

# 論婚姻移民家庭權之平等保障 —全球法本土化的考察與反思



編目：憲法

## 【論文導讀】

- 一、文章名稱：論婚姻移民家庭權之平等保障—全球法本土化的考察與反思
- 二、作者：施慧玲、陳竹上
- 三、出處：月旦法學雜誌第 189 期，頁 22~37

### <目次>

- 壹、重點整理
  - 一、婚姻家庭權之全球本土化
  - 二、全球化社會之家庭權平等保障與個案正義
  - 三、實務考察
  - 四、結語
- 貳、考題趨勢
- 參、參考文獻
- 肆、延伸閱讀

### <摘要>

「現代家庭法」乃基於立憲福利國家維護個人身分權益之責任，對家庭弱勢者提供特別保護。隨著國際人權理念本土化的推展，全球法強調婚姻移民權益內國法上的平等保障，以維護多元文化社會中的人性尊嚴，並重構文化融合的家庭秩序。

然而，婚姻移民與其在台配偶及親屬的家庭權益，是否應享有憲法的平等保障？家庭法規範對於夫妻及親子關係中弱勢權益之維護，是否應平等適用於「婚姻移民」？全球本土化後的人權理念，究竟能在本土婚姻移民家庭中發揮多少影響力？本文試圖從理論觀點，檢視司法見解，並與讀者分享對於婚姻移民人權平等保障的專業關懷。

關鍵詞：全球法、全球本土化、家庭權、婚姻移民、平等保障

## 壹、重點整理

### 一、婚姻家庭權之全球本土化

在現代法律的規範下，「家庭」之概念由合法締結之婚姻與婚生子女為要素而組成。不論就社會制度而言或在憲法保障之下，這個「現代核心家庭」皆被賦予情感維繫、經濟依附、保護養育與社會化等功能。隨著國際化與全球化的文明演進，臺灣的身分法也由移植先進國家的規範條文，到整體檢視效法先進婚姻家庭制度的政策規劃、法理基礎與社會實境。

「現代家庭法」乃基於立憲福利國家維護個人身分權益之責任，以「男女(性別)平等」與「(未



成年)子女最佳利益」為法律原則，維護家庭身分結構中之弱勢者權益。隨著國際人權理念本土化〔或稱為「全球在地化」〕的推動與進展，相較於法治國家面對家庭隱私的不介入原則，全球法基於社會正義理念，強調婚姻移民應享有內國法上權益的平等保障，主張以獨立生命個體之人性尊嚴為法律保障之基礎，並在強調文化融合的地球村中，重新建構多元社會的理想家庭秩序。

觀諸釋字第 242、362、372、452、552、554、587 號解釋可知，近年來大法官透過司法解釋，表達對於婚姻家庭多元價值的寬容，並因應時代需求，透露婚姻家庭制度性保障內涵的變動。藉此，本文擬提出下列問題思考：

(一)婚姻移民與其在台配偶及親屬的婚姻家庭權益，是否應該在平等原則下享有憲法制度性保障？

(二)為回應婚姻移民特殊需求或其弱勢情況，是否應該重構臺灣法的核心家庭秩序？

(三)憲法對於婚姻家庭的制度性保障，是否應基於跨國婚姻之特殊需求而制定特別法律規範或處理程序？

(四)家庭法規範對於夫妻及親子關係中弱勢權益之維護，是否應平等適用於「婚姻移民」？

本文認為，除不應因其「移民」身分而有歧視規定外，尚應基於外籍配偶因其跨國婚姻而產生之特殊需求，給予特別保障。

## 二、全球化社會之家庭權平等保障與個案正義

本文指出，全球化趨勢從兩大方面改變家庭生活：

### (一)法制的影響

因為跨越國界與疆域的人際互動日趨頻繁，家庭關係也日漸展現其全球性格，多元的跨國婚姻家庭型態應運而生，此一全球化現象所引起的家事事件選法衝突，在在挑戰傳統內國法的家庭人權法制內涵與保障機制。

### (二)文化的影響

此即所謂的「文化全球化」。因為受到所謂「現代」或西方文化散布全球的影響，家庭生活即使沒有涉及跨國因素，也會受到西方文化的影響。

在家庭生活的跨界因素交互變動下，全球法又基於多元文化與社會正義的訴求，追求婚姻家庭權的平等保障。因此，內國法律機制處理全球涉外因素的家庭紛爭，就明顯比裁判內國案件困難且複雜。

全球化的主要影響之一，是以美國為首而對外散布的國際人權文化，結果就是各國簽署國際人權條約，並視各國政經、社會與文化條件，將各該公約內關於弱勢人權保障的理念與機制落實在內國的法律與實務之中。如台灣外交部在 1995 年對國際社會正式宣示遵守聯合國兒童權利公約的決心，並且將其主要原則落實在相關政策、法律、司法與行政措施上，即屬之。然而作者也提出以下質疑：全球本土化後的人權理念，究竟能在婚姻移民家庭議題上發揮多少影響力？在討論「外籍配偶議題」的同時，該等人權理念往往被犧牲於其它政治、經濟或社會、文化的排外情節中。類此本土法律文化與全球法律價值互相衝突的情形，其實也是一種全球現象與挑戰。

當一個婚姻關係涉及跨國移民問題時，外國配偶在本國的權利不論在規範上或實踐上都缺乏執行力。臺灣率隊待移民者的態度，是否仍如 19 世紀美國視中國婦女為娼妓而禁止其以配偶身分入境一般？在此偏見下，婚姻移民常常被視為是危害社會發展與文化傳承的。因此法律將移民配偶推定為違法入境者，自然就將移民限制或歧視待遇視為維護國家利益及文化價



值的必要措施。然而在以本土文化價值支配婚姻移民思維的私心之下，我們對於「婚姻移民家庭權平等保障」的全球社會正義理念究有多少認同感？而在全球內國法化之後，司法者又應該如何調適與因應？這些即已成為重要的課題。

### 三、實務考察

相較於一般國人，當婚姻移民面臨不幸福的婚姻生活或喪偶之痛時，尚須面對移民政策下關於居留與離婚的不利規範；特別是設籍前之外籍配偶，可能因居留原因消失，居留許可遭廢止，因而面臨更大的壓力及無助感。本文特就外籍配偶離婚或喪偶時面對規範之 2 種情形進行實務考察如下：

#### (一)離婚及子女親權行使之裁判情形

居於被告地位之外籍配偶，多半並未參與離婚及確認子女最佳利益、親權行使判斷等親職規劃程序，而被告之缺席也顯示社工訪視僅能及於原告一方，法官亦僅能憑藉原告一方的意見及證據作成裁判。若外籍配偶之離婚訴訟參與權獲得保障，乃至於有相關法律扶助措施維護其訴訟對等地位，則其婚姻家庭權益將獲得較周延之保障。

#### (二)未成年子女權利義務之行使及負擔

##### 1.離婚後親權行使

1996 年起，就父母離婚後未成年子女權益義務之行使及負擔，臺灣民法有劃時代的制度變革。依據民法第 1055 條，父母離婚後未成年子女親權行使歸屬係交由夫妻協議，協議不成方由法院裁判。就此而論，外籍配偶如係透過兩願離婚之方式結束婚姻關係，則其未成年子女親權行使多半係經由配偶協議乃至於無奈妥協之方式決定之，而此等親權行使之協議實際上往往與離婚時夫妻雙方的談判能力攸關，若非夫家同意，離婚時通常居經濟弱勢之母方顯然居於談判上的劣勢。就此，居於性別及國籍雙重不利情境的外籍配偶，於離婚之際欲透過與夫家協議之方式而成為未成年子女之親權行使人，顯然將遭逢更大的阻力。

子女親權行使之裁判是一場比較父母雙方何者較符合子女最佳利益的賽局。但所謂子女最佳利益實際上往往與父母雙方所能提供的照顧及教養資源攸關，就此點，外籍配偶隻身自異國來台，於語言能力、經濟能力、親屬支持系統等面向原本即難以與夫家整體居於平等之立足點，自然亦難以是客觀上符合子女最佳利益的一方。

然在少數相關法院裁判中，我們發現不論是社工的訪視報告或法官的裁判理由，都在子女最佳利益原則及其相關具體指標的運作下，質疑或否定了外籍配偶離婚後相較於夫家較適宜擔任未成年子女親權行使人的能力。例如：高等法院台南分院 94 年度家上字第 97 號裁定中，即引述社工員訪視報告，就訴請離婚之越南配偶之經濟能力、語言能力、親屬支持系統等面向提出質疑，作為裁判親權行使歸父方的論據。

##### 2.文化面向的思考

如上所述，承審法官認為外籍母親未能受相當之中文教育，日後對子女之學習教養，終究不如相對人係本國人對本地民情習俗之瞭解，對小孩從家庭生活中學習融入社會之能力相差甚大。然而若此一推論成立，則外籍配偶不論其性別或母國國籍為何，幾乎均無法擔任子女親權行使人，畢竟在中文教育及本地民情習俗之瞭解上，外國人往往終究不如本國人。該判決除可能隱含法官個人層次的種族歧視，並反映出台灣社會對外籍移民的文化歧視以及司法體系對外籍被告的制度性歧視。此判決依被告之種族及與台灣民情習俗之不同而排除其法律賦予之子女親權行使權利，是否妥當即頗值深思。

此外，這位外籍母親係因為遭受家庭暴力並取得民事通常保護令方提出離婚，依照機庭暴力防治法第 43 條之規定，應推定由施暴者行使親權將不利於子女。然而本案中法院將「文化差異」視為比「婚姻暴力」更不利於子女成長之因素，如此作法對於子女日後的成長是否隱藏著安全上之疑慮，亦相當值得評估。

有關離婚後未成年子女親權行使歸屬之認定，1996 年起臺灣係以「子女最佳利益」為最終判斷之依歸。外籍配偶來自異鄉，面臨離婚訴訟之際，各方面有形、無形的資源往往無法與本國人比擬，難免居於劣勢，若未審慎規劃，無疑將扼殺其親權行使之機會。子女最佳利益之衡量涉及高度之價值判斷而常有見仁見智之窘境。



一個人的價值觀及幸福感將受到其成長環境中文化脈絡的深刻影響，法官亦然。從而，如何將多元文化之理念適度納入司法系統，並逐步排除婚姻移民於身分保障及司法程序上的不利地位，包括建構更人性化及考量外籍人士需求的通知程序、降低一造辯論判決的比例，並在移民政策上考量將取得探視權納入外籍父母得繼續居留之事由，均是確保兒童成長利益不可或缺的面向。

### 3. 移民政策下的親子會面交往

最高法院 95 年度臺上抗字第 402 號民事裁定，呈現出外籍配偶是否取得子女親權行使將決定其居留權之窘境，其謂：「比較兩造之經濟狀況、人格特質、居住狀況及支援系統、照顧經驗，伊均較相對人利於子女，且伊對子女同有親權行使之意願；若子女 2 人之權利義務之行使或負擔，均由相對人任之，則伊縱已放棄越南籍，日後恐有遭遣返之虞。」

以上述案例而言，因其發生於 2008 年 8 月 1 日入出國及移民法第 31 條第 4 項但書得准予繼續居留事由施行前，故本案越南配偶雖合於上述第 2 款遭受配偶身體或精神虐待經法院核發保護令，以及第 4 款因遭受家庭暴力經法院判決離婚且有在臺灣設有戶籍之未成年親生子女，但基於法律不溯及既往原則，仍無法因此獲得保障。無論如何，臺灣入出國及移民法之修正，應值得肯定，但其對於外籍配偶人權保障及親子關係維護之落實程度如何，即相當值得評估。

因適用入出國及移民法第 31 條第 4 項但書而引發行政訴訟之案例，目前僅臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1533 號判決，本案係涉及第 5 款所稱「因居留許可被廢止而遭強制出國，對在臺灣地區已設有戶籍未成年親生子女造成重大且難以回復損害之虞」之解釋適用，由判決理由得知目前司法實務對於此一不確定之法律概念係採取從嚴解釋之立場。就本案越南母親主張其若遭遣返出境，未成年子女將處於隔代教養情境而言，法院表示：「參諸台灣目前社會，父母在外謀生，孫子女由祖父母照顧者比比皆是，殊難認會對孫子女造成重大且難以回復之損害；更何況本件係由未成人之父與祖父母共同照顧，更難認有對未成年親生子女造成重大且難以回復損害之虞。」

此外，更值得臺灣移民政策深入思考的是，居留權的剝奪對於外籍配偶而言，因距離及交通因素，無異於同時剝奪探視權，然而司法實務上對此亦採取從嚴解釋之立場：「原告因原係越南國人，於無居留權之情況下，於回復其原國籍後依法本應出境，確可認原告於未取得吳○霆之親權行使之情況下，將無法長年居住在臺灣，如此雖將使原告與吳○霆相處之時間大大減少，惟原告出境後並非永遠無法再入境臺灣，吳○霆亦非無法前往越南與原告會面，並無吳○霆由其前夫行使親權必將對吳○霆有所不利或有何造成重大且難以回復損害之虞情事。」

## 四、結語

臺灣親屬法在經歷 20 世紀的現代化與國際化之後，漸行轉化為以夫妻及親子為規範中心之家庭法，並隨著福利國家及平權社會的建立，使得家庭弱勢者的個人權益保護成為立法重點。本世紀的家庭法，則透過國際人權法的引進，感染了全球法上多元家庭價值與社會正義理念，並慢慢培育出婚姻家庭人權平等保障的本土種子。

在全球在地化(glocalisation)的潮流中，我國在政策與法律上「下載」了國際人權法中關於婚姻家庭人權的理念。對於如「男女平等/性別平等」或「子女最佳利益」這樣的法律原則，中學生都可以朗朗上口。不過，人權的實踐結果往往不如白紙黑字的法律所預期，家庭法的規範實踐必須藉由經驗研究的歸納與分析來觀察與理解。本文嘗試應用隨機挑揀的法院判決，分析法官如何使用專業語言描述並判斷家庭經驗事實，希望與讀者共同檢視司法裁判中的婚姻移民人權，並從法律的實然反思其應然。

## 貳、考題趨勢

何謂歧視？如何面對並解決外籍配偶的歧視問題？如何判斷國際人權條約在國內的法律效力為何？



法院實務見解對於外籍配偶離婚及未成年子女親權行使的判斷理由問題為何？當本土法律文化與全球法律價值互相衝突的情形，該如何解釋並落實基本權利？以上問題考生宜多加思考留意。

#### 參、參考文獻

- 一、施慧玲(2001)，〈家庭、法律、福利國家—現代親屬身分法之主要研究課題〉，《家庭、法律、福利國家—現代親屬身分法論文集》，台北：元照。
- 二、施慧玲(2009)，〈勾勒一個多元發展的臺灣親屬規範圖像—新世紀的家庭法學思維與視野〉，《臺灣法學新課題(七)》，台北：臺灣法學會。
- 三、顏厥安(2004)，《規範、論證與行動》，台北：元照。
- 四、施慧玲(2007)，〈民法親屬編之理想家庭圖像—從建構制度保障到寬容多元價值〉，《月旦民商法雜誌》，第 17 期。
- 五、廖元豪(2004)，〈從「外籍新娘」到「新移民女性」—移民人權的法學研究急待投入〉，《台灣本土法學雜誌》，第 61 期。
- 六、施慧玲(2008)，〈子女最佳利益與離婚後親權行使〉，《民法親屬繼承實務實例問題分析》，台北：五南。

#### 肆、延伸閱讀

- 一、廖元豪(2010)，〈外人做頭家？—論外國人的公民權〉，《政大法學評論》，第 113 期，頁 245-306。
- 二、蔡震榮(2009)，〈自外籍配偶家庭基本權之保障論驅逐出國處分—評台北高等行政法院 95 年度訴字第 2581 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 8 期，頁 21-37。
- 三、王曉丹(2009)，〈法律論證事實的脈絡分析—以越南婚姻移民婦女之「家庭暴力」為例〉，《法學新論》，第 14 期，頁 59-85。

※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】[www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)

立即在線搜尋！

