五條之一或其他法中之審酌事項之解讀、運用，是否亦隨之不同等問題，均值得吾人進一步探究。

第二項 研究目的

「未成年子女最佳利益」乃近代親子法之最高指導，已為當今世界潮流之走向，我國亦然，有鑑於該原則本身之不確定，運用此一原則時，務必審慎評估，以免未能確實維護「未成年子女最佳利益」，反而造成極大傷害，因此，各國立法之際，均試圖使「未成年子女最佳利益」之內涵能夠更加具體與明確。於我國現行法制上，包含哪些『未成年子女最佳利益審酌事項』可供法院決定離婚後親權行使人之參考，此乃本篇論文所欲了解之目標之一。

第二，按民法第一〇五五條之一立法理由之說明，各款具體客觀事項僅係一提示性規定，法院裁判時，仍應本著「未成年子女最佳利益」，審酌一切情狀，為全面審查，而非僅侷限該條各款之審酌事項，法院尚得以運用其裁量權審慎決定離婚後未成年子女親權行使人。然而，『未成年子女最佳利益審酌事項』之內涵極

⁹陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁20、39；戴炎輝，戴東雄，戴瑀如(2011)，<<親屬法>>，2011年8月最新修訂版，頁24，台北：元照。

為多元，參以民法第一〇五五條之一文義謂：法院裁判時，“**尤應注意**各款具體客觀事項”，相較於其他『未成年子女最佳利益審酌事項』，現行法上各具體客觀事項是否更有其立法價值，本文擬透過學理分析與實務見解進一步檢討。再者，家庭暴力防治法第四十三條之規定，亦有關於『未成年子女最佳利益審酌事項』之立法，按中央法規標準法第十六條之規定，應先於民法第一〇五五條之一為法院優先審酌，其優先審酌之價值，以及立法上是否有其不足之處，乃本論文欲進一步討論之問題。

第三，法律之增修乃係因應吾人整體價值觀與社會情勢，隨著社會結構與經濟之變遷，資訊流通與教育普及，不但人民之觀念改變，隨之帶動社會情勢上之轉變，舊有的法律制度倘若無法因應今日社會，便有修法的必要。民法第一〇五五條之一係於民國八十五年民法親屬編修正之際所增訂，於同年九月二十七日施行，時至今日已逾十年餘，該法是否足以因應現代社會之要求，於今日是否仍有更值得立法明文之具體客觀『未成年子女最佳利益審酌事項』？又實務見解隨社會、價值觀之不同而有所差異，不同法官對於各『未成年子女最佳利益審酌事項』是否有其不同見解？本論文最後擬透過我國實務見解之觀察，發現現有實體法有無不足之處，以及透過公權力之介入是否能夠實現「未成年子女最佳利益」，期能藉此重新思考「未成年子女最佳利益」之真正內涵。

此外，今日國際環境變遷，交通往來便捷，人們觀念之轉變與開放，各國往來交流頻繁，不同國籍之通婚情況亦屬普遍，當本國人與外籍配偶離婚時，無法妥善安排離婚後其未成年子女之問題，而有委諸法院解決之必要時，法院能否本於「未成年子女最佳利益」之準則，多元化思考我國法之『未成年子女最佳利益審酌事項』？本論文亦將藉由我國實務見解一併觀察之¹⁰。

第二節 研究方法與範圍

第一項 研究方法

父母離婚後未成年子女事宜之安排本屬家庭自治事項，法院不宜介入，然而，為使未成年子女於父母離婚後亦能夠置於一適當安穩之環境中，使其身心健全發

¹⁰於內政部統計處網站，觀察民國九十三年至一百年與外國籍配偶之離婚情況，總括民國九十三年到一百年，該段期間每一百人國人離婚當中，最少為民國九十三年約 9.07 人為外國配偶；最多為民國九十九年約 13.11 人為外國籍配偶，前揭註 4 網站(離婚人數)(最後瀏覽日期：06/20/2012)

展，家庭功能仍能正常發揮而不受影響，法院於父母無協議或協議不成時，亦有主動依職權介入之必要，應於何時機、何種標準加以決定乃本文另一課題；另觀以現代親子法，朝向子女本位之立法，著重未成年子女之保護及教養，法院為離婚後親權行使人之決定時，自應以「未成年子女最佳利益」為首要考量，故本論文擬以歷史法學方法，先自「未成年子女最佳利益」於國際與我國法上之發展沿革，藉以進一步了解「未成年子女最佳利益」可能面臨之困境。

其次，藉由比較分析法，本著「他山之石，可以攻錯」之精神，於進入我國法之探討之前，本論文擬透過觀察英國、美國與中華人民共和國之立法例，如何以立法制定、明確化「未成年子女最佳利益」之內涵，有無值得吾人學習與改進之處。

第三，為其明確化「未成年子女最佳利益」之內涵，我國於民國八十五年修法之際，增訂民法第一〇五五條之一，然而，除民法親屬編外，於他法中亦有規範之『未成年子女最佳利益審酌事項』，法院裁判時，自應一併加以審酌；不同法規範間之審酌事項應如何適用，以及各個審酌事項於法律文字用語上是否明確、是否均有其立法明文之價值；此外，隨著社會環境、經濟結構與人之觀念早已改變，過去所增訂之具體客觀『未成年子女最佳利益審酌事項』能否因應今日紛擾家事事件，尚值得吾人探究；對此，本論文擬以文獻分析法探討我國法上之『未成年子女最佳利益審酌事項』，同時透過我國實務裁判，期能進一步了解『未成年子女最佳利益審酌事項』於實務上之新趨勢，作為日後修法之參考，並於本論文最後提出修正草案之建議，作為本論文的一點貢獻。

本論文中文註解(含聯合國國際宣言與公約中文版、中華人民共和國以及參考資料部分)，參酌二〇一〇年八月二十四日九十九學年度第一學期台大法學論叢編審委員會第一次會議決議通過之<<台大法學論叢>>格式範本之規定；英文註解部分(含聯合國國際宣言與公約英文版、歐洲聯盟國際公約、英國與美國立法例)，則參酌“The bluebook : a uniform system of citation(第十八版)”之引註方式。

第二項 研究範圍

誠如研究動機中所述，我國法制上，關於法院為父母離婚後親權行使人決定上，所應審酌事項，除了民法親屬編之規定外，其他法中亦有關於『未成年子女最佳利益審酌事項』之規範，法院亦應一併參考，方能真正確實達成「未成年子

女最佳利益」之目標¹¹。

民法第一〇五五條之一規定，從立法體例觀之，位於離婚章節之中，惟考量到親屬身分共同生活體之本質乃人倫秩序之根基，即便已失去共同生活體事實，過去已發生的親屬身分關係事實仍然不可抹滅，本此理由，結婚經撤銷(民法第九九九條之一第二項)、非婚生子女被認領(民法第一〇六九條之一)以及父母不繼續共同生活達六個月以上(民法第一〇八九條之一)之規定，與離婚情形相同，縱然不具有共同生活事實，但過去已發生之親屬身分事實、父母子女之關係仍係無從抹滅，僅於親權行使上亦有重為安排之必要，因此，立法者為了避免造成同樣事情重覆規定而有繁複致民法典肥大化之疑慮，透過準用離婚效力，關於該些情況下之親權行使人決定標準，亦有第一〇五五條之一規定之適用。另於實務見解之探討上，礙於筆者能力有限，本論文將以「父母裁判離婚時，委由法院決定離婚後親權行使人」之事實，作為考察我國實務上關於「未成年子女最佳利益」及其審酌事項之主軸，合先敘明之。此外，本論文以「離婚&民法第 1055 條」、「離婚&民法第一千零五十五條」之關鍵字，於司法院法學資料檢索系統中，蒐集於民國八十九年至九十九年底，全台二十一個地方法院判決，探討『未成年子女最佳利益審酌事項』之研究，並排除與本論文主題無涉之案件，如：原告敗訴(離婚訴訟敗訴、酌定或改定聲請敗訴、認領之訴敗訴或確認親子關係存否之訴敗訴)、給付扶養費、變更姓氏等案件，共計三〇四個地方法院判決，作為本文第四章第四節實務見解之研究對象。

¹¹陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 20。

第二章 父母離婚後親權行使與未成年子女最佳利益

第一節 父母對未成年子女保護及教養之職責

第一項 概述

今日親子法已從過去家本位轉向「子女本位」之立法，以規範親子關係之得喪變更與親子間之權利義務關係為其內容¹²，其親子間之權利義務關係尚可進一步區分為源自父母為實現未成年子女保護、教養職責之親權目的，以及源自親子身分關係之權利義務，二者根據雖有所差異，然而，均係與未成年子女事務相關進而衍生之權利、義務關係，自應以「未成年子女最佳利益」為首要考量。

誠如我國民法第一〇八四條第二項規定，現代意義之親權，可謂父母對未成年子女保護、教養之職責。由於未成年子女之身心發展尚未健全，尚有賴他人照護，而首擔此責者為父母¹³，父母本於其身分自當取得為親權人之資格，又親權同時兼具權利與義務之性質，因此，專屬於父母不容任意加以拋棄¹⁴，相對地，服從於親權者，則以「未成年子女」為限。誠如本文第一章曾提及，人與人之結合，所形成之親屬身分共同生活體，乃家之根基，從古氏族社會到現代家庭，其構成員及其關係、家庭功能甚至是社會機能方面雖有所不同，仍不失為一共同生活體之本質¹⁵。於婚姻關係存續中，原則上父母自可透過協力方式，行使對於未成年子女之親權，惟一旦喪失因婚姻而建立之共同生活體時，倘若仍強求父母須協力為之，實屬難事，不但不具期待可能，對於面對父母離婚劇變之未成年子女而言，亦非屬有利。

夫妻身分關係固然因離婚而消滅，然而，父母子女關係卻不因父母離婚而消滅¹⁶，蓋父母子女之血親關係，乃法制化以前早已存在之人倫秩序事實，而無從抹滅¹⁷，所改變者，乃離婚後父母對於未成年子女親權行使方式有所不同。此外，倘若婚姻有得撤銷事由(民法第九九九條之一)、非婚生子女被生父認領(民法第一〇

¹²陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁269。

¹³林菊枝(1996)，〈〈親屬法新論〉〉，頁305，台北：五南。

¹⁴陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁398；戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註9，頁423；林菊枝，前揭註13，頁305；胡長清，(1978)，〈〈中國民法親屬論〉〉，台四版，頁275，台北：台灣商務印刷館；史尚寬(1980)，〈〈親屬法論〉〉，頁591，台北四版，台北：自版；林秀雄(2011)，〈〈親屬法講義〉〉，頁320，台北：自版。

¹⁵陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁8。

¹⁶陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁247；戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註9，頁268；胡長清，前揭註14，頁209；史尚寬，前揭註14，頁452；林秀雄，前揭註14，頁201。

¹⁷陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註1，頁9、398。

六九條之一)或別居達一定期間以上(民法第一〇八九條之一)等情況，均與父母離婚之情況相同，於親權行使上同樣有重新安排之必要，我國民法特明文準用離婚效果之規定，以確保日後未成年子女之身心發展不因父母關係而受到影響。因此，本節擬先藉由離婚後親權內涵與親權行使兩方面，探討離婚後父母對於未成年子女保護、教養之職責，及與「未成年子女最佳利益」間之關聯，合先敘明之。

第二項 離婚後親權內涵

第一款 離婚後擔任親權行使之一方

民國八十五年修正前民法舊第一〇五一條、第一〇五五條規定¹⁸，父母離婚後對於未成年子女之權利義務，謂之「監護」，其涵義如何，是否與婚姻關係存續中之父母對未成年子女之親權內涵相同？有認為，監護可解為監督保護，而教育乃監督保護之積極作用，似採身上監護之看法¹⁹；或有認為，監護除身上與財產監護外，尚包含法定代理權²⁰；亦有認為，應將離婚後父母對於未成年子女之監護內涵，宜解為與婚姻關係存續中之親權內涵一致²¹；另有認為，為「未成年子女最佳利益」著想，實無須使離婚後之監護與離婚關係存續中之親權兩立，況監護即係源自親權而來²²；對此，觀以民法舊第一〇五一條、第一〇五五條之「監護」，既係在於決定離婚後親權行使人之問題²³，其親權實不因父母離婚而有異，申言之，離婚後擔任親權行使之一方，其所行使之權利與義務，即係親權內涵²⁴，是故，離婚所帶來之最大改變僅係親權行使之方式，原有親權內涵並未因此而有所改變，僅因共同行使有所困難而有歸於一方行使之可能，因此，欲了解離婚後親權內涵之全貌，可自原有親權內涵觀之²⁵。

¹⁸民國八十五年九月二十七日施行前之民法舊第一〇五一條：「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之。但另有約定者，從其約定。」民法舊第一〇五五條：「判決離婚者，關於子女之監護，適用第一千零五十一條之規定。但法院得為其子女之利益，酌定監護人。」

¹⁹胡長清，前揭註 14，頁 210。

²⁰史尚寬，前揭註 14，頁 454。

²¹林菊枝，前揭註 13，頁 333。

²²陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 248。

²³陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 248-249；戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註 9，頁 271-272；林秀雄，前揭註 14，頁 202。

²⁴陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 255；戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註 9，頁 270；林秀雄，前揭註 14，頁 205。

²⁵親權內涵可分為對於未成年子女之身上照護與財產照護兩方面，前者包含懲戒權(民法第一〇八五條)、居所指定權(民法第一〇六〇條)、未成年子女交還請求權、身分上行為之同意權與法定代理權(民法第九七四條、第九八一條、第一〇四九條但書、第一〇七六條之二第一、二項、第一〇八〇條第五、六項)以及身上事項之決定與同意(如休學、手術同意)；而後者包含財產法上之同意權與法定代理權(民法第七六條、第七七條本文、民法第八五條、民法第一〇八六條)、特有財產之管理、

親權，乃父母本於身分，對於未成年子女之權利義務，係按法律規範而發生²⁶，然有認為，凡為實現親權制度目的之各種具體化手段，均能視為親權內涵，實不因限於法律所明文者²⁷，如：未成年子女交還請求權。申言之，為保護、教養未成年子女之制度本旨，仍有賴各種親權內涵之實現，方能促其親權目的之達成²⁸，

親權制度既係為未成年子女而設，為實現保護及教養未成年子女目的之各種具體化手段，自應符合「未成年子女最佳利益」。誠如民法第一〇八五條之規定，父母為達保護教養之目的，得於必要範圍內懲戒未成年子女，其必要程度，按學者之見解：「應按未成年子女之家庭環境、性別、年齡、健康、品性與過失之輕重而定」²⁹。又未成年子女交還請求權，雖無明文，惟慮及親權人之權利被第三人不法侵害時，將無法實現保護教養之目的，於此情況下，何能促進「未成年子女最佳利益」，故應許本於親權人之身分向第三人請求交還未成年子女。然而，究其手段，或有認為，得以直接或間接強制手段(強制執行法第一二八條第一項與第三項)命第三人交還未成年子女³⁰；或有認為，未成年子女仍為一權利主體，若以直接強制方式恐有侵害其人格權之疑慮，原則上得依未成年子女是否具備意思能力而採行不同方式³¹；或有認為，意思能力不宜作為採行直接或間接強制手段之根據，倘若間接強制可達排除第三人之侵害時，應避免採用直接強制方法³²；對此，本文以為，未成年子女既為一權利主體，又親權制度係為保護未成年人而設，理應符合「未成年子女最佳利益」，於未成年子女交還請求權之實施手段上，應自保護未成年子女之立場，視其年齡、性別、個性或意願等方面，決定所應採行之手段，無論是否具備意思能力，均不宜逕自採行直接強制手段，蓋除有侵害其人格權之疑慮外，直接強制方式恐有害其身心健全發展之可能，故似宜採第三說為佳。另參以家事事件法第一九四條與第一九五條之規定，雖係針對未成年子女交付請求與會面交往之執行方法，然而，本於「未成年子女最佳利益」保護之立場，於未成年子女交還請求權亦應有所適用，是故，按該二項規定，執行方法之採行首應符合「未成年子女最佳利益」，同時考量未成年子女之年齡、意思能力與其意願，利

使用收益與處分權(民法第一〇八八條)。

²⁶陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 398；林秀雄，前揭註 14，頁 205。

²⁷魏大曉(2002)，〈親權與家事事件審理程序〉，〈月旦法學雜誌〉，第 90 期，頁 180。

²⁸林菊枝，前揭註 13，頁 308。

²⁹史尚寬，前揭註 14，頁 599。

³⁰史尚寬，前揭註 14，頁 598。

³¹陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 410。

³²高鳳仙(2010)，〈親屬法：理論與實務〉，頁 292，台北：五南。

害關係人與未成年子女間之互動，以及執行之急迫性、時效性與其影響層面，倘若有採行或併用直接強制方式之必要時，宜先擬定計畫，以和平手段為優先，避免侵害未成年子女之人格法益³³。

又法定代理人之代理權與同意權制度，乃係考量未成年子女心智年齡尚未成熟，判斷力與一般成年人有所差距，為保護其利益而設，避免未成年子女因思慮未周而莽撞行事，除財產行為之代理權(民法第七十六、一〇八六條)³⁴，與同意權(民法第七十七、八十五條)外，於未成年人之身分行為亦有法定代理人之同意權，如：未成年人訂婚(民法第九七四條)、結婚(民法第九八一條)、兩願離婚(民法第一〇四九條但書)之設，然而，身分行為側重當事人之意思能力，原則上不許代理，惟為保護「未成年子女最佳利益」，親屬編中仍有關於身分行為代理之例外，如：未滿七歲未成年子女被收養(民法第一〇七六條之二第一項)、未滿七歲未成年子女收養契約終止(民法第一〇八〇條第五項)。法定代理人代理權與同意權行使與否，仍應視是否符合「未成年子女最佳利益」而定，不宜一概而論。

第二款 離婚後未任親權行使之一方

離婚後未任親權行使人之父或母，雖其親權行使權利暫為停止³⁵，其親權人身分並未因此被剝奪，又父母對於未成年子女保護及教養之職責乃親權之上位概念³⁶，既離婚後未任親權行使人仍具其親權人身分，於親權行使權利停止之範圍內，自應對其未成年子女盡其潛在的保護教養之職責，惟本於此一潛在之職責所衍生之權利義務，應否視同親權內涵之一，與「未成年子女最佳利益」間是否仍有其關聯性，尚有進一步檢討之空間：

一、出養同意權

法定代理人之同意權與代理權，乃係為避免未成年子女思慮未周莽撞行事之設，除財產行為外，身分行為亦有之，父母原則上為未成年子女之法定代理人(民法第一〇八六條第一項)。未成年人被收養時，應由法定代理人為代理或同意(民法

³³家事事件法第 194 條、第 195 條。

³⁴身分行為側重當事人之意思能力，原則上不許代理，是故，民法第一〇八六條第一項，父母為其未成年子女之法定代理人之規定，學者普遍認為此一規定應係財產行為上之代理。參 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 413；戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註 9，頁 447；林菊枝，前揭註 13，頁 310；胡長清，前揭註 14，頁 283；史尚寬，前揭註 14，頁 601；高鳳仙，前揭註 32，頁 293、295。

³⁵陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 249；史尚寬，前揭註 14，頁 455；最高法院 62 年度台上字第 1398 判例；類似判決另參：最高法院 69 年度台上第 675 號判決；最高法院 69 年度台上字第 3676 號判決；最高法院 83 年度台上字第 3122 號判決等。

³⁶林秀雄，前揭註 14，頁 324。

第一〇七六條之二第一、二項)，又身分行為之同意權與法定代理權乃親權內涵之一，於婚姻關係存續中，原則上應由父母共同行使之(民法第一〇八六條第一項、第一〇八九條第一項前段)，惟父母離婚後，欠缺共同生活事實之本質，欲強求共同行使親權勢必發生困難，因而於親權行使上或有重新安排之必要，是故，民法第一〇七六條之二第一、二項之法定代理人應為離婚後親權行使人。

然而，於未成年子女無法定代理人或無監護人為其法定代理人時，按民國九十六年民法親屬編修正前之第一〇七九條規定，則無庸法定代理人同意或代理之，惟參以法定代理人制度之本旨，係在於補充未成年子女之行為能力，是故，在法定代理人濫行行使出養未成年子女之權利時，前述規定恐有架空該制度之本旨，致無法保障「未成年子女最佳利益」；又父母原則上為未成年子女之法定代理人(民法第一〇八六條第一項)，倘若於父母離婚後擔任親權行使之一方有恣意出養子女之情形，亦有犧牲離婚後未任親權行使之父或母權益之疑慮，有鑑於此項缺陷，並為貫徹「未成年子女最佳利益」之立場，現行民法第一〇七六條之二第三項，賦予本生父母享有對於未成年子女出養之同意權，然此亦係基於親子身分關係之本質，並為本生父母之固有權利，與民法第一〇七六條之二第一、二項之同意權與代理權本質上不同，非屬親權內涵之一³⁷。

此項同意權之行使，除有監督離婚後親權行使之一方，是否有濫用親權行使權利外，更有維護「未成年子女最佳利益」之目的，然應否行使本生父母之出養同意權，應自年齡、性別、個性或意願等未成年子女之主、客觀條件加以考量。此外，親子關係乃自然血緣所不可抹滅，未成年人若能於本生父母保護及教養下成長乃最為理想之安排，倘非無必要，不宜使未成年子女與其本生父母分離，因此，自應一併考量父母本身之主、客觀條件是否能夠提供未成年子女受到良好的保護及教養。

二、會面交往權

民法第一〇五五條第五項會面交往權之賦予，乃考量父母之關愛，乃未成年子女身心發展所不可或缺之要素，又離婚對於心智尚未成熟的未成年子女而言，實屬一大變故，基此考量，倘若能夠藉由會面交往權之實踐，不但能彌補因離婚所造成之缺憾，另一方面，更能藉此監督離婚後單獨行使親權之一方，是故，於

³⁷民法第 1076 條之 2 立法理由四；陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 349；林秀雄，前揭註 14，頁 274-275。

離婚後透過適當會面交往，尚不致於危害未成年子女之利益³⁸。

對於會面交往權之賦予，是否視為親權內涵之一？學說上主要有三種見解，有認為係本於親子關係而生之固有權利，父母與未成年子女均有此權利，應非屬專為未成年子女而設之親權內涵，蓋自民法第一〇五五條第五項文義觀之，並未明文行使主體，而僅明文本此權利而得請求³⁹，又若解為未成年子女權利，因受限於行為能力不足尚有賴法定代理人行使，倘法定代理人不為之，反架空法律之美意⁴⁰；另有認為，會面交往權之功能有二：一係為促使未成年子女身心健全成長，與離婚後未任親權行使一方間情感之交流仍舊不可忽視⁴¹，而此亦係民法第一〇八四條第二項保護及教養權利義務之積極功能⁴²，另一係得以監督離婚後親權行使人是否盡其保護及教養之職責，因此，會面交往權除具有親權之功能外，亦有維繫親子關係，可謂獨立於親權而與之並存，實為人身照護之一部，並應受限於「未成年子女最佳利益」而加以考量之⁴³；另有認為，此乃基於離婚後親權行使上之特殊性，而衍生出新的權利或義務⁴⁴；對此，本文以為，親權之規定，自立法體例觀之，係置於父母子女章中，而會面交往權則屬於乃離婚後效力之問題，乃置於離婚一節中，倘若認為會面交往權為親權內涵之一環，似應規範於父母子女章節中，再者，會面交往權有助於維繫未任親權行使之一方與其子女間交流，對未成年子女身心發展有利，係鑑於離婚後親權行使上之特殊考量，乃源自親子身分關係之本質而衍生之權利義務，與親權內涵係為達保護、教養之目的，二者本質上仍有所不同，似不宜認為係親權內涵之一，第三，父母因離婚而無法共同行使親權，親權內涵因而有委由一方行使之可能，倘若將會面交往權列為親權內涵之一，離婚後未任親權行使之一方將無法與未成年子女為會面交往，似有違會面交往權之制度目的，更剝奪離婚後未任親權行使人與其未成年子女聯繫之機會，「未成年子女最佳利益」能否達成，非無疑問，因此，本文以為，會面交往權權乃源自親子

³⁸陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 252-253。

³⁹法務部(1997)，〈〈民法親屬編及其施行法部分條文修正問答資料：親權及夫妻財產制溯及效力〉〉，頁 11，台北：法務部。

⁴⁰陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 253。

⁴¹民法第 1055 條第 5 項之立法理由：「為兼顧未任權利義務行使或負擔之夫或妻與未成年子女之親子關係，法院得依請求或依職權定其會面交往方式與期間。但其會面交往如有妨害子女之利益時，法院得依請求或依職權變更之，爰設第五項規定。」

⁴²戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註 9，頁 439-440。

⁴³戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註 9，頁 278-279。

⁴⁴施慧玲(2004)，〈子女最佳利益與離婚後親權行使〉，施慧玲著，〈〈家庭法律社會學論文集〉〉，頁 234，台北：元照。

身分關係而衍生之權利義務，不宜視為親權內涵之一。

因此，會面交往權，除為維繫離婚後未任親權行使之一方與其未成年子女間持續之情感交流外，其最大目的在於使未成年子女不因父母離婚而身心受創，自亦係本於「未成年子女最佳利益」考量。因此，於行使親權內涵之手段與會面交往方式之決定上，均需符合「未成年子女最佳利益」，又「未成年子女最佳利益」之判斷上，隨著未成年子女不同成長階段而有所變動，於實現親權內涵與決定會面交往之方式之審酌上，自應考量未成年子女之年齡、性別、品性或意願等事項，為妥適安排。

第三項 離婚後親權行使

第一款 離婚後親權行使能力

父母基於身分，固然得以取得為親權人之資格，惟於特殊情況(如：父母受親權停止宣告或受監護宣告)，即便具有親權人之身分，未必能夠行使親權，蓋為實現保護及教養未成年子女之親權目的，倘若欠缺為親權行使之能力者，如何能夠增進「未成年子女最佳利益」。然而，父母離婚後，有鑑於共同行使親權恐有困難之考量，因而有重為親權行使安排之必要，並非被剝奪親權人之身分，其親權行使能力僅係暫時停止⁴⁵。

惟於離婚後擔任親權行使一方死亡時，未任親權行使一方之親權行使能力之狀態如何，均值得進一步探討，對此，日本學說上有四說：

一、開始監護說⁴⁶

該說認為，任親權行使人之一方死亡，若直接回復生存且未任親權行使之一方的權利，對於未成年子女之保護實有欠缺，況且按日本民法第八一九條之規定，欲變更親權行使人應透過法院方可變更生存之一方為親權行使人⁴⁷。

二、限制親權回復說⁴⁸

⁴⁵史尚寬，前揭註 14，頁 455；陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 249；最高法院 62 年度台上字第 1398 判例；類似判決另參：最高法院 69 年度台上第 675 號判決；最高法院 69 年度台上字第 3676 號判決；最高法院 83 年度台上字第 3122 號判決等。

⁴⁶李玲玲(2007)，〈任親權人之一方死亡時他方親權是否當然回復-最高法院六十二年度台上字第一三九八號判例評析〉，〈東吳法律學報〉，19 卷 1 期，頁 149-150。

⁴⁷日本民法八一九條第六項(離婚又は認知の場合の親権者)：「子の利益のため必要があると認めるときは 家庭裁判所は 子の親族の請求によって 親権者を他の一方に変更することができる。」，日本電子政府網站：<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>(最後瀏覽日期：06/20/2012)；日本民法八一九條第六項：「認定為子女利益所需要者，家庭法院因子女親屬之請求得變更他方為親權人。」，王書江、曹為 譯(1992)，〈日本民法〉，頁 147，台北：五南。

⁴⁸李玲玲，前揭註 46，頁 150。

該說認為，未成年子女於父母之保護教育之下，較符合國民法感，倘若死亡之親權行使人具有財產管理權且為最後行使親權之人，未依日本民法第八三九條規定，以遺囑指定監護人者⁴⁹，於法院依日本民法第八四十條選定監護人前之期間內⁵⁰，生存之親權人得類推適用日本民法第八一九條請求法院變更親權行使人，暫時回復其親權行使之權利。相較於我國民法第一〇九三條第一項，具遺囑指定監護人之權利者，僅限於最後親權行使人即可，日本民法於遺囑指定人之資格要求反而較為嚴格。

三、親權當然復活說⁵¹

該說認為，離婚後親權行使人之決定，係因父母共同行使親權於離婚後恐生困難而有決定由一方或雙方行使親權之必要，即便未任離婚後親權行使人者，非表示即失去親權人身分，僅係親權行使權利暫時停止，倘當然回復未任親權行使人之一方的權利，雖有危害「未成年子女最佳利益」之疑慮，然而，此時尚可透過親權喪失制度救濟之(日本民法八三四條)⁵²。

四、法院裁量回復說⁵³

該說認為，立於保護「未成年子女最佳利益」之立場，不宜當然回復生存之他方親權行使權利，此時應先由監護人行使親權，若生存之他方親權人欲任日後親權行使人者，則可類推日本民法第八一九條第六項之規定，由該方向法院請求為親權行使人之變更，待法院審酌其適任性後再予以決定。

⁴⁹日本民法第八三九條(未成年後見人の指定):「1.未成年者に対して最後に親権を行う者は、遺言で、未成年後見人を指定することができる。ただし、管理権を有しない者は、この限りでない。2.親権を行う父母の一方が管理権を有しないときは、他の一方は、前項の規定により未成年後見人の指定をすることができる。」，前掲註 47 網站(最後瀏覽日期：06/20/2012)；日本民法第八三九條：「1.對未成年人最後行使親權之人，得以遺囑指定監護人。但無管理權者，不在此限。2.行使親權之父母一方無管理權時，他方得依前項規定指定之。」，王書江、曹為 譯，前掲註 47，頁 152。

⁵⁰日本民法第八四十條第一項(未成年後見人の選任):「前条の規定により未成年後見人となるべき者がいないときは、家庭裁判所は、未成年被後見人又はその親族その他の利害關係人の請求によって、未成年後見人を選任する。未成年後見人が欠けたときも、同様とする。」，前掲註 47 網站(最後瀏覽日期：06/20/2012)；日本民法第八四十條第一項：「無前條規定之監護人時，家庭法院因被監護人之親屬或其他利害關係人之請求，選任監護人。監護人有欠缺者，亦同。」，王書江、曹為 譯，前掲註 47，頁 152。

⁵¹李玲玲，前掲註 46，頁 150-151。

⁵²日本民法第八三四條第一項(親権の喪失の宣告):「父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるときは、家庭裁判所は、子の親族又は檢察官の請求によって、その親権の喪失を宣告することができる。」，前掲註 47 網站(最後瀏覽日期：06/20/2012)；日本民法第八三四條第一項：「父或母濫用親權或有顯著劣跡時，家庭法院得依子女之親屬或檢察官之請求，得宣告其喪失親權。」，王書江、曹為 譯，前掲註 47，頁 151。

⁵³李玲玲，前掲註 46，頁 151-152。

於我國學說上亦有不同見解：

一、有認為，此時應屬於民法第一〇九一條所稱父母均不能行使負擔未成年子女之權利義務之情形，此時應置監護人，故原先未任親權行使人之親權行使能力，等同於喪失。此說見解似採日本學說上之開始監護說⁵⁴。

二、有認為⁵⁵：「監護權乃親權作用之另一方面觀察，雖由一方任子女之監護全部或一部，他方之親權行使權利僅於此範圍被停止，如任監護之配偶死亡，則他方配偶之監護作用自因而回復。」；或有認為⁵⁶：「離婚後單獨親權行使人死亡時，他方之親權行使權利復活。」；或有認為，親權人死亡雖為親權消滅之原因，惟若父或母之一方尚生存時，非我國民法第一〇九一條置監護人之原因⁵⁷；或有認為，若認為此時應由監護人擔任親權行使人，則未選任前，如何保護「未成年子女最佳利益」，不無疑問，因此，離婚後親權行使歸於一方而為之，他方親權行使權利僅係暫時停止⁵⁸。觀前述四見解，與最高法院六十二年台上第 1398 號判例⁵⁹，該則判例認為離婚後未任親權行使之一方，僅係親權行使權利暫時停止，倘若任親權行使之一方先死亡得以遺囑指定監護人，將與舊民法第一〇九三條之不符，而該則判例經最高法院九十七年第三次民事庭會議決定加註：「民法第一〇五一條已刪除，第一〇九三條第一項修正為『最後行使、負擔對於未成年子女之權利、義務之父或母，得以遺囑指定監護人。』」，蓋民法舊第一〇九三條第一項經修正為遺囑指定人須為最後行使親權之人，因此，就前述判例與民事庭會議決定觀之，顯似採日本學說上之親權當然復活說。

三、有認為，立於「未成年子女最佳利益」之保護，現行民法賦予法院於父母未為協議、協議不成或日後有變更親權行使人之必要時，得透過公權力介入家庭自治，日本學說之開始監護說與我國現行法制(民法第一〇九一條)不合，不宜當然採用，另親權當然復活說，似又難以保護「未成年子女最佳利益」，故宜採日本學說之法院裁量回復說為妥，惟法院介入仍有其界限，於父母已有協議時，應尊重其

⁵⁴陳棋炎(1980)，<<親屬繼承法判例判決研究>>，頁 137，台北：國立台灣大學法律學系法學叢書編輯委員會。

⁵⁵史尚寬，前揭註 14，頁 455。

⁵⁶陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 399。

⁵⁷林菊枝，前揭註 13，頁 320。

⁵⁸蔡顯鑫(2003)，<親權>，林秀雄主編，<<民法親屬繼承實例問題分析>>，頁 223，台北：五南。

⁵⁹最高法院 62 年度台上 1398 號判例。

決定⁶⁰。

對於前述問題，本文以為，於離婚後單獨親權行使人死亡之情況，應先使離婚後未任親權行使之一方回復親權行使權利較為合宜，蓋離婚後任親權行使之一方死亡時，按民法第一〇九一條本文之規定，尚非未成年人之監護開始原因(無父母或父母均不能行使、負擔未成年子女權利義務時)，倘若認為此時即應選任監護人時，於法院選任前仍係無法保護未成年子女，因此宜採親權當然復活說；倘嗣後離婚後未任親權行使之一方回復親權行使後，而有濫用親權之情況，此時再藉由民法第一〇九〇條之親權濫用禁止規定，透過法院公權力介入即可，如此一來，除可審查是否確有濫權情事外，亦可進一步審酌欲任親權行使之人之適格性，較可保護未成年子女之權益。

此外，若離婚後單獨任親權行使之一方死亡前，即以民法第一〇九三條第一項以遺囑指定監護人，該指定是否有效？按民國九十七年以前民法舊第一〇九三條之規定，後死之父或母得以遺囑指定監護人，有認為，雖未明文，然此應解為後死之父或母須為有親權行使權利之一方，蓋監護為親權之延長，具有補充親權之作用⁶¹，因此，有鑑於條文不明確，遂於民國九十七年民法親屬編修正時，加以明文化。然而，對於離婚後單獨任親權行使之一方死亡而以遺囑指定監護人之情況，其指定之效力為何？本文以為，離婚後親權行使雖有委諸一方行使之必要，惟此並非剝奪離婚後未任親權行使人之親權人身分，僅係親權行使權限暫時停止，再者，觀民法第一〇九三條修正理由謂：「.....雖非後死之父或母，但生存之另一方有不能行使親權之情形(包括法律上不能：受監護之宣告、受停止親權之宣告；以及事實上不能，例如失蹤等情形)，亦有以遺囑之實益，爰將『後死』修正為『最後行使、負擔對於未成年子女之權利、義務』，以符合實際。.....」，是故，於離婚後親權行使人歸於一方之情況，係欠缺共同生活事實，共同行使親權恐有困難，乃係事實上不能，況本文先前針對離婚後未任親權行使之一方於單獨親權行使人死亡後，應否當然回復親權行使權利之問題，採肯定見解，是故，於本問題上，離婚後單獨任親權行使一方以遺囑指定監護人之情形，應為無效。

⁶⁰李玲玲，前揭註 46，頁 158-159。

⁶¹陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 439；戴炎輝，戴東雄，戴瑀如，前揭註 9，頁 462，林秀雄，前揭註 14，頁 348。

第二款 離婚後親權行使方式

夫妻離婚後，因已無互負同居之義務，又欠缺共同生活之事實時，若仍強行要求共同行使未成年子女之親權，實際上顯有困難，且離婚隱含夫妻撕破臉之色彩，若期許夫妻共同為之，顯非為「未成年子女最佳利益」設想，更不具期待可能性。是故，對於離婚後未成年子女親權行使之決定，便為一重要課題。

一、親權行使人之決定

(一)原則：父母協議決定之

父母離婚後未成年子女親權行使之事宜，本即屬家庭自治事項，蓋若父母能去除成見，以「未成年子女最佳利益」為首要考量，共同安排離婚後保護教養未成年子女之事宜，自屬良善，此時法院亦無取代父母之角色，介入為離婚後親權行使人決定之必要，故原則上由父母協議決定之⁶²，故按現行民法第一〇五五條第一項前段，離婚後親權行使人之決定原則由父母協議決定之。

(二)例外：法院公權力介入

1、父母未為協議或協議不成，由法院酌定離婚後親權行使人(民法第一〇五五條第一項後段)

按民國八十五年民法親屬編修正前，民法舊第一〇五一條與第一〇五五條之規定，不但牴觸男女平等，亦不利於「未成年子女最佳利益」之保障，且區別離婚型態而異其離婚後親權行使決定方式，於兩願離婚雖得由父母協議，但若一方拒絕協議即成無協議之情況，或者雙方協議不成，是否即無救濟管道？縱為判決離婚，原則仍適用兩願離婚之規定，僅於例外時方允許法院得為「未成年子女最佳利益」介入，故仍有陷於兩願離婚缺失之疑慮，對於未成年子女之保護實有欠缺。已廢止兒童福利法第四十一條第一項與少年福利法第九條第六項，為彌補民國八十五年民法親屬編修法前之此項缺失，明文允許法院得為「未成年子女最佳利益」依職權或聲請為未成年子女為離婚後親權行使人之決定，相較於民法舊法規定對未成年子女之保護更加妥適，否則不符「未成年子女最佳利益」之現代親子法本旨。

誠如前述，離婚後親權行使上之安排乃屬家庭自治事項，實不宜由公權力介

⁶²林秀雄，前揭註 14，頁 203；李玲玲(1997)，〈論離婚後之親權及其修正〉，戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，〈〈固有法制與當代民事法學-戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集〉〉，頁 516，台北：三民。

人安排，惟於父母未為協議、協議不成之情況下，應如何確保「未成年子女最佳利益」，蓋離婚對於未成年子女而言實為不幸，為使其於父母離婚後能受到與婚姻關係存續中相同之保護及教養，按民法第一〇五五條第一項後段之規定，允許法院公權力介入，為未成年子女決定一適當之人為離婚後親權行使人，再者，未成年人於父母離婚後親權行使人之決定事涉公益，因此，為保護「未成年子女最佳利益」與其公益上之考量，民法第一〇五五條一項後段，除允許當事人請求外，於離婚程序上更允許法院主動依職權為之，以維護「未成年子女最佳利益」，並避免父或母怠於主動協議離婚後親權行使人而危及其未成年子女之權益。

2、父母協議不利於未成年子女時，法院得改定離婚後親權行使人(民法第一〇五五條第二項)

本於家庭自治，父母能夠捨棄對彼此成見，依「未成年子女最佳利益」，決定離婚後如何保護及教養未成年子女事宜，自屬良善之事。惟夫妻離婚多半含有感情不合、意見分歧之特質，倘若夫妻地位有不平等之情況，如：涉有家庭暴力、經濟不平等之情況，一方為脫離婚姻束縛，未必能兼顧其未成年子女權益，夫妻協議亦可能有利於未成年子女之情形發生⁶³。有鑑於此，民國八十五年民法親屬編修正後第一〇五五條第二項，賦予法院有審查夫妻協議是否有利於未成年子女之最佳利益之權限，惟有認為⁶⁴，該條實益不大，蓋父母既非民法第一〇五五條第二項之請求主體，又無義務將協議書面交由有請求權之人，除非法院於離婚或酌定、改定未成年人親權行使人之程序中主動依職權審查之，否則實難了解是否有利未成年子女之協議情事⁶⁵。

3、離婚後親權行使之一方有未盡保護教養義務或有利於未成年子女之情事時，法院得改定離婚後親權行使人(民法第一〇五五條第三項)

民國八十五年民法親屬編修正前民法舊第一〇五一條與第一〇五五條之規定，似僅限離婚之際，惟若日後該親權行使人未確實盡到保護及教養未成年子女

⁶³林秀雄，前揭註 14，頁 204。

⁶⁴林秀雄，前揭註 14，頁 205；李玲玲，前揭註 62，頁 506。

⁶⁵本論文以「離婚&民法第 1055 條/離婚&民法第一千零五十五條」之關鍵字，於司法院法學資料檢索系統中蒐集全台 21 個地方法院判決，並以「父母裁判離婚後，法院酌定離婚後親權行使人」為主軸，排除與本論文主題無涉之案件(如：原告敗訴、給付扶養費、變更姓氏等案件)，共 304 個地方法院判決。其中有 24 個判決為離婚案件中，為父母已有協議未成年子女離婚後親權行使人之情況(含事前已有協議以及當庭協議)，其中僅有 1 個判決(台中地方法院 96 年度 974 號民事判決)，係由法院以判決改定原先父母所為之協議，由原先協議之共同監護方式，改定為單獨監護方式，顯見絕大多數法院仍然尊重父母協議結果。類似判決參：新竹地方法院 97 年度婚字第 207 號民事判決、雲林地方法院 97 年度婚字第 30 號民事判決、新竹地方法院 96 年度婚字第 356 號民事判決等等。

之職責時，僅能透過親屬會議糾正(民法舊第一〇九〇條)，以保護「未成年子女最佳利益」，惟親屬會議之召集、組成或決議等事項有其法定程序，而未成年子女之保護及教養有其急迫性，倘若迨親屬會議決議作成後，恐已不符合現時急迫之需求。

民國八十五年修正後民法第一〇五五條第三項增訂，倘若離婚後親權行使人有未盡保護教養之職責，甚或是危及「未成年子女最佳利益」時，允許法院按請求權人之請求，改定離婚後親權行使人，以確保未成年子女能於良好環境中，受到保護及教養。另於實務判決中曾見之不當保護及教養行為，諸如：賭博、酗酒⁶⁶、恣意毆打子女⁶⁷。惟此一規定僅限由離婚後未任親權行使之一方、未成年子女、主管機關或社會福利機構或其他利害關係人請求之，法院尚無主動介入權限，因而有建議⁶⁸：「宜承認法院得依職權為之。」

4、選定第三人為未成年子女之監護人(民法第一〇五五條之二)

對於未成年子女於父母離婚後之親權行使本應由其父母為之，惟倘若父母均不適用於行使離婚後親權時，為保障「未成年子女最佳利益」之考量，民法第一〇五五條之二規定，賦予法院得於父母以外選任適當之第三人⁶⁹。惟有認為，如此規範，不但不符合監護人設置原因，且父母適任性與否乃屬價值觀判斷，倘若父母並無應停止親權之情事，僅因法院認為父母均不適用於擔任離婚後親權行使人，即選任第三人，是否妥適，宜似值得進一步探討⁷⁰。又其應予以選定之要件，觀民法第一〇五五條之二之規定，似僅限於父母均不適合行使親權時，為何種情形係屬不適合之情況？於我國實務上普遍透過民法第一〇五五條第三項之選定基準，即未盡保護教養之義務或對於未成年子女有不利之情事，作為有無選定第三人之標準⁷¹，於此情況下，民法第一〇五五條之二是否有其立法必要性，殊值懷疑。

⁶⁶台北地方法院 91 年度監字第 234 號民事判決。

⁶⁷台北地方法院 91 年度監字第 234 號民事判決。

⁶⁸陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，前揭註 1，頁 256-257。

⁶⁹民法第 1055 條之 2 立法理由二：「對於未成年子女權利義務之行使或負擔，本應由父母之一方或雙方共同任之。惟父母均不適合行使權利時，為保護其子女之權益，宜選任其他適當之人出任子女之監護人，方為符合子女之最佳利益，爰增定本條規定，由法院選定適當之人為子女之監護人，並指定監護方法及命父母負擔費用及其方式。」

⁷⁰林秀雄，前揭註 14，頁 209；李玲玲，前揭註 62，頁 517。

⁷¹本文以「民法第一〇五五條之二」「民法第 1055 條之 1」為關鍵字，透過司法院法學資料檢索系統搜尋全台地方法院判決，類似判決參：臺灣屏東地方法院 100 年度監字第 143 號民事裁定(和解離婚並約定由父親單任離婚後親權行使人，嗣後父親入監服刑，母親長期離家，亦未支付扶養費用，均顯不適用於任親權行使人，故法院選任聲請人即祖母擔任監護人)；臺灣屏東地方法院 100 年度監字第 64 號民事裁定(雙方協議離婚，約定共同擔任離婚後親權行使人，嗣後母親親職能力、經濟與

(三)準用離婚效力之情況

如前文所述，父母離婚後共同行使親權恐生困難，蓋欠缺共同生活事實，難以期待共同保護教養未成年子女，故有決定離婚後親權行使人之必要，然而，此種情況於婚姻有得撤銷、無效之原因或未成年子女被認領而父母並未結婚之情況，本於過去之人倫秩序無法抹滅之理，於未成年子女親權行使亦有安排之必要。

1.結婚有得撤銷之原因

因結婚要件不符而使婚姻有得撤銷之原因，惟按民法第九九八條之規定，結婚被撤銷之情形，係向將來失效，倘若已有未成年子女之事實，於婚姻被撤銷後，該未成年子女之權益不能不加以保護，況且父母子女之關係乃本於人倫秩序事實而來，不容加以抹滅，此時既無夫妻關係，即無夫妻同居之義務，共同行使親權恐生困難，與父母離婚後相類似，故民法第九九九條之一第二項，規定準用離婚效力。

2.非婚生子女經認領之情況

(1)結婚有無效原因

婚姻有無效之原因，身分法上之無效係當然、絕對且自始無效，倘若已有未成年子女之事實，原則上仍應與非婚生子女之地位同視。惟非婚生子女過去有與其生父共同生活，可認為經由生父撫育，按民法第一〇六五條第一項規定，視為認領，其非婚生子女法律上地位與婚生子女同，於此情況下，若生父母未結婚者，其未成年子女親權行使人之決定，即應準用民法第一〇五五條以下之離婚效力規定(民法第一〇六九條之一)，蓋父母既無結婚關係存在，無庸互負同居義務，共同行使親權恐有困難，且觀其本質與民法第一〇八九條之本質不符，與離婚情況較為相似，故準用離婚效力規定。

(2)非婚生子女經生父認領：

非屬父母結婚有無效原因之非婚生子女，經生父認領前，與生父不生法律上父子女關係，由生母為其親權行使人(民法第一〇六五條第二項)。然而，非婚生子女經生父認領後，雖視為婚生子女，惟倘若生父母並未結婚，與民法第一〇八九條之本質不符，故宜按婚生子女之父母離婚情況，決定離婚後親權行使人(民法第

工作穩定度不佳，父親親職能力亦不佳、曾有家庭暴力情形，故選定屏東縣政府社會處擔任監護人)；臺灣高雄地方法院 100 年度監字第 807 號民事裁定(判決離婚共同擔任離婚後親權行使人，父親在監服刑，母親行方不明，選定聲請人叔父為監護人)。

一〇六九條之一)。

3. 父母事實上別居達一定期間(民法第一〇八九條之一)

父母雖尚處於婚姻關係存續中，但客觀上已無共同生活之事實時，於此狀態下，應如何行使未成年子女親權，對此，民國八十五年以前修正前民法並未加以明文，因此，於父母有正當理由之事實上別居(如：因工作關係分隔兩地)時，應回歸原則，適用民法第一〇八九條第一項中段—由有能力行使親權之一方行使之，實乃當然之理，惟於無正當理由而事實上別居之情況(如：可能離婚或即將離婚)，若適用民法第一〇八九條之規定，恐有不恰，蓋於父母可能離婚或即將離婚而先行別居者，其性質上較近似於父母離婚之情況，因此，民國九十六年五月二十五日施行之民法第一〇八九條之一，明文父母不繼續共同生活達六個月以上且無但書情形時，準用離婚後親權行使人決定之，除可維護於此狀態下之「未成年子女最佳利益」外，另一方面亦可避免因父母藉故別居事實而逃避保護及教養未成年子女之職責，但該條但書規定應排除父母有不能同居之正當理由或他法已有特別規定之情況(民法第一〇八九條之一但書)，對此，有認為⁷²：「於父母有不能同居之正當理由而事實上別居已滿六個月時，仍有決定親權行使人之必要，何以排除在外因而建議刪除之。」，然本文以為，於父母有不能同居之正當理由而事實上別居滿六個月者，仍應回歸民法第一〇八九條第一項中段適用，由有行使親權可能之一方行使之，蓋父母有不能同居之正當理由(如：因工作關係分隔兩地)，本質上與婚姻關係存續中之一方行使親權有困難相似，此時宜由有行使親權可能之一方行使親權，倘若父母均無法行使親權者，不妨按民法第一〇九二條委託他人行使監護職務。

然而，與父母不繼續共同生活未達六個月以上且尚未離婚者，並不符民法第一〇八九條之一本文之要件，於法無明文之情況下，究應適用民法第一〇八九條第一項，抑或是類推適用民法第一〇八九條之一之規定而準用民法第一〇五五條、第一〇五五條之一及第一〇五五條之二的規定？對此，本文以為，仍應視事實上別居有無正當理由而定，倘若別居有正當理由者，則應適用民法第一〇八九條第一項規定，有共同行使親權可能者，由父母共同行使之，無共同行使親權可能者，由有行使可能之一方行使之，或採委託監護之方式；反之，則應類推適用民法第一〇八九條之一本文，準用離婚效力之規定。綜上所述，現行民法第一〇

⁷²林秀雄，前揭註 14，頁 339。

八九條之一於立法論上，似宜刪除該條本文六個月之限制，且但書規定仍有保留之實益。

二、親權行使人決定之標準

民國八十五年以前民法舊第一〇五五條但書、已廢止之兒童福利法第四十一條第一項與少年福利法第六項均明文法院應依「未成年子女最佳利益」為離婚後親權行使人之決定，惟「未成年子女最佳利益」乃一不確定概念，隨著不同成長階段而有不同內涵，於無審酌標準可資遵循之情況下，致使法官裁量權限大，倘若法官心理、教育與輔導等專業能力不足時，如何能正確選擇一適當之人擔任離婚後親權行使人。

有鑑於此項缺失，立法者於民國八十五年民法親屬編修法之際，增訂民法第一〇五五條之一，使法院為離婚後親權行使人之決定時，應依「未成年子女最佳利益原則」，審酌一切情狀，參考社工人員訪視報告，尤應注意該條各款審酌事項。參以該條立法理由之說明，法官為親權行使人之決定時，應以「未成年子女最佳利益原則」為原則，並增訂『未成年子女最佳利益審酌事項』之提示性規定，供法院審理上之參考⁷³，蓋「未成年子女最佳利益」實為一不確定概念，隨著未成年子女不同情況或個案事實而有不同內涵，倘若僅有一指導原則而無具體客觀事項供法院參考，法院將無法按照未成年子女不同年齡、性別或意願等情況，選擇一適當之人擔任離婚後親權行使人，因此，具體客觀之『未成年子女最佳利益審酌事項』之增訂，有其實益。

此外，既民法第一〇五五條之一乃一提示性規定，又謂法院需審酌一切情狀，顯見法院為離婚後親權行使人決定時，除應依「未成年子女最佳利益」為指導原則外，仍應運用其裁量權，就所有相關之『未成年子女最佳利益審酌事項』為全面性審酌，非僅限於條文明定之具體客觀事項，與「未成年子女最佳利益」相關之審酌事項，同樣亦應加以考量。此項規定於法院選任父母以外之第三人亦有所適用(民法第一〇五五條之二)。

⁷³民法第 1055 條之 1 立法理由二：「法院為前條裁判時，應以子女之最佳利益為審酌時之最高指導原則。故明定具體客觀事由作為審酌之參考，爰增定本條提示性規定。」

第二節 未成年子女最佳利益之立法沿革

第一項 國際發展沿革

第一款 聯合國 (The United Nations) 之發展

一、世界人權宣言 (Universal Declaration of Human Rights 1948)

世界人權宣言重申聯合國憲章序言⁷⁴：「基本人權，人格尊嚴與價值，以及男女與大小各國平等權利之信念」所揭示理念，該宣言第一條與第二條即明白指出，人皆生而自由平等，得享有世界人權宣言中之權利與自由⁷⁵。即便是未成年子女，亦可為法律上權利主體，與成年人相同，而非僅係被保護之客體⁷⁶。且無論是否為婚生子女，均應受到同等保護⁷⁷。惟該宣言尚不具有直接拘束會員國之法律拘束力，僅具有宣示意義，然而，對於促進人權、平等與未成年子女之保護仍有其意義，於國際上已具有崇高地位，成為國際人權條約訂立之範本⁷⁸。

二、經濟、社會及文化權利國際公約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966)暨公民及政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

有鑑於世界人權宣言僅具有建議性質，對於會員國無遵守義務，唯恐對於人權保障有所不足，隨後以公約形式擬定經濟、社會及文化權利國際公約與公民及政治權利國際公約，前者至今已有一六〇個締約國，後者亦有一六七個締約國。秉持聯合國憲章序言中所揭示之原則，以及世界人權宣言所揭示的基本權利，賦與締約國必須盡到促進人權及自由之義務，相較於世界人權宣言，該二公約更加多元化，同時對於世界人權宣言中關於未成年人保護之規範，除加以重申外，並

⁷⁴United Nations Charter Preamble, available at :

<http://www.un.org/en/documents/charter/preamble.shtml> ; 聯合國網站 :

<http://www.un.org/zh/documents/charter/> (最後瀏覽日期:06/20/2012)

⁷⁵Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217(III), art. 1、2, U.N.Doc.A/RES/271 (III) (Dec.10,1948), available at :

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement> ;

世界人權宣言第一條：「人皆生而自由；在尊嚴與權利上均各平等。……」第二條：「人人皆得享受本宣言所載之一切權利與自由……。」；聯合國網站：

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/044/86/IMG/NR004486.pdf?OpenElement> (最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁷⁶*Id.*, art.6 ; 世界人權宣言第 6 條：「人人於任何所在，有被承認為法律上主體之權利。」，前揭註 75 網站(最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁷⁷*Id.*, art.25 para.2 ; 世界人權宣言第 25 條第 2 項：「母親即兒童應受特別照顧及協助。所有兒童，無論婚生與非婚生，均應享有同等社會保護。」，前揭註 75 網站(最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁷⁸廖福特(2007)，〈國際人權法：第一講 國際人權法典—建構普世人權範疇〉，〈月旦法學教室〉，第 54 期，頁 94-95。

進一步細緻化規範內容⁷⁹：

1. 經濟、社會及文化權利國際公約第十條第三項前段⁸⁰：「所有兒童及少年應有特種措施予以保護與協助，不得因出生或其他關係而受任何歧視。」
2. 公民及政治權利國際公約第二十三條第四項⁸¹：「本盟約締約國應採取適當步驟，確保夫妻在婚姻方面，在婚姻關係存續期間，以及在婚姻關係消滅時，雙方權利責任平等。婚姻關係消滅時，應訂定辦法，對子女予以必要之保護。」
3. 公民及政治權利國際公約第二十四條第一項⁸²：「所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予必需之保護措施。」

前述條文，除重申世界人權宣言第二十五條第二項之規定，對於未成年人不分是否為婚生子女，均應給予同等之保護與協助外，更進一步指出，即便於父母離婚後，對於未成年子女之親權責任，仍應有其適當安排，此外，透過該二公約之規範，未成年人得享受所國家、社會與家庭所賦予之權利。

經濟、社會、文化權利國際公約與公民及政治權利國際公約分別於 1976 年一月與三月生效，我國已於 1976 年簽署二公約，經立法院民國九十八年三月三十一日三讀通過，同年五月十四日批准兩公約施行法⁸³，按該施行法第二條：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」，對於我國關於未成年子女權利之保護，有其指標性意義。

三、兒童權利宣言(Declaration of the Rights of the Child 1959)

有鑑於未成年人因身心尚未發展成熟之情況，乃國家、社會與家庭中之弱勢

⁷⁹International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A.Res.2200(XXI),Preamble, U.N.Doc. A/RES/2200(XXI)(Dec.16,1966), available at : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement> ; 經濟、社會及文化權利國際公約序言，聯合國網站：<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/783/02/IMG/NR078302.pdf?OpenElement>(最後瀏覽日期：06/20/2012)；廖福特，前揭註 78，頁 94、100。

⁸⁰*Id.*,art. 10 para.3；經濟、社會及文化權利國際公約第 10 條第 3 項，前揭註 79 網站(最後瀏覽日期：06/20/2012)。

⁸¹International Covenant on Civil and Political Rights, G.A.Res.2200(XXI), art. 23 para.4, U.N.Doc. A/RES/2200(XXI)(Dec.16,1966), available at : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement> ; 公民及政治權利國際公約第 23 條第 4 項，聯合國網站：<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/783/02/IMG/NR078302.pdf?OpenElement> (最後瀏覽日期：06/20/2012)。

⁸²*Id.*,art. 24 para.1；公民及政治權利國際公約第 24 條第 1 項，前揭註 81 網站(最後瀏覽日期：06/20/2012)。

⁸³公民與政治權利國際公約暨經濟社會文化權利國際公約施行法立法總說明、第一條及其立法說明。

族群，須給予特別照護與保護⁸⁴，對於未成人之保護首見於 1924 年的日內瓦兒童權利宣言中載明，經世界人權宣言及辦理兒童福利專門機構與國際組織之規章予以承認⁸⁵。

1. 兒童權利宣言原則一⁸⁶：「兒童享有本宣言所載之一切權利，所有兒童，絕無例外，一律有權享受此等權利，不因其本人或其家庭之種族、膚色、性別、語言、宗教政見或他種意見、國家或家世、財產、出生或其他身分而有所歧視。」

2. 兒童權利宣言原則二⁸⁷：「兒童應享受特別保護，並應以法律及其他方法予兒童以機會及便利，使其能在自由與尊嚴中獲得身體、心智、道德、精神、社會各方面之健全與正常發展。為達此目的，制定法律時應以兒童最大利益為首要考量。」

3. 兒童權利宣言原則七第二項⁸⁸：「負兒童教育與輔導責任者應以兒童最大利益為其指導原則；此種責任首應由父母負之。」

兒童權利宣言強調所有未成人為一權利主體，有權享有該宣言中所賦予之各種權利，不得因種族、性別、宗教或出生等不同，而給予差別待遇。並強調對於未成人之特別保護，以確保其等人之身心得以健全發展，首應負此責任者為父母，同時揭示「未成年子女最佳利益」為處理未成年子女事務之指導原則。

四、兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child 1989)

兒童權利宣言與世界人權宣言，僅具有宣示效力，對於聯合國會員國而言，並無義務遵守其相關規範。然而，國際間已意識到未成人乃國家、社會甚或是家庭中之弱勢族群，心智發展尚未成熟，仍須予以特別保護與照顧，單僅呼籲世界各國政府或相關國際組織遵守兒童權利宣言之內容，尚不足以保護「未成年子女最佳利益」，因此，於 1989 年制定兒童權利公約，並開放所有國家簽署⁸⁹，至今已有一百四十個國家簽署，一百九十三個國家締約。

兒童權利公約第一條⁹⁰：「為本公約之目的，兒童係指十八歲以下之任何人，除非對其適用之法律規定成年年齡低於十八歲。」

⁸⁴廖福特(2007)，〈國際人權法：第二講 最具普世性的三個人權條約：種族、婦女及兒童〉，〈月旦法學教室〉，第 56 期，頁 58。

⁸⁵G.A.Res.1386(XIV),*supra* note 7, Preamble；兒童權利宣言序言，前揭註 7 網站(最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁸⁶*Id*, principle 1；兒童權利宣言原則 1，前揭註 7 網站(最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁸⁷*Id*, principle 2；兒童權利宣言原則 2，前揭註 7 網站(最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁸⁸*Id*, principle 7 para.2；兒童權利宣言原則 7 第 2 項，前揭註 7 網站(最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁸⁹G.A.Res/44/25,*supra* note 8, art.46；兒童權利公約第 46 條：「本公約應向所有國家開放供簽署。」，前揭註 8 網站(最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

⁹⁰*Id*,art.1；兒童權利公約第 1 條，前揭註 8 網站 (最後瀏覽日期: 06/20/2012)。

兒童權利公約第三條⁹¹：「關於兒童的一切行動，不論是由公私社會福利機構、法院、行政當局或立法機構執行，均應以兒童的最大利益為一種首要考慮。」

明白揭示對於未成年人事務，應以「未成年子女最佳利益原則」為首要考量，即係重申兒童權利宣言所揭示之理念。

兒童權利公約第十八條第一項⁹²：「締約國應盡其最大努力，確保父母雙方對兒童的養育和發展負有共同責任的原則得到確認。父母、或視具體情況而定之法定監護人對兒童的養育和發展負有首要責任。兒童的最大利益將是他們主要關心的事。」

強調父母應共同保護與教養未成年子女，如同我國民法第一〇八四條第二項之規定，父母對於未成年子女有保護及教養之職責，對於未成年子女之事務，應以「未成年子女最佳利益」為首要考量。

兒童權利公約第九條第一項⁹³：「締約國應確保不違背兒童父母的意願使兒童與父母分離，除非主管當局按照適用的法律和程序，經法院審查，判定這樣的分離符合兒童的最大利益而確有必要。在諸如由於父母的虐待或忽視、或父母分居而必須確定兒童居住地點的特殊情況下，這種裁決可能有必要。」

本於父母子女之自然血親關係，又父母負有保護教養未成年子女之職責，除有必要外，不宜使之分離；倘若有與父母分離之必要時，應依法律與正當程序，由法院審查該分離是否有其必要，以及是否符合「未成年子女最佳利益」。

兒童權利公約第九條第三項：「締約國應尊重與父母一方或雙方分離的兒童同父母經常保持個人關係及直接聯繫的權利，但違反兒童最大利益者除外。」

兒童權利公約第十條第二項前段⁹⁴：「父母居住在不同國家的兒童，除特殊情況外應有權與父母雙方經常保持個人關係與直接聯繫。」

父母子女關係不因未能共同生活即告消滅，父或母任一方之關愛乃未成年人成長過程中所不可或缺，因此，立於「未成年子女最佳利益」之立場，分離後原則上仍應使父母子女間保持適當聯繫，正如我國民法第一〇五五條第五項會面交往權之揭示。

第二款 歐洲聯盟 (The European Union) 之發展

⁹¹*Id.*,art.3；兒童權利公約第3條，前揭註8網站（最後瀏覽日期：06/20/2012）。

⁹²*Id.*, art.18 para. 1；兒童權利公約第18條第1項，前揭註8網站（最後瀏覽日期：06/20/2012）。

⁹³*Id.*,art.9；兒童權利公約第9條，前揭註8網站（最後瀏覽日期：06/20/2012）。

⁹⁴*Id.*,art.10 para.2；兒童權利公約第10條第2項，前揭註8網站（最後瀏覽日期：06/20/2012）。

一、歐洲人權與基本自由保障公約(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950)

受到世界人權宣言之影響，歐洲理事會於 1950 年於羅馬簽訂歐洲人權與基本自由保障公約(下稱歐洲人權公約)，強調對於人權與基本自由之維護與保障，至今已有四十七個國家批准、加入⁹⁵。簽訂之初，其權利範疇僅侷限於政治權與公民權之保障上，嗣有感於該公約對於人權與基本自由保障略顯不足，乃透過附加十四個議定書之補充，擴充基本權利之保障，其中以 1998 年 11 月 1 日生效的第十一號議定書最為重要⁹⁶。

於歐洲人權公約第七號附加議定書第五條規定，夫妻雙方於婚姻關係存續中或解消後，對其未成年子女均享有相同權利與義務，各國應採取與「未成年子女最佳利益」相關之措施⁹⁷。顯見父母對於未成年子女之權利義務不因婚姻解消受到影響，且強調對於未成年子女事務之處理，應以「未成年子女最佳利益」為指導原則，亦即國家任何措施之採行，均應以「未成年子女最佳利益」為指導原則為依歸。

二、歐洲聯盟基本權利憲章(Charter of Fundamental Right of the European Union 2000)

於歐洲聯盟基本權利憲章制定前，歐洲共同體國家對於基本人權之保障係散見於各種公約之中⁹⁸。歐洲聯盟基本權利憲章，即以歐洲議會於 1998 年的基本權利及自由宣言為基礎所制定一套基本人權公約，其目的於該憲章前言中即明白宣示：歐盟乃奠基於不可分性與普世的人性尊嚴、自由、平等與團結等原則，其內容包含各會員國之憲法傳統、歐洲聯盟條約、歐洲共同體條約、歐洲共同體勞工基本社會權憲章、歐洲理事會之歐洲人權公約與歐洲社會憲章，以及歐洲法院及人權法院之判決⁹⁹，可謂對基本人權保障極為完備。

⁹⁵Council of Europe Web, :

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG> (最後瀏覽日期：06/20/2012)

⁹⁶鄧衍森(1999)，〈歐洲人權公約的法制化發展〉，月旦法學雜誌，第 44 期，頁 22-24。

⁹⁷Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 5, Nov.22,1984, available at : <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/117.htm> (最後瀏覽日期：06/20/2012)。

⁹⁸廖福特(1991)，〈人權宣言？人權法典？-「歐洲聯盟基本權利憲章之分析」〉，〈歐美研究〉，第 31 卷第 4 期，頁 689。

⁹⁹廖福特，前揭註 98，頁 704。

歐洲聯盟基本權利憲章第二十四條之規定¹⁰⁰，爲了未成年子女福利考量，未成年人有權受到適當保護及照顧，並有自由表達意見之權利，該些意見應將未成年人之年齡與成熟度而加以考量之。當涉及未成年子女之事務，應以「未成年子女最佳利益」為首要考量，除非有違「未成年子女最佳利益」，否則應使未成年子女與其父母維繫或享有最低接觸。

第二項 我國發展背景

第一款 民國八十五年以前

按民國八十五年以前民法舊第一〇五一條規定：「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之。但另有約定者，從其約定。」民法舊第一〇五五條：「判決離婚者，關於子女之監護，適用第一千零五十一條之規定。但法院得為其子女之利益，酌定監護人。」，是故，於民事基本法中，僅判決離婚時，例外由法院介入時，方有「未成年子女最佳利益」之適用。另於特別法中，已廢止之兒童福利法第四十一條第一項：「父母離婚者，法院得依職權、兒童之父母、主管機關或其他利害關係人之聲請，為兒童之利益，酌定或改定適當之監護人、監護之方法、負擔扶養費用之人或其方式，不受民法第一千零五十一條、第一千零五十五條、第一千零九十四條之限制。」，以及已廢止之少年福利法第九條第六項亦做相同規定：「少年之父母離婚者，法院得依職權、少年本人、其父母、檢察官或主管機關之聲請，為少年之利益，酌定適當之監護人，不受民法第一千零九十四條之限制，並得命其父母支付相當費用。」相較於修正前民法之規定，使法院得以取代父母協議之職權範圍擴大，不限於兩願離婚方有介入空間，且均明文法院依職權為離婚後親權行使人之決定時，應以「未成年子女最佳利益」為準則。

然而，該三法雖均明文法院為離婚後親權行使人之決定時，應依「未成年子女最佳利益」之原則，卻未能提供一確切標準供法院審酌時參考，使法官裁量上難免流於主觀價值判斷，是否真能確保「未成年子女最佳利益」，令人懷疑。

第二款 民國八十五年以後

於「未成年子女最佳利益」為處理未成年子女事務之準則的今日，即便於民國八十五年以後，仍為最高指導原則，按民法第一〇五五條、第一〇五五條之一

¹⁰⁰Charter of fundamental rights of the European Union(EU) of 18 Dec 2000, art. 24,2000 O.J.(C364), available at :
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:364:0001:0022:EN:PDF>(最後瀏覽日期：06/20/2012)

規定，法院為未成年子女離婚後親權行使人之決定時，應本於「未成年子女最佳利益」；即便是合併兒童福利法、少年福利法後之兒童及少年福利與權益保障法修法前後¹⁰¹，此依原則均無改變。另於民國一百零一年一月十一日公布之家事事件法，同樣明文法院審理未成年子女權利義務之行使、負擔之酌定、改定或變更之親子非訟事件，應以「未成年子女最佳利益」為指導原則¹⁰²，顯見「未成年子女最佳利益」之準則，已成為處理未成年人事務之重要方向。

第三節 小結

現代親子法，乃以子女本位之立法，民法第一〇八四條第二項即規定，父母對其未成年子女，有保護、教養之職責，於婚姻關係存續中，父母固得以協力方式，共同行使對於未成年子女之親權內涵，惟一旦父母離婚後，欲共同行使親權，較為不易，因此，離婚後應由何人行使親權即成一重要問題。

本於家庭自治法理，原則上應由父母自行協議決定離婚後親權行使人，惟於夫妻無協議，甚或是協議不成之情況，為「未成年子女最佳利益」著想，民法第一〇五五條，賦予法院得以職權酌定或改定離婚後親權行使人，即便日後有變更親權行使人之必要，法院亦得依請求改定之，顯見未成年子女權益之重要性，遂賦予法院得為保護「未成年子女最佳利益」介入家庭自治，法院於判斷「未成年子女最佳利益」之觀點，已從過去「何人有權擔任監護」轉變成「由何人擔任監護對於未成年子女最為有利」¹⁰³。於聯合國或是歐盟國際法律體系之中，考量到未成年人為國家、世界與家庭中之弱勢，於身心發展尚未成熟之情況下，極需特別保護，除肯認未成年人如同成人，同樣享有人格而得成為權利主體受到保護外，於未成年子女事務之處理上，「未成年子女最佳利益」之理念，亦逐漸成為首應考量之因素¹⁰⁴。

¹⁰¹ 兒童及少年福利與權益保障法第 5 條第 1 項前段。

¹⁰² 家事事件法第 106 條立法理由：「一、法院審理親子非訟事件時，應以子女之最佳利益為最高指導原則，而兒童及少年主管機關及福利機構，對未成年人之保護有專業之知識及經驗，法院如於程序中徵詢上開機關或機構之意見或囑託進行訪視或調查，並提出報告或建議供法院參考，當可收事半功倍之效，爰規定如第一項。……」

¹⁰³ Chien Liang-yu(1994)，〈CHILD SUSTODY IN THE UNITED STATES-EVOLUTION OF LEGAL STANDARDS〉，〈東海大學法學研究〉，第 8 期，頁 92；劉宏恩(2011)，〈「子女最佳利益原則」在臺灣法院離婚後子女監護案件中之實踐法律與社會研究(Law and Society Research)之觀點〉，〈軍法專刊〉，第 57 卷第 1 期，頁 87。

¹⁰⁴ 施慧玲(2004)，〈論我國兒童人權法制之發展-兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動〉，

「未成年子女最佳利益」固然已成為處理未成年子女事務之最高標準，然由於其不確定之本質，使得法官為裁量時享有極大權限，易流於主觀恣意，法官亦僅能透過過去有限的事實，為未成年子女的未來做決定，對於第三人的法官而言，無非是件難事；再者，未成年子女之成長乃一動態過程，所謂的「未成年子女最佳利益」之內涵，亦不斷地改變。因此，我國立法者於民國八十五年民法親屬編修正時，增訂『未成年子女最佳利益審酌事項』之提示性規定(民法第一〇五五條之一)，期望能為「未成年子女最佳利益」所帶來之困境解套。

如此立法雖屬良善，惟仍舊無法避免法官廣泛裁量，以及價值判斷：首先，各『未成年子女最佳利益審酌事項』間如何取捨、判斷標準¹⁰⁵；第二，相關『未成年子女最佳利益審酌事項』，有時法官難以取得足夠的資訊¹⁰⁶；第三，民法第一〇五五條之一或其他法中之『未成年子女最佳利益審酌事項』，各法間應如何適用，又修法過後距今已逾十年，社會、價值觀均不斷在改變，舊時代背景下之『未成年子女最佳利益審酌事項』之規定，能否因應今日之變化，均有所疑義。



<<國立中正大學法學集刊>>，第 14 期，頁 171。

¹⁰⁵李立如(2010)，〈論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔：美國法上子女最佳利益原則的發展與努力方向〉，<<歐美研究>>，第 40 卷第 3 期，頁 785。

¹⁰⁶雷文玫(1999)，〈以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究〉，<<國立台灣大學法學論叢>>，頁 285。

第三章 未成年子女最佳利益審酌事項：

外國立法例考察¹⁰⁷

按涉外民事法律適用法第五十條規定：「離婚及其效力，依協議時或起訴時夫妻共同之本國法；無共同之本國法時，依共同之住所地法；無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。」，因此，對於跨國性離婚案件之未成年子女離婚後親權行使人決定事宜，未必一律適用我國法之規定，是故，本著「他山之石，可以攻錯」之精神，本論文以英國、美國與中華人民共和國之立法例，作為考察外國立法例之基礎，蓋英國乃兒童福利發展最早之國家，極為重視對於未成年人福祉之維護，而美國初期子女監護法雖延續英國普通法上之父權優先原則，然實務運用上非如英國法嚴格，近來更進展到遠離絕對父權而承認「未成年子女最佳利益」之準則¹⁰⁸，此外，隨著國際環境變遷，跨國性交通、通商往來頻繁，尤以本國人與中華人民共和國人民通婚、離婚情況，佔跨國婚姻比例中最高¹⁰⁹，因此，對於中華人民共和國之規範仍有加以考察之必要。

第一節 英國立法例

第一項 1989 年兒童法(Children Act 1989)

於 1989 年兒童法通過前，對於父母離婚後親權行使人之決定，許多不同法規均有所規範，適用上不免有所衝突，重複利用法院之結果亦造成司法資源的浪費，對於「未成年子女最佳利益」之保障勢必難以發揮，有鑑於此，一九八九兒童法遂針對未成年人之各種事項，予以統一規範¹¹⁰。

1989 年兒童法以居住裁定取代過去的監護裁定，與未成年子女生活之人，即

¹⁰⁷有鑑於各國立法、語言上之差異，對於「離婚後親權行使人」一詞，除引用各國條文以該國用語稱之外，於外國立法例之分析上，將以「離婚後親權行使人」稱之，合先敘明。

¹⁰⁸高鳳仙(1984)，〈試評子女最高利益原則在美國監護法上的適用得失〉，〈台灣大學法學論叢〉，第 13 卷第 2 期，頁 236。

¹⁰⁹觀以民國九十三年到一百年間跨國婚姻(大陸港澳籍與外國籍)之結婚總人數中，僅民國九十三年間，外國籍(不含大陸港澳籍)結婚總人數多於大陸港澳籍結婚總人數，其餘民國九十四年到一百年間，大陸港澳籍結婚總人數均佔跨國婚姻中之結婚總人數最高。前揭註 4 網站(結婚人數)(最後瀏覽日期：06/26/2012)

¹¹⁰吳彥君(1996)，〈英國一九八九年兒童法中居住裁定之法律效果-父母分居或離婚後親權責任之行使〉，〈美歐月刊〉，頁 116。

便非未成年人之父母或監護人，亦取得親權行使之權限¹¹¹，然而，父母對於未成年子女之親權責任並不因而改變¹¹²，因此，如何決定與未成年子女同住之人，即為重要問題。又 1989 年兒童法之規範，其所適用之領域包含離婚、婚姻無效等婚姻關係訴訟、收養訴訟以及 1996 年家庭法所規定之訴訟類型等方面，是故，於考量婚生子女、非婚生子女或被收養未成年子女之權益時，其相關『未成年子女最佳利益審酌事項』，均有所適用¹¹³。

1989 年兒童法率先在第一條第一項揭示，法院於決定未成年子女保護教養問題、管理或使用其財產時，應依未成年人之福祉(Welfare of the child)¹¹⁴。其應審酌之事項，參以 1989 年兒童法第一條第三項之明文，法院於各種裁定時應考量¹¹⁵：

- 「(一)該未成年子女之願望與情感(依其年齡及辨識能力考量)其可得而確知的。
- (二)該未成年子女之身體、感情與教育上所需。
- (三)環境變遷對該未成年子女可能產生之影響。
- (四)該未成年子女之年齡、性別、背景及其他特性，法院認為與案情有關者。
- (五)該未成年子女已遭受或可能遭受之危害。
- (六)該未成年子女之父母親及法院認為與該案情有關之任何人，所具備個別滿足兒童需要的能力。
- (七)法院依本法對於訴訟案件之權限。」

上述法院所應特別考慮之審酌事項，僅在於促使法院不得隨意為任何裁定，而應按未成年子女之福祉為之，又該些具體客觀審酌事項，乃係透過實務案例所蒐集

¹¹¹吳彥君，前揭註 110，頁 116；Children Act, 1989 c.41(U.K.), art.12 para. 2, available at : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/enacted> (最後瀏覽日期：06/20/2012)。

¹¹²*Id.* art.2 para.11 (最後瀏覽日期：06/20/2012)；林國和,胡薇麗譯(1991)，<<英國兒童法案專論>>，頁 14-15，台北：內政部社會司。

¹¹³*Id.* art.8 para.4(b)(d) (最後瀏覽日期：06/01/2012)。

¹¹⁴*Id.* art.1 para.1(最後瀏覽日期：06/20/2012)；1989 年兒童法第 1 條第 1 項：「改善與保護兒童福祉是本法案最上位之目的，本法案要求法院於判決有關兒童養育(包括兒童財產之管理及使用)案件，應首重兒童福祉。」，林國和,胡薇麗 譯，前揭註 112，頁 5。

¹¹⁵*Id.* art.1 para.3：「(3) In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to-(a)the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b)his physical, emotional and educational needs; (c)the likely effect on him of any change in his circumstances; (d)his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant; (e)any harm which he has suffered or is at risk of suffering; (f)how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs; (g)the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.」(最後瀏覽日期：06/20/2012)；1989 年兒童法第一條第三項，林國和,胡薇麗 譯，前揭註 112，頁 28-29。

而成，為法院裁判時所應特別注意之事項¹¹⁶。

第二項 1996 年家庭法(Family Law Act 1996)

1996 年通過的家庭法令中，第一條揭示關於處理第二部分離婚與分居，與第三部分家事調解之裁定時所應遵守之基本原則¹¹⁷：

法院或任何人在實行 1996 年家庭法第二與第三部分時應注意下列原則-

- (一)支持婚姻機構的成立；
- (二)應該鼓勵婚姻當事人雙方採取任何行動如婚姻諮商，盡量維持可能破裂的婚姻；
- (三)當婚姻無可挽回時，離婚程序時應儘可能達成最少痛苦原則，避免對未成年子女產生不良影響；以達成未來父母子女良好互動為目標；並減少不必要的訴訟支出；
- (四)婚姻一方對婚姻之他方或孩子造成之風險，除合理適當外，應該被消除。

再者，於 1996 年家庭法第二部分離婚與分居中，法院為離婚與分居之裁判時，若涉及未成年子女事務時，亦應以未成年人之福祉(Welfare of the child)為優先考量，同時須本於證據加以特別考量¹¹⁸：

- (一)根據未成年子女之年齡與理解力考量其期望與感受；
- (二)父母雙方關於教養未成年子女之行為；
- (三)在無證據顯示未成年子女與其親權人接觸之行為有害於未成年子女福祉時，應使未成年子女應能夠經常與未任親權行使之一方或過去家中其他成員接觸，並且

¹¹⁶林國和,胡薇麗 譯,前揭註 112,頁 6、28。

¹¹⁷Family Law Act 1996,c27(U.K.), art.1,available at : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27> (最後瀏覽日期：06/20/2012)。

¹¹⁸*Id*, art.11 para.3、4 : (Welfare of children)

「(3) In deciding whether the circumstances are as mentioned in subsection (2)(a), the court shall treat the welfare of the child as paramount.

(4) In making that decision, the court shall also have particular regard, on the evidence before it, to— .

(a)the wishes and feelings of the child considered in the light of his age and understanding and the circumstances in which those wishes were expressed; .

(b)the conduct of the parties in relation to the upbringing of the child; .

(c)the general principle that, in the absence of evidence to the contrary, the welfare of the child will be best served by— (i)his having regular contact with those who have parental responsibility for him and with other members of his family; and (ii)the maintenance of as good a continuing relationship with his parents as is possible; and

(d)any risk to the child attributable to— (i)where the person with whom the child will reside is living or proposes to live;(ii)any person with whom that person is living or with whom he proposes to live; or

(iii)any other arrangements for his care and upbringing.」(最後瀏覽日期：06/20/2012)。

儘可能使未成年子女與父母維持良好、持續之關係；

(四)與未成年子女同住或將與之同住者、負責未成年子女生計者，或其他對於照顧及教養未成年子女者可能帶來之風險。

1989 年兒童法或 1996 年家庭法，對於未成年子女可能面臨之風險或危害，亦為法院為裁判上所應考量因素之一，均及時考量家庭暴力所帶來之風險，對於未成年子女之保障較為足夠，不同的是，前法僅係考量因素之一，而後法須本於證據加以考量，本文以為，其意旨應係在保護「未成年子女最佳利益」之同時，非意謂犧牲父母權益，倘若無充分證據顯示對於未成人有所不利之情況下，或許以 1996 年家庭法之規範較為妥適。

第二節 美國立法例

第一項 統一婚姻與離婚模範法(Model Marriage and Divorce Act 1974)

州政府對於家庭關係有完全之管轄權，聯邦政府原則上無權處理離婚、分居或子女監護等事宜¹¹⁹，為求有一統一規範可供各州立法時之參考，美國統一各州法律聯席全國委員會(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)遂於 1970 年頒布統一婚姻與離婚模範法，1974 年批准通過，然而，並非所有州均採納此一規範¹²⁰，諸如：美國加利福尼亞州婚姻法(California Family Code)¹²¹。

該法提供法庭關於處理父母離婚後未成年子女親權行使人決定之準則—「未成年子女最佳利益(the best interest of the child)」，比起他國司法上之發展，美國不只率先指出「未成年子女最佳利益」於離婚案件上之重要性，更嘗試具體化其之涵義¹²²。按 1974 年統一婚姻與離婚模範法第四部分監護(Custody)之第四〇二條第一項，明文規範法院為酌定、改定親權行使人事件，必須符合「未成年子女最佳

¹¹⁹紀欣(2002)，<<美國家事法>>，頁 6、29-30、68，台北：五南。

¹²⁰目前採納 Model Marriage and Divorce Act 1974 為其立法參考者：Arizona, Colorado, Georgia, Minnesota, Montana, Washington, available at : [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Model Marriage and Divorce Act](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Model%20Marriage%20and%20Divorce%20Act) (最後瀏覽日期：06/21/2012)。

¹²¹CAL. FAM. art.3011、3020, available at :

<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=fam&codebody=&hits=20>(最後瀏覽日期：06/21/2012)。

¹²²Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 96。

利益」，同時亦須考量所有相關因素¹²³：

(一)父母關於取得未成年子女離婚後親權行使之意願

(二)未成年子女對於親權行使人之意願

未成年子女對於親權行使人決定之意願，尚無法完全決定或控制其最佳利益，須同時考量其意願形成之其他因素，蓋未成年子女之意願，按其不同年齡或成熟度而有所不同，且由於其心智尚未成熟，其偏好極易受到父母或手足之影響所致，因此，法院尚須進一步考量未成年子女所不偏好父或母一方之理由¹²⁴。申言之，未成年人之意願極易受到誘導，或因其對父或母之忠實等因素而影響，造成法院判斷其意願上之困難度，是故，法院實難以確知未成年子女真實的意願，因此，法院須輔以多方因素判斷未成年子女之意願¹²⁵。

(三)未成年子女與其父母、兄弟姊妹及其他可能影響「未成年子女最佳利益」之人間之互動狀況

未成年人與其家庭成員之關係，通常會輔以考量未成年子女之年齡、性別以及感情之緊密度¹²⁶，關於本款之情形，諸如：母親拒絕父親之探視，反而造成母子間關係惡化¹²⁷，或者有家庭暴力存在之家庭，對於家庭成員間關係亦有不良影響，宜將家庭暴力發生或有虐待可能因子，列為「未成年子女最佳利益」之具體審酌事項中¹²⁸。

(四)未成年子女所需之家庭、學校及社區環境

藉由認定父或母是否能夠提供未成年人一個穩定的環境¹²⁹，作為是否符合「未成年子女最佳利益」之原則，因此，欲搬離原先居住地區，其前提應須具備合理性，倘若僅係為妨礙未取得親權行使一方與未成年子女間之會面交往，恐違背「未

¹²³U.M.D.A., *supra* note 120, art. 402 para. 1 (Best Interest of Child) :

「The court shall determine custody in accordance with the best interest of the child. The court shall consider all relevant factors including:

(1) the wishes of the child's parent or parents as to his custody;

(2) the wishes of the child as to his custodian;

(3) the interaction and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interest;

(4) the child's adjustment to his home, school, and community; and

(5) the mental and physical health of all individuals involved.」(最後瀏覽日期: 06/21/2012); 李立如，前揭註 105，頁 784-785。

¹²⁴Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 98。

¹²⁵*Id.*, at 98。

¹²⁶*Id.*, at 99。

¹²⁷In re Marriage of Philips, 615 N.E.2d 1165, 1171 (III. App. Div. 1993), quoted by *id.*, at 99。

¹²⁸*Id.*, at 99。

¹²⁹*Id.*, at 100。

成年子女最佳利益」之原則¹³⁰。

(六)利害關係人之身心健康狀況

身體上之缺陷雖不應使得父或母成為不適任之一方之絕對因素，但仍應視為法院考量「未成年子女最佳利益」之審酌事項之一，本文以為，倘若尚能照料未成年子女之基本生活需求，再輔以社會福利單位之協助者，亦有機會取得未成年子女離婚後親權行使之權利。父或母心理狀態，是否影響成為離婚後親權行使人一職，則應視其心理狀態是否欠缺穩定性，倘若有自殺傾向或不利於未成年子女之攻擊性潛在因子存在，則應視為不穩定¹³¹。

然而，審理離婚案件時，涉及未成年子女時，法院雖本於「未成年子女最佳利益」為準則加以審理，仍須尋求多樣化可能事項，以確定何為個案中之「未成年子女最佳利益」，上述五個審酌事項乃係綜合法院實務經驗所得，有助於法院審理上方便，但不受限於該些具體審酌事項¹³²，仍應視個案情況決定之，其他因素如：與父母有關者，父母一方所能提供之經濟環境、父母撫育孩子之期間、有親權行使權利之父母之住處或是否有遺棄子女之不當紀錄；另與子女有關者，如性別、兄弟姊妹等等¹³³。

又於同條第二項，法院於裁判時對於親權行使人之人選行為，如對於未成年子女本身無影響時，則應不加以考慮¹³⁴，蓋「未成年子女最佳利益」之根本乃係父母與子女間之關係，且不應把父母本身之過錯加諸在未成年子女身上，同時避免父母不致於為了爭奪未成年子女於離婚後親權行使，於訴訟程序中，拼命攻擊對方過錯，以致未能審慎思考「未成年子女最佳利益」，因此，倘若請求擔任離婚後親權行使人之行為尚不致影響「未成年子女最佳利益」時，法院實不應將此行為納入考量¹³⁵。

另外，於統一婚姻與離婚模範法第四〇四條，規定法官應於法官室中與未成年子女會談，藉此瞭解未成年子女對於父母離婚後親權行使人決定之想法，與日後與未任親權行使人一方進行會面交往之意願，並得尋求專家協助，再者，有鑑

¹³⁰ *Id.*, at 100-101。

¹³¹ *Id.*, at 101。

¹³² U.M.D.A., *supra* note 120, art. 402, Comment (最後瀏覽日期:06/21/2012)

¹³³ 高鳳仙，前揭註 108，頁 243-244。

¹³⁴ U.M.D.A., *supra* note 120, art. 402 para.2: 「The court shall not consider conduct of a proposed custodian that does not affect his relationship to the child.」 (最後瀏覽日期:06/21/2012)

¹³⁵ 高鳳仙，前揭註 108，頁 246。

於未成年子女本身利益，可能不同於父母任一方之利益，於與「未成年子女最佳利益」之相關問題上，若能由法律顧問如律師代理其為訴訟行為，應較適宜，因此，明文允許法律顧問或訴訟代理人在場¹³⁶。惟此種制度亦有可能帶來缺失，蓋難保父母不會事先以脅迫、利誘之不當方式，甚或有施加壓力之行為，況且選擇離婚後親權行使人一事，對於未成年子女而言，亦是傷害，因此，法院於審酌未成年子女意願之際，如何降低對於未成年子女所造成之傷害，乃一重要問題¹³⁷。

第二項 模範家庭暴力法(Model Code on Domestic and Family Violence 1994)

有鑑於家庭暴力行為對於未成年子女身心發展所帶來之不利影響¹³⁸，美國各州法院與立法機關，開始將家庭暴力行為與父母離婚後親權行使人之決定相結合，而為『未成年子女最佳利益審酌事項』之一，美國司法人員為了有效防治家庭暴力，全國少年與家事法庭法官會議(National Council of Juvenile and Family Court Judges)，邀集立法者、法官、律師、醫師、警察、教育人員與其他專家學者共同草擬模範家庭暴力法¹³⁹。

按該法第四〇一條之規定，考量家庭暴力行為對於未成年子女所帶來之不當影響，法官於裁量離婚後親權行使人時，對於涉有家庭暴力行為者，依法推定由家庭暴力行為人於離婚後單獨行使親權、或共同行使親權，均將不利於未成年子女¹⁴⁰，蓋有牴觸「未成年子女最佳利益」之疑慮，此外，法官、律師、或評估未成年子女離婚後親權行使方式之專家，亦應考量家庭暴力對於未成年子女所帶來之影響¹⁴¹，促使法官得以及時排除涉有家庭暴力行為之父或母之一方，擔任離婚

¹³⁶U.M.D.A., *supra* note 120, art. 404(最後瀏覽日期:06/20/2012)

¹³⁷高鳳仙，前揭註 108，頁 241、247。

¹³⁸「從心理學觀點而言，子女受家庭暴力影響極大：「暴力家庭之子女較可能受父母所為之身體傷害；即便未受身體傷害，亦可能因目睹父母親之暴力行為而感到痛苦，且可能發生行為與心理異常現象，日後於其所建立之家庭中，亦可能發生家庭暴力行為；暴力家庭之子女本身可能受有身體虐待，或父母雙方之虐待，蓋依研究顯示，受虐者有兩倍虐待其子女之可能。」from Cahn, *Civil Images of Battered Women: The Impact of Domestic Violence on Child Custody Decisions*, 44 *Vanderbilt Law Review* 1055-1058，轉引自高鳳仙(2007)，〈〈家庭暴力防治法規專論〉〉，二版，頁 20，台北：五南。

¹³⁹高鳳仙，前揭註 138，頁 224。

¹⁴⁰Model Code on Domestic and Family Violence art.401(Presumptions concerning custody)：

「In every proceeding where there is at issue a dispute as to the custody of a child, a determination by the court that domestic or family violence has occurred raises a rebuttable presumption that it is detrimental to the child and not in the best interest of the child to be placed in sole custody, joint legal custody, or joint physical custody with the perpetrator of family violence.」, available at：

http://www.ncjfcj.org/sites/default/files/modecode_fin_printable.pdf (最後瀏覽日期：06/21/2012)

¹⁴¹*Id.*, art.401, Commentary (最後瀏覽日期：06/21/2012)

後未成年子女親權行使人之可能，提升「未成年子女最佳利益」之保障，然而，此該規定乃係一法律上推定，尚允許當事人舉證推翻。

其次，按於同法第四〇二條第一項之規定，法院於決定離婚後親權行使人之案件，以及未成年子女與未任親權行使一方之會面交往之案件，除應審酌與「未成年子女最佳利益」有關之事項外，亦應優先考慮以下事項，作為支持法律上推定家庭暴力加害者為不適任親權行使人之有力基礎：

- (一)法院應優先考慮未成年子女以及家庭暴力受害者之父或母之安全與福祉；
- (二)法院應考慮家庭暴力加害者對於受害者所造成身體傷害、人身傷害、毆打之歷史，或因此所產生的恐懼。¹⁴²

此外，尚須考慮家庭暴力加害者之家暴史、行為模式，或是未來是否受有再家暴之可能等問題¹⁴³。

第三節 中華人民共和國立法例

第一項 中華人民共和國婚姻法

按 2001 婚姻法第三十六條，係關於父母離婚後親權行使人決定之規定¹⁴⁴，為該條第一項後段之「直接撫養」，係指父母離婚後親權行使抑或是本於親子關係而衍生之扶養義務？自法律體系解釋觀之，2001 年婚姻法第三章家庭關係中之第二十一條第一項與第二項之規定，父母對子女有撫養教育的義務，倘父母不履行時，無法獨立生活之子女，有要求父母給付撫養費之權利¹⁴⁵，觀其條文用語，與第三十六條第一項之「撫養」用語一致，後者似應解為扶養義務之履行，惟第三十六條第一項前段與第二項之規定，父母子女關係不因離婚而消滅，父母離婚後對未

¹⁴²*Id.*,art.402 para.1 :

「In addition to other factors that a court must consider in a proceeding in which the custody of a child or visitation by a parent is at issue and in which the court has made a finding of domestic or family violence: (a) The court shall consider as primary the safety and well-being of the child and of the parent who is the victim of domestic or family violence. (b) The court shall consider the perpetrator's history of causing physical harm, bodily injury, assault, or causing reasonable fear of physical harm, bodily injury, or assault, to another person.」(最後瀏覽日期：06/21/2012)

¹⁴³*Id.*,art.402,Commentary (最後瀏覽日期：06/21/2012)

¹⁴⁴中華人民共和國 2001 年婚姻法第 36 條：「父母與子女間的關係，不因父母離婚而消除，離婚後，子女無論由父或母直接撫養，仍是父母雙方的子女。離婚後，父母對於子女仍有撫養和教育的權利和義務。離婚後，哺乳期內的子女，以隨哺乳的母親撫養為原則，哺乳期後的子女，如雙方因撫養問題發生爭執不能達成協議時，由人民法院根據子女權益和雙方具體情況判決。」，<<中國法律法規信息系統>>：<http://law.npc.gov.cn:87/treecode/home.cbs?rid=code> (最後瀏覽日期：06/21/2012)

¹⁴⁵中華人民共和國 2001 年婚姻法第 21 條第 1、2 項，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期：06/21/2012)

成年子女仍有撫養和教育之權利義務，該權利義務似又應係家庭關係章第二十三條前段，父母有保護教育未成年子女之權利義務¹⁴⁶，對此，有認為¹⁴⁷：「離婚後父母子女關係，係離婚效力問題，目的在於決定離婚後子女之歸屬，應由何人擔任離婚後未成年子女之直接撫養人者，對於未成年子女最為有利」，另參以人民法院出版社所出版之婚姻法教程，父母子女關係係基於自然血親而來，不因父母離婚而消滅，父母子女間之權利義務，於離婚後亦適用之，其所改變者僅係係親權行使之方式¹⁴⁸，是故，本文以為，對於 2001 年婚姻法第三十六條第一項前段「直接撫養」之解讀不應侷限於條文字義，而應探求該條文背後之法規範意旨係在於決定父母離婚後之親權行使人事宜，故 2001 年婚姻法第三十六條第一項後段之「直接撫養」，宜解釋為親權行使較為妥適。

再者，按 2001 年婚姻法第三十六條第三項，除於哺乳期內之未成年人外，原則由父母協議決定，倘若無法達成協議時，由法院依未成年子女之權益與夫妻雙方具體情況判決之，惟何謂未成年子女之權益、父母之具體情況尚屬不確定概念，2001 年婚姻法第三十六條第三項僅能謂為一原則性規定。有鑑於此，最高人民法院印發《關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》的通知(以下內文與註解均以【1993 意見】稱之)，自有利於子女身心健康，保障未成年子女之合法權益之立場，以及父母雙方撫養能力與條件等各種具體情況，同時結合實務之觀點，提出法院於決定離婚後親權行使人之標準¹⁴⁹。惟【1993 意見】係根據 1980 年婚姻法第二十九條而頒布¹⁵⁰，於 2001 年婚姻法是否仍有其適用？有認為，該意

¹⁴⁶中華人民共和國 2001 年婚姻法第 23 條，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期：06/21/2012)

¹⁴⁷馬億南(2009)，〈父母與未成年子女的法律關係—從父母權利本位到子女權利本位〉，〈《月旦民商法》〉，第 25 期，頁 62。

¹⁴⁸王戰平 主編(1992)，〈《中國婚姻法教程》〉，頁 223，北京：人民法院出版社。

¹⁴⁹「中華人民共和國法定的解釋規範即法律解釋有三類：立法機關所為的立法解釋；行政機關對有關法律所做的行政解釋；司法機關(最高人民法院以及最高檢察署)所做的司法解釋。而最高人民法院之意見即為司法解釋之一種，最高法院的司法解釋一般可分為兩種：一是對具體案件涉及具體法律適用問題作出解釋，普遍用『批覆』『答覆』『覆函』等形式；二是對某一項法律實施中所遇到的一系列問題作出的統一解釋，一般用『意見』『解答』『通知』等表達形式。此種最高法院所為的司法解釋對於各級法院均具有約束力，其優點有二：使案件能夠得到正確及時之處理，彌補立法缺陷並有利於保證法律的實施，以及為將來立法提供可靠資料。相反地，卻破壞了法定審判程序，更有司法越權之疑慮。」，陳東壁(1996)，〈中國大陸法源之研究〉，李慶平，游德瑞 主編，〈《財團法人海峽交流基金會兩岸法律論文集第三輯》〉，頁 203-208，台北：海基會。

¹⁵⁰中華人民共和國 1980 年婚姻法第 29 條：「父母與子女間之關係，不因父母離婚而消除。離婚後，子女無論由父方或母方撫養，仍是父母雙方的子女。離婚後，父母對於子女仍有撫養和教育的權利和義務。離婚後，哺乳期內的子女，以隨哺乳的母親撫養為原則。哺乳期後的子女，如雙方因撫養問題發生爭執不能達成協議時，由人民法院根據子女的權益和雙方的具體情況判決。」，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期：06/21/2012)。

見之規定，應已失效¹⁵¹；另有認為，2001年婚姻法第三十六條係修正1980年婚姻法第二十九條規定，且該意見歸納中華人民共和國法院處理離婚後親權行使人決定標準之經驗，除非有更為明確之標準，否則【1993意見】仍可供法院審酌，況且【1993意見】目前尚未被頒布失效，故應可供法院審酌未成年子女之權益時之參考¹⁵²，對此，本文從後一見解，肯認【1993意見】仍具有其參考價值。

因此，綜合2001年婚姻法與【1993意見】，對於中華人民共和國立法例上之離婚後親權行使人決定標準，區分為哺乳期內、外，進一步說明之：

一、哺乳期內之子女

按婚姻法第三十六條第三項前段規定，原則上由哺乳之母親擔任離婚後親權行使人，蓋嬰兒需要母乳哺育，母親對於嬰兒照料較為細心，對於嬰兒的發育成長更為有利¹⁵³。因此，兩周歲以下的子女，原則上由母親擔任離婚後親權行使人。惟於特殊情況下，仍得由父親擔任離婚後親權行使人¹⁵⁴：

(一)父母協議決定，且對未成年子女身心健康無礙；

(二)可優先考慮由父親擔任離婚後親權行使人：

1. 母親患有久治不癒的傳染性疾病或其他嚴重疾病，子女不宜與其共同生活的；
2. 母親雖有擔任離婚後親權行使人之條件，卻不盡保護及教養之職責者，相反地，父親有擔任離婚後親權行使人之意願；
3. 未成年子女確有無法隨母方生活之其他原因。

由此可知，哺乳期內的子女，隨哺乳的母親擔任離婚後親權行使人，嬰兒母親不得推卸保護及教養嬰兒的責任，惟於母親有不宜或不能保護及教養哺乳期內之嬰兒時，父親亦不得推卸責任。再者，關於哺乳期之界定，有認為，隨著中國

¹⁵¹楊立新，秦秀敏主編，〈〈中華人民共和國婚姻法釋義與適用〉〉，頁397，轉引自林秀雄(2004)，〈中華人民共和國離婚法之修正(下)〉，〈〈月旦法學雜誌〉〉，第106期，頁210。

¹⁵²楊立新，秦秀敏，前揭註151，頁210。

¹⁵³王戰平，前揭註148，頁225。

¹⁵⁴【1993意見】：「人民法院審理離婚案件，對子女撫養問題，應當依照《中華人民共和國婚姻法》第二十九條、第三十條及有關法律規定，從有利於子女身心健康，保障子女的合法權益出發，結合父母雙方的撫養能力和撫養條件等具體情況妥善解決。根據上述原則，結合審判實踐，提出如下具體意見：

1. 兩周歲以下的子女，一般隨母方生活。母方有下列情形之一的，可隨父方生活：

- (1) 患有久治不癒的傳染性疾病或其他嚴重疾病，子女不宜與其共同生活的；
- (2) 有撫養條件不盡撫養義務，而父方要求子女隨其生活的；
- (3) 因其他原因，子女確無法隨母方生活的。

2. 父母雙方協議兩周以下子女隨父方生活，並對子女健康成長無不利影響的，可予準許。」，前揭註144網站(最後瀏覽日期：06/21/2012)

城鄉差距，各地醫學發展有所差距，對於個別兒童生理及心理狀態之判斷方式上亦有不同考量，一般不得少於一年，然而，哺乳期內的嬰幼兒隨母親生活，對其兒童健康較為有利，再者，按【1993 意見】，中國大陸司法實務上似認為哺乳期以二年為宜，此亦為婚姻法第三十六條第三項前段規定「哺乳期」之具體明文化¹⁵⁵。本文以為，哺乳期尚隨著城鄉、個人生長發展情況而有所不同，是故，法院於裁判之際，仍應注意離婚案件中之未成年子女之個別差異，非能一概適用之。

二、哺乳期後之子女

哺乳期後子女之離婚後親權行使人決定，原則上仍委由父母雙方協議決定之，倘不能協議時，為「未成年子女最佳利益」設想，方由法院按未成年子女之合法權益與父母雙方具體情況判決離婚後親權行使人(2001 年婚姻法第三十六條第三項後段)，有認為¹⁵⁶：「所謂父母雙方具體情況，應對其未成年子女之感情、父母之政治思想與品德、父母的客觀條件等三方面均須加以考量。」。另為彌補立法上之不足，參照【1993 意見】，透過司法解釋方式，提供人民法院判決時之依據，可進一步類型化為¹⁵⁷：

- (一)倘若父母協議有利於未成年子女者，應准許之。
- (二)於父母雙方均有意願擔任離婚後親權行使人時，可優先考慮下列事項決定之：
 - 1.父或母已做絕育手術或喪失生育能力
 - 2.未成年子女過去隨父或母之一方已生活較長之時間，倘若突然改變環境，將對於未成年子女成長有所不利
 - 3.倘若父或母並無其他未成年子女者，而另一方尚有其他未成年子女

¹⁵⁵王戰平，前揭註 148，頁 225。

¹⁵⁶王戰平，前揭註 148，頁 225。

¹⁵⁷【1993 意見】：

「2.父母雙方協議兩周以下子女隨父方生活，並對子女健康成長無不利影響的，可予準許。

3.對兩周歲以上未成年的子女，父方和母方均要求隨其生活，一方有下列情形之一，可予優先考慮：

- (1)已做絕育手術或因其他原因喪失生育能力的；
- (2)子女隨其生活時間較長，改變生活環境對子女健康成長明顯不利的；
- (3)無其他子女，而另一方有其他子女的；
- (4)子女隨其生活，對子女成長有利，而另一方患有久治不愈的傳染性疾病或其他嚴重疾病，或者有其他不利於子女身心健康的情形，不宜與子女共同生活的。

4.父方與母方撫養子女的條件基本相同，雙方均要求子女與其共同生活，但子女單獨隨祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求並且有能力幫助子女照顧孫子女或外孫子女的，可作為子女隨父或母生活的優先條件予以考慮。

5.父母雙方對十周歲以上的未成年子女隨父或隨母生活發生爭執的，應考慮該子女的意見。

6.在有利於保護子女利益的前提下，父母雙方協議輪流撫養子女的，可予準許。」，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期：06/01/2012)

4.父或母之一方患有嚴重疾病較難治癒，或者有其他顯不利於子女身心發展之情形，而由他方照顧對於未成年子女較為有利。

對此，有學者質疑，於法院為離婚後親權行使之決定時，雖仍應考量父母之利益，然於特定情況下，卻給予父母一方優先權，仍舊反映出父母本位之思想¹⁵⁸。

(三)雙方條件相同，且均有擔任離婚後親權行使人之意願者：

於此情況，未成年子女已單獨隨祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母亦有親權行使之意願與能力，願意協助照顧孫子女或外孫子女的，可作為優先考慮原因。

(四)子女意願之重視：

父母雙方對十周歲以上的未成年子女隨父或隨母生活發生爭執的，應考慮該名未成年子女的意見，惟有認為，實不宜因離婚方式不同，而對於未成年子女意願之重視有程度上之差異¹⁵⁹。又未成年子女意願隨年齡、動機、成熟度與判斷力而有差異，法官判決時，除聽取意願外，尚應將其他可能影響未成年子女意願的因素一併考量(可參未成年人保護法第五十二條第二項之規範)。

第二項 中華人民共和國未成年人保護法

未成年人保護法係針對十八歲以下之未成年人所特別制定之法規，現行有效者，乃 2007 年施行之未成年人保護法，按該法第一條即揭示：「保護未成年人的身心健康及其合法權益，並為促使未成年人品德、智力與體質等各方面全面發展而制定的一部法律。」

對於父母離婚後親權行使人決定之標準，有鑑於 2001 年婚姻法第三十六條之規定，除哺乳期內子女原則由母擔任離婚後親權行使人外，雖法院得介入依未成年子女之合法權益與父母雙方情況加以判決，惟單憑該規定仍過於簡略，除有賴司法解釋加以補充外，未成年人保護法中亦提供關於法院審理離婚案件時，涉及未成年子女於父母離婚後親權行使之問題，關於未成年子女之合法權益判斷上所應審酌之事項。

另參以【1993 意見】第五點：「父母雙方對十周歲以上的未成年子女隨父或隨母生活發生爭執的，應考慮該子女的意見。」，對此，未成年人保護法中亦加以重申，該法第五十二條第二項之規定，於法院審理離婚案件時，除根據未成年子女

¹⁵⁸馬憶南，前揭註 147，頁 63。

¹⁵⁹馬憶南，前揭註 147，頁 62。

之合法權益與父母雙方具體情況外，應取有表達意願能力之未成年子女的意見決定¹⁶⁰，即係考量到每人生、心理發展與辨識能力之差異性，未必皆能以年齡為絕對劃分。

中華人民共和國目前尚未有一部統一的家庭暴力防治法，關於家庭暴力防治之規定，係散見於各法之中。然而，對於實施家庭暴力或虐待家庭成員者，固然得按婚姻法第五章之規定，須負民事賠償、刑事責任與行政處罰，惟能否列入家庭暴力作為法院酌定、改定未成年子女離婚後親權行使人決定之標準？對此，參以 2001 年婚姻法第三十八條第三項前段：「父或母探望子女，不利於子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的權利」¹⁶¹，以及【1993 意見】第十六點：「一方要求變更子女撫養關係有下列情形之一的，應予支持：第 4 款：有其他正當理由需要變更的。」¹⁶²，似僅能作為事後中止探望未成年子女或變更離婚後親權行使人之事由，尚無法於離婚之際，即排除家庭暴力加害人擔任離婚後親權行使人，對於父母於婚姻關係存續中已面臨家庭暴力威脅之未成年子女而言，保障似較為不足¹⁶³。

第四節 小結

有鑑於「未成年子女最佳利益」之不確定性與模糊性，各國無不透過立法、實務試圖具體化此一概念，藉以降低法院審理上之困難度。隨各國社經發展、價值觀之不同，亦賦予未成年子女最佳利益審酌事項之不同內涵，然而，綜合本章以上各節外國立法上之審酌事項探討，可略分為子女方面(未成年子女之年齡、性

¹⁶⁰中華人民共和國未成年人保護法第 52 條第 2 項：「人民法院審理離婚案件，涉及未成年子女撫養問題的，因聽取有表達意願能力的未成年子女的意見，根據保障子女權益的原則和雙方具體情況依法處理。」，前揭註 144 網站 (最後瀏覽日期：06/21/2012)。

¹⁶¹中華人民共和國 2001 年婚姻法第 38 條第 3 項，前揭註 144 網站 (最後瀏覽日期：06/21/2012)。

¹⁶²【1993 意見】，前揭註 144 網站 (最後瀏覽日期：06/21/2012)。

¹⁶³香港<<家庭及同居關係暴力條例>>，即以一獨立法規範作為防治家庭暴力之法規，其立法目的在於避免個人受到家庭及同居關係中的暴力侵害，按該條例之規定，將家庭暴力行為與離婚後親權行使人之酌定、改定與會面交往之酌定相結合，同時明文規定，倘若法院欲變更原先決定者，即由家庭暴力加害者為離婚後親權行使人，或停止家庭暴力加害者與未成年子女之會面交往時，應考量「未成年子女最佳利益」，並參以未成年子女之意願。如此立法，於離婚時之酌定、改定與事後改定親權行使人時，均能適時考量涉有家庭暴力之問題，對於未成年子女之保障較為及時。同時為避免過度保護未成年人，而有犧牲父母權利之疑慮，於法院決定離婚後親權行使人、會面交往方式時，尚須輔以個案資料以資參考，參香港<<家庭及同居關係暴力條例>>7A：

[http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/56BBD8B9BC2CFA9482575EE004AF0F7/\\$FILE/CAP_189_c_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/56BBD8B9BC2CFA9482575EE004AF0F7/$FILE/CAP_189_c_b5.pdf)(最後瀏覽日期：06/21/2012)。

別、身心健康、意願及依其背景、其他特性所需等等)，父母方面(父母之身心健康、意願、撫養能力、撫養條件、過去照顧情形等等)，雙方面因素(父母子女感情、互動狀況等等)，另於在英國法與美國法上，除明文法院所應審酌事項外，於其理由中，均表示法院審酌時，不應侷限於法律所定之具體客觀事項，而應本於「未成年子女最佳利益」而為審判，正說明了其多元與彈性。

各國立法例固然有不同，卻仍有共通之處，顯見該些『未成年子女最佳利益審酌事項』之重要性：

第一，「未成年子女之意願¹⁶⁴」，或有界定一定年齡以上之未成年子女意見應加以考量，如中華人民共和國【1993 意見】第五點即指出，應斟酌十歲以上未成年子女之意見，惟有鑑於個人心智發展狀況之差異，尚難以年齡為一致劃分，因此，對於未成年子女意願之考量，各國立法或實務普遍要求須依其年齡或辨識能力認定之，而非一概否認或承認。然而，由於未成年人意願尚需配合動機、年齡等其他因素，蓋未成年子女心智尚未發展成熟，於意思決定過程中，難免受到父母等人之影響所致。

第二，「穩定性¹⁶⁵」已成為各國審酌「未成年子女最佳利益」重要標準之一，強調法院為裁判時，須考量未成年子女所適應之家庭、學校與社區環境。

第三，又親權行使上之變更，其影響層面未必限於父母子女之間，亦可能涉及手足、祖父母間之關係，法院亦須考慮父母能否維繫未成年子女與未能取得親權行使之一方與其他家庭成員間之接觸，以及其等人與未成年子女間之感情狀況，又中華人民共和國司法實務上，對於父母離婚後所能提供之支持系統，即具有能夠協助照料未成年子女之人，亦為取得離婚後親權行使權利之優勢¹⁶⁶。

第四，家庭暴力行為¹⁶⁷，於各國立法與實務上，已漸與「未成年子女最佳利益」

¹⁶⁴Children Act,1989 c.41(U.K.),*supra* note111, art.1 para. 3(a)、Family Law Act 1996,c27(U.K.), *supra* note117,art.11 para. 4(a)；U.M.D.A,*supra* note120,art. 402 para.1(1)；【1993 意見】第 5 點、中華人民共和國未成年人保護法第 52 條第 2 項，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期: 06/21/2012)。

¹⁶⁵Children Act,1989 c.41(U.K.), *supra* note111, art.1 para. 3(c)；U.M.D.A,*supra* note120,art. 402 para.1(4)；【1993 意見】第 3 點(2)、第 4 點，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期: 06/21/2012)。

¹⁶⁶Children Act,1989 c.41(U.K.), *supra* note111, art.1 para. 3(f)、Family Law Act 1996,c27(U.K.), *supra* note117,art.11 para. 4(c)；U.M.D.A,*supra* note120,art.402 para.1(3)(5)；【1993 意見】第 3 點(2)、第 4 點，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期: 06/21/2012)。

¹⁶⁷Children Act, 1989 c.41(U.K.), *supra* note111, art.1 para. 3(e)、Family Law Act 1996,c27(U.K.), *supra* note117, art.11 para. 4(d)；Model Code on Domestic and Family Violence, *supra* note140, art.401；中華人民共和國婚姻法第 38 條第 3 項，【1993 意見】第 16 點(4)、第 17 點(4)，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期：06/21/2012)。

及其審酌事項之概念相結合，雖非均以單一法典化之形式，然均已肯認家庭暴力行為對於未成年子女所帶來之不利影響。

然而，成文法國家修改不易，法律所明文例示之『未成年子女最佳利益審酌事項』，隨著時代變遷而有所不足，除透過判例補充，或如同中華人民共和國司法習慣，以司法解釋補充實體法之不足外，否則難以因應多元化「未成年子女最佳利益」，惟即使藉由判例或以司法解釋方式，卻又有以司法權侵害立法權之疑慮，反觀，英國與美國等之不成文法系國家，以制定法為主，判例法為輔，較易因應社會變遷與多元化未成年子女最佳利益之內涵。



第四章 未成年子女最佳利益審酌事項

第一節 民法第一〇五五條之一

民國八十五年民法親屬編修正以前，對於法院為離婚後親權行使人之決定標準，均僅有一「未成年子女最佳利益」之原則，礙於該原則本身之解釋空間極大，法院裁量上難免有流於主觀之疑慮，裁判結果是否符合「未成年子女最佳利益」，不免有所質疑，又「未成年子女最佳利益」實為一動態過程，隨不同成長階段，以及未成年人、父母等人之情況而有不同內涵。有鑑於此，於民國八十五年民法親屬編修法之際，增訂民法第一〇五五條之一之『未成年子女最佳利益審酌事項』，供法院裁判上之參考，並慮及法院乃一公正之第三人的角色，為避免過度介入干涉家庭事務，事先形成刻板印象，以及法院心理、教育與輔導等專業上，恐較為不足，該條同時賦予法院為離婚後親權行使人之決定時，參酌社工人員之訪視報告，其訪視內容不限於民法第一〇五五條之一各款事項，尚包含與「未成年子女最佳利益」相關之一切情事，以供法院審酌時之參考。

離婚後親權行使人決定一事，涉未成年子女權益，攸關公益，法院自應本於職權，審酌一切與「未成年子女最佳利益」有關之事項，而非僅侷限民法第一〇五五條之一所明文者，此自民法第一〇五五條之一文義與立法理由即得以明瞭，期能藉此一提示性規定，督促法官為離婚後親權行使人決定時，能針對「未成年子女最佳利益」為全面性審酌，而非限制法院裁量權行使之運作¹⁶⁸。

『未成年子女最佳利益審酌事項』之內涵極其多元化，按民法第一〇五五條之一之規定，法院自應審酌一切情況，即賦予法官得以運用其裁量權行使，為未成年子女審慎決定離婚後親權行使人，再者，觀以同條規定，既謂法院為離婚後親權行使人之決定時，尤應注意各款審酌事項，相較於眾多『未成年子女最佳利益審酌事項』，各款審酌事項是否更有其立法價值之必要性？於本節中，首先針對之各款具體客觀事項與「未成年子女最佳利益」之關聯性為學理上之探討，期能藉以了解各款具體客觀事項之立法必要性是否存在，作為修正草案建議之法理依據。

¹⁶⁸林秀雄，前揭註 14，頁 208；民法第 1055 條之 1：「二、法院為前條裁判時，應以子女之最佳利益為審酌時之最高指導原則。故明定具體客觀事由作為審酌之參考，爰增定本條提示性規定。」

第一項 子女之年齡、性別、人數及健康情形

第一款 年齡

「未成年子女最佳利益」之內涵，對於不同年齡階層之未成年子女而言，所代表之意義不同，因此有謂¹⁶⁹：「未成年子女之年齡長或幼，所需保護教養之人並不相同，於考量由父或母之何方擔任離婚後親權行使人時，應依不同年齡為不同處理。」

未成年子女之年齡最常被運用在幼年原則適用與否之判斷，以及輔以判斷未成年子女之意願上，前者乃英美實務上所發展出來，認為幼年子女由母照料較符合其利益，認為母親對於未成年子女(尤其於嬰幼兒時期)之發展扮演著不可或缺角色，且母親可能比父親較能滿足對於幼兒之需求¹⁷⁰，他方面係本於母親與生俱來的天性(仁慈、愛心)而推定更能夠保護幼兒¹⁷¹。我國法上之民律草案中亦曾出現「未及五歲者，母代任之¹⁷²」，似有隱含幼年隨母之概念，早期實務見解中，亦有認為「襁褓不能離母」之概念¹⁷³，均係幼年原則之展現。

然而，幼年原則判斷上固然便利，卻也引發許多爭議：有認為幼年原則以父母之性別作為差別待遇之標準，限制父親的權利，實已違反平等原則¹⁷⁴，亦有認為，若能藉此提高對於未成年子女之保護，仍可合理化對於父母親之差別待遇，蓋相較於異性，母親更能提供未成年子女溫暖與穩定感¹⁷⁵，惟幼年原則實有不當強化女性身為妻子與母親之社會角色¹⁷⁶，倘若拒絕爭取成為未成年子女之離婚後

¹⁶⁹李國增(1995)，〈〈無婚姻關係之父母對於其未成年子女親權行使之研究〉〉，頁 100，東海大學法律學系碩士論文。

¹⁷⁰李立如，前揭註 105，頁 782-783；高鳳仙，前揭註 108，頁 239-240。

¹⁷¹ *Mercein v. The People ex rel. Barry*, 25 Wend. 64, 89 (N.Y. 1840), quoted by Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 86。

¹⁷² 大清民律草案第 1366 條：「兩願離婚者，離婚後子之監護，由父任之。未及五歲者，母代任之。若定有特別契約者，按其契約。」第 1367 條：「呈訴離婚者離婚後，子之監護，準用前條規定，但審判衙門得計其子之利益，酌定監護之人。」，民國民律草案第 1159：「離婚後，子之監護，由父任之。未及五歲者，母代任之。若訂有特別契約者，從其契約。如係呈訴離婚，法院得不拘前項規定，審核子之利益，酌定監護之人。」，楊立新 點校(2002)，〈〈大清民律草案、民國民律草案〉〉，頁 174-175、358，長春：吉林人民出版社。

¹⁷³ 最高法院 17 年度上字第 1105 號判例：「夫婦離婚後之子女，原則上應歸其父監護，苟非因其尚在襁褓離母不能撫育者，仍應由其父負監護之責。」，惟本則判例於 92 年 5 月 27 日經最高法院 92 年度第 9 次民事庭會議決議不再援用。

¹⁷⁴ Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 89；李立如，前揭註 105，頁 783；高鳳仙，前揭註 108，頁 240。

¹⁷⁵ *State ex rel. Watts*, 350 N.Y.S.2d 285, 290 (N.Y. Fam. Ct. 1973), quoted by Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 89；高鳳仙，前揭註 108，頁 240。

¹⁷⁶ Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 90。

親權行使人，反而是不道德與不適任之母親，迫使母親縱然無擔任離婚後親權行使人之意願，表面上仍需爭取成為離婚後親權行使人¹⁷⁷，於此情況下是否真能保護所謂「未成年子女最佳利益」，殊值得懷疑。

有鑑於前述缺失，以及隨著國際環境、社經結構與價值觀之改變，幼年原則雖仍有其參考價值存在，但重要性已較低，因此，宜需與其他審酌事項綜合參考¹⁷⁸。至應如何界定幼年，則視個案情況、法官認知而異。

第二款 性別

自心理、精神專業角度觀之，較年長之未成年子女對於同性別父母之認同十分重要，相較於不同性別之父或母，反倒與同性別之父母互動上較為自在¹⁷⁹，蓋同性別之父或母較為了解未成年子女之生、心理需求與可能面對之困難，能夠適時給予協助與溝通。惟隨著離婚後單親家庭之產生，家庭成員彼此角色分工之情形越來越明顯之情況下，並輔以會面交往權制度之功能，由同性別之父或母行使離婚後親權，方符合「未成年子女最佳利益」之立論基礎，似已不再堅強。

第三款 人數

未成年子女之人數，最常與手足不分離概念相結合，透過手足於成長過程相伴與學習，可以減少因離婚帶來之負面影響，因此，有認為¹⁸⁰：「不宜因家中須受保護及教養之未成年子女人數過多，而採行由父或母分別擔任離婚後親權行使人，蓋似有分贓之疑慮，反不利於未成年子女之生長。」，惟本文以為，手足間之聯繫，同樣或可透過會面交往權之功能彌補，否則當一方父或母於主、客觀條件不允許之情況下，勉強全歸由一方父或母為離婚後親權行使人，對於未成年子女於離婚後之保護及教養，是否真能符合其最佳利益，殊值得懷疑。

第四款 健康情形

倘若未成年子女健康不佳，須長期細心照料、付出時間與耐心，此實係應由較有空閒或較具醫療專業之父或母擔任離婚後親權行使人，對於未成年子女而言較為有利¹⁸¹，本款仍須同時注意父母對於離婚後親權行使可能之主客觀條件(如：

¹⁷⁷Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 90-91。

¹⁷⁸李國增，前揭註 169，頁 86。

¹⁷⁹黃德祥(1992)，〈〈父母離婚兒童之自我觀念、焦慮反應、學習成就、及團體諮商效果之研究〉〉，頁 88，台灣師範大學輔導研究所碩士論文，轉引自 王如玄(1987)，〈〈論離婚後子女監護之歸屬：從貫徹男女平等並保護子女利益之立場出發〉〉，頁 74，輔仁大學法律學系碩士論文

¹⁸⁰林素英(1996)，〈〈論離婚後親權之行使〉〉，頁 87，中興大學法律學系碩士論文。

¹⁸¹林素英，前揭註 180，頁 87。

經濟、意願、健康情形)是否均足以負擔健康不佳的未成年子女，蓋倘若賦予一無意願照料或有意願但經濟能力較差之父或母擔任離婚後親權行使人，有時反而不利於未成年子女，且亦難以期待未成年子女能夠受到良好之照料。

第二項 子女之意願及人格發展之需要

第一款 意願

透過未成年子女之意願，可以間接了解其個性與父母手足等人間之感情，且本於「未成年子女最佳利益」之立場，既攸關未成年子女本身之權益，為離婚後親權行使人之決定時，自應參酌未成年子女之意見，蓋親權制度既係為保護及教養未成年子女之目的而設，倘若與未成年子女意願相差甚遠，恐難期該目的之達成，於外國立法例、或於實務上，未成年子女之意願均為一重要參考指標¹⁸²。

然應以幾歲以上未成年子女之意願方得納入考量之，我國民事訴訟法未見明文，惟於非訟事件法第一二八條本文、兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條第二項以及已廢止的家事事件處理辦法第十四條，則規定七歲以上未成年子女之意願，法院原則上應加以聽取、尊重。我國實務上雖普遍以七歲以上未成年子女意願為重，惟對於七歲以下之意願仍予以表示尊重¹⁸³，於學說上則有認為，可視該未成年子女意思能力是否具備決定之，以避免無意思能力之未成年子女受到他人支配或誘導¹⁸⁴；亦有認為，至少應尊重並斟酌有意思能力之未成年子女之意思，但未成年子女年紀尚輕，思慮恐有未周，關於離婚後親權行使人之一事，尚不能自由選擇，惟仍應給予陳述意見機會¹⁸⁵，此一見解亦為家事事件法所採納¹⁸⁶。

惟有鑑於未成年子女畢竟與成年人之智識程度與心理發展有異，受誘導可能亦較大，於此時僅能透過法院心證加以決定，同時輔以其他審酌事項綜合判斷之。於家事事件法第一〇八條中即規定，聽取未成年人之意願，應以適當方式並按依其年齡、辨識狀況等身心狀況，使其陳述意見，必要時得請求專家協助¹⁸⁷，此乃

¹⁸²王如玄，前揭註 179，頁 75；林素英，前揭註 180，頁 88。

¹⁸³士林地方法院 92 年度婚字第 348 號判決、台中地方法院 96 年度婚字第 974 號判決。

¹⁸⁴李國增，前揭註 169，頁 102。

¹⁸⁵林秀雄(1985)，〈離婚後子女監護人之決定基準〉，〈輔仁法學〉，第 4 期，頁 224。

¹⁸⁶家事事件法第 108 條立法理由：「一、親子非訟事件既於未成年子女之權益影響重大，法院除應依第一百零六條之規定保障其聽審請求權外，於裁定前更應依未成年子女年齡及識別能力等不同狀況，於法庭內、外，親自聽取其意見、或藉其他適當方式，曉諭裁判結果對於未成年子女可能發生之影響，藉以充分保障其意願表達及意見陳述權。又未成年人陳述意見或表達意願，時而必須仰賴兒童及少年心理專家或其他專業人士之協助，因此於第一項後段特設相關規定。……」

¹⁸⁷家事事件法第 108 條第 1 項。

基於個人身心發展程度不同，難以依年齡為絕對劃分，於個人意願判斷上，宜依未成年子女本身情況為不同判斷，如此方可發揮未成年子女意願於裁判上之可信度。

此外，誠如第三章中曾提及，法院將未成年子女意願引入法庭上時，應避免讓其面對公開選擇或受反對詰問而生之痛苦，宜參考美國統一婚姻與離婚模範法第四〇四條之規定，可透過法官與未成年子女於法官室內會晤，間接導引出未成年子女之意願。此一規範於家事事件法已有明文，按該法規定，為了確保「未成年子女最佳利益」、意見陳述權與聽審請求權，並免除未成年子女因選擇離婚後親權行使人之困擾，得透過程序監理人代為之，並得由專家協助之¹⁸⁸，再者，法官親自聽取未成年子女之意願時，得於友善環境、適當地點、方式為之，並得藉由專業人士之陪伴、協助，避免未成年子女受到法庭嚴肅程序而產生心理壓力之負擔，進而確保未成年子女程序利益，不因其年齡而受限，以確保其意願表達與陳述意見之權利¹⁸⁹。

第二款 人格發展之需要

未成年子女人格發展之需要，其乃一抽象、概括且籠統之概念，舉凡父母子女間或手足間等之感情狀況、父母之品性與其生活狀況、家庭安定感與未成年子女成長所需之穩定感與持續性等均含在內¹⁹⁰，其中以家庭安定感與適應性、穩定感、持續性更為重要，而該三者均基於尊重未成年子女生活現狀，為我國實務常見的審酌事項之一「監護現狀」，其理由乃係避免使未成年子女因改變環境無法適應或遭受排斥，易使該未成年子女進入新環境後而生不安感，長期下來對其人格成長，勢必造成不良影響，如：抗拒新環境、新事物，對父母或手足產生背叛感¹⁹¹。然本文以為，民法第一〇五五條之一既已明文，法院為離婚後親權行使人之決定時，「應依子女之最佳利益，審酌一切情狀」，又與「未成年子女最佳利益」有關之所有審酌事項，均係為考量未成年子女人格發展之所需，是否有將「未成年子女人格發展之需要」列為具體客觀事項之一，殊值懷疑。

¹⁸⁸家事事件法第 108、109 條。

¹⁸⁹家事事件法第 11、108 條。

¹⁹⁰林素英，前揭註 180，頁 88。

¹⁹¹李國增，前揭註 169，頁 103-104。

第三項 父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況

第一款 年齡

有認為，年齡過高或過輕不宜單獨任親權行使人，年齡過高者，有時尚須他人照護，體力亦難以負荷，自難對未成年子女提供良好照顧而具有較佳之照料能力或成為未成年子女成長階段之楷模；年紀過輕者，有時則尚屬父母保護及教養之對象，為親權行使人之能力相較於一般成年人恐較為欠缺，自不宜單獨任離婚後親權行使人較佳¹⁹²。

第二款 職業、經濟

父母之職業與經濟，該二者經常是密不可分的，職業內容原則上應不影響父或母任親權行使人之機會¹⁹³。有謂¹⁹⁴：「父母之經濟，包括父母資產等收入，實務上均會加以斟酌之，但不宜作為唯一且絕對標準，否則無異剝奪經濟弱勢之父或母任親權行使人之機會，更何況有時經濟能力強者，忙於事業反而無暇顧及子女。」，然而，經濟生活條件之穩定感，對於未成年子女仍為重要，蓋倘若馬上改變原有生活之條件，心理上極可能產生不適應感，因此，至少應維持與父母離婚前相當之條件，於實務上亦將父母所具備之經濟條件與未成年子女之心理上穩定性、持續性相結合，而非絕對排斥該等事項之適用。

第三款 品行

自父母對於未成年子女有保護及教養之職責觀之，品行不佳者，何能期待成為未成年子女成長過程之楷模，惟品行乃一廣泛、籠統之概念，舉凡造成離婚之原因、父母道德上是否有不當(如：通姦、同性戀者等等)、父母是否曾對未成年子女為不當行為(如：暴力、遺棄、道德倫理上之不當舉止)，甚或是父母教育程度有時亦包含在內¹⁹⁵，惟須以其擔任離婚後親權行使人者，恐對於「未成年子女最佳利益」有所影響為限，避免為保護「未成年子女最佳利益」，而過度犧牲父母本應有之權益，因此，自父母之品行可能涵攝之範疇觀之，仍有其立法上之必要性存

¹⁹²李國增，前揭註 169，頁 96。

¹⁹³最高法院 59 年度台上字第 3322 號判決，即認父母對於子女之親權本諸自然血親關係而取得，且父母愛護子女出於天性，並無礙不得認親權人之理。

¹⁹⁴李國增，前揭註 169，頁 98-99；林秀雄，前揭註 185，頁 221。

¹⁹⁵林勤綱(1982)，〈〈民法上所謂離婚後子女監護制度之研究〉〉，頁 28，台灣大學法律學研究所碩士論文，轉引自李國增，前揭註 169，頁 94-95；王如玄，前揭註 179，頁 62；林素英，前揭註 180，頁 84-85。

在，但限於對「未成年子女最佳利益」之保障有所影響為限，是故，為進一步釐清是否與「未成年子女最佳利益」相違背，宜與其他『未成年子女最佳利益審酌事項』綜合評價之。

第四款 健康情況

若父母身體不佳，無暇照顧子女，則不宜擔任單獨任親權行使人，惟並非一有疾病，即排除父母擔任離婚後親權行使人，尚須視父母本身對於自身疾病之態度(是否正面積極接受治療)，以及能否負荷照顧未成年子女(如：重病纏身者可能即無法擔任離婚後親權行使人、或因心理上的特殊障礙而疏於照料未成年子女¹⁹⁶)一職，然而，父母關愛未成年子女乃其天性使然，於不影響未成年子女之保護及教養之前提下，實不應剝奪擔任親權行使人之可能。

第五款 生活狀況

父母之生活狀況，有時父或母沉迷於賭博、酗酒或生活作息不正常者，允許該等人擔任離婚後親權行使人一職，反而不利未成年子女成長，亦難以想像該父或母能夠確實盡到保護教養之責，惟我國實務上卻較少審酌此一事項，或許係因法院所決定之離婚後親權行使人並非係生活狀況不利於未成年子女之一方所致。

第四項 父母保護教養子女之意願及態度

若父母無意願擔任離婚後親權人，勉強為之，難以想像離婚後會盡心照料其未成年子女，法院應探究父母真實之意願，並非為了報復他方等不當動機，方符合未成年子女之利益，縱有家庭成員之協助(支持系統)，惟其協助應為補充性地位。又法院應審酌父母保護教養之態度(獨斷、權威、民主、平等、寬容、放任與忽視¹⁹⁷)。本文以為，本款應可涵蓋父母本身對於擔任離婚後親權行使人之意願，以及基於該意願所表現出來之行為與態度，倘若父母對於未成年子女棄之不顧或早已行蹤不明者等等，似足以顯見無保護教養之意願存在，因此，父母保護教養之意願與態度實難以截然劃分。

¹⁹⁶高鳳仙，前揭註 108，頁 238。

¹⁹⁷何青蓉(1991)，〈從理論分析父母對子女影響〉，〈健康教育〉，第 68 期，頁 22-23，轉引自林素英，前揭註 180，頁 86。

第五項 父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況

本款審酌事項，係建立在共同生活人間彼此互動關係與相處情況¹⁹⁸，然可能影響彼此感情狀況之因素極多，諸如：父母之教養態度、相處時間長短等等。按該款文義，父母子女間，與未成年子女有共同生活之人，均應加以考量其與未成年子女彼此間之感情狀況，前者係考量親子關係本係源於自然血緣之天性，不因父母離婚而受影響，倘若父母與其子女之一方有深厚之感情，自不宜強迫分離，縱然於父母再婚時，亦須考慮本生父母與子女之感情，以及與再婚之他方彼此間之感情，避免因再婚而使未成年子女心理上有受背叛感之可能¹⁹⁹，而後者係考量一旦父母離婚後，原有之家庭狀況均會有所改變，父母若能於離婚後親自照顧未成年子女之日常生活，勢必較能陪伴未成年子女度過因離婚所帶來之負面影響，惟實際上可能性不大，因此，取得原生家庭之支持與協助，獲得協助、照護未成年子女之資源者，反而更顯得重要，此時，未成年子女與其他共同生活人間之感情狀況，諸如與手足間之感情、與祖父母之感情，以及協助父母之第三人的照顧能力，均應作為法院考量「未成年子女最佳利益」之基礎²⁰⁰。

民法第一〇五五條之一第五款之規定，乃立於父母子女或與未成年子女共同生活之人間之感情狀況為其立法基礎，其感情好壞與否，將隨父母保護及教養之時間長短、教養方式而有所影響，因此，此款常與學理上之主要照顧者理論相聯結。該主要照顧者係透過去未成年子女日常生活照顧者為何人，進而決定離婚後親權行使人，推定由原來擔任未成年子女主要照顧責任之一方，繼續行使對於未

¹⁹⁸現行民法第 1055 條之 1 第 5 款「父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人之感情狀況」，乃係民國八十五年民法親屬編修法之際，由行政院、司法院共同提出之修正草案第 1055 條之 1 第 5 款之規定，於立法院第三屆立法委員經政黨協商後，針對『未成年子女最佳利益審酌事項』之增訂，亦參考此項規定。於行政院、司法院提出於立法院之修正草案版本前，原有草擬修正版本並未有『未成年子女最佳利益審酌事項』之規定，嗣後於內部公聽會、研商會討論過程中，參酌民間婦女團體修正草案版本，增設『未成年子女最佳利益審酌事項』之規定。行政院、司法院共同提出修正草案版本中之民法第 1055 條之 1 第 5 款，原先規定為「父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之相處情況」，乃係參照婦女團體修正草案版本中之一款：「父母監護子女之意願、對子女之感情與教養態度」(尤美女律師 發言記錄)，以及美國統一婚姻與離婚模範法規範—第 402 條第 3 款：「未成年子女與其父母、兄弟姊妹及其他可能影響未成年子女最佳利益之人間之互動關係或相處狀況」(高鳳仙法官 發言紀錄)後修改而成，其後經建議認為(戴東雄大法官 發言記錄)，該款應係重視「共同生活之關係」，因而將「相處情況」修正為「感情狀況」，參 法務部(1996)，<<民法親屬編第一階段研究修正實錄：父母對於未成年子女親權行使>>，頁 14、145、178、213。

¹⁹⁹林素英，前揭註 180，頁 86。

²⁰⁰林素英，前揭註 180，頁 89。

成年子女之親權，對於未成年子女最為有利，肯認未成年子女與其主要照顧者間之親密關係，蓋若無長期之照顧，何能建立起深厚之感情聯繫²⁰¹。於美國實務上，對於主要照顧者提供一客觀標準²⁰²，期藉由該標準可減少訴訟資源浪費、降低父母子女長期因訴訟所帶來的痛苦，同時兼顧父母子女之利益²⁰³。再者，主要照顧者乃係立於過去照顧未成年子女之情況，決定離婚後親權行使人，從另一角度觀之，無非是未成年子女已適應過去主要照顧者之教養模式，心理上對其有所依賴，於未審慎評估之情況下，倘若隨意剝奪此種依賴，勢必破壞未成年子女心理上之穩定感，長遠來看，並非有利於未成年子女。因此，未成年子女與其共同生活人之感情狀況，過去或現在主要照顧者與其照顧情況，以及未成年子女心理上之穩定感，實為一層升之概念，三者環環相扣。

第二節 兒童及少年福利與權益保障法之相關規範²⁰⁴

第一項 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條與民法之適用關係

對於法院為離婚後親權行使人決定之一事，過去兒童福利法與少年福利法均有明文，以補充民法舊第一〇五一條與第一〇五五條對「未成年子女最佳利益」保障之不足，隨著民國八十五年民法親屬編修正後，其相關規範已較民法舊法規定與特別法完整。惟於民國八十五年至民國九十二年間，雖有民法第一〇五五條之一之規定，然而，按中央法規標準法第二十一條之規定，兒童福利法或少年福利法尚未被廢止，是故，法院為離婚後親權行使人決定能否適用民法第一〇五五

²⁰¹ 李立如，前揭註 105，頁 798。

²⁰² *Arska v. McCoy*, 278 S. E.2d 357, 363(W. Va 1981)：「(1)who prepares and plans meals (2)who baths ,grooms and dresses the child (3)who purchases and care for the child's clothes(4)who arranges for and drives the child to medical care(5)who arranges and transports the child to social activities(6)who arranges for the child care(7)who puts the child to bed and who wakes the child in the morning (8)who disciplines the child (9)who educates the child religion, culture, etc.」，西維吉尼亞州最高法院於 *Garska v. McCoy* 案：「(1)為子女準備餐點(2)為子女洗澡與更衣(3)為子女購買與整理衣物(4)為子女處理醫療問題(5)安排與接送子女的社交活動(6)安排子女的托育事項(7)夜晚帶子女上床休息與早晨喚醒子女(8)管教子女(9)負責子女的文化宗教等事項(10)教導子女基本的閱讀書寫及數字的技能」，quoted by Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 104；李立如，前揭註 105，頁 799；雷文玫，前揭註 106，頁 293。

²⁰³ 雷文玫，前揭註 106，頁 294。

²⁰⁴ 民國 100 年 11 月 11 日修正前【兒童及少年福利法】為【兒童及少年福利與權益保障法】，於同年 11 月 30 日公布，該法除第 15 條至第 17 條、第 29 條、第 76 條、第 87 條、第 88 條及第 116 條條文自公布 6 個月後施行，第 25 條、第 26 條及第 90 條條文自公布 3 年後施行外，其餘自公布日施行，立法院法律系統：<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@@@846930886>(最後瀏覽日期：06/22/2012)。

條之一之規定，或者仍應本於中央法規標準法第十六條：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」，而仍需優先適用該二法之規定，僅能本於「未成年子女最佳利益」為裁判？對此，本文以為，中央法規標準法第十六條乃係法律適用先後之規定，於特別法未規定之事項，並未排除回歸普通法適用之規定，再者，倘若不回歸民法第一〇五五條之一適用，對於「未成年子女最佳利益」之審酌，原有不明確、解釋空間大之疑慮同樣無法免除，是故，於民國八十五年至九十二年期間，法院為離婚後親權行使人之決定一事上，應有民法第一〇五五條之一適用，隨著兒童福利法與少年福利法合併為兒童及少年福利與權益保障法後，對於法院為離婚後親權行使人之決定，已全部回歸民事基本法適用，前述問題即已不存在²⁰⁵。

然而，兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規定²⁰⁶，卻仍有關於法院所應斟酌之『未成年子女最佳利益審酌事項』之規範，按中央法規標準法第十六條之法理，於『未成年子女最佳利益審酌事項』之審酌順序上，應優先審查兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之審酌事項，惟民法第一〇五五條之一之審酌事項卻又較兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規定更為完備，於適用上應如何選擇？對此，本文以為，此應視兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規範意旨，以及該規定所列之『未成年子女最佳利益審酌事項』於「未成年子女最佳利益」審酌上之實益而定。

第一款 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規範意旨

民國九十六年五月民法親屬編修正前，法院於收養認可時，倘有事實足認對養子女不利時，應不予認可(民法舊第一〇七九條第五項第二款)，惟何謂「不利之事實」顯係一不確定法律概念，其判斷標準為何並不明確，又無應準用民法第一〇五五條之一之明文。有鑑於此，已廢止之兒童福利法第二十七條，明文規定對此類未成年子女收養事件，應依「未成年子女最佳利益」，斟酌被收養人之人格、經濟能力、家庭狀況、未成年人之意願以及過去照顧未成年人之情況決定，並輔以社福機構之訪視報告與建議，利害關係人亦得提出相關資料與證據供法院斟酌²⁰⁷，兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規定則延續此一規定，按兒童及

²⁰⁵施慧玲，前揭註 44，頁 248-250。

²⁰⁶兒童及少年福利與權益保障法舊第 14 條第 1 至 5 項。

²⁰⁷已廢止之兒童福利法第 27 條第 2 至 4 項。

少年福利與權益保障法舊第十四條之規定，除加重社福機構訪視調查責任外，亦補充民國九十六年五月民法親屬編修正前，法院收養認定「不利」上之不足。

然而，隨著民法親屬編修正後，現行民法第一〇八三條之一已明文化兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規定，明文法院於未成年人收養認可時，除應符合「未成年養子女最佳利益」外，同時準用民法第一〇五五條之一規定(民法第一〇七九之一、一〇八三條之一)，審酌與「未成年養子女最佳利益」相關之事項。

第二款 未成年子女最佳利益之觀點

按兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規定，明文法院為收養認可時，應以「未成年子女最佳利益」為之，即依「未成年養子女最佳利益」，該「未成年養子女最佳利益」是否即為「未成年子女最佳利益」？對此，本文採肯定見解，其理由有三：第一，按聯合國兒童權利公約第二十一條本文²⁰⁸：「凡承認或許可收養制度之國家應確保以兒童的最大利益(未成年子女最佳利益)為首要考量，……」，另參以兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之條文意旨，同樣係指「兒童及少年之最佳利益(未成年子女最佳利益)」；第二，本於未成年子女之事務應依「未成年子女最佳利益」為最高指導原則之立場；第三，現行民法第一〇七九條之一、一〇八三條之一，法院為收養認可時，應依「未成年養子女最佳利益」，審酌民法第一〇五五條之一之『未成年子女最佳利益審酌事項』。因此，基於前述三理由，該「未成年養子女最佳利益」實應為「未成年子女最佳利益」。

然而，按中央法規標準法第十六條後段之規定，於兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條(民國九十二年立法，以下稱為前法)之規定，即便於民法第一〇八三條之一之法院審酌收養認可之規定(民國九十六年增訂，以下稱為後法)增訂後，仍應優先適用之，蓋按中央法規標準法第二十一條之規定，前法並未被廢止，於此情況下，現行民法第一〇八三條之一之增訂(法院認可收養所應審酌之『未成年子女最佳利益審酌事項』)，是否無適用實益？對此，本文以為，自「未成年子女最佳利益」保護立場觀之，前法雖明文以「未成年子女最佳利益」為其準則，然就該條文義觀之，似僅限於所明文之審酌事項，倘若如此，「未成年子女最佳利益」之內涵似顯狹隘，亦有限制法官裁量權之行使；反觀後法之規範，除揭示「未成年子女最佳利益」外，更準用民法第一〇五五條之一，使法院除能夠斟酌該條所

²⁰⁸G.A.Res/44/25,*supra* note 8, art. 21 (最後瀏覽日期：06/21/2012)

例示之具體客觀審酌事項外，尚得審酌一切情狀，申言之，於「未成年子女最佳利益」之審酌上，法院得以運用其裁量權，加以考量相關『未成年子女最佳利益審酌事項』，再者，中央法規標準法第十六條之規定僅係法條適用順序，並無排除普通法補充特別法之可能，因此，民法關於收養認可之規定，既較為完備，似可認有補充兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之不足，是故，為確保法官認定「未成年子女最佳利益」，能就相關『未成年子女最佳利益審酌事項』為全面性審酌，適用上宜以民法規定為主，兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規定為輔，較為妥適。

第二項 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條

誠如前述，本文以為，兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條與民法間之規定，適用上宜以民法第一〇五五條之一之『未成年子女最佳利益審酌事項』為主，兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之『未成年子女最佳利益審酌事項』為輔。再者，兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之『未成年子女最佳利益審酌事項』，除該條第三項使收養人與被收養人試行共同生活一段時間供法院認可收養之參考外，原則上均可為民法第一〇五五條之一之『未成年子女最佳利益審酌事項』所涵攝：第一，收養人之人格、經濟能力以及滿七歲以上養子女之意願，涵攝於民法第一〇五五條之一中，可解釋為父母之品性、經濟能力與未成年人之意願；第二，家庭狀況與過去照顧史，係指收養家庭本身觀之，然其範疇極為廣泛，尚包含收養人之主觀(意願、收養動機)、客觀(年齡、職業、經濟、健康或生活狀況)以及收養家庭成員彼此間之互動或相處狀況，涵攝於民法第一〇五五條之一，即係父母之主、客觀條件。

然而，隨著現行兒童及少年福利與權益保障法第十七條 (即兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之規定)，已刪除過去法院收養認可所應審酌之『未成年子女最佳利益審酌事項』，而改由出養媒合機關為出養必要性之評估，法院並得採行相關措施供作為認可時之參考²⁰⁹，顯見法院於收養認可上，已全面由專業機關評估養子女最佳利益，相較於心理、輔導、教育等專業能力較為不足之法院而言，對於養子女最佳利益之審酌上，應較完備，因此，法院於收養認可之審酌上，按中央法規標準法第十六條之規定，以及「未成年子女最佳利益」之立場，均應以

²⁰⁹兒童及少年福利與權益保障法第 17 條。

兒童及少年福利與權益保障法第十七條之規定為優先適用。

第三節 家庭暴力防治法之相關規範

第一項 家庭暴力防治法第四十三條與民法之適用關係²¹⁰

家庭暴力防治法第四十三條²¹¹，乃係法院為離婚後親權行使人之決定時，對於涉有家庭暴力問題，法律所為之特別規定，按中央法規標準法第十六條之規定，應優先於民法第一〇五五條之一適用之。再者，考量家庭暴力行為對於未成年子女所帶來之不良影響，且未成年子女乃家庭中之弱勢者，其與父母間之關係固然不因父母離婚而受影響，於此情況下，離婚後親權行使人若為家庭暴力加害人時，恐有危害離婚後「未成年子女最佳利益」之可能，法院於審酌順序上，宜優先考量家庭暴力防治法第四十三條之規定。因此，本文以為，無論於法律層面，或於「未成年子女最佳利益」角度觀之，家庭暴力防治法第四十三條應為法院優先審酌之事項，較為妥適。

第二項 家庭暴力防治法第四十三條

於家庭暴力防治法立法前，為離婚後未成年子女親權行使決定之案件，倘若涉有家庭暴力因素，於「未成年子女最佳利益」審酌上，極有可能被吸收於民法第一〇五五條之一第三款「品性」或第五款「父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」中，而不被法院所重視，蓋即便民法上設有提供法院參酌之審酌事項，惟法院未必會全部予以斟酌，或本於其裁量、個人主觀價值判斷，僅有可能選擇其中一種或數種，作為支持所決定之離婚後親權行使人之理由，甚或未加以斟酌個案中之家庭暴力問題，對此，於未成年子女之保障上，實有未足，亦有架空「未成年子女最佳利益」之疑慮。

按家庭暴力防治法第四十三條：「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女。」，該條規定乃自「未成年子女最佳利益」之觀點，考量家庭暴力行為對於未成年子女所帶來之負面影響，倘若未能及時保護未成年子女脫離家庭暴力之陰影，即便於父母離婚後，未成年子女仍有處於家庭暴力之風險中之疑慮，

²¹⁰家庭暴力防治法，於民國八十七年六月二十四日總統令制定公布，於同年六月二十六日施行，現行家庭暴力防治法第 43 條為民國八十七年制定公布之第 35 條。

²¹¹家庭暴力防治法第 43 條。

再者，有鑑於法官對於家庭暴力行為於個案中之解讀可能隨社會、文化或教育背景而有不同見解，甚而認定有家庭暴力之父或母未必即不適於行使親權，此外，礙於家庭暴力行為多發生於家庭內部，難為外人所知悉，更具有潛在的危險性之考量，是故，藉由該項立法，確保能夠即時保護未成年子女之安危，使未成年子女於父母離婚後能夠免於遭受家庭暴力之威脅，因此，有其立法上之實益。

此一家庭暴力防治法第四十三條之立法，固為良善，亦值得肯定，惟其立法上似稍嫌粗糙：首先，觀以家庭暴力防治法第四十三條之「已發生家庭暴力者」應如何定義，按該條文義觀之，似乎一有家庭暴力行為，法院即需適用該條文，排除該家庭暴力行為之父或母擔任離婚後未成年子女親權行使人之可能，然而，該條之立法本意，應係在於避免未成年子女有受家庭暴力危害之虞或危害之可能，蓋有時未成年人縱然非家庭暴力行為之主要對象，長期處在此一環境中，心理上即有可能受到影響，更甚者，成為家庭暴力之直接對象，或是將來有成為加害者之可能性，不論何種情形，對於未成年子女而言，均屬一大隱憂，因此，特設此一防線保護未成年子女，惟重視「未成年子女最佳利益」之同時，未必即需犧牲父母擔任離婚後親權行使人之權利，於某些情況下，並非所有家庭暴力行為，均有危害未成年子女，如：父母因一時口角而動手，因此，允許推翻原先依法律所為之推定；其次，觀以該條文義，欲推翻該項法律上推定，似需證明由家庭暴力加害者為離婚後親權行使人並非不利於其未成年子女即可，惟家庭暴力行為之所以為吾人所警惕，乃在於家庭暴力行為對於未成年子女成長過程影響極大，且有其潛在性風險存在可能，僅以家庭暴力加害者之主客觀條件有利於成為離婚後親權行使人之理由，而忽略家庭暴力行為所帶來之負面影響，似有所疑問，蓋吾人所重視者，應係家庭暴力行為對於未成年子女之生、心理所帶來之顯在性或潛在性風險，是故，法院於認定此一推定事由時，宜考量家庭暴力行為之發生是否對於「未成年子女最佳利益」之保護有所影響，認定上不妨參考美國模範家庭暴力法之立法模式，考量加害人曾有之毆打史、受害人生、心理上所受到之創傷，並應參酌發生暴力行為之背後原因；第三，有鑑於家庭暴力行為多好發於家庭內部，法官或第三人難以知悉，且有時涉及心理治療與評估等專業，為免過度依賴審判者之主觀判斷，宜結合社工人員或心理專家等之專業。

第四節 實務見解²¹²

民國八十五年民法親屬編修正前，吾國法律僅規定一「未成年子女最佳利益」之原則，供法院裁判時參考，尚無一具體標準可資遵循，為避免法官評斷「未成年子女最佳利益」過於恣意，實務上曾有一判例指出²¹³：「所謂監護，除生活扶養外，尚包括子女之教育、身心之健全發展及培養倫理道德等習性而言。法院應就兩造之職業、經濟狀況、監護能力及其子女之多寡等一切情況，通盤加以考慮」，本則判例雖已不再援用，然其意旨已被民法第一〇五五條之一各款與其他特別法所吸收。再者，民法第一〇五五條之一立法理由亦指出，該條各款僅係一提示性具體客觀事項，因此，法院仍應本於「未成年子女最佳利益」運用其裁量權，審酌一切情狀，而不應限於該條所明文之具體客觀事項。

隨時代變遷、價值觀改變，「未成年子女最佳利益」之內涵亦有所不同，為期了解實務目前對於現行法上之『未成年子女最佳利益審酌事項』之解讀，本節擬透過：「民法第一〇五五條之一之具體客觀事由」、「兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條」、「家庭暴力防治法第四十三條」三方面於實務上之運作，期能藉此進一步了解實務上如何評價我國法上之『未成年子女最佳利益審酌事項』及其考量理由，作為日後修法參考之依據。

第一項 民法第一〇五五條之一

第一款 子女之年齡、性別、人數及健康情形

一、年齡

未成年子女年齡，乃實務上常見之審酌事項，常用以推定「幼年原則」之適用，以及判斷未成年子女意願之可信度(本部分僅先探討實務上對於「推定幼年原則」之援用)。

然而，隨社會與時代變遷、婦女就業比例提高，「幼年原則」之重要性逐漸降低，母親即便有擔任離婚後親權行使人之優勢，仍須進一步審查母親之適任性，因此，仍會一併審酌其他『未成年子女最佳利益審酌事項』。再者，對於幼年之年

²¹²本文以「離婚&民法第 1055 條/離婚&民法第一千零五十五條」之關鍵字，於司法院法學資料檢索系統中，蒐集於民國八十九年至九十九年底期間，全台 21 個地方法院判決，並以「法院酌定離婚後親權行使人」為主軸，排除與本論文主題無涉之案件(如：原告敗訴、給付扶養費、變更姓氏等案件)，共 304 個地方法院判決，作為本章節實務判決歸納與分析之對象。

²¹³最高法院 69 年台上字第 2597 號判例，本則判例於民國 92 年 5 月 27 日經最高法院 92 年度第 9 次民事庭會議決議不再援用，不再援用理由：本則判例與現行法第 1055 條規定不符。

紀界定，隨著各人對其幼年之認知而歧異，有六歲、四歲、三歲以下不等。「幼年原則」縱然非為「未成年子女最佳利益」決定因素，於實務上仍不乏有運用幼年原則之情形，有時縱然未明白揭示幼年原則之適用，但可自判決書內容可見其原則內涵，如：雖脫離襁褓究屬年幼²¹⁴、更需母親照護成長²¹⁵、現尚年幼仍須母親呵護²¹⁶、尚屬稚齡幼兒仍須母親悉心呵護²¹⁷、現尚年幼宜由母親照護²¹⁸、極需母親在旁呵護²¹⁹，等用語。

實務上選擇由母擔任離婚後親權行使人之理由在於，考量母親的關愛與照顧是幼兒的最大需求，母親可能比父親較能對幼兒之需求提供更好之看護與關懷²²⁰，又在雙親家庭中成長之孩童，母親之角色有其獨特之女性人格特質，最能瞭解小孩生活上之需要，母親亦往往較能照顧小孩之生活起居，於親子關係方面，母親亦往往較父親更能促進親子間之互動溝通，而父親若要取代母親的功能角色，即便花極大功夫與時間，亦恐不能扮演好母親之角色，因在本質上，父親與母親在家庭中係處於完全不同的角色扮演功能²²¹。

由於「幼年原則」僅係推定由母親擔任年幼子女離婚後親權行使人，對幼年子女身心發展上，較為有利，因此，倘若有證據或現狀顯示，由母親擔任離婚後親權行使人恐生不利情事時，即可推翻幼年原則之推定，如：屢次違反法院關於不得未經父親之同意逕自攜同未成年子女出國之假處分裁定²²²，蓋有蓄意阻礙父親與其未成年子女間之親子關係正常發展之疑慮，父親於未成年子女成長過程中，其重要性並不亞於母親，因此，法院認為即可推翻原先關於「幼年原則」之推定。

二、性別、人數

未成年子女之性別、人數，實務審酌比例上較低，通常仍會一併審酌其他『未成年子女最佳利益審酌事項』。考量未成年子女性別或人數之理由在於，前者係有

²¹⁴台北地方法院 90 年度婚字第 541 號判決。

²¹⁵台北地方法院 94 年度婚字第 295 號判決。

²¹⁶士林地方法院 92 年度婚字第 314 號判決。

²¹⁷士林地方法院 92 年度婚字第 348 號判決。

²¹⁸雲林地方法院 96 年度婚字第 175 號判決。

²¹⁹高雄地方法院 93 年度婚字第 781 號判決。

²²⁰類似判決參：台北地方法院 91 年度婚字第 748 號判決、台北地方法院 92 年度婚字第 30 號判決等等。

²²¹類似判決參：板橋地方法院 97 年度監字第 235 號判決、板橋地方法院 97 年度婚字第 596 號判決、板橋地方法院 97 年度婚字第 596 號判決、台中地方法院 97 年度親字第 106 號判決等等。

²²²台北地方法院 89 年度婚字第 508 號判決

鑑於由同性別之父或母擔任離婚後親權行使人，對於未成年子女成長較為有利，蓋較為了解彼此生理上發展、心理上所需，進而提供適當協助；碰到問題時，相較於異性，理論上更易溝通²²³；後者則本於手足不分離之立場，使其得以於日後成長與學習過程中相伴，不宜因父母離婚而強迫分離²²⁴，況若由父母分別照顧，可能造成手足長期分離之後果對於未成年子女而言並非有利²²⁵，因此，實務傾向認為未成年子女離婚後親權行使人若能歸由一方擔任，可使數名子女由同一親母照顧，父母對於探視時間一起生活、相處，使未成年子女共享父母之關愛²²⁶。

然本文以為，未成年子女之性別與人數，隨著家庭角色分工，以及會面交往權之功能，其重要性已顯著降低。

三、健康情形

未成年子女健康情形，實務審酌比例遠低於父母之健康情形，通常仍會一併審酌其他『未成年子女最佳利益審酌事項』。而考量此一審酌事項之理由，係認為未成年子女之健全成長有賴於父母親職角色之發揮²²⁷，蓋父母之健康(包含生理、心理兩方面)不佳，何能賦予未成年子女一個健全成長環境，再者，保護教養現狀之維持，對於健康情況不佳之未成年子女而言，更顯重要²²⁸，此外，未成年子女生、心理上之缺陷，常須父母付出更多的關心，若父母並無妥善照顧之意願，何來盡心照顧²²⁹。然而，照顧一個健康情形不佳之未成年子女，對於生活或經濟上亦為一大負擔，因此，除父母本身意願與態度外，家庭之支持、協助，仍為實務上考量之重要事項²³⁰。

第二款 子女之意願及人格發展之需要

一、意願

曾有實務曾指出，於未成人具備相當智識程度與辨別事理能力之前提下，應尊重按未成年子女意願，以避免未成年子女排斥法院所決定離婚後親權行使人

²²³類似判決參：台北地方法院 92 年度婚字第 56 號判決、台北地方法院 91 年度婚字第 522 號判決、士林地方法院 89 年度婚字第 394 號判決等等。

²²⁴桃園地方法院 94 年度婚字第 1187 號判決。

²²⁵台南地方法院 97 年度婚字第 445 號判決。

²²⁶嘉義地方法院 96 年度婚字第 74 號判決。

²²⁷新竹地方法院 97 年度婚字第 207 號判決。

²²⁸桃園地方法院 96 年度婚字第 1026 號判決

²²⁹桃園地方法院 96 年度婚字第 1026 號判決

²³⁰板橋地方法院 92 年度婚字第 868 號判決。

²³¹。未成年子女之意願與其年齡有密切關聯性，實務上審酌未成年子女意願時，普遍透過未成年子女年齡，以及其於訪視中或法庭上陳述，使法院得以間接判斷未成年子女是否有能力表達自己意願²³²、或其意願傳達上是否清晰²³³。

通常滿七歲之未成年子女，法院通常認為已有相當之自主意識、表達與辨別事理能力²³⁴，七歲以下未成年人之意願，於法院裁判上之影響則不大，蓋後者心智年齡相較於滿七歲之未成年人而言，成熟度與判斷度更低，且易受第三人之影響，誘導可能性極大，然而，有些實務仍會加以尊重並參酌之，惟七歲以下未成年子女畢竟尚屬年幼，法院僅能透過未成年子女本身較喜歡與何方相處、同住，間接了解其意願²³⁵，因此，有鑑於未成年子女意願判斷之不易，實務上仍會一併審酌其他『未成年子女最佳利益審酌事項』。

誠如前述，即便是未成年人，隨著不同年齡、心智發展上仍有所差異²³⁶，因此，有鑑於未成年子女心智與成人有異，易受第三人不當之影響，法院審酌未成年子女之意願時，宜進一步探究其意願之形成動機，諸如：未成年子女意願之形成係為探查父母離婚過咎而選擇某一方²³⁷，或受親子相處時間、父母管教方式之影響²³⁸，或本於忠誠表現而為之選擇²³⁹，等等，此乃法院之重要職責，以避免過度尊重未成年子女意願之後果，反有害其最佳利益。

二、人格發展之需要

實務上多為一語帶過，較少仔細著墨，然而，之所以法院酌定離婚後親權行使人時，必須斟酌諸多審酌事項，其目的無非在於慎重決定一適當離婚後親權行使人。

第三款 父母之年齡、職業、品行、健康情況、經濟能力及生活狀況

本款事項乃關於父母之客觀條件，審酌上之次數以經濟、品性最常為法院加以斟酌之，其次為健康、生活狀況，再次之則為父母之年齡。

²³¹台中地方法院 99 年度婚字第 199 號判決。

²³²台北地方法院 89 年度婚字第 322 號判決。

²³³士林地方法院 91 年度婚字第 662 號判決。

²³⁴類似判決參：台中地方法院 99 年度婚字第 199 號判決、金門地方法院 99 年度婚字第 15 號判決、雲林地方法院 97 年度婚字第 23 號判決等等。

²³⁵類似判決參：台中地方法院 96 年度婚字第 974 號判決(5 歲)、雲林地方法院 96 年度婚字第 397 號判決(6 歲)、高雄地方法院 93 年度婚字第 1521 號判決(5、4 歲)等等。

²³⁶基隆地方法院 93 年度婚字第 367 號判決。

²³⁷台北地方法院 88 年度婚字第 210 號判決。

²³⁸台北地方法院 91 年度婚字第 966 號判決。

²³⁹高雄地方法院 96 年度婚字第 193 號判決。

一、職業、經濟

父母之職業與其經濟有密不可分關係，穩定的經濟能夠提供未成年子女未來生活之保障，因此，實務上通常均會加以審酌父母之經濟。然而，經濟與職業，並非決定離婚後親權行使人之關鍵，不論雙方客觀條件相當或不相當，法院均會併同審酌其他『未成年子女最佳利益審酌事項』。

近來已有實務見解認為父母經濟問題，或可透過各自家庭支持系統協助²⁴⁰，或可由離婚後未任親權行使人一方之經濟上給予協助、未成年子女扶養費用之給付²⁴¹，亦可透過社會福利制度補助²⁴²，等方式解決，實務亦有認為離婚後親權行使人之經濟能力，只需仍維持基本生活已足²⁴³，顯見父母之經濟能力已非審酌未成年子女最佳利益之絕對條件。

惟有些時候父或母仍會因其經濟條件不佳，主動放棄爭取擔任離婚後親權行使人²⁴⁴，於父母無意願爭取之情況下，法院傾向將離婚後親權行使交由較有意願之一方，本文以為，其理由應在於父母既無意願之情況下，何能期待盡到保護、教養未成年子女之職責，對未成年子女而言亦非有利，惟卻也使未成年子女置於風險之中。

二、健康情形

誠如先前未成年子女健康情形所提及，父母健康情形相較於未成年子女而言，於個案中更顯重要，然而，非謂生理、心理上健康問題即絕對無法擔任離婚後親權行使人，實務上雖有直接認為健康不佳者，不適宜任親權行使人²⁴⁵，但仍有認為尚須審酌該健康問題是否影響其任親權行使人一職而定²⁴⁶，倘若已治癒或對於「未成年子女最佳利益」無重大不利之影響時，不宜剝奪其擔任離婚後親權

²⁴⁰類似判決參：雲林地方法院 97 年度婚字第 20 號判決、板橋地方法院 96 年度婚字第 682 號判決、板橋地方法院 96 年度婚字第 669 號判決等等。

²⁴¹類似判決參：台東地方法院 99 年度家抗字第 12 號判決、士林地方法院 96 年度婚更(一)1 號判決、雲林地方法院 96 年度婚字第 463 號判決等等。

²⁴²基隆地方法院 98 年度婚字第 125 號判決。

²⁴³台中地方法院 89 年度婚字第 87 號判決。

²⁴⁴類似判決參：士林地方法院 95 年度婚字第 1076 號判決、台北地方法院 94 年度婚字第 242 號判決、台北地方法院 92 年度婚字第 119 號判決等等。

²⁴⁵高雄地方法院 92 年度婚字第 762 號判決。

²⁴⁶桃園地方法院 98 年度婚字第 686 號判決：「...綜上全情，並考量未成年女己○○、庚○○均尚年幼，陳明願與原告同住之意願，戊○○現由原告照顧亦無何不妥情事，被告過往與其父母照顧戊○○固付出心力，然其罹患甲狀腺機能亢進症，曾有多次自殺紀錄，反觀原告身處被告外遇婚姻破碎局面，仍能秉持理性教導未成年女己○○、庚○○，協助未成年女己○○、庚○○寄送父親節卡片予被告，顯然原告較適合行使負擔對於未成年女己○○、庚○○之權利及義務。...」

行使人之機會²⁴⁷，再者，當事人面對自身健康之態度亦十分重要²⁴⁸。

三、生活狀況

父母之生活狀況(如:生活作息、賭、酒等等)，於法院審理過程中極少審酌，其理由應係最終非由生活狀況不佳者，擔任離婚後親權行使人一職，或涉及私人問題所致，況且個人生活狀況如何，除非係家庭成員，否則難為外人所知悉。然而，本文以為，未來與未成年子女一同生活之人，倘若其生活狀況不佳，何能確保未成年子女於父母離婚後，仍能生活在一健全環境中，故仍有審酌之必要。

四、品性

父母之品性，乃十分抽象概念且範圍極廣，隨時代變遷、價值觀而異，本文以為，除個性外，舉凡家庭暴力(詳參本節第三項)、性向、道德考量、對於未成年子女之不當行為等均可能包含在內。

父母性向，曾有實務加以斟酌，然而，此涉及個人性向問題實乃少數，立於「未成年子女最佳利益」之觀點，同性戀者，未必即為一不適任之親權行使人²⁴⁹，再者，父母道德方面，或有認為不足為未成年子女之榜樣而加以斟酌之²⁵⁰，但亦有認為此乃婚姻忠貞義務之違反，不得抹煞該方對其子女的關愛²⁵¹，對此，本文以為，立於保護未成年子女之立場，除非父母之不當舉止已嚴重影響未成年子女之成長(如²⁵²：目睹通姦行為)外，否則原則上不宜剝奪任親權行使人之機會。惟對於父母之不當舉止，如：虐待(詳參本節第三項)、性侵害²⁵³、吸食毒品²⁵⁴，等等，實務站在保護未成年子女之立場，自不允許可能造成未成年子女危害之人，擔任離婚後親權行使人。

第四款 父母保護教養子女之意願及態度

父母之意願與態度係密不可分，蓋其意願有時會影響外在態度。父母對於擔任離婚後親權行使人角色之意願，以及對其所表現出來之態度，均有可能影響法

²⁴⁷板橋地方法院 94 年度婚字第 838 號判決。

²⁴⁸桃園地方法院 95 年度婚字第 772 號。

²⁴⁹板橋地方法院 92 年度婚字第 1472 號判決。

²⁵⁰類似判決參：台北地方法院 98 年度婚字第 2 號判決、嘉義地方法院 92 年度婚字第 149 號判決等等。

²⁵¹彰化地方法院 93 年度婚字第 17 號判決。

²⁵²嘉義地方法院 92 年度婚字第 149 號判決。

²⁵³類似判決參：板橋地方法院 98 年度婚字第 843 號判決。

²⁵⁴類似判決參：板橋地方法院 98 年度婚字第 420 號判決。

院判決。實務上常會直接判予有意願、積極爭取者²⁵⁵，相反地，於一方無意願(單純無意願²⁵⁶、因其他因素放棄²⁵⁷)或已有共識時²⁵⁸，法院則進一步審酌父母協議是否不利於未成年子女，即是否有不適任之處。

父母之態度不佳者，法院原則上不加以考量，諸如：未提供扶養費²⁵⁹、無家庭責任(對於未成年子女棄之不顧²⁶⁰、長年在外或不加聞問²⁶¹、行蹤不明²⁶²)、對於擔任離婚後親權行使人角色之態度較為消極(拒絕訪視、不到場)²⁶³，法院通常會傾向判給較積極之父或母，同時審查積極一方之適任性。

相較於未成年子女意願，父母之意願與態度於法院審理過程中雖較不多見，然倘若加以考量，即具有關鍵性影響，蓋若父母無意爭取未成年子女離婚後親權行使權利時，法院強迫其任之，對於未成年子女而言，勢必弊多於利，惟重視父母意願之同時，卻也因此使未成年子女置於風險中。

由於法院為家庭外之第三人，民法第一〇五五條之一賦予法院能夠參酌訪視人員之訪視報告，因此，實務上普遍藉由訪視報告了解父母子女或與「未成年子女最佳利益」相關之人的適格性，於父母均具有意願之前提下，倘若雙方條件均等、各有所長或差距不大者(父母雙方條件係指民法第一〇五五條之一之一切情況、具體客觀事項以及與「未成年子女最佳利益」有關之一切事項)，通常或輔以其他『未成年子女最佳利益審酌事項』一同評價，最常見之輔助事項為：父母子女間及未成年子女與其共同生活人間之感情狀況，其次為未成年子女之意願，再次之為家庭暴力行為與未成年子女之年齡²⁶⁴；相反地，雙方條件差距甚大者，保

²⁵⁵類似判決參：高雄地方法院 99 年度婚字第 308 號判決、板橋地方法院 98 年度婚字第 665 號判決、雲林地方法院 97 年度婚字第 7 號判決等等。

²⁵⁶類似判決參：彰化地方法院 96 年度婚字第 475 號判決、雲林地方法院 96 年度婚字第 360 號判決等等。

²⁵⁷類似判決參：新竹地方法院 97 年度婚字第 207 號判決(因經濟條件不佳)、桃園地方法院 96 年度婚字第 1026 號判決(家庭暴力)、板橋地方法院 95 年度婚字第 1076 號判決(因經濟條件不佳)等等。

²⁵⁸類似判決參：雲林地方法院 97 年度婚字第 7 號判決、雲林地方法院 96 年度婚字第 395 號判決、雲林地方法院 96 年度婚字第 198 號判決等等。

²⁵⁹類似判決參：板橋地方法院 96 年度婚字第 669 號判決等等。

²⁶⁰類似判決參：台北地方法院 99 年度婚字第 280 號判決、台中地方法院 98 年度婚字第 615 號判決等等。

²⁶¹類似判決參：板橋地方法院 99 年度婚字第 340 號判決、台中地方法院 99 年度婚字第 641 號判決、台中地方法院 97 年度親字第 106 號判決等等。

²⁶²類似判決參：桃園地方法院 99 年度婚字第 686 號判決、高雄地方法院 97 年度婚字第 610 號判決、雲林地方法院 97 年度婚字第 5 號判決等等。

²⁶³類似判決參：板橋地方法院 98 年度婚字第 497 號判決、桃園地方法院 98 年度婚字第 243 號判決、桃園地方法院 98 年度婚字第 243 號判決等等。

²⁶⁴類似判決參：台北地方法院 88 年度婚字第 235 號判決(未成年子女意願、父母子女間或未成年子女

護及教養未成年子女條件較為不佳之父或母，仍可透過其他之『未成年子女最佳利益審酌事項』成為離婚後親權行使人²⁶⁵。

第五款 父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況

實務上多集中審酌父母子女間之感情狀況，較少論及與其他共同生活人間之感情狀況，如：手足、同住祖父母。實務上對於本款之評價，多透過父母子女之感情緊密與否(感情連結性強弱)²⁶⁶、親子互動²⁶⁷、依附關係²⁶⁸，等等加以觀察，蓋父母子女感情疏遠亦難為發揮教養功能之故，因此，於實務上審酌比例極高。

主要照顧者乃係透過父母或與「未成年子女最佳利益」有關之第三人與未成年子女間心理上之依賴程度而決定，蓋隨著依賴程度差異，感情程度亦有所不同。此為我國實務上極為常見，實務上評價方式有三：1.父或母之一方為未成年子女之主要照顧者²⁶⁹；2.父或母自幼或長期撫育、照料未成年子女日常生活²⁷⁰；3.實際照顧未成年子女日常生活起居²⁷¹，此乃未成年子女基於與照顧者間之感情，所產生心理上之依附感、穩定感。

隨著主要照顧者的運作，卻也再度出現實務上難題，以及學理上之質疑²⁷²，諸如²⁷³：於父母均有參與，或者均無參與過去未成年子女日常照顧情形下，將生疑義²⁷⁴，有鑑於主要照顧者判斷上困難，因此，實務轉而探究未成年子女目前由

與其他共同生活人間之感情狀況)、台北地方法院 88 年度婚字第 361 號判決(家庭暴力行為、家庭支持系統)、台北地方法院 88 年度婚字第 53 號判決(未成年子女意願、父母子女間或未成年子女與其他共同生活人間之感情狀況、未成年子女對於環境之穩定感)等等。

²⁶⁵類似判決參：台北地方法院 88 年度婚字第 235 號判決(未成年子女意願、父母子女間或未成年子女與其他共同生活人間之感情狀況)、台北地方法院 88 年度婚字第 556 號判決(未成年子女意願、父母對於保護及教養之態度、家庭暴力行為)等等。

²⁶⁶類似判決參：士林地方法院 97 年度婚字第 340 號判決、桃園地方法院 96 年度婚字第 925 號判決、士林地方法院 95 年度婚字第 466 號判決等等。

²⁶⁷類似判決參：板橋地方法院 99 年度婚字第 340 號判決、台中地方法院 99 年度婚字第 258 號判決、雲林地方法院 97 年度婚字第 7 號判決等等。

²⁶⁸類似判決參：台中地方法院 99 年度婚字第 13 號判決、彰化地方法院 98 年度婚字第 296 號判決、南投地方法院 98 年度婚字第 163 號判決等等。

²⁶⁹類似判決參：台中地方法院 99 年度婚字第 258 號判決、南投地方法院 98 年度婚字第 163 號判決、高雄地方法院 99 年度婚字第 308 號判決等等。

²⁷⁰類似判決參：台中地方法院 97 年度婚字第 476 號判決、台中地方法院 97 年度親字第 106 號判決、苗栗地方法院 96 年度婚字第 268 號判決等等。

²⁷¹類似判決參：桃園地方法院 96 年度婚字第 946 號判決、屏東地方法院 96 年度婚字第 268 號判決、等等。

²⁷²Chien Liang-yu, *supra* note 103, at 106; 李立如, 前揭註 105, 頁 800。

²⁷³李立如, 前揭註 105, 頁 800-802。

²⁷⁴類似判決參：高雄地方法院 97 年度婚字第 1083 號判決(父母於婚姻關係存續中均有照顧之情)、新竹地方法院 96 年度婚字第 92 號判決(父母於婚姻關係存續中均非主要照顧者)、雲林地方法院 96 年度婚字第 74 號判決(父母於婚姻關係存續中均非主要照顧者)等等。

何方照顧，傾向維持現狀²⁷⁵，此乃基於未成年子女所適應之現狀，透過維持受保護及教養現狀之穩定性，進而決定離婚後親權行使人，蓋未成年子女既已適應目前生活環境，與父或母之一方的教養方式，較不宜改變現狀²⁷⁶，避免改變環境，恐影響未成年子女人格發展，對其成長、學習均有所不利之故²⁷⁷。

第二項 兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條

民國八十五年至九十二年間，法院為離婚後親權行使人決定時，是否仍應遵從中央法規標準法第十六條之規定，優先適用於該期間內尚未廢止之兒童福利法第四十一條與少年福利法第九條之規定，抑或是可適用民法第一〇五五條之一規定為之？對此，自本論文所蒐集之實務判決書內容觀之，雖有以指出應依兒童福利法或少年福利法之相關規定，但審酌事項之內容實為民法第一〇五五條之一之規定²⁷⁸，或適用民法第一〇五五條之相關規定²⁷⁹，更有實務見解明白指出適用民法第一〇五五條之一之規定²⁸⁰。

另誠如本章第二節曾述，兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之『未成年子女最佳利益審酌事項』均可涵攝於民法第一〇五五條之一，又實務上於法院為離婚後親權行使人決定時，亦少見特別針對該法中之審酌事項為斟酌，本論文於此便不贅述。

第三項 家庭暴力防治法第四十三條

實務上，於未成年子女離婚後親權行使人之決定，涉有家庭暴力之問題時，並非均會加以審酌，尤其最後酌定之親權行使人並非家庭暴力行為之加害者一方

²⁷⁵類似判決參：桃園地方法院 99 年度婚字第 686 號判決、南投地方法院 99 年度婚字第 61 號判決、板橋地方法院 98 年度婚字第 22 號判決等等。

²⁷⁶類似判決參：士林地方法院 94 年度婚字第 378 號判決、士林地方法院 94 年度婚字第 352 號判決、士林地方法院 94 年度婚字第 405 號判決、士林地方法院 95 年度婚字第 466 號判決、士林地方法院 97 年度婚字第 340 號判決、桃園地方法院 96 年度婚字第 1128 號判決、新竹地方法院 92 年度婚字第 510 號判決、新竹地方法院 96 年度婚字第 356 號等等。

²⁷⁷類似判決參：士林地方法院 96 年度婚更(一)第 1 號判決、板橋地方法院 97 年度婚字第 548 號判決、台中地方法院 94 年度婚字第 249 號判決等等。

²⁷⁸板橋地方法院 88 年度婚字第 503 號民事判決：「(前略).....兒童福利法第四十一條第一項亦有明文。而決定子女權利義務之行使、負擔，應以子女最佳利益為原則，其考量之方向應包括：子女之年齡、性別、人數及健康情形，子女之意願及人格發展之需要，父母之年齡、職業、品性、健康情形、經濟能力及生活狀況，父母教養孩子之意願及態度，父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況等事項綜合判斷.....。」類似判決參：板橋地方法院 88 年度婚字第 777 號民事判決、南投地方法院 88 年度婚字第 194 號民事裁判等等。

²⁷⁹類似判決參：雲林地方法院 89 年度婚字第 60 號民事判決、雲林地方法院 92 年度監字第 16 號民事裁定、南投地方法院 88 年度婚字第 194 號民事裁判等等。

²⁸⁰類似判決參：臺北地方法院 88 年度婚字第 234 號民事判決、臺北地方法院 88 年度婚字第 235 號民事判決、臺北地方法院 88 年度婚字第 210 號民事判決等等。

時，即較少審酌家庭暴力防治法第四十三條之規定²⁸¹，但絕大多數個案中涉有家庭暴力問題時，法院仍會予以審酌。然而，除審酌家庭暴力行為外，實務上亦會一併審酌其他審酌事項²⁸²。

法院原則上不會將離婚後親權行使權利交由家庭暴力加害者擔任²⁸³，即便未成年子女不反對與家庭暴力之一方同住²⁸⁴，蓋實務普遍認為，家庭暴力行為縱使非針對未成年子女，然家庭暴力加害者之錯誤偏差觀念與薄弱行動控制力，實非未成年子女學習榜樣²⁸⁵，且亦可能於離婚後轉而施暴於未成年子女²⁸⁶，蓋家庭暴力行為有其潛在性風險²⁸⁷，更甚者，對於未成年子女產生不良影響，諸如：扭曲人格、情緒沮喪、焦慮、身體不適、同儕間之衝突、社會遠離和偏見、不聽從成人意見及違反法律，以及其他諸多行為偏差之問題²⁸⁸。

惟仍有實務見解忽視家庭暴力所帶來之影響，認為家庭暴力非針對未成年子女而發生，或基於加害者各方面條件較具優勢，而由其任離婚後親權行使人²⁸⁹，或者本於未成年子女意願²⁹⁰，或基於父母所達成之共識或意願²⁹¹，顯係忽略家庭暴力行為對於未成年子女成長過程中所帶來之可能風險²⁹²。

家庭暴力防治法第四十三條，容許加害人舉證推翻原先法律上之推定，其推翻理由，或由法院審酌「未成年子女最佳利益」諸多審酌事項後，推翻原先按家庭暴力防治法所為之推定，如：尚未針對未成年子女核發保護令²⁹³、加害人為主

²⁸¹類似判決參：桃園地方法院 96 年度婚 661 號判決、新竹地方法院 96 年度婚字第 50 號判決、苗栗地方法院 96 年度婚字第 268 號判決等等。

²⁸²類似判決參：高雄地方法院 99 年度婚字第 308 號判決(除家庭暴力行為外，尚審酌主要照顧者、監護現況、父母子女間感情)、桃園地方法院 98 年度婚字第 243 號判決(除家庭暴力行為外，尚審酌未成年子女意願)等等。

²⁸³類似判決參：金門地方法院 99 年度婚字第 11 號判決、南投地方法院 98 年度婚字第 163 號判決、桃園地方法院 98 年度婚字第 243 號判決等等。

²⁸⁴台中地方法院 94 年度婚字第 122 號。

²⁸⁵類似判決參：士林地方法院 89 年度婚字第 394 號判決、台中地方法院 95 年度婚字第 1019 號判決等等。

²⁸⁶基隆地方法院 93 年度婚字第 367 號判決。

²⁸⁷桃園地方法院 96 年度婚字第 614 號判決。

²⁸⁸台中地方法院 95 年度婚字第 1019 號判決。

²⁸⁹台東地方法院 98 年度婚字第 55 號判決。

²⁹⁰類似判決參：台北地方法院 92 年度婚字第 119 號判決、台北地方法院 91 年度婚字第 522 號判決等等。

²⁹¹類似判決參：台北地方法院 92 年度婚字第 119 號判決、台北地方法院 92 年度婚字第 532 號判決等等。

²⁹²台北地方法院 94 年度婚字第 242 號判決：「...查被告於親子關係、親屬支持系統、經濟能力、身心健康等方面均較原告為優，然被告曾對原告、000 有家庭暴力行為，故對於 000 權利義務之行使及負擔宜由兩造共同任之，但由被告負主要照顧責任。...」

²⁹³士林地方法院 95 年度婚字第 2 號判決。

要照顧者²⁹⁴、加害人過去照顧情況未有不當之處²⁹⁵、未成年人已熟悉穩定之環境²⁹⁶、加害人家庭支持系統相較於受虐者為佳等等，或因他造無法確切提出證據證明一方有家庭暴力行為，而認為加害人亦得為一適任親權行使人，顯均係忽略家庭暴力對於未成年子女可能帶來之潛在性影響。

第五節 小結

為了能夠對於『未成年子女最佳利益審酌事項』為全面審查，確保「未成年子女最佳利益」於個案中之實現，除民法第一〇五五條之一外，特別法中之『未成年子女最佳利益審酌事項』之規範，法院均應一併加以審酌。

民法第一〇五五條之一與兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條、家庭暴力防治法第四十三條之間，固然有特別法優於普通法原則之適用，然而，法院為離婚後親權行使人之決定一事，於民國八十五年修正後，已全面回歸民法適用，又兒童及少年福利與權益保障法舊第十四條之『未成年子女最佳利益審酌事項』，觀其內容，均可涵蓋於民法第一〇五五條之一中，且按現行兒童及少年福利與權益保障法之規定，關於收養認可一事已全面由出養機構評估其必要性，顯見原有之『未成年子女最佳利益審酌事項』已回歸民法適用之，因此，對於『未成年子女最佳利益審酌事項』，以民法所規範者為優先適用，應無疑問。另於民法第一〇五五條之一與家庭暴力防治法第四十三條之間，考量家庭暴力行為對未成年子女所帶來之負面影響極大，利益衡量上，法院審酌上自應優先審酌有無家庭暴力防治法第四十三條之適用。

我國法上『未成年子女最佳利益審酌事項』於實務上之運用情況：

(一)審酌內容：

除法律所明文之具體客觀事項外，舉凡與「未成年子女最佳利益」有關之一切事項，均應包含在內。我國實務上，法院或有針對具體明文之『未成年子女最佳利益審酌事項』均加以審酌，或有僅針對其中幾項審酌事項加以審酌，然其所審酌之事項，均係為了支持其判決結果。

²⁹⁴類似判決參：台東地方法院 98 年度婚字第 55 號判決、高雄地方法院 97 年度婚字第 1083 號判決等等。

²⁹⁵類似判決參：台東地方法院 98 年度婚字第 55 號判決、士林地方法院 95 年度婚字第 2 號判決、台中地方法院 94 年度婚字第 249 號判決等等。

²⁹⁶類似判決參：高雄地方法院 97 年度婚字第 1083 號判決、台中地方法院 94 年度婚字第 249 號判決等等。

再者，絕大部分判決均參酌社工人員的訪視報告，本文以為其理由有三：1. 民法第一〇五五條之一明文法院得參考社工人員訪視報告，又為避免過度介入家庭自治而事先形成既定之刻板印象所致；2. 法官對於心理、輔導、教育等專業知識較為不足，有待專家協助評估何謂「未成年子女最佳利益」；3. 減輕法院為調查與「未成年子女最佳利益」相關事證之負擔。

然而，有鑑於家事事件紛爭複雜且多樣化，法官為離婚後親權行使人之決定時，實應係針對不同個案，審酌一切情狀，綜合判斷「未成年子女最佳利益」，因此，民法第一〇五五條之一所明文之具體客觀事項，非在於限制法院裁量權行使，僅係一提示性規定。

(二)審酌順序

實務上對於不同『未成年子女最佳利益審酌事項』之審理順序上，並無先後之分。惟本文以為，就「未成年子女最佳利益」之角度，與家庭暴力所帶來之負面影響觀之，似宜優先審查家庭暴力防治法第四十三條之推定，蓋「未成年子女最佳利益」之判斷，我國法雖設有具體客觀事項，惟仍有賴法官裁量權行使，倘若不優先審查家庭暴力防治法之規定，難保法官認為家庭暴力行為無礙於加害者擔任離婚後親權行使人一職，如此一來，將置未成年子女於父母離婚後仍處於家庭暴力之風險中，是故，審酌順序上宜以家庭暴力防治法之規定為優先。

(三)我國實務判決檢討

1、過度重視未成年子女意願

未成年子女意願乃實務判決上所應加以審酌之重要事項，惟未成年子女心智發展與一般成年人有異，法院酌定時，均一併考量其年齡、判斷力、成熟度與意願形成之動機，然而，實務判決仍有見過度尊重未成年子女意願之選擇²⁹⁷，而忽略隱藏之潛在性，如：家庭暴力問題。

2、較為重視父母之意願

為避免加諸責任於無意擔任離婚後親權行使人之父或母，相較於未成年子女之意願，實務上傾向於尊重父母之意願，惟有時父或母放棄爭取之理由在於經濟能力不佳之情況時²⁹⁸，倘若仍遷就父或母之意願者，似有不當之處。

²⁹⁷類似判決參：台北地方法院 91 年度婚字第 522 號判決、台北地方法院 89 年度婚字第 556 號判決。

²⁹⁸類似判決參：桃園地方法院 96 年度婚字第 1026 號判決(家庭暴力)、新竹地方法院 97 年度婚字第 207 號判決(因經濟條件不佳)等等。

再者，按民法第一〇五五條之一第二項父母協議不利於未成年子女時，法院得改定離婚後親權行使人，其意固為良善，避免父母有一方迫於他方不當脅迫而放棄成為離婚後親權行使人，然而，於本論文所蒐集之判決中，雖仍有父母已達成協議之案例，惟法院判決結果多係維持、尊重父母原有之協議，僅有一判決係由法院變更原先父母所協議之共同監護方式，改以單獨監護為之，其理由在於，父母本身爭執已大，欲共同行使離婚後親權行使人恐有困難²⁹⁹，顯見民法第一〇五五條之一第二項之規定於實務運用上之實益不大。

3、與「未成年子女最佳利益」之不當聯結

父母性向³⁰⁰、道德因素³⁰¹，實務上曾有判決加以斟酌。然而，立於「未成年子女最佳利益」之立場，父母本身問題實不宜轉嫁到未成年子女，離婚對於未成年子女而言實屬不幸之事，倘若因父母性向或道德因素等問題，即否定該方之適任性者，並非有利於未成年子女，因此，應限於該些事由已嚴重影響到未成年子女之心智發展等成長，方應加以考量。

4、家庭暴力行為之審酌

於我國實務上，對於涉有家庭暴力行為之案件，大多會加以審酌該行為，另按家庭暴力防治法第四十三條之規定，推定由家庭暴力行為人擔任未成年子女離婚後親權行使人較為不利。惟自我國實務見解觀之，家庭暴力加害者似乎僅需具有由其擔任未成年子女離婚後親權行使人較為有利之條件³⁰²，即可推翻原先之法律上推定，然而，如此對於未成年子女保障是否足夠，不無疑問。

(四)近來實務動向

『未成年子女最佳利益審酌事項』，隨著時代、社會、價值觀或個案情況之不同而異，除我國法上之具體審酌事項外，亦得以見到外國實務與學說有關之未成年子女最佳利益之替代原則。近來我國實務上，已逐漸轉向重視未成年子女受保護教養現狀之穩定性與持續性，此一見解亦為本文所肯認，蓋離婚乃迫使原有家庭生活改變之原因，隨著外在環境的變動，對於未成年子女之生、心理勢必有所

²⁹⁹台中地方法院 96 年度婚字第 974 號判決。

³⁰⁰板橋地方法院 92 年度婚字第 1472 號判決。

³⁰¹類似判決參：嘉義地方法院 95 年度婚字第 526 號判決、台北地方法院 98 年度婚字第 2 號判決等等。

³⁰²類似判決參：高雄地方法院 97 年度婚字第 1083 號判決(家庭暴力加害者為未成年子女之主要照顧者，照顧情況良好，且基於穩定性考量暫不宜變動)、台東地方法院 98 年度婚字第 55 號判決(家庭暴力加害者為未成年子女之主要照顧者，照顧情況良好，且基於穩定性考量暫不宜變動)等等。

影響，因此，透過未成年人受保護教養現狀之生活環境、父母經濟或教育上之穩定與持續³⁰³，藉以降低離婚所帶來之負面影響，應為現階段首要重視的。

此外，隨著跨國婚姻日漸頻繁之情況下，不同國籍者離婚後，法院為未成年子女離婚後親權行使人決定時，我國法上『未成年子女最佳利益審酌事項』是否適用？按涉外民事法律適用法舊第十五條之規定，離婚效力，依夫之本國法或中華民國法，以及台灣地區與大陸地區人民關係條例五十三條規定，結婚與離婚之效力依我國法，因此，涉外離婚事件於未成年子女離婚後親權行使人之決定上，我國法之『未成年子女最佳利益審酌事項』均有所適用³⁰⁴。惟隨現行涉外民事法律適用法第五十條之規定，改依夫妻協議時或與夫妻雙方相關之連繫因素，決定應適用之準據法後，即未必會適用我國法上之『未成年子女最佳利益審酌事項』，又有些外籍配偶之離婚案件，其離婚原因多以民法第一〇五二條第一項第五款「夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。」訴請裁判離婚，於法院審理過程中，多半係行蹤不明，或未於言詞辯論期日到場，僅依當事人一造辯論下所為之判決，於此情況下，法院縱然能夠審酌我國法上之『未成年子女最佳利益審酌事項』，卻也未必能夠確實保障「未成年子女最佳利益」³⁰⁵。然而，隨著國際環境變遷、開放，以及價值觀改變之結果，跨國婚姻、同性婚姻所組成之家庭，實為常見，對此種多元化婚姻所組成的家庭，法院於離婚後未成年子女親權行使人之決定上，除同樣應秉持「未成年子女最佳利益」之原則外，更應妥適運用其裁量權，審酌一切情狀，尊重多元文化背景，為該未成年子女決定其離婚後親權行使人。

³⁰³類似判決參：新竹地方法院 97 年度婚字第 207 號判決、新竹地方法院 96 年度婚字第 356 號判決、板橋地方法院 95 年度婚字第 2 號判決等等。

³⁰⁴類似判決參：台中地方法院 98 年度婚字第 799 號判決(台灣、大陸)、臺東地方法院 98 年度婚字第 55 號判決(台灣、越南)、嘉義地方法院 97 年度婚字第 347 號判決(台灣、大陸)等等。

³⁰⁵「...本件係外籍配偶婚姻案件，依訪視報告所呈現資料亦可見本件婚姻係原告花錢娶外籍配偶，主要目的在傳宗接代，則關於子女之照護，及於兒童欠缺母愛之成長過程中，應如何協助其健全自我成長，似仍需兒童福利主管機關及財團法人台灣兒童暨家庭扶助基金會雲林分事務所適時提供協助...」。

第五章 檢討與建議(代結論)

第一節 檢討

未成年人乃國際、社會與家庭中之弱勢者，有賴他人加以保護，使其身心得以健全發展，首擔其責者為父母。父母負有保護及教養未成年子女之職責，於婚姻關係存續中，固然得以透過父母協力之方式共同承擔教養未成年子女之責任。然而，於父母離婚後，共同行使親權上恐有困難，倘若能夠藉由彼此協議離婚後未成年子女之事宜，實為良善，惟離婚多半帶有撕破臉之特質，父母恐難冷靜慎重處理未成年子女事務，亦不具期待可能性，對此，為使未成年子女於父母離婚後仍能處於一健全環境中成長，透過公權力介入，取代原先父母之角色，依「未成年子女最佳利益」，妥善決定離婚後親權行使人，實乃今日立法潮流之趨勢。

「未成年子女最佳利益」乃處理未成年子女事務之最高指導原則，於未成年子女權益漸受重視之今日，法院為離婚後未成年子女親權行使人之決定，自應依此準則。離婚後親權行使人決定之依據，於民國八十五年前民法舊法規定，甚或是現已廢止之兒童福利法與少年福利法，均僅有一「未成年子女最佳利益」之原則，無任何可資法院審酌之具體客觀事項，惟該原則實係一不確定概念，於未成年子女不同成長階段而有不同內涵，致使法院裁量權極大，又法院乃家庭外之第三人，僅能藉過去或現存之事實為未成年子女之未來為決定，對於法院而言，何嘗不是一難事，縱然於民國八十二年修正之兒童福利法中，明文法院認可未成年子女被收養時，所應審酌之『未成年子女最佳利益審酌事項』，惟該法僅係適用於未滿十二歲之人，對於十二歲以上至未滿二十歲之未成年子女尚無法保障，僅能回歸民法親屬編適用，如此一來，仍舊陷入舊有法制不足之缺陷中，因此，各國立法、實務與學說，無不設法明確「未成年子女最佳利益」之內涵，期能降低該原則所帶來之模糊性。

第一項 審酌順序

於我國法中，關於離婚後親權行使人決定之標準，主要以民法親屬編為主，然而，其他法規中亦有規範關於離婚後親權行使人決定標準之實質內容，因此，法院決定離婚後親權行使人時，所應審酌之『未成年子女最佳利益審酌事項』，不應侷限於民法親屬編，如此方能確保吾人全面審慎評估「未成年子女最佳利益」。

有鑑於兒童及少年福利與權益保障法中之法院收養認可上之『未成年子女最

佳利益審酌事項』之規範已全面委由專業機關評估之，於現行法制中，法院決定父母離婚後親權行使人標準之『未成年子女最佳利益審酌事項』，於實體法中，以民法第一〇五五條之一與家庭暴力防治法第四十三條之規範為主，再者，按中央法規標準法第十六條之規定，家庭暴力防治法應優先於民法親屬編適用之，又家庭暴力防治法第四十三條，乃係推定由家庭暴力加害者為離婚後親權行使人，恐有害未成年子女身心健全發展，而有不利「未成年子女最佳利益」之疑慮，因此，綜上兩點，本文以為，法院考量「未成年子女最佳利益」時，宜優先審酌家庭暴力防治法第四十三條之規定為佳。此外，誠如民法第一〇五五條之一立法理由所述，該條各款僅係一提示性規定，法院仍應本著其裁量權，為全面審酌，因此，除對於涉有家庭暴力之事件應優先審酌家庭暴力防治法之規定外，其餘案件仍應本著「未成年子女最佳利益」之原則，綜合審酌個案中相關之『未成年子女最佳利益審酌事項』。

第二項 立法方式

民法親屬編乃規範親屬身分關係及其權利義務之基本法，『未成年子女最佳利益審酌事項』之立法，宜簡不宜繁³⁰⁶，然而，礙於我國乃成文法系國家，法院裁判需依法為之，『未成年子女最佳利益審酌事項』之例示，亦應由立法院立法明文之，於立法上宜以有指標性、原則性³⁰⁷，與重要性之審酌事項為佳。惟礙於『未成年子女最佳利益審酌事項』，隨著時代變遷、社會或價值觀而改變，且涉及心理、醫學、輔導或司法等專業，倘若欲一次具體明文化恐有困難，又成文法系國家有修法不易之難處，因此，為期能及時因應該原則之不同面貌，似宜透過實務見解補充『未成年子女最佳利益審酌事項』之內涵³⁰⁸，以符合時代需求，待實務發展成熟後，再增訂於民法中，以避免有司法權過度侵害立法權之疑慮。

第二節 修正草案建議

第一項 建議方向

誠如前述，我國乃成文法國家，法院裁判需依法為之，又『未成年子女最佳利益審酌事項』既係為降低「未成年子女最佳利益」之模糊地帶，避免法院過於

³⁰⁶陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 1，頁 258。

³⁰⁷法務部，前揭註 198，李永然律師 發言記錄，頁 111。

³⁰⁸法務部，前揭註 198，王海南教授 發言記錄，頁 209。

依賴主觀價值判斷，除應本於法院裁量權行使，審酌一切情狀外，民法第一〇五五條之一明文例示具體客觀事項，供法院裁判上之參考，自有其必要性。然而，『未成年子女最佳利益審酌事項』，極其多元化，隨時代背景、社會產經結構與價值觀之改變，而有不同內涵。於現行民法第一〇五五條之一『未成年子女最佳利益審酌事項』之例示，既有其必要性，立法上應以有指標性、原則性³⁰⁹，與重要性之審酌事項為佳，除可避免法典肥大化外，亦可整合同類型審酌事項。

於『未成年子女最佳利益審酌事項』之建議方向上，綜合外國立法例，以及我國立法與實務觀之，本文以為：

首先應刪除於立法上重要性較低之『未成年子女最佳利益審酌事項』，即未成年子女之性別、人數，父母之職業、經濟，蓋自本文第四章立法必要性與實務見解觀察上，原則上該些事項已非屬法院裁判上之關鍵性審酌事項，或已可透過其他方式加以補強，諸如：未成年子女心理上所需之穩定性與持續性，另於外國立法例上亦非屬重要之『未成年子女最佳利益審酌事項』，因此，前述該些事項，或可納入法院應依「未成年子女最佳利益」審酌一切情狀之中，無庸明文例示之需要。此外，法院之所以審酌、考量眾多『未成年子女最佳利益審酌事項』，其目的均係為未成年子女未來之人格發展所需，本文以為，關於民法第一〇五五條之一第二款之未成年子女人格發展所需，似無立法明文之必要。

其次，於未成年子女之生、心理方面，可能因父母離婚之劇變而受影響，況未成年子女乃法院決定離婚後親權行使人之首要考量對象，是故其生、心理狀態，自應為法院裁判上首應審酌之事項，立法上或以：「子女之年齡、健康情形」，另於心理方面，除未成年子女意願為現今外國立法例³¹⁰，或我國立法與實務裁判上即為重要之依據外，現行民法第一〇五五條之一第二款之規定，似過於簡略，蓋未成年子女之意願，礙於未成年人心智發展尚未完全成熟，極易受年齡、父母教養方式或第三人之誘導，法院考量未成年子女意願形成之動機乃極為重要之事，因此，立法上或以：「未成年子女之意願及其形成動機」。

第三，父母雖非法院決定離婚後親權行使人之首要考量對象，惟未成年子女仍有賴父母保護、教養，故父母之生、心理健全與否或生活狀況，均為法院裁判

³⁰⁹法務部，前揭註 198，李永然律師 發言記錄，頁 111。

³¹⁰Children Act, 1989 c.41 (U.K.), *supra* note 111, art. 1 para. 3(a)、Family Law Act 1996, c27(U.K.), *supra* note 117, art. 11 para. 4(a); U.M.D.A, *supra* note 120, art. 402 para. 1 (1); 中華人民共和國未成年人保護法第 52 條第 2 項，前揭註 144 網站(最後瀏覽日期: 06/21/2012)。

上應考量之事項。又離婚所改變者，除親權行使方式有所變動外，原有家庭狀況亦與過去不同，有時仍賴以父母原生家庭之支持、協助，因此，除父母外，相關人士之生、心理或生活狀況均應納入考量。

第四，民法第一〇五五條之一第五款之感情狀況解釋上，可涵蓋未成年子女與其父母、與「未成年子女最佳利益」有關之人間之互動或相處時間長短，因而有未成年子女過去或現在之主要照顧者，甚至本於該關係進而產生之心理上依賴、穩定感，實為一層升概念，又所謂穩定感，除心理上之依賴感外，尚包含對生活環境、居住條件、經濟生活、教育上之適應、穩定與持續等方面³¹¹，因此，民法第一〇五五條之一第五款，仍有其立法價值。

第五，現行實務上最為常見之『未成年子女最佳利益審酌事項』為未成年子女受保護及教養之現狀，蓋父母離婚所帶來之各方變動，已屬不可避免之事，本文以為，於此情況下，藉由探查未成年子女所適應之現狀，並維持此一現狀，進而降低未成年子女因父母離婚所造成生理、心理上之不適，因此，建議增訂第六款—「未成年子女受保護及教養之現狀」。

按現行家庭暴力防治法第四十三條規定之立法目的係考量家庭暴力對於未成年子女之身心發展均有所不利，且為能及時保護「未成年子女最佳利益」，明文使法院於決定離婚後親權行使人時，能夠列入家庭暴力行為加以審酌，對於「未成年子女最佳利益」之保護，立法實屬良善。惟按家庭暴力防治法第四十三條之規定，似僅一發生家庭暴力之情事，即得推定家庭暴力加害者不適合擔任離婚後親權行使人，惟其法律上推定基礎為何？再者，按該條文義觀之，似僅須家庭暴力加害者擔任離婚後親權行使人未必不利於未成年子女即得以推翻原先法律上推定，其立法上似稍嫌粗糙，第三，家庭暴力行為除發生於家庭內部且不易為外人所知悉外，亦有其潛在性風險，且涉及心理、醫學或輔導等專業層面，僅憑法院之力恐難保護「未成年子女最佳利益」，惟觀以家庭暴力防治法第四十三條之規定，似全委賴法院之裁量，因此，有鑑於上述缺失，現行家庭暴力防治法第四十三條，恐有修法之必要。對此，本文以為，於不破壞現行我國家庭暴力防治法第四十三條立法之前提下，或可參酌美國模範家庭暴力法之規定³¹²，增列作為支持

³¹¹類似判決參：新竹地方法院 97 年度婚字第 207 號判決、新竹地方法院 96 年度婚字第 356 號判決、板橋地方法院 95 年度婚字第 2 號判決等等。

³¹²Model Code on Domestic and Family Violence, *supra* note140, art..401 (最後瀏覽日期：06/21/2012)。

家庭暴力防治法第四十三條推定之基礎，又除未成年子女外，尚應考量家庭暴力受害之父或母一方之權利，以避免家庭暴力受害之一方因雙方條件不相當，而有受威脅之可能，故宜考慮受害父或母一方之利益，此亦係為保護與實踐「未成年子女最佳利益」。此外，誠如前述，家庭暴力除法律層面外，更涉及心理、醫學或輔導等層面，因此，專業人員之協助與資料之提供，亦應一併納入規範為宜。

第二項 修正草案建議

現行民法第一〇五五條之一之修正草案宜做下列修正：

「法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情況，參考社工人員訪視報告，尤應注意左列事項：

一、子女之年齡、健康情形。

二、子女之意願及其形成動機。

三、父母或與未成年子女共同生活人之年齡、品行、健康情形及生活狀況。

四、父母保護教養子女之意願及態度。

五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。

六、未成年子女受保護及教養之現狀。」

另家庭暴力防治法第四十三條可增定第二項：

家庭暴力防治法第四十三條第二項增定修正草案：「前項推定，應本於未成年子女最佳利益，審酌相關事證，考量家庭暴力行為對於未成年子女、受害者之生理、心理傷害，以及其潛在性風險。」

為降低「未成年子女最佳利益」之模糊地帶，各國無不透過立法明文該原則之具體客觀事項供法院審酌時之參考，然而，對於成文法系國家而言，修法有其一定之難度，方得以立法明確化「未成年子女最佳利益」之內涵，即『未成年子女最佳利益審酌事項』仍有其界限。又『未成年子女最佳利益審酌事項』，自外國立法例、我國立法與實務見解觀之，實為多元，況隨著國際環境、時代、價值觀或個人成長階段不同，亦有不同『未成年子女最佳利益審酌事項』，吾人應如何審慎評估此一多元化『未成年子女最佳利益審酌事項』實為一重要問題。

按現行民法第一〇五五條之規定，除父母外，法院為離婚親權行使人之決定者，按家事事件法之規定，家事法院之法官，應選任具有多元文化、相關學識經驗(諸如：心理、教育、輔導)背景者(家事事件法第八條第一項)，程序監理人或家

事調查官等亦同(家事事件法第十六條、少年及家事法院組織法第二十一、二十二、二十四)，此種立法固為良善，惟該些人終究係家庭事務外之第三人，縱然具備多元化之知識與經驗，是否確能達成「未成年子女最佳利益」之目標，尚值得懷疑；再者，現行民法第一〇五五條之一，雖明文有具體客觀事項供法院裁判上之參考，為各該規定僅係一注意事項，法院仍應本於其裁量權，審酌一切情狀判斷之，因此，法院應本於過去、現有事實為其裁判基礎，然而，於資料有限之情況下，法院所為之決定，是否真能代表「未成年子女最佳利益」，殊值懷疑，即便能委託訪視機關進行訪視後提出報告與建議，惟運作上仍有其界限與落差，況父母過去照顧未成年子女之情況，或係根據當時各方情事加以決定，是否真有危害「未成年子女最佳利益」，並非今日所能判斷；此外，法院現時所為之裁判結果，或許能符合當下之「未成年子女最佳利益」，惟考量到家事事件極為複雜，牽涉層面廣泛之情況下，今日所為之裁判結果未必即能代表父母、未成年子女之最佳利益，也未必均能完全滿足所有人，尤其面對父母雙方條件均適於擔任離婚後親權行使人時，法院決定上勢必發生困難。因此，重新定位法院角色，實有其必要性。

法律賦予「未成年子女最佳利益」保障之同時，未必即應犧牲父母之權益，蓋「未成年子女最佳利益」之實踐，仍有賴父母加以協助之。現行法既賦予公權力得以介入家庭自治為未成年子女選擇一適當之人為離婚後親權行使人之機會，除透過司法院外，不妨透過此一公權力，以協助者的角色，協助父母擬定未來如何保護及教養未成年子女之計劃，藉此促使父母釐清何種方式，方能實踐離婚後之「未成年子女最佳利益」³¹³，或者透過替代性紛爭解決方式，協助家庭成員重新建構彼此關係³¹⁴，均有其實益，於此同時，更應尊重多元文化背景下之婚姻與家庭。再者，誠如「未成年子女最佳利益」之保障，已然成為世界潮流之一，

³¹³ 李立如，前揭註 105，頁 811-813；簡良育(2009)，〈離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究〉，〈*月旦法學雜誌*〉，第 175 期，頁 201。

³¹⁴ 家事事件法第 23 條立法理由：「一、家事紛爭具有私密性，又包含家庭成員及親屬間「非理性」感情糾葛在內，性質上與財產關係之爭訟不盡相同，為儘可能解決家庭成員間之紛爭，法院處理家事事件時，應讓當事人先經由調解程序確實瞭解紛爭所在，進而自主解決紛爭，重建或調整和諧的身分及財產關係，建構裁判方式所不能達到的替代性解決紛爭功能，爰於本法規定調解前置程序。惟家事事件種類繁多，對「無相對人」且須由法院迅速、妥適裁判之丁類事件，例外規定於請求法院裁判前，毋須經法院調解程序。二、為貫徹調解前置主義，使家事紛爭儘量以替代性解決紛爭方式圓融處理，故規定第二項家事事件，當事人逕向法院請求裁判者，視為調解之聲請，但當事人應為公示送達或於外國送達者，顯然無法進行調解程序，則不在此限。三、對有實質爭訟之丁類事件，除法律另有規定者（例如家庭暴力防治法第十三條明定：保護令事件不得進行調解）外，為彰顯家事事件調解替代解決紛爭之功能，當事人亦得於請求法院裁判前聲請法院調解，爰規定如第三項。」；李立如，前揭註 105，頁 813。

行政、立法與司法均應有此一指導原則之運用，因此，面對司法資源、法院能力有限之局面，對於未成年子女之保護，更應整合不同法制、單位，尤其面臨暴力危機之家庭，更應如此，藉由不同社會資源之整合，提供家庭必要、及時之協助，亦係實現「未成年子女最佳利益」之本旨。





參考文獻

壹、 中文部分(按作者姓氏筆劃)

一、 專書

- 1.王戰平 主編(1992)。《中國婚姻法教程》。北京：人民法院出版社。
- 2.王書江、曹為 譯(1992)。《日本民法》。台北：五南。
- 3.史尚寬(1980)。《親屬法論》。台北：自版
- 4.林菊枝(1985)。《美國婚姻法》。台北：五南。
- 5.林菊枝(1996)。《親屬法新論》。台北：五南。
- 6.林國和,胡薇麗 譯(1991)。《英國兒童法案專論》。台北：內政部社會司。
- 7.林秀雄(2011)。《親屬法講義》。台北：元照。
- 8.胡長清 (1978)。《中國民法親屬論》。台北：台灣商務印刷館；
- 9.紀欣(2002)。《美國家事法》。台北：五南。
- 10.高鳳仙(2007)。《家庭暴力防治法規專論》。台北：五南。
- 11.高鳳仙(2010) 。《親屬法：理論與實務》。台北：五南。
- 12.陳棋炎，黃宗樂，郭振恭 (2011)。《民法親屬新論》。台北：三民。
- 13.楊立新 點校(2002)。《大清民律草案、國民律草案》。長春：吉林人民出版社。
- 14.戴炎輝，戴東雄，戴瑀如(2011) 。《親屬法》。台北：自版。

二、 期刊論文

- 1.李玲玲(2007)。〈任親權人之一方死亡時他方親權是否當然回復-最高法院六十二年台上字第一三九八號判例評析〉，《東吳法律學報》，19 卷 1 期，頁 143-164。
- 2.李立如(2010)。〈論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔：美國法上子女最佳利益原則的發展與努力方向〉，《歐美研究》，第 40 卷第 3 期，頁 779-828。
- 3.林秀雄(1985)。〈離婚後子女監護人之決定基準〉，《輔仁法學》，第 4 期，頁 219-231。
- 4.林秀雄(2004)。〈中華人民共和國離婚法之修正(下)〉，《月旦法學雜誌》，第 106 期，頁 209-224。
- 5.吳彥君(1996)。〈英國一九八九年兒童法中居住裁定之法律效果-父母分居或離婚後親權責任之行使〉，《美歐月刊》，頁 114-137。

- 6.施慧玲(2004)。〈論我國兒童人權法制之發展-兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動〉，〈〈國立中正大學法學集刊〉〉，第 14 期，頁 169-204。
- 7.馬憶南(2009)。〈父母與未成年子女的法律關係－從父母權利本位到子女權利本位〉，〈〈月旦民商法〉〉，第 25 期，頁 51-64。
- 8.高鳳仙(1984)。〈試評子女最高利益原則在美國監護法上的適用得失〉，〈〈台灣大學法學論叢〉〉，第 13 卷第 2 期，頁 231-250。
- 9.雷文玫(1999)。〈以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究〉，〈〈國立台灣大學法學論叢〉〉，頁 245-309。
- 10.廖福特(1991)。〈人權宣言？人權法典？-「歐洲聯盟基本權利憲章之分析」〉，〈〈歐美研究〉〉，第 31 卷第 4 期，頁 689-751。
- 11.廖福特(2007)。〈國際人權法：第一講 國際人權法典－建構普世人權範疇〉，〈〈月旦法學教室〉〉，第 54 期，頁 88-100。
- 12.廖福特(2007)。〈國際人權法：第二講 最具普世性的三個人權條約：種族、婦女及兒童〉，〈〈月旦法學教室〉〉，第 56 期，頁 56-69。
- 13.劉宏恩(2011)。〈「子女最佳利益原則」在台灣法院離婚後子女監護案件中之實踐--法律與社會研究(Law and Society Research)之觀點〉，〈〈軍法專刊〉〉，第 57 卷第 1 期，頁 84-106。
- 14.鄧衍森(1999)。〈歐洲人權公約的法制化發展〉，月旦法學雜誌，第 44 期，頁 22-34。
- 15.簡良育(1994)。〈CHILD SUSTODY IN THE UNITED STATES-EVOLUTION OF LEGAL STANDARDS〉，〈〈東海大學法學研究〉〉，第 8 期，頁 88-111。
- 16.簡良育(2009)。〈離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究〉，〈〈月旦法學雜誌〉〉，第 175 期，頁 182-202。
- 17.魏大暉(2002)。〈親權與家事事件審理程序〉，〈〈月旦法學雜誌〉〉，第 90 期，頁 179-197。

三、專書論文

- 1.李玲玲(1997)。〈論離婚後之親權及其修正〉，戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，〈〈固有法制與當代民事法學-戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集〉〉，頁 488-522，台北：三民。
- 2.施慧玲(2004)。〈子女最佳利益與離婚後親權行使〉，施慧玲著，〈〈家庭法律社會學論文集〉〉，頁 221-259，台北：元照。

- 3.陳東璧(1996)。〈中國大陸法源之研究〉，李慶平，游德瑞 主編，〈〈財團法人海峽交流基金會兩岸法律論文集第三輯〉〉，頁 163-233，台北：海基會。
- 4.蔡顯鑫(2003)。〈親權〉，林秀雄主編，〈〈民法親屬繼承實例問題分析〉〉，頁 270-224，台北：五南

四、 學位論文

- 1.王如玄(1987)。〈〈論離婚後子女監護之歸屬：從貫徹男女平等並保護子女利益之立場出發〉〉，輔仁大學法律學系碩士論文。
- 2.李國增(1995)。〈〈無婚姻關係之父母對於其未成年子女親權行使之研究〉〉，東海大學法律學系碩士論文。
- 3.林素英(1997)。〈〈論離婚後親權之行使〉〉，中興大學法律學系碩士論文。

貳、 網站(按首字筆劃順序)

一、 中華人民共和國

- 1.中國法律法規信息系統：<http://law.npc.gov.cn:87/treecode/home.cbs?rid=code>
- 2.香港律政司雙語法例資料系統：<http://www.legislation.gov.hk/chi/home.htm>

二、 台灣

- 1.內政統計查詢網：<http://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=100>
- 2.立法院法律系統：<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@@@846930886>
- 3.司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
- 4.全國法規資料庫：<http://law.moj.gov.tw/>
- 5.法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>

三、 英國

- 1.英國政府立法機關網站：<http://www.legislation.gov.uk/>

四、 美國

1. Uniform Law Commission web：<http://www.uniformlaws.org/Default.aspx>
2. National Council of Juvenile and Family Court Judges web：<http://www.ncjfcj.org/>