

報紙：

林恕暉，2011/1/30，〈父母對新生兒姓氏為約定 由戶政抽籤／抽籤被動手腳？從母姓是從父姓的 2.6 倍〉，《自由時報》，版 A12。

網路資料：

〈國籍之歸化取得人數〉，《內政統計年報》，<<http://sowf.moi.gov.tw/stat/year/list.htm>>。

〈尋親〉，《兒童及少年收養資訊中心》，<<http://www.adoptinfo.org.tw/>>。

〈104 年第 32 週（104 年 6 月底在我國之外籍人士統計）〉，《內政部統計處—內政統計通報》，<<http://sowf.moi.gov.tw/stat/week/list.htm>>。

〈沈委員美真、楊委員美鈴、洪委員昭男調查，據報載，有關外勞或外配因外遇、逃逸、逾期居留、遣返等因素，致其在台生育之子女面臨生父不詳、生母失聯等處境，成為無國籍孩童或人球，非但無法申辦居留證、國籍或辦理收養，更無法享有健保就醫或就學等基本照顧，侵害兒童人權等情乙案之調查報告〉，2012/12/7，《監察院全球資訊網》，<<http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdurl=/CyBsBox/CyBsR1.asp&ctNode=910>>。

〈出生登記子女從姓案件〉、〈出生按身分〉、〈人口身分變更統計〉，《內政部戶政司全球資訊網》，<http://www.ris.gov.tw/zh_TW/346>。

《司法院法學資料檢索系統》，<<http://jirs.judicial.gov.tw/>>。

第五章

家庭權

◎黃詩淳

國立臺灣大學法律學院副教授

壹、前言

家庭權的內涵豐富，大致上可包括：（一）組成或不組成家庭之權利，（二）和諧家庭生活之權利，（三）維持家庭存續之權利，（四）維持家庭親屬關係之權利¹等。以往我國文獻在討論家庭權時，較偏重於婚姻關係與收養，不過，兒童既是家庭成員，當然也是家庭權的保障對象。

《兒童權利公約》第 9 條第 1 項指出兒童出生後即應受父母之照顧，第 10 條要求締約國給予分離之父母子女適當之協助，使其家庭團聚，第 11 條禁止將兒童非法移送國外，或非法不送還本國，第 18 條要求締約國協助父母善盡親職。上述規定皆顯示了公約肯定兒童有與父母相處、接受父母養育之權利，得以「家庭生長權」（children's right to grow up in the family）一詞概括稱之。亦即，兒童得以在未成熟的時期，在家庭中受到父母妥善照護，非有正當理由，不得隨意限制或侵害兒童在家庭中成長的權利；為維護此權利，國家有義務透過立法、司法、行政等措施，保障兒童擁有使其身心健全發展的家庭環境。

此背後的思考，係認為家庭是兒童最佳的成長環境，故賦予父母照顧兒童的權利與義務，也課以締約國協助此權利與義務實現之責任。那麼，何以《兒童權利公約》認為家庭是兒童的最佳成長環境、不應使父母與兒童分離呢？一般而言，父母子女具有血緣聯結，這種關係使得父母和子女有感情上

¹ 李震山，〈憲法意義下之「家庭權」〉，《中正法學集刊》，第 16 期，2004 年 7 月，頁 71-75。

的緊密結合關係，這種與生俱來的關係會促使父母去尋求並實踐子女的最佳利益²。此外，學者分析家庭功能後，將其分為固有功能及歷史功能，前者係指情感、生殖及養育功能，後者係指經濟、教育、保護及宗教功能；其中，固有功能具有無法替代的獨特性³，公約的前言亦謂：「本公約締約國…確信家庭為社會之基本團體，是所有成員特別是兒童成長與福祉之自然環境…」，因此，家庭應係養育兒童之最佳場所。

就此而言，家庭若仍有功能存在，國家就不應介入；家庭功能不彰時，國家應以恢復家庭功能為目標提供協助；家庭功能若無法恢復，國家有責任另尋適合兒童少年成長的環境，該環境可能是另一個家庭或其他社會福利機構⁴。

貳、公約中之家庭權內涵

一、禁止與雙親分離（第 9 條）

本條主要規範者為國內的兒童與父母分離事件，而第 10 條則是處理跨國的分離事件，兩者有密切關聯。

本條第 1 項規定，締約國應確保不違背兒童父母的意願使兒童與父母分離，除非這樣的分離係屬維護兒童最佳利益所必要者。這是因為，兒童與其父母分離將產生嚴重影響，只有當兒童面對立即的傷害或無其他手段時，最後才能採取分離的措施（分離的最後手段性）。因此，在採取分離手段前，國家應為父母提供支持，協助其承擔起為人父母的責任，以恢復或增強家庭照顧子女的能力。並且，經濟原因不可作為兒童與其父親或母親分離的理由⁵，

² 施慧玲、張旭政，〈論國家介入親權行使之法理基礎：以兒童人權為中心價值的論證體系〉，施慧玲著，《家庭法律社會學論文集》（台北：元照，2004 年），頁 266-267。

³ 鄭淑燕，〈健全家庭功能以落實兒童福利〉，《社會建設》，第 87 期，1994 年 7 月，頁 9。

⁴ 施慧玲，〈我國法制建構未成年人家庭成長權之可行性研究〉（行政院國家科學委員會專題研究報告），2005 年 11 月，頁 4。

⁵ 參見兒童權利公約第 14 號一般性意見第 61 段、大會第 64/142 號決議之附件（General Assembly Resolution 64/142, Annex）Guidelines for the Alternative Care of

同樣，兒童或其父母之障礙，亦不可作為分離之理由⁶。當主管機關認為兒童與父母分離符合兒童最佳利益時，則屬前述義務之例外狀況。雖然條文並未要求「主管機關」為司法機關，但主管機關之決定須經司法審查。

本條第 2 項規定，使兒童與父母分離之程序中，應給予所有利害關係人參與並陳述意見之機會。「所有關係人」可能包括兒童的雙親、延伸家庭成員、瞭解該名兒童狀況的專業人士等⁷。因此，應在司法程序中，提供兒童表達意見的機會，並參考公約第 12 條的規定執行，例如設置程序監理人等，為兒童之利益代言。倘若兒童或父母無法使用法庭通用之語言，更應有通譯等機制，使其聽審請求權獲得實質之保障。

本條第 3 項指示，與父母一方或雙方分離的兒童，有與父母固定保持私人關係及直接聯繫的權利，但違反兒童最佳利益者除外。兒童可能因為雙親關係交惡或距離遙遠等原因而無法實現這項權利，兒童權利委員會曾經建議締約國應採取立法措施保障⁸。又若涉及兒童的父母一方或雙方於獄中服刑的情況，在決定兒童與其接觸的頻率以及時間長短時，需考慮兒童最佳利益、服刑者所犯下的罪行之嚴重程度等因素⁹。維持聯繫之權利，除了適用於父母外，亦包括監護人、主要照顧者以及與兒童之間有深厚個人關係者（strong personal relationships，例如兄弟姊妹）¹⁰。

本條第 4 項要求締約國於受請求時，應將上述分離之家庭成員下落的必要資訊，告知父母、兒童，或視其情節，告知其他家庭成員。「必要資訊」應至少包括其所在地的位置、被拘留、驅逐、遣送或死亡之原因及其他細節（例

Children 第 15 點。

⁶ 《身心障礙者權利公約》第 23 條第 4 項後段：「於任何情況下均不得以子女身心障礙或父母一方或雙方身心障礙為由，使子女與父母分離」。

⁷ Rachel Hodgkin & Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (New York: UNICEF, 2007), p. 129.

⁸ Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations: Liechtenstein, 19, U.N. Doc. CRC/C/LIE/CO/2 (Apr. 16, 2006).

⁹ J. E. Doek, *Article 8. The Right To Preservation Of Identity, And Article 9. The Right Not To Be Separated From His Or Her Parents: A Commentary On The United Nations Convention On The Rights Of The Child* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 28.

¹⁰ 兒童權利公約第 14 號一般性意見第 60、65、70 段。

如其他家庭成員何時可以與其會面、有何法律上的權利等)¹¹。

二、家庭團聚（第 10 條）

當兒童與其父母分住不同國家時，本條第 1 項要求締約國尊重其家庭團聚之權利，讓兒童或其父母進入或離開締約國。但本項並未要求締約國一定要同意兒童或其父母之請求¹²，而是將裁量權留給締約國，惟仍要求締約國以積極、人道與迅速之方式處理。

本條第 2 項規範兒童與分住不同國家之父母定期保持私人關係及直接聯繫的權利。雖然本項允許締約國對兒童及其父母離開自己國家的權利在例外情況下作限制，但並未授權締約國限制兒童及其父母進入自己國家的權利。

兒童權利委員會在其「遠離原籍國無人陪伴和無父母陪伴的兒童待遇」之一般性意見中提及，此種兒童更易於遭受性剝削和性虐待、招募新兵、童工以及拘留等方面的危害，無法獲得糧食、居所、住房、衛生保健服務和教育。為了實踐公約第 9 條「不得違背兒童父母的意願使兒童與父母分離」之義務，締約國應使無人陪伴或無父母陪伴兒童重新返回其父母的身邊（遣返原籍國），除非這種遣返存在著一定風險，會導致兒童的基本人權遭受侵犯時，在原籍國的家庭團聚不符合兒童的最佳利益，因此不應作出這種安排。在此種情況下，締約國必須根據公約第 10 條第 1 項，作出在其國內實現家庭團聚的決定¹³。

三、非法移送國外及非法不送還（第 11 條）

本條主要關注的是父母略誘子女至國外的情形，雖然條文不限於父母，但其和第 35 條帶有經濟利益或性的目的動機者明顯有所不同¹⁴。依照第 2 項之規定，締約國為達成遏止之目的，應致力於簽署相關國際公約，例如 1980

¹¹ *Supra* note 7, p. 131.

¹² Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 1999), p. 206.

¹³ 兒童權利公約第 6 號一般性意見第 81、82、83 段。

¹⁴ *Supra* note 7, p. 153.

年《國際兒童略誘公約》（Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction，又稱《海牙公約》）¹⁵便為最典型之例。國家為落實本條規範，可採取之措施包括：建置相關邊境措施並透過迅速之法院裁判，以強化就子女略誘案件及時反應的能力；就子女返國時必要之費用，提供父母法律及金錢上之協助；確保司法及外交人員對《國際兒童略誘公約》之原則有所瞭解；透過政府資料庫協助找尋兒童之所在地等¹⁶。

四、父母共同養育原則及國家協力責任（第 18 條）

本條明文肯定，父母應擔負起子女養育及發展的主要責任，且父母雙方所擔負的是「共同責任」（common responsibility）；而國家提供適當協助之義務則與父母的責任兩者間應有所平衡。國家應提供「適當之協助」，除金錢給付外，亦應包含提供住所、日間托育、家內協助、設備暨心理及專業諮詢服務等¹⁷。

參、我國相關法制與實務裁判

一、禁止與雙親分離（第 9 條）

（一）對於父母親權的限制與開始監護

《民法》規定父母對於未成年子女¹⁸，有保護及教養之權利義務（第 1084

¹⁵ 全稱為《海牙國際私法會議關於國際間誘拐兒童民事部分公約》（Convention on the Civil Aspects of international Child Abduction），關於此公約之研究，參照沈冠伶，〈親權及交付子女事件之外國裁判的承認及執行與「未成年子女最佳利益保護」原則〉，《台灣本土法學雜誌》，第 84 期，2006 年 7 月，頁 94；黃國昌，〈子女監護權之國際爭奪：「關於子女國際綁架民事救濟之海牙公約」簡介〉，《台灣本土法學雜誌》，第 84 期，2006 年 7 月，頁 86；陳榮傳，〈中巴混血孤兒的監護問題〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，2001 年 9 月，頁 152；施振鴻，〈「海牙國際私法會議關於國際間誘拐兒童民事部分公約」之研究〉，劉鐵錚教授七秩祝壽論文集編輯委員會編，《國際私法理論與實踐（二）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集》（台北：學林，1998 年），頁 349。

¹⁶ *Supra* note 7, p. 145.

¹⁷ *Supra* note 7, p. 237.

¹⁸ 須留意者，《兒童權利公約》、《民法》、《兒童及少年福利與權益保障法》之適用對象的名稱及年齡有所差異：《兒童權利公約》所謂的「兒童」，則指未滿十八

條第 2 項)，而此等權利義務，一般在學說上稱為「親權」。除非父母濫用親權，始得由法院宣告停止親權之全部或一部（第 1090 條），非他人或行政機關所得任意剝奪¹⁹。《兒童及少年福利與權益保障法》第 71 條第 1 項例示了一些父母濫用親權之情狀，例如對兒童及少年疏於保護、照顧情節嚴重，或有同法第 49 條、第 56 條第 1 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。父母若因受停止親權之宣告而不能行使親權時，則應開始監護（《民法》第 1091 條）。

如上所述，當父母濫用親權時，制度上應先依照法定程序停止親權，再依法定監護順序或由法院選任來決定監護人。然而若觀察法院之裁判，會發現實際上並非所有法官都遵照此流程，例如桃園地方法院 101 年度監字第 99 號裁定、桃園地方法院 101 年度家親聲字第 58 號裁定便認為：「…兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項、第 2 項…依上開規定，可知父母對於兒童及少年如有疏於保護、照顧情節嚴重者，自可擇一主張：（一）請求宣告停止父母之親權，同時併請求選定或改定監護人。（二）單獨請求宣告停止父母之親權（經宣告確定後，另依民法第 1094 條父母不能行使負擔對於子女之權利義務規定處理未成年子女之監護權問題）。（三）單獨請求逕予選定或改定未成年人之監護人。」顯見實務上有法官認為可不經停止親權程序即逕行選定或改定未成年監護人。

類似的問題也曾在臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會民事類提案第 8 號被討論過。該事件的事實關係是，甲（父）乙（母）離婚後，約定

歲之人（參見第 1 條）；《民法》中的「未成年子女」或「未成年人」，依照同法第 12 條之反面解釋，係指未滿二十歲之人；此外，《兒童及少年福利與權益保障法》之「兒童」指未滿十二歲之人，「少年」指十二歲以上未滿十八歲之人。本文行文中原則上採用《兒童權利公約》之定義。

¹⁹ 從《憲法》的角度言，當父母濫用親權，例如過度懲戒子女時，可能侵害到兒童的身體不受傷害權；國家為了保護兒童的身體，限制父母的親權，同時會侵害到兒童的家庭成長權，此乃人格權之一環，受《憲法》保障。因此，國家欲保護兒童而限制其家庭成長權，需有《憲法》之正當性，學者認為在於兒童的最佳利益。參照許育典、陳碧玉，〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《臺北大學法學論叢》，第 69 期，2009 年 3 月，頁 32。

兩造所生未成年子女丙之權利義務由甲（父）行使負擔。之後乙甚少與未成年子女丙聯繫，導致丙和乙間關係淡薄，未建立依附關係。多年後甲因故死亡，祖母丁即對乙提起改定未成年子女監護權之請求，經社工訪視結果以丁較適合擔任未成年子女之監護人。問題在於，丁可否未聲請停止乙之親權，就直接依《民法》第 1106 條之 1 規定，直接請求改定監護權給丁？或直接依《兒童及少年福利法》第 48 條（即為現行《兒童及少年福利與權益保障法》（簡稱《兒少權法》）第 71 條，下同）規定，未對乙訴請停止親權即直接改定監護權給丁？討論結果認為，應不得允許丁直接援引《民法》第 1106 條之 1 規定或《兒少權法》第 48 條規定，否則《民法》第 1090 條規定將成贅文。可知司法實務上的多數意見，於父或母任一方仍享有親權時，須先聲請停止其親權，方能為其未成年子女開始監護。

依照《民法》第 1091 條的文義，兒童若有父或母能夠行使親權，則沒有必要開始監護；換言之，監護的開始在邏輯上係以父母無法行使親權為前提。在父母仍有親權的情況下，倘若開始監護，則何人才是該兒童之法定代理人，負擔保護教養之義務，例如住居所之指定、手術之同意等，均將發生衝突。亦即，監護的開始，雖不必然意味著在物理空間上將父母與兒童分隔開來，但監護人的介入以及其權限行使，無疑會影響父母與子女之共同生活與團聚，有違公約第 9 條保障兒童不與父母分離之意旨。因此，如何判斷父母不適任而應被停止親權並開始監護，必須具備正當的程序保障（公約第 9 條第 1、2 項），而上述桃園地院的兩則裁定，跳過了停止親權的正當程序便直接選定監護人，此見解難以贊同。

（二）使兒童離開家庭的「安置」措施

兒少保護事件所採取的各種保護措施例如「安置」，實際上便是將兒童與其父母分離，置於寄養家庭或機構之行為，因此與公約第 9 條息息相關。首先，依照《兒童及少年福利與權益保障法》第 52 條第 1 項，行政機關須經父母之同意，始得由適當之機構協助、輔導或安置兒童²⁰。倘若要違反父母之意

²⁰ 第 52 條第 1 項規定：「兒童及少年有下列情事之一者，直轄市、縣（市）主管機

願，強制兒童與父母分離（安置）者，則必須符合民法第 56 條第 1 項各款之要件，亦即遭受父母之遺棄、疏忽、虐待等不當對待，其生命、身體或自由有立即之危險或有危險之虞者；且行政機關雖有緊急安置之權，但不得超過七十二小時。若經評估認為有必要延長安置期間，須經法院之裁定，並以三個月為限（第 57 條第 2 項）。

在兒童從事性交易或有從事性交易之虞時，法律亦給予國家「安置」兒童之權限，主要規定在《兒童及少年性交易防制條例》中，不過，其內容有過度限制兒童權利之嫌，也曾引發是否違憲的爭議。詳言之，該條例第 15 條第 2 項規定：「第九條之人員或他人向主管機關報告或主管機關發現兒童或少年從事性交易或有從事之虞者，主管機關應將該兒童或少年暫時安置於其所設之緊急收容中心」，此其安置不須兒童、少年本人或其保護教養之人之同意，係強制性地將兒童、少年與其原本之家庭、學校生活隔離。雖然效果如此重大，本條項卻允許主管機關只要接獲他人之報告，不用任何調查程序，便能強制安置，不但限制了兒童的身體自由，也影響了兒童的家庭團聚之權利。此外，該條第 16 條第 1 項雖要求主管機關應於安置起七十二小時內，提出報告，聲請法院裁定，看似對人民有所保障，但第 2 項卻規定如無例外事由，原則上法院應裁定將兒童交付主管機關安置於短期收容中心²¹。換言之，法院審查之標準，非以該兒童之最佳利益考量，僅審查是否「『顯無』從事性交易或從事『之虞』」，當法院認為兒童雖非顯無從事性交易之虞但回歸其原來家庭或學校符合其最佳利益時，仍必須依法裁定安置。2012 年苗栗地方法

關得依其父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人之申請或經其同意，協調適當之機構協助、輔導或安置之：一、違反第四十三條第一項、第四十七條第一項規定或從事第四十八條第一項禁止從事之工作，經其父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人盡力禁止而無效果。二、有偏差行為，情形嚴重，經其父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人盡力矯正而無效果」。

²¹ 《兒童及少年性交易防制條例》第 16 條第 2 項：「法院受理前項報告時，除有下列情形外，應裁定將兒童或少年交付主管機關安置於短期收容中心：

- 一、該兒童或少年顯無從事性交易或從事之虞者，法院應裁定不予安置並交付該兒童或少年之法定代理人、家長、最近親屬或其他適當之人。
- 二、該兒童或少年有特殊事由致不宜安置於短期收容中心者，法院得裁定交由主管機關安置於其他適當場所。」

院法官蔡志宏曾認為上述規定違反《憲法》第 8 條（人身自由）、第 23 條（人民基本人權之限制），聲請《憲法》解釋。然而，釋字第 590 號卻做出「不予受理」之判斷，原因是法官聲請解釋《憲法》時，必須一併裁定停止訴訟程序，但本件兒童保護安置事件，聲請法官已適用《兒童及少年性交易防制條例》第 16 條第 2 項規定為本案之終局裁定，事件已脫離其繫屬之故。對此多數意見，許玉秀大法官提出了不同意見書，指出「（依照多數意見的說法）如果認為第 16 條第 2 項規定有違憲疑義，…法官不能為該條規定的任何一種裁定，既不能將繫案兒少交付法定代理人等行使親權或監護權人，也不能安置於短期收容中心或其他適當處所。法官能做什麼？任由繫案兒少繼續安置在緊急收容中心嗎？」以及其他詳細的論述，強烈批判多數意見「（重視）具體規範審查機制的價值高於兒童及少年人權的保障」。

《兒童及少年性交易防制條例》除了有上述主管機關決定安置措施之要件過於寬鬆、法院審理繼續安置之事由並非基於兒童之最佳利益之缺點外，法官在個別案件中，如何認定兒童有無「從事性交易之虞」，也常流於恣意。《兒童及少年性交易防制條例施行細則》第 19 條規定，有坐檯陪酒，伴遊、伴唱或伴舞及其他涉及色情之侍應工作這三款行為，而有從事性交易之虞者，依該條例第 15 條至第 18 條規定處理。但實務曾出現某兒童在某傳播公司擔任伴唱工作，工作內容為陪客人唱歌、聊天及喝酒，法官並未審酌「坐檯陪酒」是否足以構成「有從事性交易之虞」，便直接依該條例裁定安置，彷彿「坐檯陪酒」就等於「有從事性交易之虞」²²。此外，兒童在調查期間可能被拘束的時間，較一般成年人之犯罪嫌疑人為久，比起成年人更不利²³。

²² 許玉秀，〈是保護？是禁錮？—評釋台灣新竹地方法院八十九年度戶字第一〇三號民事裁定並檢討兒童及少年性交易防制條例〉，《月旦法學雜誌》，2002 年 8 月，第 81 期，頁 186。

²³ 許玉秀，同註 22，頁 188，依據《刑事訴訟法》第 93 條第 2 項，檢察官若認為有羈押之必要，應於逮捕時起二十四小時內聲請法院裁定羈押，換言之，不管是否受羈押裁定，受羈押前或審判前，失去自由的時間頂多二十四小時；但依照《兒童及少年性交易防制條例》第 16 條第 1 項，緊急收容中心應於安置起七十二小時內，提出報告，聲請法院裁定（若再加上第 15 條第 1 項所規定之二十四小時移送緊急收容中心之規定），換言之，兒少在調查階段最久可能失去九十五小時的自由。

嗣後，2015年2月4日公布之《兒童及少年性剝削防制條例》，對於現行《兒童及少年性交易防制條例》做了一些修改²⁴：第15條第2項要求主管機關必須先評估被害人²⁵之狀況，作出合適的處置，而非只有「安置」一途；第16條第2項則允許法院判斷是否有安置之必要，而非僅判斷「是否顯無從事性交易或從事之虞」。

上述兒少保護措施的討論，主要集中在是否侵害兒童之人身自由，但將兒童強制安置於機構或寄養家庭，同時也構成了對兒童與其父母的家庭團聚權的限制或剝奪，因此也應該從家庭權之角度檢討我國的兒少保護制度是否符合公約。

公約第9條第2項要求，在前項程序中，應給予所有利害關係人參與並陳述意見之機會。我國於2012年6月1日施行《家事事件法》，將宣告停止親權事件列為家事事件（同法第3條第5項第10款），因此，同法第11條的社工人員陪同、第15、16條之程序監理人、第106條法官得命主管機關或社會福利機構提出審前報告及意見陳述、第108條的聽取未成年子女意見、第109條為未成年子女選任程序監理人等規定，均在確保兒童之觀點能被反應於程序中²⁶。程序監理人是為了保護兒童之利益，作為兒童與法院間溝通之橋樑之存在，有代替兒童為一切程序行為之權。法院得就社會福利主管機關、社會福利機構所屬人員，或律師公會、社會工作師公會或其他相類似公會所推薦具有性別平權意識、尊重多元文化，並有處理家事事件相關知識之適當人員，選任為程序監理人。為了保護受監理人，程序監理人負有下列義務：親自與兒童接觸；向兒童解明程序標的之意義、進行之狀況及可能之結果；

²⁴ 《兒童及少年性交易防制條例》在2015年被修正為《兒童及少年性剝削防制條例》，後者已在同年2月4日由總統公布名稱及全文，但施行日期尚未確定。

²⁵ 所謂的「被害人」，係指遭受性剝削或疑似遭受性剝削之兒童或少年，法條並未區分該兒童或少年是否出於自願，參見同條例第2條第2項。

²⁶ 協助兒童參與程序，有兩個主要的取向，即「兒童增能（empowerment）取向」與「兒童保護（protection）取向」。前者目的在幫助兒童適應成人法院系統的需求，通常採用庭前準備與支持陪伴，本文此處所舉之《家事事件法》第11條、106條、108條、109條即屬此類。參見司法院，《家事法庭：家事新制參考手冊》（台北：司法院，2014年），頁4之20-21。

在程序中維護兒童之主觀及客觀利益；提出兒童可認識之意願；注意維護兒童應享有之程序保障等²⁷。程序監理人在性質上並非代理人，而是為了兒童之利益，主張兒童之權利，陳述兒童之意見，但亦得陳述與兒童意見相反但有助於保護兒童利益之專業意見，且得獨立為程序行為²⁸。至於上述《兒童及少年福利與權益保障法》第57條第2項之繼續安置事件、《兒童及少年性交易防制條例》第16條之安置保護事件，亦由家事法院管轄（同法第184條第1項），故《家事事件法》上的程序保障之機制，包括第106條與第108條，均被準用（同法第184條第2項）。

公約第9條第3項要求締約國應尊重分離的兒童與父母保持個人關係及直接聯繫的權利。在我國實體與程序法上均有相應之規範：《民法》第1055條第5項規定，離婚後未任親權人之父或母，有依法院之裁判與子女會面交往之權²⁹。《家事事件法》之規定，此會面交往之裁定為執行名義（同法第186條第1項），執行法院得直接或間接強制執行，惟亦須考量子女之意願（第194條）。此外，在受安置而與父母分離的兒童方面，《兒童及少年福利與權益保障法》第60條第3項亦規定，安置期間，兒童及少年之父母等，經主管機關同意，得依其約定時間、地點及方式，探視兒童及少年，以維持親子關係。

（三）其他與公約第9條相關之實務見解

在我國實務裁判中，曾引用公約第9條的案件不多，以下為少見之數例，都涉及夫妻離婚後，其未成年子女的保護教養或會面交往之問題。

臺灣新北地方法院 103 年度婚字第 522 號判決是離婚兼酌定子女親權人

²⁷ 沈冠伶，〈家事程序法制之新變革及程序原則：家事事件法之評析及展望：民事訴訟法研究會第一百一十四次研討紀錄〉，《法學叢刊》，第226期，2012年4月，頁232。

²⁸ 沈冠伶，〈家事非訟事件之程序保障：基於紛爭類型審理論及程序法理交錯適用論之觀點〉，《臺大法學論叢》，第35卷第4期，2006年7月，頁134。

²⁹ 不過，如前所述，公約上的「維持聯繫之權利」，除了適用於父母外，亦包括其他與兒童之間存在著強烈關係者，但我國《民法》第1055條第5項的會面交往之明文規定，其主體乃是「未行使親權之父或母」，如此一來，兒童的其他親屬是否有會面交往權，不無疑問，參見戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《親屬法》（台北：自刊，2011年），頁282。

事件，被告（妻，大陸籍配偶）與原告（夫）間有二名未成年子女，被告將子女帶至大陸後，不願返台，原告起訴請求離婚並酌定原告為親權人。法院引用《兒童權利公約》第9條第1項，並謂：「除有違反兒童利益之情事，兒童與雙親團聚並與雙親維持聯繫，為兒童人權，應受到政府保障…確保兒童自由而無障礙的與父母子女人倫關係之連結，預防拐帶子女事件，應為我國重要的兒童人權政策。…原告與其父母原為子女之主要照顧者，與子女已建立穩定之親子依附關係，而被告以非法手段擅自將二名子女帶至大陸地區藏匿，拒絕與原告聯繫，妨礙原告與子女間親情維繫，實屬不法移置，亦非友善父母。」故將原告酌定為親權人。在此，法院將父或母其中一方未經他方同意而帶走子女，妨礙他方與子女聯繫之狀況，解為違反公約第9條的禁止分離原則。

臺灣桃園地方法院 103 年度家聲抗字第 84 號裁定則是夫妻離婚後，雙方均無意願擔任親權人，法院認為：「兒童權利公約於前言中宣示：『兒童應在家庭環境中，在幸福、親情以及瞭解之氣氛中成長，才能使其人格得到充分和諧之發展』，兒童權利公約第9條第1項前段規定：簽約國得違反父母之意思，保護兒童不與父母分離，即確立親子不分離原則…原審審酌兩造之親職能力、教養能力及支持系統等各方面均無不適任照顧未成年子女2人之處，且兩造對於上開未成年子女之照顧優勢各有所長，是依前揭說明，於此婚姻關係調整過程中縱兩造仍有衝突，關於未成年子女戴○媛、戴○萱權利義務之行使、負擔，為使未成年子女2人充足享有雙方之保護，復衡平雙方權利、責任，自應酌定由兩造共同任之，始符合未成年子女2人之最佳利益」，故駁回抗告。不過，本文認為，父或母之一方若阻礙他方與子女聯繫，固然違反公約第9條的禁止分離規定；但在父或母消極地不願意負擔保護教養子女之義務之情形，應屬違反公約第11條第1項「父母對兒童的養育和發展負有首要責任」之規定，而不應適用第9條的禁止分離原則。

另，臺灣士林地方法院 102 年度家親聲字第 63 號，酌定兩造所生未成年子女之親權人由相對人（妻）擔任，並引用公約第9條第3項、第11條第1項，認為會面交往權，非但為子女之權利，亦屬父母之權利義務。為了使聲

請人（夫）仍得與子女維持良好之互動，並避免兩造因子女會面交往之事衍生爭執，法院酌定了聲請人與子女會面交往之方式及期間。

二、家庭團聚（第10條）

為了履行第9條禁止分離之義務，若兒童與其父母並不在同一國家時，則可能發生需要出國或入國之狀況。此際，公約第10條要求締約國應以積極的人道主義態度，迅速辦理該團聚之申請事件。我國之《入出國及移民法》，肯定未滿二十歲之外國人，若其直系尊親屬為現在在台灣設有戶籍或獲准居留之我國國民，或經核准居留或永久居留之外國人，則得申請在台居留（同法第23條第1項第2款）。外交部近五年共核發二千一百七十八件註記為「TC」之在台有戶籍國民之外籍未成年子女停、居留簽證，協助來台團聚，是為此例³⁰。

然而，在相反的情形，亦即兒童為本國籍，其父母為外國籍之狀況，依照外交部網頁所載「外國人申請中華民國簽證相關手續及說明」³¹之相關內容，外籍父母無法以依附其在台之未成年子女為由，提出依親居留簽證之申請，僅能以限制較多、期間較短之停留方式入境，無合法之工作權，影響扶養義務之履行。社會團體批判，政府這種僅能讓「外籍子女依父母」卻不能讓「外籍父母依子女」來台的規定，枉顧兒童應享有「家庭成長權」等權利，未將兒童視為有權利、有意識的主體³²。

此外，若外國人本有居留資格，但其基礎之親屬關係消滅（例如離婚），則屬於「居留原因消失」，本應廢止該外國人居留許可，惟為了避免妨礙家庭團聚，若該外國人取得台灣設有戶籍之未成年親生子女之監護權、或因家暴而判決離婚之外國人育有在台灣設有戶籍之未成年親生子女、或該外國人之

³⁰ 衛生福利部，《兒童權利公約首次國家報告條約專要文件第二稿》，頁37（可自衛生福利部社會及家庭署網站下載〈www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/ashx/File.ashx?FilePath=~/File/Attach/4882/File_166587.pdf〉）。

³¹ 外交領事事務局，〈<http://www.boca.gov.tw/ct.asp?xItem=1292&ctNode=738&mp=1>〉。

³² 參見移民／移住人權修法聯盟，〈拆散骨肉，天理不容：未成年國人之外籍父母居留權〉，《苦勞網》，2012年4月2日，〈<http://www.cooloud.org.tw/node/67620>〉。

強制出國對在台灣設有戶籍之未成年親生子女造成重大且難以回復損害之虞時，得准予繼續居留（同法第 31 條第 4 項第 3、4、5 款）³³。不過，學者分析了《入出國及移民法》第 31 條相關之實務裁判後發現，不論移民署之裁量或法院之認定，均趨於保守，至少就司法判決而言，尚未見適用第 5 款之案例，從而，難以實現《兒童權利公約》之保障³⁴。

三、非法移送國外及非法不送還（第 11 條）

關於「非法將兒童移轉國外和不使返回本國的行爲」，又稱拐帶子女（child abduction）或不法移置，國際間關於此最重要的條約應係 1980 年《海牙公約》，爲防止父母之一方未經他方同意，將未成年子女帶出國，故當有此情形時，他方父母可提出聲請，當地法院有義務將該子女儘速送回原生長地，亦即目的在使遭非法移送或留置之兒童迅速返回。不過，我國並非《海牙公約》之締約國，也未與外國簽署與遏止非法移置兒童或使其無法返家之雙邊或多邊協議。

目前處理拐帶子女之作法，在刑事上可能構成《刑法》第 241 條略誘罪³⁵，然而，由於目前與我國簽有刑事司法互助協定之國家僅美國、菲律賓、南非³⁶，若此三國以外的外籍配偶，將子女帶離台灣後，不再來台，即使其行爲於我國構成刑事責任，亦無法阻止拐帶子女的情形持續。

目前我國爲防止兒童遭非法移送國外，在國境管制之作法有二：第一，若法院裁定「禁止關係人或特定人攜帶未成年子女離開特定處所或出境」（參

³³ 在中國籍人士之情形下，與本文所述的外國籍人士有所不同，適用《大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法》，整體言之，外籍人士得繼續居留之事由，較中國籍人士寬鬆。

³⁴ 陳竹上，〈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》，第 68 期，2014 年 12 月，頁 54-59。

³⁵ 根據學者之研究，近來我國之實務裁判對此多採肯定見解，參見吳從周，〈兩岸跨境婚姻紛爭所衍生之未成年子女權利義務之相關問題〉（行政院大陸委員會委託研究報告），2014 年 5 月，頁 60-64。

³⁶ 〈與我國簽有刑事司法互助協定（議）之國家〉，《法務部》，2016 年 3 月 18 日，〈<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=364158&ctNode=35890&mp=001>〉。

見《家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法》第 7 條第 1 項第 4 款），並函送內政部移民署，則該未成年子女會被禁止出國；第二，若關係人向警察機關報案，並經確認未成年子女失蹤之案件，移民署接獲通報後將進行身分註記，若該子女欲通關出境時，移民署將以電話通知航空（港務）警察局，惟此部分因該子女並非經由法院裁定禁止出國，故境管機關無法禁止其出國³⁷，也就無法實際解決拐帶子女的問題。

由此可知，只要兒童已有護照且未被法院禁止出國，在現行法下，移民署及警察機關無法阻止一方父母逕攜帶子女出國。爲了有效防止拐帶現象，或許有兩個方法可考慮採用：一是兒童於申請護照時，僅有「父親或母親」單方之同意尚不足，應要求經「父親及母親」雙方之同意³⁸。第二則是在境管程序上，在父母一方欲帶子女出境之情形，應出具他方父母之書面同意³⁹。例如美國即同時採取此二種方法以防止拐帶兒童出國⁴⁰。

另，2013 年 12 月 11 日修正《民法》第 1055 條之 1，增列第 1 項第 6 款，即法官在酌定親權人時，應注意「父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女

³⁷ 衛生福利部，同註 30，頁 42。

³⁸ 目前外交部之規定只須「父或母」之同意即可，參見《外交部領事事務局「國內申請護照相關資訊」》，〈<http://www.boca.gov.tw/ct.asp?xItem=3935&CtNode=681>〉之（註 1）：「未婚且未滿 18 歲之未成年人及受監護宣告之人申請護照，應先經父或母或監護人在申請書背面簽名表示同意，除黏貼簽名人國民身分證影本外，並應繳驗國民身分證正本。倘父母離婚或為受監護宣告人之監護人，父或母或監護人請提供有權行使、負擔未成年人權利、義務之證明文件正本（如含詳細記事之戶口名簿或三個月內保留完整記事欄之戶籍謄本）及國民身分證正本。」換言之，在父母未離婚而仍共同擔任親權人之場合，我國只需要「父或母」其中一方之同意，未成年人即可申請護照。

³⁹ 吳從周，同註 35，頁 97-99。

⁴⁰ Bureau of Consular Affairs, U.S. Department of State, *U.S. Passports & International Travel*, 〈<https://travel.state.gov/content/passports/en/passports/under-16.html>〉; U.S. Customs and Border Protection, 〈https://help.cbp.gov/app/answers/detail/a_id/268/~/_children---child-traveling-with-one-parent-or-someone-who-is-not-a-parent-or-〉。須留意的是，所謂「父或母欲帶未成年子女出境，需要他方之同意」，當然僅適用在父母雙方為共同親權人之情形；倘若父或母其中一方已死亡，或者父母離婚後僅一方任單獨親權人，則沒有必要得到他方之同意，不過美國政府建議當事人應隨身攜帶相關證明文件，例如法院裁判、子女出生證明（僅有單親）、死亡證明等。

權利義務行使負擔之行爲」；立法理由明確表示，父母若有不當的爭取行爲，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，將成爲親權判斷的不利因素⁴¹。此修正是希望減少父母拐帶子女之現象，但有學者指出，此條款的增訂，實質意義並不大，例如有監護權之父母一方是爲小孩教育、醫療所需，而帶小孩出國甚或移民，故而妨礙另一方的探視權，該父母一方就可以請求改定監護權？抑或即使父母一方行使監護權時，有不利於另一方父母的教養行爲，可是小孩仍是清楚表達只願和現在有監護權之父母一方共同生活的強烈意願，法院應判決監護權改定？由此可知，即使有父母一方違反「善意父母原則」而該當此條款，並不意謂必然就會構成改定監護權事由，關鍵仍是在於「子女利益」⁴²。也因此，《民法》的修正雖然有宣示性的意義（不希望父母「先搶先贏」），但比起前述的出境管制措施，《民法》對於防止拐帶子女出國之幫助有限。

四、父母共同養育原則及國家協力責任（第 18 條）

（一）相關法規

本條要求締約國確保父母對兒童負有共同養育責任，且締約國應協助父母履行此責任。在我國法律中，《民法》第 1084 條第 2 項規定：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務」，可見父母對未成年子女的保護教養是權利也是「義務」；此外，同法第 1116 條之 2 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」，則更明確顯示出，不論兒童之父與母之間的婚姻狀態如何，父母均對兒童負有養育之責任，此與親權之歸屬無關；《兒童及少年福利與權益保障法》第 3 條規定：「父母或監護人對兒童及少年應負保護、教養之責任」。上述三者，均是父母共同養育原則的展現。而在國家協助父母善盡親職方面，《兒童及少年福利與權益保障法》規定的福利服務中，包含兒童托育服務、對於無力撫育的家庭給予以托育、家庭

生活扶助或醫療補助（第 23 條第 1 項）⁴³。

（二）實務見解

在實務判解函釋中，臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會民事類提案第 23 號曾提及公約第 18 條。此座談會檢討的問題是，未成年人曾砍傷其父母，其父母得否依《家庭暴力防治法》聲請核發通常保護令，有贊成與反對二種見解。其中反對說之理由之一是，「參酌兒童權利公約關於努力養育兒童是父母共同責任的原則，即父母或依其情節之法定監護人應負養育兒童之主要責任，該公約第 18 條第 1 項定有明文。是父母對未成年子女有保護、教養之權利義務，故法定代理人不得對未成年子女聲請民事通常保護令，而以無形之壓力加諸於未成年子女身上」，並且更進一步說明，若可對少年核發通常保護令，而該少年又違反該保護令，即成立違反保護令罪，依《家庭暴力防治法》第 61 條規定得處三年以下有期徒刑、拘役或併科新臺幣十萬元以下罰金，予以刑罰相繩，似與我國制定《少年事件處理法》、《兒童及少年福利法》之立法精神相違。父母固然有養育兒童之責任，然此與父母得否以兒童爲對象聲請核發保護令似無關聯，畢竟，父母與兒童乃是獨立之個體，即便兒童被聲請核發保護令，亦無法免除父母養育兒童之責任。最後座談會之討論意見亦採肯定說，縱然加害人爲未滿十八歲之未成年人，如有家庭暴力行爲，法院仍應准核發通常保護令。

肆、結論

綜上所述，關於《兒童權利公約》對兒童的家庭權之保護，包括使兒童與其父母維持家庭團聚，禁止將兒童非法移送國外，國家協助父母善盡親職等，在我國大致上有相應的法律規範。惟制度的細部設計與運作上，仍有尙待改進之處，例如：監護的開始未必先經停止親權的正當法律程序、兒童受

⁴¹ 立法院，《立法院公報》，第 102 卷第 63 期，2013 年，頁 180-181。

⁴² 劉昭辰，〈教養不適任的母親〉，《月旦法學教室》，第 140 期，2014 年 6 月，頁 16。

⁴³ 其他與兒童之家庭生長權相關之我國法制規範，參照施慧玲，〈論我國兒童人權法制之發展：兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動〉，《中正法學集刊》，第 14 期，2004 年 1 月，頁 188-189。

安置的要件可能過於寬鬆、外籍父母無法依附其在台之未成年子女申請依親居留簽證、防止兒童被拐帶出國的護照申請及境管措施尚有不足等。此外，雖然公約已因施行法而成為國內法之一部分，但就家庭權相關的公約條文，直接被法院引用為裁判依據者依然不多。未來除了以立法方式持續改善法規，也期待司法實務能積極適用，才能全面地實踐公約的精神。

【參考文獻】

專書：

Detrick, Sharon. 1999. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden, Boston: MartinusNijhoff Publisher.

Doek, J. E., 2006. *Article 8. The Right To Preservation Of Identity, And Article 9. The Right Not To Be Separated From His or Her Parents: A Commentary On The United Nations Convention On The Rights Of The Child*. Leiden: MartinusNijhoff Publishers.

Hodgkin, Rachel, & Peter Newell, 2007. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. New York: UNICEF.

司法院，2014。《家事法庭：家事新制參考手冊》。

施慧玲，2005/11。《我國法制建構未成年人家庭成長權之可行性研究》。台北：行政院國家科學委員會專題研究報告。

戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，2011。《親屬法》。台北：自刊。

專書論文：

吳從周，《兩岸跨境婚姻紛爭所衍生之未成年子女權利義務之相關問題》（行政院大陸委員會委託研究報告），2014年5月。

施振鴻，1998。〈「海牙國際私法會議關於國際間誘拐兒童民事部分公約」之研究〉，劉鐵錚教授七秩祝壽論文集編輯委員會編，《國際私法理論與實踐（二）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集》。台北：學林。頁349-377。

施慧玲、張旭政，2004。〈論國家介入親權行使之法理基礎：以兒童人權為中心價值的論證體系〉，施慧玲著，《家庭法律社會學論文集》。台北：元照。頁263-276。

期刊論文：

李震山，2004/7。〈憲法意義下之「家庭權」〉，《中正法學集刊》，第16期，頁61-104。

- 沈冠伶，2006/7。〈家事非訟事件之程序保障：基於紛爭類型審理論及程序法理交錯適用論之觀點〉，《臺大法學論叢》，第35卷第4期，頁105-160。
- 沈冠伶，2006/7。〈親權及交付子女事件之外國裁判的承認及執行與「未成年子女最佳利益保護」原則〉，《台灣本土法學雜誌》，第84期，頁94-106。
- 沈冠伶，2012/4。〈家事程序法制之新變革及程序原則：家事事件法之評析及展望：民事訴訟法研究會第一百一十四次研討紀錄〉，《法學叢刊》，226期，頁203-276。
- 施慧玲，2004/1。〈論我國兒童人權法制之發展：兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動〉，《中正法學集刊》，第14期，頁169-204。
- 許玉秀，2002/8。〈是保護？是禁錮？－評釋台灣新竹地方法院八十九年度戶字第一〇三號民事裁定並檢討兒童及少年性交易防制條例〉，《月旦法學雜誌》，第81期，頁184-189。
- 許育典、陳碧玉，2009/3。〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《臺北大學法學論叢》，第69期，頁1-38。
- 陳竹上，2014/12。〈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》，第68期，頁47-62。
- 陳榮傳，2001/9。〈中巴混血孤兒的監護問題〉，《月旦法學雜誌》，第76期，頁147-158。
- 黃國昌，2006/7。〈子女監護權之國際爭奪：「關於子女國際綁架民事救濟之海牙公約」簡介〉，《台灣本土法學雜誌》，第84期，頁85-93。
- 劉昭辰，2014/6。〈教養不適任的母親〉，《月旦法學教室》，第140期，頁15-17。
- 鄭淑燕，1994/7。〈健全家庭功能以落實兒童福利〉，《社會建設》，第87期，頁9-14。

官方文件：

- Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations: Liechtenstein, U.N. Doc. CRC/C/LIE/CO/2 (Apr. 16, 2006).
- 立法院，2013。《立法院公報》，第102卷第63期。

網路資料：

- Bureau of Consular Affairs, U.S. Department of State, "U.S. Passports & International Travel," <<https://travel.state.gov/content/passports/en/passports/under-16.html>>.
- U.S. Customs and Border Protection, <https://help.cbp.gov/app/answers/detail/a_id/268/~children---child-traveling-with-one-parent-or-someone-who-is-not-a-parent-or>.
- 外交部，2015。《外交領事事務局「居留簽證」》，<<http://www.boca.gov.tw/ct.asp?xItem=1292&ctNode=738&mp=1>>。
- 外交部，2016。《外交部領事事務局「國內申請護照相關資訊」》，<<http://www.boca.gov.tw/ct.asp?xItem=3935&CtNode=681>>。
- 法務部，2016。《與我國簽有刑事司法互助協定（議）之國家》，<<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=364158&ctNode=35890&mp=001>>。
- 移民／移住人權修法聯盟，2012/4/2。〈拆散骨肉，天理不容：未成年國人之外籍父母居留權〉，《苦勞網》，<<http://www.cooloud.org.tw/node/67620>>。
- 衛生福利部，2016。《兒童權利公約首次國家報告條約專要文件第二稿》，<www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/ashx/File.ashx?FilePath=~/File/Attach/4882/File_166587.pdf>。