

解釋字號	釋字第365號
解釋公布院令	中華民國 83年09月23日
解釋爭點	民法就親權行使父權優先之規定違憲？
解釋文	<p>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。¹</p>
理由書	<p>「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，憲法第七條及憲法增修條文第九條第五項，分別定有明文。由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭，亦有上述憲法規定之適用。因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。¹</p> <p>民法第一千零八十九條：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」之規定，制定於憲法頒行前中華民國十九年，有其傳統文化習俗及當時社會環境之原因。惟因教育普及，男女接受教育之機會已趨均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾無軒輊，前述民法關於父母意思不一致時，由父行使之規定，其適用之結果，若父母雙方能互相忍讓，固無礙於父母之平等行使親權，否則，形成爭執時，未能兼顧母之立場，而授予父最後決定權，自與男女平等原則相違，亦與當前婦女於家庭生活中實際享有之地位並不相稱。²</p> <p>綜上所述，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³</p>

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。就此問題，應基於兩性平等原則及兼顧未成年子女之最佳利益，規定其解決途徑，諸如父母協調不成時，將最後決定權委諸最近尊親屬或親屬會議或由家事法庭裁判，而遇有急迫情況時，亦宜考慮與正常情形不同之安排。又立法院於本年七月二十六日致本院（八三）臺院議字第二一六二號函係對立法委員未來是否提案修改有違憲疑義之民法第一千零八十九條，預先徵詢本院意見，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款所定要件，未盡相符，惟其聲請解釋之法律條文與本件相同，不須另為處理，均併此說明。

大法官會議主席 院 長 施啟揚

大法官 翁岳生 翟紹先 楊與齡 李鐘聲

楊建華 馬漢寶 劉鐵錚 鄭健才

吳 庚 史錫恩 陳瑞堂 張承韜

張特生 李志鵬

相關法令



[憲法第7條\(36.01.01\)](#)



[憲法增修條文第9條第5項 \(83.8.1.修正公布 \)
\(83.08.01\)](#)



[司法院大法官審理案件法第5條第1項第1款\(82.02.03\)](#)



[民法第1089條中段\(74.06.03\)](#)

相關文件

抄立法院聲請書 中華民國八十三年七月二十六日

(83) 台院議字第二一六二號

受文者：司法院

主旨：為民法第一千零八十九條「父母對於未成年子女權利之行使意見不一致時，由父行使之」規定，有修正之必要，惟提出修正案前，需先明瞭原規定父權優先之原則是否違憲，能否繼續援用產生疑義，請查照惠予解釋見復。

說明：

一、本院委員謝啟大等一百四十七人就前開事項所提之提案，經提本院第二屆第三會期第三十六次會議討論決議：「函請司法院解釋」。

二、檢附前述議案關係文書乙份。

院長 劉松藩

臨時提案：立法院議案關係文書

中華民國八十三年七月十五日印發

主 旨：本院委員謝啟大等一百四十七人，為本院民國十九年制定之民法第一千零八十九條「父母對於未成年子女權利之行使意見不一致時，由父行使之」規定，因時代環境之遷移，已與社會狀況脫節，有加以修正之必要，惟修正之方向如何？原規定父權優先之原則是否違憲？能否繼續援用？有於提出修正案前明瞭之必要。爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款及第八條第一項之規定聲請釋憲事。

說 明：

壹、聲請解釋憲法之目的

按憲法第七條「中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，揭櫫男女平等原則。憲法第二十三條規定「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，民法第一千零八十九條卻規定「對於未成年子女之權利義務……父母對於權利之行使意見不一致時，由父行使之」，使父權優於母權，並損及子女之權益，是否違反前開憲法規定？惟有經由大法官會議解釋，始臻明確。如民法是項規定確屬違憲，請宣告立即無效，使女性及未成年子女之權益受法律公平之保障，並樹立有關法律修正之指標。

貳、事實經過及所涉憲法條文

憲法第七條雖明定不同性別之平等權，民法第一千零八十九條仍規定：「父母對子女權利之行使意見不一致時，由父行使之」，令父權優於母權，且忽視子女之利益，致母於有關監護權之訴訟中，常受不利之判決，連累子女同遭不幸，歧視女性及未成年子女權益。此項差別規定與憲法第二十三條規定得以法律限制自由權利之條件不符，似有違憲之嫌。

參、聲請解釋理由及對本案所持之見解

一、查民法第一千零八十九條關係父母對子女權利義務之規定，在義務方面，明示「父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」，父母平等；在權利方面，卻規定「父母對權利之行使意思不一致時，由父行使之」，以父親優先。其對母權之限制，似不符憲法規定：

（一）按憲法第七條規定之男女平等原則，依同法第二十三條規定，非為達成「防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益」四目的，不得以法律限制之。父母對未成年子女行使權利之優先次序與他人之自由、社會秩序之維持及公共利益等，均無關聯。至於「避免緊急危難」方面，因民法第一千零八十九條父權優先之規定，並未以「發生緊急危難」之情況為條件，顯然非為因應緊急避難之需要而定。何況，依目前社會狀況母親照顧子女之比例遠高於父親，母親對子女之瞭解及付出亦超過父親。緊急情況發生時，由父親優先決定，可能反而不如由母親決定更能保護子女，避免危難。是故父親優先實不能達上述目的中之任何一項。

（二）次按憲法第二十三條規定，限制人民權利之法律，以有限制之「必要」者為限。而其是否必要，依法規、學術及實務界之通說，皆以是否合於「廣義之比例原則」為斷。「廣義之比例原則」又包含：「適合之原則」、「必需之原則」及「狹義之比例原則」等三原則。民法第一千零八十九條對母權之限制，於此三原則均有違背：

1 所謂適合之原則，係指所採取之限制必須適合且有助於達成目的。由民法第一千零八十三條第二項「父母對於未成年之子女有保護及教養之權利及義務」之規定可知，父母對未成年子女權利之行使，應以保護教養子女為最終目的，父權優先之原則將此目的之重要性，置於父權之後，以手段而害目的。顯然不符適合之原則。

2 所謂必需之原則，係要求在多種達成目的之手段間，選擇其侵害個人自由權利最小者，否則即無限制之必要。父母對未成年子女行使權利意見不一致時，保護教養未成年子女之方法，先進國家最普遍適用者為「為子女最佳利益之原則」及「幼年子女由母親監護之原則」，均係由子女之利益出發。父權優先之規定純由父親之利益出發，既非達成保護教養子女目的之必要手段，侵害之個人自由權利復極大，亦不符必需之原則。

3 所謂狹義之比例原則，係指限制手段之強弱與達成目的需要之程度應成比例，也就是限制的強度不應該超過達成目的所需要之程度，因限制所造成的不利益不應超過所維護之利益。父權優先原則侵害母親之權利又未顧及未成年子女之利益，不但限制手段超過目的，所造成之不利益亦超過所維護之利益，自不符狹義之比例原則。

二、次查父母行使親權意見不合時由父決定之所謂「父之決定權」，係男女不平權時代之古代法制。採此立法例之西德民法第一六二八條，業經西德聯邦憲法法院於一九五九年以違反男女平等原則為由，判決為無效（附件二），我國至今不放棄此歧視女性之規定，迭遭民法學者猛烈抨擊（附件三），似無任其繼續存在之理。

三、再查民法第一千零八十九條之僵硬規定，使諸多不負責任、不關愛子女之父親，得以強行分離母親與子女，剝奪子女接受母愛的權利，甚至於子女由母之後夫收養之情形，後夫以養父之身分，對養子女之權利，亦凌駕於生母之上。造成情、理上皆極不平之現象。

四、又查主張前開法律並不違憲者，所持理由如下：

（一）有謂「我國民法為尊重固有人倫秩序並兼顧男女平等原則，就夫妻、親子關係問題，特將婚姻分為嫁娶婚與招贅婚，而異其規定，諸如妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所；妻以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓；子女從父姓，贅夫之子女從母姓等是，民法第一千零八十九條規定，亦係本此精神而定，尚難指為違憲」（台北地院 82 年度親字第三十號判決理由），顯有不符。按如貫徹男女平等之精神，嫁娶婚與招贅婚之夫妻權義應完全對調，亦即夫之權義與招贅妻相同，妻之權義與贅夫相同。然我民法親屬編規定贅夫之權義與妻同者，僅前述「贅夫以妻之住所為住所」、「贅夫冠妻姓」及「贅夫之子女從母姓」三項而已。其餘包括夫妻財產及對子女之權利等，皆無贅夫權義與妻同之規定，亦即贅夫之權義仍與夫相同，由最高法院六十六年台上字第二一五四號判例意旨「關於法定財產制之規定，並不因贅夫而異其效力」及司法院二十年院字第六四七號解釋：「法定財產制關於夫之管理權，贅婿亦應適用」（附件四），可以明見。足證我民法重男輕女之規定，純係偏護男權，

與婚姻制度無關。

(二) 有謂「於意見不一致時，既無法共同行使權利，勢須由其中一人行使，法律選擇規定由父行使，應無違憲可言」(台高院82年度家上字第一七五號判決理由)。然：1 父母意見不一致時，雖然必須由其中一人行使，但決定由何人行使，方法極多。以下我國及他國立法例關於決定子女監護人之基準(附件五)，均不失公平合理之標準，似無一律由父決定之必要：

(1) 由有能力者行使(我民法第一千零八十九條末段)

(2) 依子女之最佳利益決定：包含比較家庭環境、交友關係、子女之各種機會、父母之品性、適當性、物質及精神環境、愛心、監護能力、親屬援助之可能性、父母之要求等等(我兒童福利法第二十七條第六項、第四十一條第一項)

(3) 斟酌子女之意見(兒童福利法第二十七條第二項)

(4) 幼兒以母優先為監護人

(5) 以監護人之現狀為優先，但幼兒仍以母優先

2 情況緊急時，固宜儘早決定行使權利之人，但：

(1) 民法第一千零八十九條亦無任何類似「情況緊急」字樣。顯然指任何情況均應父權優先，與情況緊急與否無關。

(2) 依我民法規定，父母對於未成年子女之權利義務，可分身上照護與財產照護兩種。關於身上照護者可分為：a.保護教養(民法第一千零八十四條)，包括子女交付請求權，b.居所指定權(民法第一千零六十條)，c.對於未成年子女身分行為(訂婚、結婚、兩願離婚)之同意權(民法第九百七十四條、第九百八十一條、第一千零四十九條)，包括對於未成年子女被收養，協議終止收養之同意權及對於未成年子女身上事項之決定或同意，例如有病子女暫時休學之決定、動手術之同意，d.懲戒權(民法第一千零八十五條)。關於財產照護者，又可分为：a.財產法上之法定代理權(民法第一千零八十六條) b.對於未成年子女夫妻財產契約之訂立、變更或廢止之同意權(民法第一千零六條)，對於未成年子女之營業允許(包括子女為他人所雇用)及撤銷或限制(民法第八十五條)，此後二者並跨及身上照護之領域，c.對於未成年子女特有財產之管理權(民法第一千零八十八條第一項)(附件六)，參照我民法對父母處分子女財產之限制規定(民法第一千零八十八條第一項)，可知父母對子女之權責，主要在保護教養子女，因父母子女間之特殊親密關係，此保護教養之義務與權利結合為一。親權實為「行義務之權利」，又

為「行權利之義務」（附件七），並非以子女為父母之財產，任憑父母處置。依此論點，父母須對子女緊急行使權義之狀況，絕大多數為父母應迅速對子女負擔義務，以維護子女利益之情形。至於需要父母儘速享受權利之情況，則難以想像。如前所述，在父母對子女之義務方面，民法第一千零八十九條末段尚且規定「父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」，不因時間是否急迫，作不同考慮，何獨於行使權利時，有時間急迫之慮，而「勢須由法律規定由其中一人行使」？殊難自圓其說。

（3）未成年子女之權益，應予尊重，為現代民主國家共認之原則。因此，父因執行監護職務時，無論行使權利或者負擔義務，均應以子女之利益為依歸。父母不能共同行使監護權或意見不一時，同樣應依子女之利益決定由何人行使或負擔。民法第一千零八十九條末段規定，父母無法共同負擔對子女之義務時，由有能力者負擔，符合是項原則。然同條中段規定，父母無法共同行使對子女之權利時，無論父之意見是否合理？動機是否正當？心態是否健康？甚至是否危害子女利益？一概由父行使，置子女之權益不顧，視子女為父之從屬財物，除輕忽母權外，更違反憲法保障人權之根本精神。

五、綜上，民法第一千零八十九條父權優先之規定，已造成許多家庭悲劇及無數青少年兒童事件等社會問題，如無是項規定，父母對於權利之行使意見不一致時，可參酌憲法第七條所揭人權平等之精神，民法第一條「民事法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」，同法第二條「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」等原則（違反男女平等之習慣不得適用），及民法第一千零八十四條第二項「父母對於未成年子女有保護教養之權利義務」之意旨，依為子女之利益原則決定。子女未滿十二歲者，並可參照兒童福利法第四條及第四十一條第一、四項規定之「為兒童之最佳利益」原則處理。父母對於何者符合子女之利益意見不一致時，由法院依前述原則決定之，不至因法律欠缺，造成實務上之困難。是故如民法第一千零八十九條中「父母對於權利之行使意見不一致時，由父行使之」部分確屬違憲，請宣告自解釋公布之日起不得再適用。

提案人：謝啟大

連署人：

趙少康 彭百顯 葛雨琴 柯建銘 洪玉欽 侯海熊 蕭金蘭
顏錦福 余玲雅 尤 宏 趙永清 楊吉雄 丁守中 陳光復
林錫山 王 建 王世雄 魏 鏞 高天來 洪性榮 陳癸淼
朱星羽 陳清寶 林正杰 李源泉 陳傑儒 洪冬桂 翁重鈞
朱高正 呂秀蓮 劉瑞生 朱鳳芝 林光華 李慶華 周 荃
葉耀鵬 廖大林 林壽山 張俊雄 江偉平 姚嘉文 廖光生
郭石城 劉國昭 高育仁 沈智慧 邱連輝 蔡式淵 張旭成
翁金珠 盧修一 張俊宏 戴振耀 蘇嘉全 李友吉 黃煌雄
關 中 劉文慶 謝長廷 劉光華 施明德 蔡同榮 徐成焜
吳東昇 周書府 葉憲修 李鳴皋 蔡中涵 許添財 李宗正
趙振鵬 曹爾忠 郭政權 潘維剛 黃昭順 洪濬哲 施台生
林源山 郭廷才 吳德美 陳志彬 蔡勝邦 謝深山 陳婉真
韓國瑜 王金平 徐中雄 陳朝容 王顯明 游淮銀 曾振農
林瑞卿 黃昭輝 趙 娃 李進勇 魏耀乾 王國清 高巍和
洪秀柱 陳水扁 蘇煥智 葉菊蘭 方來進 周伯倫 邱垂貞
沈富雄 呂新民 嚴啟昌 莊金生 陳建平 劉炳華 翁大銘
黃爾璇 洪奇昌 林濁水 華加志 羅傳進 張堅華 游日正
張建國 曾永權 廖永來 謝聰敏 許國泰 賴英芳 李顯榮
張文儀 李必賢 陳定南 陳哲男 詹裕仁 陳宏昌 郁慕明
黃主文 程建人 洪昭男 王天競 林國龍 林聰明 蔡貴聰
林志嘉 廖福本 陳錫章 黃信介 陳璽安 蘇火燈

抄梁○蓉聲請書

受文者：司法院

主旨：為台北地方法院八十二年度親字第三〇號、台灣高等法院八十二年度家上字第一七五號及最高法院八十三年度台上字第四三八號交付子女事件民事確定判決適用之民法第一千零八十九條有牴觸憲法第七條所定男女平等原則之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請解釋，請宣告該條立即失效事。

說明：

壹、聲請解釋憲法之目的

按憲法第七條「中華民國人民無分男女.....在法律上一律平等」，揭櫫男女平等原則，為我國女性得與男性行使平等權利之基本保障，民法第一千零八十九條規定「對於未成年子女之權利義務.....父母對於權利之行使意見不一致時，由父行使之」，違反是項原則，戕害女性權利，並危及子女之利益，有經由釋憲，宣告其立即無效之必要。

貳、事實經過及所涉憲法條文

緣聲請人之夫於八十年二月二十五日聯合其父母將聲請人驅趕離家，同年三月七日將其與聲請人所生之次子孫O皓交與聲請人撫養，繼又以提起履行同居義務之訴等方法，試圖與聲請人離婚。聲請人之夫各種手段均告失敗後，於八十二年五月二十一日向台北地方法院提起交付子女之訴，對聲請人進行報復。其起訴理由略謂民法第一千零八十九條規定「父母對子女權利之行使意見不一致時，由父行使之」，請求法院判令聲請人交付次子孫O皓。聲請人一再以該民法規定違反憲法第七條，應屬無效，指出依兒童福利法第四十一條第一、四項規定，父母對子女監護權之行使意見不一致時，應為兒童之利益，酌定監護方法，並提出諸多聲請人之夫行為不檢，不宜照顧幼子之證據，資為抗辯（附件一）。未久聲請人且會警查獲聲請人之夫與他人通姦，移送法辦。台灣台北地方法院、台灣高等法院及最高法院仍依民法第一千零八十九條規定，判決聲請人之夫勝訴確定（附件二）在案。

參、聲請解釋理由及對本案所持之見解

一、查憲法第七條之男女平等原則，係明白確定，不容扭曲解釋之基本準則。前揭判決所據之民法第一千零八十九條關於父母對子女權利義務之規定，在義務方面，明示「父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」，男女平等；在權利方面，卻規定「父母對權利之行使意思不一致時，由父行使之」，以男性優先。其以父母之性別為決定行使權利優先順序之唯一標準，顯然

係性別之歧視，違反上述憲法明定之男女平等原則。

二、次查父母行使親權意見不合時，由父決定之所謂「父之決定權」，係男女不平權時代之古代法制。採此立法例之西德民法第一六二八條，業經西德聯邦憲法法院於一九五九年以該法律違反男女平等原則，判決為無效（附件三）。我國至今仍採此歧視女性規定，法學學者莫不強烈抨擊（附件四）。

三、再查民法第一千零八十九條之僵硬規定，使諸多不負責任、不關愛子女之父親，得以強行分離母親與子女，剝奪子女接受母愛的權利，甚至於子女由母之後夫收養之情形，後夫以養父之身分，對養子女之權利，亦凌駕於生母之上。造成情、理上皆極不平之現象。

四、又查前述法院主張該法律並不違憲者，所持理由，無一可採，茲分述如后：

（一）有謂「我國民法為尊重固有人倫秩序並兼顧男女平等原則，就夫妻、親子關係問題，特將婚姻分為嫁娶婚與招贅婚，而異其規定，諸如妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所；妻以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓；子女從父姓，贅夫之子女從母姓等是，民法第一千零八十九條規定，亦係本此精神而定，尚難指為違憲」（台北地院 82 年度親字第二十號判決理由），顯有不符。按如貫徹男女平等之精神，嫁娶婚與招贅婚之夫妻權義應完全對調，亦即夫之權義與招贅妻相同，妻之權義與贅夫相同。然我民法親屬編規定贅夫之權義與妻同者，僅前述「贅夫以妻之住所為住所」、「贅夫冠妻姓」及「贅夫之子女從母姓」三項而已。其餘包括夫妻財產及對子女之權利等，皆無贅夫權義與妻相同之規定，亦即贅夫之權義仍與夫相同，由最高法院六十六年台上字第二一五四號判例意旨「關於法定財產制之規定，並不因贅夫而異其效力」及司法院二十年院字第六四七號解釋：「法定財產制關於夫之管理權，贅婿亦應適用」（附件五），可以明見。足證我民法重男輕女之規定，純係偏護男權，與婚姻制度無關。

（二）有謂「原則上由父母共同行使，於意見不一致時，既無法共同行使權利，勢須由其中一人行使，法律選擇規定由父行使，應無違憲可言」（台高院 82 年度家上字第一七五號判決理由），亦有未合：

1 父母意見不一致時，雖然必須由其中一人行使，但決定由何人行使，方法極多。參酌我國其他法律及美日等國立法例關於決定

子女監護人之基準（附件六），大致有：

（1）由有能力者行使（我國民法第一千零八十九條末段）

（2）依子女之最佳利益決定：包含比較家庭環境、交友關係、子女之各種機會、父母之品性、適當性、物質及精神環境、愛心、監護能力、親屬援助之可能性、父母之要求等等（我兒童福利法第二十七條第六項、第四十一條第一項）

（3）斟酌子女之意見（兒童福利法第二十七條第二項）

（4）幼兒以母優先為監護人

（5）以監護人之現狀為優先，但幼兒仍以母優先

以上標準均不失公平合理，實無以法律硬性規定一律由父行使之必要。

2 若謂另定標準決定行使權利之人，可能延宕時日，緩不濟急，仍屬不通：

（1）父母對子女權利之行使意見不一時，未必皆屬緊急情況，如民法第一千零八十九條規定係顧及緊急情況之需要，應規定為「如情況緊急，暫由父行使之」，然該條條文並未以「情況緊急」為條件。換言之，無論任何情況，均由父優先行使權利，可見因應緊急情況之說法，殊無可採。

（2）按我民法規定，父母對於未成年子女之權利義務可分身上照護與財產照護兩種。關於身上照護者可分為：a.保護教養（民法第一千零八十四條），包括子女交付請求權，b.居所指定權（民法第一千零六十條），c.對於未成年子女身分行為（訂婚、結婚、兩願離婚）之同意權（民法第九百七十四條、第九百八十一條、第一千零四十九條），包括對於未成年子女被收養、協議終止收養之同意權及對於未成年子女身上事項之決定或同意，例如有病子女暫時休學之決定、動手術之同意，d.懲戒權（民法第一千零八十五條）。關於財產照護者，又分為：a.財產法上之法定代理權（民法第一千零八十六條），b.對於未成年子女夫妻財產契約之訂立、變更或廢止之同意權（民法第一千零六條），對於未成年子女之營業允許（包括子女為他人所雇用）及撤銷或限制（民法第八十五條），此後二者並跨及身上照護之領域，c.對於未成年子女特有財產之管理權（民法第一千零八十八條第一項）（附件七），參照我民法對父母處分子女財產之限制規定（民法第一千零八十八條第二項），可知父母對子女之權責，主要在保護教養子女。因父母子女間之特殊親密關係，此保護教養之義務與權利結合為一。親權實為「行義務之權利」，又為「行

權利之義務」(附件八)，並非以子女為父母之財產，任憑父母處置。依此推論，父母對於子女之權義需要緊急行使之狀況，絕大多數為父母應迅速負擔義務，以維護子女利益之情形。至於需要父母儘速享受權利之情況，則難以想像。如前所述，在父母對子女之義務方面，民法第一千零八十九條末段尚且規定「父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」，不因時間是否急迫，作不同考慮，何獨於行使權利時，有時間急迫之顧慮，而「勢須由法律規定由其中一人行使」？顯難自圓其說。

(3) 未成年子女之權益，應予尊重，為現代民主國家共認之原則。職此，父母執行監護職務時，無論行使權利或者負擔義務，均應以子女之利益為依歸。父母不能共同行使監護權或意見不一時，則應依子女之利益決定由何人行使或負擔。民法第一千零八十九條末段規定，父母無法共同負擔對子女之義務時，由有能力者負擔，符合是項原則。然同條中段規定，父母無法共同行使對子女之權利時，無論父之意見是否合理？動機是否正當？心態是否健康？甚至是否危害子女？一概由父行使，置子女之利益於不顧，視子女為父之從屬財物，除歧視女性外，更違反憲法保障人權之根本精神。

五、未查民法第一千零八十九條規定之父之最後決定權已造成無數家庭之悲劇及各類青少年兒童事件等社會問題，如不迅速宣告該條父權優先之部分違憲，使之立即失效，除聲請人所受之不當判決無法經由再審改正外，更多不幸事件將不斷繼續發生，社會問題將持續擴大，無論於國家社會或個人，皆係難以彌補之傷害。至於父之決定權廢除後，父母對於權利之行使意見不一時，可依下述方式處理：

(一) 民法第一條明定：「民事法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」，同法第二條復規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」，參酌依憲法第七條所揭人權平等之精神，對子女監護權之行使，如有違背男女平等原則之習慣者，均不得適用。因此就有關問題應依法理處置。

(二) 依民法第一千零八十四條第二項「父母對於未成年子女有保護教養之權利義務」之意旨，可知父母對子女之權利義務係以「保護教養」子女為重點。因此父母對未成年子女行使權利，亦應依為子女之利益之原則決定。

(三) 子女未滿十二歲者，參照兒童福利法第四條及第四十一條第一、四項規定，同樣應依「為兒童之最佳利益」原則處理。

(四) 父母對於何者符合子女之利益意見不一致時，由法院依前述原則決定。綜上可知，父權優先之規定失效後，有關法律修正前，實務上不至發生困難。為此懇請宣告民法第一千零八十九條中「父母對於權利之行使意見不一致時，由父行使之」部分違憲，自解釋公布之日起不得再適用。

肆、關係文件之名稱及件數

一、台北地方法院八十二年親字第三十號案答辯(一)狀、上訴狀及對台灣高等法院八十二年家上字第一七五號判決上訴最高法院上訴理由狀影本各乙份。

二、台北地方法院八十二年度親字第三十號台灣高等法院八十二年度家上字第一七五號及最高法院八十三年度台上字第四三八號交付子女事件判決書影本各乙份。

三、林菊枝著「民法親屬、繼承論文選輯」9「親屬法上幾個疑難問題之研討」第280頁。

四、林菊枝著「我國民法親屬編修正法評論」第132頁、陳棋炎著「民法親屬」第265頁、王如玄著「離婚後子女監護權之歸屬 - 從貫徹男女平等並保護子女利益之立場出發」第26至27頁。

五、最高法院六十六年台上字第二一五四號判例及司法院二十年院字第六四七號解釋影本各乙份。

六、「家族法論集(二)」林秀雄著，第五章第三節「決定法定監護人之基準」第一〇二至第一〇八頁。

七、史尚寬著「親屬法論」第595至607頁。

八、陳棋炎著「民法親屬」第263至264頁影本乙份。

謹呈

司法院大法官會議

聲請人 梁〇蓉

代理人 羅瑩雪律師

附件二 (三)

最高法院民事判決 八十三年度台上字第四三八號

上訴人 梁○蓉

被上訴人 孫○寶

右當事人間請求交付子女事件，上訴人對於中華民國八十二年十一月十五日台灣高等法院第二審判決（八十二年度家上字第一七五號），提起上訴，本院判決如左：

主文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理由

本件被上訴人主張：兩造為夫妻，育有長子孫○瑋（民國○○○年生）、次子孫○皓（民國○○○年生），原共同設籍居住於台北市○○街○○○巷○號三樓。上訴人先以細故於民國八十年二月二十三日離家，繼於同年月二十七日上午趁伊不在之際，強將孫○皓抱走，致伊無從行使親權等情，求為命上訴人將孫○皓交付與伊之判決。上訴人則以：伊受被上訴人及其父母逼迫而離家，暫居娘家。被上訴人於八十年三月七日晚間將孫○皓抱至伊娘家，要求伊代為照顧，兩造已就孫○皓達成由伊監護之合意。又伊為孫○皓之母，照顧孫○皓之條件優於被上訴人，依兒童福利法第四十一條第四項規定，法院亦應指定伊為孫○皓之監護人等語，資為抗辯。

原審以：兩造係夫妻，現未同居，育有長子孫○瑋、次子孫○皓，均未成年，次子現與上訴人共同生活等事實，為兩造所不爭執，且有戶籍謄本、戶口名簿在卷可證，堪信為真實。上訴人雖辯謂：兩造已就孫○皓之監護達成由伊監護之合意等語。惟為被上訴人所否認。上訴人復未能就兩造已合意孫○皓由其監護一節，提出證據以實其說，所辯自非可採。按父母對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意見不一致時，由父行使之，為民法第一千零八十九條所明定。兒童福利法第四十一條第四項固規定父母對監護權行使意見不一致者，得準用同條第一項之規定酌定或改定適當之監護人。惟在法院未酌定或改定監護人前，仍有上開民法第一千零八十九條規定之適用。查兩造對孫○皓由何人監護，意見不一致，法院尚未依兒童福利法第四十一條第四項準用同條第一

項酌定或改定孫O皓之監護人。且上訴人在原審提起反訴，請求酌定伊為監護人，復經裁定駁回。依上開說明，孫O皓仍應由被上訴人監護，從而被上訴人請求上訴人將孫O皓交付與伊，洵屬正當，應予准許。並說明被上訴人提起本件訴訟並非權利濫用，及上訴人其餘抗辯因何不足採取之理由。爰維持第一審所為被上訴人勝訴之判決，經核於法並無違誤。上訴論旨，仍執陳詞，並以原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中華民國八十三年三月十四日

(本聲請書其餘附件略)

抄張O君聲請書

受文者：司法院

主旨：為台灣高等法院七十七年度家上字第五〇號及最高法院七十八年度台上字第八一七號交付子女事件民事確定判決適用之民法第一千零八十九條有牴觸憲法第七條所定男女平等原則之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請解釋，請宣告該條立即失效事。

說明：

壹、聲請解釋憲法之目的

按憲法第七條「中華民國人民無分男女.....在法律上一律平等」，揭示男女平等原則，為女性得與男性行使平等權利之基本保障，民法第一千零八十九條規定「對於未成年子女之權利義務.....父母對於權利之行使意見不一致時，由父行使之」，違反是項原則，戕害女性權利，並危及子女利益，有經由釋憲，宣告其立即無效之必要。

貳、事實經過及所涉憲法條文

緣聲請人與夫魏○慶於七十年間結婚，居住新竹市○○○路○○巷○弄○號一樓。聲請人因在台北縣光仁中學任教，每週往返於台北、新竹兩地。七十一年三月十一日生有得女魏○申，交與祿母卓吳菊妹照顧。不久魏○慶經常無故取鬧與聲請人爭吵，甚至出手毆打聲請人，曾被判處拘役三十日，緩刑二年確定（新竹地方法院刑事判決 73 年易字第一〇九〇號）。七十三年九月魏○慶赴瑞典一整年，未留下任何生活費用，聲請人收入不敷支出，只得攜魏○申回台北娘家居住。七十四年十月間，魏○慶趁聲請人週末攜女返家，將魏○申藏匿，並嚴鎖大門，自此隔離聲請人母女，不讓聲請人回家。聲請人四處查訪，獲知魏○申就讀之幼稚園，前往探視，發現魏○申披頭散髮，腳趾甲因長期未剪磨損，鞋底完全脫落，顯然乏人悉心照料。聲請人心疼之餘，於七十五年六月間由祿母處將之攜回台北照顧。七十六年三月間，聲請人之夫前往聲請人娘家搶奪魏○申，魏○申不願與之離去，趁隙脫逃，致伊未能得逞。次年魏○慶提起交付子女之訴，台灣新竹地方法院駁回其訴（七十七年度家訴字第二十號）（附件一），台灣高等法院依據民法第一〇八九條規定廢棄原判決（七十七年家上字第五〇號）（附件二），最高法院維持原判（七十八年台上字第八一七號）（附件三），全案於焉確定。八十三年間，聲請人申請戶籍謄本時，發現原來魏○慶早於多年前已與案外人楊淑卿有染，並先後於七十七年八月一日生下魏志阜，八十一年五月三十一日生下魏文儀。聲請人提起告訴，檢察官提起公訴，日前台北地方法院刑事庭判決魏○慶三個月，緩刑三年（83 年易字第三〇一九號），惟尚未接獲判決書。由魏○慶之通姦行為及其平日並不關心魏○申，其與前妻所生之子亦自願交其前妻監護，且已另有一兒一女等等，足證魏○慶之所以爭奪魏○申，並非出於珍愛子女之心，純係為逼迫聲請人，達成離婚目的之手段而已。

參、聲請解釋理由及對本案所持之見解

一、查憲法第七條明定因女平等原則，前揭台灣高等法院及最高法院判決所據之民法第一千零八十九條關於父母對子女權利義務

之規定，在義務方面，明示「父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」；在權利方面，卻規定「父母對權利之行使意思不一致時，由父行使之」。其以父母之性別為決定行使權利優先順序之唯一標準，顯然係性別之歧視，違反上述憲法明定之男女平等原則。

二、次查所謂由父優先決定之「父之決定權」，係男女不平權時代之古代法制。採此立法例之西德民法第一六二八條，業經西德聯邦憲法法院於一九五九年以該法律違反男女平等原則為由，判決無效。我國至今仍採此歧視女生規定，為現代法治國家中所罕見。

三、再查民法第一千零八十九條之僵硬規定，使諸多不負責任、不關愛子女之父親，得以強行分離母親與子女，剝奪子女接受母愛的權利，甚至於子女由母之後夫收養之情形，後夫以養父之身分，對養子女之權利，亦凌駕於生母之上。造成情、理上皆極不平之現象。

四、又查主張該法律並不違憲者，所持理由，無一可採，茲分述如后：

（一）有謂「我國民法為尊重固有人倫秩序並兼顧男女平等原則，就夫妻、親子關係問題，特將婚姻分為嫁娶婚與招贅婚，而異其規定，諸如妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所；妻以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓；子女從父姓，贅夫之子女從母姓等是，民法第一千零八十九條規定，亦係本此精神而定，尚難指為違憲」，顯有不符。按如貫徹男女平等之精神，嫁娶婚與招贅婚之夫妻權義應完全對調，亦即夫之權義與招贅妻相同，妻之權義與贅夫相同。然我民法親屬編規定贅夫之權義與妻同者，僅前述「贅夫以妻之住所為住所」、「贅夫冠妻姓」及「贅夫之子女從母姓」三項而已。

其餘包括夫妻財產及對子女之權利等，皆無贅夫權義與妻相同之規定，亦即贅夫之權義仍與夫相同，由最高法院六十六年台上字第二一五四號判例意旨「關於法定財產制之規定，並不因贅夫而異其效力」及司法院二十年院字第六四七號解釋：「法定財產制關於夫之管理權，贅婿亦應適用」，可以明見。足證我民法重男輕女之規定，純係偏護男權，與婚姻制度無關。

（二）有謂「原則上由父母共同行使，於意見不一致時，既無法共同行使權利，勢須由其中一人行使，法律選擇規定由父行使，應無違憲可言」，亦有未合：

1 父母意見不一致時，雖然必須由其中一人行使，但決定由何人行使，方法極多：如

- (1) 由有能力者行使
- (2) 依子女之最佳利益決定
- (3) 斟酌子女之意見
- (4) 幼兒以母優先為監護人
- (5) 以監護人之現狀為優先

2 若謂另定標準決定行使權利之人，可能延宕時日，緩不濟急，仍屬不通，因：

- (1) 父母對子女權利之行使意見不一時，未必皆屬緊急情況。
- (2) 對於未成年子女之權義需要緊急行使之狀況，絕大多數為父母應迅速負擔義務，以維護子女利益之情形。
- (3) 無論情況是否緊急，未成年子女之權益，均應尊重。

五、未查民法第一千零八十九條規定之父之最後決定權已造成許多家庭悲劇及各類青少年兒童事件等社會問題，如不迅速宣告該條父權優先之部分違憲，使之立即失效，除聲請人所受之不當判決無法經由再審改正外，更多不幸事件將不斷繼續發生，社會問題將持續擴大，無論於國家社會或個人，皆係難以彌補之傷害。至於父之決定權廢除後，父母對於權利之行使意見不一時，可依下述方式處理：

(一) 民法第一條明定：「民事法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」，同法第二條復規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」，參酌依憲法第七條所揭人權平等之精神，對子女監護權之行使，如有違背男女平等原則之習慣者，均不得適用。因此就有關問題應依法理處置。

(二) 依民法第一千零八十四條第二項「父母對於未成年子女有保護教養之權利義務」之意旨，可知父母對子女之權利義務係以「保護教養」子女為重點。因此父母對未成年子女行使權利，亦應依為子女之利益之原則決定。

(三) 子女未滿十二歲者，參照兒童福利法第四條及第四十一條第一、四項規定，同樣應依「為兒童之最佳利益」原則處理。

(四) 父母對於何者符合子女之利益意見不一致時，由法院依前述原則決定。綜上可知，父權優先之規定失效後，有關法律修正前，實務上不至發生困難。為此懇請宣告民法第一千零八十九條中「父母對於權利之行使意見不一致時，由父行使之」部分違憲，自解釋公布之日起不得再適用。

肆、關係文件之名稱及件數

一、台灣新竹地方法院七十七年度家訴字第二十號民事判決書影本乙份。

二、台灣高等法院七十七年度家上字第五〇號民事判決書影本乙份。

三、最高法院七十八年度台上字第八一七號民事判決書影本乙份。

謹呈

司法院大法官會議

聲請人 張〇君

代理人 羅瑩雪律師

附件 三：最高法院民事判決 七十八年度台上字第八一七號

上訴人 張〇君

被上訴人 魏〇慶

右當事人間請求交付子女事件，上訴人對於中華民國七十七年十二月二十七日台灣高等法院第二審判決（七十七年度家上字第五〇號），提起上訴，本院判決如左：

主文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理由

本件被上訴人起訴主張：上訴人於民國七十年間與伊結婚，七十一年三月十一日生女魏〇申後，藉故回娘家，不盡母職。魏〇申向由伊扶養。七十五年六月間，上訴人乘伊出國，未經伊同意，擅將魏〇申帶走，依民法第一千零八十九條規定，請求命上訴人將魏〇申交付與伊之判決。上訴人則以：伊為魏〇申親生母親，

有權扶養魏O申，被上訴人不得剝奪伊扶養權利。被上訴人經常出國，魏O申由伊扶養，可得最好照顧，受最好教育等語，資為抗辯。

原審以：兩造於七十年間結婚，婚姻關係尚存續中，但已分居。魏O申為兩造所生之女，現由上訴人扶養照顧中，此有卷附戶籍登記簿謄本足採，並為兩造所不爭執。查兩造曾多次協議離婚不成，上訴人以久住之意思，常年居住台北市，被上訴人則住居新竹市；長期分居，對於所生之女魏O申已不能共同行使親權，雙方又各欲單獨扶養，顯見雙方就對於魏O申親權之行使意思不一致。被上訴人為魏O申之生父現任大學教授，有固定收入，對於魏O申無不能行使親權之情形，亦非無負擔扶養義務之能力，依民法第一千零八十九條規定，被上訴人之請求，應予准許。並敘明上訴人其餘主張不足採取之理由，爰廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明，於法核無違誤。上訴論旨，仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由。至上訴人以被上訴人現年六十一歲，至魏O申成年，已屆七十五高齡，以六歲之兒童與高齡父親一起生活並非妥適云云，係至第三審始提出之新攻擊方法，依法本院不得審酌，併予敘明。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中華民國七十八年四月二十七日

(本聲請書其餘附件略)