

私立東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：郭振恭 教授

父母對未成年子女扶養之研究

研究生：楊國精 撰

中華民國九十四年一月

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機及目的	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究目的	2
第二節 研究方法與範圍	2
第一項 研究方法	2
第二項 研究範圍	3
第三節 扶養制度之沿革	5
第一項 公的扶助與私的扶養	5
第二項 我國情形	7
第四節 生活保持義務及生活扶助義務	9
第一項 兩者之意義與區別	10
第二項 生活保持義務之範圍	11
第三項 生活保持義務之檢討	22
第二章 父母對未成年子女扶養義務之基礎	35
第一節 親子法之發展	35
第二節 對未成年子女扶養之沿革	37
第一項 概說	37
第二項 我國對未成年子女扶養之變遷	38
第三節 父母對未成年子女扶養義務之根據	45
第一項 日本學說	45
第二項 我國學說	47
第三項 小結	48
第四節 父母對未成年子女扶養義務之實體法依據	48
第一項 日本情形	49
第二項 我國情形	51
第三項 檢討	58

第三章 親權與扶養	63
第一節 親權之概念.....	63
第二節 親權主體.....	64
第一項 親權人.....	65
第二項 服親權人.....	73
第三節 親權行使之方法.....	74
第一項 共同行使.....	75
第二項 單獨行使.....	76
第四節 親權內容.....	77
第一項 身上照護.....	77
第二項 財產照護.....	80
第五節 親權之行使與扶養.....	85
第一項 父母離婚後之親權行使.....	86
第二項 親權與扶養之關係.....	87
第四章 未成年子女保護教養費用之負擔	95
第一節 保護教養費用.....	95
第一項 概說.....	95
第二項 保護教養費用與親權關係.....	96
第三項 保護教養費用與子女扶養費用.....	98
第二節 父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務.....	101
第一項 分擔原則.....	101
第二項 父母對未成年子女保護教養費用之協議.....	105
第三節 連帶債務與可分債務.....	119
第四節 求償權.....	121
第五章 未成年子女對父母扶養之請求	125
第一節 概說.....	125
第二節 未成年子女扶養於現行民法上之適用.....	127
第一項 民法親屬編扶養章規定有無包含父母對未成年子女之扶養.....	128
第二項 扶養順序.....	131

第三項 扶養方法.....	136
第三節 未成年子女扶養費之請求	138
第一項 婚生子女之扶養請求.....	139
第二項 非婚生子女之扶養請求	147
第四節 未成年子女之請求賠償扶養費	152
第六章 結論.....	157
參考文獻	163

第一章 緒論

第一節 研究動機及目的

第一項 研究動機

現代家庭之趨勢，乃係由父母與未成年子女所組成之核心家庭為主，是親子關係已成為人類社會之基本生活關係之一，而親子關係中以親權與父母對未成年子女之扶養二者為中心，前者，民法已有明確規範其具體之內容，適用上較無爭議；後者，民法親屬編第五章雖有扶養之規範，父母以外之其他親屬與未成年人間之扶養，固有其適用，惟父母對未成年子女之扶養是否有該章之適用，容有疑義；又民國八十五年九月二十五日民法雖增訂第一一六條之二及修正第一〇五五條之規定，並於民國八十八年二月三日增訂民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六等規定，另於兒童福利法第四〇條（民國八十二年二月五日修正）、兒童及少年性交易防制條例第二〇條第三項（民國八十四年八月十一日制定）、家庭暴力防治法第十三條第二項第八款（民國八十七年六月二十四日制定）、兒童及少年福利法（民國九十二年五月二十八日由兒童福利法及少年福利法合併制定）第四八條第二項亦有關於未成年子女扶養費之規定，然由於此等規定未臻明確，以致就父母對未成年子女扶養之法規適用，尚有爭議，常見問題者，諸如未成年子女扶養之性質、法律根據、扶養之順序、扶養之方法、親權與扶養之關係及程序法上之適用等疑義，造成學說與實務上見解之不同，即使連最高法院之看法亦未見一致，影響所及，目前事實審法院對於處理未成年子女之扶養相關問題時，見解紛歧，殊有自理論及實務詳為考察之必要。

第二項 研究目的

大陸法系國家原則上採取私的扶養為優先之主義，而法律以命令不害他人為原則，無命令利益他人之理。若私人間之扶養義務，近於以利益他人為命令，實為例外，惟其為例外，故範圍不宜過於擴張，是民法乃規定一定親屬間之扶養，使無力生活者，得以獲得他人扶助。而在整個扶養制度中，扶養權利與扶養義務者環環相扣，緊密接合，形成一完整之扶養體系，使個人之生存得以獲得保障，在扶養體系中，未成年人應屬較為薄弱之一環，而未成年人卻又係將來社會之中堅，亦係將來社會上主要之扶養義務者，其未成年時期受扶養良窳，關係其將來肩負社會責任之能力，自有加以特別保障之必要。再者，對未成年人之扶養，其負扶養義務者，可分為父母與父母以外之親屬二者，後者，現行民法親屬編第五章扶養，舉凡扶養之要件、順序、程度、方法等，均有明文規範，至於前者，是否亦有適用？由於現行法制規定不明確，以致疑義叢生，見解不一，自有加以釐清之必要，俾確保未成年子女安全無虞之成長空間。

再者，司法院「家事事件法研究制定委員會」目前正在研擬家事事件法草案，已進行至草案第二編調解程序，本文乃不揣陋簡，同時整理歸納最高法院歷年來之判決、判例，臚列相關實務見解供比對，並佐以解析與說明，期能供將來立法之參考。

第二節 研究方法與範圍

第一項 研究方法

本論文之研究方法，主要係以父母對未成年子女生活保持義

務為基礎，討論有關父母對未成年子女扶養之根據、與親權關係，及實體法之適用與程序上如何為請求等問題，在國內學者現有之研究基礎上做整理分析，並將實務上最高法院有關父母對未成年子女扶養之判例與判決，於相關內容中予以檢討，再以比較法之觀點，參酌日、德等立法例及日本學說審判例之見解，研討我國關於父母對未成年子女扶養義務所衍生之相關問題，並提出個人之淺見。

第二項 研究範圍

本論文凡六章：

第一章 緒論

首先就本論文之研究作一概要之提示與說明；其次就民法上扶養之緣起及其與公的扶助之關係加以探討，並界定民法上扶養之意義與特性；再就比較法觀點，論述扶養二元理論即生活保持義務與生活扶助義務之意義與區別，及檢討我國生活保持義務之範圍，並比較夫妻間及直系血親卑親屬對直系血親尊親屬之生活保持義務與父母對未成年子女生活保持義務之差別，進而確立父母對未成年子女之扶養與我國民法一般之扶養概念不同。

第二章 父母對未成年子女扶養義務之基礎

研究親子關係，首要者仍應對親子法之發展有所瞭解，並探討我國法制史上父母對未成年子女扶養之變遷；其次自立法例、學說及實務見解，論述父母對未成年子女扶養義務之根據及實體法依據，旨在確立父母對未成年子女生活保持義務，係本於父母子女之身分關係當然發生，本無待法律明文。

第三章 親權與扶養

親子關係中，以親權與扶養為其中心，而為探討二者之關係，自應先就親權之概念、主體、行使方法及其內容加以研析，

並獲得親權之行使，雖因父母婚姻狀況、父母之能力及親權之行使狀況而發生變動，然父母對未成年子女之生活保持義務，係本於身分關係當然發生，則不受影響，進而確立親權與扶養分離之原則。

第四章 未成年子女保護教養費用之負擔

父母對未成年子女有保護教養之權利義務，而在保護教養過程中，需支付相當費用，此等費用應由父母共同負擔；又保護教養費用之負擔，係親子關係之本質，不因親權之變動而受影響，不任親權人之父母仍需負擔保護教養費用，則父母間如何分擔？父母離婚時得否就保護教養費用協議？未為協議或協議不成時，應如何處理？父母之一方給付超過其自己應分擔之義務時，得否請求返還等問題。

第五章 未成年子女對父母扶養之請求

本章分三部分，父母對未成年子女之扶養既有別於民法一般之扶養概念，則其法規之適用，不應求之於現行民法親屬編第五章有關扶養之規範，則未成年子女對父母之扶養請求應如何運作，乃作一說明。再者，未成年子女之扶養請求，特別要求迅速處理，以維持未成年子女之成長、生活、教育等需要，則有關未成年之扶養請求程序亦應力求簡化，確保其安全無虞之生活。另非婚生子女權益之保障，係世界潮流趨勢，則對非婚生子女之扶養亦有探討必要。末就未成年子女扶養費之賠償請求加以論述。

第六章 結論

綜合前述各章之討論，提出個人研究心得與立法上之建議。

第三節 扶養制度之沿革

第一項 公的扶助與私的扶養

人類為了生存，組成社會群居生活形態，由共同生活體以保持生產力方式，維持共同生活體內不能獨立生計之構成員，惟往昔共同生活體如無充分生產力足以維持全體構成員時，則不得不採取遺棄、殺害等行為，尤其對於毫無生產力可言之嬰兒、老人¹。其後又因資本主義之興起，家父長的家族制度崩壞，基於私的所有權的絕對（私有財產制）及勞動契約自由，確立生活自己責任（自助）原則，使保持生產力之共同生活體解體，致生活窮困者，陸續產生²；然隨著國家社會之發達與文化之進步，對於此等無力生活者，即形成國家應負擔之責任。惟無力生活者，有因自然原因產生者，亦有因失業或因其他社會經濟上之原因所致，故其人數日益增多，僅憑國家財政負擔，恐難以因應，是以各國莫不制定法律，使一定親屬間互負扶養之義務³。

對於無力生活者，給予扶助維持，其方式會因時代之變遷而所差異，亦會因國家之不同而採取不同之方法，概可歸納成下列三種⁴：

（一）國家扶助

即由國家或地方自治團體，負擔此扶助責任，近代文明國

¹ 松嶋道夫，「親權者と親子間の扶養」，收錄於現代家族法大系3親子・親權・後見・扶養，有斐閣，頁424，昭和54年12月25日；陳棋炎，民法親屬，三民書局，修訂五版，頁301，1970年1月。

² 深谷松男，「私的扶養と公的扶助—親族扶養優先の原則を中心に—」，收錄於現代家族法大系3親子・親權・後見・扶養，有斐閣，頁384，昭和54年12月25日；石田喜久夫、乾昭三、甲斐道太郎、中井美雄、中川淳編，親族法・相續法，青林書院，頁133，1993年4月初版。

³ 陳棋炎，前揭民法親屬，頁301。

⁴ 史尚寬，親屬法論，自版，頁677，1980年6月臺北四版；戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，自版，頁523，2001年5月新修訂；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，三民書局，頁453，2002年10月修訂三版（郭）。

家，皆以國民之生存權為基本人權，並以保障國民最低生活水準為目標，亦稱公的扶助。

（二）社會救助

即由國家以公法法規，強制個人或法人負扶助義務，在公法上督勵其履行義務。因慮及國家扶助與個人間扶養不足因應，社會立法上又對從事生產企業而犧牲者，責成企業人負擔扶助義務，進而設置各種社會保險制度，將扶養責任分由一般社會構成員負擔，以期減輕各扶養人之責任。

（三）私的扶養

即在私法上規範由個人扶養個人，蓋人生原貴自立，不可依傍他人，然鰥寡孤獨，衰病殘疾，以及意外之變故，亦人生處境不能免之事。夫為身死而不受此，惟志行高潔者能之，非可概望於常人，對於天下無告之窮民皆抱施濟之念者，惟博愛仁人有此志願，亦非可望於常人，故全然不受他人之施濟，與欲舉天下之人而施濟之者，此係道德上之事，法律所不問也。是法律所定者，在此係處於應受救助之勢，在彼係屬應為救助之人，而其資力居於可為救助之地，法律始命以相當之義務。

以上三種方法係併存，非相互排斥，並依各國國情之不同而呈現彼此消長之關係，其中大陸法系國家，因國家之目的，乃在協助個人對自由之實現，個人能自我實現之處，國家雖非不得干預，但仍受補充性原則之限制，且私的扶養較國家給付更有效率，更富人性，故唯有在社會或個人無法達成生活保障時，國家始有介入之必要⁵，是大陸法系國家，大率採取第三種方法，亦即私的扶養優先公的扶助原則，由國承擔最後扶養責任⁶；而英美法系國家大率採取第二種方法，並參以第一種方法；其中在英國，於普通法上，扶養不為家族法之一部分，而為社會安全法之

⁵ 葛克昌，「給付國家之公權力行使及其界限－給付國家之自由主義傳統」，收錄於現代國家與憲法，月旦出版社，頁 1344-1345，1977 年 3 月初版。

⁶ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 453（郭）；陳棋炎，前揭民法親屬，頁 301。

一部分，由貧民救濟之角度加以規定，自公元一六〇一年之Poor Relief Act以來，至一九三〇年之救貧法The Poor Law Act (20 Goe,5. C.17)，親屬之扶養義務與地方團體之義務併行。至一九四八年廢止救貧法，而以國民扶助法(National Assistance Act)代之，此法律與國民保險法(National Assurance Act)相輔而行，以達成社會安全政策，依國民扶助法(第四二條)，家屬的扶養，在男子，僅對妻與子女；在女子，僅對夫與子女負此義務，其他親屬之扶助，均由國家保障之。在美國則各州雖有出入，但率依救貧法，命令父母扶養子女，或子女扶養父母⁷。

第二項 我國情形

我國古來重視家制，禮法獎勵同居共財，形成所謂宗族或大家族制度，在三代以上，宗法盛行，尊祖敬宗，敬宗所以收族，亦即寓有扶養之意。三代以降，宗法漸弛，收族之制雖已不復存在，然尚有義莊、義田、祭田或族產等，以其收益充祭祖獎學及贍賑族中貧寒孤寡之用，地方每有居養院、養濟院、育嬰堂、義家等設施，擔負一部分之扶養⁸。再者，由於人倫道德之重視，我國固有法上，禮與律合而為一，有關親屬扶養乃屬於禮教之問題，律令祇規定其重要事項，故關於扶養之規制，不甚周詳⁹。舊律以祖父母、父母在，而子孫別籍異財，若供養有闕者，列為十惡中之不孝之一(唐律、宋刑統、明清律名例律十惡條)，違者，須告訴乃坐(明清律「刑律訴訟門」子孫違反教令條)，即示子孫有扶養祖父母、父母之義務；又姦生男女，責付姦夫收養(犯姦律文)，亦可認為生父對於非婚生子女有扶養之義務；唐戶令：「諸鰥寡、孤獨、貧窮、老疾，不能自存者，令近親收養。」

⁷ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 524。

⁸ 史尚寬，前揭書，頁 679；胡長清，中國民法親屬論，臺灣商務印書館，頁 327，1967 年 3 月；戴炎輝，中國法制史，三民書局，頁 206，1969 年 7 月再版；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 452(郭)。

⁹ 戴炎輝，前揭書，頁 206；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 452(郭)。

若無近親，付鄉里安恤」、明清律（戶律戶役門收養孤老條）：「凡鰥寡孤獨及篤廢之人，貧窮無親依倚不能自存，所在官司應收養而不收養者，杖六十」，亦示近親有相互扶養之義務¹⁰。

及至近代，國家一方面以國家扶助或社會救助方式，對於無力生活者與以扶助之恩惠；一方面則使一定親屬間負擔法律上扶養之義務。前者，依我國憲法第一五五條規定：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟。」社會救助法第一〇條第一項規定，家庭總收入平均分配全家人口，每人每月在最低生活費標準以下之低收入戶者，得向戶籍所在地主管機關申請生活扶助。該法第十四條亦規定：「直轄市及縣（市）主管機關應經常派員訪問受生活扶助者之生活情形；其收入或資產增減者，應調整其扶助等級或停止扶助；其扶養義務人已能履行扶養義務者，亦同。」亦即親屬間之扶養義務優先於國家社會之扶助義務。後者，即我國民法親屬編之扶養，乃私的扶養。

民法上所謂扶養，乃一定親屬間之義務，使有經濟能力者，本於身分關係，對於無力生活者，應予以扶助維持。有扶養之義務者，稱為扶養義務人，有受扶養之權利者，稱為扶養權利人¹¹。申言之：①民法親屬編所稱之扶養，乃一定親屬間之義務，蓋法律以禁止加害他人為原則，利益他人為例外，屬於原則者範圍廣，屬於例外者範圍狹，扶養在利益於他人，自屬例外規定，故其範圍不宜過廣，俾免養成社會依賴之惡習，以此一般立法例，一面承認扶養制度，一面則嚴定其扶養之範圍。②扶養係發生於有扶養必要及有扶養能力之一定親屬間，二者為扶養義務之要件，缺一不可。③扶養義務係本於身分關係而發生，扶養義務，係因具備法定要件而發生。是民法親屬編規定之扶養，有以下之

¹⁰ 史尚寬，前揭書，頁 679-680；胡長清，前揭中國民法親屬論，頁 327；戴炎輝，前揭書，頁 206-207；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 452-453（郭）。

¹¹ 史尚寬，前揭書，頁 676。

特性¹²：

- (一) 扶養請求權為一身專屬權¹³，通常因權利人或義務人之死亡而消滅¹⁴，解釋上不得繼承、拋棄、讓與、處分、扣押或抵銷。
- (二) 對於過去之扶養是否得請求履行，我國民法雖無明文，因扶養義務之標的為滿足權利人之現在需要，解釋上應以請求扶養義務履行之時為標準，自其時以前之過去扶養，不得再為請求。
- (三) 扶養義務既已履行，則其後權利人雖有相當資力，不發生償還或不當得利之問題。
- (四) 扶養請求權不得為債權人之一般擔保，又因其為行使專屬權，不成為債權人代位權之標的。
- (五) 破產人所有之扶養請求權，不屬於破產財團，扶養義務人破產時，扶養權利人僅得以已成立之支分權利為破產債權，不得就將來之債權主張，因義務人已無扶養能力。
- (六) 不法侵害扶養義務人致死者，民法第一九二條明定加害人對於扶養權利人亦應負損害賠償責任，此扶養責任雖也為私法上之扶養義務，但不屬於此範圍。

第四節 生活保持義務及生活扶助義務

民法上之扶養義務乃係指特定人對不能依自己之資產或勞

¹² 林菊枝，親屬法新論，五南圖書出版有限公司，頁368，1996年9月。

¹³ 中川淳，核家族の法理，學陽書房，頁59，昭和57年10月20日初版。

¹⁴ 最高法院四十九年台上字第六二五號判例謂：因扶養請求權被侵害而生之損害賠償請求權，以扶養等請求權存在為前提，而扶養之請求，乃請求權人身份上專屬之權利，該權利因請求權人死亡而消滅，其繼承人不得繼承其身份關係，對加害人請求賠償死亡後之扶養費。

力謀生之特定人，為必要之經濟的供給之親屬法上義務¹⁵，而扶養義務，瑞士民法將其區分為夫妻（瑞民第一五二條、一五九條）、父母子女（瑞民第二七二條、二三〇條）間之「生活保持義務」(Unterhaltspflicht)，與其他親屬間（瑞民第三二八條以下，例如兄弟姊妹間）之「生活扶助義務(Unterstützungspflicht)」¹⁶，我國雖無此項區分之規定，惟通說均認應承認此一區別，合理界定扶養義務之範圍及內容¹⁷。

第一項 兩者之意義與區別

所謂生活保持義務之扶養，意即扶養為具身分關係之本質上不可或缺之要素，維持對方生活即係保持自己生活，縱犧牲自己地位相當之生活，亦須全面的予以維持；反之，生活扶助義務之扶養，其扶養為偶然的、例外的現象，為親屬關係之補助要素之一，惟於一方無力生活，他方有扶養餘力時，始有扶養之義務，即偶然的由外部受領生活上之扶助。扶養義務人只須於不犧牲與自己地位相當的生活之限定，維持對方之最低生活¹⁸。

生活保持義務及生活扶助義務間之主要差異有四：

- 一、保持義務之範圍甚為廣泛，涉及扶養需要者之全需要；反之，生活扶助義務之範圍較為狹隘。
- 二、生活保持義務須供應與扶養需要者身分相當之需要，不以支付其不可缺的（必需的）需要為已足；反之，生活扶助義務，無須為扶養需要者身分相當之扶助，以支付其不可缺的需要為已足。

¹⁵ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 526。

¹⁶ 國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會，瑞士民法，國立臺灣大學法律學研究所，頁 50、53、78、92、108，1967 年 7 月；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 454（郭）。

¹⁷ 史尚寬，前揭書，頁 678；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 527；陳棋炎，前揭民法親屬，頁 304；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 454（郭）。

¹⁸ 史尚寬，前揭書，頁 677-678；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 454（郭）。

三、生活保持義務，無須斟酌扶養供給者之給付能力，質言之，雖無餘力，亦須犧牲自己而扶養他人；反之，生活扶助義務，以扶養供給者之扶養能力為前提，須扶養供給者為身分相當之生活尚有餘資時，始以餘資予以扶養¹⁹。

四、生活保持義務之權利人，其受扶養之順序應優先於生活扶助義務之權利人²⁰。

由前述說明，生活保持義務源自瑞士民法之扶養規定，固為扶養類型之一，然與前述我國民法上一般所謂扶養概念有所不同，其中尤以扶養之要件與程度更為顯然。

第二項 生活保持義務之範圍

壹、外國法制

一、瑞士

瑞士民法（一九〇七年制定）第二七二條規定，父母對於子女（未成年）應負Unterhalt之義務；其他親屬間之扶養義務，規定於第三二八條以下，使用Unterstützung之文字，至於夫妻間之扶養義務，則於第一五九條規定「應和諧協力，維持共同幸福」，學者以之為Unterhalt之義務²¹，是可知瑞士民法關於父母對未成年子女及夫妻間之扶養義務，均為生活保持義務，而其他親屬間之扶養義務，則為生活扶助義務。

¹⁹ 以上三點參照戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁19。

²⁰ 中川淳，改訂親族法逐條解說，日本加除出版，頁609，平成4年4月10日改訂版第二刷；鈴木祿弥，親族法、相續法の研究，創文社，頁162，1989年3月15日第一刷；黃宗樂，「離婚後子女之監護與扶養」，收錄於氏著親子法之研究，自版，頁316，1980年3月。

²¹ 國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會，前揭瑞士民法，頁53、92、108；黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁315。

二、德國

德國民法第四編親屬第二章第三節僅稱扶養，並無明文區別生活保持義務與生活扶助義務，惟其第一六〇一條、第一六〇二條分別規定，直系血親互負扶養義務，無力自謀生活者，始享有扶養之權利。未成年又未婚之子女，縱有財產，如以其財產收入及勞力所得，不足以維持生活者，得請求其父母扶養；又於第一六〇三條規定，為顧慮所負擔之他項義務，如扶養他人，致危害自己相當之生計者，不負扶養義務，惟父母於此情形，對其未成年又未婚之子女負有義務時，應使用其可能處分之生活資財，以平等扶養自己及子女，但另有其他應負扶養義務之血親，不負此義務，扶養需要者得依自己財產維持生活時，亦同；另於第一六〇八條規定，扶養需要者之配偶應先於其親屬，負擔扶養義務，但配偶為顧慮所負擔之其他義務，非危害與自己身分相當之扶養不能供給扶養者，其親屬應先於配偶，負擔扶養義務；第一六〇九條規定，扶養需要者有數人，而負扶養義務人不能為全部扶養時，未成年又未婚之子女先於其他子女，子女先於其他卑親屬，卑親屬先於尊親屬，尊親屬中親等近者先於遠者。配偶與未成年又未婚之子女同其順序，配偶先於其他子女和其他血親²²。

由上開規定，德國民法親屬扶養義務祇限於直系血親間，而未成年又未婚之子女與配偶之扶養權利列為最優先，是學者認為德國民法亦認父母對未成年又未婚之子女、夫妻間均係負生活保持義務²³。

三、日本

日本民法第四編親族第六章亦僅稱扶養，未區分生活保持義務與生活扶助義務，惟於昭和三年（一九二八年）由學者中川善

²² 國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會，德國民法，國立臺灣大學法律學研究所，頁 766-769，1965 年 5 月。

²³ 史尚寬，前揭書，頁 678；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 535-536。

之助教授在「親族的扶養義務の本質」一文首先提倡²⁴，扶養義務應區分為二種，一為夫妻間、親子間之生活保持義務，另一為其他親屬間生活扶助義務，所謂生活保持義務，係指扶養為身分關係本質上不可或缺之要素，維持對方生活，即在保持自己之生活，父母以其子女之生活為自己生活之一部而維持，夫妻間之扶養，亦係在保持自己之生活，故其程度應與自己之程度相等，雖犧牲自己地位相當之生活，亦不得不予以維持。父母子女、夫妻即因有此種意義之扶養，始可稱為親子或夫妻，不為扶養之父母或夫妻，有如不會吹動之風，不會流動之河川，概念上係矛盾的；而生活扶助義務，係指親屬間之扶養，乃偶然的、例外的現象，在一方無力生活時，他方有扶養餘力時，始負扶養之義務，即偶然由外部受領生活上之扶助，故稱之生活扶助義務。生活保持義務與生活扶助義務之扶養程度有別，前者將子女或配偶之生活視為自己生活之一部，其扶養程度須與自己生活程度相同，而為生活之全面保持；反之，生活扶助義務，係在不犧牲自己地位相當之生活原則下，給予對方必要之生活費用即可，換言之，前者，即使係最後一塊肉或一粒米，亦應分給對方食用之義務，而後者係先滿足自己後，有餘力時始扶養他人，自己之生活權優先於扶養他人之義務，乃係生活扶助義務之原則。比諭言之，生活保持義務係內面之支持，而生活扶助義務則係外面之支持，樹根支持樹之聳立，係屬內面之支持，而防止樹木之倒塌，所使用之木柱，則係外面之支持，樹應有樹根始能保持樹之生命，但將樹移植後，樹木之根暫時缺少生活力，此時須於外部設置支柱來支持樹幹，生活保持義務與生活扶助義務之差別，即有如樹之樹根與樹之外面支柱一般²⁵，此種對親族扶養二元化之區別，已成為今日日本之通說²⁶。

²⁴ 山脇貞司，「生活保持義務理論と扶養の程度」，收錄於山 正男、泉久雄編，演習民法（親族）【新演習法律学講座6】，頁313，昭和60年11月15日。

²⁵ 中川善之助，新訂親族法，青林書院新社，頁596-598，1968年9月30日，新訂第四刷。

²⁶ 中川淳，前揭改訂親族法逐條解說，頁604。

貳、我國法制

我國民法親屬編，先於第二章規範婚姻（夫妻關係）、第三章規範父母子女（含親子關係）外，並於第五章規範扶養，則有關夫妻關係、父母子女關係之發生、解消及夫妻間、父母子女間之權利義務，應分別求之於第二、三章，而第五章之扶養，則係針對親屬間之親疏遠近，就扶養親屬之範圍、扶養順序、扶養要件、扶養程度與方法及變更加以規定，惟對於扶養義務，均無明文區別生活保持義務與生活扶助義務，則我國就親屬間之扶養義務究有無區別？又負生活保持義務之親屬範圍為何？茲論述如下：

一、父母對未成年子女之扶養

（一）民法之規定

我國民法親屬編第三章父母子女，並無明文規範父母子女間之扶養關係，且我國民法有關未成年子女，亦未如日本區分出未成熟子女與一般未成年子女，而第五章扶養，於民國八十五年九月二十五日修正以前，亦僅概括規定直系血親相互間之扶養（第一一一四條）、對於直系血親卑親屬之扶養（第一一一六條），並未特別區分父母對未成年子女之扶養或父母以外親屬對未成年人之扶養。而至民國八十五年九月二十五日增訂民法第一一一六條之二規定：「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。」後，關於父母對未成年子女之扶養，始明文化。惟其是否屬生活保持義務，仍未臻明確。

（二）學說見解

關於父母對於未成年子女之扶養，學者一致之見解，均認為係生活保持義務，有認為：父母對未成年子女有生活保持義務，

以其未成年子女之生活為自己生活之一部而維持²⁷。亦有認為：父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務，此充分表現親權之本質，關於該親權之本質，父母對未成年子女有居所指定權，從而未成年子女與父母屬於共同生活之家屬團體，可見父母對未成年子女不能視為生活扶助義務，卻應視為生活保持義務²⁸。另有認為：父母所負生活保持義務之對象，應僅限於未成熟之子女，所謂未成熟之子女，係指無父母保護養育即不能生存之乳兒、幼兒、少年而言，其範圍自比未成年子女為狹隘，成熟與否因人而異，若以年齡言之，大致是十五、六歲，即大約是國民中學畢業時之年齡，為人父母者，應養育不能獨立生活之未成熟子女，使其長大成人，乃現代親子法之第一要求，是以解釋上父母對於未成年子女應負生活保持義務²⁹。

（三）實務見解

實務上認為父母對於未成年子女之扶養，係生活保持義務者，有：

- 1、最高法院八十七年台上字第一二八號判決謂：「蓋乃父母對於未成年子女之義務，就其中保護教養費用之負擔，即生活保持義務，並不以有親權為前提。故在判決離婚，因子女監護酌定之結果，雖非親權人，亦不能免其給養之義務。八十五年九月二十五日增訂民法第一一六條之二規定『父母對於未成年子女之扶養義務，不因離婚而受影響。』更揭示斯旨。」
- 2、最高法院九十二年台上字第二一九號判決謂：「按父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務，民法第一〇八四條第二項定有明文。所謂保護及教養之權利義務，包括扶養在內。自父母對未成年子女行使或負擔保護及教養之權利義務

²⁷ 史尚寬，前揭書，頁 609、678、681、686；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 454、461（郭）；林菊枝，前揭親屬法新論，頁 339、373。

²⁸ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 531。

²⁹ 黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁 317。

本質言，此之扶養義務應屬生活保持義務，與同法第一一四條第一款所定直系血親相互間之扶養義務屬生活扶助義務尚有不同，故未成年子女請求父母扶養，自不受民法第一一七條第一項規定之限制，即不以不能維持生活而無謀生能力為限。」

- 3、最高法院九十三年台上字第一四四一號判決謂：「父母對於未成年子女之法定扶養義務，就其中保護教養費用之負擔，即生活保持義務，不因父母何人負擔家庭生活費用而免除，依民法第一〇八九條規定，原則上應由父母共同負擔，其審酌之基礎亦不同。」
- 4、最高法院九十三年台上字第一六三七號判決謂：「父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務。是以父母與未成年子女屬於共同生活之家屬團體，從而父母對於未成年子女之扶養程度為生活保持義務，亦即應按受扶養權利者之需要與負扶養義務者之經濟能力及身分定之。」
- 5、最高行政法院九十三年度判字第五二號判決謂：「生活保持義務，為父母子女間之扶養義務；此義務為父母子女身分關係之本質的要素之一，若無此義務，則不可稱為父母子女，保持對方即是保持自己。」

由上所引判決，足見實務上認為父母對於未成年子女之扶養義務為生活保持義務，且似以父母對未成年子女有保護教養之權利義務為其根據，是上開第5則最高行政法院判決所謂「父母子女」，應僅限於未成年子女，不含成年子女在內。又上開第4則最高法院判決，關於父母對未成年子女之扶養，仍以民法第一一九條之規定定其程度，是否與生活保持義務相符？有待檢討。再者，對於未成年子女之保護教養權利義務係本屬親權之範疇，則前開最高法院以親權作為扶養之根據，然何以非親權人，仍認不能免其給養之義務？又父母對未成年子女之扶養義務，如屬民法第一〇八四條第二項之保護教養費用時，則父母之分擔額為何？

若依民法第一〇八九條規定，由父母共同負擔，而父母之經濟能力不同時，父母又應如何分擔？有無類推適用民法第一〇〇三條之一或第一一一五條第三項規定？目前實務見解尚未明確，仍有待觀察。

二、夫妻間之扶養

（一）民法之規定

我國民法親屬編第二章婚姻，亦無明文規範夫妻間之扶養關係，而第五章扶養，於民國七十四年六月三日修正以前，亦無提及夫妻間之扶養³⁰，僅於民事訴訟法第五七二條第二項規定夫妻間有請求扶養之訴，迨至民國七十四年六月三日始於扶養章增訂民法第一一一六條之一規定：「夫妻互負扶養之義務，其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同。」³¹及修正第一一一八條規定：「因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。但受扶養權利者為直系血

³⁰ 大清民律草案第四編親屬法第三六條及民國四年民律親屬編草案第三八條均規定，夫妻互負扶養之義務（均編訂於第三節、婚姻效力）；民國十四年民律草案親屬編第六七條亦規定，夫婦互負扶養之義務，夫婦之一方，如怠於負扶養義務時，他之一方有請求給與定期金之權利（亦編訂於第三節、婚姻效力）；而民國十七年親屬法草案第六二條第一項規定，夫妻依其經濟能力，互負扶養義務（編訂於第五章、扶養）；另民國二十年民法親屬編修正草案第一〇四七條則規定，夫妻互負扶養之義務，夫對於妻應依自己之地位及經濟狀況、謀生能力扶養之；夫不能維持生活時，妻亦應依夫之地位，並就自己之經濟狀況及謀生能力，量予扶養（亦編訂於第三節、婚姻效力）。以上請參閱中華民國民法制定史料彙編，司法行政部印行，上冊，頁 858、下冊，頁 50、257、359、740，1976 年 6 月。

³¹ 民法第一一一六條之一增訂理由謂：我國社會，素重人倫，夫婦既列為五倫之一，其應互負扶養義務，乃理所當然，是以舊律不著明文，迨民國肇造，前大理院判例即作肯定之闡釋（五年上字第一一〇七號），第一次至第四次親屬法草案，及外國立法例（如德國民法第一三六〇條，第一六〇八條、第一六〇九條，瑞士民法第一五九條第三項，韓國民法第九七四條第一款等）亦均有明文規定。我國民法未有規定，致實際上每滋疑義，雖最高法院於四十三年著有判例（四十三年臺上字第七八七號），以資補救，究不若法有明文為愈，且我民事訴訟法第五七二條第二項列有夫妻請求扶養之訴；為使實體法與程序法互相配合，亦有於本法增設規定之必要。又以夫妻關係特為密切，故於新增條文規定其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序則與直系血親尊親屬同。

親尊親屬或配偶時，減輕其義務。」後，關於夫妻間之扶養，始明文化。惟其是否屬生活保持義務，仍有疑義。

（二）學者見解

我國學說上，認為夫妻間之扶養係生活保持義務，此係夫妻關係之本質的要素，夫妻各須犧牲自己而扶養對方，亦即受扶養權利者如為其配偶時，則扶養義務人縱因負擔此項義務，而不能維持自己之生活，仍須犧牲自己而扶養對方³²。惟有學者又將夫妻間之扶養區分為：由夫扶養妻，不問妻有無扶養之必要狀態（即不能維持生活而無謀生能力）。反之，妻扶養夫，則須於夫有扶養必要狀態，且於妻有扶養可能狀態（不會因負擔此扶養義務而不能維持自己生活）始可，蓋由民法（民國九十一年六月二六日修正前）第一〇二六、一〇三七、一〇四八條等關於家庭生活費用負擔之規定，尤其由第一〇二六條觀之，家庭費用先由夫負擔，而夫無支付能力時，始由妻負擔，而家庭費用雖不限於扶養費用，但其包括夫妻之扶養費用，似無問題³³。亦有學者認為：夫扶養妻，係生活保持義務，但妻扶養夫，乃是生活扶助義務，因在經濟大權通常係夫掌握之現況下，夫應盡其所能扶養妻，乃係夫妻共同生活關係不可或缺者，是妻（扶養權利人）是否須不能維持生活而無謀生能力，又有無受扶養之需要，及夫（扶養義務人）有無扶養之經濟能力及身分，均無須加以考慮，故應由夫盡其所能而為扶養，民法第一一一八條但書減輕扶養之規定，當然不能適用於夫對妻之扶養，乃是法律上所謂生活保持義務者也，反之，妻對夫之扶養義務，為生活扶助義務，除須考慮夫（扶養權利人）有無不能維持生活而無謀生能力，又有無受扶養之需要，及妻（扶養義務人）有無經濟能力及身分而為扶養外，如妻因負擔扶養義務，而不能維持自己生活者，自可減輕其扶養義

³² 史尚寬，前揭書，頁 676；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 168；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 147（陳）；林菊枝，前揭親屬法新論，頁 83。

³³ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 168。

務，始為正當³⁴。

(三) 實務見解

實務上認為夫妻間之扶養，係生活保持義務者，如下：

- 1、最高法院七十九年台上字第二六二九號判例謂：「按夫妻履行共同生活，婚姻生活方能維持美滿幸福，故夫妻同居義務實乃維護婚姻生活之基本要件。履行同居生活，則夫妻非互負生活保持之扶養義務不可，扶養對方，亦即保持自己之婚姻生活，其扶養之程度與自己之生活程度相同，是為夫妻互負共同生活之義務。故七十四年六月三日修正公布之民法第一一六條之一規定：『夫妻互負扶養之義務，其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同』。從而受扶養權利之妻或夫方，亦與直系血親尊親屬同，不以無謀生能力為必要。」
- 2、最高行政法院九十三年度判字第五二號判決謂：「生活保持義務，為夫妻間之扶養義務；此義務為夫妻身分關係之本質的要素之一，若無此義務，則不可稱為夫妻，保持對方即是保持自己。」

由上開判例、判決得知，實務上對於夫妻間之扶養義務，亦認為係生活保持義務，且不論夫扶養妻，或妻扶養夫均屬之，然上開第1則判例認為受扶養權利之妻或夫方，亦與直系血親尊親屬同，不以無謀生能力為必要，意即妻或夫僅要不能維持生活即符合受扶養之要件，則尚有商榷之餘地，蓋現行民法第一一七條第二項對於排除無謀生能力之限制者，僅限對於直系血親尊親屬之扶養，不包含夫妻間之扶養，如非立法者有意不為規定，即為遺漏，就法律未規定者強為解釋，而使其有致受扶養之配偶亦得排除無謀生能力之限制，已非法律解釋，亦非漏洞補充，適用法律者，自行增添或免除法律所未規定者，已然取代立法者之地

³⁴ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁147-148。(陳)

位，嚴重違反民主憲政中權利分立之基本原則³⁵；再者，該判例乃係由夫妻受扶養權利之順序，推論夫妻之扶養不以無謀生能力者為限，然扶養之要件與扶養順序本即有先後之分，亦即須先滿足扶養要件後，始得斟酌受扶養權利人之順序，而該判例顯然誤解此二者之先後關係³⁶。

三、其他親屬間

(一) 民法之規定

我國民法親屬編第五章扶養，明定親屬間一般受扶養之要件，以不能維持生活而無謀生能力者為限。但受扶養權利者，如為直系血親尊親屬，則不受無謀生能力之限制（民法第一一一七條），及因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務（民國七十四年六月三日民法修正前第一一一八條條文），並於民國七十四年六月三日修正第一一一八條而增設但書規定，即受扶養權利者如為直系血親尊親屬或配偶時，負扶養義務之直系血親卑親屬或配偶，縱因負擔扶養義務而不能維持自己生活，仍不得免除其義務，僅可減輕其義務。準此，我國現行民法親屬編對於直系血親尊親屬之受扶養要件與扶養義務之免除，有別於其他親屬間之扶養，而對於直系血親尊親屬以外之其他親屬之扶養係屬生活扶助義務，現已無二論，則對於直系血親尊親屬之扶養既有區別，其是否屬生活保持義務之範疇，則有待檢討。

(二) 學說見解

由於我國民法親屬編對於直系血親尊親屬之扶養要件與扶養義務之免除，均與其他親屬（配偶除外）有別，則其扶養義務是否為生活保持義務？有學者認為：我國親屬法於民國七十四年

³⁵ 王海南，「受扶養義務人之損害賠償請求權及夫妻間之扶養權利義務」，收錄於黃茂榮主編民法裁判百選，月旦出版社股份有限公司，頁700，1995年12月。

³⁶ 林秀雄，「論夫妻之扶養」，收錄於黃宗樂教授六秩祝賀—家族法學篇，學林文化事業有限公司，頁217，2002年5月。

六月三日修正時，於第一〇八四條第一項增訂「子女應孝敬父母」之規定，成年子女對於父母，除扶養義務外，尚負孝敬義務，其內容應包照料父母之日常生活起居在內，且同時為貫徹民法第一〇八四條第一項之立法意旨，並於同法第一一一八條增訂但書規定，受扶養權利者，為直系血親尊親屬時，負扶養義務之直系血親卑親屬，縱因負擔此項義務而不能維持自己之生活，亦僅可減輕其義務，而不得免除其義務，則民國七十四年六月三日之民法修正內容觀之，更可直接肯認：成年子女對於父母之扶養義務，應屬生活保持義務；反之，父母對於成年子女之扶養義務，則屬生活扶助義務³⁷。亦有學者認為：現今工商社會，夫妻與子女組織家庭，為普遍之家庭型態，間或有與父母三代同堂之大家庭者，在共同生活中有福同享、有難同當，父母、子女、配偶為全面之共同生活體，互負共生存之義務，換言之，為保持對方生活，縱犧牲自己也在所不辭，此為外國法上所謂生活保持義務³⁸。另有學者認為：受扶養權利者如為其直系血親尊親屬時，則扶養義務人縱因負擔此項義務，而不能維持自己之生活，依法僅可減輕其義務，而不得全予免除，因此時之扶養，為生活保持義務故也³⁹。

（三）實務見解

關於直系血卑親屬對直系血親尊親屬之扶養義務，實務上甚少認為生活保持義務，僅臺灣高等法院九十年度重上字第一〇五號判決謂：「核上訴人（成年人）為莊曾〇〇之子，不論莊曾〇〇有無謀生能力或能否維持生活，上訴人對其母當應負生活保持之扶養義務，況被上訴人莊曾〇〇高齡八十餘歲，上訴人之扶養義務更不能因分家分產而減免。是該判決認為，成年子女對父母

³⁷ 黃宗樂，「論孝敬義務與扶養義務之關係」，輔仁法學第7期，頁309-315，77年1月；「扶養之順序」，台灣本土法學，第36期，頁182-184，2002年7月；戴東雄、劉得寬，民法親屬與繼承，五南圖書出版公司，頁228，77年6月修訂初版；林菊枝，前揭親屬法新論，頁373。

³⁸ 林菊枝，前揭親屬法新論，頁373。

³⁹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁463（郭）。

應負生活保持之扶養義務⁴⁰，顯見目前實務上對於直系血親尊親屬之扶養逕認係生活保持義務者，尚屬少數。

第三項 生活保持義務之檢討

壹、日本學說

日本對於親族扶養二元化之區別，之所以形成通說，在於其自夫妻關係及親子（未成熟子）關係的本質加以探討，而具普遍性之理論，可謂係對近代家族法現行民法之扶養歸納之解釋論⁴¹。

一、學說論（本質論）

中川善之助教授之理論，於日本昭和初期舊民法時代提倡家族法之根本支柱之「家」制度係不相容，因當時「家」制度乃以家長（戶主）為中心之大家族制度，故有關一切扶養義務問題，均以「家」制度為根據來探討，如由當時日本舊法之法理念觀之，近代扶養法將扶養義務區別二種類型之法理論，是無法被接受，故在當時，中川理論，僅可謂係純粹學術上之探討，但近代扶養法，由於係以夫妻及未成年（未成熟）子為單位所構成之核家族為中心，其內部關係與其他親族間之關係，具有本質上重要之差異，故中川理論於日本舊法下所樹立之學說，應重新給予極高之評價⁴²。而中川理論之基本論點有三⁴³：

（一）未成熟子女與父及母之生活應維持三位一體，已成熟子

⁴⁰ 該案雖上訴於第三審，惟最高法院認上訴不合法，以九十三年度台上字第五七八號裁定駁回上訴確定。

⁴¹ 佐藤隆夫，「生活保持と生活扶助」，收錄於現代家族法大系3親子・親權・後見・扶養，有斐閣，頁406，昭和54年12月25日。

⁴² 同前註，頁408。

⁴³ 中川善之助，前揭新訂親族法，頁589-602。

女，其親子間之扶養，不再為生活保持，而應歸於生活扶助之範疇，即本質上與兄弟姊妹之扶養相同，均為生活扶助義務，但其程度比兄弟姊妹間之生活扶助義務較高，而較接近生活保持義務。

- (二) 夫妻與親子間之生活保持義務，其基礎在於彼此間為一體之共同生活，但別居中之夫妻與親子間，如有約定夫妻之一方負擔他方生活費，或基於負擔生活費之一方過失而與他方分居之情形，一方對他方之生活保持義務並不消滅。
- (三) 關於生活保持義務中，夫妻間之生活保持，係民法所規定（日本民法七五二條），惟親子之生活保持，則欠缺明文，日本民法扶養之有關規定，乃專就親族間之扶養，即生活扶助義務之規定，故日本民法上有關扶養當事人中，所謂直系血親，解釋上應將父母對未成熟子女之生活保持義務除外。

二、批判論

親族扶養二元化理論雖為通說，然因非法所明定，故亦受到批評：

(一) 第一說

此說係以日本學者鈴木祿弥為代表，其趣旨為中川之二元化理論之兩極理念固然甚佳，但由於扶養義務之型態繁多，為因應其所產生之各種具體情事，首先應避免將具體個案中之具體扶養義務定位為保持義務或扶助義務，並賦與其一定之效果⁴⁴。是其認為會產生下列現實問題⁴⁵：

⁴⁴ 鈴木祿弥，「生活保持義務と生活扶助義務とは、いかなる差異があるか」，收錄於幾代通、鈴木祿弥、廣中俊雄著，民法の基礎知識 質問と解答，有斐閣，頁190-191，昭和39年初版。

⁴⁵ 太田武男=久貴忠彦・親子の法律（1969年），頁218，轉引自佐藤隆夫，前掲文，頁410。

- 1、所謂未成熟子女之概念乃不明確，其是否與未成年人同一概念？若是，則未成年子女一旦成為成年子女，其生活保持義務是否即成為生活扶助義務？
- 2、未成年人中對於已達到獨立者之扶養與對幼兒之扶養，其間是否應有差異？
- 3、已接近成年之子女與高齡之父母間，後者之受扶養權利是否應較前者優先。
- 4、生活保持義務係以由夫妻及子女所構成之核心家庭之共同生活為基礎，則離婚後未與子女共同生活之父或母，其扶養是否僅為生活扶助義務？若非，則該父母尚負生活保持義務，如該父母又再婚而組新家庭，則何方應優先扶養？

而針對對上問題，鈴木祿弥主張為解決家族扶養之各種具體個案，應將日本民法第八七八條、八七九條有關扶養之規定活用，首先應由當事人協議，協議不成時，則由家事裁判所考量當事人間之一切情事而予審判⁴⁶。

對於前開之批評，中川教授亦提出反駁，認前述之批評，所謂保持義務不需要特別確立其觀念，但其依日本民法第八七九條規定之「考量一切情事」，作為扶養之活用依據，無形中亦強化保持義務之概念，由於保持義務與扶助義務之不同，不單是程度上之差異，兩者有其質之不同，故仍有區分之必要⁴⁷。

（二）第二說

此說係以日本學者沼正也為代表，主張應從近代私的扶養法之成立基礎考察，主要論點有二⁴⁸：

⁴⁶ 鈴木祿弥，前掲「生活保持義務と生活扶助義務とは、いかなる差異があるか」，頁190。

⁴⁷ 中川善之助，「扶養義務の二つの原型について」學習院大学法学部研究年報1，頁271以下、とくに，頁300（1968年），轉引自佐藤隆夫，前掲文，頁413。

⁴⁸ 沼正也，「公的扶助と私的扶養の限界」，收錄於家族法大系v親權・後見・扶養，有斐閣，頁138-139，昭和35年初版。

- 1、以必然的共同生活為論據，即生活保持義務乃以共同生活為基礎，於夫妻間及父母對未成熟子女之親子關係間均以共同生活為其基礎；換言之，此二種扶養義務具有顯在性之共同生活，故必須負有較高度之生活保持義務，反之，僅有潛在性之共同生活者，則僅負較低度之生活扶助義務。
- 2、以近代法之理想在於掌握人類生活為論據，即扶養係以共同生活為基礎，而近代之小家庭乃以夫妻與父母對未成熟子女為中心，其共同生活應加強保護，故應強化夫妻與其未成熟子女結合之紐帶，自應賦予保持義務，於其他親族之扶養則為扶助義務。

（三）第三說

此說否認生活保持義務並無法之根據，換言之，其認為生活保持義務並非無明文規定，在近代法基於強調自己責任之原則，父母對未成熟子女之扶養義務，並不以相對人陷於生活窮因為要件，並且應提供子女超過最低限度之生活維持，以達到與自己一體之生活保持經濟援助義務，故不能認為此種義務欠缺明文規定⁴⁹。

（四）第四說

此說主張生活保持義務與生活扶助義務並無絕對之區別，且非有本質上之差異，只不過有程度上之差別而已，故於有夫妻別居之情形，應從別居之前提問題（如正當理由之有無、親權、監護權之有無）加以考量，以決定所負之扶養義務⁵⁰。

（五）第五說

此說以日本學者青山道夫為代表，此說係自生存權之本質否認生活保持義務，換言之，其認為夫妻及親子之扶養，應從歷史

⁴⁹ 山崎賢一，新民法演習 5（親族・相續），頁 150（1968 年），轉引自佐藤隆夫，前揭文，頁 412。

⁵⁰ 山崎賢一，前揭書，頁 151，轉引自佐藤隆夫，前揭文，頁 412-413。

之範疇來探討，在將來之社會，若國家直接保障個人生存權時，夫妻與親子之生活保持義務亦即成為不必要，則夫妻與親子關係亦應消滅⁵¹。

貳、我國情形

由前述說明，可知我國民法雖無明文區別扶養義務為生活保持義務與生活扶助義務，惟民法就親屬間之扶養仍有差別，而學說及實務，均參酌瑞士、德國民法規定及日本學說，認為宜有前述之區別，並異其扶養之要件及其內容（程度與方法），惟對於生活保持義務之親屬範圍，則略有不同。首先，父母對於年幼待哺育之未成年子之扶養及夫對於妻之扶養，通說見解均認屬生活保持義務，應無疑義，惟就父母對未成年子女之生活保持義務，其子女之範圍為何？是否概以成年或未成年而劃分？及妻對於夫之扶養，或直系血親卑親屬對於直系血親尊親屬之扶養，是否屬生活保持義務？均有檢討之必要。

一、生活保持義務之子女範圍

（一）德國

德國民法第一六〇二條第二項規定，未成年又未婚之子女，縱有財產，如以其財產收入及勞力所得，不足維持生活者，得請求其父母扶養，而同法第二條又規定，滿十八歲為成年人。是父母對子女之生活保持義務，該子女之範圍，依德國民法係指未滿十八歲且又未婚之子女，蓋未成年子女若已結婚，則已另組家庭，自應由父母及未成年又未婚之子女所組成之核心家庭脫離，父母即不再對其負生活保持義務。

（二）日本

日本民法就父母對子女之生活保持義務雖未明定，惟對於該

⁵¹ 青山道夫，市民社会と家族法，頁 97，1970 年，轉引自佐藤隆夫，前揭文，頁 413。

子女之範圍，學說與實務均一致認為限於未成熟子女，而未成熟子女與未成年子女在概念上並不完全相同，後者，係以民法上是否具有完全之行為能力為界限，即以年齡為區別，以決定其為法律行為之效果，依日本民法第三條規定，滿二十歲為成年；而前者係指不具有獨立生活能力之子女，非以年齡之多寡為劃一之規定⁵²；換言之，未成熟係指在社會通念上，不能為獨立生計之狀態，其因個人而有差異，不能一概而論，未成年者不能獨立生活者固屬之，成年者中仍不能獨立生活者，亦應包括在內，亦即成年子女如有殘廢或長期疾病而無法獨立生活之狀態，亦認為係未成熟子女。準此，所謂未成熟子女，應個別具體的以子女是否具備現實獨立生活能力為判斷，是未成年子女中，如能於經濟上完全自立，即脫離未成熟子女之範疇，其與直系血親間即負相互之扶養義務，亦即日本民法第八七七條第一項所規定之直系血親互負扶養義務⁵³。一般而言，乳兒與受義務教育年齡者，其在身體的、精神的與社會的成熟化過程中，使其從事勞動生產，乃有害其健全之教育，在此期間內，即有受扶養之必要，此大約係指自出生至中學畢業止，但由於中學畢業後進高等學校受教育已一般化，且升學率相當高，故至高等學校畢業為止，均認係未成熟子女，此時約為十八歲，而由父母之經濟資力、社會地位或職業等視之，如能使子女受更高等之教育時，則子女在高等學校或大學畢業為止，均認係未成熟子女⁵⁴。日本實務亦認為已成年而尚在醫科大學就學中之子女，其入學係受扶養義務人（父母）同意者，父母自應以其資力於子女就學期間負生活保持義務⁵⁵。是日本乃

⁵² 中川淳，前揭改訂親族法逐條解說，頁 605。

⁵³ 於保不二雄、中川淳編集，新版注釋民法（25）親族（5）親權·後見·扶養，有斐閣，頁 520，平成 11 年 4 月 30 日初版。

⁵⁴ 日野原昌，「扶養一家事事件の實務その 2」，ジュリスト（No.323），有斐閣，頁 87，1965 年 6 月 1 日，轉引自黃雅惠，論父母對未成年子女之扶養，國立中興大學研究所碩士論文，頁 33-34，1992 年 12 月。

⁵⁵ 大阪家庭裁判所昭和 41 年 12 月 13 日審判，家庭裁判月報 19 卷 7 號，頁 73，轉引自保不二雄、中川淳編集，前揭新版注釋民法（25）親族（5）親權·後見·扶養，頁 520

係以子女之個別具體的現實獨立生活之能力是否具備，而決定父母是否負生活保持義務。

（三）我國

我國學者就父母應負生活保持義務之子女範圍，有認為指未成年子女⁵⁶；亦有認為限未成年又未婚子女⁵⁷；另有學者認為父母所負生活保持義務之對象，應限於未成熟子女，而所謂未成熟之子女與未成年之子女有別，係指無父母保護養育即不能生存之乳兒、幼兒、少年而言，其範圍自比未成年子女為狹隘。成熟與否因人而異，若以年齡言之，大致是十五、六歲，即大約係國民中學畢業時之年齡，為人父母者應養育不能獨立生活之未成熟子女，使其長大成人，乃現代親子法之第一要求，是以在解釋上父母對於未成熟子女應負生活保持之義務⁵⁸；至於實務上，如前述，由於係以父母對未成年子女之保護教養權利義務作為生活保持義務之根據，是父母負生活保持義務之子女範圍，實務上皆認為係未成年子女。

（四）淺見

在以個人主義、自己責任為原則之近代法上，私的扶養乃屬社會保障制度尚未完備時，國家將公的扶助義務轉嫁至私人扶養之不得已政策⁵⁹，又扶養乃利益於他人，屬例外之規定，故其範圍不宜過廣，而生活保持義務係屬高度之扶養義務，對於扶養義務人而言，係一非常苛酷之義務⁶⁰，故其範圍不僅應限縮，更應明確，而由前述說明，我國實務及較多數學者，認為父母應負生

⁵⁶ 史尚寬，前揭書，頁 609、681、686；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 454、461（郭）；林菊枝，前揭親屬法新論，頁 339、373。

⁵⁷ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 531。

⁵⁸ 黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁 317。

⁵⁹ 林秀雄，前揭「論夫妻之扶養」，頁 214。

⁶⁰ 島津一郎，家族法入門，頁 308，轉引自黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁 316-317。

活保持義務之對象為未成年子女，並未區分已否結婚，而我國民法第十二條規定，滿二十歲為成年，是父母對二十歲以下之未成年子女，一概負生活保持義務，其以年齡為單一標準是否妥適，不無討論之餘地，蓋如學者所言，身分法應注重實質，不宜如財產法上之行為能力，以年齡劃一明確之界線⁶¹，然如仿日本學說實務見解，以子女個別的是否具備現實獨立生活能力為斷，則其判斷標準又屬不明確，適用上亦造成爭議，是本文以為依現行民法第十三條第三項規定，未成年人已結婚者，有行為能力，而同法第一一二七、一二八條亦規定，未成年已結婚之家屬，得請求由家分離，家長有正當理由時，亦得令未成年已結婚之家屬由家分離，蓋未成年已結婚，自組家庭，業已長成，宜令其由家分離，藉以祛除其依賴之心，使之各謀自立之計，故應認父母對其已不再負生活保持義務，而依民法第一一一四條以下規定，負生活扶助義務；再者，依民法九八〇條規定，男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚，是未成年已結婚者之年齡，男方應滿十八歲，女方應滿十六歲，由其年齡標準言之，與我國兒童及少年福利法所規範之兒童、少年係指未滿十八歲者（兒童及少年福利法第二條）相較，似較為接近，另參考前開德國、日本之法制，本文認父母應負生活保持義務之對象，以未成年又未結婚之子女，似較為妥當。

二、關於夫對於妻之扶養部分

（一）男女因結婚而成夫妻，夫妻之身分在於履行婚姻共同生活之幸福，因此同居義務婚姻本質之要件，欲履行同居生活，夫妻非互負扶養義務不可⁶²。又夫妻間之扶養係夫妻關係之本質要素，故夫妻間之扶養，似不應再予區分妻扶養夫、夫扶養妻，而異其扶養義務。

⁶¹ 黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁317。

⁶² 最高法院七十一年台上字第五二二二號判決謂：夫妻互負同居之義務，為民法第一〇〇一條所明定。是以配偶為終身共同生活之親屬，較諸一般家長家屬間之關係尤為密切，應認為其相互間有扶養權利義務之存在。

- (二) 現行扶養法基於獨立人格，家屬與親屬卑幼各有財產能力，故扶養之權利與義務原則上非屬片面，而係相互者，則基於夫妻平等原則，夫妻間之扶養義務應無區別之必要，否則，若解為夫扶養妻為生活保持義務，夫之扶養程度與自己之生活程度相等；而妻扶養夫為生活扶助義務，只須滿足夫最低生活之需要即可，則若妻事業有成，而夫失業賦閒在家，妻過著豪華富裕之生活，而夫僅能滿足最低生活之需要，同在一屋簷下，區別夫妻之生活程度，未免太不人道，亦不符實情⁶³。
- (三) 學者認為妻扶養夫之要件，有別夫扶養妻，其理由不外乎民法於九十一年六月二十六日修正前，親屬編有關夫妻財產制之規定，夫對於家庭生活費用負優先責任，而妻僅居於補充地位（修正前民法第一〇二六條、第一〇三七條、第一〇四七條第二項、第一〇四八條），且聯合財產（修正後已無聯合財產名稱）以由夫管理為原則（修正前民法第一〇一八條第一項），是夫自應盡其所能扶養妻，而妻僅於夫無支付能力時，始負擔家庭生活費用。此固非無據。然自民國九十一年六月二十六日民法修正後，關於家庭生活費用之負擔義務，已修正為除法律另有規定或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之（民法第一〇〇三條之一），且夫妻財產制之法定財產制，亦規定夫或妻各自管理、使用、收益、及處分其財產（第一〇一八條），即強調夫妻基於獨立平等之人格，對於婚姻共同生活體之維持，均有責任。是於此觀念下，更無區分夫妻間互負扶養義務之不同。
- (四) 民國七十四年六月三日增訂民法第一一一六條之一及第一一一八條但書，關於夫妻間扶養權利之順序及扶養義務減輕之規定，均使用「配偶」二字，並無區別夫對妻或妻對

⁶³ 林秀雄，前揭「論夫妻之扶養」，頁 212。

夫，是適用上，不宜另作區分，且依第一一一八條但書規定，配偶相互間之扶養縱因負擔扶養義務而不能維持生活者，亦不得免除扶養義務，僅得減輕，是若以妻扶養夫限於妻有扶養可能狀態，似與民法第一一一八條但書規定之立法意旨有所違背。

三、對於直系血親尊親屬之扶養部分

(一) 民國七十四年六月三日民法修正以前

原民法第一一一八條規定，因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。意指扶養義務人因負擔扶養義務之結果，不能維持自己生活者，自不能以法律強制其履行，故扶養義務人不必犧牲自己身分相當之生活，以扶養他人，此仍生活扶助義務特徵之一，而直系血親尊親屬既屬親屬間扶養之範圍（民法第一一五條、第一一一六條），自有該規定之適用，故對其扶養屬生活扶助義務無疑。

又依日本向來之通說，關於民法第四編第六章規範之扶養義務，並不包含父母對未成熟子女之生活保持義務⁶⁴，而夫妻間之生活保持義務，又規定於日本民法婚姻效力之第七五二條，故關於民法第四編第六章規範之扶養義務，應專指生活扶助義務。而我國民法關於夫妻、父母子女（尤其係未成年子女）間之權利義務，分別規定於第二章、第三章，並於第五章另規範扶養章，其立法體例與日本相似，則有關夫妻間之扶養及父母對未成年子女之扶養，亦屬夫妻間與父母子女間之權利義務，原應屬該兩章所規範之範疇，而於民國七十四年六月三日民法親屬編第一次修正以前，立法者未予明文化，蓋認為渠等間之扶養，係身分關係之本質要素，係生活保持義務，毋待法律明文，故我國民法第五章扶養所規範者，應與日本為相同之解釋，專指親屬間之生活扶助義務規定，不包括夫妻間及父母對未成年子女間之生活保持義

⁶⁴ 中川淳，前揭改訂親族法逐條解說，頁 604；石田喜久夫等五人編，前揭親族法·相續法，頁 136。

務，否則，如仍認為夫妻間、父母對未成年子女之扶養義務仍有第六章之適用，則依修正前民法第一一一八條規定，於夫或妻或父母因負擔妻或夫或未成年子女之扶養義務，而不能維持自己生活者，竟可免除其義務，此與夫妻間或未成年子女與父母間之生活係屬強固之生活共同體，而應維持三位一體，顯屬有違，殊難想像。準此，對直系血親尊親屬之扶養既規定於第五章「扶養」，應屬生活扶助義務範疇。

（二）民國七十四年六月三日民法修正後

民國七十四年六月三日民法親屬編扶養章修正第一一一八條，增列但書規定，受扶養權利者為直系血親尊親屬時，扶養義務人縱因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，僅可減輕義務，不能免除其義務，稽其立法理由，乃謂民法修正後之第一〇八四條第一項規定：「子女應孝敬父母」以重人倫，為貫徹此旨，受扶養權利者，如為直系血親尊親屬，負扶養義務之直系血親卑親屬，縱因負擔此項義務，而不能維持自己之生活，僅可減輕其義務，不宜全予免除，亦即直系血親卑親屬雖無餘力，亦須犧牲自己而扶養直系血親尊親屬，據此似認對於直系血親尊親屬之扶養，亦改屬生活保持義務。又民國七十四年六月三日除於第五章修正對直系血親尊親屬之扶養規定外，另亦於該章增訂夫妻間扶養之相關規定（第一一一六條之一及第一一一八條但書），而夫妻間之扶養，如前所述係生活保持義務，則我國民法第五章扶養，自增訂上開規定以後，似已非專指親屬間之生活扶助義務規定，應認尚含夫妻間及對於直系血親尊親屬之生活保持義務在內。

參、小結

近代扶養法理，仍本於個人主義、自己責任為原則，而生活保持義務之義務人，因對權利人負有保持與自己生活程度相同之義務，視權利人為自己生活之一部，而為生活全面之保持，即不免遭受批判，已如前述，我國實務與學說在關於扶養義務，雖亦

受瑞士、德國民法規定及日本學說影響，而有所區別，然如由中川教授檢視我國扶養制度，顯見我國對於生活保持義務之扶養，仍與日本中川教授之見解有別，茲分述如下：

- (一) 中川教授認為負生活保持義務者，僅限於父母對於未成熟子女，及夫妻間。而我國父母對未成年子女之扶養義務，亦認應負生活保持義務，僅係該子女之範圍有不同見解，至於夫妻間，實務與學說雖亦傾向採認屬生活保持義務，然又均認為夫妻間之扶養仍受扶養要件之限制，即至少要有不能維持生活者，更有認應尚須無謀生能力者，始受扶養（詳如前述），惟中川教授所謂生活保持義務之發生，係指只要夫妻關係存在，生活保持義務即當然發生⁶⁵，二者顯然不同。
- (二) 中川教授認為生活保持義務者，乃權利人維持義務人之生活，即在保持自己之生活，故其程度與自己之程度相等，雖犧牲自己地位相當之生活，亦不得不予以維持；反之，生活扶助義務係在不犧牲自己地位相當之生活原則下，給予對方必要之生活費用即可；而我國民法自民國七十四年六月三日增訂第一一一八條但書後，規定受扶養權利者為直系血親尊親屬時，扶養義務人縱因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，僅可減輕義務，不能免除其義務，則由其關於扶養義務人須犧牲自己地位相當之生活觀之，我國現行民法似亦認直系血親卑親屬對於直系血親尊親屬之扶養亦屬生活保持義務，不宜再視為生活扶助義務，惟依民法第一一一七條規定，因其仍受不能維持生活始受扶養之限制，故仍與中川教授之生活保持義務有別。
- (三) 綜上所述，我國現行民法之扶養制度，仍區分為生活保持義務、生活扶助義務，而生活保持義務之範圍，如單純從扶養義務不得免除者而言，似可包含父母對未成年子女、

⁶⁵ 鈴木祿弥，前揭親族法、相續法の研究，頁 162。

夫妻間、直系血親卑親屬對直系血親尊親屬，惟由扶養義務發生之要件觀之，則僅父母對未成年子女之扶養義務與中川教授見解相符，亦即只要親子關係存在，即當然發生生活保持義務⁶⁶；至於夫妻間與直系血親卑親屬對直系血親尊親屬之扶養義務，則仍受扶養要件之限制，準此，父母對未成年子女之扶養，實與民法一般所謂扶養概念不同。

⁶⁶ 最高法院九十二年台上字第二一九號判決謂：未成年子女請求父母扶養，自不受民法第一一一七條第一項規定之限制，即不以不能維持生活而無謀生能力為限。最高行政法院九十三年判字第五二號判決亦謂：因父母對於未成年子女之扶養義務為「生活保持義務」，雖無餘力，亦須犧牲自己而予扶養，斷不能因「不能維持生活」，即完全免除其扶養未成年子女之義務。

第二章 父母對未成年子女扶養義務之基礎

第一節 親子法之發展

父母對其子女得直接行使為親之權利義務，固為現代社會之當然觀念，並為現代法律所保障，然此為家族關係變遷進化之結果，在古代氏族社會，係由族長支配及保護族人。而氏族社會，後因家形態之分離獨立而崩潰，對於家族之統制支配，則改為家長之權利，由家長支配家族各構成員，當然包含構成員之子女，是子女係服從家長之支配，而非服從其父之支配，親子關係本身所具有之意義甚小，嗣後以家為中心之生產關係逐漸解體，家長權隨而衰微，家族之單位亦次第縮小，而進於原則上以父為家長，家長權變為父權之時代，是親子法乃近代產物。然其初期，親權尚不失其為家長權之實質，為親之權利仍置於家秩序與家產之維持上，故親權可與家長權同視，此可謂「家本位之親子法」。其後，家族共同體之生產關係更趨弱化，未幾以夫妻與親子為中心之小家族相繼成立，然起初父權思想仍然強大，僅父權受尊重而已。在父權社會，父握有支配子女之絕對權，子女惟父之意思是從，子女並無獨立人格可言，此可謂「親本位之親子法」。及至近代，由於資本主義發展之結果，家族成為消費單位，父權之色彩漸趨薄弱，導致母獲得與父對等之地位，同時注重子女之養育、保障，親子法遂以子女福祉為中心而構成，此可謂「子女本位之親子法」⁶⁷。可知子女之地位，在「家本位之親子法」、「親本位之親子法」時代，僅係一單純保護客體，要絕對之服從，而至「子女本位之親子法」時代，子女始具有獨立人格，享有法律

⁶⁷ 中川善之助，前揭新訂親族法，頁 351 以下；史尚寬，前揭書，頁 476-477；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 258（黃）。

之保障。

再者，近代以來，家庭制度已逐漸轉變以夫妻及子女為核心之核心家庭，而親子法復已發展至「子女本位之親子法」，即以父母保護教養未成年子女之權利義務為中心，並強調加強未成年子女、非婚生子女及養子女權益之保障⁶⁸，其目的乃在追求未成年子女之最大利益，故有關父母對於未成年子女之扶養義務，已非父母所給予之恩惠或道德責任，而係法律上所保障之權利，又未成年子女，自出生為乳幼兒起，經兒童、少年，至成年可獨立自主，在此期間，其身心發育均處於未成熟之狀態，由於年輕識淺，對於維持生存必要之經濟能力，可謂全然匱乏，亟需父母之撫育，而未成年子女係國家將來之希望所在，社會未來之中堅份子，故於其成長發育之階段，各國除賦予父母對未成年子女有監護教養之權利義務外，莫不課予扶養之義務，此義務乃片面、單方者，期未成年子女於身心未成熟、經濟未獨立前，得到父母最完整之照顧。是我國除於民法第一〇八四條第二項規定，父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務外，並於第五章規範一定親屬間之扶養，雖係親屬間互負扶養義務，因未成年子女原則上係不能維持生活而無謀生能力，故常處於受扶養之地位，而由一定親屬亦對未成年子女負扶養義務，俾能使未成年子女受到周全之扶養，另父母對未成年之保護教養，既係權利又係義務，如父母未盡或違反其保護教養之義務，構成親權之濫用時⁶⁹，依民法第一〇九〇條兒童及少年福利法第四八條規定，輕者，遭最近尊親屬或親屬會議之糾正，重者請求法院宣告停止其親權，甚至猶會構成刑法上之遺棄罪，顯見我國現行法律，對未成年子女之保護，

⁶⁸ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 19。

⁶⁹ 最高法院八十四年台上字第三一七號判決謂：養子女與養父母之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。又父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務，民法第一千零七十七條、第一千零八十四條第二項定有明文。所謂保護係指預防及排除危害，以謀子女身心之安全，包括對其日常生活為適當之監督及維護；教養為教導養育子女，以謀子女身心之健全成長，包括使子女接受國民義務教育。父母違反上述關於保護教養之義務時，應構成親權之濫用。

不可謂不周。

第二節 對未成年子女扶養之沿革

第一項 概說

親子關係、婚姻關係乃人類社會基礎單位之家族基本生活關係，而未成熟子女之扶養，意味著將來勞動力之保全，是在任何時代均係被重視者，然在共同生活體中，未成熟子女之扶養事實及扶養方法，會因時代之生產力與生產關係反映出不同之扶養內容。未成熟子女之扶養與生產力之關係，在生產力極低且無法扶養共同體之成員時，為了維持成員之生存權，而不得已採取了棄兒或殺害嬰兒之措置，嗣生產力發達後，人口減少之需求雖趨緩和，但小孩與老人之遺棄與殺害，與信仰風俗結合，扶養無力生活者仍以社會習俗而存續者，但自人命尊重之思想產生發展後，遺棄與殺害皆被視為罪惡，並由政治權力加以處罰，而採取一定之保護措施⁷⁰。

一九五九年十一月二十日聯合國會員大會制訂有關兒童權利宣言，揭示「兒童之身體和精神都在未成熟狀態，因此在其出生前後應獲得包括適當之法律等特別保護與養護」；一九八九年十一月二十日聯合國大會通過「兒童權利公約」，並於一九九〇年九月二日生效。該公約旨在保護全世界十八歲以下兒童，確保每位兒童不分種族、膚色及意識型態，自出生後即均享有姓名權、國籍權、思想自由、宗教自由，且受保護、照顧及教育。其中第十八條揭示父母之責任，內容為：「一、簽約國應努力使養育兒童是父母共同責任的原則獲得大家認同。父母或依其情節之法定監護人應負養育兒童之主要責任。此時，兒童的最佳利益尤其應該成為他們最關心之事。二、為保證與提升本公約所揭示之

⁷⁰ 松嶋道夫，前揭文，頁 424-425。

權利，簽約國應給予父母與法定監護人在擔負養育兒童責任時予以適當之協助，並保證照顧兒童之機構、設備與部門業務之發展。三、簽約國應提供一切適當措施保證父母均在工作之兒童，有權享有托育服務與托育設備之權利。」；第二七條更揭示兒童之生活水準，內容為：「一、簽約國應承認所有兒童有為其身體、精神、道德以及社會之正常發展，獲得相當水準之生活之權利。二、父母或其他對兒童負有責任者，應在其能力與財力許可範圍內，保證兒童成長發展所必需之生活條件。三、簽約國應依照國內之條件，在財力許可範圍內，支援父母以及其他對兒童負有責任者，完成此項責任時所必需之適當措施。必要時，特別對營養、衣服以及住所，提供必要之物質援助與支援措施。四、簽約國為使父母以及其他對兒童負有財務責任者償還兒童之養育費，不管其居住在國內或國外，應採取一切適當之措施。對兒童負有財務責任者居住在與兒童不同國家時，簽約國尤須要透過參加並締結國際協定，或訂定其他適當之協議，使其償還養育費。」現已普受國際支持。

我國為落實該公約之崇高目標，已配合修定有關保護兒童權利之相關法律。如於民國七十九年修正殘障福利法（八十六年四月二十三日名稱修正為身心障礙保護法）；八十二年修正兒童福利法；八十三年修正兒童福利法施行細則；及八十四年制定兒童及少年性交易防治條例等。

第二項 我國對未成年子女扶養之變遷

壹、傳統法制

關於我國扶養制度，在固有傳統乃屬於禮教範圍，而禮教上之孝養，在當時則歸屬於道德層面，僅能任諸私人之勸勉與力

行，迨至後代始成為律例上之明文，含有制裁及強迫性⁷¹，惟律令僅規定其重要事項，茲概述於下⁷²：

一、唐朝

唐律戶婚篇第六條規定：「諸祖父母、父母在，而子孫別籍異財者，徒三年。」疏議曰：「則曾高在亦同」「別生戶籍，財產不同」「或籍別財同，或戶同財異，各徒三年。」故依唐律及疏議規定，其範圍及於曾、高祖，且別籍、異財二者有一，即為已足，另唐律鬥訟篇第四十七條規定：「諸子孫違犯教令，及供養有缺者，徒二年。」唐律疏議曰：「禮云：『七十、二膳，八十、常珍之類，家道堪供而故有缺者。．．．．家實貧窶，無由取給，如此之類，不合有罪。』」「禮云：孝子之養親也，樂其心，不違其志，以其飲食而忠養之，其有堪供而缺者，祖父母、父母告乃坐。」乃以供養有闕者，列為十惡中之不孝之一，故唐律已將子孫奉養父母、祖父母有缺者，明文其處罰，此可謂奉養之規制首訂於律令中者。

二、宋朝

宋刑統沿襲唐律規定，於戶婚章第一五六條及鬥訟章第三四九條規定子孫別籍異財及供養有缺之處罰，其規定與唐律相同。

三、元朝

元朝制定之大元通制與唐律略異，其第八章戶婚第三七四條規定：「諸父母在，分財異居，父母困乏，不共子職，及同宗有服之親，鰥寡孤獨、老弱殘疾、不能自存，寄食養濟院不行收養者，重議其罪；親族亦貧不能給者，許養濟院收錄」。故元朝規定乃將唐律二併為一，其對祖父母、父母之供養有缺，雖列為十惡之一，惟並無科刑之明文，僅訂曰：「重議其罪」，且同宗有服

⁷¹ 趙鳳喈，民法親屬編，正中書局，頁 216，1986 年 9 月修訂三版。

⁷² 以下所引歷代律令，請參閱焦祖涵編，中國歷代法典考輯，1969 年；戴炎輝著，唐律各論，1965 年 3 月，整理部分則請參閱黃雅惠，前揭論父母對未成年子女之扶養，頁 7-10。

之親，鰥寡孤獨、老弱殘疾、不能自存時，則以子孫將其寄食養濟院不行收養者，方重議其罪，其規定較之唐律為寬弛，惟由該條文規定，可知彼時已有養濟院之設置，且益足確立古代「同居共財」之目的乃在於供養父母、祖父母。

四、明朝

大明律戶律第九六條規定：「凡祖父母、父母在而子孫別立戶籍，分異財產者，杖一百。」與唐律大致相同，惟將「別籍異財」改為「別立戶籍，分異財產」，並將刑罰「徒三年」改為「杖一百」，此二罪名皆須「親告乃坐」。

五、清朝

清律大致與明律相同，於戶婚第八七條與刑律第三三八條分別為如明律之規定，其處罰亦同，且均須親告乃坐，另清律註云：「子貧不能營生養贍，其父母因而致自縊死，子依過失殺父律，杖一百，流三千里。」

可知我國傳統之扶養制度，著重於子孫對於父母祖父母之扶養，法制上之扶養義務乃屬片面的，非相互的，禮教上雖對「孝敬慈愛」相提並論，然多偏重於孝敬，且律令對不孝有處罰之明文，對不慈不愛則無懲罰之規定，有「子孫供養有闕」之處罰，而無父母扶養子孫之律文，故在法制史上扶養為子孫對於父母祖父母之片面義務，而父母祖父母對於子孫之扶養，則屬道德上義務⁷³。

貳、現行民法

近代以來，西風東漸，因受西方人權思想及平等觀念之影響，我國民法親屬編之基本精神乃係以歐陸近代法律思想之獨立人格、男女平等為主，家屬或親屬卑幼均有財產能力，是親屬間之扶養，已不屬傳統禮教上之恩惠或道德責任，且亦非單方之義

⁷³ 趙鳳喈，前揭書，頁 217。

務，而成為親屬間可能發生權利與義務雙方之財產關係，父母子女間，亦復如此。大清民律草案第四編親屬法第四章親子第五六條規定，行親權之父母，須護養並教育其子⁷⁴，另於第七章規範親屬間扶養之義務⁷⁵。民國四年民律親屬編草案第四章第五八條、第七章亦有相同之規定。民國十四年民律草案親屬編第四章第一一二條亦規定，行親權之父母，須護養並教育其子，及於同章第一二九條規定，父母與成年子女，在共同生活利益上，有互為必要扶助之責，另於第七章規範親屬間扶養之義務。民國十七年親屬法草案第四章第五〇條規，父母對於未成年子女有保護及教養之權利義務，另於第五章規範親屬間之扶養⁷⁶。迨至民國十九年十二月二十六日公布之民法親屬編共七章，有一百七十一個條文，其中關於父母子女者，規定父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務（第一〇八四條），而親屬間之扶養則規定於第五章，共八條，其內容有：互負扶養義務親屬之範圍（民法第一一一四條）、扶養義務人之順序（民法第一一一五條）、扶養權利人之順序（民法第一一一六條）、受扶養之要件（第一一一

⁷⁴ 該條之立法理由謂：親權大別分為二種：一為對於其子身體上之權利，一為財產之權利，本條蓋就對於其子身體上權利，而總括規定之。考各國民法關於親權之效力，大都祇規定指定居所懲戒管理財產及收益等權利，其先冠以總括一條者，自德國新民法始，故本法仿之，凡關於護養及教育均包括在內。護養，指一切保護與養育而言，保護其子之利益，固為保護，即免除其子之不利益亦為保護，如慮其子流於不肖，禁止與損友往來，或拆閱其與人往還書信，皆屬保護分內事。故居住自由，交通自由，將來憲法上雖或規定，然對於服從親權則不適用，教育非徒令其子入學堂已也，即使之學習工商業亦是。近今世界各國，凡人均以卓然自立，不依賴他人為尚。然非有相當知識與專務職業，雖欲自立，勢必有所不能。故各國法律於保養外，多課其父母以教育之責。至於教育之程度種類，則視其父母之財力與其子之資而定，預計其子將來應執何項職業，因定其子應受何種教育，初不論其為等高中等也。是故教育其子為親權者之權利，亦為親權者之義務，惟為其權利，故對於不願受教育之子可施懲戒，惟為其義務，故應以財力教育其子。

⁷⁵ 該章之立法理由謂：扶養之義務者，法律所特定對於不能存活，與無力求教育之人，而與以生活之資、教育之費也。其受人之扶養者，為扶養權利，其與人以扶養者，為扶養義務。至生活之資，非特衣食居住而已，即衰病醫藥之需，均包括在內。教育之費，非特小學校義務教育而已，推而上之，苟為相當之教育，亦包括在內。

⁷⁶ 以上草案資料均請參閱中華民國民法制定史料彙編上冊第 873-874 頁、931 頁以下；下冊第 52、62、57、263、278、357、358 頁

七條)、扶養義務之免除(第一一八條)、扶養程度(第一一九條)、扶養方法之決定(第一二〇條)、扶養程度及方法之變更(第一二一條)。

由上可知，現行民法之扶養制度，就未成年子女之扶養部分，雖未明文規範父母之扶養義務，然其只要符合受扶養要件，仍有權利請求其他親屬之扶養，足見我國一面參酌我國博施濟眾之固有美德，一面針對舊律之扶養範圍略加擴充⁷⁷，而就其法制規範，較之舊律而言，可謂完備矣。

民法親屬編於民國二十年五月五日施行後，歷經五十四年，終在民國七十四年六月三日總統令公布增訂十個條文，刪除四個條文及原第二章第四節第三款第二目目名，並修正三十三個條文，其中關於扶養章部分，則增訂民法第一一六條之一，規定配偶與其他人扶養權利義務之順位，即夫妻互負扶養之義務，其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同；並修正第一一八條，明定對於直系血親尊親屬或配偶之扶養義務，不許免除，只能減輕其義務。迨至八十五年九月二十五日，為了因應父母結婚經撤銷或離婚後僅由一方擔任對未成年子女權利義務之行使或負擔時，是否影響父母對未成年子女之扶養義務，而增訂民法第一一六條之二，規定父母對於未成年子女之扶養義務，不因離婚而受影響。

參、其他法規

其他法規中關於未成年子女之扶養費規定者，分列如下：

- 一、八十二年二月五日修正之兒童福利法第四〇條規定：「父母、養父母或監護人對兒童疏於保護、照顧情節嚴重或有第十五條第一項或第二六條行為者，兒童最近尊親屬、主管機關、兒童福利機構或其他利害關係人，得向法院聲請宣告停止其

⁷⁷ 胡長清，前揭中國民法親屬論，頁 327。

親權或監護權，另行選定監護人。對於養父母，並得聲請法院宣告終止其收養關係。法院依前項規定選定監護人時，不受民法第一〇九四條之限制，得指定主管機關、兒童福利機構之負責人或其他適當之人為兒童之監護人。並得指定監護之方法及命其父母或養父母支付選定監護人相當之扶養費用及報酬。」第四一條亦規定：「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，不受民法第一〇五一條、第一〇五五條、第一〇九四條之限制。法院為前項酌定或改定前，應為必要之調查，得命主管機關或兒童福利有關機構調查，向法院提出報告或到場陳述意見。法院酌定或改定監護人時，應通知主管機關輔導、觀察其監護，於必要時應向法院提出觀察報告及建議。依第十五條第三項所定之代行監護權人、第四〇條所定之監護人、生父認領非婚生子女或父母對監護權行使意見不一致者，準用前三項之規定。」

- 二、民國八十四年八月十一日制定之兒童及少年性交易防制條例第二〇條規定：「主管機關及教育部依第十六條至第十八條之規定，於安置、輔導、保護收容兒童及少年期間，對該兒童或少年有監護權，代行原親權人或監護人之親權或監護權。父母、養父母或監護人對未滿十八歲之子女、養子女或被監護人犯第二三條至第二八條之罪者，檢察官、兒童或少年最近尊親屬、主管機關、兒童或少年福利機構或其他利害關係人，得向法院聲請宣告停止其親權或監護權，另行選定監護人。對於養父母，並得聲請法院宣告終止其收養關係。法院依前項規定選定監護人時，不受民法第一〇九四條之限制，得指定主管機關、兒童或少年福利機構之負責人或其他適當之人為兒童或少年之監護人。並得指定監護之方法及命其父母或養父母支付選定監護人相當之扶養費用及報酬。」

- 三、民國八十七年六月二十四日制定之家庭暴力防治法第十三條第二項第八款規定：「法院於審理終結後，認有家庭暴力之事實且有必要者，應依聲請或依職權核發命相對人給付被害人住居所之租金或被害人及其未成年子女之扶養費。」
- 四、民國八十八年二月三日增訂之非訟事件法第七一條之六規定：「法院依民法第一〇五五條之規定，為酌定、改定或變更時，得命交付子女、未行使或負擔權利義務之一方與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分，並得訂定必要事項。前項扶養費之給付，法院得依聲請或依職權，命為一次給付或分期給付。分期給付遲誤一期履行者，其後之期間視為亦已到期。第一項裁定得為執行名義。」同時民事訴訟法亦增訂第五七二條之一第一項規定：「撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。」
- 五、民國九十二年五月二十八日制定之兒童及少年福利法（由兒童福利法及少年福利法合併）第四八條規定：「父母或監護人對兒童及少年疏於保護、照顧情節嚴重，或有第三十條、第三六條第一項各款行為，或未禁止兒童及少年施用毒品、非法施用管制藥品者，兒童及少年或其最近尊親屬、主管機關、兒童及少年福利機構或其他利害關係人，得聲請法院宣告停止其親權或監護權之全部或一部，或另行選定或改定監護人；對於養父母，並得聲請法院宣告終止其收養關係。法院依前項規定選定或改定監護人時，得指定主管機關、兒童及少年福利機構之負責人或其他適當之人為兒童及少年之監護人，並得指定監護方法、命其父母、原監護人或其他扶養義務人交付子女、支付選定或改定監護人相當之扶養費用及報酬、命為其他必要處分或訂定必要事項。前項裁定，得

為執行名義。」

第三節 父母對未成年子女扶養義務之 根據

第一項 日本學說

日本民法就父母對子女之生活保持義務雖未明定，惟對於該子女之範圍，學說與實務均一致認為限於未成熟子女，而所謂未成熟者，係指在社會通念上，不能為獨立生計之狀態，其因個人而有差異，不能一概而論，包括成年者或未成年者，至於其理論根據為何？學理上可分為下列七說：

一、親子血緣性說

認為子女之生命係由父母所賦予，父母在子女得以自食其力維持生活以前，應負起照顧子女之成長，保障子女之生活責任。本說係以血緣關係為立論依據，只要有親子關係存在，即使父母因離婚無法與子女共同生活，或父母有無與非婚生子女共同生活，均對子女負扶養義務⁷⁸。

二、親子關係本質說

認為親子關係之存在，係由親子彼此間相互生活之形成發展中，所發生之自然情愛⁷⁹，父母想到可愛之子女，期待子女之成長，在每日生活接觸中，所產生自然的、本能的養育行為。父母將維持子女之生活，作為自己生活之一部分而養育子女，此種扶

⁷⁸ 宮井忠夫，「未成年の子に対する扶養料の支払いを命ずる審判とその期間の明示」，同志社法学 79 号，頁 68，1963 年，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁 426。

⁷⁹ 谷口知平，親子法の研究，有斐閣，頁 4，昭和 31 年 5 月 31 日初版。

養，乃親子身分關係之本質的，不可分的要素⁸⁰。

三、親子共同生活關係說

主張親子關係為共同生活關係，以此共同生活關係而形成生活共同體。生活共同體應保障成員之生活，而成員相互間亦負擔共同生活之義務，生活共同體之存在為社會所承認，故具有共同生活關係者，即應負生活保障與生活共同之義務。雖然生活共同體之結合力強弱有所差異，由於夫婦與親子間乃係強固之生活共同體，故負有現實的及全面的共生義務⁸¹。

四、社會公平性說

主張父母對未成熟子女負有扶養之責任，其理由係近代社會大多數父母均扶養其未成熟子女，如有不盡扶養責任之父母，亦無法強制其履行，此種不當得利，無異造成其他人經濟上之負擔，且違反社會公平性⁸²。

五、婚姻家族機能說

由家族機能觀點視之，涵蓋子女之生育、監護與經濟給付之生殖機能及教育機能，乃維繫現代婚姻家族之存續所不可欠缺之條件。從而，在婚姻中，為了婚姻家族存續之目的而課予父母養育之義務，在父母離婚而婚姻家族解體時，未與子女共同生活之父母一方，對於子女不可能為事實上之監護養育，但是以經濟給付為內容之扶養義務仍然存續⁸³。

六、子女為勞動力再生產之資本主義法則說

認為在資本主義社會，為了產生剩餘價值，需要大量勞動

⁸⁰ 中川善之助，親族法（下），青林書院，頁 580，昭和 35 年 10 月。

⁸¹ 於保不二雄，注釋親族法（下），頁 238，1952 年。生活共同の必然性に求めるものとして，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁 426；沼正也，前掲文，頁 138。

⁸² 西原道雄，「親權と親の扶養義務」，神戸法学雜誌六卷一・二合併号，頁 368、372，1956 年，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁 427。

⁸³ 有地亨，「未成熟子にたいする監護養育義務」，民商四六卷三号，頁 11-14，1962 年，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁 427。

力，就確保勞動力而言，家族乃提供勞動力再生產之場所，準此，夫或妻勞動力之生產及下一代子女之勞動力再生產，均屬資本主義社會中，家族所被期待之機能⁸⁴，在家族關係產生破綻（如離婚）時，雖影響勞動力再生產之機能，但由將來勞動力之確保之觀點而言，縱使婚姻家族已破裂，法律上仍課以父母扶養未成熟子女之義務。由於資本主義法則乃追求勞動力之再生產，故對勞動力再生產有助益之婚姻家族，其扶養即受重視，故課予生活保持義務；反之，對勞動力再生產無助益之其他親族間之扶養，則僅課予生活扶助義務⁸⁵。

七、救濟弱者之社會責任說

認為對於親族間之扶養賦與法之保障，係為了維持經濟上弱者之生活，以謀求人類之生存，而達到社會之存續及發展，因此，社會通念認為父母應扶養處於經濟上弱者之未成年子女⁸⁶。

前述七說，各有所見，而以親子關係本質說為日本實務之多數說，其認為父母對未成熟子女之扶養義務並無差別，均負同順位之扶養義務，就扶養之具體內容、程度及方法，則應斟酌父母之資力等一切情形分擔之，而父母對未成熟子女所負之生活保持義務乃自親子關係當然發生，故不受父母離婚之影響，任親權人或與子女共同生活之父母一方，並非負有較他方先順位之扶養義務⁸⁷。

第二項 我國學說

⁸⁴ 深谷松男，「夫婦扶養の構造」，金沢大学法文学部論集（法経篇）一三号，頁113，1966年，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁427。

⁸⁵ 渡辺洋三，「現代家族法研究序說」，山中康雄教授還曆紀念・近代法と現代法，頁294，1973年，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁427。

⁸⁶ 遠藤浩、川井健、原島重義、廣中俊雄、山本浩、山本進一編・新版民法(8)親族，有斐閣，頁253-254，昭和57年3月10日。

⁸⁷ 大阪高決昭和三十七年一月三十日判決，家裁月報十四卷五号，頁105；東京高決昭和三十九年一月二十八日判決，家裁月報十六卷六号，頁137，轉引自黃雅惠，前掲「論父母對未成年子女之扶養」，頁40。

我國學說上，並未如日本，就父母對未成年子女之扶養義務作理論上之探討，惟對於父母對未成年子女之生活保持義務，學說上一致之見解，均認為係親子關係之本質，不可欠缺之要素，乃本於為父母為子女之身分關係而當然發生⁸⁸，蓋父母面對不能獨立生活之未成年子女時，自然的予以照顧、扶養，此扶養行為乃出於人類之本性與本能，故父母將未成年子女之生活，視為自己生活之一部而維持，乃係親子身分關係而當然發生，否則，即不可稱之為父母子女。

第三項 小結

日本學說上分別由父母子女關係、生活關係、家族機能、社會現象及資本主義等立場，各自表述，以尋找父母對未成年子女生活保持義務之理論根據，固有見地，惟本文仍以親子關係之本質說，較能說明父母對未成年子女扶養之理論根據，蓋父母對未成年子女之扶養，乃係本於親子關係而當然發生；再者，父母對未成年子女之扶養所涉及非單一個人之生存問題，尚包括社會存危、國家興衰、種族延續等關係，且未成年子女受扶養之期間非短，其與父母生活方式亦非固定不變，縱未與未成年子女共同生活，仍不影響父母負擔扶養義務，故不宜以單一層面論其根據，實應整體視之，故關於父母對未成年子女生活保持義務之理論根據，仍應以親子關係本質說為主，其他學說為輔而論述。

第四節 父母對未成年子女扶養義務之 實體法依據

⁸⁸ 史尙寬，前揭書，頁 678；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 531；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 400、454；黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁 319。

第一項 日本情形

日本學說及實務通說認為父母對未成熟子女有生活保持義務，而父母對於未成熟子女扶養義務之法律依據何在，則有下列不同之見解：

一、親權說

此說學者認為，親權中關於父母對未成熟子女之監護教育義務中，含有對未成熟子女之扶養義務，是親權人對於子女之扶養，係生活保持義務，而非親權人對子女之扶養義務，乃屬潛在的義務⁸⁹，且僅止於生活扶助義務，此說係以其民法第八二〇條為法律依據。即行親權者，對子女有監護教育子女之權利及義務，亦即將親權中之「監護教育」解釋為包含對未成熟子女養育費之負擔在內，蓋為事實行為之監護教育與養育費用負擔二者具有密不可分之關係，基於保護子女之一貫性，親權內包含養育費之負擔係必要者⁹⁰，故親權人之監護教育義務以親子共同生活為前提，受親權人扶養之子女，如因親權人之一方因喪失經濟上之扶養能力而不適於扶養監護時，僅得對具親權之他方請求扶養，不得對不具親權之父或母請求扶養⁹¹。即所謂監護與扶養結合說，是父母對未成熟子女之扶養，應視為親權內容之一部，親權人應負擔未成熟子女之扶養費用，則父母於婚姻中，親權由父母共同行使，共同負擔子女之扶養費用，如遇父母離婚，親權酌定由一方行使負擔時，則行親權之一方，即應優先負擔子女之扶養義務，而未擔任親權之一方，對於子女之扶養義務，僅負次順序、補充之地位。

⁸⁹ 我妻榮、立石芳枝，親族法・相續法（法律学体系コンメンタル篇4），日本評論新社，頁272、345，昭和32年9月20日。

⁹⁰ 宮崎福二，「親權と扶養」，判例タイムズ，八卷一〇号，頁21，1957年，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁430。

⁹¹ 高松高決昭和31年8月21日下民七卷八号，頁2248，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁430。

由於此說見解造成無資力之母親任親權人時，有資力之父親即免除扶養義務，於容許父母辭任子女之親權人時，辭任者即免負扶養義務，對子女甚不利益，且不合理⁹²。而如能使不適合擔任親權之父、母，於其有足夠之資力時，由其負擔經濟上之給付（養育費），即可為子女帶來福祉⁹³，故學者認為親權者之監護教育權利義務與監護教育必要費用之負擔，在觀念上與實際上係可區別者，前者係親權之作用，後者係因父母對未成年子女關係而生之生活保持義務⁹⁴，即所謂監護與扶養分離說，且認父母對未成熟子女之扶養義務，不宜由親權中之監護教育觀點探求⁹⁵。故無資力之父母之一方為親權人時（如離婚父母之一方、非婚生子女經生父認領之父母一方等），有資力而不任親權之他方，亦不能免除其扶養子女之義務，而父母均未任親權人職務時，亦不能免除扶養義務。

二、以民法第八七七條為依據

此說學者認為，民法第八七七條規定，關於直系血親相互間之扶養義務，包括父母對於未成熟子女之扶養義務，此並為近代學說及實務見解所採者⁹⁶，亦即父母對於子女之扶養係屬一經濟上給付，具財產性質，不應包含於身分性質之監護教育義務中，惟仍應尋求其法律上依據，是以民法第八七七條第一項所規定之直系血親相互間之扶養義務，作為父母對子女扶養之依據。

⁹² 広島家吳支審昭和 34 年 7 月 28 日家裁月報一一卷一 0 号，頁 101，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁 431。

⁹³ 高島良一，「未成熟子に対する親の扶養義務」，家裁月報一五卷五号，頁 4，1963 年，轉引自松嶋道夫，前掲文，頁 431。

⁹⁴ 我妻榮，親族法、法律学全集 23，有斐閣，頁 332，昭和 57 年 3 月 20 日初版第 35 刷。

⁹⁵ 石井健吾，「未成熟子の養育費請求の方法について」，ジュリスト，302 期，頁 59，1964 年 7 月 15 日，轉引自黃雅惠，前掲論父母對未成年子女之扶養，頁 40。

⁹⁶ 於保不二雄、中川淳編集，前掲新版注釋民法（25），親族（5）親權・後見・扶養，頁 518；石田喜久夫等五人編，前掲親族法・相續法，頁 136。

三、親子關係本質說

此說學者認為，民法第八七七條所定之直系血親間之扶養義務，並未包括父母對於未成熟子女之生活保持義務，亦即日本民法中，關於親子間之生活保持義務，並無明文規定，此種義務乃基於親子關係當然發生之義務，不待法律明文規定⁹⁷。亦即只要親子關係存在，父母即對未成熟子女負有扶養義務，故父母離婚時，不論親權酌定由何人行使，均不影響父母對未成熟子女之扶養義務。

四、依父母婚姻狀況而異其法律依據說

此說學者認為，於父母婚姻關係存續時，對未成熟子女扶養依據為民法第七六〇條，而父母離婚後則改以民法第八七七條為依據⁹⁸，亦即父母婚姻關係中，未成熟子女之扶養費用為父母婚姻費用之一部，而依第七六〇條規定，夫妻（父母）應考慮其資產、收入及其他有關情事，各自分擔結婚費用；如父母離婚，則以第八七七條有關直系血親相互間之扶養義務之規定，資為依據。

前述四說，於日本究以何說為多數見解，據我國國內學者之研究，有以第二說即父母對未成熟子女之扶養係以民法第八七七條為依據者，為日本多數見解⁹⁹；然亦有學者認為，日本係以第三說為多數說，且絕大多數之判例，採用親子關係本質說之見解¹⁰⁰。

第二項 我國情形

⁹⁷ 中川善之助，前揭新訂親族法，頁 206；我妻榮，前揭書，頁 147-148。

⁹⁸ 石田喜久夫等五人編，前揭親族法·相續法，頁 136。

⁹⁹ 林秀雄，「未成年子女扶養費之請求」，萬國法律雜誌，第 126 期，頁 17，2002 年 12 月；魏大曉，「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探---以程序法理與實體法理之交錯為中心」，月旦法學雜誌，第 101 期，頁 89，2003 年 10 月。

¹⁰⁰ 黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁 318。

壹、學說見解

我國就父母對未成年子女扶養之實體法依據，見解紛歧，分別有下列不同之見解：

一、以民法第一〇八九條為依據

學者認為民法第一〇八九條關於父母對於未成年子女義務負擔之規定，包括父母對於未成年子女之保護教養費用之負擔，而父母於婚姻存續中對於子女共同行使親權時，其子女之保護教養費用，屬於家庭生活費用，如父母離婚，除保護教養費用另有約定或裁判外，有子女財產管理權者，應以財產之收益儘先支付，不足部分，應各按其資力對於未成年子女為給養，雖不為親權人之父或母，亦不能免其生活保持義務，而民法第一一一四條第一款所定之「直系血親相互間」互負扶養義務，就父母子女間，應解釋僅為父母與成年子女間雙方之扶養義務，而不包括父母對於未成年子女單方之生活保持義務¹⁰¹。

二、以民法第一〇八四條第二項為依據

學者認為依民法第一〇八四條第二項規定，父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務，此充分表現親權之本質，關於該親權之本質，父母對未成年子女有居所指定權，從而未成年子女與父母屬於共同生活之家屬團體，可見父母對未成年子女不能視為生活扶助義務，卻應視為生活保持義務，換言之，父母對未成年子女之扶養不適用民法第一一一六條之規定，卻應適用民法第一〇八四條第二項之規定¹⁰²。惟該學者又認為，父母有婚姻關係時，對未成年子女之扶養而言，親屬編第二章婚姻之第四節有關夫妻財產制上之家庭生活費負擔之規定，對第五章扶養有關直系血親卑親屬之扶養（即民法第一一一四條至第一一一六

¹⁰¹ 史尚寬，前揭書，頁 609-610、678-679；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 400、461（黃）。

¹⁰² 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 531。

條)及第三章有關父母對未成年子女義務之負擔應屬特別規定，故宜最優先適用。如父母無婚姻關係時，始由其他扶養之規定，以補充法之性質，加以適用，另第三章有關父母對未成年子女扶養之第一〇八九條後段「父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔」之規定，對於第五章有關直系血親尊親屬對直系血親卑親屬之扶養而言，又居於特別法之規定，故第一〇八九條後段規定先於第一一一五條扶養義務人順序之規定適用。如父母均不能負擔未成年子女之扶養義務時，始適用第一一一五條之規定，由其他直系血親尊親或次順序之扶養義務人扶養¹⁰³。而另學者認為，民法第一一一四條係親屬間扶養之原則性規定，其中第一款直系血親相互間互負扶養義務之規定，包括父母與成年子女及未成年子女，此觀同法第一一一六條之二「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。」之規定即明，惟對於未成年子女而言，由於父母所需實現之親權，包含保護教養等維持未成年子女生存、成長所必需之權利行使義務負擔，即將民法第一一一四條之扶養權利義務包括在內，故民法第一〇八四條等有關父母對未成年子女權利義務行使或負擔之規定，係民法第一一一四條有關扶養規定之特別規定，應優先適用，故即無再區隔出未成年子女受扶養權利之必要¹⁰⁴。

三、以民法第一一一四條第一款為依據

學者認為¹⁰⁵基於親權與扶養之本質不同，以民法第一〇八四條第二項作為父母對未成年子女扶養義務之法律根據，似有不妥，又民法第一〇八九條係規定親權之行使或負擔方法，於婚姻關係存續中，由父母共同為之，依民法第一一一六條之二規定，

¹⁰³ 戴東雄，親屬法實例解說，臺大法學叢書（六十），自版，頁 232-233，1990年1月初版。

¹⁰⁴ 沈方維，「有關離婚訴訟之附帶請求—以未成年子女權利義務行使或負擔為中心」，收錄於林秀雄主編民法親屬繼承實例問題分析，五南圖書出版股份有限公司，頁 102-103，2003年9月。

¹⁰⁵ 林秀雄，前揭「未成年子女扶養費之請求」，頁 18。

父母對未成年子女之扶養義務，不因婚姻被撤銷或離婚而受影響，若將父母對未成年子女之扶養義務之法條根據，求之於民法第一〇八九條，而認為此扶養義務不以有親權為前提，即離婚後亦有適用，則何以同條文中，關於權利之行使限於婚姻關係存續中，而義務之負擔卻不限於婚姻關係存續中，將民法一〇八九條第一項關於權利之行使與義務之負擔分割適用，亦屬不妥。再從國際私法之立場觀之，關於涉外親子間扶養義務事件之定性，若將父母對未成年子女之扶養義務求之於與親權相關之規定，則應依親子關係之準據法，若將其求之於扶養之相關規定，則應定性為扶養事件，依扶養義務之準據法加以處理。一九七三年海牙國際私法會議，關於扶養義務準據法之條約，其扶養之概念不僅限於親屬間之扶養，尚包括夫妻間之扶養及父母對未成年子女之扶養，由此可知，國際私法條約關於涉外親子間扶養義務之事件，亦定性為扶養事件，而與親權無關。基上論述，我國民法第一一一四條第一款，關於直系血親相互間之扶養義務，不僅限於父母與成年子女間，尚包括父母對未成年子女之扶養義務在內。

四、親子關係本質說

學者認為，父母對未成年子女之保護教養行為與屬經濟上給付之教養費用負擔，係得分離者，故非親權人之父或母，仍不免除扶養義務，是我國民法就父母對於未成年子女之扶養義務根據，應求諸於親子關係之本質，即其生活保持義乃本於為親為子之身分關係當然發生，而與親權之有無無關¹⁰⁶。另有學者認為親權源於血緣關係，親子秩序先於法律秩序，親子關係其後雖法律秩序化，但人倫秩序本質不變，父母對不能獨立生活之未成年子女（尤其襁褓嬰兒）之扶養，乃係出於人類本性與動物本能，否則血族無從延續，自無待法律明定，故父母對未成年子女之扶養，乃屬為親之本質義務，無待乎法律明文¹⁰⁷。

¹⁰⁶ 黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁318-319。

¹⁰⁷ 魏大曉，「親權」，月旦法學教室，第7期，頁105，2003年4月；前揭「附帶

貳、實務見解

我國審判實務就父母對未成年子女扶養之法律依據，除了各審級法院看法紛歧外，即使同級各法院間之見解亦不一致，由於最高法院係終審法院，本文乃以最高法院見解為主，於有說明之必要時，始併列下級審之看法；又我國雖然係成文法國家，憲法第八〇條規定，法官係依據法律獨立審判，惟由於終審之最高法院判決採為判例者，其見解足供下級審法院判決之參考，且具有相當之拘束力，故本文乃就有關父母對未成年子女扶養之法律依據，區別判例、裁判，分別整理、歸納如下：

一、判例

最高法院五十六年台上字第七九五號判例謂：「民法第一〇八四條，乃規定父母對於未成年子女之保護及教養義務，與同法第一一一四條第一款所定，直系血親相互間之扶養義務者不同，後者凡不能維持生活而無謀生能力時，皆有受扶養之權利，並不以未成年為限。又所謂謀生能力並不專指無工作能力者而言，雖有工作能力而不能期待其工作，或因社會經濟情形失業，雖已盡相當之能事，仍不能覓得職業者，亦非無受扶養之權利，故成年之在學學生，未必即喪失其受扶養之權利。」

學者有謂由前開最高法院五十六年台上字第七九五號判例可知，我國實務見解認為，民法第一一一四條第一款之直系血親相互間之扶養義務，除父母對未成年子女之扶養義務，即成年子女若無謀生能力又無維持生活能力，亦得受父母之扶養，換言之，父母對未成年子女之扶養義務之條文依據，應求之於民法第一一一四條第一款¹⁰⁸。惟本文持不同看法：查該判決要旨乃係最

請求給付扶養費性質與請求方式再探---以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 89。

¹⁰⁸ 林秀雄，前揭「未成年子女扶養費之請求」，頁 18；「離婚後父母對未成年子

高法院廢棄原審（臺灣高等法院）以「依民法第一〇八四條（第二項）規定，父母僅對未成年子女負教養義務（即不包括成年子女），故成年子女請求父母扶養即應不允許。」看法所表示之見解，故該判例僅在闡明「成年子女」受父母扶養之法條依據非依民法第一〇八四條第二項，而係民法第一一一四條第一款，若「成年子女」符合受扶養之要件，即得依該規定請求父母扶養，至於父母對「未成年子女」扶養義務之條文依據為何，該判例並未明確表示，如要由該判例尋求實體法之依據，與其謂係民法第一一一四條第一款，毋寧認係民法第一〇八四條第二項。至於判例所謂「第一一一四條第一款所定者，並不以未成年為限」，其意固指不論成年人或未成年人均有民法第一一一四條第一款規定之適用，惟該條款之直系血親相互間之扶養義務，就未成年人而言，除父母外，尚包括未成年人之直系血親尊親屬（如祖父母），故如父母死亡或不具扶養能力時，未成年子女當然得依該條款之規定，請求其他直系血親尊親屬扶養，是尚難以該段文字，遽認該判例係以民法第一一一四條第一款為父母對未成年子女之扶養義務之條文依據。

二、判決

（一）民法第一〇八四條第二項

最高法院九十二年台上字第二一九號判決謂：「按父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務，民法第一〇八四條第二項定有明文。所謂保護及教養之權利義務，包括扶養在內。自父母對未成年子女行使或負擔保護及教養之權利義務本質言，此之扶養義務應屬生活保持義務，與同法第一一一四條第一款所定直系血親相互間之扶養義務屬生活扶助義務尚有不同，故未成年子

女之扶養義務」，收錄於氏著家族法論集（三），漢興書局有限公司，初版二刷，頁155，1995年10月。

女請求父母扶養，自不受民法第一一七條第一項規定之限制，即不以不能維持生活而無謀生能力為限。最高行政法院九十三年判字第五二號判決亦謂：因父母對於未成年子女之扶養義務為『生活保持義務』，雖無餘力，亦須犧牲自己而予扶養，斷不能因『不能維持生活』，即完全免除其扶養未成年子女之義務。亦即父母對於未成年子女之扶養義務，應適用民法第一〇八四條之規定。」

（二）民法第一〇八九條

最高法院九十三年台上字第一四四一號判決謂：「查修正前民法第一〇二六條規定，乃夫妻法定財產制關於家庭生活費用於夫妻間分擔之規定，除夫無支付能力時，由妻就其財產之全部負擔外，以由夫負擔為原則，此與法定扶養義務不同（本院五十年台上字第二七三七號判例參照）。同樣，父母對於未成年子女之法定扶養義務，就其中保護教養費用之負擔，即生活保持義務，不因父母何人負擔家庭生活費用而免除，依民法第一〇八九條規定，原則上應由父母共同負擔，其審酌之基礎亦不同。」

（三）民法第一〇八四條第二項、第一〇八九條

最高法院九十二年台上字第一八三二號、九十二年台上字第二三六二號判決謂：按父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務，又對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之，父母之一方不能行使權利時，由他方行使之，父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之，民法第一〇八四條、一〇八九條第一項定有明文。此與同法第一一四條第一款所定，直系血親相互間之扶養義務者不同（最高法院五十六年台上字第七九五號判例意旨參照），後者凡不能維持生活而無謀生能力時，皆有受扶養之權利，並不以未成年為限；而前者之未成年之子女受父母之扶養，並不以不能維持生活而無謀生能力為要件；倘非父母不能共同負擔義務，父母之一方支付全部

未成年子女之扶養費後，固非不得依不當得利法律關係向他方請求分擔。

（四）民法第一一四條第一款

目前最高法院並無明白表示以民法第一一四條第一款為父母對未成年子女扶養之法律依據，惟臺灣高等法院台中分院九十一年家上字第四六號判決謂：「按直系血親相互間互負扶養義務；父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響，民法第一一四條、第一一六條之二各定有明文。是上訴人主張被上訴人應負擔八十二年八月四日起（即被上訴人與上訴人母親離婚之日起）迄至伊成年之日止之扶養費用，依法洵屬有據，自應准許。此見解經當事人上訴後，最高法院九十二年台上字第三八二號予以維持。」

另臺灣高等法院臺南分院八十九年上字第二六八號判決謂：查直系血親相互間，互負扶養義務；又負扶養義務者有數人，而其親等同一時，應各依其經濟能力分擔義務，分為民法第一一四條第一款、第一一五條第三項所明定，被上訴人為馬○○（未成年人）之父為直系血親，依上說明，被上訴人對馬○○所扶養義務，係法律規定之義務，並非道德義務甚明。惟其見解已遭最高法院九十二年台上字第二一九號判決廢棄指正發回，然發回後，臺灣高等法院臺南分院九十二年上更(一)字第一六號判決竟仍謂：按「直系血親相互間，互負扶養義務」、「負扶養義務者有數人，而其親等同一時，應各依其經濟能力分擔義務」，分為民法第一一四條第一款、第一一五條第三項所明定。亦即父母依民法第一一五條第三項之規定，有共同負擔給養之義務，且應自子女出生時，按其經濟能力，共同負擔給養義務。是其見解顯未受最高法院之拘束，仍以民法第一一四條第一款為法律依據。

第三項 檢討

綜上可知，我國就父母對未成年子女扶養之法律依據，不論學說、審判實務可謂眾說紛紜，各有見地，究以何者何宜？本文以為：

一、親權與扶養之本質不同，誠如學者所言，親權係基於親權人之身分而來，而扶養係基於父母子女之身分而生，原則上父母為未成年子女之親權人，但並非父母即必為未成年子女之親權人，父母離婚所消滅者，乃婚姻關係，對於父母子女間之直系血親關係毫無影響，因此不任親權人之一方仍為未成年子女之父母，依法其仍應負擔子女之扶養義務（民法第一一六條之二）¹⁰⁹，亦即親權與扶養係分離者，父母對未成年子女之扶養，並不以有親權為前提，故非親權人之父母一方，仍不免其扶養義務，故關於父母對未成年子女扶養之法律依據，自不應求之於親權，而依學者所言，親權行使，乃係指對未成年子女之保護、教養之權利義務而言，即係指民法第一〇八四條至第一〇八六條、第一〇八八條、第一〇八九條等有關事務而言，初不包括對未成年子女之扶養權益在內¹¹⁰，是以民法第一〇八四條第二項或第一〇八九條為父母對未成年子女之扶養依據，似有不妥。

二、惟若以民法第一一四條第一款為父母對未成年子女之扶養依據，亦有下列可議之處：

（一）我國民法親屬編之編排，關於第六章「扶養」所規範

¹⁰⁹ 林秀雄，前揭「未成年子女扶養費之請求」，頁 18；前揭「離婚後父母對未成年子女之扶養義務」，頁 151。至於學者關於親權與扶養之本質不同所表示另外二點見解，即從義務面及消滅原因觀之，親權與扶養不同，本文則持保留態度，蓋區分親權與扶養之不同，其前提均係針對父母對未成年子女之關係言之，故學者認親權係父母保護、教養未成年子女之單方義務，扶養則為父母、子女間之雙方義務，顯於論及扶養時，將子女擴及至成年子女，因如本文所述，父母對未成年子女之扶養係片面、單方之義務，故就此二者並無不同。另學者又認為親權原則上因子女之成年而消滅，但成年子女若無謀生能力及維持生活能力時，仍得接受父母之扶養，故二者有異，然如前述，二者之區分，均係針對未成年子女，則子女成年後，親權即消滅，亦無所謂父母對未成年子女之扶養，故二者難謂有何不同。

¹¹⁰ 陳棋炎，「夫妻離婚後關於其未成年子女扶養義務原則上應歸於夫」，收錄於氏著親屬繼承法判例判決之研究，國立臺灣大學法學叢書（二一），頁 530-531。

者，於民國七十四年六月三日民法修正前，原專指關於生活扶助義務之規定，而於民國七十四年六月三日修正後，雖因增列民法第一一一六之一規定（夫妻間之扶養）、第一一一八條但書規定（扶養義務之免除），使該章似亦含有生活保持義務之性質，惟其對象，應僅限於增訂之部分，即夫妻間與直系血親卑親屬對直系血親尊親屬之扶養而已，應不包含父母對未成年子女之生活保持義務在內。再者，民法親屬編第六章規範之扶養義務係具相互性，而父母對未成年子女之生活保持義務，係父母片面之扶養義務，二者有所不同。是父母對未成年子女之扶養依據，自不宜求之於民法第六章之第一一一四條第一款之規定。

（二）未成年子女於受扶養之狀態，其扶養義務人概可區分父母及父母以外之親屬二類，後者仍屬生活扶助義務範疇，適用民法親屬編第六章規定固無疑義，若前者，即父母扶養未成年子女，仍適用該章之規定，則產生下列情況，即未成年子女受父母扶養之要件，仍須不能維持生活而無謀生能力（民法第一一一七條），且未成年子女受扶養之順序竟於直系血親尊親屬之後（民法第一一一六條），又父母因負擔扶養義務而不能維持自己生活時，竟可免除其義務（民法第一一一八條本文），凡此，均與父母對未成年子女有生活保持義務有違。

（三）至於民國八十五年九月二十五日雖於民法親屬編第六章增訂民法第一一一六條之二規定，稽其立法理由乃：父母對未成年子女之扶養義務，是否因父母結婚經撤銷或離婚後僅由一方擔任對未成年子女權利義務之行使或負擔而受影響，實務上尚有異見（大理院五年上字第四〇九號判例採否定說，惟最高法院五十六年台上字第四一九號及六十九年台上字第二五九七號判例採肯定說），為杜爭議，爰參酌學者通說見解，採否定說。是其為顯示扶養與親權分離，而增訂

於第六章，惟父母對未成年子女之扶養義務，既係為親之本質義務，自不因父母有無任親權人而受影響，故本條並無規範之必要，故亦不得因前開之增訂，即謂父母對未成年子女之扶養依據，應求之於民法第一一一四條第一款。

- 三、是本文以為父母對未成年子女之生活保持義務，係親子關係之本質，乃本於為父母為子女之身分關係而當然發生¹¹¹，本無待法律明文，此種扶養義務，與民法親屬編第五章規範之扶養概念不同，縱八十五年九月二十五日為使親權與扶養得以分離，於該章增訂第一一一六條之二，然該規定並無法改變父母對未成年子女扶養之性質，是如在法秩序下之實體法依據，與其謂係民法第一一一四條第一款，毋寧認係民法第一〇八四條第二項之保護教養權利義務規定¹¹²，較為妥當。

¹¹¹ 史尚寬，前揭書，頁 678；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 531；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 400、454（黃、郭）；黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁 319。

¹¹² 魏大曉，前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探---以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 90。

第三章 親權與扶養

親權者，乃親子關係最重要、最核心部分，故探討父母對未成年子女之生活保持義務，即不得不就親權內容為何及其與扶養關係，加以論述：

第一節 親權之概念

親子法之發展，如前所述，係由「家本位之親子法」，經「親本位之親子法」而至「子女本位之親子法」三階段之演變過程，而親權，乃親子關係最重要、最核心部分，是親權概念亦因前開三階段之不同，而有不同之意義，其中「家本位之親子法」與「親本位之親子法」階段，親權可謂係父對子之權力服從關係，及至近代「子女本位之親子法」階段，權力服從與為親目的之親子關係有了重大改變，親子關係逐漸轉移至以子女福祉之保護為中心，親權概念漸由法秩序意義下之監護取代，並在夫妻人格獨立平等觀下，由父之親權轉換為父母之共同親權，德國民法於一九八〇年時，將親權原用之「父母之權力 (elterliche Gewalt)」修正為「父母之照顧 (elterlich Sorge)」即揭示親權目的在為子女利益而存在¹¹³，現行德國民法第四編親屬第二章親屬關係中即分別規範婚生子女、非婚生子女之親權照顧權，並於第一六二六條明文規定父母有照顧未成年子女之權利義務，由此顯示親權所著重者，乃係在於父母之照顧未成年子女，既係權利，亦為義務。

我國民法上雖無親權一詞，惟民國十九年民法親屬編制定前之第一次至第三次草案，卻見關於親權之規定，如民國前一年之大清民律草案親屬編第五四條、民國四年之民律親屬編草案第五六條均規定「親權由父或母行之」，十四年之民律草案親屬編第

¹¹³ 魏大曉，前揭「親權」，頁95。

一〇八條規定「親權由父行之，父亡故或事實上不能行使親權時，由母行之，但能獨立生計之成年者，不在此限」。至民國十七年親屬法草案，因認舊律及習慣於父母與子女關係，且父母應履行保護子女之義務，故於第五〇條改以「父母對於未成年子女之子女，有保護及教養之權利義務」之規定，此條文並為十九年民法親屬編草案所沿用¹¹⁴，究其理由，學者有認為鑒於我國習慣上之親權過於龐大，流弊甚多，為矯枉過正起見，不但無「親權」標題，即「親權」之用語亦避而不用¹¹⁵；亦有學者認為，現行民法，乃革命之產物，萬事以平等為原則，廢除「親權」之名，而代以父母對未成年子女之權利與義務，以示父母對於子女，不僅有權利，亦有義務¹¹⁶。由於親權一詞，如前述仍源於家父長權之支配服從關係，故使用親權一詞，易被誤解為子女應服從父母親權，自不符現代保護子女利益之立法宗旨，是我國於十九年民法親屬編制定時，廢除親權之用語，固有其正面意義，然我國民法第一〇八四條至第一〇九〇條所規定者，實具有親權之內容，且現行法律中，不乏逕用「親權」之詞，如民事訴訟法第五九二、五九三條、非訟事件法七一條之九、兒童及少年福利法第三九、四八條、兒童及少年性交易防制條例第二十條、精神衛生法第十六條等等，是國內大多數學者仍以「親權」稱之¹¹⁷，則親權一詞，已賦予不同於以往之概念，係以保護教養子女功能出發，再者，從父母子女本質之結合關係而言，法規範意義下之「權利義務」，似又不如親權來得貼切¹¹⁸，是本文仍使用親權一詞。

第二節 親權主體

¹¹⁴ 中華民國民法制定史料彙編上冊頁 873、下冊頁 53、263、357、618。

¹¹⁵ 胡長清，前揭中國民法親屬論，頁 274。

¹¹⁶ 趙鳳喈，前揭書，頁 181。

¹¹⁷ 史尚寬，前揭書，頁 588；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 465；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 374（黃）；黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁 348。

¹¹⁸ 魏大曉，前揭「親權」，頁 98。

第一項 親權人

親權乃父母對未成年子女之權利義務，故父母原則上為未成年子女之親權人，惟因父母子女關係類別之不同，而區分如下：

一、婚生子女之親權人

(一) 父母婚姻關係存續中，父母為共同親權人。如父母之一死亡，或有法律上障礙事由（受禁治產宣告或受親權全部停止之宣告）或有事實上之障礙事由（在監受長期徒刑之執行、精神錯亂、重病、生死不明等）¹¹⁹，則由他方為單獨親權人。如父母均已死亡或有法律上、事實上之障礙事由，則應置監護人（民法第一〇九四條第一項）。

(二) 父母離婚，於民國八十五年九月二十五日民法修正前，原則上由生父任親權人，但兩願離婚者而另有約定者從其約定（民法第一〇五一條）；如係判決離婚者，法院亦得酌定親權人（民法第一〇五五條），而修正後，不論兩願離婚或判決離婚，關於未成年子女之親權人，由父、母協議由一方或雙方共同任之，若未為協議或協議不成者，由法院酌定之（民法第一〇五五條第一項、第九九九條之一第二項）。又如父母協議不利於未成年子女時或協議後之單獨親權人未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，法院得改定之（民法第一〇五五條第二、三項）。至於離婚後，單獨親權人死亡時，未任親權人之親權是否當然回復，有不同見解，另如後述（本章節第一項之四）。

(三) 父母結婚經撤銷，因效力不溯及既往，故其間出生或懷胎

¹¹⁹ 最高法院六十二年台上字第四一五號判例謂：所謂父母之一方不能行使對於未成年子女之權利，兼指法律上不能（例如受停止親權之宣告）及事實上之不能（例如在監受長期徒刑之執行、精神錯亂、重病、生死不明等）而言。至於行使有困難（例如自己上班工作無暇管教，子女尚幼須僱請傭人照顧等），則非所謂不能行使。

子女，為婚生子女，不因撤銷而受影響¹²⁰，則關於未成年子女之親權人，準用離婚規定（民法九九九條之一），即於民國八十五年九月二十五日民法修正前，原則上由生父任親權人，但法院亦得酌定親權人（民法第一〇五五條），而修正後，關於未成年子女之親權人，由父、母協議由一方或雙方共同任之，若未為協議或協議不成者，由法院酌定之（民法第一〇五五條第一項）。又如父母協議不利於未成年子女時或協議後之單獨親權人未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，法院得改定之（民法第一〇五五條第二、三項）。

（四）父母結婚無效時，因婚姻自始無效，故結婚所生之子女為非婚生子女，除經生父認領或撫育者（民法第一〇六五條第一項）外，應以生母為單獨親權人¹²¹（民法第一〇六五條第二項），如生母死亡時，應置監護人。

二、非婚生子女之親權人

（一）非婚生子女，以生母為親權人，如生母死亡，應置監護人。若生父與生母結婚後（民法一〇六四條），則依前開婚生子女方式決定親權人。

（二）非婚生子女經認領者，民國八十五年九月二十五日民法修正以前，學者見解紛歧，有認宜依一般原則，適用民法第一〇八九條規定，原則上由父母共同行使之¹²²。又有認為宜類推兩願離婚時子女監護之法理，解釋上由生父與生母先協議，如無協議時，由父行使之，如生父與生母有爭執時，由父擔任，但法院得為子女利益，酌定由母行使¹²³。再有認為應由與該子女同居之生父或生母單獨行使親權，如該子女均未與生父或生母之一方同居

¹²⁰ 史尚寬，前揭書，頁 245；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 131（郭）。

¹²¹ 史尚寬，前揭書，頁 182；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 376（黃）。

¹²² 史尚寬，前揭書，頁 608。

¹²³ 戴東雄，前揭親屬法實例解說，頁 229。

時，則宜置監護人¹²⁴，實務上似採第二種見解¹²⁵。惟自修正後，依民法第一〇六九條之一規定，準用第一〇五五條、第一〇五五條之一及第一〇五五條之二之規定，亦即由生父、母協議由一方或雙方共同任之，若未為協議或協議不成者，依非訟事件法第七一條之九聲請法院酌定之。又如父母協議不利於未成年子女時或協議後之單獨親權人未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，法院得改定之。至單獨親權人死亡時，未任親權人之親權是否當然回復，有不同見解，另如後述（本章節第一項之四）。

三、養子女之親權人

（一）養父母為養子女之親權人，本生父母對出養子女無親權，須待收養關係終止或經撤銷後，本生父母始回復其為親權人之資格。如養父母之一方死亡，或有法律上障礙事由或有事實上之障礙事由，不能行使親權時，則由他方為單獨親權人。如養父母均死亡後，因收養關係之效力並未隨之解消，依民國七十四年六月三日於民法第一〇八〇條增訂第五項以前，則應置監護人，並就養方親屬中定之¹²⁶，而修正後，依同條第五項規定，養子女如不能維持生活而無謀生能力者，得聲請法院許可，終止收養關係，終止後，本生父母始回復親權人資格。

（二）單身者單獨收養未成年子女時，當然為單獨親權人。

¹²⁴ 林菊枝，前揭親屬法新論，頁 230。

¹²⁵ 最高法院五十三年度台上字第三四五三號判決謂：非婚生子女，經生父認領者，視為婚生子女，依法即應以父之住所為住所，並由父行使對於未成年子女之權利。最高法院六十二年台上字第四一五號判例謂：我國民法關於認領子女之親權行使及義務負擔，未設特別規定，應從一般之規定，而一般規定，依民法第一千零八十九條，未成年子女之保護教養，採父母共同行使負擔為原則，如父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。但如父母一方不能行使權利時，則由他方行使之，又如父母不能共同負擔義務時，則由有能力者負擔之。本件上訴人（生父）與被上訴人（生母）既未結婚共同生活，對於其女之親權行使義務負擔，自無法共同為之，且各自爭取，其意思顯不一致，依上述法條規定，應由上訴人行使親權。

¹²⁶ 史尚寬，前揭書，頁 593；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 378（黃）。

(三) 如養父母之一方死亡，生存之他方為單獨親權人時，若與養子女終止收養時，因效力並不及於已故之養親¹²⁷，依民國七十四年六月三日民法第一〇八〇條修正以前規定，則應置監護人，而修正後，依同條第五項規定，養子女如不能維持生活而無謀生能力者，得聲請法院許可，終止收養關係，終止後，本生父母始回復親權人資格。

(四) 養父母離婚，而由養父母之一方為單獨親權人時，與養子女終止收養者，僅該為兩願終止之養父母一方，發生終止收養之效力，養子女與已離婚之養父母另一方之收養關係仍繼續存在¹²⁸，惟是否當然回復親權，則有不同見解，另如後述（本章節第一項之四）。

(五) 夫妻之一方收養他方之親生子女（包括結婚後收養及收養後結婚）時，原則上比照婚生子女方式決定親權人，惟於夫妻離婚，養親為單獨親權人時，於養親死亡或與養子女終止收養時，本生親之親權應回復，本生親死亡，與為單獨親權人之養親終止收養時，則應置監護人¹²⁹，至於夫妻離婚，本生親為單獨親權人，於本生親死亡時，養親於未終止收養前，是否當然回復親權，則有不同見解，另如後述（本章節第一項之四）。

四、父母（養父母）離婚或非婚生子女經認領後，單

獨親權人死亡時，則未任親權之他方親權是否當

¹²⁷ 最高法院八十二年度台上字第二二二七號判決謂：按依修正前民法親屬編規定，養父母之一方死亡後，養子女已不能與已故之養親終止收養關係，故養子女雖可與仍生存之養親終止收養關係，然其終止收養關係之效力，並不及於已故之養親。

¹²⁸ 最高法院八十五年度台上字第二九八號判決謂：兩願終止收養關係，於夫妻共同收養之情形，如養父母之一方死亡或養父母已離婚者，他方固得單獨終止收養，然此時僅就與養子女為兩願終止之養父母一方，發生終止之效力，與另一方則否。換言之，尚生存或已離婚之養父母一方，與養子女兩願終止收養關係，僅該為兩願終止之養父母一方，發生終止收養之效力，養子女與已死亡或已離婚之養父母另一方之收養關係仍繼續存在。

¹²⁹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 378（黃）。

然回復？

(一) 日本學說¹³⁰

1、監護（後見）開始說

此說認為無論未成年子女有無其他未任親權之父或母，均開始依日本民法第八三八條第一款之後見程序。

2、當然復活說

此說認為共同親權與單獨親權，兩者並無本質上差異，單獨親權僅因共同行使親權有困難而設之便宜措施，未任親權人並非當然欠缺親權人資格，僅是親權之停止或休眠狀態而已，因此任親權人死亡時，未任親權人之親權當然復活。

3、限制的回復說

此說認為權在經法院審判後始得回復。本說認為，單獨親權人死亡，如即行監護制度，即在無不適任僅因便宜措施而使未任親權人不能成為親權人，自有未當，而親權當然復活說，則無論未任親權之人是否適任，仍當然回復其親權，對未成年子女利益之保護，亦有未妥，又認為任親權一方死亡，他方親權行使之障礙既已排除，基於親權之彈力性，應使其有回復可能，但仍應有一定程序機制，以審酌未任親權人是否仍適任，此機制即由法院依親權之指定變更審判程序為之。

(二) 我國情形

由於我國與日本制度不同，不將親權與監護分由不同人行使，但對此問題，學者認為應採親權當然復活說¹³¹。最高法院六

¹³⁰ 國府剛，「親權」，收錄於星野英一編集代表，民法講座，第七卷（親族·相續），有斐閣，頁 248 以下，昭和 59 年 12 月 20 日；岡垣學，「親權者の指定と変更」，收錄於山 正男、泉久雄編，前掲書，頁 268-271。

¹³¹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前掲書，頁 376-378（黃）。

十二年台上字第一三九八號判謂：夫妻之一方，對於未成年子女之監護權，不因離婚而喪失，依民法第一千零五十一條及第一千零五十五條規定，由一方監護者，不過他方之監護權一時的停止而已，任監護之一方死亡時，該未成年之子女當然由他方監護，倘任監護之一方，先他方而死亡，而以遺囑委託第三人行使監護職務者，則與民法第一千零九十三條：「後死之父或母，得以遺囑指定監護人」之規定不合，不生效力。顯見實務亦採親權當然復活說。

按監護制度開始原因，係以未成年人無父母或父母均不能任親權人為要件（民法第一〇九一條），或因父母離婚，均不適合行使親權時，由法院選定監護人（民法第一〇五五之二），此與未任親權人，係因離婚或認領等因素，不能共同行使親權，而協議或法院酌定由一方行使親權者不同，並非未任親權人當然有不適任原因存在，是如任親權人死亡，即捨親權就監護制度，當非確論。再者，親權限制的回復說，認親權之回復應經法院裁定後，始回復其親權，由法院以公權力介入，審酌其是否適任，在保護子女之利益，固屬周詳，惟我國關於親權人之酌定、改定，原則上係自兩親權人間擇一為之，或變更親權人改由非親權之他方任之，基本上乃在兩親中選擇最佳之一方任親權人，而單獨親權人非即謂未任親權者親權之喪失或放棄，其親權之停止或潛在化，乃無可非難者，單獨親權人死亡，未任親權人之親權當然復活，當可接受其法理論據。至於親權當然復活說，因未任親權人如不適任親權，卻仍由其當然擔任親權，對子女利益之維護，是否周詳，即成問題，如未任親權之母已改嫁，條件環境均不適任親權人者，如強令其親權復活，當有危害子女利益之虞，故於此情形，如由法院以職權介入，具體審酌其適任否，當屬良方，雖則如此，但如自監護目的，係在補充親權之不足，即親權優先，監護補充原則，單獨親權人死亡，未任親權人之親權當然復活，應較符合原則。再者，自程序觀之，親權人之酌定、改定，我國乃以民法

第一〇五五條為要件，即因離婚等原因，而共同行使親權有困難為前提，或其親權行使不利於子女，始有酌定與改定問題，原則上，親權酌定、改定及變更程序，雖已非訟化，但仍具兩造對立性格，因此親權酌定、改定變更之爭議，應先由對立兩造以協議解決，協議不成時，始由法院裁量。單獨親權人死亡後，即欠缺兩造對立性，其性格與非訟事件法第七一條之六或民事訴訟法第五七二之一附帶請求之具對立性格者不同，毋寧較接近於民法第一〇九四條之選定、改定監護人，故如將未任親權人親權回復程序，準用親權人之酌定、改定，法理上當存若干問題¹³²，是以單獨親權人死亡後，未任親權人之親權是否當然復活，國內學者通說及實務採肯定見解，本文贊同之，且父母因離婚或認領等因素，不能共同行使親權時，依現行民法第一〇五五條之規定，即先由父母協議，協議不成或協議不利於子女時，始由法院酌定，亦即由父母協議為優先原則，且協議次數不受限制，則協議後，單獨親權人死亡後，應認原協議已失其效力，而由未任親權人當然回復親權，至其是否適任，除可委諸於親權之宣告停止程序（民法第一〇九〇條、兒童及少年福利法第四八條）外，依第一〇五五條之二及兒童及少年福利法第四八條規定，亦可由法院介入選定適當之人為子女監護人，只是選定監護人時，是否應先停止當然回復之親權人之親權，實務上亦有不同之爭議¹³³。本文以為採

¹³² 魏大曉，前揭「親權」，頁101-102。

¹³³ 臺灣高等法院暨所屬法院九十一年法律座談會法律問題：某甲與某乙離婚時，由甲行使負擔所生未成年之子丙之權利義務，嗣後甲因故死亡，而乙確有未盡其保護教養義務或對未成年人丙有不利之情事，則實際照顧丙之丁（即丙之阿姨）是否得依民法第一千零五十五條第三項規定向法院聲請改定丙之權利義務行使負擔對象？

甲說：依民法第一千零五十五條第三項之文義並未限定適用於夫妻離婚且均未死亡之情形，且該立法意旨係著重於為未成年子女之利益考量，況且①從立法沿革觀之，於現行民法第一千零五十五條修訂前，關於父母未盡其保護教養未成人之義務時，民法第一千零九十條後段、兒童福利法第四十條第一項、少年福利法第二十三條第二項、兒童及少年性交易防制條例第二十條第二項均係「先宣告停止親權，再選任監護人」之立法模式，然現行民法第一千零五十五條及家庭暴力防治法第十三條第六款則改以「法院酌定、選定、改定親權人」之立法模式，換言之，我國關於父母親權行使負

否定見解，蓋依現行民法第一〇五五條之二規定，父母均不適合行使權利時，法院應依子女之最佳利益並審酌第一〇五五條之一各款事項，選定適當之人為子女之監護人，並指定監護之方法，命其父母負擔扶養費用及方式。則法院據此選定監護人，似亦未先停止父母之親權，是本問題應可直接向法院聲請改定。

至於早期最高法院三十二年永上字第三〇四號判例謂：夫死改嫁，其未成年之女未隨母同往者，顯已不能行使、負擔對於其女之權利、義務，與其女同居之祖父，即為其女之監護人。雖為多數學者所支持¹³⁴，惟最高法院二十二年上字第一一二三號判例卻謂：夫死亡後再婚，與其子女之關係本不因此消滅，如其對於

擔之立法干涉，已由先前之親權糾正、停止並選定監護人之模式而改由法院直接裁定決定親權人或監護人之模式，亦即法院得以裁定形成親權人親權暫停之法律效果而無須藉由判決宣告停止親權。②從立法目的觀之，先前「先宣告停止親權，再選任監護人」之立法模式係著眼於法律對親權行使負擔之適度箝制與干涉，爾後之「酌定、改定、選定親權人」則係法律積極注重未成年人之利益，而無論係協議決定或法院選定或因他方死亡而單獨行使親權者，均有為未成年子女之利益而考慮其是否適任親權人之問題，法律基於為未成年人利益之立法目的，於親權人未盡其保護教養未成年子女之義務時，自應裁定改定之，始符該條立法目的。③從立法效果觀之，親權人未盡其保護教養時，於民法第一千零五十五條修訂前，僅能宣告停止親權之一部或全部，由他方當然行使或另行選定監護人，其步驟繁複，且宣告親權需依訴訟程序進行，法院無職權介入之餘，僅能消極保護未成年子女，而立法修正後，法院得以裁定選定或改定適任親權人行使負擔未成年人之權利義務，依非訟程序積極主動為未成年子女之利益為之，能充分達到保護未成年子女之利益，且較快速，亦符合世界立法例。④綜上，本案例某乙確有未盡其保護教養義務或對未成年人丙有不利之情事，丁自得依民法第一千零五十五條第三項規定聲請由法院予以改定。

乙說：民法第一千零五十五條第三項之立法背景係以夫妻離婚後之親權行使負擔者未盡其保護教養義務或對未成年人有不利之情事時，因尚有另一親權處於暫停狀態之人，遂得由法院改定由另一方行使負擔，僅於法院認定另一方亦不適合行使權利時，法院得選定適當之人為未成年人之監護人（民法第一千零五十五條之二），本案例丙之親權自甲死亡之時起，當然由乙行使負擔，並無其他親權人，與民法第一千零五十五條第三項之立法背景及適用目的不同，丁僅得循民法第一千零九十條、兒童福利法第四十條第一項、少年福利法第二十三條、兒童及少年性交易防制條例第二十條第二項等規定起訴請求停止乙之親權後，依各規定選任丙之監護人。

審查意見：採乙說。

研討結果：改採甲說。（經付表決結果：採甲說三十九票，採乙說八票。）

¹³⁴ 史尚寬，前揭書，頁 593；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 471；陳棋炎，前揭民法親屬，頁 265。

未成年子女之權利、義務並無不能行使、負擔之情事，自不應為其未成年子女置監護人。最高法院二十三年抗字第一七一號判例更謂：父死亡而母再婚者，與母死亡而父再婚者無異，母再婚時對於未成年子女之權利、義務，並非當然不能行使、負擔。是最高法院三十二年永上字第三〇四號判例見解是否仍採用，即非無疑，本文以為自八十五年九月二十五日民法刪除第一〇五一條及修正第一〇五五條、第一〇八九條後，已不再適用父權優先原則，及基於男女平等原則，該判例之採用，應持保留態度。

第二項 服親權人

親權乃父母對未成年子女之權利義務，故服親權者，以未成年子女為限，我國不採結婚成年制，未成年人結婚僅取得財產上之行為能力（民法十三條第三項），是在身分行為方面，仍服於親權，如未成年人兩願離婚時，應得其法定代理人之同意（民第一〇四九條但書），於離婚後再訂定婚約或結婚而尚未成年時，仍應得其法定代理人之同意（民法第九七四條、第九八一條）；又未成年結婚後，被收養或兩願終止收養，均應得其法定代理人之同意（民法第一〇七九條第三項、第一〇八〇條第四項）。再者，未成年子女已結婚，其後婚姻關係解消，而仍未成年，則是否仍再服親權，有不同見解，有認為結婚成年擬制規定，目的在方便其婚姻生活之履行，排除外部干涉，以確保婚姻生活獨立性，如其婚姻關係消滅者，擬制目的不存在，應再服親權。亦有認為婚姻期間取得行為能力，如於婚姻關係解消後，失其行為能力，將會對交易安全及子女親權行使產生混亂。另有認為子女雖離婚，成年擬制效力繼續存續，但如因婚姻撤銷者，應再服親權，以第二說為有力學說¹³⁵。本文從之，蓋我國結婚年齡，依民法第九八〇條規定，男為十八歲，女為十六歲，已接近二十歲之成年，且已結婚未成年人之婚姻關係如因離婚或配偶一方死亡而消滅

¹³⁵ 魏大曉，前揭「親權」，頁98。

者，依通說其已取得之行為能力並不因之而喪失，即仍有行為能力¹³⁶。

第三節 親權行使之方法

關於親權行使之方法，民法修正前第一〇八九條規定：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」。惟民國八十三年九月二十三日司法院大法官會議釋字第三六五號解釋謂：民法第一〇八九條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分，與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。自此法務部即展開民法親屬編三階段之修法，迨民國八十五年九月二十五日民法第一〇八九條修正為：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之（第一項）。父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時，得請求法院依子女之最佳利益酌定之（第二項）。法院為前項裁判前，應聽取未成年子女、主管機關或社會福利機構之意見（第三項）。」學者認為第二項之修正，係揚棄父權優先之原則，而從男女平等之觀點，實現父母意見同等重要之理念，故父母對未成年子女之權利行使不一致時，由法院決定之，以示公平¹³⁷。亦有學者認為本次修正，係根據貫徹男女平等原則及保護子女利益精神，當父母對未成年子女權利之行使不

¹³⁶ 郭振恭，民法，三民書局，修訂三版，頁 37，2003 年 9 月。

¹³⁷ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 475。

一致時，最後由法院介入，洵屬正確¹³⁸。

第一項 共同行使

親權之行使，於父母婚姻關係存續中，以由父母共同行使為原則，亦即對於共同婚生子女、準正後子女或養子女，原則上由父母共同行使親權，而夫妻之一方收養他方之未成年子女，或未成年子女之養父（或母）與本生母（或父）結婚時，本生母（或父）與養父（或母）仍得共同行使親權¹³⁹，至於父母如離婚、結婚經撤銷、或認領而未能共同行使時，因民法已設有特別規定，自應適用該規定，即民國八十五年九月二十五日民法修正前，關於親權，原則上由夫任之，除當事人另有約定或法院另有酌定外（民法第一〇五一條、第一〇五五條），是於父母離婚或結婚經撤銷或認領時，如父母另有約定或法院酌定父母共同行使親權，例外亦得由父母共同行使¹⁴⁰，惟實務見解認父母共同行使親權之原則，惟於父母間有婚姻關係存在，或生父與生母維持同居關係時，方有其適用（最高法院七十五年度台上字第一二四四號判決），蓋生父與生母如無婚姻關係且未同居時，若由父母共同行使，顯有窒礙難行之處，故值贊同。而民國八十五年九月二十五日民法修正後，於父母離婚、結婚經撤銷或認領時，父母得協議共同行使，如父母未協議，或父母之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人亦未向法院聲請，而法院復未依職權酌定，此時解釋上仍應由離婚後之父母共同行使，惟是否仍受限於最高法院七十五年台上字第一二四四號判決所謂「生父與生母應維持同居關係」？非無疑義。本文認宜採否定見解，蓋目前實務離婚訴訟中，除當事人附帶請求酌定親權外，法院依職權酌定親權者，尚屬少見，而一般判決離婚後，父母呈分居狀態係屬常態，

¹³⁸ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 398（黃）。

¹³⁹ 史尚寬，前揭書，頁 608；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 397（黃）。

¹⁴⁰ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 238（黃）；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 308。

則於父母判決離婚後，父母未協議，法院復無酌定，有關未成年子女之親權，如不解釋應回歸原則，即仍由離婚後之父母共同行使，恐將造成親權人不明狀況，似非法之原意，而如父母共同行使有窒礙之處，自得由利害關係人依民法第一〇五五條及非訟事件法第七一條之一以下規定向法院聲請酌定。

第二項 單獨行使

一、由父或母單獨行使

若父母之一方不能行使親權，則由他方行使，而所謂父母之一方不能行使對於未成年子女之權利，最高法院六十二年台上字第四一五號判例謂：兼指法律上不能（例如受停止親權之宣告）及事實上之不能（例如在監受長期徒刑之執行、精神錯亂、重病、生死不明等）而言。至於行使有困難（例如自己上班工作無暇管教，子女尚幼須僱請傭人照顧等），則非所謂不能行使。

二、由法院酌定何人行使

而父母對於權利之行使意思不一致時，依修正前之民法第一〇八九條規定，係由父單獨行使之，亦即以父權為優先，而民國八十五年九月二十五日修正後，則規定父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時，得請求法院依子女之最佳利益酌定之，稽其理由，乃父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，本依家庭自治事項議定之，不成者，由公權力法院介入之方式以為救濟，俾能確保子女利益並兼顧男女平等，惟所謂重大事項，乃屬不確定法律概念，殊難判斷，在解釋適用上易滋生困擾¹⁴¹，又條文僅限於「重大事項」，則「非重大事項」究應如何處

¹⁴¹ 目前實務上認為係重大事項者，有子女繼續升學或就業、子女之住所及由父母之何方負責照顧及教養等。

理，則未明文，此時，解釋上應回歸原則，仍由父母共同行使，惟父母意思已不一致，究如何共同行使，當非無疑，故學者認為不應限於重大事項，只要行使意思不一致時，即得請求法院酌定之¹⁴²，然此將造成法院之負擔，法院不堪負荷，是否妥適，尚待斟酌。再者，所謂由法院酌定，乃係指法院於聽取未成年子女、主管機關或社會福利機構意見後，判斷父母之意見何者對未成年子女較為有利，而以該意見為準，並非由法院逕為決定，以取代父母之意思¹⁴³。

第四節 親權內容

為使父母得對未成年子女盡其保護教養義務，乃賦予父母種種權利，此等權利之上位概念，即為親權¹⁴⁴，而民法上規定之親權，大致可區分為身上照護與財產照護二類，前者乃係關於子女身分上之權利義務，後者乃關於子女財產上之權利義務，又民法第一〇八四條第二項所定之保護教養之權利義務為親權之本質，且屬概括規定，無論身分上或財產上之權利義務，均為實現未成年子女保護教養之具體內容。而其具體內容在身分上之權利義務有：保護教養權、居所指定權、子女交還請求權、懲戒權、身分行為之同意權及代理權；而財產上之權利義務有：財產法上之法定代理權、一般財產上法律行為之同意權、子女特別財產之管理、使用、收益及處分權。

第一項 身上照護

¹⁴² 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁399（黃）。

¹⁴³ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁399（黃）；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁475。

¹⁴⁴ 林秀雄，「我國親權法之現狀與課題」，月旦法學雜誌，第100期，頁45，2003年9月。

一、保護教養權

民法第一〇八四條第二項規定，父母對未成年子女有保護及教養之權利義務。所謂保護，係指監督保護，即排除危害，使子女身心處於安全狀態，屬消極作用；而教養，則係教導養育，使子女身心得以健全成長，屬積極作用¹⁴⁵。就條文之文義觀之，「保護」及「教養」之字義，實找不出有任何權利之意味，若將親子關係分為對內關係與對外關係，則保護與教養之權利乃屬對外關係，即父母有權要求任何第三人不得妨礙其保護與教養義務之履行，因此第三人違法掠奪或不法扣留未成年子女時，父母基於親權人之身分，得請求子女之返還；而保護及教養之義務乃屬對內關係，所謂法定代理權、同意權、甚至懲戒權，亦為保護及教養義務之具體內容¹⁴⁶。親權人違反保護教養義務時，則構成親權濫用¹⁴⁷。

保護教養權於父母婚姻關係存續中，由父母共同行使，而行使過程所產生之費用，亦應由父母共同負擔，惟父母婚姻共同生活解消時，因保護教養費用之負擔，係基於親子關係之本質而生，故父母共同保護教養義務仍然存在，僅因親權共同行使有困難，而改由一方單獨行使而已，因此即由未任親權者對任親權者分擔保護教養費用。

二、居所指定權

民法第一〇六〇條規定，未成年之子女，以其父母之住所為住所。蓋父母為善盡其對未成年子女之保護教養義務，對未成年子女之居所自有指定權，惟若父母對於同住之未成年子女，未盡保護教養之責任，致未成年子女受到傷害，則未成年子女拒絕返

¹⁴⁵ 史尚寬，前揭書，頁 596；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 383（黃）；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 478。

¹⁴⁶ 林秀雄，前揭「我國親權法之現狀與課題」，頁 44。

¹⁴⁷ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 383（黃）。

回父母家中，亦不得謂無正當理由，不得強制未成年子女返回（最高法院五十年台上字第一〇三號判例）。又民法第一〇六〇條雖規定未成年之子女，應以父之住所為住所，然並未規定父母與子女間定必互負同居之義務，此與同法第一千零一條規定夫妻應互負同居之義務迥不相同。而民事訴訟法關於人事訴訟程序均有特別規定，綜觀有關法條，亦無所謂父母請求子女同居之訴，是子女如因故離去父母之住所時，為父母者，雖非不得依其他途徑使其返回住所，惟其提起請求子女同居之訴，要難謂為有據（最高法院五十二年台上字第三三四號判例）。

三、子女交還請求權

我國民法對子女交還請求權並無明文規定，但學者通說均認為，他人違法掠奪或扣留子女時，實係侵害親權人之保護教養權，親權人為行使親權，自應有請求交還子女之權利¹⁴⁸，而實務上，亦採肯定見解，其中最高法院四十九年台上字第二二五〇號判決謂：依民法第一〇八四條規定，父母對於未成年之子女有保護及教養之權利義務，所謂保護，係指排除危害以防護其子女身體之安全而言，故第三人奪去或抑留在父母監護下之未成年子女時，有保護權之父母得對之訴請交還。而最高法院五十二年台上字第三三四號判例亦謂：養父母對於未成年養子女，不僅有保護及教養之權利抑且有此義務，上訴人於收養某甲為養女後，任其同居人虐待至於遍體鱗傷，難謂已盡其保護之責任，則該養女拒絕返回上訴人家中，亦不得謂無正當理由，自無由命其生母即被上訴人，反於該養女之意思，而認其有交人之義務。則依其見解反面解釋，扣留子女者，如無正當理由，即負有返還子女之義務。

四、懲戒權

¹⁴⁸ 史尚寬，前揭書，頁 598；胡長清，前揭中國民法親屬論，頁 279-280；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 479；陳棋炎，前揭民法親屬，頁 268。

民法第一〇八五條規定，父母得於必要範圍內懲戒其子女，所謂必要，應為實施保護教養所必要，其程度，應按子女之家庭環境、子女之性別、年齡、健康及性格、過失之輕重定之¹⁴⁹，而懲戒為保護教養子女之輔導手段，而非目的，若逾越必要之範圍，已非懲戒，而係虐待，構成親權之濫用，為停止親權之原因，雖該條文之子女是否包含成年子女，學者有所爭議，然父母對未成年子女有懲戒權，則無二論。

五、身分行為之同意權及代理權

由於顧慮未成年子女年輕識淺，思慮難免有不週之處，故父母對其身分行為有最後之同意權，依民法規定，父母對未成年子女之訂婚（第九七四條）、結婚（第九八一條）、兩願離婚（第一〇四九條但書）、滿七歲以上之未成年子女之被收養（第一〇七九條第三項）、兩願終止收養（第一〇八〇條第四項）有同意權。再者，身分行為原則上係不得代理，而為保護幼年者之權益，民法規定對於未滿七歲之未成年子女被收養（第一〇七九條第二項）及終止收養（第一〇八〇條第三項）有代理權，此乃純粹身分行為不許代理之例外規定。

第二項 財產照護

一、財產法上之法定代理權

為保護未成年子女之財產，我國民法規定，未滿七歲之未成年人，無行為能力（第十三條第一項），由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示（第七六條第一項）；而滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力（第十三條第二項），其為意思表示及

¹⁴⁹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 387-388（黃）。

受意思表示，應得法定代理人之允許（第七七條本文），故父母為其未成年子女之法定代理人（第一〇八六條），而父母代理者，原則上限於財產行為，而不及於身分上之行為，但仍有前述之例外。

二、一般財產上法律行為之同意權

滿七歲以上之未成年人所為之財產上行為，除純獲法律上之利益，或依其年齡及身分、日常生活所必需者外，應得法定代理人之允許（第七七條），而其事前未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人事後之承認，始生效力（第七九條）。又滿七歲以上之未成年人得法定代理人之允許，有獨立營業能力，若其營業有不勝任之情形時，法定代理人得將其允許撤銷或限制之（第八五條）。

三、子女特別財產之管理、使用、收益及處分權。

（一）管理

依民法第一〇八八條第一項規定，對於未成年子女之特有財產，由父母共同管理。而所謂特有財產，乃係指未成年子女，因繼承、贈與或其他無償取得之財產（第一〇八七條），又法文不稱管理權，而稱管理，蓋管理不限於權利，尚包含義務，亦即父母管理未成年子女之特有財產，在對內關係上，與其稱為管理權，不如稱為管理義務，因恐未成年子女思慮未周，花用無度，為保護子女之利益，乃由父母代為管理，以保存、利用及改良子女之特有財產，而保存、利用及改良等管理行為，皆為子女之利益而為之，對父母而言，並無任何利益，而父母管理未成年子女之特有財產，在對外關係上，父母本於管理未成年子女特有財產之占有權，若第三人無權占有或侵奪子女之特有財產時，父母得以自己名義起訴，請求交還（最高法院三十七年上字第八四六七

號判例)，故父母對外主張管理權時，實質上對內是履行其管理義務，故所謂管理權，亦僅係不讓第三人干涉其履行管理義務之權利而已¹⁵⁰。

（二）使用收益

依民法第一〇八八條第二項規定，父母對於未成年子女之特有財產，有使用、收益之權。法文既規定使用、收益，則乃屬父母純粹享受利益之權利，不含有任何義務之成分，我國民法之所以如此規定，學者認為父母既負保護教養子女之權利義務，又對子女之特有財產有管理之權利義務，故賦予父母以使用收益權，以補償其損失¹⁵¹。而有關於子女特有財產之收益如何支應，學者通說認為應先充財產理費用，次充子女生活、教育費用，如有剩餘，則歸屬父母，聽父母自由處分¹⁵²。

惟另有學者持反對見解，認為¹⁵³：①前開看法似在說明父母對子女特有財產與其管理義務有對價關係，本質上父母之收益權是其管理義務之報酬，但父母係基於自然之感情，保護未其未成年子女，並管理未成年子女之財產，而竟以報酬評價之，實為不妥，此種以父母之收益權來評價父母之辛勞，實未免太忽視父母子女至親之情。②又監護制度，監護人與受監護人之間，未必有血緣關係，而監護人之報酬亦僅得請求，而非必給予，可知監護人之義務重於權利，而未必有血緣關係之監護人之義務性如此，則至親之父母之義務性更見明顯，因此，父母之管理未成年子女之財產，似不應與收益權有對價關係。③再者，父母對未成年子女有生活保持義務，因此無論未成年子女是否財產足以負擔自己生活，父母均應依各自之資力以扶養未成年子女，故父母對未成年子女之扶養義務與未成年子女財產並無關係，故亦不得以父母

¹⁵⁰ 林秀雄，前揭「我國親權法之現狀與課題」，頁 47。

¹⁵¹ 陳棋炎，前揭民法親屬，頁 272。

¹⁵² 史尚寬，前揭書，頁 605；趙鳳喈，前揭書，頁 184；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 393（黃）；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 492。

¹⁵³ 林秀雄，「父母與未成年子女間之財產關係」，收錄於氏著家族法論集（二），漢興書局有限公司，初版二刷，頁 243-249，1995 年 10 月。

對未成年子女有扶養義務，即謂父母對未成年子女之財產有收益權。^④再退步言之，於今日以自己責任為原則之近代法之下，在自己不能維持生活而無謀生能力之情形，始有受扶養之權利，若此原則於父母子女間亦不例外時，則未成年子女有財產之場合，自應以其財產及收益來維持生活，父母對之無扶養義務，於此情形下，父母亦無理由享受子女財產之收益，而父母以子女之財產之收益來負擔子女財產之管理費用、教育費用、生活費用，乃父母之管理行為之範圍，並非負擔子女之養育費用，而當然享受子女財產之收益權。^⑤瑞士一九〇七年民法第二九二條、第二九三條規定，關於父母對於子女財產享有用益權，而其收益先充作子女扶養及教育費用，如有剩餘，按各配偶就共同生活費用分擔之比例，定其歸屬，而於一九七六年之民法第三一九條第二項規定修正為，前項收益之剩餘，歸屬子女之財產。又德國民法第一六四九條規定，子女財產之收益，除充通常管理費用外，應作為子女之扶養費，若有剩餘，父母得為自己及該子女之未成年之未婚兄弟姊妹之扶養而使用之，但以斟酌當事人之財產及營業狀況，認為合於公平者為限。故認為似應仿德國、瑞士之新規定，否定父母之收益權，以確保子女之利益。

按父母對未成年子女之生活保持義務，雖屬片面、單方之義務，然於近代均承認未成年子女有獨立人格而具有財產能力，則未成年子女以其財產之收益用於父母子女共同生活之向上，乃係基於父母子女共同體精神之要求，是不得以父母對未成年子財產之收益，係屬親權之範圍，與扶養之本質不同，即不得以收益充作未成年子女之扶養費用。又未成年子女雖具有財產能力，然因其智慮淺薄，而使用收益財產，常涉及繁雜之法律關係，尤其涉及第三人時，未成年子女恐難以因應面對，是就現行民法規定，本文仍認為，應解釋為父母對未成年子女之特有財產有使用、收益權，惟其收益之支用，應限制其使用範圍及目的，即父母收益權之行使，不得出於為己之利益，而應用助於提昇父母子女共同

生活者，如有剩餘，則於親權消滅後，因親權人對未成年子女財產之管理即終了，其占有子女之特有財產應予計算後返還，以保障未成年子女之權益。

（三）處分

依民法第一〇八八條第二項規定，父母對於未成年子女之特有財產，非為子女之利益，不得處分之。所謂處分，有認為僅限於法律上之處分，兼括債權行為（如買賣）與物權行為（如設定抵押權）在內¹⁵⁴，亦有認為係指管理行為以外之一切行為而言，即不問其為法律上之處分，或事實上之處分皆屬之¹⁵⁵，而處分是否有利於子女，應斟酌處分當時之一切情事定之（最高法院三十二年上字第三七一六號判例），如父母原則上不得處分子女之特有財產充作養育費，然父母如陷於窮困，為妥善保護教養子女而處分子女之特有財產，則不得謂非為子女之利益（最高法院五十一年台上字第二一〇八號）；又以子女之特有財產代物清償父母之債務，或拋棄子女之債權以免除父母之債務等，均可認為係不利於子女之處分行為。

值得一提者，父母代未成年之子女為保證行為，是否屬民法第一〇八八條第二項之處分行為，實務上有爭議¹⁵⁶，原採否定見

¹⁵⁴ 王澤鑑，「未成年子女之財產、父母及第三人」，收錄於氏著民法學說與判例研究第三冊，頁155，1986年9月。

¹⁵⁵ 胡長清，前揭中國民法親屬論，頁286；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁394（黃）。

¹⁵⁶ 臺灣高等法院暨所屬法院八十六年法律座談會法律問題：某甲向銀行貸款為自己購屋，以其十九歲之子某乙為貸款契約之保證人，並以法定代理人之資格為某乙簽署保證契約。三年後某甲無力清償貸款，銀行乃起訴請求某乙連帶清償。某乙能否以保證契約無效為抗辯？

甲說：按父母固為其未成年子女之法定代理人，且父母對於未成年子女之特有財產，有使用、收益之權；但非為子女之利益，不得處分之。民法第一〇八六條及第一〇八八條分別定有明文。由該規定可知父母雖得代理未成年子女處分財產，但苟該處分不利於子女，為保護子女之利益，該項處分應對子女不生效力。父母就其自己之債務以其未成年子女為保證人，該保證行為對子女無利益可言。且父母既無力清償債務，債權人轉而要求未成年或甫成年之子女代為清償，必無實益，不能達成保證契約之目的，其締約之結果，除了造成子女之過重負擔外，更嚴重妨害子女人格之健全發展，因此，德國民法第一六四三條第一項適用同法第一八二二條第十款規定，父

解，其理由主要係依據最高法院五十三年台上字第二六一一號判例見解，認為保證雖為一種負擔之債務行為，但究非財產之處分，法律並未禁止法定代理人為之，然該則判例於民國九十一年十月十五日經最高法院九十一年度第十三次民事庭會議決議廢止，而廢止理由係與民法第一千零八十八條第二項但書規定之意旨不符。是實務上似已認為父母代未成年子女為保證行為，乃非為子女之利益，父母不得為之。

第五節 親權之行使與扶養

未成年子女原則上係以父母為共同親權人，並由父母共同行使親權，惟因父母之離婚、結婚經撤銷、結婚無效、或非婚生子女經認領等情況，使父母不再為共同親權人，而僅由父母一方行使，此時一方行使親權之內容與父母共同行使時之內容有無不同，又不行使親權之他方，僅係親權一時之停止，其對未成年子女之生活保持義務有無影響，茲分述如下：

母以子女名義負擔保證債務者，應得監護法院之許可。其立法目的即在避免父母不當管理子女財產，以致妨害子女身心之人格健全發展。我國現無監護法院之制度，無從類推適用其規定。但前揭民法第一〇八六條及第一〇八八條亦同樣寓有保護子女人格健全發展之精神，從而應認父母行使其對子女財產之處分權，而以法定代理人資格為其子女負擔保證債務者，其行為之主要目的有損其子女將來人格之健全發展，依民法第一四八條第一項及第七十一條規定，該代理子女為保證之法律行為無效。本題某乙於訴訟中自得主張某甲代理訂定保證契約無效。

乙說：父母為其未成年子女之法定代理人，有權代理其子女為法律許可之法律行為；保證行為，法律並未禁止法定代理人為之，則法定代理人代未成年之子女為保證行為，自難依民法第一〇八八條第二項但書之規定認為無效（最高法院五十三年台上字第二六一一號判例參照）。因此，題旨某甲既為某乙之法定代理人，其代理某乙所締結之保證契約自屬有效，某乙以契約無效為抗辯，並無理由。

初步研討結果：採甲說。

審查意見：甲說雖有其理論根據，但在最高法院判例未變更前仍應以「保證雖為一種負擔之債務行為，但究非財產之處分，法律並未禁止法定代理人為之，難認該行為為無效」之見解，採乙說。

研討結果：照審查意見通過。

第一項 父母離婚後之親權行使

由於父母結婚經撤銷、結婚無效或非婚生子女經認領後，關於未成年子女親權之行使，均準用離婚之效果，故以下僅以父母離婚情況討論之，其餘則比照之。

一、民國八十五年九月二十五日民法修正以前

父母婚姻關係存續中，對於未成年子女之權利義務（即親權），依民法第一〇八九條規定係由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。而父母離婚時，民法第一〇五一、一〇五五條僅規定關於子女之監護，除父母另有約定或法院酌定監護人外，由父任之，卻未見親權行使之規定，至使父母離婚後之監護，其範圍與親權有無一致，有狹義說及廣義說不同之見解，前者認為，離婚後之監護僅指民法第一〇八四條有關保護及教養之身心監護¹⁵⁷。後者則認為，離婚後之監護，不僅指身心監護，尚應包括財產監護及子女代理權在內，即與親權之概念一致¹⁵⁸。而以後者為通說之見解¹⁵⁹，蓋身心監護與財產監護乃親權之具體範圍，二者均為實現保護與教養不可或缺之內容，如缺其一，必使保護教養不易實現，可見民法第一〇八四條之保護教養為親權之上位概念，而身心監護與財產監護為下位概念，由此二者構成保護與教養之目的；又我國民法於離婚時僅規定監護，而無另置親權人之規定，因此監護應指概括之監護事項，自應包括身心監護、財產監護及子女代理權在內；再者，我國民法，除在第一〇五一、一

¹⁵⁷ 胡長清，前揭中國民法親屬論，頁 209-210。

¹⁵⁸ 史尚寬，前揭書，頁 454。

¹⁵⁹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 338（黃）；陳棋炎，前揭民法親屬，頁 169；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 307；林秀雄，「離婚後子女監護人之決定基準」，收錄於氏著家族法論集（二），頁 101。

0五五條有監護之規定外，尚在親屬編第四章第一節規定未成人之「監護」，後者乃係未成人無父母、或父母均不能行使親權時所設置之監護人，即因其非父或母，故其監護，法律規定應受限制，至於離婚後之父母一方，擔任監護時，因其相互間存有倫理骨肉親情，自不受法律之限制，是應與未成人之監護有所區別¹⁶⁰。

二、民國八十五年九月二十五日民法修正以後

民國八十五年九月二十五日民法親屬編修正公布，認為夫妻離婚後對於未成年子女之親權並未因其係兩願離婚或判決離婚而有不同，故不再區別兩願離婚或判決離婚而分列規定，而刪除第一0五一條，併規定於第一0五五條並加以修正，其中第一項即規定：「夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。」稽其理由，乃夫妻兩願離婚或經判決離婚後，對於未成年子女之保護及教養之權利義務與民法親屬編第四章以下之監護章規定有所不同，故將現行條文「監護」文字修正為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，以期與第一0八九條用語一致。自此有關父母離婚後，如由一方單獨行使親權時，其內容與父母婚姻關係存續中共同行使親權時係完全一致，即包括身上照護、財產照護及子女之代理權，則無爭議。

第二項 親權與扶養之關係

父母對未成年子女之生活保持義務，於父母婚姻關係存續中，由共同行使親權時，因子女與父母共同生活，固無問題，惟父母一旦離婚、或結婚經撤銷、或結婚無效、或非婚生子女經認

¹⁶⁰ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁307-308。

領，雖亦能共同行使親權，惟因子女與父母雙方共同生活之方式遭受破壞，故通常僅由父或母之一方行使親權時，則父母對未成年子女之生活保持義務有無受影響，茲有討論之必要。

壹、日本學說

一、親權與扶養結合說

此說認為，親權中關於父母對未成熟子女之監護教育義務中，含有對未成熟子女之扶養義務，故父母對未成熟子女之扶養，應視為親權內容之一部分，親權人應負擔該扶養費用，而親權人之監護教育義務又以親子共同生活為前提，是受親權人扶養之子女，僅得對具親權之父或母請求扶養，而不得對不具親權之母或父請求扶養¹⁶¹，此說雖自親權中之監護教育觀點出發，然未能貫徹未成熟子女保護之目的，故迭受批判。

此說見解，使得原應負生活保持義務之父或母，因不具親權者，而改為僅負生活扶助義務，對未成年子女之保護顯屬不週。

二、親權與扶養分離說

此說認為親權者之監護教育權利義務與監護教育必要費用之負擔，在觀念上與實際上係可區別者¹⁶²，且認父母對未成熟子女之扶養義務，不宜由親權中之監護教育觀點探求¹⁶³。故無資力之父母之一方為親權人時（如離婚父母之一方、非婚生子女經生父認領之父母一方等），有資力而不任親權之他方，亦不能免除其扶養子女之義務，而父母均未任親權人職務時，亦不能免除扶養義務，換言之，將扶養之經濟給付與監護教育義務分離。

¹⁶¹ 高松高決昭和 31 年 8 月 21 日下民七卷八号，頁 2248，轉引自松嶋道夫，前揭文，頁 430。

¹⁶² 我妻榮，前揭書，頁 332。

¹⁶³ 同註 95。

依此說，父母對未成年子女之扶養義務，乃基於親子關係而生，與親權或監護權之有無，不發生必然之關係¹⁶⁴，是只要親子關係存在，縱使不具親權者，父母仍應對未成年子女負生活保持義務。

貳、我國情形

一、學說見解

我國民法關於親權與扶養之關係為何，雖無明文，惟對此問題，學者均認為親權與扶養係分離，惟論據各有不同：

(一) 主張以民法第一〇八九條為父母對未成年子女扶養之依據者

認為民法第一〇八九條所定父母對於未成年子之義務，包括保護教育費用之負擔，而因父母對未成年子女有生活保持義務，故並不以有親權為前提，父母雖非親權人，亦不能免其給養之義務，是父母於婚姻關係存續中對於子女共同行使親權時，其子女之保護教養費用，屬於家庭生活費用，父母離婚時，子女之保護教養費用仍應由父母各按其經濟能力負擔之¹⁶⁵。

(二) 主張以民法第一〇八四條第二項為父母對未成年子女扶養之依據者

認為民法第一〇八四條第二項所定保護及教養，應包括事實上之養育行為及扶養費用之負擔二部分，在正常婚姻家庭生活，此二者合而為一，而由父母依民法第一〇八九條行使養育之權利義務，至於扶養費用之負擔，則依據民法夫妻財產制有關生活費用負擔之原則決定之。在父母離婚時則採監護與扶養分離說，認

¹⁶⁴ 林菊枝，親屬法專題研究，國立政治大學法律學系法學叢書（十），五南圖書出版公司，頁 163-164，1985 年 6 月再版。

¹⁶⁵ 史尚寬，前揭書，頁 609-610；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 400（黃）。

為扶養費用之負擔，以有無經濟能力為斷，可由多數人共同負擔，為使未成年子女有較好之扶養，不宜僅由監護人負擔生活費用為限，又養育子女對子女有無愛心、感情及其他工作環境為考慮因素，而扶養費用之負擔以資力為主要依據，如此解釋，方能使資力微弱、但對子女有愛心之母有監護之機會，否則離婚之母，因採監護與扶養之結合說，而監護子女之機會幾乎不可能，且採監護與扶養結合說，親權被剝奪一方即不必負擔扶養費用，亦顯不公平，故採監護與扶養分離說，而視其父或母之經濟能力，由其中之一方或共同負擔為是，此對未成年子女顯然有利¹⁶⁶。

（三）主張以民法第一一四條第一項為父母扶養未成年子女之依據者

認為未成年子女在行動上，須由父母保護與教養，此為事實上之保護；在法律行為上，須有法定代理人之存在，此為行為上之保護；在經濟生活上，須由父母扶養，此為經濟上保護。前二者之保護為親權之範圍，第三種保護為扶養之範圍，親權與扶養分屬不同之範圍，本質上亦不相同，父母有時不一定係行親權之人，離婚時由父母之一方任親權人時，他方配偶即非親權人，但非親權人並不因未行使親權而免除其扶養義務，父母並非基於親權人之身分而扶養未成年子女，而係基於父母之身分而負扶養義務¹⁶⁷。

採此說者，更認為第一說者，若將父母對未成年子女之扶養義務之法條根據，求之於民法第一〇八九條，而認為此扶養義務不以有親權為前提，即離婚後亦有適用，則何以同條文中，關於權利之行使限於婚姻關係存續中，而義務之負擔卻不限於婚姻關係存續中，將民法一〇八九條第一項關於權利之行使與義務之負擔分割適用，亦屬不妥。並認第二說者，一面認為親權與扶養不同，一面又認為扶養義務亦屬親權內容之一，豈不陷於自我矛盾

¹⁶⁶ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 543-545。

¹⁶⁷ 林秀雄，前揭「父母與未成年子女間之財產關係」，頁 244-245。

之深淵¹⁶⁸。

(四) 主張父母扶養未成年子女乃親子關係本質者

認為父母對未成年子女之保護教養行為與屬經濟上給付之教養費用負擔，係得分離者，故非親權人之父或母，仍不免除扶養義務，是父母對於未成年子女之扶養義務，乃親子關係之本質，即其生活保持義乃本於為親為子之身分關係當然發生，而與親權之有無無關¹⁶⁹。

二、實務見解

(一) 民國八十五年九月二十五日民法修正以前

我國早期實務上，就此問題，有二則判例代表，一為最高法院五十六年台上字第四一九號判例謂：「夫妻判決離婚後，關於子女之監護，除法院另有酌定，或兩造另有約定者外，由夫任之，民法第一〇五五條及第一〇五一條定有明文，所謂監護當然包括扶養在內。本件兩造在離婚前所生之女，向由其母即上訴人單獨扶養，如未經法院以判決酌定監護人，或兩造間另有約定由上訴人監護，則上訴人在此期間所支出之扶養費用縱未舉債，而其求命被上訴人償還，於法亦非無據」。另一為六十九年台上字第二五九七號判例亦謂：「夫妻判決離婚後之子女，原則上固應歸由其父監護，惟依民法第一〇五五條但書規定，法院亦得為其子女之利益，酌定監護人。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。」上述實務見解，似均採扶養與親權結合說，顯與學者通說之見解不合，迭遭學者撰文批評。

¹⁶⁸ 林秀雄，前揭「離婚後父母對未成年子女之扶養義務」，頁154。

¹⁶⁹ 黃宗樂，前揭「離婚後子女之監護與扶養」，頁318-319。

（二）民國八十五年九月二十五日民法修正以後

由於父母對未成年子女之扶養義務，是否因父母結婚經撤銷或離婚後僅由一方擔任對未成年子女權利義務之行使或負擔而受影響，實務上尚有異見，為杜爭議，立法者參酌學者通說見解，採否定說，而於民國八十五年九月二十五日增訂民法第一一一六之二條規定：「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。」則增訂本條文後，我國顯然明確採用親權與扶養分離說，應值肯定，是上開判例已無援用之餘地¹⁷⁰。

三、檢討

實務上，前開最高法院五十六年台上字第四一九號及六十九年台上字第二五九七號二則判例，亦於九十二年五月二十七日經最高法院九十二年度第九次民事庭會議決議不再援用，惟其不再援用理由，僅係該二則判例與現行法第一〇五五條規定不符而已。至於實務是否已改採親權與扶養分離說，則不明確，導致自民國八十五年民法修正後，目前實務仍可見親權與扶養結合說之影子，其中最高法院八十六年台上字第一九九六號、八十七年度台上字第二六〇〇號、八十八年度台上字第五八二號、九十三年度台上字第一四〇九號判決均謂：「所謂監護，除生活扶養外，尚包括子女之家庭教育，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。」最高法院九十二年台上第二一九號判決更謂：「父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務，民法第一〇八四條第二項定有明文。所謂保護及教養之權利義務，包括扶養在內。自父母對未成年子女行使或負擔保護及教養之權利義務本質言，此之扶養義務應屬生活保持義務，與同法第一一一四條第一款所定直系血親相互間之扶養義務屬生活扶

¹⁷⁰ 許樹林，「未成年子女扶養事件法院處理實務」，月旦法學雜誌，第101期，頁179，2003年10月。

助義務尚有不同，故未成年子女請求父母扶養，自不受民法第一一七條第一項規定之限制，即不以不能維持生活而無謀生能力為限。」顯然使親權與扶養二者又混淆不清。

再者，父母對未成年子女之扶養義務，亦屬親子間之法律關係，如前所述，本應與親權事項同時於親屬編「父母子女」章內加以規範，惟立法者於民國八十五年九月二十五日增訂民法第一一六條之二時，卻其將條文增設於親屬編「扶養」章內，卻未置於「父母子女」章，顯然立法者以有意地將未成年子女之扶養與親權分別規範，亦認親權應與扶養應分離。

然民國八十八年二月三日民事訴訟法增訂第五七二條之一及非訟事件法增訂第七一條六，無異又將親權是否包含扶養再次成為爭議之問題，蓋現行民法第一〇五五條及第一〇八九條原均係有關親權行使之規範，已如前述，而八十八年二月三日民事訴訟法修正時，為使當事人提起撤銷婚姻或離婚訴訟之情形，不增加當事人及法院之勞費，並能使當事人與法院於撤銷婚姻或離婚訴訟中，得就未成年子女權利義務行使或負擔之問題一供通盤考量，故增訂第五七二條之一規定，撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。其立意良善，應值肯定，惟其立法理由第五點卻指出當事人請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法時，得併請求給付子女將來扶養費用。同時非訟事件法亦增訂第七一條之一至第七一條之十一條文，其中第七一條六規定：「法院依民法第一〇五五條之規定，為酌定、改定或變更時，得命交付子女、未行使或負擔權利義務之一方與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分，並得訂定必要事項。前項扶養費之給付，法院得依聲請或依職權，命為一次給付或分期給付。分期給付遲誤一期履行者，其後之期間視為亦已到期。第一項裁定得為執行名義。」

稽其理由，乃因法院依民法第一〇五五條之規定為裁定時，應以未成年子女之利益為依歸，此裁定因子女之實際需要及父母之負擔能力而異，其內容富多樣性，並規定法院得為其他相當之處分，以免遺漏。惟如此一來，似又使未成年子女之扶養，與親權相混一起，顯有加以釐清之必要。

參、淺見

父母對未成年子女之保護教養權利義務，此充分表現親權之本質，而保護教養之目的，不外乎在使未成年子女之身心於安全狀態下得以健全成長；而父母對未成年子女之扶養，為經濟上之給付行為，屬財產上之事項，所涉及者乃扶養義務人之經濟能力、身分及扶養權利人之實際生活需要，二者本質迥然不同。又近代親子法，應以子女利益為最高指導原則，故我國民法有關父母對未成年子女之保護教養規定，係將權利與義務併列，足知親權之本質不只是權利，而且含有義務，而由文義觀之，保護教養字義，實找不出有何權利之意味，是關於保護教養毋寧說係著重於義務性，其權利僅係父母履行義務之手段，即得要求任何第三人不得妨礙其保護教養義務之履行；而對於未成年子女之扶養，亦應負生活保持義務，即須提供子女與自己生活程度相同之扶養，縱犧牲自己生活亦須為之，此生活保持義務乃係本於父母子女身分關係當然發生，只要父母子女身分關係存在，父母即負此義務。是為保護未成年子女受生活保持義務之權利，及強調扶養本質乃經濟給付之效果，應認父母對未成年子女之扶養義務與身上照護及財產照護之親權分離，使父母對未成年子女之生活保持義務，不致因親權之變動受影響，俾能符合子女利益之原則。

第四章 未成年子女保護教養費用之負擔

父母對未成年子女除負有扶養義務外，尚有保護教養之權利義務，而父母保護教養未成年子女之過程，需支付相當之費用，此等保護教養費用即應由父母共同負擔，而此保護教養費用與親權關係為何？其父母間分擔義務與父母對未成年子女之扶養義務有無不同？父母間應如何分擔？父母離婚時得否協議？未為協議或協議不成時，應如何處理？父母之一方給付超過其自己應分擔之義務時，得否請求返還？均有檢討之必要，茲分別討論之。

第一節 保護教養費用

第一項 概說

親子關係中最本質、最核心、最重要者，即係親權，而父母對未成年子女之保護教養權利義務，又充分表現親權之本質，是父母保護教養之權義可謂係親子關係最重要之本質核心。是法律所規範者，即應以父母得以充分保護教養未成年子女為目的，為達此目的，法律乃明定親權之具體內容，如保護教養權、懲戒權、居所指定權、特有財產之管理等等。而保護教養未成年子女過程中，須支付費用，此等費用係達成保護教養子女不可或缺之方法，或謂如無此費用，根本無法達到保護教養之目的，故學者稱之為「保護教養費用」（在日本則稱為監護養育費用）¹⁷¹，實屬中肯。

保護教養費用係基於親子關係本質而生，不論父母之婚姻關

¹⁷¹ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 140；前揭「親權」，頁 105-106。

係存續或解消，父母有無任親權人，父母對於未成年子女之保護教養費用之分擔義務均不受影響，於家庭共同生活期間，父母對未成年子女之保護教養費用，乃係家庭生活費用之一種¹⁷²，由父母共同負擔；於父母婚姻共同生活關係解消時，父母保護教養義務仍然存在，僅因親權共同行使有困難，而改由一方單獨行使而已，因此即應由未任親權者對任親權者分擔保護教養費用。

第二項 保護教養費用與親權關係

保護教養之權利義務為親權之內容，固無疑義，惟有關保護教養費用是否為親權之內容？學者間有不同之看法：

一、否定說

學者認為父母對於未成年子女之義務，就其中關於保護教養費用之負擔，即生活保持義務（民法第一一四條所定之扶養義務為父母與成年子女間之義務，而非父母對於未成年子女之生活保持義務），並不以有親權為前提¹⁷³。亦有認為保護教養之權利義務為親權之內容，惟親權人有之；反之，保護教養費用則基於親子關係之本質而生，並不構成親權之內容。從而，不論理論上或實際上，為保護教養之人與負擔其費用之人，未必相一致，非親權人之父母一方，仍不免其保護教養費用之負擔，此於夫妻離婚或長期別居，更為顯然¹⁷⁴。又有學者認為親權內容一般認包括身上照護與財產照護。身上照護主要在於民法第一〇八四條第二項之父母對於未成年子女有保護教養權利義務規定，而保護教養權利義務為親權內容之一，僅親權人有此權利義務，但因盡保護教養義務而生之「保護教養費用」，乃因基於為親本質而生，並

¹⁷² 史尚寬，前揭書，頁 276、371、687；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 479、543；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 146（陳）、400（黃）；魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 140。

¹⁷³ 史尚寬，前揭書，頁 609。

¹⁷⁴ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 383-384（黃）。

不構成親權內容¹⁷⁵。

二、肯定說

學者認為現行民法第一〇八四條第二項規定：「父母對未成年子女有保護及教養之權利義務」。所謂保護及教養，應包括事實之養育行為及扶養費用之負擔二部分。在正常婚姻家庭生活，此二者合而為一，惟於父母離婚時，該學者又認為扶養費用應與監護（親權）分離¹⁷⁶，似認保護教養費用不屬親權內容之一。另有學者認為保護教養費用係行使親權之費用，唯有親權人始須負擔，未任親權人之父或母，惟有依民法第一一一四條之規定負扶養義務，此觀民國八十五年九月二十五日增訂民法第一一一六條之二規定「父母對於未成年子女之義務，不因離婚而受影響」，更揭示斯旨。同時亦不得因民法第一一一六條之二規定，即認父母對於未成年子女之義務，包括保護教養費用之負擔，係生活保持義務。蓋民法第一一一六條之二之規定，僅能適用於扶養，而非適用於保護教養，即兩者體系並不相同也，且生活保持義務係對生活扶助義務而言，並為親屬間扶養之問題，以親權上保護教養義務費用為生活保持義務，亦有疑義¹⁷⁷。

三、檢討

親權之內容，如前所述，我國民法係以身上照護與財產照護為主軸，似不含有保護教養費用，否定說者，認為保護教養費用之負擔，係本於父母子女之身分關係當然發生，並不以有親權為前提，故非親權人之父母之一方，雖未行使保護教養權利義務，但仍不能免其負擔保護教養費用之義務，本文從之，蓋父母之保護教養，為事實上之保護，而保護教養費用之負擔，則為經濟上

¹⁷⁵ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁140。

¹⁷⁶ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁543-544。

¹⁷⁷ 許樹林，「論對未成年子女之保護及教養費用（養育費）與扶養」，台灣本土法學雜誌，第59期，頁7，2004年6月。

之給付行為，前者為親權內容，後者則非屬親權內容，二者無必然之關連，係可分離的，亦即實際行使負擔保護教養權義者，與負擔保護教養費用者，未必一致，故父母負擔未成年子女之保護教養費用，不因父母有無行使負擔保護教養權利義務而有所影響，是原則上，父母共同任親權人（即共同保護教養未成年子女）時，其所需之保護教養費用自應由父母共同負擔，如由父母一方（親權人）或第三人（監護人）行使保護教養時，父母他方（非親權人）或父母雙方亦須提供保護教養費用，使未成年子女之生活與父母共同任親權人時所提供之生活等同，故未行使保護教養之父母他方或父母雙方，自有分擔其原應負擔之保護教養費用之義務，如此始能保護未成年子女之利益。

第三項 保護教養費用與子女扶養費用

父母對未成年子女之保護教養費用之分擔義務，與父母對未成年子女之扶養義務，二者均係本於為父母為子女之身分關係而當然發生，其關係如何？學者間亦有不同之見解：

一、相同說

學者認為保護教養費用之負擔，乃生活保持義務，並不以有親權為前提¹⁷⁸，而生活保持義務與生活扶助義務本源自瑞士民法之扶養分類規定，則前開學者似認為保護教養費用與扶養費用之概念係一致。

二、相異說

學者認為未成年子女之扶養費應係一種保護教養負擔所支出之費用，雖其源於子女之受扶養權，但與一般扶養關係不同¹⁷⁹。其又認為父母保護教養費用之負擔，雖係以盡對未成年子女之扶養義務為目的，但父母間保護教養費用之分擔，與未成年子

¹⁷⁸ 史尚寬，前揭書，頁 609；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 400（黃）。

¹⁷⁹ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 141。

女對父母之扶養請求，兩者之權利主體、權利來源、權利內容仍有不同。前者，存在於夫妻內部間，乃基於夫妻間之協議或由法院以形成裁判形成，具有創設性；而後者，乃未成年子女本於自己固有權利而發生，並非法院所賦予之權利，法院之判決具有確認性質¹⁸⁰。另有學者認為父母對未成年子女之保護教養，係父母之權利義務，其因此所支出之費用，僅有父母之一方可向他方請求，未成年子女非可為請求之主體，且親權與扶養本質不同，前者基於親權人身分而來，係父母保護教養未成年子女之單方義務；後者基於父母子女身分而來，係父母子女間之雙方義務¹⁸¹。

三、檢討

未成年子女保護教養費用與未成年子女扶養費用，雖均為經濟上之給付行為，惟理論上父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務與父母對未成年子女之扶養義務性質上應有不同。按關於保護教養費用之負擔義務，係父母對未成年子女共同之義務，父母基於獨立、平等之人格，對於未成年子女之保護教養均有責任，而對於保護教養過程所支出之費用，自應由父母共同分擔之。由此可知，保護教養費用分擔義務，乃係基於市民法原理，由父母立於獨立、自由、平等之立場而共同負擔。對之，父母對未成年子女之扶養義務，係以保護未成年子女利益為目的，對於尚未具有經濟獨立能力之未成年子女給予經濟上之給付，此扶養義務乃屬強制的、無條件的、無對價的。要之，保護教養費用負擔義務為市民法原理之貫徹，而父母對未成年子女之扶養義務乃是具有社會法原理之規定，二者性質並不相同¹⁸²。又自請求權之

¹⁸⁰ 魏大曉，「親權與家事事件審理程序」，月旦法學雜誌，第 90 期，頁 182，2002 年 9 月。

¹⁸¹ 許樹林，前揭「論對未成年子女之保護及教養費用（養育費）與扶養」，頁 7。

¹⁸² 此部分內容乃參考林秀雄教授就家庭生活費用分擔義務與父母對子女扶養義務之區別所表示之見解，請參閱林秀雄教授，前揭「未成年子女扶養費之請求」，頁 19；林秀雄教授認為，民法第一〇〇三條之一規定家庭生活費用分擔義務，乃係基於市民法原理，以夫妻站在獨立、自由、平等之立場而為規定。而父母對未成年子女之保護教養費用亦係家庭生活費用之一種，是關於未成年子女保護教養

主體觀之，父母一方不履行保護教養費用分擔義務時，他方得請求分擔之¹⁸³，由此可知保護教養費用之請求主體原則上為父母之一方，然親權可能因特定原因而發生變動，致由父母以外之第三人行使監護，此時監護未成年子女亦同時含有保護教養權利義務，則保護教養費用之請求主體例外為監護人。對之，父母對於未成年子女不履行扶養義務時，子女得請求父母履行扶養義務，因此扶養請求權者乃為子女。儘管二者在性質上或請求權主體雖有不同，然關於保護子女、養育子女所需之費用，均屬保護教養費用，其與子女之扶養費用，內容上有相當大之重疊，因此欲區別保護教養費用及子女扶養費用之關係，甚為困難，基於此現實上區別之困難，因此不得不解為，子女之扶養費用被吸收於保護教養費用中，故父母之一方不履行保護教養費用分擔義務時，當然含有不履行對未成年子女扶養義務之情形，而夫妻之一方請求他方履行保護教養費用分擔義務時，亦應含有請求他方履行對未成年子女之扶養義務。惟此二者性質畢竟不同，因此父母之一方不履行保護教養費用分擔義務時，他方不以自己名義請求分擔，而以代理未成年子女方式本於子女固有扶養權利向不履行義務之一方請求履行扶養義務，亦無不可¹⁸⁴。至於父母之婚姻關係是否存續應不影響保護教養費用之分擔義務，只是父母婚姻關係存續中，保護教養費用為家庭生活費用之一種，故在父母之間，對未成年子女之保護教養費用，即可依家庭生活費用分擔規定處理，無須論及保護教養費用之分擔義務及未成年子女之扶養問題。

由於保護教養費用之分擔，係在父母間有其適用，故不能排除未成年子女以自己名義為扶養之請求，故亦有學者認為父母對未成年子女之保護教養義務對扶養義務而言，係相互競合的關

費用之分擔義務，亦應比照適用。

¹⁸³ 同註 180、181。

¹⁸⁴ 同註 182。

係，而非特別規定¹⁸⁵。

第二節 父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務

第一項 分擔原則

壹、父母婚姻關係存續中

一、父母共同生活時

父母對未成年子女保護教養費用，於父母婚姻關係存續中，乃係家庭生活費用之一種，則其分擔方式，即應依婚姻普通效力之家庭生活費用分擔法理解決¹⁸⁶，本文從之，蓋二者負擔之主體均屬父母，且其義務之負擔均係在貫徹市民法原理，則有關父母對未成年子女保護教養費用之分擔，自應比照家庭生活費用分擔方式分擔，而我國關於家庭生活費用之分擔方式，可區別：

(一) 民國九十一年六月二十六日民法修正前

家庭生活費用之負擔，視該夫妻所採用之夫妻財產制而有不同之規定，於採用聯合財產制者，應先由夫負擔，若夫無支付能力時，則由妻就其財產之全部負擔（民法第一〇二六條）。如採共同財產制，共同財產不足負擔時，妻個人亦應負責（民法第一〇三七條）。如採分別財產制者，夫妻因家庭生活費用所負之債務，如夫無支付能力時，由妻負擔（民法第一〇四七條第二項）。

¹⁸⁵ 許樹林，前揭「論對未成年子女之保護及教養費用（養育費）與扶養」，頁 15。

¹⁸⁶ 魏大曉，「親權」，月旦法學教室，第 7 期，頁 106，2003 年 4 月。

夫得請求妻對於家庭生活費用，為相當之負擔（民法第一〇四八條）。

（二）民國九十一年六月二十六日民法修正後

家庭生活費用之負擔，民法原規定，以由夫負第一次責任，妻則負補充責任，嗣民國九十一年六月二十六日民法修正時，則基於夫妻獨立平等之人格，及對於婚姻共同生活體之維持，夫妻均有責任，乃刪除民法第一〇二六、一〇三七、一〇四七、及一〇四八條規定，並增訂民法第一〇〇三條之一規定：「家庭生活費用，除法律或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。因前項費用所生之債務，由夫妻負連帶責任。」且列於民法婚姻之普通效力，不論夫妻採用法定財產制或約定財產制，均一體適用。是關於家庭生活費用，亦得由夫妻協議，如夫妻未協議，法律又未明定時，則由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。

二、父母別居

我國現行法上，雖無別居制度之設，惟現今社會，夫妻為事實上之別居，各自經營自己生活者，所在多有。而夫妻雖互負同居之義務。但有不能同居之正當理由者，不在此限（民法一〇〇一條）。故夫妻原則上應互負同居義務而共同生活，惟有正當理由者，則得拒絕同居，現今社會夫妻之別居或可區分為有正當理由之別居與無正當理由之別居，惟不問其別居有無理由，關於未成年子女之保護教養費用之負擔，亦不致受影響，而其分擔方式為何，茲分述之：

（一）有正當理由者

依最高法院五十年台上字第二七三七號判例謂：「夫妻法定財產制關於家庭生活費用，除夫無支付能力時，由妻就其財產之全部負擔外，以由夫負擔為原則，如妻有正當理由而與夫分居

時，夫仍應負擔妻之生活費用即家庭生活費用，此與法定扶養義務不同。」是若夫妻之一方有正當理由與他方分居時，則其家庭生活費用仍應依同居時之狀況負擔之，則關於未成年子女之保護教養費用之負擔，仍應按前述說明處理。而此見解，近日最高法院九十年台上字第一九六九號判決亦加以採用，而認為妻有正當理由而與夫分居時，夫仍應負擔妻之家庭生活費用，且不能僅以妻受扶養之程度為判斷之基準，關於兩造子女之教育、養護之費用自應包括在內，益可證明。是父母有正當理由分居時，仍應按前述父母共同生活時之情況，分擔未成年子女之保護教養費用。

（二）無正當理由者

依最高法院二十七年上字第三七九號判例：「以法定財產制為夫妻財產制者，家庭生活費用如夫有支付能力雖應由夫負擔，但妻無不能同居之正當理由拒絕同居者，不得向其請求支付別居時期之生活費用。」最高法院四十一年台上字第九二一號判例亦謂：妻無不能同居之正當理由而拒絕同居者，不得向其夫請求別居時期之生活費用。是如夫妻無正當理由別居者，則一方不得向他方請求家庭生活費用，此時無家庭生活費用，父母就未成年子女之保護教養費用應如何分擔？即成問題，本文以為夫妻無正當理由別居，乃係夫妻彼此間之問題，過錯不在於未成年子女，是對未成年子女之扶養不應受影響，故於民國九十一年六月二十六日民法修正前，仍應按家庭生活費用之負擔原則處理之，惟自九十一年六月二十六日民法修正後，即應由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之，如此始能保護未成年子女之利益。

貳、父母離婚者

如前所述，父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務，乃基於親子關係之本質而生，縱使父母已離婚分居，其間身分關係並不喪失，是父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務仍存在，故父母離婚後，就未成年子女權利義務之行使負擔酌定之結

果，雖非親權人，亦不能免其給養之義務。民國八十五年九月二十五日增訂民法第一一六條之二規定「父母對於未成年子女之扶養義務，不因離婚而受影響。」更揭示斯旨。惟於父母離婚後，已無所謂之家庭生活費用，則其間之分擔，應如何處理？其情形與父母無正當由而別居者相似，而目前實務上類皆引用民法第一一五條第三項之規定，即負扶養義務者有數人，應各依其經濟能力分擔義務（最高法院九十二年台上字第二一八四號判決、九十三年台抗字第七四五號裁定、九十三年台上字第一九七七號裁定），惟學者間，有認應由父母各按經濟能力分擔，如子女有財產時，則由有管理權之一方，以其財產之收益，儘先支付，惟其根據為何，或未言明¹⁸⁷，或謂應類推適用家庭生活費用負擔法理，按父母雙方之資產、能力、收入及其他一切情事以定之¹⁸⁸。本文從第三者，蓋第一者實務見解，因民法第一一五條第三項之規定，屬扶養分擔之範疇，而如前所述，保護教養費用之分擔義務與父母對子女扶養義務性質不同，既不相同，自不得援用。

參、小結

父母間保護教養費用之負擔，乃以經濟能力之有無為斷，而此分擔義務，乃本於父母子女之身分關係當然發生，此義務不因父母是否共同生活而受影響，縱使父母無正當理由分居，亦僅涉及父母之一方不得請求家庭生活費用而已，然父母對未成年子女之保護教養費用之分擔義務，仍然存在，至於其分擔之原則，自應依家庭生活費用分擔之法理處理為宜。再者，保護教養費用之分擔義務，亦與父母婚姻關係是否存續及父母有無行使親權無涉，然其分擔之方式，因已無所謂之家庭生活費用，現行民法雖

¹⁸⁷ 史尚寬，前揭書，頁 456、610；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 545；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 400（黃）。

¹⁸⁸ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 140；前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探—以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 96。

無明文，似應類推適用家庭生活費用負擔規定處理，即由父母各按其經濟能力及其他一切情事分擔之，始符公平，如此方能保障未成年子女之利益。

第二項 父母對未成年子女保護教養費用 之協議

壹、父母婚姻關係存續中

依民法第一〇〇三條之一第一項規定，家庭生活費用，除法律或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。是家庭生活費用之分擔，法律賦予夫妻得以契約自行約定，而父母對未成年子女之保護教養費用為家庭生活費用之一種，則父母所約定者雖名為家庭生活費用之分擔，實亦含有對未成年子女之保護教養費用之分擔約定，而父母一方不履行家庭生活費用分擔義務時，當然含有不履行對未成年子女保護教養費用之分擔，他方自得以自己名義根據雙方之約定請求履行家庭生活費用分擔義務，而該請求亦含有請求給付應分擔之子女保護教養費用，又如前所述（本章第一節第三項三、檢討），子女扶養費用被吸收於保護教養費用之中，因此該請求亦同時含有請求履行對子女之扶養義務，是無待未成年子女以自己名義請求。日本最近見解，亦認為於父母婚姻關係存續中，未成年子女之扶養費，屬家庭生活費用負擔範疇，任親權之一方得依婚姻費用負擔之請求，對他方為主張¹⁸⁹。

¹⁸⁹ 沼邊愛一，「第九條第一項乙類八號」，齊藤秀夫、菊池信男合編，注解家事審判規則，頁 243，轉引自魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 142。

貳、父母離婚

一、父母協議之標的

按夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之（民法第一〇五五條第一項前段）。是父母離婚時，法律明文授權父母能協議者，僅限於親權人之約定，至於未成年子女之保護教養費用或扶養費可否協議？法無明文，學者間有不同見解：

（一）學者見解

甲、父母間保護教養費用分擔說

此說認為日本民法第七六六條第一項前段規定，父母協議離婚時，關於子女監護人及有關監護之其他必要事項，以協議確定之。而所謂「其他監護必要事項」，不僅指事實行為而已，尚含監護費用之負擔及支付方法，我國民法第一〇五五條雖無如日本民法之「其他必要監護事項」等語，但保護教養費用分擔為父母之本質義務，自無排除之理，是民法第一〇五五條第一項離婚後親權事項之協議，其主體為離婚後之父母，而具體內容包含如何分擔未成年子女之保護教養費用¹⁹⁰。亦有學者認為非訟事件法第七一條之六所謂法院依民法第一〇五五條之規定，為酌定、改定或變更時，得命未行使負擔權利義務之一方給付「扶養費」，係指「未成年子女之保護教養費用」，故其規定由父母當中任親權之一方以自己名義向未任親權之他方，請求分擔保護教養費用，而非子女依民法第一一一四條所請求之扶養費¹⁹¹。

乙、子女扶養權利說（訴訟擔當說）

¹⁹⁰ 魏大曉，前揭「親權與家事事件審理程序」，頁 188；前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探－以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 91-92。

¹⁹¹ 許樹林，前揭「未成年子女扶養事件法院處理實務」，頁 183；前揭「論對未成年子女之保護及教養費用（養育費）與扶養」，頁 8。

學者認為¹⁹²前開見解，以父母所協議者，並非以子女之扶養權利為標的，旨在避免因父母之有關給付保護教養費之協議致影響未成年子女之扶養權利，然民法第一〇五五條第二項已明定夫妻有關對於未成年子女權利義務行使或負擔之協議，不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。據此，夫妻有關給付扶養費之協議，若有不利於未成年子女者，法院仍得依請求或依職權改定之，已有保護未成年子女之道，不必為此而該將協議解為非係對子女扶養權利之協議，致不符夫妻間協議之意向，如此解釋，亦合乎非訟事件法第七一條之八之立法旨趣，因依該條規定，監護事件程序中，夫妻雙方關於給付扶養費達成協議，而其協議符合未成年子女之最佳利益者，法院應將其協議內容記載於筆錄。該筆錄並得為執行名義。亦即無論協議內容為何，效力均及於未成年子女。

（二）淺見

基於貫徹家庭自治原則，及維持家庭之和諧，本文認為父母離婚時，父母為主體，父母可以協議定之者，應僅限於關於未成年子女之保護教養費用分擔之方式，至於未成年子女固有之扶養權利，自不得任由父母以協議定之，蓋夫妻婚姻關係存續中，對於未成年子女之保護教養之分擔義務，係依家庭生活費用分擔規定處理，而家庭生活費用之分擔，依民法第一〇〇三條之一規定，本可由夫妻以契約自行約定，至於夫妻離婚，所解消者僅夫妻之配偶關係，而對於未成年子女之保護教養費用之分擔義務仍然存在，自亦認得由夫妻以協議定其負擔之方式，俾貫徹家庭自治原則，及維持家庭之和諧；再者，學者認為扶養雖規定於民法親屬編，惟其法律性質，乃係基於一定親屬關係而生之債之關係，民法不以之規定於債編，而規定於親屬編，純係基於立法技

¹⁹² 許士宦，前揭「離婚訴訟上附帶請求給付未成年子女扶養費及反訴請求分配夫妻剩餘財產」，頁 50。

術上之方便¹⁹³，是父母對未成年子女之扶養義務，雖屬身分法範疇，惟其本質上為經濟上之給付行為，亦具財產法性質，若由債之觀點言之，父母對未成年子女之扶養義務，亦係一複數債務人關係，父母為債務人，未成年子女為債權人，則由債務人父母協議債權人子女之扶養權利，實與一般債權債務法則有違，尤其若協議結果係免除未任親權人之扶養義務時，則形成對未成年子女不利。

二、父母未為協議或協議不成者

夫妻離婚時，法院依夫妻之一方、主管機關、社會福利機關或其他利害關係人之聲請，為酌定、改定或變更權利義務之行使或負擔時，得命未行使或負擔權利義務之一方給付扶養費（非訟事件法第七一條之六第一項）。又父母於離婚訴訟，亦得以自己名義請求法院於認原告之訴為有理由時，附帶請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法（民事訴訟法第五七二條之一第一項），而所謂「請求法院定對於未成年子女權利義務行使或負擔之內容及方法」，依其修法理由理由五、表示，「得就有關子女權利義務行使或負擔之內容及方法、扶養費用負擔方式、．．．，乃至是否併請求命交付子女、給付子女將來扶養費用及維持子女將來生活所必需之財產等細節詳為聲明．．．，法院為裁判時，不受當事人聲明事項之拘束，俾資明確。」是有關離婚後未成年子女將來扶養費用等，亦得為附帶請求。是我國關於親權酌定事項（含未成年子女扶養費），現行制度有二，其一循民事訴訟法第五七二條之一之附帶請求，其二為依非訟事件法第七一條之六為請求，而民法第一〇五五條之親權酌定，係以夫妻未為親權行使之協議、協議不成或任親權者未盡其責任時，始有依民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六規定，由法院介入之餘地，而法院依前開規定為子女扶養費裁判

¹⁹³ 胡長清，中國民法債篇總論，臺灣商務印書館，頁 15-16，1968 年 6 月臺二版。

時，究係以父母間保護教養費用之分擔義務為標的？抑係以子女扶養權利為標的？於實務亦曾有爭議¹⁹⁴？而學者則有不同見解：

¹⁹⁴ 台灣高等法院暨所屬法院八十九年法律座談會法律問題：依非訟事件法第七一條之六規定請求給付未成年子女扶養費之請求權主體為父或母之一方向他方請求？或子女為主體向父母之一方請求？討論意見：

甲說：父母之一方得為子女之利益，向他方請求。

按法院依民法第一〇五五條之規定，為酌定、改定或變更時，得命交付子女、「未行使或負擔權利義務之一方」與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物或命為相當之處分，並得訂定必要事項。非訟事件法第七一條之六第一項定有明文。其立法理由：「法院依民法第一〇五五條之規定為裁定時，應以未成年子女之利益為依歸。此裁定因子女之實際需要及父母之負擔能力而異，其內容富多樣性。為裁定時有所遵循，爰參酌日本家事審判規則第五三條之立法例，規定法院為上開裁定時，得命交付子女、「未行使或負擔權利、義務之一方」與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明……」，而民法第一〇五五條關於夫妻離婚後酌定、改定或變更子女監護事件之當事人如次：係由夫妻之一方起訴，以他方為被告；由主管機關、社會福利機構或其他利害關係人（包括未成年人）起訴者，應以夫妻為共同被告。職是，未成年子女之父母於離婚後就未成年子女之監護權誰屬、子女監護之內容（包括保護教養之方法、扶養之程度及由何方負擔扶養費用等項）及方法，未為協議或協議不成時，自得聲請法院依前開非訟事件法第七一條之六第一項之規定，除酌定未成年子女監護外，並為未成年子女之利益，命未行使或負擔權利義務之一方為扶養費之給付。「非婚姻事件之訴，以夫妻財產之分配或分割、返還財物、給付家庭生活費用或贍養費或扶養之請求，或由訴之原因、事實所生損害賠償之請求為限，得與第一項之訴合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之追加或提起反訴。」，民事訴訟法第五七二條第三項前段定有明文，參考其立法理由：「查民訴律第七七二條理由謂於婚姻訴訟所應提起之訴，皆可合併於一訴訟，而不使其屢次提起者，所以維持公益也。然其他訴訟，若許其與第一項訴訟合併提起，或提起反訴，則程序各異，徒增煩累，仍不得達合併及反訴之目的。但扶養之請求及損害賠償之訴，則無以上所述窒礙，故許其合併、提起反訴……」，揆諸上開立法意旨，為求紛爭一次解決，避免司法資源浪費，並兼顧未成年子女之利益，應從寬認定父或母於婚姻事件中，得同時為未成年子女請求他造給付扶養費。亦即應從寬認為婚姻事件之原告為未成年子女請求扶養費之訴訟，有當事人適格，以遂行訴訟（法定訴訟擔當）。綜上所述，扶養請求權在實體法上雖為一身專屬之權利，應無疑義，惟為求紛爭之解決，並兼顧未成年子女之利益，同時衡諸民法第一〇五五條、民事訴訟法第五七二條第三項及非訟事件法第七一條之六之立法旨趣，應從寬認為在訴訟遂行過程中，非扶養請求權主體（子女）之父或母一方，得本於法定訴訟擔當之地位，為子女利益為扶養費請求，而具當事人適格。

乙說：僅未成年子女得請求。

按父母對於未成年子女之扶養義務，固不因離婚而受影響，然此扶養請求權，在實體法上為一身專屬之權利，僅未成年之子女得享之，是以任親權人之父或母既非此扶養費請求權人，在請求扶養費之訴訟或非訟程序中，

(一) 學者見解

甲、父母間保護教養費用分擔說

學者認為民事訴訟法增訂第五七二條之一立法理由及非訟事件法第七一條之六規定所謂之扶養費，係指未任親權之一方對擔任親權之他方或任監護者所應負擔之保護教養費用，本質上與未成年子女對父母之扶養權利有所不同，前者係父母依民法第一〇八四條第二項規定而負擔，且由父母之中任親權之他方請求分擔保護教養費用；後者係由未成年子女依民法第一一一四條規定而行使扶養權，且以未成年子女名義向父母為請求¹⁹⁵。當父母協議不成或不能協議時，乃係由法院以形成處分代替父母有關親權事項之協議（含未任親權之一方對擔任親權之他方或任監護者所應負擔之保護教養費用），而於形成一新的親權關係時，同時命未任親權一方給付保護教養費用於親權人，法院形成處分目的，不在確認父母離婚後對未成年子女親權關係，乃以創造具有

非具當事人適格，所為之請求應屬無據。民法第一〇五五條關於夫妻裁判離婚後酌定、改定或變更子女監護事件之當事人：係由夫妻之一方起訴，以他方為被告；由主管機關、社會福利機構或其他利害關係人（包括未成年人）起訴者，應以夫妻為共同被告（同條第二項）。而依據非訟事件法第七一條之六第一項之規定，法院於前開當事人依民法第一〇五五條之規定，聲請酌定、改定或變更未成年子女監護時，得就未行使或負擔權利義務之一方給付扶養費，與未成年子女監護一併予以審理決定，並非認為兩者間須當事人同一，質言之，綜觀上開規定，就夫妻裁判離婚後酌定、改定或變更未成年子女權利義務之行使或負擔者，雖依民法第一〇五五條規定，夫或妻一方得為請求主體，惟關於非訟事件法第七一條之六所規定法院得命會面交往、給付扶養費等事項，則未規定夫或妻一方得成為請求之主體。綜上所述，行使或負擔未成年子女權利、義務之父或母，非子女扶養請求權實體上權利主體或法律關係主體，不得就該實體法上之法律關係，一併主張適用非訟程序，請求法院命未行使或負擔未成年子女權利、義務之母或父給付扶養費用予未成年子女。

初步研討結果：採甲說。

審查意見：父母及子女均有請求權。

研討結果：照審查意見通過。

¹⁹⁵ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求－兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 137；前揭「親權與家事事件審理程序」，頁 182 以下；前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探－以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 93 以下；許樹林，前揭「未成年子女扶養事件法院處理實務」，頁 183。

未來性、合目的性效力之新的親權關係為目的，屬形成處分性格，非給付性格，職故，民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六之命義務人為給付仍具形成處分性格，乃由法院以形成裁判創造之新的權利義務關係，非單純本於權利人固有權利而命為給付義務，是屬創造性格非確認性格。縱當事人未為上開給付之請求，法院既於形成新的權利義務關係後，即得本於該關係命義務人為上開之給付處分，此即何以縱當事人未為聲明給付，法院依得依職權裁定命其給付原因，實乃為完成親權目的所必要之形成處分，應非謂子女以自己名義於附帶請求酌定親權事件中，因統合處理必要，而一併請求本於自己扶養費權利之給付請求之意¹⁹⁶。

乙、子女扶養權利說（訴訟擔當說）

學者認為民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六之扶養費係指未成年子女之扶養費，其實體上之權利主體為未成年子女，父或母以自己名義向他方請求給付未成年子女扶養費者，係基於法定之程序擔當（訴訟擔當）權。且於離婚等婚姻事件之訴訟繫屬中，如能將親權、扶養及其他對於未成年子女權利義務之行使或負擔事件合併裁判，將有助於圖謀當事人之便宜、程序經濟、統一解決紛爭，避免同一家庭紛爭無端擴大，並使當事人間更有機會就是否離婚與今後如何監護、扶養等事項為通盤、慎重之考量，藉以保障未成年子女之實體利益及程序利益，促進家庭之和諧及維持社會之安定。為此，民事訴訟法及非訟法在滿足上述目的、要求所必要範圍內，又將未成年子女親權、扶養事件訴訟化，以便其隨離婚等婚姻事件循訴訟程序合併裁判，而統合處理之¹⁹⁷。

¹⁹⁶ 魏大曉，前揭「親權與家事事件審理程序」，頁 182；前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探－以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 94-98。

¹⁹⁷ 許士宦，「接近正義與闡明義務－最高法院九十年年度有關民事訴訟法裁判、決議之新走向」，台灣本土法學雜誌二〇〇一年實務見解回顧，第 38 期，頁 77-78，2002 年 9 月；前揭「離婚訴訟上附帶請求給付未成年子女扶養費及反訴請求分配夫妻剩餘財產」，頁 47-48；沈冠伶，「未成年子女扶養請求事件之程序法上問題

(二) 實務見解

甲、父母間保護教養費用分擔說

- 1、最高法院九十年台抗字第四〇八號裁定謂：「按離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法，民事訴訟法第五七二條之一第一項定有明文。為達成解決未成年子女監護之目的，得為此附帶請求之當事人，不限於原告，被告亦得為此附帶之請求；且於第一審已為附帶請求之人，於第二審亦得擴張其請求之內容。本件相對人起訴請求離婚，經苗栗地院為其勝訴之判決，抗告人既對之提起上訴，則其於原法院就相對人應負擔未成年子女之扶養費，為附帶請求，依上說明，即難指為不合法。況抗告人於苗栗地院反訴請求離婚，並附帶請求兩造所生未成年子女權利義務之行使及負擔由伊任之，經苗栗地院為其勝訴之判決確定。而夫妻離婚，有關未成年子女扶養費之負擔，亦屬對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法，是抗告人於第二審訴訟繫屬中，另為該附帶請求，在程序上並無不合。原法院慮未及此，以相對人提起之離婚本訴非抗告人為附帶請求之前提訴訟，且經受敗訴判決等情，認抗告人上開附帶請求為不合法，裁定予以駁回，自有可議。」
- 2、最高法院九十一年台上字第二五五四號判決謂：「夫妻離婚者，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法，民法第一〇五五條第四項定有明文。所謂『酌定權利義務行使負擔之內容及方法』，包括酌定對於未成年子女扶養費用負擔之內容及方法。對於未成年子女行使或負擔權利義務之一方依上開規定請求法院酌定權利

—基於未成年子女之最佳利益保護及統合解決紛爭之觀點」，政大法學評論，第73期，頁302以下，2003年3月；沈方維，前揭「有關離婚訴訟之附帶請求—以未成年子女權利義務行使或負擔為中心」，頁113以下。

義務行使之內容及方法時，得併請求未行使或負擔權利義務之一方向其給付所應負擔之子女扶養費用。此與民法第一一四條第一款所定直系血親相互間互負扶養義務者不同，後者應由扶養權利人向扶養義務人請求給付扶養費，非扶養權利人不得為請求。」

乙、子女扶養權利說（訴訟擔當說）

- 1、最高法院九十年台抗字第七〇號裁定謂：「法院依民法第一〇五五條之規定，為酌定、改定或變更未成年子女權利義務行使或負擔時，得命．．．、給付扶養費．．．，非訟事件法第七一條之六第一項、第二項分別定有明文。揆諸上開規定，法院本於子女之最佳利益，對於未成年子女權利義務行使或負擔酌定由父或母之一方擔任時，並得命未行使或負擔權利義務之一方給付扶養費，此乃法院得依職權為裁判之事項。本件相對人於原法院並為命抗告人給付扶養費之請求，而兩造之子魏〇〇雖非原、被告，但為實體上扶養權利之主體，原法院依職權命未行使或負擔權利義務之抗告人給付魏〇〇扶養費，經核於法亦無不合。」
- 2、最高法院九十一年台上字第一七七二號判決謂：「按離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法，民事訴訟法第五七二條之一第一項定有明文；又非訟事件法第七一條之六第一項規定：法院依民法第一〇五五條之規定，為酌定時，得命未行使或負擔權利義務之一方給付扶養費；同條第二項規定：前項扶養費之給付，法院得依聲請或依職權，命為一次給付或分期給付。分期給付遲誤一期履行者，其後之期間視為亦已到期。查原審既依民法第一〇五五條規定酌定兩造所生未成年子陳〇〇、女陳〇〇由上訴人行使、負擔權利義務，則上訴人請求被上訴人負擔該二子女至成年之日止之扶養費，揆諸上

開說明，於法有據。乃原審竟以就原審言詞辯論終結之日以後之子女扶養費，上訴人尚未支付，或應由子女本人請求為由，認上訴人此部分請求，於法不合，而為上訴人此部分敗訴之判決，自有違誤。」

(三) 檢討

- 1、我國民法第一〇五五條之親權事項，雖保護教養費用之分擔未直接形諸於文字，然依前所述（本章第二節第二項貳、之一），該條文與日本民法第七六六條規定相當，故夫妻離婚者，就未成年子女「保護教養費用」之分擔，得協議由一方或雙方負擔。另由非訟事件法第七一條之六第一項規定之立法理由可知，該項規定係參考日本家事審判規則第五三條而來，而日本家庭裁判所於定關於子女之監護或其他必要事項、或為監護人之變更及命其他關於監護之處分時，得命子女之交付、給付扶養費或命其他財產之給付。此所謂「扶養費」，通說認係保護教養費用之分擔。質言之，乃為任親權之一方對他方之監護費用分擔權利，權利主體為親權人非為未成年子女，此為日本通說及實務見解，是我國民事訴訟法第五七二條之一附帶請求給付扶養費、非訟法第七一條之六之命給付扶養費，當同為解釋¹⁹⁸。
- 2、離婚訴訟與親權事項同屬人事程序，扶養權利為財產程序，民事訴訟法第五七二條第三項即為財產程序與人事程序合併請求，程序法因統合處理必要及避免裁判矛盾，將不同程序法理之訴訟類型合併審理判決，並無不可。但有統合同一程序中處理者，通常以同一原被告間就數項法律關係之爭議，因其爭議或具條件關係（剩餘財產分配以離婚為前提）或具牽連性（如同居之訴與給付家庭生活費用），為免裁判上矛盾或避免訟累，而有一次解決紛爭必要，此與因判決效

¹⁹⁸ 魏大曉，前揭「親權與家事事件審理程序」，頁 187；林秀雄，前揭「未成年子女扶養費之請求」，頁 21。

力及於第三人時，而使第三人參與訴訟者不同，民事訴訟法第五七二條第三項之人事訴訟與財產訴訟之統合處理，乃屬同一當事人之數項法律關係爭議之合併，即為一例，未成年子女之扶養費權利為其固有權，不因父母離婚判決勝敗結果受影響，即無所謂避免裁判矛盾可言。其權利主體既為子女，非為離婚訴訟之當事人，即無所謂一次解決多項法律關係爭議，以免訟累而有統合處理必要¹⁹⁹。

- 3、訴訟擔當乃非權利或法律關係主體，於訴訟上有訴訟實施權，即將權利或法律關係主體與訴訟實施權人予以分離，訴訟擔當原因或基於法律規定（法定訴訟擔當）或基於權利人之授權（任意的訴訟擔當），前者，一般係權利主體因法律上或事實上原因，喪失財產管理權，或不能為財產管理所致，未成年子女受扶養權，並無自己不能訴訟行為遂行之原因，雖其訴訟能力受到限制，但得由法定代理人以為補充，並無由法定代理人取得訴訟實施權之必要，如因親子間利益相反時，亦得依監護制度以為補充，或為其選任特別代理人，是以訴訟擔當說明父母於訴訟行使子女之扶養權，似有未妥²⁰⁰。
- 4、再者，法院依民事訴訟法附帶請求或非訟事件法第七一條之六規定命給付「扶養費」，係以形成新的親權關係時，始有命給付義務可言，反之，如未形成新的親權關係，即不得命給付「扶養費」，是本處如指子女固有扶養費權利，理論上自不應受法院未形成新的親權關係之影響。換言之，如係指子女之扶養費固有權利，則應與父母離婚之訴脫離不受影響，法院縱駁回離婚之請求，但就子女扶養費請求，仍應為有無理由之裁判，不能逕為駁回。但民事訴訟法第五七二條

¹⁹⁹ 魏大曉，前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探－以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁93。

²⁰⁰ 同前註，頁93。

之一第一項乃以離婚之訴有無理由為條件，始得為附帶請求之裁判²⁰¹。

5、至於依父母間保護教養費用之分擔說者，認為法院形成處分（裁判）後，擔任親權之父母一方，似得依非訟事件法第七一條之六第三項規定，得為執行名義，向未任親權之他方請求其應分擔之保護教養費用，惟其實體法之依據何在？此為子女扶養權利說者所質疑之處，然本文以為父母對於未成年子女保護教養費用之分擔義務，乃基於親子關係之本質而生，非法律所創設之義務，此為學者與實務一致之見解，加以父母對未成年子女之扶養義務，乃本於為父母為子女之身分關係而當然發生，無待法律明文，而如前所述，子女之扶養費用被吸收於保護教養費用之中，故父母對於未成年子女保護教養費用之分擔義務，雖目前無實體法上之依據，然不因此而影響父母對子女保護教養費用之負擔義務，惟為免爭議，建議宜增訂條文。再者，子女扶養權利說者亦對父母間保護教養費用分擔說者提出質疑：若他方已依法院裁判給付分擔之費用後，可否同時解免其對未成年子女之扶養義務，若採肯定，似又與該分擔僅具內部效力之原則矛盾；若採否定，則不任親權之他方，似可能就同一未成年子女之扶養費支付兩次，似非立法者之本意²⁰²。就此，本文以為父母對未成年子女負生活保持義務，因此所生之扶養費用，即應由父母共同負擔，而父母應如何分擔？因子女之扶養費用被吸收於保護教養費用之中，故依保護教養費用分擔法理（請求之主體為父母）而負擔，而父母在正常婚姻生活中，因保護教養費用係家庭生活費用之一種，是在父母之間，對未成年子女之保護教養，即可依家庭生活費用負擔規定處理，未成年

²⁰¹ 魏大曉，前揭「親權與家事事件審理程序」，頁 188。

²⁰² 許士宦，前揭「離婚訴訟上附帶請求給付未成年子女扶養費及反訴請求分配夫妻剩餘財產」，頁 54。

子女即無依一般扶養規定對父母請求之必要；而父母因離婚等原因而使婚姻關係解消，應由任親權之一方依保護教養費用分擔之法理，對未任親權者為請求，未成年子女似亦無依扶養規定對父母請求之必要。

三、父母協議或法院裁判之效力

父母於離婚時為未成年子女保護教養費用之協議後，或法院於父母離婚（含宣告停止親權、撤銷婚姻等各種情形）依民事訴訟法第五七二條之一附帶裁判子女扶養費，於離婚後依非訟事件法第七一條之六裁定子女扶養費後，該協議或裁判之效力是否及於未成年子女，亦即對未成年子女有無拘束力？未成年子女可否另為增加扶養費用之請求？

（一）日本學說²⁰³

- 甲、該協議與裁判對未成年子女僅具有債權效力，自得無條件由未成年子女對未任親權之一方再為扶養費之請求。
- 乙、前項協議或裁判僅在無害未成年子女之扶養請求權時，始有拘束力，如任親權者一方其資力資產收入等不足以養育未成年子女時，或協議係因受未任親權人之強制力而為時，其協議即無拘束力。
- 丙、前項協議或裁判後，因情事變更，如物價變動等因素場合時，其協議或裁判失其效力，而允許為新的扶養費請求。

（二）我國學說

甲、父母間保護教養費用分擔說

此說認為父母關於保護教養費用分擔之協議，乃父母間內部義務關係之調整，在內部發生拘束力，亦即其效力僅及於父母，

²⁰³ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 143。

而協議結果雖對子女發生反射效果，但對子女固有扶養權不生拘束力，非謂父母以法定代理人之地位，對未成年子女固有之扶養權為協議²⁰⁴。所謂反射效果，該學者並未言明，其意或可認為只要協議內容對未成人子女不利，效力即不及於未成年子女。

乙、子女扶養權利說（訴訟擔當說）

此說認為民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六之扶養費係指未成年子女之扶養費，其實體上之權利主體為未成年子女，父或母以自己名義向他方請求給付未成年子女扶養費者，係基於法定之程序擔當（訴訟擔當）權²⁰⁵，是父母所協議及法院所裁判者，均係子女之扶養權利為標的，故協議或裁判之內容無論為何，效力均及於未成年子女。

（三）淺見

- 1、父母離婚得為協議者，依民法第一〇五五條第一項前段規定，僅限於親權人之擔任，就此父母若有協議，效力當及未成年子女，至於父母就保護教養費用分擔之協議，法並無明文，故其效力原則上自不及於未成年子女，至於法院之裁判效力，因其既係以形成處分代替父母間有關親權事項之協議，則其效力應等同父母間之協議。
- 2、或謂家庭生活費用得由父母協議定之，而父母所協議者，亦含對未成年子女扶養權利，然此乃係未成年子女之扶養費用被涵括（或吸收）於家庭生活費用內所致。
- 3、保護教養費用之分擔義務，其請求權之主體係父、母或第三監護人，則父母間所為協議，雖因未成年子女扶養費用被吸收於保護教養費用，不免對未成年子女事實上之扶養有所影響，然對未成年子女固有扶養權利並不妨礙。

²⁰⁴ 魏大曉，「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探－以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 92、94。

²⁰⁵ 同註 197。

四、小結

父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務，既不因父母離婚而受影響，然本於家庭自治原則，亦同時賦與父母得於離婚時加以協議，於父母未為協議或協議不成，即由法院介入。再者，未成年子女之保護教養有時效性，且如無保護教養費用，難達保護教養之目的，故法律明定其得於訴訟一併處理，使程序之進行簡化，維持程序經濟，保護程序利益，就保護未成年子女利益立場而言，應值贊同，惟由於其規定不明確，致產生不同之見解，就此，似應從修法方面著手，方能解決，而目前司法院「家事事件法研究制定委員會」正草擬家事事件法，應正視該等問題，方能免將來實務運作時，滋生爭議。

第三節 連帶債務與可分債務

父母對未成年子女之扶養義務，係由父母共同提供未成年子女生活及成長所需，父母對於未成年子女所提供之扶養義務係整體合一，倘父母之一方已提供未成年子女完全之扶養，即已就子女之保護教養費用為全部給付時，應認未成年子女受扶養之權利已獲滿足，無從向未支付保護教養費用之父母他方請求給付（最高法院九十二年台上二一八四號、臺灣高等法院九十年家上字第一六三號判決），是就債之關係而言，屬複數債務人之債，而其究係連帶債務或為可分債務？依民法第二七二條規定，連帶債務之成立，以數債務人明示對於債權人各負全部給付之責任，或法律有規定者為限，則父母對未成年子女之扶養義務，除父母有明示各負全部給付之責任，而能成立連帶債務外，能否認父母負連帶責任，實有待檢討：

一、學者見解

學者認為關於扶養義務，法律並無明文規定多數扶養義務人對扶養權利人負連帶責任，卻規定應各依其經濟能力分擔義務（民法第一一一五條第三項），因此除非父母有明示，否則父母對未成年子女負扶養義務為可分債務，而非連帶債務，至於民法第一〇〇三條之一第二項雖規定，因家庭生活費用所生之債務，由夫妻負連帶責任，惟由其立法理由可知，該條項規定，係為保障交易安全而設，並非關於父母、子女間之扶養關係，故父母與子女間之扶養義務，則非由父母負連帶責任，且父母之一方任子女之親權人時，得代理子女以子女名義向他方請求子女扶養費用，若將父母對未成年子女扶養義務解為連帶債務，則由連帶債務人之一方代理債權人向連帶債務人之一人請求債務之履行，恐有不妥²⁰⁶。

另有學者認為子女之扶養費，於核家族生活共同體，亦屬內部關係，仍應依家庭生活費用法理（即依夫妻之經濟能力及家事勞動以為決定）以為解釋，尚不能援引外部關係理論，認由父母負連帶責任，婚姻關係解消後，核家族共同生活體解體，父母之分擔決定標準雖乏明文，但因連帶債務須法有明文或契約另有約定，始足成立，因此於決定分擔額時，應類推適用家庭生活費用負擔法理，按父母雙方之資產、能力、收入及其他一切情事以定之²⁰⁷。

二、淺見

父母對於未成年子女保護教養費用分擔義務，本文亦認非屬連帶債務，雖採連帶債務之見解，似對未成年子女之利益保障較

²⁰⁶ 林秀雄，前揭「未成年子女扶養費之請求」，頁 23。

²⁰⁷ 魏大曉，前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探－以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 96。

週，然由於現行民法已明文規定連帶債務成立之原因，自不得反於該規定而為解釋。至於民法第一〇〇三條之一第二項雖規定，因家庭生活費用所生之債務，由夫妻負連帶債務，僅限因家庭生活費用之開銷而對第三人所負之債務，自不含父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務。

第四節 求償權

按複數債務人之內部關係，仍各有其分擔部分，一債務人之給付如超過其應分擔部分，致他債務人同免其責任時，法律上自應使該債務人對他債務人，依其各自應分擔之部分，請求償還，以期公平，而父母對未成年子女負保護教養費用分擔義務，就債之觀點言之，父母為債務人，如父母之一方已對未成年子女為扶養，而逾其原應負擔之部分，可否請求他方償還？論述如下：

壹、實務上爭議

夫妻離婚後，未成年子女由妻監護，如無特約，妻於支出扶養費用後可否請求夫分擔扶養費用？司法院民國八十五年六月第二十五期司法業務研究會民事法律專題研究，曾針對此問題加以討論，討論意見有二說：

甲、肯定說

按對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。又負扶養義務者有數人，而其親等同一時，應各依其經濟能力，分擔義務，民法第一〇八九條前段、第一一一五條第三項分別定有明文。而民法第一〇五一條、第一〇五五條關於夫妻離婚後，未成年子女之監護權由一方行使之規定，僅係基於夫妻離婚後未成年子女不便同時受父母照顧之現實考量所設，其立法目的乃在保護未成年子女之利益，並非免除監護權

停止之一方之義務，故行使監護權之妻非不可請求夫分擔扶養費用。

乙、否定說

按民法第一〇五一條及第一〇五五條所謂之監護，包括扶養在內，最高法院五十六年台上字第四一九號判例著有明文。且基於權利與義務相隨之法理，夫妻離婚後，享有監護權之一方，相對地應負擔扶養義務，如無能力負擔扶養義務，即不能再行使監護權利，依民法第一〇八九條後段規定，即應由有能力之他方行使權利及負擔義務，不生分擔扶養義務之問題。故本件監護權既歸妻行使，除非有特約，妻不可請求夫分擔扶養費用。

研討結論：

- (一) 定監護權不影響扶養義務。
- (二) 未成年子女對父母（包括不任監護之一方）有扶養費請求權。
- (三) 父母之一方支付全部扶養費後，得依不當得利或無因管理之法律關係請求分擔。
- (四) 父母雙方之分擔額應依其經濟能力定之。

貳、檢討

民國八十五年九月二十五日民法增訂第一一一六條之二後，父母不論於婚姻關係存續中（共同生活或別居）、離婚或結婚經撤銷，對未成年子女之扶養義務均不受影響，故研討結論（一）、（二）自屬當然，已無爭議，而其扶養費用（保護教養費用）之分擔方式，如前所述，得由父母雙方協議其分擔或於訴訟上由法院定之，如父母未協議，法院亦未定之，則父母雙方之分擔額應如何定之？因其設題係父母離婚後情況，而父母離婚後，已無家庭生活費用，則其分擔方式，研討結論（四）係認依父母之經濟能力定之，核與本文前述應類推適用家庭生活費用分擔方

式處理，不謀而合，應值贊同。至於結論（三）父母之一方支付全部扶養費後，得依不當得利或無因管理之法律關係請求分擔，似謂二法律關係皆得請求償還，惟本文以為：

- （一）保護教養費用之分擔義務係屬一種債務，由他人履行扶養義務，基本上係屬第三人清償，而求償權乃不當得利返還請求權之別一型態。
- （二）按未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之。民法第一七二條定有明文，是無因管理成立之前提要件為無因管理人並無義務，而父母對未成年子女，應按其經濟能力，共同負擔保護教養費用之義務，如父母之一方已為扶養者，對於應負擔扶養之他方，固得就其應負擔部分為求償，然父母扶養其子女，係盡其法定義務，是應不符合無因管理之成立要件。
- （三）按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第一七九條前段定有明文。而扶養義務人履行其本身之扶養義務，致他扶養義務人得因此不必盡其應盡之扶養義務而受有利益，此時他扶養義務人所受之利益為「免履行扶養義務」之利益，而為履行扶養義務者即因逾其原應負擔之部分，而受有損害。且兩者間亦有因果關係存在，故應成立不當得利。是父母之一方已為扶養者，對於應分擔保護教養費用之他方，就其應分擔部分，得依不當得利之法律關係請求返還。
- （四）最高法院九十二年台上字第一六九九號判決謂：「按父母對其未成年子女之扶養義務，係基於父母子女之身分而來。父母離婚所消滅者，乃婚姻關係，縱因離婚而使一方之親權處於一時之停止狀態，但對於父母子女間之直系血親關係毫無影響，均應依各自資力對子女負扶養義務。若均有扶養能力時，對於子女之扶養費用均應分擔。因此，

父母之一方單獨扶養，自得依不當得利之規定請求他方償還代墊其應分擔之扶養費用。」最高法院九十二年台上字第二三六二號判決亦謂：「倘非父母不能共同負擔義務，父母之一方支付全部未成年子女之扶養費後，固非不得依不當得利法律關係向他方請求分擔。」均同此見解。

第五章 未成年子女對父母扶養之請求

第一節 概說

未成年人由於身心未臻成熟，故其常處於受扶養之地位（扶養權利人），而對其負扶養義務者，若以主體區分，可分為父母之扶養與父母以外其他親屬之扶養二者，為區別二者，前者稱「對未成年子女」之扶養，後者稱「對未成年人」之扶養，如前所述，父母對未成年子女之扶養係生活保持義務，有別於父母以外之其他親屬對未成年人之扶養係生活扶助義務，二者發生之要件及其內容（程度與方法）即有差別：

一、受扶養要件

按一般扶養（即生活保持義務之扶養）之要件，係以扶養義務者之扶養能力為前提，須扶養義務者為身分相當之生活尚有餘資時，始以餘資扶養權利人。而父母對未成年子女之扶養，無須斟酌父母之給付能力，縱父母無餘力，亦須犧牲自己而扶養未成年子女；再者，一般受扶養之要件，係以不能維持生活而無謀生能力者為限（民法第一一一七條第一項），而未成年子女一般雖均係不能維持生活而無謀生能力，然未成年人受父母以外其他親屬扶養之要件，亦須具備此要件，若未成年人欠缺其一者，即不得請求扶養。而未成年子女受父母之扶養，並不以不能維持生活而無謀生能力為要件（最高法院九十二年台上字第二一九號、九十二年台上字第一八三二號、九十二年台上字第二三六二號判決參照）。

二、扶養之程度

按扶養之程度，應按受扶養權利者之需要與負扶養義務者之經濟能力及身分定之（民法第一一九條），是關於扶養之程度，每因人而不同，為資準據，其標準有二，一為應按扶養權利者之需要定之。所謂需要，不僅指衣食住行之日常生活費用，即醫藥費用、求學所需之教育費用及適當之娛樂費用，均包括在內。另一為應按負扶養義務者之經濟能力及身分定之。所謂經濟能力，即其財力，所謂身分，亦即身分上之地位，因此扶養義務人之財力較厚、社會地位較高，即應隨之對扶養權利人為較相當之扶養，反之，則僅為較薄之給予即可。此之扶養程度標準，不論生活保持義務或生活扶助義務均有其適用，惟前者以支付受扶養者不可缺的需要為已足，無須為受扶養者身分相當之扶助，其範圍較為狹隘。後者，涉及扶養權利人之全需要，應與扶養權利人身分相當之需要，不以支付其不可缺的（必需的）需要為已足，其範圍甚為廣泛。而父母與未成年子女間之扶養義務，係生活保持義務，維持對方之生活，即在保持自己之生活，亦即父母以其子女之生活為自己生活一部而保持，應負較為周延之扶養義務，然仍不免於考慮扶養義務人之經濟能力及身分，因此最高法院亦昭昭揭示：扶養費之數額，應依扶養義務人之財力，及扶養權利人需要程度定之，故扶養費雖經確定判決有數額，而於該判決之事實審最後言詞辯論終結後，若因社會經濟狀況之變更，致一般人日常生活所必要之費用增加者，扶養權利人自得請求增加（最高法院十八年上字第九八號判例參照）。

三、扶養之方法

扶養方法概可區分兩種，一是同居扶養，即扶養義務者將受扶養權利者迎養在家；一是給付扶養，即扶養義務者與受扶養權利者彼此另居，由扶養義務者給付一定生活必需品（現物給付扶養）或費用（金錢給付扶養），而給付費用之方法，又可區分定期給付與不定期給付，及設定養贍財產而供受扶養權利者自行收

益等方式（最高法院二十六年鄂上字第四〇一號判例）。日本學說認為父母對未成年子女之生活保持義務，乃係以同居扶養為原則²⁰⁸，例外於父母離婚，或非婚生子女經生父認領等，而未與子女同居之父母一方，其履行扶養之方法，通常為給付扶養之形態²⁰⁹，而一般生活扶助義務之扶養方法，日本通說認為原則上由扶養義務人選擇，並以金錢給付扶養為原則，且非僅能於同居扶養、金錢給付扶養、現物給付扶養三者中選擇其一，亦可將金錢給付扶養與現物給付扶養結合，亦可與扶養義務人中之一人為同居扶養，而其他扶養義務人則為金錢給付扶養、現物給付扶養²¹⁰。

第二節 未成年子女扶養於現行民法上之適用

父母對未成年子女之生活保持義務，係親子關係之本質，只要父母子女關係存在，即當然發生，於雖亦屬扶養之一種，然與民法一般扶養概念顯然有別，而現行民法親屬編第五章所規範一定親屬間之扶養，如前所述，原係屬生活扶助義務之範疇，惟該章先於民國七十四年六月三日增訂第一一一六之一條、修正民法第一一一八條增列但書，規定夫妻互負扶養義務與順序，及對直系血親尊親屬與配偶扶養義務之不得全免，後又於八十五年九月二十五日增訂第一一一六條之二，規定父母對未成年子女之扶養義務，使得該章內容，已非單純的規範生活扶助義務，某程度具有生活保持義務之特徵，則向來認為係生活保持義務之父母對未成年子女之扶養，究有無民法親屬編第五章扶養規定之適用？若

²⁰⁸ 中川淳，前揭改訂親族法逐條解說，頁 617。

²⁰⁹ 小川政亮，「民法上の扶養」，收錄於親族實用法律事典，中川善之助、青山道夫編，第一法規出版株式会社，頁 282，昭和 45 年 2 月 20 日，轉引自黃雅惠，前揭「論父母對未成年子女之扶養」，頁 60。

²¹⁰ 同註 208。

無適用，則未成年子女扶養順序、扶養方法為何？亦有討論之必要。

第一項 民法親屬編扶養章規定有無包含

父母對未成年子女之扶養

父母對未成年子女扶養義務之法律根據，不論在學說、實務上產生極大之爭議，已如前述，而民法親屬編第五章扶養，雖自民國七十四年六月三日之增修，其規範內容已包含生活保義務與生活扶助義務，然父母對未成年子女生活保持義務，固屬扶養性質，然其與民法一般扶養概念顯然不同，故本文認父母對未成年子女之扶養，並無民法親屬編第五章「扶養」之適用，其理由如下：

（一）父母對未成年子女之生活保持義務，一般係指單方之扶養義務，若謂未成年子女對父母負有扶養義務，情形甚少，是民法第一一一五條第一項第一款規定，第一順序之扶養義務人直系血親卑親屬，應不含未成年子女對父母之扶養在內。學者有謂，父母有婚姻關係時，對未成年子女之扶養而言，親屬編第二章婚姻之第四節有關夫妻財產制上之家庭生活費負擔之規定，對第五章扶養有關直系血親卑親屬之扶養（即民法第一一一四條至第一一一六條）及第三章有關父母對未成年子女義務之負擔應屬特別規定，故宜最優先適用。如父母無婚姻關係時，始由其他扶養之規定，以補充法之性質，加以適用，另第三章有關父母對未成年子女扶養之第一〇八九條後段「父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔」之規定，對於第五章有關直系血親尊親屬對直系血親卑親屬之扶養而言，又居於特別法之規定，故第一〇八九條後段規定先於第一一一五條扶養義務人順序之規定適用。如父母均不能負擔未成年子女之扶養義務時，始適用第一一一五條之規定，

由其他直系血親尊親屬或次順序之扶養義務人扶養²¹¹，似亦認為第一一五條不含父母對未成年子女之扶養義務。

(二)多數學者均認為民法第一一六條第一項第二款之「直系血親卑親屬」，不含以父母為扶養義務人之未成年子女，其理由或謂父母對未成年子女有生活保持義務，以未成年子女之生活為自己生活之一部²¹²，或謂父母對未成年子女有保護教養之權利義務，此充分表現親權之本質，可見父母對未成年子女之扶養不能視為生活扶助義務，卻應視為生活保持義務²¹³，是父母對未成年子女之扶養不適用民法第一一六條之規定。本文亦從之。

(三)更有學者謂民法第一一四條第一款所定「直系血親相互間」互負扶養義務，應解釋為父母與成年子女間之義務，而不包含父母對未成年子女之生活保持義務²¹⁴，蓋父母對未成年子女之生活保持義務，係指單方之扶養義務，故第一一四條第一款之「直系血親相互間」，解釋上不含父母對未成年子女之單方扶養，應值肯認。

(四)再者，依民法第一一八條規定：「因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。但受扶養權利者為直系血親尊親屬或配偶時，減輕其義務。」依法律解釋原則，明示其一者，排除其他，是得減輕義務者，僅限於直系血親尊親屬或配偶受扶養時，而未成年子女受父母扶養，則不得減輕，準此，似與通說認為父母對未成年子女負有生活保持義務，顯有違背，蓋民法對於業已成年之直系血親尊親屬與配偶，尚且限制扶養義務人不得全部免除其義務，僅得減輕其義務；則對於尚處於年幼待哺育之未成年子女，身為扶養義務人之父母，竟得藉其不能維持生活為由，而完全免除其扶養義務，是在解釋上，父母對於未成年子女

²¹¹ 戴東雄，前揭親屬法實例解說，頁 232。

²¹² 史尚寬，前揭書，頁 686；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 461（郭）。

²¹³ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 531。

²¹⁴ 史尚寬，前揭書，頁 609；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 461（郭）。

之扶養義務，應排除第一一八條有關扶養義務免除規定之適用。最高行政法院九十三年度判字第五二號判決謂：「因父母對於未成年子女之扶養義務為『生活保持義務』，雖無餘力，亦須犧牲自己而予扶養，斷不能因『不能維持生活』，即完全免除其扶養未成年子女之義務。」亦同此見解。

(五)另關於民法第一一七條之扶養要件規定及第一一九條之扶養程度規定，如前所述（本章第一節一、二）亦不適用於父母對未成年子女之生活保持義務，而民法第一一六條之一乃係夫妻間扶養順序之比照規定，與父母對未成年子女之扶養無涉，毋庸討論。

(六)又民法第一二〇條扶養方法之規定，本文亦認不適用於父母對未成年子女之扶養義務，詳如後述（本章節第三項），而民法第一二〇條規定既不含父母對未成年子女之扶養方法，則同法第一二一條關於扶養程度及方法之變更，亦不適用父母對未成年子女之扶養，自屬當然。

(七)綜上所述，民法親屬編扶養章（第一一四條至第一二一條），除第一一六條之二係關於父母對未成年子女之扶養義務規定外，全無適用於父母對未成年子女之扶養（但父母以外其他親屬對該未成人之扶養仍有適用），則民國八十五年九月二十五日民法修正時，始於該章增訂第一一六條之二規定，是否妥適？即不無斟酌之餘地。蓋其屬親子間之法律關係，本應規定於民法親屬編第三章「父母子女」內，然立法者不為如此，卻規定於「扶養」章，或可解釋立法者之目的，係為使親權與扶養得以分離，而所做一便宜處置，且該條文僅具提示作用，縱無該條規定，依親權關係本質，父母對未成年子女仍應負扶養義務，是本文以為父母對未成年子女之扶養性質，不因該條款之增訂而有所改變，故建議刪除之，或移列於民法親屬編第三章「父母子女」。

第二項 扶養順序

父母對未成年子女之扶養既然無民法親屬編扶養章規定之適用，則當父母為扶養義務人，而受扶養權利人除未成年子女外，尚有其他扶養權利人時，而父母一方之經濟能力不足以扶養全體時，則未成年子女之扶養之順序為何？亦有疑義；

壹、德國

依德國民法第一六〇一條規定，直系血親互負扶養義務；又於第一六〇三條規定，為顧慮所負擔之他項義務，如扶養他人，致危害自己相當之生計者，不負扶養義務，惟父母於此情形，對其未成年又未婚之子女負有義務時，應使用其可能處分之生活資財，以平等扶養自己及子女，但另有其他應負扶養義務之血親，不負此義務，扶養需要者得依自己財產維持生活時，亦同；另於第一六〇八條規定，扶養需要者之配偶應先於其親屬，負擔扶養義務，但配偶為顧慮所負擔之其他義務，非危害與自己身分相當之扶養不能供給扶養者，其親屬應先於配偶，負擔扶養義務；第一六〇九規定，扶養需要者有數人，而負扶養義務人不能為全部扶養時，未成年又未婚之子女先於其他子女，子女先於其他卑親屬，卑親屬先於尊親屬，尊親屬中親等近者先於遠者。配偶與未成年又未婚之子女同其順序，配偶先於其他子女和其他血親²¹⁵。足見德國民法將未成年未婚子女之扶養，排除於一般直系血親之扶養以外，且將未成年未婚子女列為第一順位之受扶養權利人，較其他成年子女或未成年已婚子女及其他直系親屬均屬優先。

貳、日本

日本民法第八七七條規定，直系血親及兄弟姊妹間，有相互扶養之義務，有特別情事時，家事法院得於前項規定情形外，使

²¹⁵ 國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會，前揭德國民法，頁 766-769。

三親等內之親屬間亦負扶養義務；又於第八七八條規定，負扶養義務者有數人時，應實行扶養者之順序，如當事人間協議不成或不能協議時，由家事法院確定之，受扶養權利者有數人，而扶養義務人之資力不足以扶養其全體時，應受扶養之順序，亦同。是日本關於扶養之順序，均委由當事人協議，協議不成或不能協議時，始由家事法院確定之。惟日本通說前開規定係生活扶助義務之規定，不含父母對未成年子女之生活保持義務²¹⁶，而日本通說亦認為生活保持義務之扶養順序，應優先生活扶助義務之扶養²¹⁷，故在扶養義務人資力有限，不足以對扶養需要者為全部扶養時，夫妻間與父母對未成熟子女之扶養順序應列為最優先，而其他扶養需要者，即適用上開規定加以扶養。至於離婚後，未與子女同居且與無親權之父母一方再婚時，對於再婚後之未成年子女及前婚之未成年子女，如其資力有限時，以何者優先，日本學者有謂應強調生活共同性，應以同居之未成年子女之扶養為優先²¹⁸。

參、我國

一、實務見解

臺灣高等法院暨所屬法院九十一年法律座談會曾就未成年子女之扶養順序加以討論，討論意見有二說：

甲說：依民法第一一一六條第一項規定，受扶養權利者有數人，而負扶養義務人不足扶養其全體時，直系血親尊親屬受扶養順序優於直系血親卑親屬，且直系血親卑親屬亦無民法第一一一八條但書之規定，扶養義務人縱因不能維持自己

²¹⁶ 中川淳，前揭改訂親族法逐條解說，頁 604。

²¹⁷ 中川淳，前揭改訂親族法逐條解說，頁 609；林良平、大森政輔編，注解判例民法（親族法·相續法），青林書院，頁 529，1992 年 7 月 15 日初版。

²¹⁸ 林良平、大森政輔編，前揭注解判例民法（親族法·相續法），頁 524。

之生活，亦不免除其對直系血親尊親屬及配偶之扶養義務，是以，在扶養義務人無力同時負擔其對於直系血親尊親屬及直系血親卑親屬扶養義務時，可免除對於直系血親卑親屬之扶養義務。

乙說：就扶養義務中依扶養程度學說上分成生活保持義務及生活扶助義務，所謂生活保持義務係指身分關係本質不可缺之要素，維持對方生活，亦即保持自己之生活，又稱為「共生義務」，而此種義務涉及扶養者全部需要，且須供應與扶養需要者身分相當之需要，最重要者乃無須斟酌扶養供給者之給付能力，若扶養供給者無餘力，仍須犧牲自己扶養他人；反之，生活扶助義務只於扶養需要者無力生活，而扶養供給者有扶養餘力，始有扶養義務，此即親屬關係輔助要素之一，而此種義務僅須支付扶養需要者不可或缺之需要即可，且以扶養供給者能為與身分相當之生活後，仍有餘資始予扶養，而依民法第一一八條規定，學說上肯認在受扶養權利者為直系血親尊親屬及配偶者，扶養義務者所應負擔即為生活保持義務，至於父母對於未成年子女所應負擔扶養程度依比較法之解釋：瑞士民法第二七二條明文規定父母子女間所應負擔為生活保持義務，而日本雖無明文規定，但學說上亦有認父母與未成熟子女間應負生活保持義務之看法。就立法解釋：我國民法親屬編從民國十九年訂立以後，歷經七十四年六月三日、八十五年九月二十五日、八十七年六月十七日、八十八年四月二十一日、八十九年一月十九日修正，由大家族式之立法，朝向小家庭之現代生活方式修正，其中最強調莫過於未成年子女利益優先保護原則，是以，在法律解釋上亦應掌握此一原則，對於法律條文為有利於未成年子女利益之解釋，今我國民法雖無明文規定父母對於未成年子女應負生活保持義務，惟參酌上開生活保持及生活扶助義務之區別，本

於父母與未成年子女乃係身分關係本質上具有不可或缺之要素，且對於已成年之直系血親尊親屬皆應負擔生活保持義務，何以對於尚未具有謀生能力嗷嗷待哺之未成年子女反而僅須負擔生活扶助義務，此乃非對於未成年子女利益保護最佳考量，論者或有此乃孝道之踐行，應優先於未成年子女之扶養，惟孝道之踐行並非使扶養義務者悖於常情，須犧牲下一代，以成全盡孝道，應使受撫育之未成年子女及直系血親尊親屬均置於同一順位而水平地提昇維持日常生活，因此，自應目的性限縮解釋民法第一一六條第一項第二款之直系血親卑親屬限於已成年者，而將父母對於未成年子女之扶養，本諸民法第一〇八四條第二項規定，課以生活保持之扶養義務，方符合保護未成年子女最佳利益，此從德國民法第一六〇九條規定將未成年又未結婚之直系血親卑親屬其受扶養順序置於最優先地位，即同此理。是以，自應認為父母對於未成年子女應負生活保持義務，且應與直系血親尊親屬就扶養權利順序，應予併列，我國親屬法學者亦贊同此一見解。

初步研討結果：關於父母對於未成年子女之扶養義務，不論婚姻關係存續與否皆應負生活保持義務，雖無如同民法第一一八條但書明文規定，但依父母與未成年子女之身分關係本質及學者間通說均無疑義，惟關於未成年子女之扶養權利與直系血親尊親屬在扶養義務人無力全體扶養時，兩者扶養順序是否位於同一，即有爭議，依目前民法第一一六條明文規定直系血親尊親屬受扶養之順序優於直系血親卑親屬，且直系血親卑親屬並未區分已成年或未成年之情形下，若未成年子女與直系血親尊親屬扶養權利發生扶養義務人無資力全體扶養時，扶養義務人仍應以扶養直系血親尊

親屬為優先。

審查意見：同意初步研討結果。

研討結果：照審查意見通過。

二、學者見解

對未成年子女與直系血親尊親屬之扶養，均屬生活保持義務，但其順序有認為應同一者²¹⁹，亦有認為扶養義務人資力不足扶養全體時，仍以未成年子女為優先順位²²⁰。另有認為對於前開實務見解所採取之意見尚有斟酌之餘地²²¹。

三、淺見

本文以為此問題之癥結在於，負生活保持義務者之範圍為何？蓋所謂生活保持義務者，乃係互負共生存之義務，維持對方（扶養權利人）之生活，亦即保持自己之生活，為保持對方之生活，縱犧牲自己亦在所不辭，故生活保持義務之扶養順序，應優先生活扶助義務之扶養，此為通說見解，而父母對未成年子女負生活保持義務，此無異論，至於對直系血親尊親屬之扶養是否亦屬生活保持義務？若採肯定者，則應將其扶養與未成年子女之扶養併列，亦即順序同一，不應有先後之區別，反之，若採否定，認為對直系血親尊親屬之扶養係生活扶助義務者，則其順序自應在未成年子女之扶養之後，本文認採肯定見解為宜，蓋我國民法親屬編第五章扶養於民國七十四年六月三日修正第一一一八條，增列但書規定，即受扶養權利者如為直系血親尊親屬時，負扶養義務之直系血親卑親屬，縱因負擔扶養義務而不能維持自己生活，仍不得免除其義務，僅可減輕其義務，則由其關於扶養義

²¹⁹ 戴東雄，前揭親屬法實例解說，頁 278；戴東雄、劉得寬，前揭書，頁 228；林菊枝，前揭親屬法新論，頁 373。

²²⁰ 黃宗樂，前揭「扶養之順序」，頁 182-184。

²²¹ 許樹林，前揭「論對未成年子女之保護及教養費用（養育費）與扶養」，頁 14-15。

務人須犧牲自己地位相當之生活予以扶養觀之，我國民法關於對直系血親尊親屬之扶養，已改為生活保持義務無疑。惟值得注意者，直系血親尊親屬之扶養，仍有要件之限制，即以不能維持生活為限，然此扶養要件之限制，並不影響其扶養順序，蓋扶養要件與扶養順序有先後關係，須先滿足扶養要件後，始得斟酌受扶養權利人之順序，併此敘明。

第三項 扶養方法

扶養之方法，由當事人協議定之；不能協議時，由親屬會議定之（民法第一一二〇條）；對於親屬會議之決議有不服時，得於三個月內向法院聲訴（民法第一一三七條）；如親屬會議不能召開或召開有困難，及親屬會議雖經召開而不為決議時，得聲請法院予以裁判（民法第一一三二條第二項）。而前開程序之進行，乃為訴權存在必備之要件，扶養權利人，不能因當事人未能協議，逕向法院請求裁判（最高法院二十六年鄂上字第四〇一號判例）。父母對未成年子女之生活保持義務，有無前開規定之適用，則有不同見解：

甲、肯定說

此說認為民法第一一二〇條扶養方法之規定，不僅適用於一般生活扶助義務之扶養，亦適用於父母對未成年子女生活保持義務之扶養，實務上最高法院五十八年度台上字第一三一七號、臺灣高等法院九十二年度家上易字第二三號判決，均採此見解。

乙、否定說

肯定說者之扶養請求程序，皆規定於八十五年民法修正以前，民法既於同年專就夫妻離婚有關對於未成年子女權利義務之行使負擔為規定，原則上其事項由夫妻協議，未為協議、協議不成或不利於子女者，法院得依利害關係人之請求或依職權酌定或改定之，即應認此項規定為前述規定之特別規定，且民事訴訟法

及非訟事件法嗣又於八十八年就如何定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法等訴訟程序及非訟程序分別明文規定，亦應認為此等規定係前述扶養請求程序之特別規定，如此解釋，方得貫徹保障未成年子女之實體利益及程序利益，並維持家庭和諧等立法旨趣。要之，基於保護未成年子女之最佳利益，在上述訴訟程序或非訟程序，法院得依請求或依職權酌定給付扶養費，而不待親屬會議之召開，是有所異於其他扶養請求權事件程序²²²。

丙、淺見

本文考量立法趨勢及社會變遷，認民法第一一二〇條之規定應不適用於父母對未成年子女之生活保持義務，理由如下：

- 1、未成年子女之扶養請求權特別需求迅速處理，以維持未成年子女之成長、生活教育等需求，若由親屬會議決議，則曠日廢時，且當事人若不服決議，或親屬會議不能召開或不為決議，均仍應向法院聲訴，亦即提起不服之訴，而由法院依民事訴訟法所定判決程序辦理，尚不得以裁定行之（最高法院二十九年抗字第一〇號判例），顯不符合子女之扶養應迅速處理之原則。
- 2、社會變遷，家庭結構逐漸轉為小家庭，親屬會議之意義及功能早已式微，難以期待其發揮定紛止爭之作用，故親屬會議相關規定是否仍有必要存在，值得檢討²²³。
- 3、民法宣告停止親權之訴，依第一〇九〇條規定，係以父母濫用其對於子女之權利，並經其子女最近尊親屬或親屬會議糾正無效者，為其前提要件，故此項訴訟之原告，須就上述要件能為相當之證明者，始有訴權，亦即為有訴訟標的之法律關係存在之可言（最高法院四十三年台上字第一一九四號判

²²² 許士宦，前揭「離婚訴訟上附帶請求給付未成年子女扶養費及反訴請求分配夫妻剩餘財產」，頁 50-51。

²²³ 雷文玫，「父母離婚後對未成年子女之扶養義務」，台灣本土法學雜誌，31 期，頁 112，2002 年 2 月。

例)。然少年福利法（民國七十八年一月二十三日制定）第二三條、兒童福利法第四〇條（民國八十二年二月五日修正）、兒童及少年性交易防制條例（民國八十四年八月十一日制定）第二〇條、兒童及少年福利法（民國九十二年五月二十八日制定）第四八條，均明定得逕向法院提起停止親權之訴，其立法意旨著眼於兒童少年之保護之急迫性，而未成年子女之扶養亦同此問題，是由立法趨勢觀之，應認民法第一一二〇條扶養方法之規定，並非未成年子女之請求父母扶養之前提要件，未成年子女之扶養，得不經協議，或召開親屬會議，而逕向法院提起訴訟。

- 4、民法親屬編扶養章規範之內容，如前所述，其大部分之條文均不適用於父母對未成年子女之扶養，而民法第一一二〇條亦屬該章條文之一，如作如此解釋，應不違立法者之原意。況父母即為未成年子女之法定代理人，則關於其扶養方法之協議，應如何進行，亦有疑義。
- 5、日本民法已刪除親屬會議章，且其第八七九條規定：「扶養之程度或方法，當事人間協議不成或不能協議時，由家庭法院考慮扶養權利人之需要、扶養義務人之資力及其他有關情事後予以確定。」已無親屬會議介入。

至於父母對未成年子女具體之履行方法，應斟酌未成年子女扶養之特色，參考日本學說及實務見解，認為父母婚姻關係存續中，對未成年子女之扶養應以同居扶養為原則，於父母因離婚等原因，致未能與子女同居之父母一方，始例外以金錢給付扶養或現物給付扶養。

第三節 未成年子女扶養費之請求

第一項 婚生子女之扶養請求

壹、父母婚姻關係存續中

未成年子女之扶養費用，被涵括（或吸收）於家庭生活費用中之保護教養費用內，故父母於婚姻關係存續時，若有一方不履行家庭生活費用分擔義務時，當然含有不履行保護教養費用分擔義務及對未成年子女扶養義務之情形，而他方依民法第一〇〇三條之一規定，請求履行家庭生活費用分擔義務時，亦含有請求一方履行保護教養費用分擔義務及對未成年子女之扶養義務，故通常無待未成年子女以自己名義請求，然若父母之一方不履行家庭生活費用分擔義務（含保護教養費用之分擔）時，他方不依民法第一〇〇三條之一規定請求時，因未成年子女固有扶養請求權仍然存在，未成年子女自得本於扶養請求權以自己名義請求扶養，亦即上開二請求方式應併存，得擇一為之。至於父母一方無不能同居之正當理由而別居者，雖不得向他方請求家庭生活費用，然父母對未成年子女保護教養費用分擔義務，係為親之本質義務，未成年子女自得以自己名義向不履行子女扶養義務之他方請求履行，自屬當然。

再者，未成年子女以自己名義請求父母扶養時，其根據乃係基於親子關係本質，已如前述（第二章第四節第三項），本無待法律明文。惟有疑義者，乃係父母間應如何分擔未成年子女之扶養義務？本文以為父母對未成年子女之扶養義務，係一可分債務，仍應由父母各依其經濟能力分擔之，惟由於父母對未成年子女之扶養並無民法親屬編第五章扶養之適用，故應類推適用民法第一一一五條第三項之規定。至於父母離婚時，因父母子女間親子關係本質不變，未成年子女之扶養請求，亦不受影響。

貳、父母離婚

一、父母以自己名義請求未成年子女之保護教養費

民國八十八年二月三日非訟事件法七一條之六第一項增訂，夫妻離婚者，法院依夫妻之一方、主管機關、社會福利機關或其他利害關係人之聲請，為酌定、改定或變更權利義務之行使或負擔時，得命未行使或負擔權利義務之一方給付扶養費；民事訴訟法第五七二條之一第一項亦同時增訂，父母於離婚訴訟，亦得以自己名義請求法院於認原告之訴為有理由時，附帶請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法（含給付扶養費用），而此父母之一方以自己名義請求他方給付子女扶養費（保護教養費），其性質上究應依非訟事件辦理？抑應依訴訟事件處理？有檢討之必要。

（一）實務見解

台灣高等法院暨所屬法院八十九年法律座談會，討論意見有三說：

甲說：應依訴訟事件處理。

乙說：應依非訟事件辦理。

丙說：應由法官闡明確立當事人所主張之法律關係後，依當事人之主張定之；亦即：

(1)於兩願離婚及裁判離婚後：如原告請求係主張依民法第一千零五十五條第四項請求為子女之利益「酌定權利義務行使負擔之內容及方法」者。即屬非訟事件法第七十一條之六之範疇。否則如原告請求係依「給付扶養費」之財產權訴訟（諸如民事訴訟法第五百七十二條第三項）為之，則屬一般民事訴訟案件辦理。

(2)於裁判離婚之訴訟中，併為請求者：同上，仍應闡明當事人之法律關係，係主張依民法第一千零五十五條第四項請求為子女之利益「酌定權利義務行使負擔之內容及方法」（即屬非訟事件法第七十一條之六及民事訴訟法

第五百七十二條之一之「附帶請求」)；或者其請求係依「給付扶養費」之財產權訴訟方式。

初步研討結果：採丙說。

審查意見：採丙說，由法官闡明確定當事人所主張之法律關係後，依當事人之主張定其應行之程序。並請注意民事訴訟法第五百七十二條第三項之扶養請求，係指夫妻間扶養義務之請求履行，子女之請求父母負扶養義務，應以子女名義提起請求扶養之訴，父母之一方不得請求他方給付子女扶養費（最高法院二十九年上字第八八三號判例參照）。

研討結果：照審查意見通過。

（二）檢討

上開研討結果，採丙說，似指二種請求方式（非訟事件、訴訟事件）併存，由當事人擇一為之，惟其理由有下列疑義：

- 1、理由(1)謂：如原告請求係依「給付扶養費」之財產權訴訟（諸如民事訴訟法第五七二條第三項）為之，則屬一般民事訴訟案件辦理。惟如同審查意見所言，最高法院二十九年度上字第八八三號判例已明示謂：上訴人之女縱令為被上訴人所生，應由被上訴人負扶養義務，亦僅其女有扶養請求權，上訴人自不得以自己名義請求扶養之訴。亦即給付子女扶養費訴訟，僅未成年子女得以自己名義提起，父母不得提起，否則即屬當事人不適格，法院應裁判駁回之，故此種請求方式不存在。
- 2、理由(2)謂：父母於離婚訴訟中得合併提起給付子女扶養費。惟民國八十八年二月三日修正前之民事訴訟法第五七二條第二項規定中，有得合併請求交付子女，惟於新法修正時，認為有關交付子女部分，增訂第五七二條之一，已另設規定，因此將交付子女四字刪除，俾免重覆，故關於子女扶養費之請求與交付子女，均已在非訟事件法第七一之六明文規

定，則現行民事訴訟法第五七二條第三項所定扶養請求，應不包括子女扶養費之請求，故父母於離婚訴訟中不得合併提起給付子女扶養費。

3、是父母以自己名義請求者，應係未成年子女之保護教養費，而非子女扶養費，至於其方式有二，一是離婚後，依非訟事件法七一條之六第一項規定，於定親權事項之內容及方法時，一併請求法院命未行使負擔權利義務者給付子女扶養費（保護教養費）。一是於離婚訴訟繫屬時，依民事訴訟法第五七二條之一第一項規定，附帶請求定親權事項之內容及方法，再依非訟事件法七一條之六第一項規定，一併請求法院命未行使負擔權利義務者給付子女扶養費（保護教養費）。而前者屬非訟事件，應無疑義；至於後者，參照民事訴訟法第五七二條增訂理由說明二謂：請求法院定對於未成年子女親權行使負擔之內容及方法事件，係屬非訟性質，原則上固應依非訟事件法聲請法院定之。惟於當事人提起撤銷婚姻或離婚等訴訟時，如嚴格限制須俟撤銷婚姻或離婚判決確定後，再另案聲請法院裁定，非但增加當事人及法院之勞費，同時亦使當事人與法院無法於撤銷婚姻或離婚訴訟中，併就未成年子女權利義務行使或負擔之問題通盤考量，自嫌未洽，爰增訂之。是民事訴訟法第五七二條之一第一項之附帶請求定親權事項之內容及方法，其本質為非訟事件性質，而其中一併請求法院命未行使負擔權利義務者給付子女扶養費，亦屬非訟事件，自屬當然。

4、至於父母離婚，若未依前開二方式一併或附帶請求，嗣後父母之一方得否再以自己名義向他方請求未成年子女之保護教養費用？又如有情事之變更，父母之一方或他方得否請求變更？則有疑義，此涉及依民法第一〇五五條之規定為親權之酌定、改定或變更時，與依非訟事件法第七一條之六規定給付扶養費用（養育費用分擔）之關係為何？日本學說有

三：①附隨處分說：即認命給付養育費用分擔係附隨於親權事項酌定之附隨處分，而以親權事項酌定為主。因而認養育費用分擔之請求，僅能附隨於親權或監護權酌定，不能為獨立審判對象。②獨立審判對象說：認為養育費用分擔之處分，均為獨立審判對象，得為單獨請求，亦得為附隨之處分。③例示規定說：認為日本民法第七六六條關於監護之處分（即相當於親權之酌定），雖僅舉監護權之指定變更，但其內容應包含子女交付、監護費用之負擔等，因此於形成新的親權人關係時，即得同時形成子女交付義務關係、形成監護費用負擔義務關係，並得進而命交付子女、給付分擔監護費用，從而法院於為監護之指定審判時，其指定即與命給付監護費用間，有密不可分關係，如於審判時僅定親權人或監護人，對於為完成監護或親權之其他事項未為審酌裁量，則須另行請求²²⁴。學者認為由民事訴訟法第五七二條之一之立法理由說明五，可知我國顯採第③說²²⁵。本文以為，在現行法律未明定之情況，嗣後若父母之一方得以自己名義單獨向他方請求未成年子女之保護教養費用，則其實體法依據何在？又其程序應如何進行？均非無疑，尚有檢討之空間。

二、未成年子女以自己名義請求扶養費之程序

（一）未成年子女扶養請求非訟化之有無

²²⁴ 齊藤秀夫·菊池信男合編，注解家事審判法，沼邊愛一執筆，頁 331；注解家事審判法規則，頁 244，轉引自魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 146；前揭「親權與家事事件審理程序」，頁 191。

²²⁵ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 146；前揭「親權與家事事件審理程序」，頁 191。

法院依民事訴訟法第五七二條之一第一項或非訟事件法七一條之六第一項規定，一併命未行使負擔權利義務者給付子女扶養費後，未成年子女可否再以自己名義向父母請求扶養費用？此涉及未成年子女之扶養請求是否已非訟化？學者有不同之見解：

1、肯定說

學者認為關於扶養請求事件，向來雖被當作訴訟事件，而依訴訟程序處理，但該事件具有裁量性、展望性及創設性等個性、特徵，法官應準以決定扶養費之多寡。因此類事件需求法官擴大裁量權，斟酌扶養權利人與扶養義務人之身分、地位、生活需要及財產狀況，以便作成扶養費之公平衡量，故該事件之訴訟本兼具形成之訴及給付之訴兩種性質，而未成年子女之扶養請求特別需求迅速處理，以維持未成年子女之成長、生活、教育等需求，故非訟法在顧慮未成年子女之最佳利益下，將未成年子女扶養事件與親權（監護）事件一併非訟化，以保障未成年子女之實體利益及程序利益²²⁶。故民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法七一條之六之扶養費係指未成年子女之扶養費，其實體上之權利主體為未成年子女，而如前所述，其屬非訟事件性質，是未成年子女之扶養請求已非訟化。

2、否定說

學者認為大陸法系程序制度設計，乃採訴訟與非訟二元論原則，就有訟爭性民事爭議事件，除已明文非訟化，仍採訴訟方式為之，而民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法七一條之六之扶養費係指父母間應分擔保護教養費用，並非未成年子女對父母之扶養費用，是未成年子女之扶養請求尚無明文非訟化，而子女扶養之請求係財產權之給付訴訟，具訟爭性，為民事訴訟事件，應循一般訴訟程序為之，子女無論是否未成年，其與父母間

²²⁶ 許士宦，前揭「離婚訴訟上附帶請求給付未成年子女扶養費及反訴請求分配夫妻剩餘財產」，頁 47。

之扶養請求，亦均依一般財產權訴訟處理²²⁷。

(二) 未成年子女得否再以自己名義向父母請求扶養費用

1、肯定未成年子女扶養請求已非訟化者

認為民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六之扶養費係指未成年子女固有之扶養費，若法院已依該等規定，一併命未行使負擔權利義務者給付子女扶養費後，則未成年子女自不得再以自己名義另向父母請求扶養費用；反之，若法院未於該等程序定之（含當事人未請求而法院亦未依職權定之，及前提訴訟無理由時），則未成年子女另得以自己名義依非訟事件法個別、單獨為聲請²²⁸。

2、否定未成年子女扶養請求已非訟化者

認為民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六之扶養費係指父母間應分擔保護教養費用，故不論法院有無依民事訴訟法第五七二條之一第一項或非訟事件法七一條之六第一項規定，一併定子女扶養費，均不影響未成年子女固有之扶養權利，未成年子女仍得以自己名義請求父母給付扶養費，並應循一般訴訟程序為之²²⁹。

(三) 檢討

- 1、日本民法第七六六條第一、二項規定，父母協議離婚時，關於子女監護人及有關監護之其他必要事項，以協議確定之。協議不成或不能協議時，由家庭法院確定之。又認定為子女之利益所需要時，家庭法院得變更子女監護人，或就監護命令實行適當處分。而此等關於子女監護人之指定、變更及其他關於子女監護之相當處分，即為家事審判法第九條第一項

²²⁷ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 148；前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探—以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 93-94。

²²⁸ 許士宦，前揭「離婚訴訟上附帶請求給付未成年子女扶養費及反訴請求分配夫妻剩餘財產」，頁 55。

²²⁹ 魏大曉，前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探—以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 93。

乙類四號所定之審判事項，又關於扶養之處分，則屬於同法第九條第一項乙類八號所定之審判事項，則依日本通說及審判例認為，父母之一方，得依家事審判法第九條第一項乙類四號規定，向他方請求監護費用之分擔，亦得依同法第八號規定，以法定代理人之身分代理子女向他方請求，二者併存²³⁰。而我國如按照肯定未成年子女扶養請求非訟化者見解，父母雖得依民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六規定一併請求子女扶養費，惟因係基於法定之程序擔當（訴訟擔當）權，故實際上非父母一方向他方請求扶養費，至於否定未成年子女扶養請求非訟化者，則認為父母之一方得請求未任親權之他方給付保護教養費，亦得由未成年子女以自己名義，向未任親權之父母一方請求給付扶養費，似與日本通說及審判例採相同見解，應較可採。

2、民事訴訟法第五七二條第三項於認領子女之訴準用之（民事訴訟法第五九六條），則非婚生子女訴請生父認領者，即得合併請求給付扶養費，此扶養費乃指子女固有扶養權，應無疑義，惟民事訴訟法第五七二條第三項之得合併請求者，向來均認為須與第一項之訴訟事件，進行同種之訴訟程序，亦即係訴訟事件，始得合併者，若認民事訴訟法第五七二條之一之附帶請求係子女扶養費非訟化之呈現，惟同係子女扶養費事件，何以在第五七二條時，即進行訴訟程序，在第五七二條之一時，卻係非訟程序處理，則同係子女扶養費之請求，卻進行不同程序，顯非法之本旨²³¹。

3、未成年子女扶養費，係屬財產給付性格，屬處分權主義範圍，非經當事人請求，法院即不得逕依職權為裁判，否則即違背處分權主義，而法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之

²³⁰ 林秀雄，前揭「未成年子女扶養費之請求」，頁 22。

²³¹ 魏大曉，前揭「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探－以程序法理與實體法理之交錯為中心」，頁 94。

內容及方法，依民事訴訟法第五七二條之一第二項前段規定，得依職權為之，第四項更規定法院為裁判時，不受當事人聲明事項之拘束，且根據民事訴訟法關於附帶請求部分施行後應行注意事項第六點更規定，民事訴訟法第五七二條之一第一項所謂「認原告之訴為有理由」，在依法準用之情形，應視判決之結果有無定未成年子女監護之需要而定，非以形式上原告之訴有無理由為準，亦即當事人提起婚姻無效、確認婚姻成立或不成立或夫妻同居之訴時，因準用本條文結果，應視判決之結果有無定未成年子女監護歸屬之需要而定，並非絕對以原告之訴有理由為停止條件，如當事人提起夫妻同居之訴，法院於認原告之訴為有理由時，他造應負履行同居之義務，不生子女監護之問題。反之，法院認原告之訴為無理由時，他造有拒絕同居之正當理由，而有定子女監護之必要，就附帶請求則須合併裁判，是本條如指係子女固有扶養權利，乃屬財產權之給付訴訟，縱已非訟化，何以不受處分權主義之限制²³²？

- 4、未成年子女扶養請求之非訟化，雖係潮流趨勢，然於現行民法規範上，尚未能作如此解釋，故宜採否定見解。

第二項 非婚生子女之扶養請求

非婚生子女，依民法第一六〇一條規定反面解釋，即非由婚姻關係受胎而生子女，而非婚生子女由於通常僅與生父或生母之一方共同生活，甚或無父母與其共同生活，亦即無「家」之存在，而家庭生活費用係「家」存在為前提，是對非婚生子女而言，無家庭生活費用發生之可能，再者，非婚生子女因父母始終無婚姻關係，故亦無父母得於離婚時或離婚後在訴訟程序上一併請求之問題，則有關非婚生子女之扶養自有討論之必要。

²³² 同前註，頁 94。

壹、非婚生子女身分關係之取得

在以往各國法律基於宗教風化觀念，對於非婚生子女皆極鄙視，我國舊律姦生子絕對不得繼承宗祧，其繼承財產亦祇能依子量與半分，即為其例，然近代基於人道主義及血統思想，以為非婚子女同屬父母之血統，而在非婚生子女方面並無可議之處，不應因父母之非行而影響其地位²³³，故各國均有一定機制，使非婚生子女得享有與婚生子女同一之法律上地位，我國民法即透過準婚生子女之制度，使其取得與婚生子女同等之待遇，而經法律上承認其身分關係者，即為準婚生子女，其類型有三種：

一、非婚生子女對其生母之關係

非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女，無須認領（民法第一〇六五條第二項），故生母僅有出生（分娩）之事實，即與非婚生子女間發生母子女關係，其相互間之權利義務與婚生子女同，但與生父間，除非經認領，否則不發生父子女關係。是學說稱此類準婚生子女為片面的準婚生子女。

二、非婚生子女經其生父認領或撫育者

非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領（民法第一〇六五條第一項），而符合一定情形者，非婚生子女或其生母或其他法定代理人，得請求其生父認領為生父之子女（民法第一〇六七條），是非婚生子女與生父間，不僅要有事實上血緣關係，尚須有認領（任意認領、強制認領）或撫育等事實，始發生法律上父子女關係，但因生父與生母間並無婚姻關係，故此類準婚生子女分別與生父、生母發生親子關係，學說稱為兩面的準婚生子女。

²³³ 史尚寬，前揭書，頁 492。

三、非婚生子女被準正者

非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女（民法第一〇六四條），此類準婚生子女是否因生父與生母之結婚，即當然取得身分關係？各國立法例不同，有認尚須生父為認領為要件（日本民法第七八九條）；有認以父母結婚為已足，不以另有生父認領為必要（德國民法第一七一九條），在我國學者間，亦有不同見解，採前者，認尚須經生父之認領或撫育始可，因其與生父發生親子關係，須有確實的基礎，不可僅形式的因其生父與生母已結婚，即與以親子關係之身分²³⁴，惟該學者後又稱不需生父之認領²³⁵；採後者，認在我民法，僅認領已足使非婚生子女視為婚生，非如德日認領惟可使婚外子女與其生母發生非婚生子女關係，若於因結婚之準正，仍以為認領為必要，則民法第一〇六四條之規定將為蛇足，蓋依父之認領，已可達準婚生之目的也²³⁶。本文從後者，理由有二，一係法律明定只要生父與生母結婚，即得視為婚生子女；一係保護子女之利益，蓋婚生子女為常態，為使子女得以受到父母完整之照護，不應有過多之限制。此類準婚生子女，與婚生子女無異，故學說稱為全面的準婚生子女。

貳、非婚生未成年子女之扶養請求方法

關於非婚生未成年子女之親權人已如第三章第二節第一項所述，至於其扶養亦因類型不同所有差異：

²³⁴ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 364-365。

²³⁵ 同前註，頁 397。

²³⁶ 史尚寬，前揭書，頁 493；李宜琛，現行親屬法論，臺灣商務印書館，頁 122，55 年 12 月二版；郭振恭，「論婚生子女與非婚生子女」，台灣本土法學雜誌，第 45 期，頁 129-130，2003 年 4 月。

一、未經生父認領之片面準婚生未成年子女

因與生父不發生法律上之親子關係，故生父自不負扶養義務，此時即由生母單獨扶養，若生母不履行扶養義務，則子女如何請求扶養費？分述如下：

(一)如構成親權濫用，其最近親屬得請求法院宣告停止親權(民法第一〇九〇條)，而非訟事件法第七一條之九亦規定，同法第七一條之六之規定，於法院宣告停止親權時，有關對於未成年子女權利義務之行使負擔事件，準用之。又民事訴訟法第五九六條規定，民事訴訟法第五七二條之一於第五九二條(宣告停止親權事件)之訴，準用之。亦即宣告停止親權訴訟，附帶請求酌定、改定或變更親權人時，得命給付子女扶養費，然因停止單獨親權人之親權後，即由法定監護人或指(選)定監護人為其監護人，而無酌定、改定或變更親權人、親權內容及方法(民第一〇五五條)等問題，此時即無從為附帶請求或依非訟事件法第七一條之九、第七一條之六為子女扶養費之聲請，而應由監護人以法定代理人身分向生母請求子女扶養費用。

(二)如符合兒童及少年性交易防制條例所規定之停止親權要件，檢察官、兒童或少年最近尊親屬、主管機關、兒童或少年福利機構或其他利害關係人，得向法院聲請宣告停止其親權，另行選定監護人。而法院選定監護人時，並得命其生母支付選定監護人相當之扶養費用(兒童及少年性交易防制條例第二〇條)，或符合兒童及少年福利法所規定之停止親權要件，兒童及少年或其最近尊親屬、主管機關、兒童及少年福利機構或其他利害關係人，得聲請法院宣告停止其親權，或另行選定或改定監護人；法院選定或改定監護人時，得命其生母支付選定或改定監護人相當之扶養費用(兒童及少年福利法四八條)。

二、生父與生母結婚之全面準婚生未成年子女

由於準正後之子女視為婚生子女（民法第一〇六四條），故此類之準婚生子女與婚生子女之權利義務並無差異，則關於其未成年子女之扶養，應依前述婚生未成年子女之扶養請求。

三、經生父認領之兩面準婚生子女

（一）非婚生子女經生父撫育而視為認領者，原已受生父之扶養，於此範圍內，不發生認領效力之溯及問題²³⁷。

（二）因生父認領

1、已支出之子女扶養費

非婚生子女認領之效力，溯及於出生時（民法第一〇六九條本文），即非婚生子女由生母或生母以外之人扶養時，因認領發生溯及效力，則生父母自應溯及於子女出生之時，按其經濟能力，共同負擔扶養義務，如生母已為扶養者，得對生父請求其應負擔之部分；如非婚生子女由生母以外之其他有扶養義務之人扶養者，因其扶養義務之順序在生父母之後，故可對父母請求已支付之扶養費²³⁸。

2、子女將來之扶養費

(1)任意認領

非婚生子女經認領者，關於未成年子女權利義務之行使或負擔，準用第一〇五五條、第一〇五五條之一及第一〇五五條之二之規定（民法第一〇六九條之二）。準此，未成年子女將來之扶養費，亦得由生父母先行協議，若生父母未為親權行使之協議、協議不成或任親權者未盡其責任時，即有依非訟事件法第七一條之六規定，由法院定親權人時，同時併命未行使或負擔權利義務之一方給付其應負擔之子女扶養費

²³⁷ 史尚寬，前揭書，頁 520；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 305（黃）；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 393。

²³⁸ 史尚寬，前揭書，頁 521；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，頁 305（黃）；戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 393。

用。

(2) 強制認領

非婚生子女或其生母或其他法定代理人，得請求其生父認領為生父之子女（民法第一〇六七條），依民事訴訟法第五九六條第一項規定，民事訴訟法第五七二條之一於第五八九條（認領之訴事件）之訴，準用之，而非婚生子女經認領者，關於未成年子女親權行使，如前述準用父母離婚之規定，是若由生母提起強制認領訴訟，請求生父認領時，亦得附帶請求法院於定親權人時，一併請求生父給付其應負擔之子女扶養費用；若由非婚生子女提起者，亦同，惟此時因見解不同而有不同，若認為民事訴訟法第五七二條之一及非訟事件法第七一條之六之扶養費係指父母間保護教養費用之分擔者，則雖由非婚生子女自己提起，但未任親權者仍應係向任親權者給付，非對未成年子女為給付²³⁹，蓋此乃其應分擔之保護教養費用，若認為前述規定之扶養費係指子女固有扶養費用，則未成年子女當得自己受領。

第四節 未成年子女之請求賠償扶養費

按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任（民法第一八四條第一項前段）。又被害人對於第三人負有法定扶養義務者，不法侵害被害人致死之加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任（民法第一九二條第二項），而父母對未成年子女有扶養義務，如因加害人之侵權行為致死，加害人對未成年子女自應負賠償扶養費用之責任。惟於父母之一方遭人侵害致死，因父母對未成年子女有生活保持義務，故他方仍應提供未成年子女完全之扶養，則未成年子女可否請求加害人賠償？其賠償之扶養

²³⁹ 魏大曉，前揭「論未成年子女扶養費用之附帶請求—兼論非訟事件法第七一條之六命給付扶養費」，頁 137。

費用應如何計算？值得檢討之。

關於第一順位之扶養義務人死亡，而尚有其他次順位之扶養義務人時，扶養權利人可否請求加害人賠償？日本現行民法並無規定，惟大審院大正三年十月二十九日判例認為，須俟不能自第二順位扶養義務人受同一程度扶養時，始得於不能受扶養之程度內請求賠償²⁴⁰。而德國民法第八四四條規定，侵害他人致死者，如死者在受害當時，對第三人依法律有扶養義務或有可能負扶養義務者，第三人因被害人被害致死而被剝奪其受扶養之權利者，賠償義務人在被害人可能生存期間內應供給扶養義務之限度內，應向第三人支付定期金作為損害賠償。是加害人不因扶養權利人尚有其他扶養義務人為扶養而免除其賠償責任。

至於我國情況，學者認為民法雖無明文，解釋上應認為不因扶養權利人尚有其他扶養義務人為扶養而免除加害人之賠償責任，實務上亦同此見解，本文從之。是未成年子女之父母如遭他人侵害致死，未成年子女有扶養費之損害賠償請求權，應無疑義，且父母對未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響（民法第一一六條之二），則未成年子女對加害人之扶養費賠償請求，亦不因父母間之婚姻狀況而受影響，惟實務上關於加害人賠償未成年子女扶養費用之計算，見解不一致，可區分如下：

一、於父遭他人不法侵害致死者

（一）僅得請求二分之一扶養費

認為父母對於未成年子女均負扶養義務，且父母二人應平均分擔，故未成年子女對於加害人扶養費用之請求，應扣除未成年子女之母應負擔之二分之一。於父母婚姻關係存續中，採此見解者，有最高法院八十年台上字第一四三號、八十五年台上字第一

²⁴⁰ 曾隆興，交通事故賠償之理論與實務，自版，頁 248，82 年 8 月修訂再版。

七六五號、八十七年台上字第三一八號、八十七年台上字第八六一號、八十九年台上字第二二一八號等判決；最高行政法院九十三年度判字第五二號判決更謂：「本件被上訴人（未成年子女）之母張○○固因『不能維持生活』而受扶養，然因父母對於未成年子女之扶養義務為『生活保持義務』，雖無餘力，亦須犧牲自己而予扶養，斷不能因『不能維持生活』，即完全免除其扶養未成年子女之義務。亦即父母對於未成年子女之扶養義務，應適用民法第一千零八十四條之規定，論以『父母對於未成年子女均負扶養義務』，而對其所負之扶養義務除以二。」而於父母離婚時，最高法院八十六年台上字第二號判決似支持臺灣高等法院八十四年度上字第三○○號判決，亦認未成年子女得請求二分之一扶養費。

（二）得請求全部扶養費損失

最高法院七十二年度台上字第三七七○號判決謂：「民法第一〇八四條固規定父母對於未成年之子女有保護及教養之權利與義務。惟夫妻關係存續中，除夫妻採約定財產制，而夫又無支付能力之情形，關於家庭生活費用，由妻就其財產之全部負擔外，以由夫負擔為原則。本件謝○○（生父，死者）與謝周○○（生母）有無採用夫妻約定財產制？上訴人（謝○○與謝周○○之未成年子女）在謝○○生前，有無因謝○○無支付能力，而由謝周○○扶養之情形？如果上訴人在謝○○生前，係全部受謝○○扶養？能否謂上訴不得為全部扶養費損失之請求？即非無疑。」嗣後最高法院八十六年台上字第一九五九判決亦認未成年子女，得請求全部扶養費損失，惟未見其理由，另最高法院八十七年台上字第一二九一號判決支持臺灣高等法院台中分院八十五年重訴字第一九號判決謂：「林○○（生母）依法固與吳○○（生父，死者）對於上訴人（未成年子女）同負扶養義務，惟依戶籍登記簿謄本所載，林○○無業為家庭主婦，且依本院向稅捐機關調得之八十二年至八十四年綜合所得稅結算申報書影本所示，林○○

除有少數之利息及股利收入外，並無任何薪資所得，自難認其有扶養子女之能力，自得請求被上訴人賠償至成年前之全部扶養費。」

二、於母遭他人不法侵害致死者

(一) 亦得請求二分之一扶養費

認為未成年子女於其母遭侵權行為致死時，未成年子女亦得對加害人請求其至成年前所需扶養費之半數，最高法院八十五年台上字第一三五四號、八十六年台上字第三三八七號、八十八年度台上字第二六三四號、九十一年台上字第二〇二〇號判決採此見解。

(二) 視母生前有無扶養子女之能力及有無支付扶養費之事實

最高法院八十年台上字第二七六六號判決謂：「原審雖認定被害人周〇〇（生母，死者）生前有與王〇〇（生父）共同扶養被上訴人（未成年子女）至其成年之義務。但周〇〇生前是否確有扶養被上訴人之能力及事實，原審未予調查審認。倘周〇〇生前並無扶養被上訴人之能力，亦無支付扶養費之事實，則周〇〇之死，對於被上訴人是否有扶養費之損失，即非無疑。乃原審遽命上訴人（加害人）應賠償被上訴人上述扶養費，自屬難昭折服。」

三、檢討

(一) 前開最高院見解，對於父母之一方遭人侵害致死，未成年子女請求扶養費之賠償標準不一，然以請求二分之一扶養費者，占多數說，觀其理由，似謂父母對於未成年子女均負扶養義務，故應平均分擔，然在民國九十一年六月二十六日民法修正前之夫妻財產制規定，家庭生活費用原則上，由夫負第一次責任，妻

負補充責任；而修法後，則除法律或契約另有約定外，係由夫妻各依其經濟能力等情事分擔之，非由夫妻平等分擔。則不論父或母遭侵害致死，概以二分之一計算未成年子女扶養費之損失，是否妥適？自非無疑。

（二）再者，依九十一年六月二十六日民法增訂第一〇〇三條之一，規定家庭生活費用，亦得由夫妻以契約約定分擔方式，則於父母婚姻關係存續中，若有內部分擔之協議後，父母遭加害人侵權行為致死，未成年子女於請求扶養費之損害賠償時，是否受父母協議之影響？亦值斟酌。

（三）另於母遭侵害致死者，最高法院八十年台上字第二七六六號判決之見解，謂母生前倘無扶養子女之能力及支付扶養費之事實，則未成年子女即無扶養費之損失，不得請求侵權行為者賠償，則此看法雖與多數最高法院見解不同，惟其符合實際現況。

（四）關於未成年子女扶養費之損害賠償，所涉及者，非僅未成年子女之利益問題，尚含侵權行為者之責任問題，誠然係一難題，惟應如何求取二者之平衡，仍有待實務運作形成統一見解。

本文以為夫妻間對於未成年子女之保護教養費用分擔義務，乃為親之本質義務，原則上應各依其經濟能力等情事分擔之，似不宜以由夫妻平均分擔，而應以被害人死亡時之經濟能力個別的具體判斷之，若夫妻間曾以契約約定分擔方式，則該分擔之協議因僅在內部發生拘束力，效力僅及於夫妻間，於夫妻一方死亡時，該協議似應失其效力，即應回歸原則，仍各依其經濟能力等情事分擔之。又若一方無扶養子女之能力及支付扶養費之事實，未成年子女雖無扶養費之損失，不得請求侵權行為者賠償，惟另得依民法第一九四條規定請求非財產上之損害賠償，至為顯然。

第六章 結論

親子法之發展，由「家本位之親子法」，經「親本位之親子法」到「子女本位之親子法」，是近代親子間之法律關係，乃係以子女利益為最高指導原則，而父母對未成年子女之扶養即屬親子關係之一環，然由於現行法律就此部分規定之不完備，致適用上產生諸多之歧異見解，本文乃就父母對未成年子女扶養之相關問題，盡可能予以提出並試圖解釋，是如何釐清父母對未成年子女扶養問題，乃本論文研究之重點。茲綜合前述各章之討論，提出結論與修法建議，俾對親子扶養法之充實有所助益。

一、關於父母對未成年子女之扶養有無民法親屬編扶養章規定之適用

日本中川善之助教授提出之扶養二元理論，其中之生活保持義務，雖與近代個人主義、自己責任之扶養法理不合，致難免受到批評，然不可否認，該扶養理論已成為日本之通說，並影響我國。我國民法親屬編第五章僅稱扶養，並未明文區分為生活保持義務與生活扶助義務，然學說與實務關於扶養義務，均認有此二類型之區別；且若依日本中川教授之見解，我國民法親屬編第五章扶養，於民國七十四年六月三日修正前，應指生活扶助義務之扶養，而民國七十四年六月三日該章增訂第一一一六條之一（夫妻間之扶養與順序）及修正第一一一八條（增訂但書關於直系血親尊親屬或配偶受扶養時，扶養義務人之義務不得免除）之後，使該章規範之扶養對象擴及至夫妻間，且受扶養權利者如為直系血親尊親屬或配偶，扶養義務人縱因負擔扶養義務而不能維持自己生活時，僅可減輕義務，不能免除其義務，則由其關於扶養義務人須犧牲自己地位相當之生活予以扶養觀之，我國民法親屬編第五章扶養所規範者，實亦含有生活保持義務之扶養，加上其規範之對象復明定夫妻間之扶養，則參考瑞士、德國民法規定及日

本學說見解，均認夫妻間之扶養係生活保持義務，是民國七十四年六月三日民法修正後該章規範之內容，實含有生活保持義務與生活扶助義務二類型。

我國就父母對未成年子女之扶養，乃生活保持義務，為通說見解，而民法親屬編第五章扶養，雖因增訂第一一一六條之一及修正第一一一八條，而亦含有生活保持義務之規範，惟是否包含父母對未成年子女之生活保持義務？學說與實務並未有定論。本文以為父母對未成年子女之生活保持義務，乃係本於為親為子之身分關係而當然發生，自無待法律明定，而民法親屬編第五章之扶養，不論生活保持義務或生活扶助義務，依民法第一一一七條規定，均係以不能維持生活而無謀生能力為其要件，縱直系血親尊親屬受扶養，亦仍受限於不能維持生活者，二者顯然不同。是父母對未成年子女之扶養，與民法一般之扶養概念顯然有別，故有關父母對未成年子女之扶養，不應適用於該章規定，而未成年子女請求父母扶養之法律依據，亦非求之於民法第一一一四條第一款規定。然民國八十五年九月二十五日民法修正時，卻於該章增訂第一一一六條之二規定，其目的或為杜未任親權一方有無扶養子女義務之爭議，或為顯示親權與扶養分離原則，惟父母對未成年子女之扶養義務，既係為親之本質義務，自不因父母有無任親權人而受影響，故本條似無規範之必要；況且因該條文之增訂，益引發該章其他條文所規定之直系血親卑親屬是含包父母對於未成年子女之爭議，徒增困擾，故建議刪除之。

父母對未成年子女之扶養既無民法親屬編第五章扶養之適用，而第三章父母子女復無相關規定，則就未成年子女請求父母扶養之順序、方法等問題，不難產生疑義。惟就扶養順序而言，本文以為父母對未成年子女負有生活保持義務，而所謂生活保持義務，即係父母以其子女之生活為自己生活之一部而保持，雖犧牲自己地位相當之生活，亦不得不予以維持，故父母扶養未成年子女本無順序可言，然父母仍屬於親屬體系之一環，父母對未成

年子女負有扶養義務之同時，亦可能對其他親屬負扶養義務，則於父母經濟能力有限時，即有區別先後順序之必要，此時，由於父母對未成年子女有生活保持義務，自應優先於其他生活扶助義務之親屬而受扶養。至於扶養權利人若同時為扶養義務人之配偶或直系血親尊親屬，則因同屬生活保持義務之扶養對象，則揆諸前開生活保持義務之意義，自應一同受扶養。再者，未成年子女請求父母扶養之方法，因父母對未成年子女之扶養既無民法親屬編第五章扶養之適用，故當然亦無民法第一一二〇條規定之適用，而其具體之扶養方法則因父母對未成年子女尚有保護教養之權利義務，為能兼顧保護教養，自應以同居扶養為原則，至於父母因離婚等原因或非婚生子女經生父認領，而未與子女同居之父母一方，則以給付扶養之形態為之。

二、親權與扶養分離原則

父母對未成年子女之保護教養權利義務，此充分表現親權之本質，而保護教養之目的，不外乎使未成年子女之身心於安全狀態下得以健全成長；而父母對未成年子女之扶養，為經濟上之給付行為，屬財產上之事項，所涉及者乃扶養義務人之經濟能力、身分及扶養權利人之實際生活需要，二者本質迥然不同。

近代親子法，應以子女利益為最高指導原則，故我國民法有關父母對未成年子女之保護教養規定，係將權利與義務併列，足知親權之本質不僅係權利，且含有義務，而由文義觀之，保護教養字義，實找不出有何權利之意味，是關於保護教養毋寧說係著重於義務性，其權利僅係父母履行義務之手段，即得要求任何第三人不得妨礙其保護教養義務之履行；而對於未成年子女之扶養，亦應負生活保持義務，即須提供子女與自己生活程度相同之扶養，縱犧牲自己生活亦須為之，此生活保持義務乃係本於父母子女身分關係而當然發生，只要父母子女身分關係存在，父母即負此義務。是為保護未成年子女受生活保持義務之權利，及強調扶養本質乃經濟給付之效果，應認父母對未成年子女之扶養義務

與身上照護及財產照護之親權分離，使父母對未成年子女之生活保持義務，不致因親權之變動受影響，俾能符合子女利益之原則。

現行民法為顯示親權與扶養分離，雖於民國八十五年九月二十五日增訂第一一六條之二規定，立意良善，然如前所述，其規範仍有可議之處，故建議刪除，至於親權與扶養分離原則如何落實於現行民法，本文認宜從保護教養費用相關規定著手，亦即規定父母對於未成年子女保護教養費用之負擔義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響，詳如後述。

三、於民法增訂父母對未成年子女保護教養費用負擔規定

父母對於未成年子女之義務，依民法第一〇八九條規定，除法律另有規定外，由父母共同負擔，該義務包括父母對於未成年子女之保護教養費用之負擔義務；於父母婚姻關係存續中共同行使親權時，對於子女之保護教養費用，屬於家庭生活費用，故應依家庭生活費用之分擔法理負擔之，而家庭生活費用請求主體為夫妻之一方，而子女之保護教養費用既為家庭生活費用之一種，則其請求主體為父母（夫妻）之一方；於父母因離婚等原因而不能共同行使親權時，雖無所謂家庭生活費用，然保護教養費用之負擔義務，係為父母為子女之身分關係而當然發生，不因父母之婚姻狀況或親權之變動而受影響，故非親權人之父母之一方，仍不能免其負擔保護教養費用之義務，而其請求權之主體，仍係父母之一方，自屬當然。惟父母間應如何分擔？因現行民法無規定，致有爭議，惟本文認應類推適用民法第一〇〇三條之一家庭生活費用之分擔規定，即除父母另有約定或裁判外，應各按其經濟能力對於未成年子女為給養。再者，父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務，請求權主體雖為父母，惟其係因父母對未成年子女之保護教養而生之費用，且係保護教養未成年子女之必要費用，故為免爭議，爰建議於民法第一〇八四條條文之後，增訂第一〇八四條之一規定，內容為：「父母對於未成年子女之保護教養費用，除法律或契約另有約定外，由父母各依其經濟能力或其

他情事分擔之（第一項）。父母對於未成年子女保護教養費用之負擔義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響（第二項）。」

又理論上父母對未成年子女保護教養費用之分擔義務與父母對未成年子女之扶養義務，二者性質並不相同，且後者之請求主體乃係未成年子女，是父母間保護教養費用之分擔義務，不能排除未成年子女固有之扶養請求權，而未成年子女以自己名義請求父母扶養時，其根據乃係基於親子關係本質，無待法律明文，至於父母間應如何分擔未成年子女之扶養義務？本文以為父母對未成年子女之扶養義務，係一可分債務，仍應由父母各依其經濟能力分擔之，且該扶養義務不因父母之婚姻狀況或親權之變動而受影響，惟由於父母對未成年子女之扶養並無民法親屬編第五章扶養之適用，故應類推適用民法第一一一五條第三項之規定。

四、其他相關法規之修正

兒童福利法第四〇、四一條、兒童及少年性交易防制條例第二〇條第三項、家庭暴力防治法第十三條第二項第八款、兒童及少年福利法（由兒童福利法及少年福利法合併制定）第四八條第二項等有關未成年子女之「扶養費」規定，由於此等扶養費乃法院命未任親權之一方給付保護教養費用予任親權之他方，而非給付予未成年子女固有之扶養費，故宜一併修正為「保護教養費用」。

五、未成年子女扶養請求之非訟化

未成年子女之保護教養，係一繼續性、持續性、及時性之義務，不可須臾中斷，有其特殊性，我國現行民事訴訟法及非訟事件法將因親權變動，得由法院裁量之親權事項，改依非訟程序處理，應值肯定，然因其用語仍使用「扶養費」，致產生是否為未成年子女固有扶養權利之爭議，雖從現行法律體系、立法目的及比較法上之解釋，應認屬父母間之保護教養費為妥，但為杜絕爭議，宜採修法方式處理，即將「扶養費」，修正為「保護教養費」。

再者，除父母之一方得請求未任親權之他方給付保護教養費

外，亦得由未成年子女以自己名義，向父母請求給付扶養費，而未成年子女請求扶養費事件，向來係依訴訟事件處理之，然未成年子女之扶養請求，特別要求迅速處理，以維持其成長及生活所需，又未成年子女之扶養有別於其他親屬之扶養，故關於未成年子女扶養請求之非訟化，乃潮流趨勢，似宜參酌日本法制予以非訟化，而司法院「家事事件法研究制定委員會」目前研擬家事事件法草案，已將請求扶養費事件，列為非訟事件之戊類事件之7，應值贊同，惟非訟程序有其特殊性，尚無從全面取代訴訟功能，故未成年子女請求扶養費事件予以非訟化仍有其界限，尤其涉及實體法權利有無時，在面對迅速解決人民紛爭與保障人民訴訟權二者間，如何求取平衡，當為未來家事事件法立法時應注意者。

參考文獻

壹、中文部分（按編著者姓氏筆劃順序）

一、書籍

1. 王甲乙、楊建華、鄭健才著，民事訴訟法新論，三民書局，一九八七年六月。
2. 王澤鑑著，民法學說與判例研究第三冊，自版，一九八六年九月。
3. 史尚寬著，親屬法論，自版，一九八〇年六月臺北四版。
4. 李宜琛著，現行親屬法論，臺灣商務印書館，一九六六年十二月二版。
5. 林菊枝著，親屬法新論，五南圖書出版有限公司，一九九六年九月。
6. 林菊枝著，親屬法專題研究，國立政治大學法律學系法學叢書（十），五南圖書出版公司，一九八五年六月再版。
7. 林秀雄著，家族法論集（二），漢興書局有限公司，一九九五年十月初版二刷。
8. 林秀雄著，家族法論集（三），漢興書局有限公司，一九九五年十月初版二刷。
9. 胡長清著，中國民法親屬論，臺灣商務印書館，一九六七年三月臺二版。
10. 胡長清著，中國民法債篇總論，臺灣商務印書館，一九六八年六月臺二版。
11. 陳棋炎著，民法親屬，三民書局，一九七〇年一月修訂五版。

12. 陳棋炎著，親屬繼承法判例判決之研究，國立臺灣大學法學叢書（二一）。
13. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，民法親屬新論，三民書局，二〇〇二年十月修訂三版。
14. 郭振恭著，民法，三民書局，一九九九年十一月初版。
15. 高鳳仙著，親屬法理論與實務，五南圖書出版有限公司，二〇〇二年九月三版。
16. 黃宗樂著，親子法之研究，自版，一九八〇年三月。
17. 曾隆興著，交通事故賠償之理論與實務，自版，一九九三年八月修訂再版。
18. 焦祖涵編，中國歷代法典考輯，一九六九年。
19. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論（全），自版，二〇〇二年十月。
20. 趙鳳喈著，民法親屬編，正中書局，一九八六年九月修訂三版。
21. 戴炎輝著，唐律各論，自版，一九六五年三月。
22. 戴炎輝著，中國法制史，三民書局，一九六九年七月再版。
23. 戴炎輝、戴東雄合著，中國親屬法，自版，二〇〇一年五月新修訂。
24. 戴東雄、劉得寬著，民法親屬與繼承，五南圖書出版公司，一九八八年六月修訂初版。
25. 戴東雄著，親屬法實例解說，臺大法學叢書（六十），自版，一九九〇年元月初版。

二、期刊論文

1. 王海南著，「受扶養義務人之損害賠償請求權及夫妻間之扶養權利義務」，收錄於黃茂榮主編民法裁判百選，月旦出版社股份有限公司，一九九五年十二月。
2. 沈冠伶著，「未成年子女扶養請求事件之程序法上問題——基於未成年子女最佳利益保護及統合解決紛爭之觀點」，政大法律評論，73期，二00三年三月。
3. 沈方維著，「有關離婚訴訟之附帶請求——以未成年子女權利義務行使或負擔為中心」，收錄於林秀雄主編民法親屬繼承實例問題分析，五南圖書出版股份有限公司，二00三年九月。
4. 林秀雄著，「論夫妻之扶養」，收錄於黃宗樂教授六秩祝賀家族法學篇，學林文化事業有限公司，二00二年五月。
5. 林秀雄著，「我國親權法之現狀與課題」，月旦法學雜誌，第100期，二00三年九月。
6. 林秀雄著「未成年子女扶養費之請求」，萬國法律雜誌，第126期，二00二年十二月。
7. 郭振恭著，「身分行為之能力」，台灣本土法學雜誌，第7期，二000年二月。
8. 郭振恭著，「論婚生子女與非婚生子女」，台灣本土法學雜誌，第45期，二00三年四月。
9. 許澍林著，「未成年子女扶養事件法院處理實務」，月旦法學雜誌，第101期，二00三年九月。
10. 許澍林著，「論對未成年子女之保護及教養費用（養育費）與扶養」，台灣本土法學雜誌，第59期，二00四年六月。

11. 許士宦著，「接近正義與闡明義務－最高法院九十年度有關民事訴訟法裁判、決議之新走向」，台灣本土法學雜誌，第38期，二00二年九月。
12. 許士宦著，「離婚訴訟上附帶請求給付未成年子女扶養費及反訴請求分配夫妻剩餘財產」，台灣本土法學雜誌，第59期，二00四年六月。
13. 黃宗樂著，「論孝敬義務與扶養義務之關係」，輔仁法學第7期，一九八八年一月。
14. 黃宗樂著，「扶養之順序」，台灣本土法學雜誌，第36期，二00二年七月。
15. 黃雅惠著，「論父母對未成年子女之扶養」，國立中興大學研究所碩士論文，一九九二年十二月。
16. 葛克昌著，「給付國家之公權力行使及其界限－給付國家之自由主義傳統」，收錄於現代國家與憲法，月旦出版社，一九七七年三月初版。
17. 雷文孜著，「父母離婚後對未成年子女之扶養義務」，台灣本土法學雜誌，31期，二00二年二月。
18. 魏大曉著，「論未成年子女扶養費用之附帶請求——兼論非訟事件法第七十一條之六命給付扶養費」，月旦法學雜誌，第68期，二00一年一月。
19. 魏大曉著，「親權與家事事件之審理程序」，月旦法學雜誌，第90期，二00二年十一月。
20. 魏大曉著，「家事訴訟與非訟之集中交錯——以對審權與裁量權為中心」，月旦法學雜誌，第94期，二00三年三月。

21. 魏大曉著，「親權」，月旦法學教室，第7期，二〇〇三年四月。
22. 魏大曉著，「附帶請求給付扶養費性質與請求方式再探——以程序法理與實體法理之交錯為中心」，月旦法學雜誌，第101期，二〇〇三年十月。

三、其他

1. 司法行政部（現法務部）民法研究修正委員會，中華民國民法制定史料彙編，一九七六年六月三十日（上、下冊）。
2. 國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會，德國民法，國立臺灣大學法律學研究所，一九六五年五月。
3. 國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會，瑞士民法，國立臺灣大學法律學研究所，一九六七年七月。
4. 民法親屬繼承編及其施行法修正條文暨說明，司法院秘書處，一九八五年六月出版。
5. 民法親屬編及其施行法部分條文修正問答資料（親權及夫妻財產溯及效力），法務部印行，一九九六年十月。
6. 民事訴訟法、民事訴訟法施行法、非訟事件法部分條文對照表暨相關法規，司法院編印，一九九九年四月。
7. 日本非訟事件法規彙編（二），司法院編印，一九九七年一月。

貳、日文部分（按編著者姓氏筆劃順序）

一、書籍

1. 久貴忠彥著，親族法，株式会社日本評論社，一九八四年十月十日第一版。
2. 中川善之助著，新訂親族法，青林書院新社，一九六八年九月三十日，新訂第四刷。
3. 中川善之助著，親族法（下），青林書院，昭和三十五年十月第四版。
4. 中川淳著，改訂親族法逐條解說，日本加除出版，平成四年四月十日改訂版第二刷。
5. 中川淳著，核家族の法理，學陽書房，昭和五十七年十月二十日初版。
6. 石田喜久夫、乾昭三、甲斐道太郎、中井美雄、中川淳編，親族法・相續法，青林書院，一九九三年四月初版。
7. 我妻榮著，親族法、法律学全集23，有斐閣，昭和五十七年三月二十日初版第三十五刷。
8. 我妻榮、立石芳枝著，親族法・相續法（法律学体系コンメンタール篇4），日本評論新社，昭和三十三年九月二十日第一版第十刷。
9. 谷口知平著，親子法の研究，有斐閣，昭和三十一年五月三十一日初版第一刷。
10. 於保不二雄、中川淳編集，新版注釋民法（25），親族（5）親權・後見・扶養，有斐閣，昭和五十四年十二月二十五日。
11. 林良平、大森政輔編，注解判例民法（親族法・相續法），青

林書院，一九九二年七月十五日初版。

12. 星野英一編集代表，民法講座7親族・相續，有斐閣，昭和五十九年十二月二十日初版。
13. 遠藤浩、川井健、原島重義、廣中俊雄、山本浩、山本進一編・新版民法(8)親族，有斐閣，昭和五十七年三月十日新版初版第四刷。
14. 鈴木祿弥著，親族法、相續法の研究，創文社，一九八九年三月十五日第一刷。

二、論文

1. 山脇貞司著，「生活保持義務理論と扶養の程度」，收錄於山正男、泉久雄編，演習民法（親族）【新演習法律学講座6】，昭和六十年十一月十五日。
2. 佐藤隆夫著，「生活保持と生活扶助」，收錄於現代家族法大系3親子・親権・後見・扶養，有斐閣，昭和五十四年十二月二十五日。
3. 松嶋道夫著，「親権者と親子間の扶養」，收錄於現代家族法大系3親子・親権・後見・扶養，有斐閣，昭和五十四年十二月二十五日。
4. 岡垣學著，「親権者の指定と変更」，收錄於山正男、泉久雄編，演習民法（親族）【新演習法律学講座6】，昭和六十年十一月十五日初版。
5. 沼正也著，「公的扶助と私的扶養の限界」，收錄於家族法大系v親権・後見・扶養（中川善之助教授還暦紀念），有斐閣，昭和三十一年初版。
6. 深谷松男著，「私的扶養と公的扶助—親族扶養優先の原則を中心に—」，收錄於現代家族法大系3親子・親権・後見・扶養，有斐閣，昭和五十四年十二月二十五日。

7. 國府剛著，「親權」，收錄於星野英一編集代表，民法講座，第七卷（親族・相續），有斐閣，昭和五十九年十二月二十日。
8. 鈴木祿弥著，「生活保持義務と生活扶助義務とは、いかなる差異があるか」，收錄於幾代通、鈴木祿弥、廣中俊雄著，民法の基礎知識 質問と解答，有斐閣，昭和三十九年初版。