

# 關於「夫妻離婚後對子女之親權」之判決

BVerfGE 61,358-382 【離婚子女監護案】

聯邦憲法法院第一庭1982.11.3判決——1BvL 25,

34,40/80 undo 12/81

依據1982.6.8之言詞審理作成

吳綺雲譯

## 目 錄

裁判要旨

判決主文

理由

A. 爭點

I 事件背景

1. 夫妻離婚後對子女親權規定之立法沿革
2. 已離婚父母對其子女是否得共同擁有親權之問題
  - a) 現行規定訂定前法院之見解
  - b) 現行規定立法時公聽會之意見
  - c) 學說實務對現行規定不同之見解

II 本案構成事實

1. 第一案——1 BvL 25/80

- a) 本案構成事實背景
- b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作合憲性審查之理由
- 2. 第二案——1 BvL 38/80
  - a) 本案構成事實背景
  - b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作合憲性審查之理由
- 3. 第三案——1 BvL 40/80
  - a) 本案構成事實背景
  - b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作合憲性審查之理由
- 4. 第四案——1 BvL 12/81
  - a) 本案構成事實背景
  - b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作合憲性審查之理由

### III 聯邦政府立場

#### IV 言詞審理時各鑑定專家和代表人士之意見

### B. 民法第一六七一條第四項第一句規定抵觸基本法第六條第二項第一句父母權規定

#### I 基本法第六條第二項第一句所保障之父母權的意義

#### II 國家決定親權行使之界限

#### III 反駁民法第一六七一條第四項第一句規定不能有例外之理由

## 裁判要旨

依民法第一六七一條第四項第一句，夫妻離婚後對其子女，即使雙方願意，且為子女之利益，並適合繼續共同擔負父母之責者，亦不得共同擁有親權之規定，與基本法第六條第二項第一句規定之父母權利相抵觸。

本判決係基於Königstein區法院一九八〇年二月十二日決議(10F 94/ 79-So-1 BvL 25/80)、Bielefeld區法院一九八〇年六月十日決議(34F 6/80-1 BvL 38/80)、Bergisch Gladlach區法院一九八〇年八月十五日判決(28F 135/80-1 BvL 40/80)和Waiblingen區法院一九八一年五月七日決議(11F 129/81-1 BvL 12/81)，針對因一九七九年七月十八日頒布之新親權法(Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge)而修訂之民法第一六七一條第四項第一句規定，提請作合憲性審查之程序而作成。

## 判決主文

基於一九七九年七月十八日頒布之新親權法(Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge)而修訂之民法第一六七一條第四項第一句規定與

基本法第六條第二項第一句規定相牴觸，因此爲無效。

## 理 由

### A. 爭點

本案合併審理並爲裁判之各（具體法規審查）程序的問題點在於，由一已離異婚姻中所生子女之親權，應委諸父母一方由其單獨行使之規定，是否符合基本法。

#### I（事件背景）

婚姻離異後總是會發生的一個問題是，誰應在未來對其共同子女擁有親權。

1. 依一九四六年二月二十日公布之婚姻法(Kontrollratsgesetz Nr.16-KRAB1. 1945/48 S.77)第七十四條第四項之規定，夫妻一方應對離婚單獨負全責或負大部分責任者，其結果是原則上不能將親權委諸其行使。反之，依根據一九五七年七月十八日頒布之「男女平等法」(Das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtsgleichberechtigungsgesetz-BGB.I.S.609) 而修改之民法第一六七一條第三項的規定，則僅有夫妻之一方應單獨負離婚責任者，原則上才是構成拒絕讓其擁有親權之原

因。此外，（監護）法院應斟酌一切情形，採用最符合子女福利之措施，但以父母共同所為之建議為優先。（舊法）第一六七一條第四項更補充規定：

「親權原則上應由父母之一方單獨行使之。但為子女之利益有必要時，得由父母之一方負擔子女人身之監護，而由他方負擔子女財產之監護。」

一九七六年六月十四日頒布「婚姻法親屬法第一次修正法」(Das erste Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts BGB1.I.S.1421)後，配合離婚法上由有責主義之改變為破綻主義原則之變更，對離婚無責任之父母一方即不再擁有已往優先獲得親權行使之地位。前述民法第一六七一條第四項之規定則無變更。

一九七九年七月十八日親權法修訂(Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge)，民法第一六七一條亦因而修改為以下之規定內容：

### 民法第一六七一條

- (1)父母離婚時，由家事法院 (Familiengericht)決定，其共同子女之親權應屬於父或母行使。
- (2)法院應作最符合子女利益之規定；在作決定時，應考慮子女，尤其是對其父母及兄弟姐妹之依賴連繫關係。
- (3)法院對於父母合意之建議，只有在為子女利益有必要之情形下始可有所變更。若子女已滿十四歲，並作出

不同之建議者，法院則依第二項之規定作決定。

(4)親權應委諸父母之一方，由其單獨行使之。但為子女之財產利益，得將財產監護之全部或一部委諸他方行使。

(5)為避免危害子女之利益，法院得於必要時，將身上監護及財產監護委託監護人(Vormund)或輔佐人(Pfleger)行使之。若對子女之利益有必要時，於行使扶養請求權時，應為子女選用輔佐人。

2.a)已離異之父母，是否亦得委諸讓其共同擁有親權之問題，自依「男女平等法」修訂之民法第一六七一條第四項規定實施以來即有爭議。依最初之通說，即使有夫妻雙方共同之聲請，亦不可能（共同擁有親權）（參照 Dölle, Familienrecht, 1965, § 97III5. mit Rechtsprechungs-und Literaturnachweisen）。該項見解所持最主要之理由乃是指指出，由民法第一六七一條第四項第一句和第二句條文規定之相互關係得知，其並不允許有上述共同擁有親權之可能。此外，該通說所提之反對理由為，子女必須要讓其擺脫父母間之爭吵，不得將其作為一實驗的對象，父母離異後共同擁有親權，將違背子女之利益。

其後在法學論述對上述通說見解批評日多後（參照 Schwoerer, in Staudinger, BGB, 10/11. Aufl., § 1671 Anm. 7 9; Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, 1977, Rdnr. 187

m.w.N.)，一些區法院和地方法院首先表示了贊成讓已離婚父母繼續擁有共同親權行使權利之意見(L G Mannheim, FamRZ 1971,S.185; AG Tübingen, DA Vorm. 1976,S.424; L G Wiesbaden, FamRZ 1977,S.60)。在往後的一段時間，尤其是在因第一次婚姻法修正法頒布，民法第一六七一條修訂內容，不再考慮父母對於離婚是否有責之因素後，一些高等法院在依其估量，如符合具體個案中子女利益之情形下，亦判定讓已離婚父母共同擁有親權(OLG Düsseldorf,FamRZ 1978,S.266;Schleswig-Holsteinisches OLG,DAVorm.1978,S.796;KG;FamRZ 1979,S.340;Hans.OLG Hamburg,MDR 1979 ,S.582)。

b)在當初為修訂親權法所舉辦的公聽會上，亦有討論到已離婚父母共同行使親權之問題（參照Zur Sache, Themen Parlamentarischer Beratung,1/78,Elterliches Sorgerecht,Bonn 1978)。在公聽會上，一些鑑定專家贊成在下列條件下，已離婚之父母可讓其擁有共同親權：父母雙方有完全之教養能力、與具體個案子女間具有同等強烈之感情關係且願意為該子女之利益，繼續擔負責任者(BTDrucks.8/2788,S.63)。雖然如此，當時司法委員會在其作成，以後變為法律之決議建議中，仍反對已離婚之父母可共同擁有親權。該委員會所持反對理由主要為，訂定已離婚之父母可共同擁有親權之規定，在實務上並無需要性；而且如果在父母離婚時，能判定子女歸

屬父母之一方，以此使其間之關係弄清楚，亦是符合子女之利益的(BTDrucks.,a.a.O.)。

c)即使在當立法者作成反對已離婚之父母可共同親權之明確決定後，學說和法院裁判見解之爭議仍持續不斷。該些不同見解指摘立法者所訂之該項法律規定抵觸基本法第六條第二項第一句規定所保障之父母權，因此係屬違憲（參照Diederichsen,in Palandt,BGB,41.Aufl., § 1671 Anm.2 m.w.N.）。

同樣地，（西柏林）高等法院(Kammergericht)也認為民法第一六七一條第四項第一句之規定是違憲的(FamRZ 1980,S.821)：毫無例外地禁止於父母離婚後，將親權委諸其共同行使，此係違背基本法第六條第二項所保障父母對子女有照顧、教養父母權之基本權利。國家於父母權和父母責任領域執行其看守機關之責時，僅允許在當個人之措施不足以避免危害子女利益情形下，方得以進行一般性禁止之干涉。但依該法院之見解，尚無一項經驗法則告訴我們，如父母離婚後仍繼續共同擁有親權者，一定會危及子女利益的。

由於一西柏林之程序不能移請聯邦憲法法院作裁判，因此當時西柏林之高等法院即未適用該條其認係違憲之法規，且在當時審理之個案中判定，該已離婚之夫妻共同擁有親權。



## II（本案構成事實）

1.a)造成Königstein區法院作成移請本院為合憲性審查決議(- 1 BvL 25/80-)之訴訟程序的當事人係於一九七五年結婚。同年生一子。

該對夫妻——妻為埃及學研究者，夫為礦物學碩士——在其提出協議離婚之申請書中亦聲請將該子之親權委諸其共同行使。他們所提出之理由如下：該子於他倆分開後，仍與他們一起住在其共同之房子且受他倆輪流照顧。他們夫妻認為，即使在將來，為了該子之利益，仍希望繼續該種生活方式。該子自從出生後即由他倆夫妻輪流照顧，因此與他們二人有同等之照顧者的關係，且與其二人皆有同等良好的感情。由於至今為止之生活習慣，他倆夫妻之分居生活並沒有使該子感受到有任何之改變。他們夫妻想以此種（共同擁有親權）之方式，避免該子之周遭環境及其生活方式受到變動。因共同行使親權即需輪流照顧該子之事，就他倆夫妻職業工作之點而言亦無問題。

主管上述案件之少年局(Zugendamt)贊成將該子之親權委諸該夫妻雙方行使。

b)(Königsteiw)區法院於一九八〇年二月十三日以確定判決解消上述系爭案件當事人之婚姻關係且進行了贍

養費請求事項。同時，該區法院將決定親權事項之程序予以分離並中止了該程序，且將該事件提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定為合憲性之審查。

該區法院是希望在法院依職權應為之親權行使決定事項中，依照系爭案件已離婚夫妻之建議，將親權委諸其共同行使，但卻覺得因民法第一六七一條第四項第一句規定之關係，無法作成該決定。該法院認為上述法條規定牴觸基本法第六條第二項，因而係屬違憲。依其見解，該規定並無充分考慮到，即使在離婚後，基本法上的保障之父母權仍繼續歸屬於父母雙方。雖然父母權在國家行使其看守機關之責時，允許基於子女利益之理由，加以限制；而且由大部分法院為親權決定案件中也顯示出一些離婚後，應將親權委諸夫妻一方單獨行使之普通有效的考量。但該法院認為，毫無例外地對父母雙方共同之父母權予以限制，是與基本法不符合的。該法院同時指出，就如同在上述案件所證明的，可想像有某些案件，依其案情，沒有任何具體不利子女之觀點反對由父母所作共同行使親權之建議。

2.a) Bielefeld 區法院移請本院為合憲性審查決議(-1 BvL 38/80-) 之訴訟程序的當事人——男的為參議教師（德高級中學固定教師之職稱），女的為教員——係於一九六五年結婚，生有二子女，各於一九六六年及一九

六七年出生。一九七六年夏天，夫離開了夫妻共同生活住所。自此以後即與另一女子同居。雖然如此，其並未中斷與子女和妻子之聯絡。有關其子女之事項，亦仍然繼續由父母雙方共同作成決定。一九八〇年該夫提出離婚。在離婚程序中，該對夫妻雙方合意聲請保留對其子女之共同親權。於申請中，該對夫妻指出，在他倆分居的一段相當長之期間中，他們二人皆互相接受對其子女共同負責，且也完全負了責任；他們夫妻二人自認為其間並無發生緊張關係或不可克服之衝突、爭端。該父為要與其子女聯絡並與他們一起作些活動，皆固定地每個星期至其已離婚之妻子的住所多次。

b)(Bielefeld) 區法院於一九八〇年六月十日以判決解消上述系爭案件當事人之婚姻關係並進行了贍養費請求事項，且將其子女之親權以假處分(Einstweilige Anordnung) 之方式暫時委諸了該妻行使。同時並中止對親權作最終決定之程序，將該事項提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定為合憲性之審查。

該區法院是希望依照系爭案件已離婚夫妻合意之建議，將親權委諸其共同行使，但因民法第一六七一條第四項第一句規定之關係，無法作成該決定。該法院認為上述該法條規定抵觸基本法第六條第二項第一句之規定，因而係屬違憲。依其見解，離婚後一般性地排除父母一方親權之行使，乃是與國家之執行其看守機關之責不符

合的。國家執行其看守機關之責時，於顧及比例原則下，僅於當為子女福利之利益有必要之情形，方得為上述之干預。但該法院認為，就如同系爭案件，可想像的在有些具體個案之情形，法律上之單方判定將子女親權委諸父母一方行使，由於其對於始終一直存在的自然的親子關係，完全不予以法律上之承認，因此是明顯違背子女利益的。而且如此會造成一種危險，那就是當事人間就親權行使問題所生之不同意見，可能要會比父母雙方尚形式平等擁有親權之情形，更早須上法院解決。該法院並認為，論者或指出如此僅是將關於親權應作的必要決定向後延遲而已之點，亦不能作為其所指摘違憲法規拮辯之理由；因有鑒於子女之繼續發展，決定親權程序所得之結論絕不能將之視為是終局確定的。最後該法院並指出，由家事法院依有關之程序規定負有一定須就親權作一決定之義務，可避免有規避法定之決定合併程序的危險；由於該項決定親權行使程序是依職權調查主義進行，也可以保證審理該案件之法院對該案子女之情況可有詳細之了解，能因此作出符合子女利益之親權決定。

3.a) Bergisch Gladbach 區法院移請本院為合憲性審查決議(- 1 BvL 40/80-) 之訴訟程序的當事人——男的為律師，女的為經理人——係於一九六二年結婚，於一九六五年生有一子。一九七九年該對夫妻分開後，該子即一直與其母同住。

於該夫所提之離婚程序中，雙方當事人合意地向法院建議，將其子之親權交由他們雙方行使，而不要對會面交往權作明文之規定。他們夫妻提出之理由為，該項建議是最符合其子利益的。他們認為，如此在其子之人格發展上，可得到父母雙方最大的支助，尤其是因他對父母雙方有特別的信任關係。他們計劃其子之身心方面由母親照顧，而父親則負責有關學校方面事項。

主管上述案件之少年局贊成將該子之親權交由該當事人雙方行使。依當時聽證時快滿十五歲的兒子的意見，至那時為止所採行之方法措施可以實施得來；他與其父母雙方都有很好的聯絡關係。譬如說，他假期較大部分是與父親渡過。他認為他的生活情況自其父母離婚後並沒有產生重大的改變。

b)(Bergisch Gladbach) 區法院於一九八〇年八月十五日以判決解消上述系爭案件當事人間的婚姻關係且判定當事人間並無贍養費請求事項，同時並將該子之親權暫時委諸其母行使。法院中止了關於親權決定之合併程序，將該事項提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定作合憲性之審查。

該區法院是希望依照該父母合意、其子亦不反對之建議，將親權委諸父母共同行使，因如此的一種決定，基於法院更進一步評列之理由，是最符合該子利益的，而且該法院也相信，在上述系爭案件，該項決定措施是

完全可實施得來的。

但是該區法院認為因民法第一六七一條第四項第一句明確之條文規定而無法作出上述內容之決定。該法院首先認為該規定牴觸基本法第六條第二項，因而係屬違憲。因依見解，基本法第六條第二項第二段之規定不能作為一般性排除已離婚父母共同擁有親權之辯解理由；該種親權規定是與憲法上之比例原則不相符合的。該法院並認為，立法者當初應可以給予本就因新親權法之修訂，擴大許多決定空間之法官，對應以子女為依歸而作之親權決定，有更廣泛之權限。

此外，該區法院亦認為，其提請作合憲性審查之法規亦牴觸了制憲者於基本法第六條第一項規定中所表現出的根本的價值決定。對於一個小孩，基於其是由父母雙方所出，且基於經由父母雙方之原始的照顧和教養，與其父母雙方有深深決定其人格之關係者，基本法第六條第一項規定所保障之效力應是能讓該關係儘可能地維持下去。依該法院見解，如果經由已離婚父母雙方共同之教養和照顧，較之將親權委諸父母一方行使，對小孩之心理上更有益的話，則法律上僅允許能由父母一方單獨擁有照顧和教養權利之強制規定，將會破壞該子女與無擁有親權之父母一方間自然所已存在之關係，憲法上所正要保障之根本的家庭成員間的關係亦會因而受到破壞。對此絕對不能無特別辯解理由而容忍之。

4.a)造成Waiblingen區法院作成移請本院為合憲性審查決議(- 1 BvL 12/81)之訴訟程序的當事人——男的為一經理人，女的為一辦事員——係於一九六九年結婚。由該婚姻生有一子一女，分別於一九七四年、一九七五年出生。其女自該夫妻於一九七八年離婚後即與母同住。

在該夫於一九八〇年所提之離婚程序中，夫妻雙方合意聲請要求共同擁有二子女之親權。其所提出之理由如下：有關所有將來照顧其子女之事，他們皆已共同商量過且也作成了決定。在他們分開生活期間，與其子女之交往權並非依照固定不變之規則，而是依個別具體情況而行使，並無發生任何困難。依他們作成之決定，對其子女之扶養方式是由母親自尚有的夫妻共同帳戶，提領她自己和二子女所需之款項金額。

主管該案件之少年局當初對該對夫妻之共同擁有親權並無異議。

b)Waiblingen區法院於一九八一年二月十九日以判決解消上述系爭案件當事人間的婚姻關係，進行了贍養費請求事項，且將子女之親權以暫時命令之方式委諸其妻行使。該區法院並於一九八一年五月七日作成了決議，中止關於決定親權之程序，將該事件提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定作合憲性之審查。

家事法院是相信在該案父母之共同擁有親權是對其

子女有利益的。該法院同樣認為阻礙其作成該決定之民法第一六七一條第四項第一句規定牴觸基本法第六條第二項規定，因而係屬違憲。依該法院之見解，雖然想像在有些個案情形，夫妻之共同行使父母權對其子女可預見地是不會產生不利，反而是會產生有利影響的，但立法者於執行國家作為執行機關之責時，卻以不許可之方式概括地侵犯了父母權。

該家事法院且認為該提請作合憲性審查之法規是牴觸基本法第三條第一項規定的。該法院指摘，如此離婚後——與婚姻尚存在時不同——即會侵害父母權，且該項侵害並無為保護子女利益義務可作為辯解理由。

### III（聯邦政府立場）

1.代表聯邦政府表示立場之聯邦司法部認為民法第一六七一條第四項第一句之規定與基本法第六條第二項之規定並不相牴觸。立法者之決定乃是根基於對子女利益和父母責任為權衡後所作成。

依聯邦司法部之見解，立法者基於其維護法秩序和法安定之一般任務，有權限且基於基本法第六條第二項第二句規定意義下之看守機關，有義務依典型之生活事實，為自一已離異婚姻中所生之子女的利益，訂出一明確之規定。在制定該項規定時，立法者是擁有一相當廣



的形成空間的權限；他規定了已離婚父母相互間的關係，但並沒有侵犯到在教養權方面父母優先於國家之地位。

聯邦司法部進一步認為，聯邦憲法法院在其「與子女會面交往權判決」"Verkehrsrechtsentscheidung"（參照BVerfGE 31,194[205]）中，對於在子女之利益因已離婚父母之爭執而受到危及或有受到危及之可能時，將親權委諸父母之一方行使，而另一方仍保留有與子女個人交往權利之規定，並無指摘。但即使在父母間無爭執存在之情形，依聯邦司法部之意見，因父母之離婚而有條件地分配親權亦是合憲的。由於父母共同對有關親權分配和與子女交往權之建議對法院之作成決定有最大之影響力，如此亦有顧及到離婚後仍依然繼續存在之父母的責任。

聯邦司法部又認為，為一些如在系爭案件之例外情形，訂定與上述立法者之基本決定不同的法律規定乃是不必要的。依其見解，對系爭案件之子女很重要之父母的責任仍然存在，此與親權之委諸父母另一方或第三者行使之法律地位無關。而且有父母之合意要盡父母責任也並不因此即強制一定要承認其擁有一共同親權。與建議親權應予以分配不同者，在提出由父母雙方繼續擁有親權之建議的情形，由該建議並沒有表示出該父母事實上已對因離婚而造成之變更的情況作好準備。此外，在系爭案件所存在之特別的生活關係情形，吾人亦不得忽

視的一點是，當事人間已沒有基本法第六條第二項規定作為要件之家庭成員共同體的關係。在該種案件情況下，是否能對之作出一持續長久的親權決定，畢竟都還是有疑問的。已離婚父母要長期持續保有該項要件必然是值得懷疑的；合意共同行使親權之意願是不能長久承擔得了的。

聯邦司法部且擔憂的是，承認已離婚父母共同擁有親權，可能會造成很不好的後果。如作該種例外的親權決定，可能會產生一種導致法律上針對離婚後之典型情況，所作之適當的親權決定的規定將被挖空效果的危險。依其見解，如此的話，對有關親權之決定都只能是在作了詳細的調查了解後，依個案情形作成；但這會造成的結果是，在很多案件情形，本是可迅速作出符合子女利益，而將親權委諸父母一方行使之明確決定者，則不能作成。如父母雙方無法再繼續共同行使親權時，由於法院不可能也無理由依職權進行監督，因此不能確保能及時地更變已作之親權決定。再者，聯邦司法部認為，父母雙方透過自願達成協議和採取一致合意之行爲的方式，也可能達到如同將親權委諸其共同行使時之類似狀況。在如同系爭案件之極少的例外情形，對父母而言，要達成該種協議也是可以期待的。父母雙方之願意對所有有關子女重要問題共同一致作成決定之決心是不會因法院將親權委諸一方行使而受到阻撓的。

2.Königstein區法院移請作合憲性審查決議之訴訟程序的當事人同意該移請法院之見解。

#### IV（言詞審理時，各鑑定專家和代表人士之意見）

1.在言詞審理時聽取了Rheinland-Pfalz 邦小兒神經病學中心主任和Mainz 市社會兒科學中心主任Dr. Pechstein教授以及Munchen 市早期兒童教育國家中心主任Dr.Dr.Fthenakis 教兩位鑑定專家對已離婚父母擁有共同親權所生有關之不同問題的意見。兩位專家所得之結論都是贊成即使在離婚後，也讓父母有共同負起父母責任之可能。

2.此外，下列人士亦在言詞審理中表示了意見：代表聯邦政府之參事Dr.Heyde先生；代表Waiblingen區法院移請程序聲請人之律師Strapner先生；代表Waiblingen區法院移請程序女方聲請人之律師Schuster先生；代表德國兒童保護協會之Prestien區法院法官以及德國法官聯合會家庭法委員會主席西柏林高等法院庭長Müller-Webers先生。

#### B.（民法第一六七一條第四項第一句規定抵觸基本法第六條第二項第一句父母權規定）

民法第一六七一條第四項第一句規定自一已離婚中所生子女之親權應強制委諸父母之一方行使，且於例外情形下，父母離婚後對其子女亦不得再繼續共有擁有親權，係牴觸基本法第六條第二項第一段規定之父母權。

## I（基本法第六條第二項第一句所保障之父母權的意義）

1. 憲法上所保障之父母權首要在保護子女。其所根據之基本理念是，在通常情形下，父母對其子女之利益較之任何其他人或是機構都是更為關心的。該父母權與國家之關係是一種自由權，國家原則上僅在當有必要執行依基本法第六條第二項第二句所賦予之看守機關職責時，才允許得對父母之教養權進行干預。在與子女之關係上，必須是以子女之利益作為父母親照顧和教養的最高準則的。基本法第六條第二項第一句規定確立了基本權利，同時亦確立了基本義務，這由其條文語句中亦明白表示了出來。因而人們將父母權稱為是一種信託權(ein fidduziarisches Recht)，是一種供役的基本權，一種真正意義下是被託付的信託的自由（參照BVerfGE 59,360 [3765.]）。在該種意義下，憲法上所保障之父母權是以父母準備願意，且有能力，為其子女之利益實行其教養權為條件的；惟有在根據該種條件下，方可謂是符合父

母權所包含的責任的（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 56,363[382]）。

2.基本法第六條第二項第一句之規定是由通常之情況為出發點的，即子女是與經由婚姻結合在一起之父母一起生活在一個家庭成員共同體中，且父親與母親是共同照顧及教養其子女的（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 31,194[205]）。在一個和諧的共同體中，由母親和父親來教養和照顧一未成年之子女，是最能確保該子女能發展成一自我負責之人格且有能力在一個團體中生存的方式（參照 BVerfGE 24,119[144]）。就如同鑑定專家 Dr. Pechstein 教授所述者，這也符合在所有兒科學學術領域中所得的認知，即是長期持續的家庭成員間的社會關係在今日是被視為是作為成長中個人能有一穩定的、健康的心理社會發展的決定性的基礎。

3.子女與母親和父親間直覺性的聯繫關係是可以不問其父母間之分居和離婚而繼續存在的。即使在至目前為止所實行的由父母共同擔負父母責任之方式已不再有可能之情形，父母雙方仍有義務，儘可能去減低因父母離異，通常會連帶對子女發展所生之傷害，且為對子女之照顧、教養以及將來對子女的個人關係，找出一理智、符合子女利益的解決方法（參照BVerfGE 31,194[205]）。因此，於行使此種意義下所繼續存在之父母權時，已分居或已離婚之父母應儘量努力，不要因其爭執而加重

子女之負擔。這也包括了特別是父母一方應不為所有可能損及子女與他方關係之行爲（參照民法第一六三四條第一項第二段）。以此種方式，已離婚之父母才有可能達到使對子女發展有助益之剩餘的家庭成員間的連繫關係仍然保持。

因離婚之緣故，不僅具有權利與義務關係之夫妻的生活團體，而且子女與其父母同住之生活團體都將被解消。即使於父母離婚後，與父母雙方皆保有緊密聯繫關係之子女亦不再經常與其父母同住，而是甚至在對子女交往權作很寬大處理規定之情形下，子女亦是依其個別之停留地，是與其母或是與其父同住。因而婚姻之離異即使在已離婚父母擔負起其繼續起作用之之父母責任的情形，亦會對親子關係產生影響。

由於考慮到以上所述與離婚必相結合之後果，因此當初立法者才能以不違憲之方式訂定於離婚合併程序中，家事法院應對共同子女之親權作成決定之規定，且是在任何情形下毫無例外地都應作成該項決定（民法第一六七一條第一項，民事訴訟法第六二一條第一項第一款，第六二三條第一項第一段，第三項第二段），而不是僅限於在有爭議之情形下，方要作成決定。至於法院於作該項決定時，依民法第一六七一條第三項第一段之規定，法院對於父母合意之建議，只有在為子女利益有必要之情形始可有所變更，此項規定是考慮到基本法第六條第

二項第一句；因父母於其婚姻離異後，關於子女親權擁有者所作之合意決定，通常即表示其願擔負繼續有影響作用之父母責任。

## II（國家決定親權行使之界限）

如已離婚父母對於應由其二者之何方行使其共同子女之親權，不能達成合意者，則國家基於其確保法秩序和法安定之一般職責任務，即有權自己對該父母間互相衝突利益之平衡，作出決定（參照BVerfG E 31,194[205]）。由於在有爭執之情況下，國家上述之作爲所針對的是在平衡已離婚父母之雙方所具有的兩個獨立且受父母所保障之法律地位，而不去侵犯到父母優先作爲子女教養者之地位，因此國家在爲該項決定時，並不須受干涉父母教養權所需具備之嚴格要件的拘束（參照BVerfGE a.a.O.[208]）。

但是在雙方父母都願意於離婚後再繼續共同擔負對其子女責任之情形，則不須由國家對父母間互相衝突之利益作和解。除此之外，如父母雙方皆具有完全的教養能力，且毫無顯示爲子女利益應將親權委諸父母一方行使之理由時，則國家亦無行使其作爲看守機關之職責，將父母之一方排除於對子女之照顧和教養之外，而僅限制其擁有與子女之交往權。如國家於離婚後仍毫無例外

地排除共同父母責任的繼續存在，此舉即是侵犯了一種基本法第六條第二項第一句規定所保障之父母的法律地位，須具有特別之抗辯理由方可。

於子女係在父母非婚姻生活關係下成長之情形，父母所具的條件即與上述情形不同。在該種情形下，由於父母有意地拒絕締結婚姻，因此如國家拒絕該非婚生父親法律上能參與擁有親權，而將該未成年之非婚生子女的親權委諸其母一方單獨行使，則此時國家並沒有超越上述法律所賦予作成親權決定權限之界限（參照 BVerfGE 56,363[385f.]）。立法者絕無因憲法之故，而有制定非婚生父母有可能擁有共同親權規定之義務。相反地，已結婚之父母，自其子女出生時起，依民法第一六二六條第一項第一句之規定，即共同取得對其子女之人身親權。該項親權至該父母離婚之前，通常亦是由雙方以共同負責方式行使；父母離婚後，則依本案提請作合憲性審查之法規規定，父母一方對該項親權之行使權即被取消。

### III（反駁民法第一六七一條第四項第一句規定 不能有例外之理由）

對本案提請作合憲性審查之法律規定，看不出有任何正當理由認為其不能允許有例外。



1.上述結論首先乃是基於兒童在發展和教養上之持續性的觀點而出發的。該項持續性——如同於青少年精神病學和青少年心理學所已承認者——很重要（參照 Arntzen, *Elterliche Sorge und Personlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht*, Munchen 1980, S.18; Ell, *Trennung-Scheidung-und die Kinder ?* Stuttgart 1979, S.62ff.; Goldstein/Freud/Solnit, *Jenseits des Kindeswohls*, Frankfurt 1974, S.33f.; Lempp, *NJW* 1963, S.1659[1662]）。立法者當初於作出反對已離婚父母之共同擁有親權之決定時，本也考慮到該點。但後來是基於以下立場出發：父母雙方關於其願共同擔負起父母責任之合意，並不能長續持久，因此只是將必須把親權委諸父母一方單獨行使之決定延後而已。但如此的話並不能增加教養的持續性。依立法者之見解，要保證教養的持續性，唯有經由於父母離婚時，即將父母子女關係釐定清楚，亦即以將子女之親權委諸父母一方行使之方式方能達成(BTDrucks.8/2788, S.61)。但本庭認為，上述立法者之考量並不能作為該條規定（即民法第一六七一條第四項第一句）為何不允許有例外之理由。

a)有關已離婚父母對於共同行使親權之合意可保有的持續性問題，在立法程序中的專家公聽會上並沒有澄清。於言詞審理中，Dr. Pechstein 教授對此問題的回答是，已離婚之父母——即使其人數有限——是能夠長期

（共同）行使親權的。

吾人當然不能排除的情形是，夫妻於離婚後，雙方關係可能發展成不再有可能共同擔負對其子女之教養和照顧的責任，以致有必要由法院作成將子女親權委諸父母一方單獨行使之決定。但即使於該種情形也有可能是，在父母尚能繼續共同負起父母責任之子女的生活階段，證實正是對該子女之發展很重要，因此父母雙方之共同努力照顧該子女已生積極之效果。所以，以由父母雙方共同行使親權方式所保證之短期暫時的父母教養的持續性，亦有可能是符合子女利益的。

此外即使在將子女之親權自始即委諸由父母一方行使之情形，也是經常有必要再作成新的決定。其原因一方面是在於對成長中子女很重要的生活關係的發展作預測的困難，一方面是由於法院作成之決定應適用之期間很長之故（參照Fehmel,FamRZ 1980,S.758[760]）。立法者也考慮到此點，因此於民法第一六九六條規定，監護法院及家事法院於親權行使期間，如認更改親權決定顯示是對子女之利益有必要時，得隨時變更其已作成之親權決定。

b)依持續性之原則，吾人不應只是在力求作成一個解決親權行使之方法，依該方法能保證於父母離婚後，其子女在將來儘可能得到一劃一旦穩定的教養。而是也應顧及到在為親權行使決定當時，子女對其父母及兄弟

姊妹所存有的感情連繫關係（參照BVerfGE 55,171[1 8 4]）。立法者當初於民法第一六七一條第二項後半段明文為應顧及子女之連繫關係之規定，亦是由此觀點出發的，因對該子女而言，在過渡至僅剩父母一方之不完滿家庭時，如其感情連繫關係能儘可能不受到影響，則是受傷害最少的(BTDrucks.8/2788,S.61)。

但如子女對父親和母親皆有同等強烈的感情關係，又雖然其利益是集中在有一童年長期不可解散的親子關係，而法院仍決定親權應由父母之一方單獨行使時，則以上所述之子女感情連繫關係會受到影響是不可避免的。因此，如同Dr.Dr.Fthenakis 教授所陳述的，已離婚父母之共同行使親權可使對其子女教養之持續性達到最高限度。

2.a)又擔憂父母之希望於離婚後對其子女保有共同親權行使之權利會存有不正當之動機之點，亦不足以作為充分合法化應將親權毫無例外地委諸父母一方單獨行使之理由。

於當初立法過程中，曾有提出之意見表示擔憂，如立法允許可共同擁有親權，則可能會誘使有離婚意願之父母，為了能規避離婚合併程序，加速離婚程序之進行，而對法院偽裝表示已對親權行使問題達成合意之決定(BTDrucks.8/2788,S.63)。此外聯邦司法部在其提出之意見中亦指出，父母有可能之所以向法院提出讓其保有共

有親權之建議，只是因其怕引起衝突，亦即終究只是為避免雙方爭執，而不是以子女之利益為依歸才作成該決定的。在某些法學論述中更指出另一項（如立法允許可共同擁有親權）可能具有之危險，即是在當父母雙方自稱已達成之合意，結論其實只是基於對經濟、精神或情緒較弱之父母一方強逼所得之情形，則父母雙方關於共同擁有親權所作之合意可能會對子女造成負擔 (KluBmann, FamRZ 1982, S.118[122])。

為了子女之利益是應該避免被操縱的親權決定。但並不得因此種考量即自始且毫無例外地拒絕已離婚父母得共同擁有親權。於父母之利益和子女之福利間可能發生之衝突時，固然應以子女為優先（參照BVer fGE 37, 217[252]）。但該種的衝突應是22個案之方式解決；而這不能因一項唯有容忍可能的基本權利受侵害才能避免濫用之法律規定而受到阻止。

b)依民法第一六七一條第二項前半段之規定，法院應作最符合子女利益之（親權）規定。法官的這項要在顧及上述標準下，於離婚合併程序（民事訴訟法第六二一條、第六二三條第一項）中判定離婚後，何者應有照顧其未成年子女之權利和義務的困難工作，與考慮是僅父母一方或雙方作為親權擁有者是無關的。論者或有謂，一個法官可能會基於簡化訴訟程序之理由而傾向於不盡其上述應就子女利益作審查之責，即作符合父母所提共

同擁有親權之決定(KluBmann,a.a.O.[1 21])。此項異議是不具憲法上意義的。此外他亦會以同樣方式反對應適用之民法第一六七一條第二項，因依該規定，法官是不得滿足于父母雙方合意之建議的。

3.又其他對已離婚夫妻共同擁有親權所主張之異議亦不能作為辯解本案被指摘違憲法條是屬正確之理由。

a)反對已離婚夫妻可共同擁有親權之決定，其所持的其中一個理由是，父母雙方總是會有辦法，毫無困難地經由私下運作的方法，達到事實上其所希望的結果的(BTDrucks.8/2788,S.63)。依其見解，擁有親權行使權利之父母一方只要讓另一方參與該項親權之行使即可。如此另一方則會變成有權之共同教養人，即可參與所有有關其子女之事項。又依該反對之理由認為，雖然在有很多的事項需要法律上擁有親權之父母一方的全權代理權，但要使出具該項全權代理權並不會是一不可期待的負擔。

然而本庭認為，子女之父母已離婚者，日常生活上即無必要有一共同行使之親權（參照Diechmann,NJW 1981,S.668），此點對民法第一六七一條第四項第一句之規定是否合憲之問題並不具重要性。如依此認為，父母可以經由採取與法律規定不同之適當措施，去抵消對其父母權侵犯所造成之影響，而以此作為一般性地排除父母可共同擁有親權之理由，則此點在憲法上要作為辯解理由是站不住腳的。

b) 允許已離婚父母可共同擁有親權，唯一可能引起聯邦司法部所擔憂的所謂“挖空效果”者在於，在訂定類似之法規後，夫妻於離婚程序中，提出要求對其子女共同擁有親權之聲請可能會增加。但是即使在該類聲請明顯增加之情形，也唯有父母雙方之繼續共同負起父母之責是對子女有利時，才得作成符合其聲請之決定。本庭與聯邦司法部基於同樣之觀點出發，認為此時法官需就個案作深入詳細之審查，而如此即可能較將子女委諸父母一方行使親權，還須拖延更長之時間才能作成親權決定。尤其與父母雙方已合意決定誰應於離婚後擁有親權之情形相比，絕對是如此。吾人姑且不論，在不少有爭執的親權訴訟程序中，要迅速地就親權關係作效力求符合子女利益之決定同樣也是不可能的，如此要拿會拖長訴訟程序時間作為辯解本案被指摘違憲法規是正確之理由是不恰當的。同樣地，批評如在法律加以規定，父母離婚後有可能共同擁有親權之情形，有可能即會造成現有的，對離婚後之正常情況下通常是一合理解決方法的法律規定，將被挖空之意見，也不能作為辯解本案被指摘違憲法規是屬正確之理由。只要該種的被挖空的效果不能即經由對現有規定之解釋予以對付，則立法者即有自由，以計定一合適法規之方式，設法使委諸父母之共同行使親權保留是為例外。

c) 與上述在如允許有委諸已離婚父母共同行使親權

之可能的情形會產生預測性之「挖空效果」有某種程度不同者，是聯邦司法部的另一項考慮：依生活之經驗，於夫妻離婚後，只有在極少數之情形下是具備實際可行使共同親權之要件的。而由這項考量並不即可輕易得出憲法上的結論，認為立法者因此在訂定其典型化之法規當時即可忽略該項考慮。

如Dr.Pechstein教授於言詞審理中所陳述者，將親權委諸父母之一方行使，在大多數正等待處理之離婚訴訟程序中，是屬一種適當的解決方法。依此，爲了子女之利益，於夫妻提出親權分配之聲請後，應避免作出概括一體之親權決定。父母雙方要能保有共同親權是以法官確信，該夫妻能繼續地，即使是以因離婚而須修正之方式，共同爲其子女之利益履行照顧和教養之義務爲要件的。在此種要件下，猜測認爲，即使在法律規定父母有共同擁有親權之可能的情形下，法院於父母離婚後會作出判定雙方父母擁有對其子女共同負責行使親權之決定者，仍會只是屬於例外之看法雖然可能是有理由的。但這並不能作爲辯解民法第一六七一條第四項第一句規定沒有例外情形的理由。要訂定一典型化之法規必須是要其所造成對基本權利的侵犯不是非常強烈之情形下，才是被允許的（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 45,376[390]）。而在本案之情形則不是如此。此時在作判斷時應考慮到對父母權之侵犯以及已離婚夫妻應負有儘量減

少因離婚通常會造成對子女之傷害之義務，二者間緊密的關係（參照BVerfGE 13,194[205]）。只要父母能夠將離婚主要當成是其雙方間自己之事處理，以致子女對其父母雙方間的關係仍儘可能地維持不受到損害，則其已盡上述之義務。因此在此種情形，最重要涉及的是其父母拒絕擁有共同親權之子女。即使是在對如將父母離婚者，得繼續共同對其子女親權合法化會對子女造成之有利效果，作較保守估算之情形，在上述情況要引證說有典型化問題形勢之必要是不合理的；此外，如典型化該問題形勢，則因父母離婚本就已受到傷害之子女的有要求以其利益作成親權決定之基本法上之請求權（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 55,171[179]），亦沒有充分被考慮到。

d)最後，唯恐事後不再具備有已離婚父母共同行使親權之要件時，不能保證可及時地修改該親權決定的憂慮，亦不能作為辯解本案被指摘違憲法規是正確的理由。即使在將親權委諸父母一方行使之情形，亦不能排除會有親子關係發生轉變，而顯示為了子女利益，有急迫修改原作成之親權決定必要之情況發生。但是只要無擁有親權之父母一方——不論是基於何種理由——對其子女之將來命運如何毫無興趣，且此外又沒有剝奪另一方父母已擁有之親權的要件時，則仍是維持原來的親權決定不變。因此由上所述看不出，在已離婚父母共同行使親



權下之子女，其利益就會因在個案情形沒有對原本之親權決定作必要之修改，即因而受到更加程度地危及。

本判決作成法官：Dr. Benda, Dr. Böhmer, Dr. Simon, Dr. Faller, Dr. Hesse, Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer, Dr. Heupner。