

增訂子女親權行使規劃作為民法  
離婚要件之研究

成果報告書

計畫主持人：林昀嫻副教授

委託單位：法務部

執行單位：國立清華大學

# 增訂子女親權行使規劃作為民法離婚要件之研究

林昀嫻博士\*

國立清華大學

科技法律研究所

副教授

2019年11月28日

---

\*作者為美國柏克萊加州大學法學博士(J. S. D)。曾任加拿大英屬哥倫比亞大學法學院訪問學者、美國柏克萊加州大學比較法中心訪問學者、內政部居住台灣地區人民受歧視申訴審議小組審議委員、國民健康署「人工生殖法」「人工生殖機構許可辦法」研修委員，以及法官學院、外交及國際事務學院之講座。現任國家教育研究院法律學名詞審議會性別與家事法組召集人、內政部移民署跨國婚姻媒合管理審查委員、政大法學評論編審委員、台灣家事法學會創會理事。研究領域為民法親屬繼承編、生醫倫理與法律、性別與法律。

## 目 次

壹、前言 .....	1
貳、離婚後子女親權行使之規範檢視 .....	1
一、法律沿革的背後價值 .....	1
二、離婚與親權法制之現況 .....	3
三、《兒童權利公約》與離婚後子女親權的關聯 .....	6
四、現行制度之問題 .....	7
參、英國及日本立法例之研究 .....	9
一、英國 .....	9
(一) 英國離婚法制 .....	9
1. 英國離婚制度現況 .....	10
2. 最新之發展 .....	12
(二) 離婚後親權行使之規劃 .....	13
1. 2014 年以前 .....	13
2. 2014 年以後 .....	13
(三) 子女親權規劃令 .....	14
1. 申請程序 .....	15
2. 親權令過程中之參與組織 .....	16
(1) 家事事件調處委員會(FMC) .....	16
(2) 兒童與家事法院諮詢及輔助處(CAFCASS) .....	17
3. 裁定之類型 .....	17
二、日本 .....	18
(一) 日本離婚法沿革 .....	18
(二) 日本離婚與子女親權法制 .....	19
(三) 最新發展—子女親權規劃 .....	20
(四) 日本離婚制度發展近況——共同監護 .....	22
肆、檢討與建議 .....	23
一、提出親權計劃無法回應執行面的問題 .....	23
二、親權計劃恐流於形式 .....	23
三、增加離婚程序的複雜性 .....	24
四、戶籍法之要求 .....	25
五、親權計劃書作為協商的指引 .....	25
伍、結語 .....	26

## 壹、前言

基於社會的變遷與家庭型態改變等因素，台灣社會整體對於婚姻與家庭價值觀念轉變致使離婚率屢屢上升<sup>1</sup>，惟離婚此事並不僅牽涉配偶雙方，親權規劃之議題更涉及子女最佳利益。

查衛生福利部「推動兒童權利公約施行法」第 8 次諮詢會議及法務部人權工作小組第 14 次會議，委員有建議參酌英國或日本離婚法制，增訂離婚後將未成年子女權利義務之行使或負擔、扶養費及會面交往權等親權計劃予以載明，列為離婚程序之要件；並經法院或權責機關審酌核定，離婚始生效，以保障未成年子女之權益，遵循兒童權利公約中兒童最佳利益原則。

鑒於上述建議涉及我國離婚法制（包括離婚要件及程序等）之整體性修正，所涉層面甚廣，洵有本委託研究案。本文第貳部分將對於我國現行離婚法制加以檢視，尤其是離婚後未成年子女受照顧權利之保障現況、與兒童權利公約之關連、以及現行制度仍待加強之處。第參部分探究英國及日本離婚法制於協議離婚時，育有兒少者是否均應填具親權行使規劃，離婚方屬生效，以了解外國制度之實體及程序內涵。第肆部分將對於我國離婚法制是否有必要增訂親權行使規劃之要求，作為協議離婚之前置要件及程序之議題提出建議與理由，最後則是結語。

## 貳、離婚後子女親權行使之規範檢視

離婚致使婚姻關係消滅，也致使因婚姻所生之配偶關係、姻親關係消滅，然而父母子女關係依舊持續存在，因此在民法親屬編中，離婚這一節的重點除了離婚相關規範外，也涵蓋對未成年子女權利義務之行使或負擔。本章將檢視我國離婚後子女親權行使之法律沿革背後的價值論辯、現行規範以及制度不足之處。

### 一、法律沿革的背後價值

民國八十五年，民法親屬編針對離婚後「親權<sup>2</sup>」分配制度大幅修正，以保障「性別平等」和「子女最佳利益」為最高指導原則<sup>3</sup>，故本文將以民國 85 年作為一分水嶺，探討我國民法親屬編修正前後之新舊法差異。

---

<sup>1</sup>台灣 1978 年的粗離婚率是 0.64；2018 年的粗離婚率是 2.31。40 年來，臺灣離婚率大幅上升了 3.6 倍（內政部編印臺閩地區人口統計，1995；中華民國統計資訊網，2019）。

<sup>2</sup>民法親屬編修正前，稱所謂之「親權」為「監護權」，修正後稱之為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」。

<sup>3</sup>陳竹上（2017），〈離婚後未成年子女親權行使之探討：法制沿革、社會困境及兒童權利公約之檢視〉，《社區發展季刊》，157 期，頁 129；劉宏恩（1997），〈夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定—從英美實務看我國民法親屬編新規定之適用〉，《軍法專刊》，43 卷 12 期，頁 25。

舊法依據離婚形式之不同，離婚後子女之親權歸屬亦不盡相同。兩願離婚是依照舊法第 1051 條，「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。」判決離婚則依照舊法第 1055 條，「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。」此將兩願離婚與判決離婚之子女監護權歸屬分別規定的制度，乃係自民國 19 年民法初訂之時一直延續六十多載之條文，兩種離婚形式原則上皆以父親優先為監護權人，除非雙方另有約定或是法院考量子女利益而酌定，才可能例外由母親擔任子女之監護權人<sup>4</sup>。可想而知的是，在昔日父權思維的社會，離婚後對於子女的監護權爭奪中，女性普遍處於劣勢，或者宏觀而論，根本鮮少有監護權爭奪的情形發生，除非夫同意，否則女性失去婚姻的同時，亦失去跟未成年子女共同生活或接觸的可能。除了違反性別平等原則、子女利益原則外，此條文所訂之「監護」與民法親屬編第四章所規範之「監護」亦有混淆的可能性，且對於親權人之改定與會面交往權更無明文<sup>5</sup>。

舊法第 1051 條與第 1055 條只規定「監護」而未規定「親權之行使」，會使「監護」之涵義在學說上產生了僅指民法第 1084 條有關身心保護教養之狹義監護說，以及包含身心、財產、子女代理權等同親權概念之廣義監護說；基於我國舊民法，此條文所指之監護應為概括事項，且身心監護與財產監護為實現親權之保護與教養內容，種種因素使得採廣義說為是<sup>6</sup>。

民國 80 年代，隨著性別平等意識的高漲，民間的婦女團體持續對於民法親屬編之性別不平等條文，積極推動修正，並透過實際案例以及立法委員的釋憲聲請，促使大法官作成釋字第 365 號解釋<sup>7</sup>。儘管本號解釋並無明白揭示前述討論之舊民法第 1051 條與第 1055 條違憲，惟依憲法第 7 條男女在法律上一律平等之意旨，及憲法增修條文第 9 條第 5 項消除性別歧視之精神，法務部將上述兩條文與釋字第 365 號提及之第 1089 條列為優先修法之對象<sup>8</sup>。除了性別平等意識抬頭之外，兒童福利法在民國 82 年修正後，更確立了處理兒童事務之最高原則——「兒童最佳利益」，亦促使民法親屬編關於離婚的制度中子女親權問題，逐漸向兒童最佳利益原則靠攏，而捨棄原本的父權優先原則<sup>9</sup>。

<sup>4</sup>陳竹上，前揭註 3，頁 127。

<sup>5</sup>林秀雄（2013），《親屬法講義》，頁 202，台北：元照。

<sup>6</sup>戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2011），《親屬法》，頁 270-271，台北：自刊。

<sup>7</sup>大法官釋字第三六五號解釋文：「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。」

<sup>8</sup>劉宏恩，前揭註 3，頁 24-25。

<sup>9</sup>民國八十二年修正後之兒童福利法第 41 條：

「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。

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。

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

獲得「保障性別平等」和「追求兒童最佳利益」兩股力量的注入，民國 85 年完成了民法親屬編的修正，不僅刪除第 1051 條兩願離婚後子女監護權由夫任之(除非另有約定)之規定，亦修改第 1055 條判決離婚後子女監護權適用第 1051 條(但法院得為子女之利益酌定監護權人)之規定而與當時的兒童福利法接軌<sup>10</sup>，「夫妻離婚對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議，未為協議或協議不成者，法院得依請求或依職權酌定之。協議不利子女者，法院得依請求或依職權為子女之利益改定之。若行使、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，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。法院亦得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法，並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。」另外，更增訂第 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。」和第 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」。

新法與舊法最大不同之處，乃將離婚後未成年子女之監護修正為離婚後對於未成年子女權利義務之行使或負擔，藉以區別親屬編第四章監護之規定。其二，貫徹男女平等，不再以父權為優先。其三，公權力積極介入，保障未成年子女之利益。其四，加入共同擔任親權行使與會面交往權之規定<sup>11</sup>。綜而言之，此次修法，主要以「子女之最佳利益」為中心，打破「法不入家門」的傳統觀念，授予法官權力以酌定離婚後子女之親權之歸屬<sup>12</sup>。

## 二、離婚與親權法制之現況

二十多年間，關於民法親屬編離婚後子女親權歸屬之討論仍持續發酵，包括家事事件法、兒童福利法、少年福利法，以及合併後的兒童及少年福利與權益保障法等法制，均對於子女之最佳利益原則有所檢討與修正。

我國現行離婚制度也在這段期間從原本的兩種形式，增加為四種形式，分別是民法第 1049 條的兩願離婚：「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。」、第 1052 條的裁判離婚：「夫妻之一方，有

---

及建議。

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。」

<sup>10</sup>陳竹上，前揭註 3，頁 128-130。

<sup>11</sup>戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 6，頁 275-277。

<sup>12</sup>林秀雄，前揭註 5，頁 203-205。

下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：一、重婚。二、與配偶以外之人合意性交。三、夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待。四、夫妻之一方對他方之直系親屬為虐待，或夫妻一方之直系親屬對他方為虐待，致不堪為共同生活。五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。六、夫妻之一方意圖殺害他方。七、有不治之惡疾。八、有重大不治之精神病。九、生死不明已逾三年。十、因故意犯罪，經判處有期徒刑逾六個月確定。有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」以及民國 98 年新增的第 1052 條之 1 法院調解離婚與法院和解離婚：「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。」

在增訂第 1052 條之 1 之前，實務上法院在辦理離婚事件時，不得為訴訟上和解除離婚，因兩造在和解程序後，辦理離婚登記前，婚姻關係仍然繼續存在<sup>13</sup>；同理，法院在辦理離婚事件時亦不得成立離婚之調解，因訴訟前之法院調解，係屬強制規定，主要目的為勸導消弭離婚之意思，避免兩造一時衝動而涉訟<sup>14</sup>。反之，學說上有認為法院和解與調解離婚具簡便、省錢、和諧等等優勢，又能確保當事人真意，足以妥善規劃子女親權、損害賠償以及贍養費等等問題，其成立時或經法院核定時，與確定判決有同等效力<sup>15</sup>。

部分立法委員亦與學說持相同見解，認為兩願離婚可能不足以保護婚姻中弱勢之一方，易發生脅迫或通謀之情形，而判決離婚可能太過於嚴苛，易發生無法離婚之窘境；法院和解離婚或調解離婚除了可以減少訴訟量、節省社會資源外，尚能保障婚姻之弱勢方權益（然有學說認為，家庭暴力事件與離婚事件之目的及程序均不同，不宜合併審理，因此在涉及家庭暴力事件時原則上禁止調解<sup>16</sup>），讓離婚當事人理性面對有裂痕的婚姻與家庭。惟法院和解或調解成立之離婚，仍需完成離婚之登記要件，不僅浪費時間也耗費資源<sup>17</sup>，故基於「賦予法院調解離婚或法院和解離婚成立者一定之法律效果；並避免因當事人未至戶政機關作離婚登記而影響其本人及相關者之權益。」之立法理由，新增第 1052 條之 1，使和解或調解離婚具有形成力，而非屬協議之性質，與法院確定判決具有同一效力。

在家事事件法中亦有相關之規定：第 30 條與第 45 條分別規範離婚之調解與和解須經當事人表明合意，使得成立；調解與和解成立時，與確定裁判有同一之效力<sup>18</sup>。另有學說將調解與和解離婚合併視為第三種形式，乃立法者折衷兩願離婚與裁判離婚，取兩者之優點、除去兩者之缺點，而增訂較公正、客觀、簡便之型態<sup>19</sup>。

---

<sup>13</sup>參照司法院 77 年 8 月 23 日（77）院台廳一字第 06029 號函。

<sup>14</sup>參照司法院 77 年 10 月 11 日（77）院台廳一字第 07035 號函。

<sup>15</sup>陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2013），《民法親屬新論》，頁 234-235，台北：三民。

<sup>16</sup>高鳳仙（2017），《家庭暴力法規之理論與實務》，頁 242-244，台北：五南。

<sup>17</sup>林秀雄，前揭註 5，頁 176-177。

<sup>18</sup>林秀雄，前揭註 5，頁 178-179。

<sup>19</sup>戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前接註 6，頁 231-232。

根據內政部戶政司的統計<sup>20</sup>，民國 107 年兩願離婚的比例約占 85.00%(46,243 對)，判決離婚的比例約占 6.91%(3,758 對)，調解離婚的比例約占 6.35%(3,457 對)，和解離婚的比例約占 1.74%(944 對)，由此可知，兩願離婚仍是台灣目前最主要之離婚形式。

事實上，離婚的過程非常漫長，從婚姻出現裂痕、衝突到決定離婚、家庭破碎，其中還可能包含訴訟、親權爭奪等等，許多既有文獻皆認為離婚對子女在心理上、身體行為、學業等方面都有一定程度的負面影響<sup>21</sup>，況且家庭的分崩離析即是最主要影響子女利益的現實因素，因此就有學者提出親職教育<sup>22</sup>或是親權規劃<sup>23</sup>等方式，考慮子女的最佳利益來撫平傷痕。然而另一方面，勵馨基金會等團體指出，給予離婚家庭貼上「親職能力不足」與「易發生兒虐事件」的標籤會使離婚汙名化，且兩者的因果關係不可輕率斷定，若推動強制親職教育，又附上懲罰性的條款，不僅違反比例原則、不具法律正當性，亦可能造成離婚關係中的弱勢更加弱勢的窘境，而對於未成年子女而言，被迫夾在父母間相互對抗，且越加怨懟的訴訟過程中，恐將遭受更大的傷害，任何「強制」的美意終將會變調<sup>24</sup>。因此，在離婚關係中，如何保護未成年子女的課題，仍是一大爭議。

離婚後，對於未成年子女的權利義務由誰來行使或負擔，皆依民法第 1055 條規範內容，即協議定奪之，若協議不成則由法院酌定之。而關於親權訴訟的統計<sup>25</sup>，民國 107 年判決離婚訴訟中附帶子女監護權歸屬的訴訟量約 1675 件，然占絕大多數的兩願離婚情形，其離婚後對於子女親權歸屬問題，有無單獨提出親權訴訟的狀況(沒有跟離婚訴訟連結的案件)，並無列於司法院統計網站中。又，我國的兩願離婚的形式要件，僅需明確當事人離婚意思表示之書面、防止被迫離婚而需二人以上證人，並向戶政機關為離婚登記三要件<sup>26</sup>，無需特定的未成年子女親權規劃作為要件，是否造成兩願離婚的當事人根本無未成年子女之親權規劃？幸而，依據戶籍法第 13 條，「對於未成年子女權利義務之行使或負擔，經父母協議或經法院裁判確定、調解或和解成立由父母一方或雙方任之者，應為未成年子女權利義務行使負擔登記。」因此，在兩願離婚之情況下，對於未成年子女的權利義務由誰行使負擔，仍須依法做成親權規劃並登記。

---

<sup>20</sup>內政部戶政司全球資訊網人口統計資料，<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>(最後瀏覽日：2019 年 9 月 1 日)。

<sup>21</sup>沈瓊桃(2017)，〈離婚過後、親職仍在：建構判決離婚親職教育方案的模式初探〉，《臺灣社會工作學刊》，35 期，頁 98-99；陳婉琪(2014)，〈都是為了孩子？父母離婚負面影響之重新評估〉，《臺灣社會工作學刊》，54 期，頁 35-43。

<sup>22</sup>沈瓊桃，前揭註 21，頁 93-136。

<sup>23</sup>陳竹上，前揭註 3，頁 125-140。

<sup>24</sup>勵馨基金會，訴訟離婚不應強制親職教育，<https://www.cooloud.org.tw/node/93373>(最後瀏覽日：2019 年 9 月 30 日)。

<sup>25</sup>司法院統計網站，<https://www.judicial.gov.tw/juds/report/sf-18r3.htm>(最後瀏覽日：2019 年 9 月 16 日)。

<sup>26</sup>林秀雄，前揭註 5，頁 173-176。

### 三、《兒童權利公約》與離婚後子女親權的關聯

《兒童權利公約》(The Convention on the Rights of Children, 簡稱為 CRC) 的核心宗旨大致可以分四點論述：第一點為不歧視，在公約第 2 條即揭示，締約國應確保其管轄範圍內之每一兒童，不因兒童自己、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，並且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。

第二點為兒童的最佳利益，揭示於公約第 3 條，締約國的公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關所有關係兒童之事務，均應以兒童最佳利益為優先考量；締約國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，並對負責照顧與保護兒童之機構、服務與設施進行適當的監督。

第三點為生命權、生存權與發展權。《兒童權利公約》第 6 條規定，締約國承認兒童有與生俱來之生命權，應盡最大可能確保兒童之生存及發展。第四點為尊重兒童之意見或稱兒童之表意權。根據《兒童權利公約》第 12 條，締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童自由發表意見並獲得尊重，包含在會影響兒童的司法程序或行政程序中，也應保障兒童表達意見之機會<sup>27</sup>。

在具普世性的《兒童權利公約》通過二十五周年之際(西元 2014 年)，我國立法院通過《兒童權利公約施行法》，正式將其內國法化<sup>28</sup>，步上國際趨勢，肯認兒童作為權利主體，並給予特別的保護。因而，有學者認為，離婚後對於未成年子女權利義務的行使或負擔、親權規劃、探視權、扶養費用等，也必須遵循《兒童權利公約》的核心價值，始能真正達到其保障兒童權利之精神<sup>29</sup>。

《兒童權利公約》中與離婚後子女親權議題相關的條文，有第 3 條、第 9 條、第 12 條以及第 18 條。其中第 3 條與第 12 條乃上述之兒童最佳利益與兒童之表意權，亦即國家機關與社工人員在判定離婚後親權歸屬議題時，應以兒童最佳利益為最高原則，且兒童在相關的行政程序或司法程序中，依法有表達自己意見之機會。第 9 條為不與父母分離原則、會面交往權保障，原則上，締約國應確保不違背兒童父母的意願而使兒童與父母分離，並應尊重與父母一方或雙方分離之兒童與父母固定維持關係及直接聯繫的權利，惟兒童最佳利益仍作為最高指導原則，依舊以其為優先，不得悖離。

第 18 條則為父母共同養育原則與國家協力責任，規定締約國應盡其最大努力，確保父母雙方對兒童之養育及發展負共同之責任。父母或法定監護人對

<sup>27</sup>UNICEF. (2010). The state of the world's children special edition: Celebrating 20 years of the Convention on the Rights of the Child. New York, NY: United Nations Children's Fund.

<sup>28</sup>林沛君(2015)，〈由聯合國兒童權利委員會第 14 號一般性意見重新檢視「子女最佳利益」〉，《華岡法粹》，58 期，頁 130。

<sup>29</sup>陳竹上，前揭註 3，頁 135-136。

兒童之養育及發展負擔主要責任，並以兒童之最佳利益為基本考量。第 18 條第 2 項指出，為保證與促進本公約所揭示之權利，締約國應於父母及法定監護人在擔負養育兒童責任時給予適當之協助，並確保照顧兒童之機構、設施與服務業務之發展。最後，也應採取一切適當措施，確保就業父母之子女有權享有托兒服務及設施<sup>30</sup>。由以上論述可知，「兒童最佳利益」彷彿太陽般的原則，與兒童相關之條文均繞著此原則公轉，不容許偏移軌道。

然而，所謂的「最佳利益」究竟為何？此係屬一不確定之法律概念，法院等國家機關如何裁量、如何訂立具體的審酌標準更是一大考驗。參考國外之立法例，英國將應考量的因素明文列入實體法規範，例如 1989 年《兒童法(Children Act1989)》中，以清單之方式進一步釐清子女利益的考量因素<sup>31</sup>。而聯合國兒童權利委員會亦針對《兒童權利公約(Convention on the Rights of Children)》第 3 條的兒童最佳利益原則，特地發表第 14 號一般性意見，解釋此原則之適用範圍、構成要件等。此意見書揭示兒童最佳利益係「一權利、一原則、一程序規定<sup>32</sup>」，也因其具有動態且彈性之特性，須採取「依個案認定(case-by-case)」之方式，隨不同兒童之需求調整最佳利益的內涵。此外，意見書也提及《兒童權利公約》第 3 條保障兒童最佳利益原則與第 12 條兒童表意權有互補之關聯性，倘若國家機關或社福機構未將第 12 條之兒童表意權納入考量，其審酌或裁量的兒童最佳利益即可能毫無正當性<sup>33</sup>，因此，可以說第 12 條為實踐程序規定之方法<sup>34</sup>。

#### 四、現行制度之問題

承前述在《兒童權利公約》中提及之「兒童最佳利益」，本節縮小範圍至現行離婚後親權行使規範對子女最佳利益之考量。民法第 1055 條之 1 明文列出七款應審酌之情狀，其中包含子女年齡、性別、人數、健康情形、意願與父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力、生活及感情狀況、意願及態度等。惟實務上仍可能出現裁量比重、定義模糊等問題，例如研究發現，「子女主要照顧者」、「子女意願」、「親子互動」三項是最主要影響法官酌定親權人的關鍵因素，也驗證劉宏恩〈「子女最佳利益原則」在臺灣法院離婚後子女監護案件中之實踐——法律與社會研究之觀點〉此文中指出的觀點，即法官主要考量民法第 1055 條之 1 的「特定」幾個因素來酌定親權<sup>35</sup>。

然而這也因此出現疑慮：「子女最佳利益」的內涵是否由上述因素來決定？考量因素是否有優先劣後的次序？法官對於第 1055 條之 1 所述的情狀，該如何行使裁量權也就成為學說上與實務上最主要的爭點。儘管致力於追尋一個具有通

<sup>30</sup>CRC, art. 3,9,12,18.

<sup>31</sup>林沛君，前揭註 28，頁 135-136。

<sup>32</sup>CRC/C/GC14, paras. 1-7.

<sup>33</sup>CRC/C/GC14, paras. 43-45.

<sup>34</sup>林沛君，前揭註 28，頁 138-143。

<sup>35</sup>黃詩淳、邵軒磊（2018），〈酌定子女親權之重要因素：以決策樹方法分析相關裁判〉，《台大法學論叢》，47 卷 1 期，頁 333-336。

案性、普遍性的「標準」，減輕在家事案件中判斷子女最佳利益上的困難，但每一個「原則」或「因素」其實都只是完整拼圖的其中一片，況且不同的個案、家庭與孩子都會有不同的背景、生活環境、需求與家庭互動，因此我們所拼出來的拼圖也會不盡相同，他們的最佳利益也不可能相同，總結來說，似乎難以確認通案適用的子女最佳利益標準<sup>36</sup>。

我國民法之親權行使的模式，分成夫妻一方單獨任之、雙方共同任之、第三人任之三種。其中雙方共同任之模式為新法修正時引自美國司法實務上較新的形態，又稱「共同監護」，亦是由夫妻協議或由法院酌定；此模式建立於「父母離婚後，能為子女利益著想共同努力合作、使子女更能適應離婚後生活，或減少夫妻離婚帶給子女生活環境之變動與衝擊」之前提，通常僅能在夫妻離婚後仍可以彼此保持友好關係之情況下，予以考慮<sup>37</sup>。根據內政部統計，撇除第三人監護情形，2015-2017年離婚後子女親權歸屬（包含兩願離婚、裁判離婚、調解離婚及和解離婚），由父親行使佔41%、由母親行使佔39%、共同行使佔20%<sup>38</sup>。

上述三種親權行使模式最具爭議性質的非「共同監護」莫屬，因許多涉及未成年子女之法律行為，例如教養、醫療、就學、出國、開戶、保險、申請補助等，是否皆須由父母雙方行使同意權？若是，夫妻離婚後，多分居兩地，欲使雙方以共同監護之模式行使親權著實有難度。尤其是雙方爭執劇烈，無法達成協議而須由法院酌定親權之案件，是否可能成為合作的父母？又如何秉持子女最佳利益原則為子女之照顧加以規劃<sup>39</sup>？

即使是一方擔任親權，他方有會面交往權的方式，在實務上亦已發生照顧方阻撓對方行使會面交往權，或以各種方式干擾探視的情狀。例如照顧方故意減少子女與對方相處的機會、以子女當作金錢籌碼；使子女與探視者之間產生疏離感、畏懼感；以及源自照顧方或其他家人給予子女的觀念灌輸或脅迫等<sup>40</sup>，而這也就是「書本中的法律」(law in books)未必相等於「事實中的法律」(law in action)的最佳寫照。

實務上發現，父母在離婚時發生搶奪子女之狀況，部分源自離婚過程之負面情緒，因此子女很可能成為雙方角力的籌碼或互相報復的工具，而形成「先搶先贏」的趨勢，對子女造成生理惶恐及心理傷害，有學者也因此建議推行「友善父母」的概念，期待能延伸到共同監護之範疇，以符合子女最佳利益的原則<sup>41</sup>。

<sup>36</sup>劉宏恩（2014），〈離婚後子女監護案件「子女最佳利益原則」的再檢視——試評析 2013年12月修正之民法1055條之1規定〉，《月旦法學》，234期，頁207。

<sup>37</sup>劉宏恩，前揭註3，頁30-31。

<sup>38</sup>參照內政部戶政司全球統計網，<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>（最後瀏覽日：2019年10月16日）。

<sup>39</sup>最高法院104年度台抗字第503號裁定主旨：「如酌定由父母共同行使親權，須父母能善意協力合作；若其間尚存有敵意，難以相互信任，甚且持續衝突，則『共同監護』事實上將窒礙難行，徒使未成年子女持續陷於父母爭執之困境，反不利於未成年子女身心發展。」

<sup>40</sup>林進生、陳政龍、周家穎、謝政道（2017）。〈父母對其未成年子女會面交往權之研究〉，《美和學報》，36卷1期，頁124。

<sup>41</sup>紀冠伶、施慧玲（2018）。〈離婚訴訟「先搶先贏」的實務經驗敘事分析——兼論幼年子女最佳利益的司法裁量基準〉，《法令月刊》，69卷8期，頁82、94-95。

## 參、英國及日本立法例之研究

本章探究英國及日本離婚法制，尤其是離婚後親權行使規劃之實體制度及程序內涵。以下依英國法及日本法分述之。

### 一、英國

在英國的部分，將從離婚法制度現況、最新發展、及以 2014 年為界的離婚後子女親權安排為主要內容，並詳細說明「子女親權規劃令」的申請程序、參與之組織，以及裁定的類型。

#### (一) 英國離婚法制

在 1914 年以前的英國，離婚往往被社會認為是一個不該外揚的醜聞、同時因其有著昂貴的費用而多半僅會由社會中的有錢人所行使、且需有通姦或家暴之證明，種種的因素使得此時英國的離婚是非常稀少的。英國國會的報告中顯示，在 20 世紀的第一個十年當中，每 450 個婚姻中僅有 1 個會發生離婚<sup>42</sup>。

然而隨而第一次世界大戰結束後，英國的離婚法律之演進逐漸使男性與女性的離婚行使權利趨一。在 1923 年的《婚姻訴訟法》(Matrimonial Causes Act 1923) 中，有別於過往僅能由男方基於通姦罪訴請離婚，新的法案允許了婚姻關係中的女方向行使同樣的權利<sup>43</sup>。1937 年的新法則進一步的新增了新的離婚訴請事由，包括了：虐待、惡意遺棄 (desertation) 及重大不治之精神病<sup>44</sup>。儘管發生了以上的離婚上的革新，在 20 世紀前半葉仍然鮮少有離婚的發生，社會仍將離婚視作足以令人蒙羞的事件<sup>45</sup>。

直到 1969 年的《離婚改革法》(Divorce Reform Act 1969) 的頒布後，才逐漸形成英國現代的離婚制度。本法之改革包含：訴請離婚之事由新增了分居逾兩年經對方同意、分居逾五年的條件外，同時也移除了「違反婚姻誓言的犯罪 (matrimonial offences)」<sup>46</sup>，使得離婚不再如過去具有可責性。《離婚改革法》中的相關改革爾後被合併於 1973 年修正後的《婚姻訴訟法》中，該版本便被英國沿用至今。1973 年以後，《婚姻訴訟法》的修正主要在訴訟程序上的變革<sup>47</sup>，

---

<sup>42</sup>Gavin Thompson et al., *Olympic Britain: Social and Economic Change Since 1908 and 1948 London Games*, HOUSE OF COMMONS LIBRARY, <https://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/olympic-britain/olympicbritain.pdf> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>43</sup>*Id.*

<sup>44</sup>Sharon Redmayne, *The Matrimonial Causes Act 1937: A Lesson in the Art of Compromise*, 31(2) O.J.L.S. 183 (1993)

<sup>45</sup>See Thompson et al., *supra* note 42

<sup>46</sup>See Thompson et al., *supra* note 42

<sup>47</sup>*A Brief History of Divorce*, CAMBRIDGE FAM. L. PRAC.,

如 1984 年將原先需結婚滿三年方得訴請離婚之條件減少為一年<sup>48</sup>。

歷經離婚法規的變革、社會對於離婚之觀感逐漸改變、且女性對於男性的經濟倚賴逐漸降低的情況下，英國離婚對數從 1971 年的每年 50,000 到 1981 年已成長至 150,000。而英國已經從 20 世紀的初期每 450 個婚姻中僅有 1 個會發生離婚，成長為現今的每 2 個婚姻中便會有 1 個會發生離婚的情況<sup>49</sup>。

## 1. 英國離婚制度現況

英國的離婚程序係由配偶之一方向法院訴請離婚。訴請離婚之事由，如同先前所述，包括了通姦、不合理行為 (unreasonable behavior)、惡意遺棄 (兩年以上)、分居逾兩年經對方同意、分居逾五年，共計五種事由<sup>50</sup>。欲訴請離婚之一方需提供三份離婚訴請書 (divorce petition) 以及結婚證書 (marriage certificate) 給予最接近的地方離婚中心 (divorce center) 並繳付 550 英鎊 (約新台幣 22,000 元)<sup>51</sup>之手續費。

離婚訴請書的內容<sup>52</sup>包括了訴請方及另一方個人資料 (姓名、通訊地址及聯絡方式); 雙方代理人相關資訊; 婚姻資訊 (結婚國家、日期、證書等等); 勾選確認法院是否有管轄權; 訴請離婚之事由; 離婚事由之佐證; 另一方通姦對象之資訊 (若有); 是否有進行中之訴訟; 以及是否需要財產命令 (financial order)。

配偶之一方完成訴請相關程序後，地方離婚中心便會將訴請書以及送達認收書 (Acknowledgement of Service Form) 寄予另一方，另一方需於七天內回覆是否同意離婚。

若另一方同意離婚，訴請方便可以填寫相關表格並附上離婚事由之相關證明，向地方離婚中心申請暫時判決 (Decree Nisi)，再由地方離婚中心的法律專家 (legal adviser)<sup>53</sup>進行審查<sup>54</sup>。若審查後認為相關證明能佐證離婚事由，便會寄發暫時判決書予訴請方<sup>55</sup>。

若另一方不同意離婚，則需在 21 天內提出答辯書，法院會據此安排開庭審理，並且由法官根據兩方之陳述，最後作出是否核發暫時判決書之裁定。

在取得暫時判決書的六週又一天後，訴請方得向法院申請絕對判決 (Decree Absolute); 若訴請方於六週又一天內未進行申請，另一方得在期間結束後起算，經過三個月後申請之。

---

<http://www.cflp.co.uk/a-brief-history-of-divorce/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>48</sup>*Id.*

<sup>49</sup>See Thompson et al., *supra* note 42

<sup>50</sup>*Get a Divorce*, GOV.UK, <https://www.gov.uk/divorce/file-for-divorce> (last visited Nov. 20, 2019)

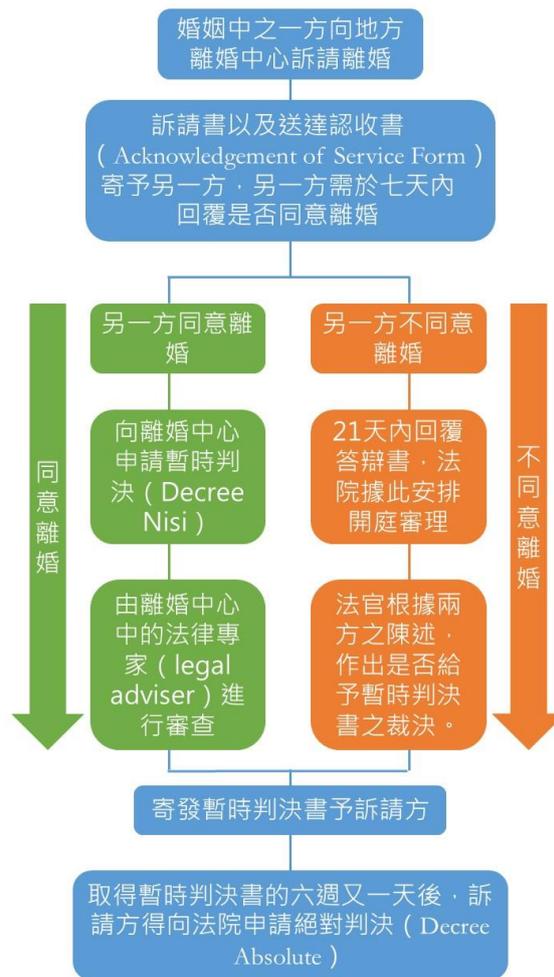
<sup>51</sup>*Id.*

<sup>52</sup>*Application For a Divorce, Dissolution or (Judicial) Separation*, GOV.UK [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/800140/d8-eng.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/800140/d8-eng.pdf) (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>53</sup>離婚中心中的法律專家為經英國法學訓練之法律從業者，無須經過資格考試等程序成為中心中之法律專家。但若法律專家對於申請文件之內容有疑慮時，可以尋求地方法院法官之協助。

<sup>54</sup>RUTH LAMONT (ED.), *FAMILY LAW* 91 (2018).

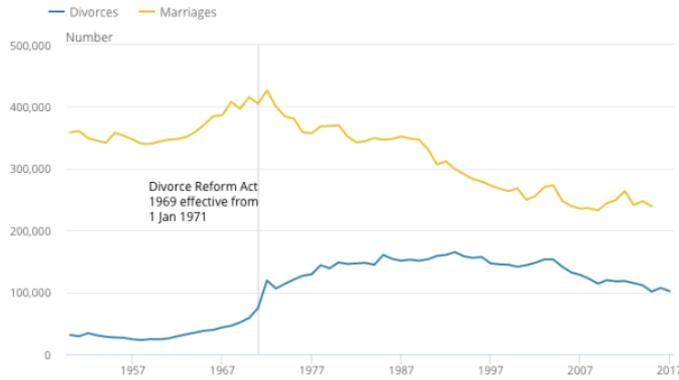
<sup>55</sup>*Id.* at 92



圖一. 英國離婚程序  
(來源：作者繪圖)

以英國之異性婚姻離婚現況來說，在 2017 年一共有 101,688 對離婚，粗離婚率為 8.4‰，為英國 1973 年以來的新低<sup>56</sup>。其中離婚率最高的年紀以男性來說在 45-49 歲，女性則在 40-44 歲的區間。最常見的離婚事由為不合理行為，分別佔了女方 52%、男方 37% 的訴請事由。

<sup>56</sup>*Divorces in England and Wales: 2017*, OFF. FOR NAT'L STAT., <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/divorce/bulletins/divorcesinenglandandwales/2017> (last visited Nov. 20, 2019)



圖二. 英國異性婚姻結婚及離婚情況<sup>57</sup>  
(來源：英國國家統計局)

## 2.最新之發展

2019年英國國會討論離婚法規之改革時，對於「無過錯離婚(no fault divorce)」<sup>58</sup>有諸多討論<sup>59</sup>。在2016年的歐文案(*Owens v Owens*)中，歐文女士於2015年的5月以該婚姻已不可維繫(broken down)訴請了離婚，而根據《婚姻訴訟法》中，以不可維繫之理由訴請離婚，需說明對方之不合理行為使得訴請人難以與之同居。在多半的情況中，有共識欲離婚的另一方，並不會對該理由提出異議，而進入取得暫時判決書之程序。然而在本案中，歐文先生針對了歐文女士所提出理由進行了答辯。在判決中，法院儘管認為歐文夫婦之間的婚姻已不可維繫，但基於歐文先生之答辯使得歐文女士無法證明其不合理行為致不堪為共同生活，因而拒絕核發歐文女士暫時判決書<sup>60</sup>。而在上述法院及最高法院中，法官皆以修法並不是法官的責任，而是國會的責任為理由，維持原判決，進而促使了英國國會進行相關之討論。

在2019年6月，英國國會已提出了相關修正草案並引入無過錯離婚。新的草案中將不再要求訴請方證明婚姻中過失，而改以證明該婚姻關係已不可挽回的不能維繫(irretrievable breakdown)為離婚之條件<sup>61</sup>。此外，亦在草案中提出共同申請(joint application)<sup>62</sup>以及將離婚程序定為至少六個月<sup>63</sup>。

此外，另一個與離婚相關之發展為在2017年後，離婚的訴請已能透過政府

<sup>57</sup>*Id.*

<sup>58</sup>本報告中使用「無過錯」離婚，而非「無過失」的原因除因參考元照英美法詞典之翻譯外，採用無過錯在英美法體系中，較不易與侵權行為中的無過失產生混淆。

<sup>59</sup>*How Will No Fault Divorce Work? UK Divorce Law Reforms Explained*, CO-OP LEGAL SERV., <https://www.co-oplegalservices.co.uk/media-centre/articles-apr-jun-2019/how-will-no-fault-divorce-work-uk-divorce-law-reforms-explained/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>60</sup>*Commons Library Analysis: Divorce, Dissolution and Separation Bill 2017-19*, PARLIAMENT OF UK, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-8594> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>61</sup>*Id.*

<sup>62</sup>*Id.*

<sup>63</sup>*Id.*

的網站在線上進行<sup>64</sup>以減少人力、物力及時間。

## (二) 離婚後親權行使之規劃

在 2014 年以前，法院須依據《兒童法》<sup>65</sup> (Children Act 1989)，要求離婚之雙方需提出子女親權規劃 (Statement of Arrangements for Children，又稱做 Parenting Plan)，以供法院斟酌<sup>66</sup>。然而該要求在 2014 年的《兒童與家庭法》(Children and Families Act 2014)中已經廢止<sup>67</sup>。因此現階段英國的離婚程序中，已不再要求提出子女親權規劃。而僅在雙方發生親權爭議時，方需進行調處。以下謹就此法制變革加以詳述。

### 1. 2014 年以前

在 2014 年修法以前，離婚之雙方需提出子女親權規劃供法官進行檢視以及評估。該子女親權規劃中包括了子女之個人資料、居所之安排、聯絡資訊、照顧之安排、教育及就學規劃、健康狀況以及最後雙方是否對於規劃之內容均能認知且同意<sup>68</sup>。而當法官收到該規劃時，相對於當事人真意，法官所優先考量的為子女最佳利益。而依據 2014 年以前《兒童法》第 10 節及《婚姻訴訟法》第 41 節，基於子女最佳利益之考量，法官有權決定是否介入子女親權規劃<sup>69</sup>。然而在一般情況下，由於《兒童法》同時存在「不干涉原則 (no-order principle) <sup>70</sup>」，因此若是欲離婚之雙方能夠公平且有效地對於子女親權規劃達成共識，法官就鮮少加以干涉。

那麼法官通常基於何種理由對於子女親權規劃加以介入呢？依據《兒童法》第一節，法官可以基於子女意願、身心狀態、教育需求、年紀、性別、所受過的傷害或潛在可能受到的傷害、父母的能力等，以職權決定是否對親權規劃進行干涉<sup>71</sup>。而法院介入的權利則來自《婚姻訴訟法》第 41 節，明文規定法院不得在未考量及評估子女親權規劃之情形下同意離婚<sup>72</sup>。

### 2. 2014 年以後

---

<sup>64</sup>Get a Divorce, *supra* note 50

<sup>65</sup>Children Act, 1989 (Eng.).

<sup>66</sup>RUTH LAMONT, *supra* note 54 at 93

<sup>67</sup>*Id.*

<sup>68</sup>Statement of Arrangements for Children,

[https://bfgnet.de/files/legal/D8A\\_Statement\\_of\\_arrangements\\_for\\_children.pdf](https://bfgnet.de/files/legal/D8A_Statement_of_arrangements_for_children.pdf) (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>69</sup>MARIAN ROBERTS, *MEDIATION IN FAMILY DISPUTES: PRINCIPLES OF PRACTICE* (4th ed. 2014)

<sup>70</sup>不干涉原則在《兒童法》中係指法院在決定是否進行干涉時，除非法院確切的認定發佈決議令 (order) 相對於不作為能夠為子女做到更好的利益保護，否則法院應以不發佈決議令進行干涉為原則。

<sup>71</sup>Children Act, 1989, c. 41, §1 (Eng.)

<sup>72</sup>Matrimonial Causes Act, 1973 (Eng.)

如前所述，依據 2014 年的《兒童與家庭法》第 17 節，英國已不再要求離婚之雙方對於 16 歲以下之子女提出子女親權規劃。事實上，即使在 2014 年以前，法院也鮮少行使第 41 節所賦予之介入權；在多數的離婚案件中，子女親權規劃書之審查多半僅為形式審查<sup>73</sup>。有專家及學者認為，由於該規劃書之審查流於形式，因此建議將該審查廢止，以提升法院之效率<sup>74</sup>。在英國法務部所委託的家事司法系統回顧（Family Justice Review）<sup>75</sup>報告中，則是主張以「子女親權規劃令（Children Arrangements Order，以下簡稱親權令）<sup>76</sup>」取代原先雙方的親權規劃，以減少雙方在離婚中所可能產生的衝突。該衝突的減少，報告中認為是能有效降低雙親間的爭議，而更有效的達成子女最佳利益<sup>77</sup>。

現行制度之作法為，若是欲離婚之雙方能夠自行達成共識，就不需在訴請離婚的過程中提出親權規劃。雖然子女親權規劃已非離婚程序之必要條件，若離婚之雙方欲將親權之相關協議以具法律效力的書面加以明訂，則可聘用律師擬定「協議令（consent order，以下簡稱協議令）<sup>78</sup>」，將子女親權相關的規劃，例如居住地、相處時間、聯繫方式等共識進行條列。

在律師擬定，並取得離婚雙方之簽名後，需填寫 C100 申請表，並且支付 215 英鎊（約新台幣 8,500 元）申請取得法院的正式決議<sup>79</sup>。法院在收到申請後，法官會針對雙方同意的內容進行審查，在很少數的情況下，若法官若認為同意之內容不符合子女最佳利益，會對於內容進行異動或採取其他決議<sup>80</sup>。

然而當親權行使無法達成共識時，則將改以申請「親權令」，方能通過法院裁定離婚後子女親權之行使規劃。相關制度謹於下節中進行詳述。

### （三）子女親權規劃令

當欲離婚之雙方對於親權行使無法達成共識時，訴請離婚之一方可以申請「親權令」，相關之程序如下：

---

<sup>73</sup>John Bolch Says Goodbye to the Statement of Arrangements Form, STOWE FAM. L., <https://www.stowefamilylaw.co.uk/blog/2014/04/14/john-bolch-says-goodbye-to-the-statement-of-arrangements-form/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>74</sup>*Id.*; RUTH LAMONT, *supra* note 54 at 93

<sup>75</sup>Family Justice Review Final Report, GOV.UK, (Nov. 2011), [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/217343/family-justice-review-final-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217343/family-justice-review-final-report.pdf) (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>76</sup>Making Children Arrangements If You Divorce or Separate, GOV.UK, <https://www.gov.uk/looking-after-children-divorce/types-of-court-order> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>77</sup>Family Justice Review Final Report, *supra* note 75

<sup>78</sup>Making Children Arrangements If You Divorce or Separate: If You Agree, GOV.UK, <https://www.gov.uk/looking-after-children-divorce/if-you-agree> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>79</sup>*Id.*

<sup>80</sup>*Id.*



圖三. 英國「子女親權規劃令」申請程序  
來源：作者自製

## 1. 申請程序

首先，在一般情況下，欲離婚雙方對於子女親權無法達成共識時，需先參與「調處資訊與評估會議」(Mediation Information and Assessment Meeting，以下簡稱 MIAM)，唯獨在若有家暴 (domestic violence)、子女保護之顧慮、或能證明為緊急狀況的情況下，才能不需參加 MIAM 會議<sup>81</sup>。在參加過該會議後，方能填寫 C100 表格向法院申請「親權令」。MIAM 的目的是向參與者說明調處的功能、運作方式、協助參與者判斷調處是否適合解決該爭端、說明調處的費用以及是否能取得救濟金支付調處費用<sup>82</sup>。調處會議之參與可由雙方同時參加或分別參加。在 MIAM 會議中，並不會有實質的調處發生，而是在決定是否進入調處的程序，在雙方合意的情況下，MIAM 中的調處者才會安排後續的調處會議<sup>83</sup>。若是經調處會議 (一般來說為 3-5 次) 順利調處成功，則可依據所達成的共識撰寫備忘錄 (Memorandum of Understanding)，爾後根據該內容聘用律師擬定「協議令」並申請取得法院的正式決議<sup>84</sup>。

<sup>81</sup>*DIY Child Arrangements Orders: Information for Family and Friends Carers*, FAM. RIGHTS GROUP, [https://frg.org.uk/images/Advice\\_Sheets/18-diy-residence-orders-info-family-friends-carers.pdf](https://frg.org.uk/images/Advice_Sheets/18-diy-residence-orders-info-family-friends-carers.pdf) (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>82</sup>*What is MIAM?*, FAM. MEDIATION COUNCIL, <https://www.familymediationcouncil.org.uk/family-mediation/assessment-meeting-miam/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>83</sup>*Mediation Meetings or Sessions*, FAM. MEDIATION COUNCIL, <https://www.familymediationcouncil.org.uk/family-mediation/mediation-meetings-sessions/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>84</sup>*What is MIAM?*, *supra* note 82

若經過 MIAM 會議後，雙方仍沒有辦法達成共識或者其中一方拒絕參與 MIAM 會議，則需填寫 C100 表格向法院申請進行親權令。C100 表格之內容包含了子女之出生及個人資料、參加 MIAM 相關資訊及證明、子女是否處於其他親權或跨國親權案件中、出庭資訊、申請人個人資料、聘用律師資訊以及屬實陳述<sup>85</sup>。填寫完畢後，將表格提供並且支付 215 英鎊至地理上最接近且受理親權案件之法庭申請親權令。

法院受理後，一般而言會在 21 天內安排開庭審理<sup>86</sup>，開庭的過程中多半會有兒童與家事法院諮詢及輔助處（Children and Family Court Advisory and Support Service，以下簡稱 CAFCASS）之人員參與開庭，其中 CAFCASS 人員會在開庭前便與子女以及申請人進行聯繫以及調查，並且會在第一次開庭前將相關的資料提供給法官作為參考。在第一次開庭時，法官會在確保子女最佳利益的前提下，嘗試讓欲離婚的雙方對於子女親權達成共識，若是能成功，法官就會做成親權令；相對的，若是沒能在第一次開庭達成共識，法官便會安排後續的開庭時程。

在後續的開庭中會要求雙方提出對於子女親權分配所需要之證據<sup>87</sup>（例如犯罪紀錄、毒品及酗酒之毛髮檢驗、就醫紀錄等等）、傳喚證人或取得證詞，以利法官作出親權令。此外，CAFCASS 人員在後續的審理中，所扮演的角色偏向於將子女的意願於開庭審理中作最忠實的回饋<sup>88</sup>。在這些過程中，法院會視情況裁定兩方是否需要個別參加「分居父母資訊計劃」（Separated Parents Information Programme，以下簡稱 SPIP），目的在於協助分居或離婚父母了解對於子女的衝擊、如何減緩該衝擊、可能對於子女造成的負面影響等。而在最終庭審時，法官在權衡所有的人證、物證後，始作出親權令。

## 2. 親權令過程中之參與組織

在取得親權令的過程當中，必要以及可能需要參與的兩個會議 MIAM 以及 SPIP 分別由家事事件調處委員會（Family Mediation Council，FMC）以及兒童與家事法院諮詢及輔助處（CAFCASS）所承辦。本節將就兩組織進行介紹。

### （1）家事事件調處委員會（FMC）

家事事件調處委員會（以下簡稱 FMC）為一非營利組織，其成立之目標在

---

<sup>85</sup>C100 Form, GOV.UK, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/734888/C100\\_eng\\_0818.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/734888/C100_eng_0818.pdf) (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>86</sup>*Considering Children in Divorce and Relationship Breakdown*, WARD SOLICITORS, <https://wards.uk.com/online-services/legal-guides/considering-children-divorce-relationship-breakdown/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>87</sup>*Id.*

<sup>88</sup>*What is a Children Arrangements Order?*, AVENUE SOLICITORS, <https://www.avenuesolicitors.london/what-is-a-child-arrangements-order/> (last visited Nov. 20, 2019)

於維持調處委員之數量、訓練及品質<sup>89</sup>。FMC 本身並不會提供調處或進行調處者之引薦。隸屬但獨立於 FMC 之運作，設立有家事事件調解標準理事會（Family Mediation Standards Board, FMSB），其功能為進行 FMC 成員之登記及認證程序，同時會處理對於委員會之申訴<sup>90</sup>。成為調處委員之前，需要完成經 FMC 認證過的訓練計劃，方能取得調處委員專業的認證<sup>91</sup>。調處之內容包含了婚姻關係、子女之親權規劃、離婚後財產分配以及子女撫養費等等之議題。由於近年英國的家事事件進入法庭前，幾乎都要求必須先參加 MIAM，以便對於調處有進一步的理解並考量調處的可能性，FMC 以及調處委員的運作及訓練更顯重要。

## （2）兒童與家事法院諮詢及輔助處(CAFCASS)

CAFCASS 為依據 2000 年《犯罪正義與法院服務法<sup>92</sup>》所設置之非政府部門公共機構（non-departmental public body），雖非政府部門，但行使政府部門的職權，並且透過英國法務部向英國國會負責。其成立之目的為確保兒童福利，並且在家事法庭中作為子女之程序監理人，在法庭中傳達子女意願並為之爭取最佳利益。雖然 CAFCASS 獨立於法院運作，但仍需遵循家事法庭相關規範，並且在必要時受命於法官而進行家庭調查及報告<sup>93</sup>。目前 CAFCASS 一共有約兩千名員工，在 2017-2018 年間在英國服務了超過十三萬名兒童及青少年<sup>94</sup>。此外，CAFCASS 的網站提供了子女親權相關範本與參考文件，例如親權計劃書（parenting plan）<sup>95</sup>。

## 3. 裁定之類型

親權令區分為「第一次開庭後之爭端解決（First Hearing Dispute Resolution Appointment, 以下簡稱 FHDRA）」決議以及「最終命令（Final Order）」兩種。

在 FHDRA 親權令中的實質內容包括了三個部分：基本資訊、重要爭點、事實調查以及法院最終命令<sup>96</sup>。首先基本資訊方面包括了子女基本資料、欲離婚之

---

<sup>89</sup>About the FMC, FAM. MEDIATION COUNCIL, <https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>90</sup>About the FMC, FAM. MEDIATION COUNCIL, <https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>91</sup>Code of Practice for Family Mediators, FAM. MEDIATION COUNCIL, <https://www.familymediationcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/FMC-Code-of-Practice-v1.3-November-2018.pdf> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>92</sup>Criminal Justice and Court Services Act, 2000

<sup>93</sup>Id.; Cafcass, GOV.UK, <https://www.gov.uk/government/organisations/children-and-family-court-advisory-and-support-service> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>94</sup>About Cafcass, CAF/CASS, <https://www.cafcass.gov.uk/about-cafcass/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>95</sup>Parenting Plan, CAF/CASS, <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/divorce-and-separation/parenting-plan/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>96</sup>Child Arrangement Order, CHILD L. ADVICE,

雙方之基本資料、法院對於是否需要 CAFCASS 報告或調查的決定以及子女之重要時間表（如子女生日、學校開學等日期）<sup>97</sup>。重要爭點包含兩方未達共識之事項、預計如何解決之時程及方法等<sup>98</sup>。在事實調查中，法院則需決定是否需要針對案件中的指控（如家暴、藥物濫用或酗酒等）進行調查，而法官必須在此說明為何事實調查有其必要性，以及調查相關之指示<sup>99</sup>。最後，法院則會在親權令中說明後續開庭的相關規劃、是否需要強制參加 SPIP 以及一些其他相關之指示<sup>100</sup>。FHDRA 決議的作用在於作出所有後續開庭及調查的相關規劃及指示，在確保兩方仍可能自行針對本決議中未達共識的部分自行達成共識外，同時亦顧及法官權衡子女最佳利益所需要之事證。

而相對於 FHDRA 決議，最終決議顧名思義，便是最終開庭的結果，故稱最終決議。在最終決議中，法院針對子女的居住地、聯繫時間等都有明確的指示<sup>101</sup>，同時也對其他子女親權事項，例如禁止之行為、子女出境之規定、就學學校等等，作出決議<sup>102</sup>。

## 二、日本

本節將以日本離婚法制之沿革與現況為主要內容，包含子女親權規劃及共同監護之最新發展。

### （一）日本離婚法沿革

遠在江戶時代，日本社會中已經存有離婚觀念，惟僅限於由丈夫行使離婚的權利，以名為「離縁状」的離婚字據交付給予妻子的方式來離婚，又俗稱為「三行半」。也由於離婚主導權掌握在男性手中，而出現了「縁切寺<sup>103</sup>」，是為救贖那些受不幸婚姻束縛的女性所建立的，之後由幕府認可的共有兩間，以專作為提供女性離婚的場所。其中，最早的「縁切寺」是在鎌倉時代，為當時幕府職權者北條時宗之妻子所創建。

然而，從江戶時代開始，至明治時期之前，離婚在日本社會上是普遍的，甚至離婚率比現代社會高，且根據《江戶時代那些人和那些事》日本法律社會學者湯澤雍彥指出，直到明治中葉為止，於有統計的國家中，日本離婚率為世界第一

---

<https://childlawadvice.org.uk/wp-content/uploads/Child-Arrangements-Order.pdf> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>97</sup>*Id.*

<sup>98</sup>*Id.*

<sup>99</sup>*Id.*

<sup>100</sup>*Id.*

<sup>101</sup>*The Children Act 1989 – Children Arrangements Programme*, L. SOCIETY,

<https://www.lawsociety.org.uk/support-services/family-court-resources/documents/cap-04/>

<sup>102</sup>*Id.*

<sup>103</sup>提供夫妻協議離婚的場所，如果丈夫不願意，則由女性在寺廟工作滿三年的方式來離婚。

1873年5月頒布的《明治6年太政官布告162号》，是日本首次確立女性於婚姻關係中，能如同男性皆享有離婚的權利，同年7月頒布《明治6年太政官布告247号》，並確定了離婚訴訟的程序<sup>105</sup>。但由於戰亂開始轉變成男性社會，而礙於社會觀念及當時女性地位，日本離婚率仍處於低水平<sup>106</sup>。1898年7月16日(明治31年)施行《明治民法》的第四編及第五編，其中第813條的裁判離婚共列舉十種離婚事由。然而，於此法頒布後一年，離婚人數大幅減低，是1897年離婚人數的近一半<sup>107</sup>。直到1945年第二次世界大戰後，日本於次年公布的憲法第24條中提出兩性平等，並於1947年(昭和22年)修改了民法，於此開始才漸趨近日本現代的離婚法規。

從明治時期到現代，日本民法只有小幅度的修訂，大多仍為明治時期流傳至今<sup>108</sup>。又2007年4月通過了有關夫妻離婚後退休年金的分配新制，是為保障離婚女性的經濟狀況所設。惟日本民法仍被聯合國「消除對婦女歧視委員會」所批評，指出具有性別歧視的意味，其中有日本民法第733條針對女性離婚後待婚期間限制，並於2015年12月16日由日本最高法院大法庭的寺田逸郎審判長，宣布禁止期間超過百日的部分違憲，即舊法限制離婚女性半年內不得再婚的規定修改為100天。

隨著日本社會對於離婚觀念的改變，以及女性自我意識的提升，離婚率自九十年代開始攀升，且離婚件數於2002年共有29萬，雖之後有下降趨勢，但離婚件數於2018年仍有20萬，離婚率為百分之1.66<sup>109</sup>。

## (二) 日本離婚與子女親權法制

依照日本現行離婚制度，在雙方都同意離婚的情況下，即不經法院介入而是夫妻雙方透過協商決定離婚，是為協議離婚。反之，若僅有一方有離婚意願，而對方並不願離婚，則需由具離婚意願之一方，向法院聲請調解離婚。

在日本家事法院介入協助調解離婚的過程中，倘若當初不具離婚意願之一方

<sup>104</sup>根據明治時期的女性雜誌《女學雜誌》社論，這是因為「婚姻乃是一生中之大事，此緣如同主人雇用下婢、下婢前往主人處一般」，到明治為止，社會認為結婚是如同保母般的一時性工作。1886年(明治十九年)，《女學雜誌》寫道「離婚乃今之我國之普通習慣，不足為人見怪也」。遠流博識網，結婚與離婚的日本史，<https://www.ylib.com/ReadingLifeArticle.aspx?ID=72>，(瀏覽日期：2019年11月20日)。

<sup>105</sup>江新興(2008)，《近代日本家族制度研究》，頁57，台北：崧博。

<sup>106</sup>香港01，【專欄·東瀛物語】日本離婚文化 從緣切寺到熟年離婚、卒婚，<https://bit.ly/2OKK6sX> (最後瀏覽日：2019年11月20日)。

<sup>107</sup>明治期における離婚史，<https://abetakako.jp/rikonsoudann/history/> (最後瀏覽日：2019年11月20日)。

<sup>108</sup>黃菁菁，日本民法還在明治時代賢妻良母難為，<https://www.cooloud.org.tw/node/3576> (最後瀏覽日：2019年11月20日)。

<sup>109</sup>平成30年(2018)人口動態統計の年間推計，

<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/suikei18/index.html> (最後瀏覽日：2019年11月20日)。

經過調解後仍不願離婚，則具離婚意願之一方須向家庭法院提出離婚訴訟，即裁判離婚，由家事法院審理是否具有離婚事由，依照日本民法第 770 條，能夠提出裁判離婚之事由有：配偶對於婚姻有不貞之行為（婚外戀）、被配偶惡意遺棄、配偶生死不明三年以上、配偶患有嚴重精神疾病且無康復之希望，以及具其他嚴重導致難以持續婚姻之事由。又日本民法同條第二項規定，即便具有前項第一款至第四款足以提出裁判離婚之事由，若法院於考慮所有情況後，認為持續結婚為適當，則法院可以駁回裁判離婚之請求。

而夫妻離婚後則其未成年子女親權之歸屬如何？根據日本民法第 766 條<sup>110</sup>，於 2011 年修法將子女利益納入於父母雙方協議離婚，討論未成年子女監護人、會面交往等，及其他有關子女監護之必要事項時，應最為優先考量之因素，惟協議不成或無法達成協議之情況下，則由法院來決定之。再根據日本民法第 819 條規定<sup>111</sup>，可知日本現在仍是採取單獨監護制度，故依照戶籍法之規定<sup>112</sup>離婚登記應記載行使監護權之一方之姓名、受監護子女之姓名，及其他命令所定之事項。

### （三）最新發展—子女親權規劃

根據日本民法第 766 條，日本民法確實要求父母應踐行該等監護約定為離婚要件之一，惟此要求僅是要求雙方協議，並無要求提出協議內容來讓主管機關審核或提供子女親權計劃讓戶政機關存查。而依日本民法第 771 條<sup>113</sup>，此規定於裁判離婚上準用之。

---

<sup>110</sup>(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

民法第七百六十六條

父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

(中譯：父母協議離婚時，如有子女監護權需處理，父母須將跟子女面會交往及監護必要費用分擔等監護相關事項以協議定之。此協議應以子女利益為最優先考量。)

前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。

(中譯：如父母無法達成前項之協議，前項事項應由家事法院定之。)

<sup>111</sup>(離婚又は認知の場合の親権者)

民法第八百十九條

父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。

(中譯：父母協議離婚時，協議中須有子女監護權的約定，子女應由父母一方行使親權。)

<sup>112</sup>戶籍法第七十六條

離婚をしようとする者は、左の事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならない。

一 親権者と定められる当事者の氏名及びその親権に服する子の氏名

(中譯：離婚應登記，且就左列事項向戶政機關報告：約定行使親權之父母之姓名，及受監護子女之姓名。)

<sup>113</sup>第七百七十一條

第七百六十六條から第七百六十九條までの規定は、裁判上の離婚について準用する。

根據日本戶籍法第 76 條<sup>114</sup>規定，離婚登記應記載雙方約定行使親權之父親或母親之姓名、受監護子女之姓名，及其他命令所定之事項。離婚登記應記載約定行使監護權之父親或母親姓名，係來自日本民法第 819 條<sup>115</sup>規定，因現行於日本離婚後子女監護權制度，仍為單一監護制，故須於離婚時決定並登記未成年子女之監護權該歸屬於何方來行使。而在兩願離婚且有未成年子女須監護時，除要求父母需就監護權為約定外，會面交往、子女監護之必要費用分擔及其他監護相關必要事項亦須協議，又如果夫妻無法達成此協議，則由家事法院來定之。又日本戶籍法第 76 條第 2 項所謂「其他規定事項」，依照日本戶籍法施行細則第 57 條<sup>116</sup>，包括：1.協議離婚，2.當一方是外國人時其國籍，3.未成年當事人的父母親姓名、與父母的關係，及若當事人是被收養人時，其養父母之姓名 4.共同生活之日期 5.分開之年月份 6.分開前住址 7.分開前主要工作及人口普查實施年 4 月 1 日至次年 3 月 31 日之間的通知，8.當事人戶主的名字。綜上，可知日本僅規定應登記行使親權之父親或母親之姓名、受監護子女之姓名，及其他資訊如地址等。但關於如何行使親權之細項，日本戶籍法中並未明定。

故由日本民法及戶籍法之規定，得知在協議離婚或裁判離婚且有未成年子女需監護時，要求父母需就誰監護未成年子女及會面交往做約定；又於戶政機關辦理離婚登記時，係要求提供負責監護者之姓名及被監護之未成年子女姓名，惟似

---

<sup>114</sup>戶籍法第七十六條

離婚をしようとする者は、左の事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならない。

一 親権者と定められる当事者の氏名及びその親権に服する子の氏名

(中譯：離婚應登記，且就左列事項向戶政機關報告：約定行使親權之父母之姓名，及受監護子女之姓名。)

二 その他法務省令で定める事項

<sup>115</sup>民法第八百十九條

父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。(中譯：父母協議離婚時，協議中須有子女監護權的約定，子女應由父母一方行使親權。)

2 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。

3 子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、父を親権者と定めることができる。

4 父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父が行う。

5 第一項、第三項又は前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。

6 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。

<sup>116</sup>第五十七條 戶籍法第七十六條第二號の事項は、次に掲げるものとする。

一 協議上の離婚である旨

二 当事者が外国人であるときは、その国籍

三 当事者の父母の氏名及び父母との続柄並びに当事者が特別養子以外の養子であるときは、養親の氏名

四 同居を始めた年月

五 別居した年月

六 別居する前の住所

七 別居する前の世帯の主な仕事及び国勢調査実施年の四月一日から翌年三月三十一日までの届出については、当事者の職業

八 当事者の世帯主の氏名

無要求提供所約定之監護細節及會面交往內容。又，法院只有在父母就監護事宜約定協議不成時才會介入。

#### （四）日本離婚制度發展近況——共同監護

依日本現行民法第 819 條規定，離婚之夫妻若有未成年之子女，必須選擇父母之一方來行使監護權，此為單一監護制度。

惟由於外國法制上，離婚後未成年子女之監護權是由雙方父母共同行使，加上在日本現行法制下，擁有單一監護權之一方常會阻礙他方與未成年子女的會面交往，已成為目前社會上的常見問題，故近年來關於將單一監護制度改為共同監護制度之呼聲漸趨高漲。

而將共同監護制度引進至日本是否妥當？於學說上有諸多探討，學者大村敦志指出，若離婚後未成年子女之單一監護權改為共同監護，則父母之間的關係仍然繼續存在的外觀恐將影響離婚後雙方間已無任何關係的實質狀況，即此透過婚姻而建立的關係似乎無法藉由離婚而完全分離，故須思考這樣的關係是否可以強加於所有離婚夫妻之情況<sup>117</sup>。

又有學說提到對於雙方協議離婚且無法院介入的情況下，夫妻雙方能否冷靜下來共同思考子女之利益？而若是不合理的共同監護，更可能有害於子女之利益，故不能強迫行使此制度。倘若離婚後行使共同監護制度，也須保留單一監護制度此一途徑<sup>118</sup>。

反之，學者中川淳提出在共同監護制度下，將會影響離婚後未直接照顧子女日常生活那一方對於監護權的認知，同時，直接照顧子女的一方也可能有阻止他方與子女會面交往的問題<sup>119</sup>。

日本近年來因離婚而延伸出許多未成年子女相關問題，其中有夫妻離婚時是否需提出子女親權行使規劃？以及根據日本民法第 819 條第 1 項規定離婚後僅父母一方為親權人，身為開發國家中例外採單一監護制度的日本，是否該改採共同監護制度？而日本法務省於 2019 年 9 月 27 日宣布將組成研究小組來研究以上兩個制度之利弊<sup>120</sup>，期望改善日本現行離婚制度所造成的狀況，故不論於子女親權行使規劃或是共同監護制度，日本目前仍皆尚未決定出結論為何。

<sup>117</sup>大村敦志著，《家族法》，177 頁以下。

<sup>118</sup>新・アジア家族法三国会議編，《親權と未成年後見》，119 頁以下。

<sup>119</sup>田井義信編，《民法学の現在と近未來》，310 頁以下。

<sup>120</sup>日本經濟新聞，「共同親權」導入の是非検討 法務省、研究会立ち上げ，

<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO50279710X20C19A9EA3000/>（瀏覽日期：2019 年 11 月 20 日）

## 肆、檢討與建議

我國民法是否有增訂親權計劃書之必要，以遵循兒童權利公約中兒童最佳利益原則、保障未成年子女之權益？本文藉由探究我國法制，並參考比較英國、日本法制後，認為現階段似還毋須增訂親權計劃書做為離婚之要件，其原因與建議謹敘明如下：

### 一、提出親權計劃無法回應執行面的問題

我國現行制度在實務運作上所面臨的問題，是否能透過提出親權計劃書之方式加以解決？首先，未成年子女最佳利益的內涵為何？是否由民法第 1055 條之 1 各項因素來決定？考量因素是否有優先劣後的次序？法官在判斷子女最佳利益時，會依個案之不同而有不同之考量因素，因此無法從法律條文中或實務裁判中，得出通案適用的裁量標準。

其次，共同監護與會面交往權或許有其規範上之優點，但也會有其執行上與程序上之困境。關係破裂的父母如何談合作？離婚後之父母要分工合作與善意溝通的可能性並不高，況且多數都已分居兩地，要如何即時達成一致的協議來共同行使或負擔子女的權利義務？又如何秉持子女最佳利益原則，給予相當的父愛與母愛使其在經歷破裂的家庭中，尚能發展較為正常健全的人格？本於子女最佳利益原則延伸的會面交往權若遭對方拒絕、拖延或干擾時，是否有適當的解決方式？這將會是一大考驗。

基於上述，提出子女親權計劃作為離婚之要件並無助於解決親權行使的執行面問題。或許，在共同監護與會面交往權之議題，尚須仰賴民法第 1055 條之 1 第 1 項第 6 款「友善父母原則」，亦即以具有較多善意或敵意較少之一方，例如：願意負擔扶養費並確保其履行、願意配合另一方行使會面交往權、不限制另一方行使親權或會面交往權等，作為子女之主要親權行使人，始能更有效地保障子女最佳利益。

### 二、親權計劃恐流於形式

倘若要增訂親權計劃作為離婚之要件，則該親權計劃是否需通過審查？審查之機關為何？認定親權計劃有無符合子女最佳利益之審查標準何在？有沒有人力或預算去檢驗、監督離婚後的各項執行（包含共同監護與會面交往權）是否符合當初的親權計劃？反之，若不須審查，該親權計劃將形同具文，徒具形式而無實質效力，又非執法者所樂見。

本文所探究之外國立法例為英國及日本，僅英國在 2014 年以前有提出親權計劃之相關要求；日本則僅要求父母需達成協議，但未要求提出親權計畫之細部內容。

以英國制度為例，雖然 2014 年前的《兒童法》第 10 節及《婚姻訴訟法》第 41 節，法官基於子女最佳利益而有權決定是否介入子女親權規劃，也就是可以依職權審查。但《兒童法》中所存在的不干涉原則，會使得法官慎重衡量是否對於父母都同意的子女親權規劃要求重議或修正。因此縱使在 2014 年以前，英國有遞交離婚親權規劃的規定，法官仍鮮少進行干涉。而從司法實務面觀察，英國家事法律師及學者皆指出，該親權規劃只要能符合格式且內容詳實，僅在極少的情況下法官才會要求親權規劃的改動，因此多認為其為形式審查<sup>121</sup>。也因此英國國會才會決議將該審查廢止，以提升法院之效率<sup>122</sup>。

而在 2014 年後，英國將離婚文件之審查改由地方之離婚中心來辦理，不再經由法院或法官，而僅需經由離婚中心之法律專家進行形式上審查即可。由此可知，英國從原有法院審查子女親權規劃之設計，但近年來在已朝向減少法院介入之設計。而該修法趨勢主要基於英國國會及相關報告，咸認親權規劃的形式審查既少實益，且反而可能因為離婚父母間難以達成共識，以致拖長離婚之時程（將於下一節中詳述），如此情況絕非為子女最佳利益。

### 三、增加離婚程序的複雜性

在離婚程序中，應讓事情單純化，但不論在法規上或實務上，都常將贍養費、子女親權、撫養費合併協商，倘若離婚之當事人尚須在婚姻關係破碎之際，擬定子女之親權計劃，是否有增加衝突之可能性，而使離婚之目的也難以達成？如同先前於英國廢止子女親權規劃之理由中提及，英國法務部所委託的家事司法系統回顧（Family Justice Review）<sup>123</sup>報告當中，以其他方式取代原有親權規劃中所要求離婚父母所必須達成之共識，以減少雙方在離婚中所可能產生的衝突。

本文認為有效降低雙親間的爭權衝突，可望使離婚父母較願意超越兩方間的恩怨，而能為子女最佳利益進行考量<sup>124</sup>。家事法律師亦提及，當父母在協商子女親權的過程當中若強調「輸贏」，例如爭取子女撫養權，時常會使得雙方衝突加深<sup>125</sup>。

---

<sup>121</sup> John Bolch Says Goodbye to the Statement of Arrangements Form, *supra* note 73; What is a Statement of Arrangements for Children Form?, QUICKIE DIVORCE, <https://www.quickie-divorce.com/blog/what-is-a-statement-of-arrangements-for-children-form> (last visited Nov. 20, 2019); RUTH LAMONT, *supra* note 54 at 93

<sup>122</sup> John Bolch Says Goodbye to the Statement of Arrangements Form, *supra* note 73; RUTH LAMONT, *supra* note 54 at 93

<sup>123</sup> Family Justice Review Final Report, *supra* note 75

<sup>124</sup> Family Justice Review Final Report, *supra* note 75

<sup>125</sup> John Bolch on Children Arrangements Orders: Will They Make Any Difference?, STOWE FAM. L., <https://www.stowefamilylaw.co.uk/blog/2014/04/01/john-bolch-on-child-arrangements-orders-will-the-y-make-any-difference/> (last visited Nov. 20, 2019)

對於延長離婚程序可能對子女造成的負面影響，目前已有研究指出相關問題<sup>126</sup>。而縱使離婚雙方對於子女之親權有所協議，並寫成子女親權計劃書，該溝通協調的過程事實上都需調處專家之協助，否則可能因為雙方之間劍拔弩張的情境而難以達成共識，徒增離婚之複雜性<sup>127</sup>。

#### 四、戶籍法之要求

依據我國戶籍法第 13 條，「對於未成年子女權利義務之行使或負擔，經父母協議或經法院裁判確定、調解或和解成立由父母一方或雙方任之者，應為未成年子女權利義務行使負擔登記。」亦即經協議離婚、或經法院裁判確定、調解或和解成立離婚之父母，在戶政機關進行離婚登記之同時即載明子女親權之歸屬。

而依據日本戶籍法第 76 條，亦要求提供監護者及被監護子女姓名，似無要求提供所約定之親權行使細節及會面交往內容，可得知其規定係偏向宣示性的規範，與我國之不同僅在於多了「必要費用分擔」也須協議。日本戶籍法施行細則第 57 條僅要求應登記行使親權之父親或母親之姓名、受監護子女之姓名，及其他資訊如地址等。但關於如何行使親權之細項，日本戶籍法中並未明定。

#### 五、親權計劃書作為協商的指引

但若是參考 2014 年後英國的模式，將能對親權達成共識與未能達成共識的離婚父母加以區分，對應以不同程序之要求，對我國離婚親權規劃或能有所啟發。

如同前述，英國對於能達成共識之離婚父母之親權規劃採形式確認，僅需提供必要之資訊即可，由地區的離婚中心確認而不需經過法院之審查；相對的，當離婚父母對於親權規劃難以達成共識時，便會有一系列的調處及輔助機構來協助離婚父母達成共識。其中兒童與家事法院諮詢及輔助處(CAFCASS)為避免因延長離婚程序而造成子女利益的損害，因此提供了一系列「子女親權計劃書(Parenting Plan)範本」協助離婚父母能夠更平和、有效地對於子女親權達成共識。

該子女親權計劃書的設計上並非採取單純表格式的設計，而是以協商指引(guideline)的形式，透過問題的回答逐步帶領離婚父母在理性且平和的情況下對於子女的親權達成共識<sup>128</sup>。在計劃書中，也說明若是需要溝通或調處的專家協助

---

<sup>126</sup>*Managing Conflict During Divorce*, AAMFT, [https://www.aamft.org/Consumer\\_Updates/Managing\\_Conflict\\_During\\_Divorce.aspx](https://www.aamft.org/Consumer_Updates/Managing_Conflict_During_Divorce.aspx) (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>127</sup>*High-Conflict Separation and Divorce: Options for Consideration*, DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA, [https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/2004\\_1/pdf/2004\\_1.pdf](https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/2004_1/pdf/2004_1.pdf) (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>128</sup>*The Parenting Plan*, CAFCASS, <https://www.cafcass.gov.uk/download/4365> (last visited Nov. 20, 2019)

時，有哪些資源可供運用<sup>129</sup>。該計劃書在 2018-2019 年度共協助了 36,802 對父母進行親權之討論<sup>130</sup>，使用者亦提供反饋，回應該計劃書如何有效讓離婚雙方跳脫原先爭執，而重新以「如何對子女最有利」的觀點探討親權行使之議題<sup>131</sup>。

因此儘管本研究對於「在所有離婚情況下採納子女親權行使計劃書」有所保留，然而亦建議當離婚雙方無法達成親權之共識時，在調解或和解的階段中，宜有類似英國的親權計劃書範本作為協商的指引。除了能協助離婚父母的溝通協調外，亦能夠透過指引之問題設計，確保子女之各項權益及最佳利益能夠被討論且受到保障。

## 伍、結語

我國現行離婚制度，向來以不須經由法院的兩願離婚為主要型態，與英國長久以來離婚須經過法院審查具有根本上的不同，難以直接移植英國之離婚程序至我國法制之下。況且，英國原有之親權計劃要求已在 2014 年廢止，新制度其實更趨近我國兩願離婚及親權規劃皆不經過法院的制度。而日本的離婚後親權行使規劃目前亦只是簡單的資料登記；2019 年 9 月始有消息要研議是否增加親權行使之規劃。因此，依據對我國離婚與親權酌定法制的研究，以及對英國和日本子女親權計畫的制度考察，本文對於將親權計劃書做為離婚之要件，主張仍存在後續研究及討論之空間。

---

<sup>129</sup>*Id.*

<sup>130</sup>*Children and Family Court Advisory and Support Service, CAFCASS*, <https://www.cafcass.gov.uk/download/11782/> (last visited Nov. 20, 2019)

<sup>131</sup>*Parenting Plan, supra* note 95

## 參考文獻

### 中文部分

#### 一、書籍

- 江新興 (2008)。《近代日本家族制度研究》。台北：崧博。
- 林秀雄 (2013)。《親屬法講義》，3 版。台北：元照。
- 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭 (2013)。《民法親屬新論》，11 版。台北：三民。
- 高鳳仙 (2017)。《家庭暴力法規之理論與實務》。台北：五南。
- 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如 (2011)。《親屬法》。台北：自刊。
- 磯田道史 (著)，李其融 (譯) (2014)。《江戶時代那些人和那些事》。台北：遠流。

#### 二、期刊論文

- 沈瓊桃 (2017)。〈離婚過後、親職仍在：建構判決離婚親職教育方案的模式初探〉，《臺灣社會工作學刊》，35 期，頁 93-136。
- 林秀雄 (1991)。〈離婚後父母對未成年子女之扶養義務〉，《輔仁法學》，6 期，頁 167-178。
- 林沛君 (2015)。〈由聯合國兒童權利委員會第 14 號一般性意見重新檢視「子女最佳利益」〉，《華岡法粹》，58 期，頁 127-159。
- 林進生、陳政龍、周家穎、謝政道 (2017)。〈父母對其未成年子女會面交往權之研究〉，《美和學報》，36 卷 1 期，頁 121-135。
- 施慧玲、紀冠伶 (2018)。〈離婚訴訟「先搶先贏」的實務經驗敘事分析—兼論幼年子女最佳利益的司法裁量基準〉，《法令月刊》，69 卷 8 期，頁 75-102。
- 陳竹上 (2017)。〈離婚後未成年子女親權行使之探討：法制沿革、社會困境及兒童權利公約之檢視〉，《社區發展季刊》，157 期，頁 125-140。
- 陳明楷 (2018)。〈離婚後子女扶養費負擔之台日實務相異發展——兼論通說所謂「生活保持義務理論」〉，《臺北大學法學論叢》，108 期，頁 1-78。
- 陳婉琪 (2014)。〈都是為了孩子？父母離婚負面影響之重新評估〉，《臺灣社會工作學刊》，54 期，頁 31-73。
- 陳致堯 (2017)。〈社工與家事調查官制度對離婚後「未成年子女最佳利益」評估之影響〉，《社區發展季刊》，159 期，頁 401-413。
- 黃詩淳、邵軒磊 (2018)。〈酌定子女親權之重要因素：以決策樹方法分析相關裁判〉，《台大法學論叢》，47 卷 1 期，頁 299-344。
- 劉宏恩 (1997)。〈夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定—從英美實務看我國民法親屬編新規定之適用〉，《軍法專刊》，43 卷 12 期，頁 24-55。
- (2011)。〈「子女最佳利益原則」在臺灣法院離婚後子女監護案件中之實

踐——法律與社會研究 (Law and Society Research) 之觀點》，《軍法專刊》，57 卷 1 期，頁 84-106。

----- (2014)，〈離婚後子女監護案件「子女最佳利益原則」的再檢視——試評析 2013 年 12 月修正之民法 1055 條之 1 規定〉，《月旦法學》，234 期，2014 年 11 月，頁 193-207。

### 三、學位論文

阮香綾 (2018)，《論家事事件法中所定之贍養費事件、家庭生活費用事件及扶養費事件》，頁 35-37，東吳大學法律系研究所碩士論文，台北。

吳維綸 (2016)。《論家事事件法之家事調解委員、家事調查官、程序監理人與社會工作者之法定職權與合作》，國立中正大學法律系研究所碩士論文，嘉義。

李明洙 (2018)。《監調社工與家事調查官分工下的子女最佳利益——以親權酌定事件為例》，國立臺灣大學社會工作學研究所碩士論文，台北。

鄭諺霓 (2015)。《離婚後未成年子女親權酌定之實證研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，台北。

### 四、網路資料

內政部戶政司全球資訊網。《人口統計資料》，載於：

<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>。

司法院統計網站。《地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬》，載於：

<https://www.judicial.gov.tw/juds/report/sf-18r3.htm>

勵馨基金會 (2019)。《訴訟離婚不應強制親職教育》，載於：

<https://www.cooloud.org.tw/node/93373>。

## 日文部分

### 一、書籍

大村敦志 (2010)。《家族法》，3 版。東京都：有斐閣。

新.アジア家族法三國會議 (編) (2014)。《親權と未成年後見》。東京都：日本加除。

田井義信 (2012)。《民法学の現在と近未来》。京都：法律文化社。

### 二、網路資料

日本經濟新聞 (2019)。《「共同親權」導入の是非検討 法務省、研究会立ち上げ》，載於：

<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO50279710X20C19A9EA3000/>

## 英文部分

### 一、書籍

Lamont, R. (2018). *Family Law*. Oxford, England: Oxford University Press.

Roberts, M. (2014). *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*. England: Routledge.

### 二、期刊：

Redmayne, S. (1993). *The Matrimonial Causes Act 1937: A Lesson in the Art of Compromise*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(2), 183-200.

### 三、網路資料：

A Brief History of Divorce. (2012, April 18). Retrieved from

<http://www.cflp.co.uk/a-brief-history-of-divorce/>

Application for a Divorce, Dissolution or (Judicial) Separation. Retrieved from

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/800140/d8-eng.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/800140/d8-eng.pdf)

About Cafcass. Retrieved from <https://www.cafcass.gov.uk/about-cafcass/>

About the FMC. Retrieved from <https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/>

Bolch, J. (2014, April 4). John Bolch Says Goodbye to the Statement of Arrangements Form. Retrieved from

<https://www.stowefamilylaw.co.uk/blog/2014/04/14/john-bolch-says-goodbye-to-the-statement-of-arrangements-form/>

C100 Form. Retrieved from

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/734888/C100\\_eng\\_0818.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/734888/C100_eng_0818.pdf)

Cafcass. Retrieved from

<https://www.gov.uk/government/organisations/children-and-family-court-advisory-and-support-service>

Child Arrangement Order. Retrieved from

<https://childlawadvice.org.uk/wp-content/uploads/Child-Arrangements-Order.pdf>

Children and Family Court Advisory and Support Service. Retrieved from

<https://www.cafcass.gov.uk/download/11782/>

Code of Practice for Family Mediators. Retrieved from

<https://www.familymediationcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/FMC-Code-of-Practice-v1.3-November-2018.pdf>

Commons Library Analysis: Divorce, Dissolution and Separation Bill 2017-19. (2019, July 10). Retrieved from

<https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-8594>

Considering Children in Divorce and Relationship Breakdown. Retrieved from <https://wards.uk.com/online-services/legal-guides/considering-children-divorce-relationship-breakdown/>

Divorces in England and Wales: 2017. (2018, September 26). Retrieved from <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/divorce/bulletins/divorcesinenglandandwales/2017>

DIY Child Arrangements Orders: Information for Family and Friends Carers. Retrieved from [https://frg.org.uk/images/Advice\\_Sheets/18-diy-residence-orders-info-family-friends-carers.pdf](https://frg.org.uk/images/Advice_Sheets/18-diy-residence-orders-info-family-friends-carers.pdf)

Family Justice Review Final Report. Retrieved from [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/217343/family-justice-review-final-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217343/family-justice-review-final-report.pdf)

Get a Divorce. Retrieved from <https://www.gov.uk/divorce/file-for-divorce>

General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration. Retrieved from <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

How Will No Fault Divorce Work? UK Divorce Law Reforms Explained. (2019, April 9). Retrieved from <https://www.co-oplegalservices.co.uk/media-centre/articles-apr-jun-2019/how-will-no-fault-divorce-work-uk-divorce-law-reforms-explained/>

High-Conflict Separation and Divorce: Options for Consideration. Retrieved from [https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-If/divorce/2004\\_1/pdf/2004\\_1.pdf](https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-If/divorce/2004_1/pdf/2004_1.pdf)

John Bolch on Children Arrangements Orders: Will They Make Any Difference?. Retrieved from <https://www.stowefamilylaw.co.uk/blog/2014/04/01/john-bolch-on-child-arrangements-orders-will-they-make-any-difference/>

Managing Conflict During Divorce. Retrieved from [https://www.aamft.org/Consumer\\_Updates/Managing\\_Conflict\\_During\\_Divorce.aspx](https://www.aamft.org/Consumer_Updates/Managing_Conflict_During_Divorce.aspx) (last visited Nov. 20, 2019)

Making Children Arrangements If You Divorce or Separate. Retrieved from <https://www.gov.uk/looking-after-children-divorce/types-of-court-order>

Making Children Arrangements If You Divorce or Separate: If You Agree. Retrieved from <https://www.gov.uk/looking-after-children-divorce/if-you-agree>

Mediation Meetings or Sessions. Retrieved from <https://www.familymediationcouncil.org.uk/family-mediation/mediation-meetings-sessions/>

Parenting Plan. Retrieved from

<https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/divorce-and-separation/parenting-plan/>

Statement of Arrangements for Children. Retrieved from

[https://bfgnet.de/files/legal/D8A\\_Statement\\_of\\_arrangements\\_for\\_children.pdf](https://bfgnet.de/files/legal/D8A_Statement_of_arrangements_for_children.pdf)

Thompson, G. T., Hawkins, O., Dar, A., & Taylor, M. (2012). Olympic Britain: Social and Economic Change Since 1908 and 1948 London Games. Retrieved from

<https://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/olympic-britain/olympicbritain.pdf>

The Children Act 1989 – Children Arrangements Programme. Retrieved from

<https://www.lawsociety.org.uk/support-services/family-court-resources/documents/cap-04/>

The Parenting Plan. Retrieved from <https://www.cafcass.gov.uk/download/4365>

UNICEF. (2010). The state of the world's children special edition:

Celebrating 20 years of the Convention on the Rights of the Child. New York, NY: United Nations Children's Fund. Retrieved from

[https://www.unicef.org/publications/files/SOWC\\_Spec.\\_Ed.\\_CRC\\_Main\\_Report\\_EN\\_090409.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/SOWC_Spec._Ed._CRC_Main_Report_EN_090409.pdf)

What is a Children Arrangements Order?. Retrieved from

<https://www.avenuesolicitors.london/what-is-a-child-arrangements-order/>

What is MIAM?. Retrieved from

<https://www.familymediationcouncil.org.uk/family-mediation/assessment-meeting-miam/>

What is a Statement of Arrangements for Children Form?. Retrieved from

<https://www.quickie-divorce.com/blog/what-is-a-statement-of-arrangements-for-children-form>