



陳竹上

壹、前言

臺灣的離婚率，以粗離婚率（即每年離婚人數相對於 15 歲以上人口數）觀之，如表 1 所示：自民國 36 年開始統計的千分之 0.53，近六十年來幾乎呈現一路上升之趨勢，並於民國 92 年達到千分之 2.87；民國 99 年起，方逐漸下滑。就離婚對數而言，民國 36 年為 3,351 對，一路攀升至民國 92 年之 64,866 對最高，民國 104 年亦有 53,459 對（內政部戶政司，2016）。臺灣離婚率雖仍低於歐美國家，但近年來已經高居亞洲第一或第二，部分年度僅次於韓國（薛承泰，2015）。曾有學者分析：1970-1979 和 1980-1985 年出生的兩個世代，因為在成長過程中經歷了臺灣離婚率在 1970 年代中期後上升迅速，以及正逢 1980 年代臺灣社會變遷最震盪的年代，加上求學期正是臺灣高等教育擴張階段，這些因素讓年輕世代對於離婚比年長世代更能接受（鄭郁芳，2009）。然而，年輕世代的離婚，往往也必須面對子女尚未成年的

課題。

在上述民國 104 年之 53,459 對離婚夫妻中，共有 59,056 名未成年子女（內政部統計處，2016）。夫妻婚後若已育有子女，依照民法第 1089 條第 1 項：對於未成年子女之權利義務，原則上由父母共同行使或負擔。然而在父母面臨離婚時，多數情形下離異之雙方均經歷相當程度之衝突，且離婚往往均導致父母不再共同居住，從而不得不重新規劃對於未成年子女權利義務之行使及負擔。監護權的實質內涵包括：(1)擔任未成年子女之主要照顧者，負擔保護教養之親職；(2)擔任未成年子女之法定代理人，行使法律上之同意權。至於未成年子女之扶養義務，則仍應由雙親共同負擔，亦即依民法第 1116 條之 2：「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。」（戴炎輝等，2010）

父母離婚時如何重新規劃對於未成年子女權利義務之行使及負擔（以下簡稱「監護權」）（註 1），我國法制上曾有多次變革，本文首先就此歷史發展進行介紹。我

國監護權制度發展至今，是否已確實達成修法時所訴求之性別平等及子女利益？則是本文繼續探討的重點；特別是兒童權利公約施行法民國 103 年 11 月 20 日起施行，使聯合國 1989 年兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）所

揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力，值此公約國內法化已滿二年之際，更須深刻檢視我國現行監護權制度之良窳。最後，本文亦將再次提出離婚及監護權制度之修法建議，期能作為今後制度興革之參考。

表 1：離婚對數及粗離婚率按登記日期統計

單位：對；‰

年 別	離 婚 對 數	粗 離 婚 率
民國 36 年	1947	3,351
民國 40 年	1951	3,858
民國 45 年	1956	4,537
民國 50 年	1961	4,487
民國 55 年	1966	4,915
民國 60 年	1971	5,310
民國 65 年	1976	8,177
民國 70 年	1981	14,875
民國 75 年	1986	22,385
民國 80 年	1991	28,298
民國 85 年	1996	35,875
民國 90 年	2001	56,538
民國 91 年	2002	61,213
民國 92 年	2003	64,866
民國 93 年	2004	62,796
民國 94 年	2005	62,571
民國 95 年	2006	64,540
民國 96 年	2007	58,518
民國 97 年	2008	55,995
民國 98 年	2009	57,223
民國 99 年	2010	58,115
民國 100 年	2011	57,008
民國 101 年	2012	55,980
民國 102 年	2013	53,604
民國 103 年	2014	53,190
民國 104 年	2015	53,459

說明：1.本表按登記日期統計（內政部戶政司編製）。

2.民國 62 年（含）以前資料不包括金門縣及連江縣。

貳、離婚後未成年子女之親權行使：我國法制演進之五個階段

在我國，離婚向來可分為協議離婚（或稱兩願離婚）及判決離婚兩類途徑，協議離婚係指夫妻雙方達成離婚之共識而自行辦理相關手續，其依據為民法第 1049 條：「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。但未成年人，應得法定代理人之同意。」，其手續則規定於民法第 1050 條：「兩願離婚，應以書面為之，有二人以上證人之簽名並應向戶政機關為離婚之登記。」至於判決離婚，則係指夫妻之一方有民法第 1052 條第 1 項所規定之十種情形或第 2 項所稱「難以維持婚姻之重大事由」時，他方得向法院請求離婚，經法院判決離婚確定後，婚姻關係即告結束。2009 年起，立法院另增訂「調解離婚」此一途徑，規定於民法第 1052 條之 1：「離婚經法院調解或法院和解成立者，婚姻關係消滅。法院應依職權通知該管戶政機關。」

至於離婚後父母如何重新規劃對於未成年子女權利義務之行使及負擔，亦即子女監護權誰屬之問題，我國現行制度係於民法親屬編第二章「婚姻」下之第五節「離婚」中，以第 1055 條、第 1055 條之 1、第 1055 條之 2 搭配其他特別法或程序性法規處理之。觀諸民法制定後之歷史，本文將我國監護權制度之法律沿革分為五個階段，以下分述之：

一、第一階段(民國 19 年至民國 78 年)：父方優先原則

民國 19 年民法制定時之第 1051 條規定：「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之。但另有約定者，從其約定。」；另依當時之民法第 1055 條規定：「判決離婚者，關於子女之監護，適用第 1051 條之規定。但法院得為其子女之利益，酌定監護人。」可知此階段係將兩願離婚與判決離婚之子女監護權歸屬方式分別規定，夫妻兩願離婚一律由父方擔任子女之監護權人，除非雙方另有約定（亦即父方同意），才能歸母方；判決離婚亦是父方優先，制度上僅授權法院（法官）可以考量子女利益另外酌定。此階段自民國 19 年我國民法制定起延續近六十年。

在此種制度結構下，離婚對於婦女而言自然是最迫不得已的抉擇，正如同「日日春—九個公娼的生涯故事」一書中關於「美黛的故事」記載：「…那些日子對我來說（先生把第三者帶回家同住），我根本哭不出聲來…。最後，我告訴自己爲了孩子要撐，我勉強撐起來和前夫談判，要他選擇。結果，他選擇了要那個女人，還有孩子們的監護權。但事實上，原先他說兒子他要，結果後來女兒和兒子幾乎都由我帶，生活費我自己張羅，等到兒子大了些他才帶走。離婚當時，我以幫他還清五十多萬元的債務，兒子、女兒監護權給他等條件，換到離婚後孩子跟著我。與前夫辦了離婚後，我就帶了五個孩子回到娘家住。…爲了養五個孩子，離婚那年，爸媽

幫我帶五個孩子，我申請了臺北市公娼執照，開始從事公娼工作。」(夏林清，2000)。

二、第二階段(民國 82 年--民國 85 年)：兒童福利法之突破

回顧我國兒童及少年福利與權益保障之立法歷程，在整體社會福利法制中具有相當之指標性意義：臺灣自民國 52 年以來接受聯合國兒童福利基金會（UNICEF）之援助，成為當時兒童福利之重要基礎。然而，民國 60 年臺灣退出聯合國之後，該項援助因而終止，為了對國際及國人宣示政府重視兒童福利、不因國際贊助者撤離而停擺之決心，民國 62 年遂制定及公布「兒童福利法」全文 30 條，成為國民政府遷臺後第一個針對特定弱勢團體的福利立法（彭淑華，2011）。

然而，兒童福利法制定之初，並未調整民法上述關於離婚後未成年子女親權行使之父方優先原則，而是二十年後的民國 82 年，於修正公布全文 54 條之際，在第 41 條規定：「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，不受民法第一千零五十一條、第一千零五十五條、第一千零九十四條之限制（第 1 項）。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（第 2 項）。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（第 3 項）。依第十五條第三項所定之代行監護權人、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者，準用前三項之規定（第 4 項）。」

以上修正不再區分協議離婚及判決離婚兩類途徑，並以兒少利益為依歸，作為法院審理監護權酌定或改定之判準，取代父權優先，更進一步納入調查報告、輔導觀察之配套機制。然而兒童福利法僅適用於未滿 12 歲者，18 歲至 20 歲之未成年子女，此階段仍須回歸適用民法尚處於父權優先之監護權判準，截至民國 85 年民法親屬編刪除第 1051 條，並修訂及增訂第 1055 條、第 1055 條之 1、第 1055 條之 2，此等原則方全面適用於未滿 20 歲之未成年子女。

值得注意的是：我國「少年福利法」於民國 78 年制定之初，已於第 9 條第 6 項規定：「少年之父母離婚者，法院得依職權、少年本人、其父母、檢察官或主管機關之聲請，為少年之利益，酌定適當之監護人，不受民法第一千零九十四條之限制，並得命其父母支付相當費用。」是否屬上述民法關於父母離婚後父方優先行使親權之突破？有鑑於民法第 1094 條係規範「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務或父母死亡而無遺囑指定監護人」，亦即失依兒童之情形，與父母離婚時如何重新規劃對於未成年子女權利義務之行使及負擔（及本文所稱之「監護權」）不同，加上少年福利法第 9 條主要的規範對象為「少年因家庭發生重大變故，致無

法生活於其家庭者」之安置或輔導，且該條亦未如上述兒童福利法第 41 條明文排除民法第 1051 條、第 1055 條之限制，從而應非父母離婚後少年監護權之特別規定。

民國 93 年因應「兒童福利法」及「少年福利法」合併為「兒童及少年福利法」，原兒童福利法、少年福利法均廢止。民國 100 年立法院三讀通過將原有之「兒童及少年福利法」更名為「兒童及少年福利與權益保障法」，並由原來之 76 條增至 118 條，上述兒童福利法第 41 條關於父母離婚後子女監護權之特別規定，因民國 85 年民法親屬編之修正而未保留；然而民國 85 年民法親屬編之修正並無延續上述兒童福利法第 41 條第 3 項要求「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」之機制，故此一由法院發動之監護權輔導觀察機制，在我國法制上僅施行於民國 82 至 85 約三年。

三、第三階段（民國 85 年--迄今）： 民法親屬編之修正

民國 85 年民法親屬編修正，力求使離婚後監護權歸屬制度邁入保障性別平等及子女利益階段，可分以下數點說明：

（一）刪除民法第 1051 條關於兩願離婚後子女監護權由夫任之（除非另有約定）之規定。

（二）修正民法第 1055 條關於判決離婚子女監護權適用第 1051 條，但法院得為子女之利益酌定監護權人之規定。修正後之

現行條文為：「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（第 1 項）。前項協議不利子女者，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（第 2 項）。行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人得為子女之利益，請求法院改定之（第 3 項）。前三項情形，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（第 4 項）。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，法院得依請求或依職權變更之（第 5 項）。」

（三）增訂第 1055 條之 1：「法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告，尤應注意左列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。」

（四）增訂第 1055 條之 2：「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前條各款事項，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其方式。」

四、第四階段(民國 87 年--迄今)：家庭暴力防治法之特別規定

民國 87 年立法院制定家庭暴力防治法，其中第 35 條(現行法 43 條)規定：「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女。」現行法第 44 條亦規定：「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人或會面交往之裁判後，發生家庭暴力者，法院得依被害人、未成年子女、直轄市、縣(市)主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求，為子女之最佳利益改定之。」藉此制度設計，期能適度避免未成年子女遭受有家庭暴力之一方不當行使親權或會面交往權(陳竹上、邱美月、賴月蜜，2013；陳竹上、黃有志，2014)；此外，法務部曾於民國 103 年公告「法院依民法第 1055 條酌定或改定未成年子女之親權人之參考原則」，說明此一法律上的推定，仍可因法院之職權調查而推翻，法院得斟酌具體資料為相反之認定，例如僅為夫妻間之家庭暴力事件，該施暴者並未對於未成年子女實施家庭暴力，且仍有意願與能力照顧未成年子女之情形，即應審慎考量。

五、第五階段(民國 102 年--迄今)：修正民法第 1055 條之 1

民國 102 年立法院修正民法第 1055

條之 1 為：「法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意下列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。六、父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為。七、各族群之傳統習俗、文化及價值觀(第 1 項)。前項子女最佳利益之審酌，法院除得參考社工人員之訪視報告或家事調查官之調查報告外，並得依囑託警察機關、稅捐機關、金融機構、學校及其他有關機關、團體或具有相關專業知識之適當人士就特定事項調查之結果認定之(第 2 項)。」本次修法之重點包括：

(一)法院可採用社工訪視報告以外之調查方式

民國 85 年增訂民法第 1055 條之 1 時，要求法院為監護權裁判時，應參考社工人員之訪視報告；本次修法則予以彈性化，使法院可採用社工訪視報告以外之調查方式。立法院公布之立法理由表示(立法院，2013)：「一、我國於民國八十五年九月二十五日增訂本條後，實務上均以各地縣市承接縣市政府社會局訪視報告業務之社團做為提出社工人員訪視報告主體，然因各該社團之經驗及專業知識的無法齊一，故訪視報告之製作內容及參考價值不一而足。...四、民國一百年十二月十二日

三讀通過家事事件法，該法第十七條及第十八條規定，法院在承審家事事件審酌必要事項時，得囑託警察機關、稅捐機關、金融機構、學校及其他有關機關、團體、具有相關專業知識之適當人士或由家事調查官進行特定事項之調查，俾利審酌相關事項。五、為因應家事事件法制定，民法第一千零五十五條之一有關子女最佳利益原則之審酌與認定，應該適當引進具備專業知識人士協助法院，或法院得參考除社工訪視報告以外之調查方式所得之結論，以斟酌判斷子女最佳利益，爰增訂第二項。」

(二) 增加友善父母及多元文化原則

法院為監護權裁判時，應依子女之最佳利益，其注意事項於民國 85 年增訂民法第 1055 條之 1 時共五款，本次修法增加「六、父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行爲。七、各族群之傳統習俗、文化及價值觀」二款，亦即將友善父母及多元文化原則入法。立法院公布之立法理由表示（立法院，2013）：「...二、有鑑於父母親在親權酌定事件中，往往扮演互相爭奪之角色，因此有時會以不當之爭取行爲（例如：訴訟前或訴訟中隱匿子女、將子女拐帶出國、不告知未成年子女所在等行爲），獲得與子女共同相處之機會，以符合所謂繼續性原則，故增列第一項第六款規定，供法院審酌評估父母何方較為善意，以作為親權所屬之判斷依據。三、原條文第一項增列第七款，以兼顧各族群之習俗及文化。」兼

顧各族群之習俗及文化，對於已佔相當比例之跨國婚姻監護權事件，頗具重要性（陳竹上、曾竹寧，2011；陳竹上，2014）。

參、我國現行監護權歸屬法制之困境

民國 85 年民法親屬編之修正，力求邁入保障性別平等及子女利益階段，是目前我國離婚後未成年子女監護權歸屬制度的主幹，相較於上一階段，綜整其突破之處包括：(1)告別父權優先時代。(2)整合兩大離婚途徑之監護權歸屬方式，以象徵性別平等、家庭自治的夫妻協議為決定子女監護權的主要機制。(3)以子女之最佳利益為司法審理時之最高指導原則。(4)發展跨專業整合機制。(5)全面適用於父母離婚時之未滿二十歲之未成年子女（陳棋炎等，2010）。然而，由確保兒童權益之觀點檢視之，現行制度仍有以下限制：

一、法院機能止於審理，追蹤之積極性減弱

誠如前述，民國 85 年民法第 1055 條之修正並無延續民國 82 年兒童福利法第 41 條第 3 項要求「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」之機制，故此一由法院發動之監護權輔導觀察機制，在我國法制上僅施行於民國 82 至 85 約三年，甚為可惜。

按離婚對於父母子女之影響均甚深，親權行使重新規劃後，縱使將規則載明於

裁判，仍不可能一勞永逸，然限制除透過兒童及少年福利與權益保障法第 54 條，於兒童及少年家庭遭遇經濟、教養、婚姻、醫療等問題，致兒童及少年有未獲適當照顧之虞，予以「高風險家庭」之通報及協助外，似乎僅能於民法第 1055 條第 3 項所稱「對未成年子女有不利之情事」時，向法院請求改定行使或負擔權利義務之人，以維護子女之權益。未來如何監護權之行使，再建立更周延之輔導觀察機制，頗值研議。

二、兩願離婚夫妻之監護權協議，難以確保性別平等及子女利益

根據民國 85 年刪除民法第 1051 條時立法院公布之立法理由表示（立法院，1996）：「夫妻離婚後對於子女之親權並未因其係兩願離婚或判決離婚而有不同，故不宜區別兩願離婚或判決離婚而分列兩條規定，宜一併規定之。爰刪除第 1051 條，併入第 1055 條加以規定。」然而，就離婚程序及社會實況而言，兩願離婚及判決離婚，是否在子女之親權規劃上並無不同？現制予以合併規定，是否可平等、周延地保障走上不同離婚途徑的父母及其未成年子女？

以下表 2 為歷年來不同離婚方式之離婚對數（內政部戶政司，2015），以民國 104 年為例：納入統計之 53,448 對中，兩願離婚者占 45,258 對（84.68%），判決離婚者占 4,088 對（7.65%），法院調解離婚者占 3,267 對（6.11%），法院和解離婚者占 835 對（1.56%），可見國人離婚仍以兩

願離婚為主要途徑。民國 85 年民法親屬編之修正整合兩大離婚途徑之監護權歸屬方式，雖以象徵性別平等、家庭自治之「夫妻協議優先」為制度主軸，協議不成方由法院審理，如此卻可能忽略了社會結構下性別、階級等優弱勢關係的影響力：是否能在法律專業的協助下上法院訴請裁判離婚，並據理力爭子女監護權，往往與社會經濟地位攸關；占八成以上的協議離婚，子女監護權由夫妻自行協議，過程中往往缺乏專業協助，自主協議亦可能是無奈妥協或被迫放棄。相較於此，法院監護權事件之審理程序往往包括：家事調解之前置程序、社工訪視報告、家事庭法官裁判等，協議離婚卻僅由夫妻前往戶政事務所臨櫃登記、迅速完成，恐難確保性別平等及子女利益之初衷。

夫妻雙方自行協議的制度，容易使既有與婚姻及家庭相關之不平等社會結構，得以延伸及複製到離婚後之子女監護權歸屬。Hall 及 Soskice 曾提出 VOC (Varieties of Capitalism) 之研究取向，指出屬於 CMEs 及 LMEs 之國家，女性可能因勞動市場之條件、性別薪資差異以及福利國家結構上之偏好，而影響其在家庭中之協商能力（陳盈方，2007）。Hakim 則將已開發國家婦女之生涯類型分為彈性取向（adaptive women）、工作取向（work-centered women）及家庭取向（home-centered women）三類，以說明其進出就業市場及勞動參與率之趨勢。其指出工作取向之婦女以無子女之職業婦女為代表，有子女之婦女如為家庭取向則勞動參與率最低，如為彈性取向

則必須力求兼顧子女與工作。相較於此，男性似乎比較沒有一條串聯「家庭」與「職業」間的光譜，所有的生涯取向都幾乎指向「職業」這個唯一終點（楊靜利、劉雯馨，2007）。如將此等分析對照至夫妻離婚後之子女監護權歸屬問題，雖然相較於生涯中較缺乏「家庭」取向之父親，離婚母親因主要照顧者（Primary Caretaker）、子女意願等因素而在專業判斷上較具優勢，然而兩願離婚時夫妻之經濟落差，將使離婚母親及其子女不易進入法院爭取專業判斷，進一步也使得監護權談判可能因經濟能力之訴求而居於劣勢。

以下表3為2015離婚後未成年子女親

權行使人（內政部統計處，2015），表四則為地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬（司法院，2015），兩相對照可知：2015年透過裁判離婚決定監護權歸屬之未成年子女僅1690人，僅占當年總數59056之2.86%，足見父母自行協議者比例相當高。此外，法院依子女利益之專業判斷後，監護權歸母親者2015年為61%，歸父親者為33%，共同為5%；相較於此，以父母自行協議為主之全國數據（表3），同年監護權歸母親者為37%，歸父親者為43%，共同為20%，並且受到子女性別之影響，足見司法專業判斷與父母自行協議之落差，而何者較符合兒少最佳利益，應不言可喻。

表2 離婚對數按離婚方式

年 別		總計	兩願	判決	法院 調解	法院 和解	兩願	判決	法院 調解	法院 和解
民國 99 年	2010	58,037	48,098	5,783	3,215	941	82.87%	9.96%	5.54%	1.62%
民國 100 年	2011	57,077	47,265	5,738	3,056	1,018	82.81%	10.05%	5.35%	1.78%
民國 101 年	2012	55,835	46,386	5,512	3,064	873	83.08%	9.87%	5.49%	1.56%
民國 102 年	2013	53,599	44,694	4,844	3,112	949	83.39%	9.04%	5.81%	1.77%
民國 103 年	2014	53,144	44,583	4,294	3,420	847	83.89%	8.08%	6.44%	1.59%
民國 104 年	2015	53,448	45,258	4,088	3,267	835	84.68%	7.65%	6.11%	1.56%

說明：本表係按發生日期統計。（內政部戶政司 民國105年5月3日編製）

表3 2015離婚後未成年子女親權行使人

性別	總 計	父		母		父母共同行使	
計	59,056	25,470	43%	21,866	37%	11,720	20%
男	30,540	14,034	46%	10,369	34%	6,137	20%
女	28,516	11,436	40%	11,497	40%	5,583	20%

表 4 地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬

年(月) 別	總計	父		母		父母共 同監護		三親等 內親屬	社主會 管福機 利關	其他
100 年	1,591	517	32%	992	62%	47	3%	7	2	26
101 年	1,448	489	34%	884	61%	29	2%	12	-	34
102 年	1,309	457	35%	758	58%	41	3%	3	1	49
103 年	1,950	684	35%	1,157	59%	96	5%	11	2	-
104 年	1,690	564	33%	1,028	61%	91	5%	7	-	-

三、兩願離婚之戶籍登記僅及於監護權協議，影響親權行使

父母離婚除了婚姻關係結束外，尚涉及夫妻剩餘財產分配、未成年子女監護權歸屬、會面交往規劃、扶養費支付等課題。家事事件法第 1 條規定：「為妥適、迅速、統合處理家事事件，維護人格尊嚴、保障性別地位平等、謀求未成年子女最佳利益，並健全社會共同生活，特制定本法。」其中「統合處理家事事件」可一次完整處理家庭糾紛，使父母子女及早結束不確定狀態，開始適應新生活，誠為一重要價值，家事事件法並於第 6 條、第 41 條、第 42 條有合併審理之制度設計。但相對於此，僅由戶政機關登記之兩願離婚程序，依據戶籍法第 4 條，戶籍登記之身分登記僅包括「...(四)結婚、離婚登記。(七)未成年子女權利義務行使負擔登記。」等九款，並不包括未成年子女會面交往、扶養費等，亦成為離婚後親權規劃的漏洞。

四、兩願離婚之共同監護比例偏高，恐有落實困境

由以上表 3、表 4 可知：2015 年法院依子女利益之專業判斷後，父母共同行使監護權者為 5%，相較於此，以父母自行協議為主之全國數據，共同則為 20%，兩願離婚幾乎是判決離婚的四倍，值得探究。實際了解兩願離婚的流程，我們可發現部分育有未成年子女之夫妻，是到了戶政機關辦理離婚登記之際，因戶政人員之要求，方知悉必須同時登記未成年子女之監護權，在當場無法充分討論協商又為求迅速完成離婚程序的情境下，雙方同意將未成年子女登記為共同監護之情形便時常發生。然而，夫妻既已離異不再共同生活，未成年子女往往僅由一方單獨照料，日後礙於戶籍謄本共同監護之登記，許多涉及未成年子女之法律行為（如就學貸款、郵局開戶、購買保險、申請補助等），卻必須由父母雙方行使同意權，在在造成未成年子女權益保障之延宕。此時實際照顧未成

年子女之一方若無法再次取得他方協議，只能向法院聲請改定共同監護為單獨監護，徒增程序耗費。

肆、兒童權利公約之檢視

民國 103 年 11 月 20 日施行之「兒童權利公約施行法」，乃為實施聯合國 1989 年兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child），為此該法第 2 條賦予公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定具有國內法律之效力；第 4 條則要求各級政府機關行使職權，應符合公約有關兒童及少年權利保障之規定，避免兒童及少年權利受到不法侵害，並積極促進兒童及少年權利之實現。我國現行之離婚及監護權制度，除有上述社會困境外，在兒童權利公約之檢視下，恐怕亦有未盡相符之處如下：

一、平等原則之檢視：法院內外大不同？

依據兒童權利公約第 2 條：「1. 締約國應尊重本公約所揭櫫之權利，確保其管轄範圍內之每一兒童均享有此等權利，不因兒童、父母或法定監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、族裔或社會背景、財產、身心障礙、出生或其他身分地位之不同而有所歧視。2. 締約國應採取所有適當措施確保兒童得到保護，免於因兒童父母、法定監護人或家庭成員之身分、行為、意見或信念之關係而遭受到一切形式之歧視或懲罰。」誠如上述，兩願離婚與判決離婚下之兒少監

護權歸屬，現實中往往分屬「父母協議」與「專業認定」兩條迥異之路徑，而離婚途徑之選擇，又與社會背景、財產、身分地位攸關，兒童因父母之行為（選擇兩願離婚）而無法獲得專業保障，恐與兒童權利公約第 2 條之理念未盡相符。

二、最佳利益原則之檢視

依據兒童權利公約第 3 條：「1. 所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量。2. 締約國承諾為確保兒童福祉所必要之保護與照顧，應考量其父母、法定監護人或其他對其負有法律責任者之權利及義務，並採取一切適當之立法及行政措施達成之。3. 締約國應確保負責照顧與保護兒童之機構、服務與設施符合主管機關所訂之標準，特別在安全、保健、工作人員數量與資格及有效監督等方面。」誠如上述，兩願離婚與判決離婚下之兒少監護權歸屬，因司法專業判斷與父母自行協議之故，其歸父、歸母、共同之比率落差甚大，並受子女性別因素左右，而司法專業判斷較符合兒少最佳利益，應不言而喻，足見相當比例之兒少監護權歸屬，並未以兒童最佳利益為優先考量。此外，在我國負責兩願離婚及監護權登記之戶政事務所，其業務既然與兒少權益攸關，解釋上是否可屬於兒童權利公約第 3 條第 3 項所稱「負責保護兒童之機構、服務與設施」，進而可搭配更完整之程序及資源？

三、兒少表意權之檢視

關於兒少之表意權，兒童權利公約第 12 條規定：「一、締約國應確保有形成其自己意見之能力的兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示其意見，其所表示之意見應依其年齡與成熟度予以權衡。二、據此，應特別給予兒童在對自己有影響之司法和行政程序中，能夠依照國家法律之程序規則，由其本人直接或透過代表或適當之組織，表達意見之機會。」就父母離婚後之監護權事件而言，一般論著多援引兒童心理學家 Jean Piaget 之研究，認為兒童自七歲起方具有基本之認知與判斷能力（Cathy, 1984），我國相關政策亦曾明文以七歲為保障兒少表意權之基準，例如修正前非訟事件法第七一條之七規定：「子女為滿七歲以上之未成年人者，法院就前條事件（酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔事件）為裁定前，應聽取其意見。但有礙難情形或恐有害其健康者，不在此限。」

現行家事事件法第 108 條第 1 項則規定：「法院就前條事件（酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔事件）及其他親子非訟事件為裁定前，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會；必要時，得請兒童及少年心理或其他專業人士協助。」然而，此等保障兒少表意權之制度設計，均僅適用於法院審理程序，未及於兩願離婚下父母自行協議之

兒少監護權歸屬，雖兒童及少年福利與權益保障法兒少法第 5 條已規定：「政府及公私立機構、團體處理兒童及少年相關事務時，應以兒童及少年之最佳利益為優先考量，並依其心智成熟程度權衡其意見；有關其保護及救助，並應優先處理。」然而負責兩願離婚及監護權登記之戶政事務所，並無權衡兒少意見之程序及職權，兒少於此程序亦無表達意見之機會。

四、免於不當對待權之檢視

兒童權利公約第 19 條規定：「1.締約國應採取一切適當之立法、行政、社會與教育措施，保護兒童於受其父母、法定監護人或其他照顧兒童之人照顧時，不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包括性虐待。2.此等保護措施，如為適當，應包括有效程序以建置社會規劃對兒童及其照顧者提供必要之支持，並對前述兒童不當對待事件採取其他預防方式與用以指認、報告、轉介、調查、處理與後續追蹤，以及，如適當的話，以司法介入。」面臨父母離婚之兒少，其遭受不當對待之風險包括：(1)由不當之一方擔任監護權人；(2)遭受監護權人之同居人不當對待；(3)監護權人未能親自照顧，而將兒少交由不當之人。因兩願離婚由父母自行協議兒少之監護權歸屬，導致由不當之一方擔任監護權人屢見不鮮，而兩願離婚未能就會面交往、扶養費一併規劃，進一步導致不利子女之情事未能由另一方即時發現，終至悲劇不斷發生（林萬億、陳竹上，2011）。

伍、結語

放眼國際，採行兩願離婚制度之國家其實有限，且兩願離婚制度又可區分為「法院認可制」及「戶政登記制」，如法國、美國、英國（註 2）、澳洲（註 3）雖允許特定條件下合於破綻主義之兩願離婚（no-fault divorce），但夫妻雙方須提交親權行使規劃，經法院確認合乎子女利益後，方認可離婚（陳葦，2006）；於此同時，協助離婚夫妻協商及完成親權行使規劃之專業系統完備，例如澳洲的 FRAL（The Family Relationships Advice Line）提供免費諮詢服務（Family Court of Australia, 2016），美國 PC（Parenting coordinator）協助高衝突離婚夫妻處理監護權及探視權課題（Solotoff, 2008）。至於俄國，協議離婚僅適用於夫妻離婚時無未成年子女之情形，夫妻離婚時若有未成年子女，則離婚及子女監護權應由法院裁判或認可（Khazova, 2002）。

相較於以上各國法制，我國之兩願離婚制度誠須及早由「戶政登記制」修改為「法院認可制」。基於其他公益之追求，對於離婚自由之限制，應可符合憲法第 23 條之規範，近期之實例如家事事件法之實施，強制要求丁類事件外之家事事件（包含訴請離婚），於請求法院裁判前，應經法院調解，當事人逕向法院請求裁判者，視為調解之聲請（家事事件法第 23 條）。判決離婚之訴訟權雖為憲法所保障，但立法

上仍可對其有所限制，由此觀之，協議離婚亦可基於保障兒少人權之公益訴求，而對其附加前置程序。經參照他國立法，試擬民法增訂提議如下（施慧玲、陳竹上，2016）。

民法第 1050 條之 1：「直轄市、縣（市）主管機關應設置親職規劃專人，於夫妻兩願離婚時，依未成年子女最佳利益，審酌民法第 1055 條之 1 之規定，協助規劃父母對於子女權利義務之行使或負擔（第 1 項）。前項規劃應包含定未成年子女權利義務行使或負擔之人、履行扶養義務之內容及方法、會面交往之方式及期間，並得協助處理夫妻財產分配或相關家事事件（第 2 項）。前二項之規劃應經夫妻雙方同意，並作成親職規劃書，送請管轄法院家事法庭核定後，方為離婚之登記（第 3 項）。經法院核定之親職規劃書，與民事確定判決有同一之效力（第 4 項）。」民法第 1050 條之 2：「親職規劃專人應追蹤親職規劃書之履行情形，並結合資源適時協助（第 1 項）。為辦理親職規劃業務，各鄉、鎮、市公所及戶政機關應提供場所、必要之軟硬體設備及其他相關協助（第 2 項）。親職規劃專人之資格、培訓、派駐、經費及其他相關事項，由中央主管機關定之（第 3 項）。」

（本文作者為國立高雄師範大學通識教育中心副教授）

關鍵詞：兩願離婚、判決離婚、親權行使、兒童權利公約

註 釋

- 註 1：民國 85 年修正民法第 1055 條之立法理由指出（立法院，1996）：『一、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，爰將現行條文「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 1089 條用語一致。』亦即將「監護」一詞限縮於「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務或父母死亡而無遺囑指定監護人」以及「成年監護」之情形。
- 註 2：How to get a divorce: You must send paperwork to a court to ask for permission to end your marriage. Separate from the paperwork, you and your ex-partner need to work out: arrangements for looking after any children, child maintenance payments for any children (GOV. UK, 2016)
- 註 3：If there are children aged under 18, a court can only grant a divorce if it is satisfied that proper arrangements have been made for them. (Family Court of Australia, 2016)

參考文獻

- 內政部戶政司，人口資料庫，歷年全國人口統計資料：07 離婚對數及粗離婚率（按登記），網址：http://www.ris.gov.tw/zh_TW/346，瀏覽日：2016/12/29。
- 內政部戶政司，人口資料庫，歷年全國人口統計資料：10 離婚對數按離婚方式（按發生），網址：http://www.ris.gov.tw/zh_TW/346，瀏覽日：2016/12/29。
- 內政部統計處，性別統計專區，性別統計指標，參、婚姻與家庭：13. 父母離婚子女監護權，網址：<http://sowf.moi.gov.tw/stat/gender/list03.html>，瀏覽日：2016/12/29。世代的分析，2009 年臺灣社會學會年會論文。
- 司法院，性別統計，地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬，網址：<http://www.judicial.gov.tw/juds/report/sf-18r3.htm>，瀏覽日：2016/12/29。
- 立法院，法律系統，立法理由，網址：<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>，瀏覽日：2016/12/29。
- 林萬億、陳竹上（2011）。虐殺兒童事件簿之重點歸納，蘋果日報 2011 年 11 月 10 日，網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20111110/33805821/>，瀏覽日：2016/12/29。
- 夏林清主編（2000）。日日春，臺灣工運雜誌社出版。
- 陳竹上（2014）。由《兒童權利公約》探討外籍配偶離婚後親權行使之困境與突破，新世

- 紀智庫論壇，68 期，頁 47-62。
- 陳竹上、邱美月、賴月蜜（2013）。婚姻暴力事件進入家事調解程序之可行性探討：跨界整合及在地實證觀點，成大法學，第 25 期，頁 79-121。
- 陳竹上、曾竹寧（2011）。法律知能與社會工作專業：跨界整合的探索及一位外籍配偶爭取監護權案例的啟發，Asian Journal of Arts and Sciences，2 卷 2 期，頁 162-184。
- 陳竹上、黃有志（2014）。壞先生是否也是壞爸爸？：家庭暴力防治法第四十三條之理論與實證分析，高雄師大學報教育與社會科學類，第 36 期，頁 77-90。
- 陳盈方（2007）。家庭政策與性別勞動分化－生產體制與福利體制的制度互補性，發表於 2007/05/26 臺灣社會福利學會主辦《臺灣社會福利學會 2007 年年會暨學術研討會建立臺灣永續發展的家庭、人口、健康、社區與勞動保障體系：公民權利契約觀點》，地點：國立臺北大學國際會議廳。
- 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2010）。民法親屬新論，三民書局出版。
- 陳葦（2006）。外國婚姻家庭法比較研究，群眾出版社。
- 彭淑華（2011）。臺灣兒童及少年福利政策與法令制度之發展，發表於社會福利模式－從傳承到創新（2011 年兩岸社會福利學術研討會），中國社會科學院社科會堂/中國北京。
- 楊靜利、劉雯馨（2007）。兩性生涯發展趨同的可能性－從大學生對「家庭主夫」的接受度談起，發表於 2007/05/26 臺灣社會福利學會主辦《臺灣社會福利學會 2007 年年會暨學術研討會建立臺灣永續發展的家庭、人口、健康、社區與勞動保障體系：公民權利契約觀點》，地點：國立臺北大學國際會議廳。
- 鄭郁芳（2009）。影響臺灣民眾離婚態度變遷之研究：年齡－時期－世代分析，國立政治大學社會學研究所碩士論文。
- 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2010）。親屬法，自版。
- 薛承泰（2015）。社會發展政策關鍵指標之研究，國家發展委員會委託報告。
- Cathy, J. (1984). "Judicial Questioning of Children in Custody and Visitation Proceedings", Family Law Quarterly 18(43): 58-68. Henrietta, L. G. (1956) Casework Service for Children: Principle and Practice, Boston: Houghton Mifflin Co. Press.
- Eric S. Solotoff (2008). High Conflict Divorces: Parent Coordinators And Other Professionals Enlisted To Help With Parenting Time Issues, Posted In Custody, Practice Issues, Visitation/Parenting Time, <https://njfamilylaw.foxrothschild.com/2008/12/articles/visitationparenting-time/high-conflict-divorces-parent-coordinators-and-other-professionals-enlisted-to-help-with-parenting-time-issues/>, final visited: 2016/12/30.

Olga A. Khazova (2002). Five Years of the Russian Family Code: The First Results, in Andrew Bainham (Editor), International Survey of Family Law(2002 Edition), Jordan Publishing, p.349.