

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

第二次世界大戰後西歐各國親子法之演進

計畫編號：NSC - 8 8 - 2 4 1 4 - H - 0 0 4 - 0 0 3

執行期間：八十七年八月一日至八十八年十二月三十一日

計畫主持人：王海南

執行單位：國立政治大學法律學系

中華民國 八十九年三月卅一日

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

第二次世界大戰後西歐各國親子法之演進

計畫編號：N S C - 88 - 2414 - H - 004 - 003

執行期間：八十七年八月一日至八十八年十二月卅一日

計畫主持人：王海南

執行單位：國立政治大學法律學系

一、中文摘要

本計畫係就第二次世界大戰後，德國、英國、法國、奧地利、瑞士、比利時等六個西歐國家親子法之演進及變革，進行探討與研究。並針對我國親屬法中有關父母子女關係之規定，提出修正建議。

關鍵詞：

親子法；家族法，歐洲，收養，非婚生子女，代理孕母，代產契約，親權，法定照護，實際照護，親權裁定，原始照護人原則，

Keywords:

family law, Europe, adoption, illegitimacy, surrogate motherhood, custody, interim custody order, surrogacy arrangement, parental responsibility, primary carer principle.

二、緣由與目的

第二次世界大戰後，西歐各國之親子法率皆以保護未成年子女和提昇非婚生子女之地位，為主要之立法目的。各國法律歷經數次改正，終能於一九七十年代暫告一段落。然而近十多年來，法

律價值觀之改變，以及生殖科技之發達，使親子法之適用，再度面臨挑戰。前述西歐六國之親子法遂分別再度修正。其中以德國在一九九七年十月修正公布之親子法，改動幅度最大。

各國親子法之變革，一方面顯示過去法律之規定，對幼年子女之福祉、尤其非婚生子女之保護不足；他方面則有立法漸趨一致之傾向。

我國正嘗試修正親子法，就人工生殖子女之法律關係，雖擬以特別立法之方式加以規範，將來需要修正或制訂定之規範恐怕不少。西歐各國之法律向為我國立法之參考對象，近十年來親子法因新價值觀與新科技所肇致之變革，肯定對我國有更多借鏡之處。為此，本計劃以文獻分析法及法學方法論上之功能比較法，做為主要之研究方法。針對前述西歐六國之親屬法中，值得參酌之處，試作分析；並參考相關文獻，就各該國家在第二次世界大戰後親子法變革演進之背景和趨勢，詳加探討。本研究範圍涉及以下部分：一、婚生子女；二、非婚生子女；三、養子女；四、人工生殖子女；五、父母離婚後之子女照護。最後，以西歐諸國法制為鑑，評價我國現行法之若干得失，予以評析解釋。並針對國內矚目之親屬法修正工作，其中父母子女關係方面，若干值得予以強調

者，提出立法缺失和修正建議。復針對幾處重點，期使本文能略盡野人獻曝之功用。按原報告內容總計約四十二頁，為顧及簡式報告之篇幅及風格，故僅就結論部份濃縮而成本報告之形式。

三、結果與討論

壹、婚生子女

(一) 關於兩性平權與行使親權方面：

關於婚姻中父母與子女之權利義務關係，我國舊民法第一八九條規定：「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。」就此，司法院釋字第三六五號解釋認：「民法第一千零八十九條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定之部分，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」，故民國八十五年九月廿五日，總統令修正公布民法第一千零八十九條規定：「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（第一項）。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。父母對於未成年子女之重大事項，權利之行使不一致時，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）」，此外，兒童福利法第四十一條第四項規定：「依

第十五條第三項所定之代行監護人、第四十條所定之監護人、生父認領非婚生子女或父母對監護權行使意見不一致時，準用前三項之規定」，即父母在婚姻中，對子女親權行使意見不一致時，由父決定之規定，轉為由法院酌定之。

英國法制史上，親權有各種不同形式之分割或共有，有行使須他方同意者，或他方有否決權、商議權者，有單獨行使全部親權者，演進至一九八九年，兒童法規定父母各自獨立行使親權責任，他方無否決或商議權，即分別親權之規定。法國法制幾經更動，亦以共同行使親權為原則。德國法制，同樣以父母協調共同行使親權為原則。而瑞士、比利時及奧地利法制，亦均以父母共同行使親權為原則。職故，西歐主要國家之法制，均已將兩性平等之觀念，導入親權行使之法制中，我國民國八十五年前舊民法第一八九條，仍未順應此一潮流趨勢，其遭淘汰勢所難免，自不待言。

然而，對於婚姻關係美滿、親權行使協調之夫妻，則法律根本無用武之地，必然係親權之行使有所爭議，始訴諸於法律，故婚姻中親權行使規定之重心，應置於共同行使親權未能協調時，如何予以處理之問題。歸納前述西歐法制，幾平均須訴諸於法院，而奧地利民法雖規定由「父母中照顧及負擔家計之一方」行使親權，惟親權行使不能協調之夫妻，訴諸法院決定孰為「父母中照顧及負擔家計之一方」，以爭取親權，其結果亦同，其間僅係通案或個案之差異而已。英國法規定應得他方同意事項（通常係重要意義之事項），倘他方不同意，得訴諸法院，可謂逐案之方式。法國法院亦可謂逐案方式；德國法規定對於子女有重要意義之個別或一定種類事項意思不一致時，得由父母之一方，聲請監護法院在符合子女利益之條件下，將決定權移轉與父母之一方（非代替父母決

定)，亦係逐案之方式。僅瑞士法制由法院一次決定夫妻之一方行使親權（但以分居為要件），而非遇個案事項逐案個別作成決定，雖未必能完全貫徹絕對之兩性平等，但不失為定紛止爭之法。我國新修正之民法第一八九條規定，父母對於未成年子女之重大事項，權利之行使不一致時，得請求法院依子女之最佳利益酌定之，可謂從西歐大多數立法例，遇重大事項不能協議時，以逐案之方式個別交由法院決定。

然而本文以為，我國若欲仿效外國立法例，以法院個案解決之方式，使父母親權行使之地位儘可能完全相同，至少須有相關之配套措施。親權行使之法制，應以保障子女為第一要務，兩性平等則次之（但絕非棄之不顧），倘一味追求父母親權地位之平等，動輒訴諸法院，子女身處其中，不免身心受創，尤其新法更規定，法院為裁判前，應聽取未成年子女之意見（我國民法第一八九條第三項），未成年子女勢必置身於法庭之中，直接面對親生父母互相攻訐。所造成之身心衝擊，即便未上法庭，亦可能在家中面對相同之情況，其對子女身心負面影響，可見一斑。反而，舊法在父母意見不一致時，原則上以父之親權行使為優先，母此際既無置喙餘地，爭吵並無實益，對子女之傷害可能因而較少；且父母親權行使意見不一致者頗多，何謂「重大事項權利」，亦屬不確定之法律概念，新法難免吸引當事人動輒訴諸法院酌定子女之重大事項如何決定，法院仍須對系爭事實是否屬於「子女重大事項」予以審理，訴訟於是成為怨偶打擊對方之手段，且自實務眼光觀之，勢必大量增加法院負擔，其結果，裁判品質下降，受害者仍係子女與當事人。

因之，倘欲堅持以個案裁判之方式，使父母行使親權之地位絕對平等，至少

其配套之前提措施，係裁判離婚之要件，應採取較為完全之破綻主義，始能確保婚姻狀態中之父母，保持最低限度之和諧，不致動輒以爭吵之方式，甚至經常訴諸法院，以決定子女重大事務之處理，致影響子女身心安穩狀態，並使雙方較心平氣和，純粹以理性解決問題之心態，訴諸法院，而非意氣用事，以訴訟為打擊對方之工具，始能將酌定過程中，對子女之負面影響降至最低，亦能減少訟源。實際上，規定父母親權行使意見不一致，即得個案訴諸法院之國家，均採取離婚要件較為完全之破綻主義，如德國民法第一五六五條規定，婚姻破裂時即得離婚；而英國法制亦規定，婚姻破裂（marital breakdown）即得訴請離婚¹，故其父母親權不一致時，得經常逐案訴諸法院之規定，相對而言，對子女身心衝擊之程度較小，訟源亦有限，蓋可能會經常訴諸法院者，可能早已離婚矣。

然我國在離婚法制尚未變革前，欲要求親權行使上有爭執之父母，不向法院提起訴訟，實不可能。解決之道，僅能自司法實務上著手，改良如何在訴訟中，對子女之衝擊降至最小，例如聽取子女意見時，將其與父母隔離詢問，或法官親赴子女家中，在較為親切不嚴肅之氣氛中，進行詢問。

倘離婚要件不進行變革，則並不表示本文贊同舊法親權有爭議時，由父決定行使之規定，而係提出是否得考量類似瑞士模式解決（但不以父母分居為必要），當父母行使親權有爭議時，由法院一次通案決定較為適宜行使親權之一方，交由其行使全部之親權²，一次解決

¹ Family Law Act, s20(1).

² 父、母二人中總有一人較他方更為適宜行使親權，倘父、母均不能或不適行使親權，而須由第三人監護，則係民法監護方面之問題，或兒童福利法、少年福利法之領域，非民法第一八九條所屬

紛爭，以減少個案審理所可能造成之頻繁訴訟，對子女造成傷害；而未獲裁定之一方，或能認為既無決定權，則爭議亦無意義，而稍微降低父母間之爭執，或能因此降低對子女之傷害。

倘認為一次解決親權爭議問題，缺乏彈性，且有失兩性平等，而堅持逐案訴諸法院，則本文建議仿效德國民法之規定，將我國民法第一八九條第二項「得請求法院依子女之最佳利益酌定之」之規定，修正為「得請求法院酌定由父母之一方行使親權」，使得父母對未成年子女重大事項權利之行使，意思不一致時，得交由第三公信專業機關法院解決。而法院亦非直接介入家庭內部私人生活事務，而係決定就該重大事項，應由父、母之何方行使親權，亦不失為可行之道。

（二）關於未成年人住所方面

我國民法第一六條規定：「未成年之子女，以其父母之住所為住所」，本條究竟是否為住居所指定權之規定，或抑僅係單純子女住居所認定之規定？有學者以為，本條係父母保護教養其未成年子女而設，此住居所指定權係保護教養之權利義務內容之一，故本條所謂住所，係指住居所而言，其涵意較民法第二十一條「無行為能力人及限制行為能力人，以其法定代理人之住所為住所」之規定為廣³；另有學者以為，父母之住居所指定權，係基於保護教養權之發動，民法雖無特別規定，但依本條之立法意旨，可認有此權利義務⁴。無論如何，父母對未成年子女有住居所指定權，而為親權之一部，然而，父母縱有權指定未成年子女之住居所，則是否能強制未成年子女同居？依前揭英國新觀念，具

之體系與範疇。

³ 戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，民國八十三年，頁 395。

⁴ 史尚寬，親屬法論，民國五十八年，頁 597。

成熟及理解能力之未成年人，為承認其意思自主，法院應尊重其意願，若其不願受父母拘束，且符合其最佳利益，則得自行脫離家庭。

關於住所之問題，是否未成年子女達特定年齡，即得自主決定住所，而非從父母為必要，立法政策上，亦得予以考量，尤其現今教育普及、資訊交通發達，未成年子女成熟度與自主性，均有所提昇，法律倘限制過嚴，未必與社會實情相符，惟另一方面，子女倘自主判斷能力未臻成熟，卻執意離家出走，父母是否必然無法使其返家？其間如何取捨，仍有待檢討。

而我國實務上，最高法院五十二年台上字第三三四六號判例認：「民法第一千零六十條第一項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，必定負有同居義務，此與同法第一千零零一條規定夫妻應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」，並未說明現行實體法上，子女是否有與父母同居之義務，僅指出現行民事訴訟法上，並無請求子女同居之訴，故實際上父母之住居所指定權，未必能貫徹，職故，未來我國倘在子女住居所指定權方面，有所立法增修，民事訴訟法宜有相應之變革措施。

（三）關於子女教育方面

我國學說以為，未成年子女因病休學之決定，係屬親權之權能，即親權人得為決定或同意⁵。若係如此，則關於子女教育方面，當為親權之內涵。然而，倘父母因宗教或教育理念等原因，得否行

⁵ 史尚寬，前揭書，頁 600；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，民國八十二年，頁 367。

使親權，不使其未成年子女就學？關此，英國一九四四年教育法、一九八一年教育法、一九八九年兒童法，均對父母之親權予以限縮，認有關當局得強制學齡兒童入學。

我國兒童福利法第二十六條第七項規定：「任何人不得剝奪或妨礙兒童接受國民教育之機會或非法移送兒童至國外就學」，所謂「任何人」，包括行使兒童親權之人，應係限制民法親權行使之特別規定，另民法一千零九十條亦有對親權濫用之糾正及停止之規定，足以適用。

（四）關於子女墮胎方面

優生保健法第九條第一項規定：「懷孕婦女經診斷或證明有左列情形之一者，得依其自願，施行人工流產：一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。三、有醫學上之理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸形發育之虞者。五、因被強姦、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者」，同條第二項前段規定：「未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意」。足見，依我國法，未婚之未成年人縱使無優生保健法第九條第一項第一款至第五款所定之生理上必要，亦得以心理上之必要為由墮胎（同條項第六款），而優生保健法第九條第二項前段亦屬關於父母子女關係之特別法規定。

有疑義者，係醫師方面以專業判斷認得墮胎，則法定代理人角色如何之問題。英國一九八九年兒童法以兒童之判斷力與決策能力為標準，決定未成年人得否自行決定墮胎，而父母僅有誠實告

知墮胎後果之義務與權利。就我國而言，理論上，此涉及非純粹財產行為，雖不必然須經法定代理，但至少須法定代理人同意，一如現行法之規定（優生保健法第九條第二項前段參照）；然而，我國法制倘維持現狀，即須由法定代理人之同意，在實際施行面上，恐有意想不到之後果。

詳言之，倘該墮胎手術完成後，醫師方面始瞭解對象係未成年人，未得其法定代理人之同意，則醫療契約不生效力，至多僅係財產法上不當得利之問題。墮胎之目的仍得在專業醫療照護下順利完成，將風險降至最低。倘於施行墮胎前，醫師方面為避免受罰，在行政作業上，必然要求法定代理人出面簽名蓋章，始同意施行墮胎。但未成年子女通常係在隱瞞父母或法定代理人之情況下，暗結珠胎，因懼於父母或法定代理人知悉後，遭受責罰，故必然轉而以其他方式，達成墮胎之目的；或自行購買墮胎藥服用，或至無牌密醫處，在未受衛生署監督、管制而有高度危險之情況下，遂其墮胎目的。

在未成年子女心中，或許認墮胎輕而易舉，冀圖自行解決，而後若無其事返家，可以神不知鬼不覺暗渡陳倉、朦混過關，其結果，可能因無妥適醫療照護，或因惡劣之技術或衛生環境，而昏厥於公廁之中，或橫死密醫手術台之上。職故，是否未成年人之墮胎行為，必經法定代理人同意，或抑以醫師專業判斷加上子女之意願即足？實有待進一步檢討，其他未成年子女怯於使其法定代理人知悉之醫事行為（如性病診治），亦同。據此，我國宜仿效英國一九八九年兒童法之規定，將墮胎等部分醫事行為，自法定代理人代理或同意之範圍內排除之（考慮刪除優生保健法第九條第二項前段之規定），而限縮此一部分之親權或法定代理權，或能真正保障未成年

子之利益。

貳、非婚生子女

(一) 關於婚生推定之範圍

法國民法第三一四條規定，父母離婚後一百八十天內出生者，視為婚生子女，故子女之婚生推定，除在婚姻關係中受胎者外，更包括在婚姻關係中出生者，而擴大婚生推定之範圍；德國民法第一五九一條第一項亦規定，婚姻關係中所生之子女，如在婚前受胎，且夫受胎期間與生母同居者，即便婚姻無效，亦推定為婚生。因此，我國民法第一六三條第一項規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」，僅限定受胎在婚姻關係存續中者，始為婚生子女，並不包括受胎在婚姻前，但於婚姻中出生之子女，相較於西歐法制，顯然對子女保護不周，再者，我國民法第一六四條規定：「非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女」，即出生於生父、生母婚前，得因準正而取得婚生子女之地位，出生於婚後，反而仍為非婚生子女，立法輕重顯然失衡。

(二) 關於婚生推定之限制

法國民法第三一三條第一項，婚姻關係存續中，因有離婚或別居之請求或判決，而限制婚生推定，兼顧現實上之可能性；英國判例亦認受胎期間，夫不可能與妻結合者，不適用婚生推定；德國民法第一五九一條更規定妻明顯非自夫受胎者，為非婚生子女。由以上西歐法制可知，我國民法第一六三條無條件推定，實有味於事實現狀之缺失，徒生不必要之爭議，浪費婚生推定否認之訴之司法資源。

(三) 關於婚生宣告方面

法國民法第三三三條規定：「如父母無結婚之可能者，法院得因父母之一

方請求非婚生子女之準正」；德國法上，倘無法因準正而結婚者，法院基於生父或子女之聲請，而認宣告合於子女之利益者，得依德國民法第一七二三條，宣告子女之婚生地位。

惟本文以為，準正發生之原因，係生父與生母結婚之法律事實，此事實行為，具一身專屬性，非任何他人所能代行，包括法院在內。故即便法院宣告其取得婚生子女之地位，其生父與生母事實上未結婚，在他人眼中仍係非婚生子女，至多僅嫡子名分上之意義而已。非婚生子女與婚生子女之地位，其間有何差別？又此種差別是否得以國家公權力之宣告予以彌補？實值探究！

(四) 任意認領與否認之要件

法國之任意認領，以父單方行為即足，無須具備任何條件，惟由法國民法第三三九條可知，否認認領，原則上單純以意思表示即足，例外始須以訴訟為之；德國民法上，認領亦為單方行為，惟須得非婚生子女之同意，否則生父須經法院確認之訴，始得建立親子關係，而依德國民法第一六六條(f、g)之規定，認領之否認，必須經法院確認該認領違反真實後，認領失其效力。職故，認領是否無須附任何條件，而在未得子女或生母之同意下即得認領？因此即有檢討之必要。

我國民法第一六五條第一項規定：「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」。關於任意認領之性質，學說上有不同之見解：意思表示說認，因認領發生法律上親子關係，無須非婚生子女或母之同意⁶；觀念通知說認意思表示說無視於認領人與被認領人有無事實上之血統關係，倘僅依認領人之單方意思，即可發生法律上之親子關係，並不妥當，故認

⁶ 史尚寬，親屬法論，民國五十三年，頁500；胡長清，中國民法親屬論，民國三十五年，頁230。

領僅係表明非婚生子女係自己親生子之自認行為，將自己認知之事實通知被認領人，倘認領人與被認領人無真實血統關係，認領自始無效，而非婚生子女或生母之否認，係否認與真實之父有親子關係，否認不必以訴為之⁷；折衷說則以為，認領係單獨意思表示，縱使無真實血緣關係，亦暫時成立親子關係，嗣後再以無血緣關係為由，依民法第一六六條否認，或依第一七七條撤銷認領⁸。

據此，我國得依生父單方面之行為（意思表示或觀念通知），即得建立親子關係，包括發生繼承之權利，而無論子女或生母之意願如何，豈合理乎？論者或有謂：倘認領反於真實，或非婚生子女不願被認領，得對認領予以否認，惟此有待檢討：按民法第一六六條規定：「非婚生子女或其生母，對於生父之認領，得否認之」。然此否認之訴，訴訟上性質如何，容有爭議，有學者謂認領否認為認領無效之一種，民事訴訟法所定之認領無效之訴，即包括認領否認之訴，且必須以形成之訴為之⁹；有學者以為，認領否認與認領無效不同，無須舉證反對之事實，而為形成權之一種，應向認領人為之，倘認領經否認後，認領人得提起確認父子關係存在之訴¹⁰；而事實通知說認否認係否認真實父子關係，不必以訴為之，已如前述。

現行實務上之做法，則以為認領無效之訴，係由子女或生母本於反對事實，

否認認領而提起之訴¹¹。若係如此，則任何一人，僅以意思表示送達非婚生子女表示認領，即得發生親子關係，而生母或該子女若欲否認，尚須大費周章，纏訟經年，豈合理乎？遇誤會非婚生子女為己所出者，雖訴訟曠日費時，尚有真相大白之一日，辛苦不至白費；遇故意騷擾恫嚇、意氣之爭者，僅因其本身或使人為簡單之認領表示，竟須與之纏訟經年？縱使依意思通知說，違反真實之認領自始無效，但仍須勞費提起確認之訴，以確定其無效，對非婚生子女或利害關係人徒然造成沈重之負擔；更有甚者，對無親人之非婚生子女，隨意以一存證信函表示認領，即得繼承其財產，死無對證，又無人否認或確認其無效，得謂全無弊端乎？又即便否認單純以意思表示為之即可，僅因認領人一紙認領書，被認領人即須勞費通知認領人否認之意思表示，其中亦有送達之問題，設有故意搗蛋或有心人士，寄出認領書後即不斷遷移戶口或住址，使被認領人費力查得認領人戶籍謄本，送達否認之存證信函後，以為終能高枕無憂，孰料事隔多年後，繼承發生爭議，認領人出而主張對被認領人有繼承權，並主張未受否認之送達，而僭稱為繼承人，則真正繼承人縱費力舉證，亦未必能確認其無繼承權，此種情形，在世風日下、社會貪婪之今日，能不予預防乎？

按前述西歐法制，法國法制如同我國，任意認領無須子女同意，但否認認領以單純意思表示即足，無庸大費周章以訴訟為之，對被認領人較不生困擾；德國認領否認雖須以訴訟為之，但究其緣由，在於認領已得非婚生子女之同意，欲將之推翻，僅能訴諸法院，然我國任意認領事先未經被認領人之同意，為何否認認領須以勞煩之訴訟為之？

⁷ 戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，民國八十三年，頁 306；林秀雄，家族法論文集（二），民國七十六年，頁 210。

⁸ 戴東雄，民法親屬編修正後法律解釋之基本問題—生父與非婚生子女之血統關係，法學叢刊第一五四期（第九三卷第二期），民國八十三年四月，頁 32-33（下稱「前揭文」）。

⁹ 戴炎輝、戴東雄，前揭書，頁 306。

¹⁰ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，民國八十二年，頁 279。

¹¹ 司法行政部四十六年台四六函民字第九二三號函。

為此，本文以為，我國民法第一六五條規定，為平息百家爭鳴，並避免造成被認領人無謂之困擾，宜參酌德國立法例，修改為：「非婚生子女同意生父之認領者，視為婚生子女。生父之撫育，視為認領¹²（第一項）。未滿七歲之人之同意認領，由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。但無法定代理人時，不在此限（第二項）。滿七歲以上之未成年人之同意認領，應得法定代理人之同意，但無法定代理人者，不在此限（第三項）」，以避免無端認領，徒增被認領人之困擾；由認領人負認領已得同意之舉證責任，較被認領人負認領已被否認，或認領反於真實之舉證責任，更為公平。

另生母可能與生父發生利益衝突，合於真實且對子女有利之認領，生母未必同意，故不宜予其認領同意權。但認領之雙方是否具真實血緣，生母通常知之甚稔，故仍宜保留其否認認領之權。而非婚生子明知無血緣關係卻仍同意認領者，即不宜允其反悔。職是，民法第一六六條建議修改為：「生母對生父之認領，得提起否認之訴（第一項）。被認領人於同意認領後，知悉無血緣關係者，於知悉後二年內，亦同（第二項）」。

（五）關於強制認領要件方面

法國民法第三四條形式上與我國民法第一六七條相似，將強制認領之要件予以列舉，惟一九七二年法國民法增訂第三四條之一規定後，則導入以醫學方法證明血緣關係為認定方式；德國民法第一六六條n規定，生父不認領非婚生子女，或非婚生子女不為同意者，得以法院確認父子關係，故非婚生子女與生父均得提起確認之訴，復依德國民法第一六六條o之規定，倘有生

父與生母在法定受胎期間同居之證據，除有重大疑義者外，即推定父子關係，近年來生物科技發達，所謂「同居之證據」或「重大疑義」，均以血緣鑑定為斷；另英國非婚生子女依一九六九年家庭改革法（Family Law Reform Act 1969），請求法院宣告婚生關係，則以真實血緣關係為要件。

比較而言，我國民法第一六七條第一項之規定字面上觀之，將強制認領之事由予以列舉，非屬所列之四款事由，則縱有醫學科技上血緣證明，亦無法強制認領¹³，未能反映現代科技發展，醫學上血統證明有相當之精確度，而縱能符合所列舉之四款要件之一¹⁴，雖欠缺醫學上血統證明無父子關係，仍得強制認領，顯然違背真實。職故，我國民法第一六七條第一項宜修正為：「非婚生子女得請求其生父認領為生父之子女（第一項）。前項請求權，非婚生子女自成年後二年間，法定代理人自子女出生後七年間不行使而消滅（第二項）」，無須加入「證明血緣關係」之要件，因依據民事訴訟實務上對舉證責任採構成要件分類說，舉證構成要件「生父」之事實者，負舉證責任，審理中並得法院亦得依聲請或依職權交付鑑定。又無須加入「生母或其他法定代理人」，因法定代理人原即得代理非婚生子女，為強制認領之意

¹³ 最高法院四十三年台上字第七九七號判例認：「非婚生子女固得由其生母提起請求其生父認領之訴，惟須具有民法第一千零六十七年第一項各款所列情形之一者，始得認有認領請求權存在，故此訴訟，法院認原告之認領請求權存在，為原告勝訴之判決，苟未於判決理由項下記載原告主張之起訴原因，係合於上開條項各款所列之如何情形之意見者，即屬民事訴訟法第四百六十六條第六款所謂判決不備理由。」

¹⁴ 關於第一款所謂「同居之事實」，最高法院四十七年台上字第一八六號判例認「民法第一千零六十七條第一項第一款所謂之同居，以男女雙宿同眠為已足，無須同居一處」，無庸證明男女性器有接合之事實，亦不須提出生物科技上之血緣證明。

¹² 明確律定撫育之行為視為認領之默示意思表示，惟建議仍須經非婚生子女同意，認領始得生效。

思表示，無庸贅言，「生母」倘為法定代理人者，亦同；生母非法定代理人者，因強制認領係專屬於非婚生子女之權利，生母不宜介入，以防有利益衝突之弊。

（六）關於準正

法國法上之準正，除父母結婚之事實外（法國民法第三三三條），尚有以法院判決宣告之方式，使非婚生子女取得婚生子女之地位（法國民法第三三三條），為我國法所無；德國民法第一七一九條規定，經生父認領或法院確認父子關係之非婚生子女，以在婚前出生者為限，因生父、生母結婚之法律事實，即生準正之效力，因而取得婚生子女之法律地位。瑞士民法第二五八條原規定：「非婚生子女，其生父與生母結婚者，依法視為婚生子女」，其後於一九七八年修正親子法，於民法第二五九條規定：「生父與生母結婚前出生之子女，如經生父認領或法院判決確認父子關係者，該子女準用有關婚生子女之規定」。參酌前述西歐主要國家法制，倘未先確定認領之父子關係，即不得準正，且法院亦得宣告準正。

我國民法第一六四條規定：「非婚生子女其生父與生母結婚者，視為婚生子女」，即我國之準正，不以生父之認領為必要。然則，父子關係之存在，係準正之先決法律問題，倘對準正有所爭議，必然會一併審酌認領之父子關係是否存在，不致使無血緣關係者亦受準正；倘對準正無爭議，即無須追究是否以認領成立父子關係，職故，準正是否以認領為前提要件，即有討論之餘地。

再者，準正係一法律事實，而非法律行為，分婚生子女之父母，不因法院之宣告行為，而締結婚姻，在一般人眼中，其仍係非婚生子女，反而經由法院之宣示張揚，使不知者知悉其原係非婚生子女，且婚生子女之地位，究竟對子女實

質上之權利義務有何差異？

為此，儘管西歐主要國家法制不約而同以認領為準正之前提要件，且法院亦得宣告準正，本文仍以為我國民法第一六四條之規定，非但不宜予以修正，反而宜予刪除。國內史尚寬教授¹⁵、戴東雄教授¹⁶均採此解，可為佐證。

肆、養子女

（一）關於收養中法院之角色

德國民法已將收養由契約制改為法院宣告制，無須當事人成立收養契約，由收養人聲請法院宣告。法院基於公益之考量，尤其未成年子女之福祉，固然有積極介入當事人私人生活之理由，惟收養畢竟屬於私生活領域之範疇，法院職權擴張，甚至幾乎代替本生父母為出養之同意，不無干預過甚之虞，侵犯當事人私法自治，故德國宣告制，未必適宜完全移植我國。

（二）關於收養成年人與未成人之不同

德國關於收養成年人與未成人之規定，予以分立。收養成年人應非以照顧子女為目的，而係以滿足子嗣觀念為目標，然而，收養成年人涉及遺產繼承、賦稅與國籍身分之問題（如大陸人民在台居留權），被收養人動機未必純正，法院認可時，所考量者，亦不應專以被收養人或本生父母之利益為主，故宜另作考量，尤其應參酌德國立法例，認收養雙方先前已有共同生活之實質，且依其情形，收養不違反公序良俗者，始得認可之。又對於收養成年人，是否適宜賦予完全收養之效力，而與本生父母及其親屬完全斷絕關係，並與養父母家建立完全之關係，亦值考量。

為此，建議我國民法第一七九條第

¹⁵ 史尚寬，前揭書，頁 497；

¹⁶ 戴東雄，前揭文，頁 35。

五項第三款修正為「成年人被收養時，依其情形，足認收養於其本生父母不利，或收養雙方未適應共同生活達相當期間者」。第一七七條則宜修正為「養子女與養父母之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同（第一項）。收養成年子女者，養子女與養父母之關係，除有特約外，不及於被收養人直系血親卑親屬外之人（第二項）」。

（三）關於收養之形式要件

我國關於收養之要件，訂於民法第一七九條，除收養雙方訂立收養契約外，並須得法院之認可。然而，本生父母與被收養人之關係，血濃於水，故其親生子女出養，縱已非其法定代理人，例如離婚後無親權、無法行使親權由監護人監護、子女業已出養現轉出養與他人等情形，參酌德國、英國之立法例，仍應徵得其同意後，始得出養為妥，以顧及人倫天性。為此，本文建議增訂民法第一七六條之一：「收養應得本生父母之同意，但本生父母不能表示意思者，不在此限」。至何謂「本生父母不能表示意思」，解釋適用上，得參酌外國立法例，如前揭英國法制，以為適用，不宜具體列舉，以免掛一漏萬。又為配合本生父母之同意為生效要件，民法第一七九條之二第二項宜修正為「收養子女，違反第一千零七十六條、第一千零七十六條之一」。

（四）關於收養非婚生子女方面

本文建議我國應參酌德國立法例，容許生母收養自己之非婚生子女，蓋現今社會固然較以往開放先進，但思想保守卻意外未婚生子者，所在多有，生母往往因怯於遭致負面之社會評價，而對認領非婚生子女一途，望之卻步，徒然造成非婚生子女福祉之損失。職故，收養非婚生子女應無不可。為此，本文建議民法第一七二條規定，可增訂後段文字為：「收養非婚生子女者，亦同」。

（五）關於開放出養方面

關於英國開放收養制度（freeing for adoption），立意良善，但其前提要件係行政措施須予以密切配合，經費、人才、法制均不容或缺，屬於與民法密切相關之社會福利法範疇，茲略述如上，謹供各界參考。

伍、人工生殖子女

歐洲議會在一九八五年成立之生物科技特別專家委員會（Ad Hoc Committee of Experts on the Progress of Biomedical Science，簡稱CAHBI），一九九二年更名為不孕生殖委員會（Bioethics Steering Committee，簡稱CDBI），否決以人工生殖技術建立單獨父子或母子關係，而使人工生殖子女一出生即無父或無母之作法，西歐各國立法，就此能達成共識¹⁷。我國現行法制下，亦有相同之問題，倘不應否認者不否認、不應否認者否認、應認領者不認領、應收養者不收養，即使人工生殖子女成為無父、無母之人，非但人工生殖之目的無由達成，更徒增許多棘手之法律爭議。職故，開放人工生殖後，民事上親子關係如何予以規範，其研擬實刻不容緩。

又本文以為，人工生殖之行政管制、監督部分，由「人工協助生殖技術法」予以規範，但人工生殖之婚生地位親子關係部分，與民法親子關係原屬一體，不宜與民法割裂，滋生普通法、特別法適用上之疑義，蓋因關於此部分之問題，非新增訂條文，即能使法律關係臻至明確，而應自既有之民法法律條文著手，予以修改，使自然或人工生殖之親子法律關係，適用相同一套系統之法條，較為圓融。為此，自前述西歐法制之借鏡，茲論述關於我國人工生殖子女之親子關係立法論如次：

¹⁷ Council of Europe, Artificial Human Protection, Affaires Juridiques (1989).

(一) 代理孕母方面

概觀西歐法制，雖英國業已開放代理孕母，但德國、法國仍望之卻步，但全世界開放代理孕母之國家，亦不過美國、英國、澳洲、以色列等少數國家而已，究其原因，係代理孕母使得法律關係相當複雜，非但要先解消代理孕母方面之親子關係；尚要重新建立委託父母之親子關係。過程中間每一步驟，均有可能產生相當大之變數與爭議¹⁸，因而對人工生殖子女造成終生之傷害，德國學說早已闡明。再以投機牟利業者蠢蠢欲動，欲鑽執法漏洞，使代理孕母之路崎嶇難行，此由法國法制得以睽知。職故，縱然不孕夫婦求子若渴、血淚交織¹⁹，但以代理孕母之方式求子，無論法令如何周延，均有相當之風險；委託夫婦本身反而首當其衝受害，深受其害。開放之初，眾所矚目，固然討喜，但掌聲落幕後。最後可能還是由司法機關默默收拾善後。以前述比利時著名之 *Marckx v. Belgium* 案件為例，承審該案之歐洲法院引申出將公法上之比例原則導入親子法之原理，開放代理孕母弊多於利，故本文認不宜開放。

然倘堅持開放代理孕母，則民法必須進行相關調整，以使代理孕母之弊端，降至最低。首先，代理孕母所生子女，必須由委託夫婦之精卵而來，畢竟候補孕母弊端過甚，已見於前述德國學說之討論，其次始規範代理孕母所生子女之法律地位。本文參酌前述西歐法制及學說，建議增訂民法第一六三條之一：

¹⁸ 例如代理孕母有抽煙、酗酒習慣，實難以查知並管制。又如代理孕母反悔不交出所生子女，攜子遠走高飛，亦往往難以防範，或代理孕母拒絕否認，或其夫拒絕否認，或委託夫婦反悔拒絕認領或收養，或委託夫婦認領或收養前死亡，均使法律關係極為複雜。

¹⁹ 聯合晚報，民國八十六年九月十二日，第一版、第三版；中國時報，民國八十八年三月四日，第三版；民生報，民國八十八年三月四日，第廿三版。

「稱代理孕母者，謂與受術夫妻依法約定提供子宮為其孕育生產胎兒之婦女（第一項）。夫妻於婚姻關係中，以夫之精子與妻之卵子，經代理孕母懷胎及分娩之子女，自受胎時起，視為受術夫妻之婚生子女。但受術夫妻、代理孕母或其配偶能證明該子女非自受術夫妻之生殖細胞受胎者，關於父母子女之關係，適用第一千零六十三條之規定（第二項）」，其中第一項所謂依法，包括送交立法院審議之「人工協助生殖法」草案，內明定相關之周邊行政輔助事項，例如代理孕母與受術夫妻之年齡、代理孕母親等或條件之限制、代理孕母契約之公證等事宜。

(二) 關於人工受精方面

參酌前述西歐法制與學說，為使同質、異質人工受精子女均能與民法規定相容，為此，綜合前述婚生推定範圍之檢討，本文建議我國民法第一六三條第一項，宜修正為：「妻於婚前或婚姻關係存續中自然受胎，而夫妻於受胎期間有同居之事實者，或以人工方式體內或體外受胎，或夫同意以他人捐贈之精子與妻之卵子受胎，或妻同意以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎分娩所生子女，視為婚生子女（第一項）。前項推定，於自然受胎，依其情形，妻顯然非自夫受胎者，不在此限（第二項）。以他人捐贈之精子與妻之卵子受胎，未經夫之同意，或夫之同意係受詐欺脅迫者，夫得提起否認之訴（第三項）。以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎者，未經妻之同意，或妻之同意係受詐欺脅迫者，妻得提起否認之訴（第四項）前二項之訴，應於知悉子女出生之日起一年內為之（第五項）」。

陸、父母分居或離婚後之子女照護

(一) 關於親權行使方面

就協議行使親權而言，無論協議由一方單獨、雙方共同、雙方各自行使親權，

只要其協議不致有害於子女，均能圓滿解決問題。惟夫妻雙方意見不合，或感情不佳，或嚴重爭吵，始有可能離婚，倘要求離婚之父母尚能在子女親權行使之議題上，冷靜為子女之利益達成協議者，其期待可能性較低，而真正能冷靜協議解決問題者，未必會走向離婚一途。縱然離婚，因有冷靜之協議，法律與法院對其無用武之地。據此，法律真正派上用場者，係針對不能協議的一群。職故，關於離婚後父母子女關係法制之重點，應在於協議不成後，紛爭如何予以解決之問題。

就不能或未為協議，西歐主要國家均規定由法院決定之。而由以上論述可知，法院自決定離婚或分居後，由父母共同或各自行使親權，業已成為趨勢。我國民法第一五五條第一項規定「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、社會福利機構或利害關係人之請求或依職權酌定之」，故我國關於法院之酌定，並未明文規定以共同、分別行使親權，或抑以單獨行使親權為原則，可謂賦予法院相當大之裁決空間。

有鑑於此，在現行法之解釋上，我國法院在酌定父母離婚後，關於親權如何行使之議題，首應考量者，係未成年子女之利益，其次方為兩性平等。以兩性平等之觀點而言，共同或分別行使親權，固然最能落實兩性對等。然而，以共同行使親權而言，形式上由二人共同行使，實則父母相互制肘、互相杯葛。倘父母二人果真能協調一心，則通常不致會有離婚之結局。再由分別行使親權觀之，形式上父母各自以時間為界，或以身分、財產為界，各自行使親權，井水不犯河水。惟親權係一整體之概念，並無法如民法上可分之物，得予以明確

分割。如父週一至週三有照護權，要子女上甲學校，母週四至週日有照護權，要子女上乙學校，則子女如何適從？又如母具身心照護權，故要子女購買鋼琴陶冶身心；父卻以學校功課優先為由，以財產照護權，拒絕同意購買鋼琴之買賣合約有效，或拒絕同意進入鋼琴學校之契約有效。最終結果，誠如前述英國法制經驗所示，父母離婚前爭吵之狀況，延續至離婚後，未成年子女非但無所適從，眼見二自己最親愛之人爭執，更對其身心造成極為負面之影響。

因此解釋上，於符合子女利益之前提下，達成共同或分別親權之協議或酌定，又能兼顧兩性平等之保障，固然極為理想，但魚與熊掌並非經常可兼而得之。司法者自應審慎行之。

（二）關於會面交往方面

我國民法第一五五條第五項規定：「法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方，酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或職權變更之」，非訟事件法第七十一條之六第一項規定：「法院依民法第一千零五十五條之規定，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」，並未如德國新民法第一六八四條第四項規定實施會面交往時，法院得指定第三人在場、德國新民法第一六八五條規定第三人之會面交往、瑞士民法第二七四條規定父母進行會面交往時違背應遵守之義務，或不熱心教養子女，或其他類此重大事由，法院得限制或剝奪其會面交往，故比較而言，較為簡陋。宜參酌德瑞立法例予以增修。

四、成果自評

關於親子關係之法制，「福利原則」係二十世紀最重要的原則之一，強調以子女之利益為第一優先。惟「兩性平等」原則亦係潮流所趨，當兩者牴觸而無法兼顧時，如何妥適予以平衡追求，即成問題。由此可見，在探討各種情形下之親子關係時，固然以子女利益為重要考量，但子女之父、母間，權限如何分配，與本文著重之未成年子女利益，密切相關，實難以完全忽略不談。

其次，本文所探討之親子法律關係，除靜態之親子關係外，在動態方面，親子法律關係之發生、變更或終止，與子女福利息息相關，亦為討論之重點；若涉及非民法之範疇，如兒童福利法、非

訟事件法等等，則視情況一併論述。

再者，本文所探討之西歐親子法制，其中值得我國借鏡之處，固然不少；然而，社會背景、法律系統各有不同，有時反而由外國法制之缺失中，可以尋覓我國法制未來走向之靈感，或僅自外國法制或其演進軌跡之中，獲取若干啟示與方向。故比較之後，並非必然全盤照收外國立法例。否則，將外國法制全部翻譯照抄即可，何需勞神分析探討？當然，由外國法制亦可印證我國法值得稱道之處。就此部分則應維持原狀，不宜率爾予以修正。

伍、參考文獻（部份）

1. Bergmann/Ferid: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht.
2. Datton, Gail: A Matter of Trust: The Guide to Gestational Surrogacy, 1997.
3. Heyvaert, Alfons / Willekens, Harry: Beginselen van het gezins-en familierecht na het Marckxarrest 1981, 3-12 ; Marckx v. Belgium, June 13, 1979, Publications of the Court, Serie A, No. 31.
4. Frank, Rainer: Parentage Law Reformed, in: Bainham, Andrew (editor), The International Survey of Family Law 1997, The Hague/Boston/London 1999, p. 167-182.
5. Frisyth, Christopher: Surrogacy Arrangements in French Law, in: International and Comparative Law Quarterly (1992), p. 874-875.
6. Meulders-Klein, Marie-Thérèse: The Status of the Father in European Legislation, (1996) 44 The American Journal of Comparative Law, p. 494-495.
7. Pintens: Die Entwicklung des belgischen Kindschaftsrechts, in: Schwab/Henrich (hersg.), Die Entwicklung des europäischen Kindschaftsrechts, 2. Aufl., 1996, S. 22.
8. Pintens: Die Reform des belgischen Kindschaftsrechts aus vergleichender Sicht, in: FamRZ 1997, 457.
9. Sturm:., Das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen, in: FamRZ 1982, 1553.
10. van Dijk, P./van Hoof, C.J.H.: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights 1990, 379-380.

11. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭：民法親屬新論，民國八十二年。
12. 戴炎輝、戴東雄：中國親屬法，民國八十三年。
13. 戴東雄：民法親屬編修正後法律解釋之基本問題—生父與非婚生子女之血統關係，法學叢刊第一五四期（第九三卷第二期），民國八十三年四月，第 32 頁以下。
14. 藍瀛芳：法國民法典之修正研究，民國六十六年。
15. 林菊枝，西德非婚生子女法，收錄於：親屬法專題研究，民國七十一年，第 219 頁。
16. 林秀雄，家族法論文集（二），民國七十六年。
17. 史尚寬：親屬法論，民國五十八年。