

子女最佳利益原則於我國國際私法之體現

編目：國際私法



主筆人：伊台大

從觀念的釐清出發，以簡單易懂的方式使學生理解國際私法的規範基礎和學說爭議所在，並搭配實例運用且輔以考古題和自創類題，從做中學，使抽象的法理可以實際運用於考試之中，確實拿到應有分數為目標。

◎最新課程請點閱高點法律網 lawyer.get.com.tw

壹、前言

「子女最佳利益」(the best interests of the child)原則，簡而言之，即於涉及未成年子女身分或財產上利益時，於實體正義或程序正義上，需優先保障或實現子女之利益。此原則之優先性屬國際法與國內法的共同要求，除了於我國「兒童及少年福利與權益保障法」第5條有明文規定外，並已逐漸落實於民法之中，而國際私法本質上雖屬法律適用法，原無從以實體正義之角度實現子女最佳利益原則，惟係在抽象地選擇適當的連結點，透過選擇準據法之方式，以使子女得以獲得最大利益，乃屬國際私法藉由價值判斷後之連結政策^{註1}，我國現行涉外民事法律適用法（下稱涉外民法）亦將子女最大利益納入選法政策之中，透過選擇準據法之程序規定以保障子女實體利益。本文即以子女最佳利益原則為中心，淺論該原則體現於涉外民事法律適用法之相關規定，並參考學者對實定法之指摘，說明相關條文為德不卒之處。

貳、子女婚生性與準正之規定

涉外民事法律適用法第51條規定：「子女之身分，依出生時該子女、其母或其母之夫之本國法為婚生子女者，為婚生子女。但婚姻關係於子女出生前已消滅者，依出生時該子女之本國法、婚姻關係消滅時其母或其母

^{註1} 林秀雄，〈從子女利益觀點論涉外民事法律適用法關於準正之準據法則〉，《月旦法學》，2014年10月，頁235。

之夫之本國法，為婚生子女者，為婚生子女。」其中但書與本文僅適用各該本國法之時點不同，其規範模式相同，均屬「選擇適用」之法律衝突適用方式。解釋上本條規定係針對該子女與其母之夫間，是否具備婚生性而有疑義者，於適用何國法律之婚生性標準以為斷時，即得選擇該子女本國法、子女之母本國法、其母之夫（可能為子女之父）本國法，亦即最多有三國之法於適用上以資選擇，而僅需其中一國之親屬法適用結果，承認該子女係屬其母之夫之婚生子女者，即以該國法律為準據法。此種選擇適用方法，依照本條修正理由明言：「有藉選擇適用多數國家之法律，以儘量承認子女婚生性之立法趨勢」，即就係爭婚生性問題，予以複數準據法適用，承認子女婚生性，使子女受婚生性之保護，即屬子女最佳利益原則之體現。惟子女婚生性多僅有推定效力，仍得舉如血緣鑑定等反證推翻之。故涉民法雖透過選法政策儘量承認子女婚生性，惟如其母之夫實非生父時，而向我國法院提起涉外婚生否認之訴時，則應適用涉民法何一條文以決定準據法？現行涉民法並未就婚生否認之準據法有具體規定，解釋上仍應適用涉民法第 51 條規定定其準據法，惟適用上需反面認定，即檢驗原告（子女其母之夫）所提證據是否能否認其與該子女之婚生關係，仍需同時檢視該子女本國法、子女之母本國法、其母之夫本國法，而需三國法律均可認定兩造並無親子關係，始得於實體上否認原告與子女間之婚生性，由此觀之，婚生否認於現行涉民法適用上，應可解釋為屬於「累積適用」方法，而操作上確已加重原告（其母之夫）提起婚生否認之訴之難度。婚生否認在政策上本需兼顧婚生子女利益與親生父之利益，惟自前述本條立法方式觀之，實大幅偏重於子女利益，使子女婚生性較難以撼動。

又依涉民法第 53 條規定：「非婚生子女之認領，依認領時或起訴時認領人或被認領人之本國法認領成立者，其認領成立。」其立法理由為：「非婚生子女之認領，所確認者為自然血親關係而非法定血親關係，其方式有任意認領及強制認領等二種。現行條文關於非婚生子女認領之成立，採認領人與被認領人本國法並行適用主義，易誤會認領為類似收養行為之身分契約，並不利於涉外認領之有效成立，影響非婚生子女之利益至鉅。爰刪除「之成立要件」等字，並改採認領人或被認領人本國法選擇適用主義，以儘量使非婚生子女取得婚生地位，並保護被認領人之利益。」其適用方式亦如同前述同法第 51 條規定，採選擇適用方式，盡量承認非婚生子女受生父認領，使非婚生子女取得婚生性之保護，在立法政策上

亦明文納入子女最佳利益之考量。

惟有疑義者，依涉民法第 52 條規定：「非婚生子女之生父與生母結婚者，其身分依生父與生母婚姻之效力所應適用之法律。」，所謂婚姻效力準據法應指同法第 47 條婚姻身分效力準據法之規定：「婚姻之效力，依夫妻共同之本國法；無共同之本國法時，依共同之住所地法；無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。」而第 52 條之立法理由略為：「婚生子女之生父與生母結婚者，該非婚生子女是否因準正而取得與婚生子女相同之身分之問題，原為各國立法政策之表現，並與其生父及生母婚姻之效力息息相關。」於民法規範體系上，準正與認領同，均屬使非婚生子女取得婚生性之規定，在立法在使非婚生子女得以透過其生父生母之婚姻，而直接取得婚生性之保護，無需透過認領或其他意思表示為之。而觀諸涉民法規範方式，在適用上將非婚生子女與生父間是否具備婚生關係，繫諸於生父與生母間婚姻關係上，成為婚姻效力之一種，而可能須視婚姻有效與否，影響子女是否取得婚生性之身份效力，故解釋上，如生父生母間婚姻之成立要件（包含實質要件與形式要件）如有瑕疵，而不生婚姻效力，又若生父與子女間並無其他認領之事實，則該子女是否即無法取得婚生性之保護？又或是否構成準正僅僅適用婚姻效力之準據法獨立認定，而非與婚姻成立與否之實體關係掛鉤？適用上不無疑問。然而，我國民法所規範之準正，本為保障非婚生子女而設，仍有子女利益之考量，但涉民法關於準正準據法之選法方式，其所援引之「婚姻身分效力」準據法之立法，本為兩性平等目的而制定，但準正涉及子女身份關係，與兩性平權並無太大關聯性，而細究第 52 條適用方式，亦有別於前述同法第 51 條、第 53 條之選擇適用方法，顯見準正之選法並未將子女最佳利益原則納入考量，無助於子女利益之保護，受到學者批評。有學者認為準正應如同婚生性之規定，以父、母或子女之任一本國法，均得取得婚生身份，以盡量保障子女利益（早期版本之修正草案亦類此規定）。^{註2}

^{註2}同前註，頁 241-245。

參、子女之親權與監護之規定

於父母或監護人對未成年子女權利義務之行使或負擔時，子女最佳利益原則首先強調的是未成年人的主體性。亦即認為：未成年子女雖然身心尚未成熟，但仍然具有獨立的人格與權益，孩童的利益並非父母或任何成年人的附屬利益，未成年人當然也不是其父母或任何成年人的權利客體。在離婚後子女監護的爭議中，其焦點不再是「誰『有權』擔任監護」，而是「由誰擔任監護『對子女最為有利』」。^{註3}第二個重點是未成年子女利益保護的優先性。任何紛爭只要牽涉未成年子女的權益在其中，處理時就必須以其最佳利益為優先考量，孩童的利益要優先於大人的利益受保護，成年人的利益在未成年人保護的面前需做必要退讓。^{註4}

於爭奪子女之案例，例如：父母離婚時定對子女權利義務之行使負擔，如何貫徹子女最佳利益？我國民法第 1055-1 條規定：「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。」惟各該要素均係法院審酌之參考，並無優先劣後之適用問題，仍須視具體個案決之，然而實務上仍有許多衝突與兩難。此一精神亦貫徹於於涉外親子權利義務關係之準據法選擇政策中，依照涉民法第 55 條規定：「父母與子女間之法律關係，依子女之本國法。」其立法理由略為：「本條規定…以貫徹子女之本國法優先適用及保護子女利益之原則。本條所稱父母與子女間之法律關係，是指父母對於未成年子女關於親權之權利義務而言，其重點係在此項權利義務之分配及行使問題」亦即，在離婚案件中決定離婚後之父母如何對子女行使權利、負擔義務，如何定主要照護者、甚或採取共同監護、而他方探視權如何行使等等問題，其所依循之準據法，均以子女之本國法斷之，此立法亦有使子女所受本國法秩序規範之生活秩序，將因適用其本國法作為離婚後生活秩序之準據法，而得

^{註3}劉宏恩，〈離婚後子女監護案件「子女最佳利益原則」的再檢視〉，《月旦法學》，2014年11月，頁194。

^{註4}同前註，頁195。

以使其生活秩序最小變動之考量。

值得一提的是，過往父母對未成年子女之扶養義務，因其性質上與一般「扶養」並不相同，並非單純地透過親族間維持其他親族最低生活水準，以穩定社會組織之規範，而係具有更深一層之家庭形成與人格教養之意義，故過往有力見解多將父母對未成年子女之扶養關係定性為「親權」事件，而非「扶養」，惟現行法第 55 條立法理由謂：「至於父母對於未成年子女之扶養義務之問題、已成年子女對於父母之扶養義務、父母與子女間彼此互相繼承之問題等，則應分別依扶養權利義務及繼承之準據法予以決定，併此說明。」已直接將父母對未成年子女之扶養歸類於扶養事件中，適用涉民法第 57 條選法。然而依照第 57 條規定：「扶養，依扶養權利人之本國法。」將舊法的義務人本國法主義變更為權利人本國法主義，亦有保障弱勢權利人而適用其本國法為準據法之政策意涵，其政策意義上與第 55 條規定不謀而合，而法官在個案中決定父或母孰為適任之親權行使或主要照護人、其照護方法、探視權之約定行使、扶養費之給付與分擔等，均可依照相同之政策目的，適用一致的準據法。

在父母一方或雙方不能行使親權之監護事件中，法院在為未成年子女定監護人時，依照民法第 1094-1 條規定：「法院選定或改定監護人時，應依受監護人之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意下列事項：一、受監護人之年齡、性別、意願、健康情形及人格發展需要。二、監護人之年齡、職業、品行、意願、態度、健康情形、經濟能力、生活狀況及有無犯罪前科紀錄。三、監護人與受監護人間或受監護人與其他共同生活之人間之情感及利害關係。四、法人為監護人時，其事業之種類與內容，法人及其代表人與受監護人之利害關係。」與前述民法第 1055-1 條相同，亦屬於考量子女最大利益原則之具體規定。而於涉民法規定監護事件準據法之選擇，依照涉民法第 56 條規定，原則上依受監護人之本國法，如為未成年子女監護事件，則依子女之本國法為準據法（此外尚有受監護宣告人之監護事項亦依本調選法）。雖涉民法第 56 條修法理由中，並未明文採取子女最佳利益原則，然與前述親權事件準據法規定比較來看，二者均採子女本國法為準據法，解釋上，法院無論是決定父或母對子女權利義務行使負擔，或是對未成年子女設置監護人、決定監護方式，均為對子女生活秩序之設定與變動，而其選法依據，適用子女本國法，以圖子女最佳利益，我國法在此一部分之立法實趨於一致。另外，第 56 條但書謂「但在中華民國有住所或居所之外國人有下列情形之一者，其監護依

中華民國法律：一、依受監護人之本國法，有應置監護人之原因而無人行使監護之職務。」就本條適用於在我國有住居所之未成年外國人，於父母之一方或雙方不能行使親權時，而有置監護人之必要，但無法依其本國監護相關規定設置監護人，依照最高法院見解，包含事實不能或法律不能（例如：其監護人亡故、重病、受刑、失蹤，又其本國法規定的監護人親族或順位中已無他人可行使監護權等情，但不包含「行使有困難」，如無暇照顧情事等），而使該外國未成年人陷入無人監護的窘境，於此則無需拘泥於適用受監護人本國法，我國法院得依照我國民法規定設置監護人及定監護方法，以保障該外國未成年人權益，使未成年人權益之保護更為完善。例如：法院在審酌個案決定或改定監護人時，如原來監護人健康狀況有疑慮，被法院認定為有事實上已不能行使監護權，而依照受監護人本國法又無其他監護人可以改定，則可依照本條但書規定適用我國民法為準據法，並依民法第 1094 條規定，指定我國主管機關或社福機構為監護人。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！