

朝向子女最佳利益的婚生推定制度

李立如*

目 次

- 壹、前言
- 貳、婚生推定制度的建立與所面臨的挑戰
 - 一、婚生推定制度的意義
 - 二、婚生推定制度的基礎
 - 三、基礎的鬆動
- 參、婚生推定制度的分析架構
 - 一、反映真實血統連結
 - 二、婚姻家庭安定
 - 三、生父的權利
 - 四、子女最佳利益
- 肆、婚生推定制度的可能發展方向
 - 一、推定機制
 - 二、否認機制
- 伍、結論—建立一個維護子女最佳利益的婚生推定制度

關鍵字：婚生推定，子女最佳利益，否認子女，生父的憲法保障，婚姻家庭的憲法保障

投稿日：民國九十三年十一月三日；接受刊登日：民國九十三年十二月三日

* 美國史丹佛大學法學博士，中原大學財經法律系助理教授。

本文承蒙匿名審稿委員惠賜寶貴的修正意見，受惠良多，僅此致謝。

壹、前言

根據報導，阮先生在數年前與一名已婚的謝女士同居並生下一女，謝女士隨後離開阮先生與女兒，而小女兒一直由阮先生撫養，但未申報戶口。今女兒已屆就學年齡，阮先生向法院提起確認親子關係之訴獲得勝訴判決之後，向戶政機關申報女兒的戶口，但是戶政機關以阮先生的申請於法不合而退回其申請。民國九十二年四月間，阮先生為抗議女兒無法申報戶籍，帶著七歲的女兒欲跳下台北火車站前的天橋，並數度割腕自殘。最後其被警消人員制伏送醫，小女孩所幸沒有受傷¹。

啟人疑竇的是，究竟是什麼樣的法律制度讓一位父親走投無路，而帶著女兒以自殘的方式抗議呢？由於謝女士在受孕期間仍與丈夫王先生存有婚姻關係，因此，阮先生與謝女士所生的女兒，依照民法第一〇六三條規定，推定為王先生的女兒，而非阮先生的女兒。不過，根據報導所示，阮先生已向法院提起確定親子關係之訴並獲勝訴判決。亦即，法院已確認阮先生與女兒之間的親子關係。此時，究竟該女童法律上的父親係阮先生或王先生？又為何戶政機關認為阮先生所提的申請於法不合呢？

此一問題不僅一般人感到疑惑，法界專家們對此也存有爭議。在現行法上，子女受到婚生推定後，立法者並不允許子女或生父提出否

¹ 自由時報，92 年 4 月 12 日，第十版；聯合報，92 年 4 月 12 日，第 A8 版。

認之訴²。不過，在實務上可以發現，子女或生父往往循另一途徑：提出確認親子關係（不）存在之訴，欲達到同樣的目的³。實務界對於這種作法的態度並不一致⁴。實務界的見解不一，正說明了這個問題的複

² 參民法第 1063 條第 2 項，民事訴訟法第 589 條之 1。

³ 李木貴，否認子女之訴與確認親子關係不存在之訴 - 最高法院九十二年度台上字第一六四三號判決解釋論之批判，月旦法學雜誌，第一一〇期，頁 186（2004）。作者在文中提及，否定婚生子女任何形式的否認訴權，向為我國通說並為最高法院所採。惟近年漸有下級法院判決，以修正後之民事訴訟法第 247 條第 1、2 項為據，肯認子女得以確認父子關係不存在之訴，代替否認之訴，且儼然成為下級法院之多數說。

⁴ 例如，92 年台上字第 1643 號判決：「按民法第一〇六三條規定之婚生推定，係以夫妻已逾法定期間而未提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決，為適用該規定之前提。．．依修正民事訴訟法第二四七條第一、二項規定。．．第一審既已向高雄長庚紀念醫院函查該院鑑定上訴人與林智偉間親子關係之程序及其方法，則據該醫院函復鑑定方式係採 STRPCR 方法（見第一審卷第二十頁）之鑑定結果如何？是否足以否定上訴人之主張？原審並未說明其取捨意見，即為上訴人敗訴之判決，亦有判決不備理由之違法。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」似乎認為在民事訴訟法修正之後，婚生子女雖然無法提起否認之訴，卻有提起確認之訴的可能。但是，依照最高法院 93 年台上字第 1694 號判決：「妻之受胎係在婚姻關係存續中者，依民法第一〇六三條第一項規定，應推定其所生之子女為婚生子女，受此推定之子女，惟在夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得依同條第二項之規定，於知悉子女出生之日起，一年內以訴否認之，如夫妻均已逾該法定期間而未提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決以前，該子女在法律上不能不認為夫之婚生子女，無論何人，皆不得為反對之主張。」似乎又與前述判決有不同見解。

雜性及爭議性，而子女或生父另闢蹊徑的嘗試，除了突顯出此議題的重要性，也反映了目前制度確有檢討的必要。

究竟婚生推定制度應如何回應目前的挑戰？前述阮先生與女兒所面臨的困境對制度將來的發展有何啟示？本文由釐清檢討婚生推定制度的基礎與背後的各個價值著手，並嘗試為制度可能的發展態樣作初步分析。本文第二部分將說明婚生推定制度建立的基礎。第三部分以該制度所面臨的挑戰出發，將婚生推定制度背後的價值與考量因素：真實血統連結，婚姻家庭安定，生父的權利以及子女最佳利益等四者逐一討論。第四部分，則對婚生推定制度將來可能的具體發展方向與態樣做初步的探討。本文主張，唯有一個朝向子女最佳利益設計的婚生推定制度，始能適切的回應目前制度所面臨的挑戰，並發揮婚生推定制度最大的功能。

貳、婚生推定制度的建立與所面臨的挑戰

一、婚生推定制度的意義

所謂婚生推定制度，乃法律為建立婚生親子關係所設的機制。婚生子女乃由婚姻關係受胎所生的子女⁵，我國民法第一〇六三條第一項規定：「妻之受胎⁶，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」。採用「推定」的方式決定婚生子女的身份有以下目的：首先，由於欲由外觀來證明妻的確自夫受胎，實非容易之事，因此，若

⁵ 民法第 1061 條參照。

⁶ 受胎期間的認定，參照我國民法第 1062 條之規定。

生母受胎時與其配偶間存在得以客觀認定的婚姻關係，則「基於醫學上之統計」以及「信憑婚姻之道德」，將子女推定為夫之婚生子女⁷。其次，藉由此制度，可盡量使子女在出生後即推定為婚生子女，不至於讓子女的身分處於不確定的狀態，甚至成為非婚生子女。因此，婚生推定的意義在於，毋須逐一確認妻是否事實上自夫受胎，只要妻的受胎是在夫妻婚姻關係的存續期間，法律就推定該子女為生母與其配偶的婚生子女，盡量使子女取得婚生子女的地位，母親對婚姻的忠誠也不用時時受到質疑。

上述規定決定了婚生推定的積極條件，或者我們可以稱之為推定機制。不過，既然是法律上的推定，就有推翻的可能。是以，推定機制只能呈現出婚生推定制度一半的面貌。想要瞭解婚生推定制度的全貌，就必須將得以推翻婚生推定的否認機制也一併的考量進來才行。依照目前我國民法的規定，僅有受推定的父親與生母得以發動否認機制，且有期間的限制，亦即必須在知悉子女出生之一年內，如果夫妻之一方能證明妻非自夫受胎，才得提起否認之訴⁸。綜合推定機制與否認機制可知，目前我國的婚生推定制度乃是以客觀上生母有無婚姻關係為斷，且一旦經推定，又因為否認機制的發動受到層層限制，而不易被推翻。

這樣的制度設計，其建制的基礎為何？究竟背後所代表的是何種價值取捨？為何在今天會受到挑戰呢？

⁷ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 270，三民，修訂四版（2004）；戴炎輝、戴東雄，親屬法，頁 365，自版，新修訂（2002）。

⁸ 民法第 1063 條第 2 項參照。

二、婚生推定制度的基礎

婚生推定制度建立的最重要前提，是肯定婚姻以及以之為基礎所組成的家庭，對生養子女的重要性與必要性。倘無婚姻制度，婚生推定制度將失所附麗。在傳統社會中，男女間關係受到嚴格控管，婚姻制度扮演著維持社會秩序與規範的角色。為了鞏固婚姻制度，夫妻關係與其他類型的兩性關係必須有所區別，而婚姻制度內外所生的子女也必須有差別待遇。於是，婚姻關係存續中所發生的性關係才是純潔而正常，也只有在婚姻制度的庇護下，所產生的子女才能夠被視為合法正當（legitimate），才受到祝福。傳統婚姻制度獲得法律的背書之後，其與父權體制的正當性受到更進一步的肯認與深化⁹。由於父權體制之下的婚姻家庭乃是以夫／父為權力的中心，家庭之中的女性以及子女必須都依賴這個權力中心而生存，而在社會上婚姻制度不僅肩負著解決女性經濟上弱勢的問題¹⁰，更負起孕育教養社會下一代的責任，因此，決定法律上子女與父親的關係，與子女婚生性的確定乃是同等

⁹ 關於婚姻制度的發展，如何由宗教性神聖性的制度演變成為世俗的社會制度，請參 JOHN WITTE, JR., FROM SACRAMENT TO CONTRACT--MARRIAGE, RELIGION, AND LAW IN THE WESTERN TRADITION (1997)。又關於婚姻制度為法律規範所肯認之後，與法律規範的互動如何，參 MARY ANN GLENDON, THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW--STATE, LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE 1-34 (1997)。另外，父權體制與婚姻制度以及法律制度的關係，請參 MARTHA ALBERTSON FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY-AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES (1995)。

¹⁰ Ariela R. Dubler, *In The Shadow of Marriage: Single Women And The Legal Construction of The Family And The State*, 112 YALE L.J. 1641 (2003)。

或甚至更為重要¹¹。對於子女而言，是否被認定為婚姻關係存續中所產生，以及其父親身份角色的確定，不僅攸關子女在社會上與法律上的地位，更對於是否可以得到家庭，尤其是父親，在經濟上與心理上的庇護與實際協助有著直接的影響。因此，婚生推定制度，作為一個決定子女婚生性以及法律上父親身份的機制，不僅建立在傳統婚姻制度的基礎之上，其制度設計也支持維繫著父權體制之下的婚姻家庭與社會秩序的順利運作¹²。

三、基礎的鬆動

不過，上述婚生推定制度所仰賴的基礎，卻在社會變遷的過程中逐漸鬆動。首先，婚姻制度不若以往具有絕對的普遍性與影響力。在傳統社會之中，婚姻幾乎是每個人的人生必經之路。不過，結婚率的下降¹³以及離婚率的逐年攀升¹⁴等趨勢，在在都顯示台灣社會中，婚姻

¹¹ 西方基督教世界傳統上堅持一夫一妻制，關於婚姻中及婚姻外所產生之子女有相當大的差別待遇。相較之下，中國傳統上由於重視宗族的延續，因此對於以婚姻外之性關係達成傳宗接代目的的作法也持較為寬容的態度。參陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同註 7，頁 283。

¹² Mary Louise Fellows, *A Feminist Interpretation of the Law and Legitimacy*, 7 TEX. J. WOMEN & L. 195 (1998). 雷文玫，生育自由的身體政治：台灣代理孕母的論述與規範分析，「自由主義與新世紀台灣」學術研討會，紀念殷海光學術基金會主辦，台北（2004）。

¹³ 依照內政部戶政司的統計資料觀之，結婚率於民國 69 年達到最高峰 9.89% 後，逐年下降，民國 76 年下降到最低點 7.46%，之後雖然互有消長，但始終徘徊在 7% 或 8% 上下，故整體而言，結婚率是處於下降的趨勢。內政部戶政司，現住人口出生、死亡、結婚、離婚登記，<http://www.moi.gov.tw/stat/>（2004/10/27，造訪）。

似已不再是理所當然或者不得不然的選擇。不但有愈來愈多人選擇留在婚姻制度之外，且社會對於婚姻制度外其他型態的兩性關係，也愈來愈可以容忍接受。這樣的趨勢當然有其背景。經濟型態的轉變，女性教育經濟能力的大幅提昇，以及社會大眾對於婚姻觀念的改變等等，使得婚姻制度不但在社會上漸漸喪失壟斷的優勢，就連婚姻本身的面貌都已經有所改變。這樣的演變，自然也影響了婚姻以及家庭相關法制的發展。例如，法律對於離婚的限制漸趨寬鬆，婚姻關係的法律規範也漸漸的傾向去父權化與促進兩性平等。另外，也由於社會漸漸揚棄了視子女為家庭財產或延續個人及家庭工具的迷思，因此與未成年子女相關事項的規範，也漸漸趨向以子女最佳利益作為指導原則的方向發展¹⁵。

如此的發展對婚生推定制度產生了重大的衝擊。首先，由於社會對子女的福祉與平等公義日漸重視，法律與社會對於婚生子女及非婚生子女的差別待遇已逐漸縮小或根本消失¹⁶。其次，婚姻制度影響力的

¹⁴ 依照統計資料觀之，民國 59 年離婚率只有 0.37%，65 年為 0.50%，之後逐年上升，90 年為 2.53%，91 年為 2.73%，92 年甚至高達 2.87%，故離婚率是處於上升的趨勢。參註 13。

¹⁵ 關於我國家庭法制的發展，請參閱施慧玲，論我國家庭法之發展與研究 - 一個家庭法律社會學的觀點，收錄於家庭，法律，福利國家 - 現代親屬法論文集，頁 35，元照，初版（2001）；李立如，法不入家門？家事法演變的法律社會學分析，中原財經法學，第十期，頁 41（2003）。

¹⁶ 依照我國現行民法，婚生子女與非婚生子女的權利義務已無差異。在美國，以婚生或非婚生來對子女作差別待遇的作法也早已被美國最高法院宣告為違憲。Note, *Does The Presumption of Legitimacy Actually Protect The Interests of The Child?* 24 STETSON L. REV. 809 (1995).

削弱以及兩性間關係漸趨多樣化，也使婚生推定制度面臨無法滿足現實需要的窘境。現代社會中，即使是婚姻存續中的夫妻關係，也呈現各種不同的態樣，無法一概而論。例如前述報導中謝女士及其夫王先生之間的關係，與傳統上所認為的夫妻關係已然大不相同。如果還是以現行的婚生推定機制來決定謝女士所生女兒的法律上父親，可能會發生突兀的結果。一方面不僅法律上與血統上的親子關係無法一致；就另一方面而言，也無法反映出子女實際生活與受教養的情形。第三，由於科技的高度發展，使得親子關係的鑑定變得更加容易與明確。這樣一來，婚生推定制度中 推定/否認 機制的設計變得似乎有些形式化與多此一舉，甚至可能成為人們追求福祉的絆腳石。在這樣的發展趨勢之下，對於子女、被推定的父親、母親以及生父而言，一個怎樣的制度才能容納他們的需要呢？婚生推定制度究竟應該如何設計，其未來的方向應該如何呢？

參、婚生推定制度的分析架構

在回答上述的問題之前，本文以為有必要將婚生推定制度背後有關的價值與利益加以釐清，以對婚生推定制度的過去、現在與未來發展作一個全面的思考。因此，以下就反映真實血統連結、維繫婚姻家庭安定、生父的權利以及子女最佳利益等四個可能影響婚生推定制度發展的考量面向，分別加以討論。

一、反映真實血統連結

親子之間的血統關係，原來就是建立法律上親子關係的重要基礎。有學者認為親屬法一直以來的發展方向之一即是貫徹血統主義¹⁷。由於目前親子關係鑑定的科技相當發達，確定親子血統並不困難，所需的成本也相對的降低，因此，有論者認為，婚生推定制度應該更進一步，朝向反映真實親子關係的方向發展¹⁸。對此看法，目前實務也不乏應和的呼聲。例如，在臺灣高等法院暨所屬法院九十二年法律座談會中，即針對受婚生推定之子女得否提起確認親子關係不存在之訴的問題作探討¹⁹。經過討論，與會的實務界人士以持肯定說者佔多數。也就是說，雖然目前的婚生推定制度只容許受推定的父親及生母提起否認之訴，但是也有相當多的實務界人士認為可以允許子女藉由提起確認親子關係不存在之訴的方式，來達到推翻婚生推定的目的。該法律座談會所提出的肯定理由中，其一是認為親子關係確認訴訟有受確認的法律利益，況且民事訴訟法新修訂條文已經放寬確認之訴的要件²⁰。

¹⁷ 黃宗樂，論法律上之自然的親子關係與血統上之親子關係，收錄於親子法之研究，頁 1。不過，作者也認為血統主義的絕對貫徹並不可能，而血統主義的緩和在某些時候反而能實現具體的妥當性。

¹⁸ 黃虹霞，子女與婚生子女、非婚生子女暨直系血親概念之迷失—兼談民法親屬編之修正及否認子女之訴，萬國法律，第一二〇期，頁 71（2001）。

¹⁹ 臺灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會民事類提案第 13 號，法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw/index.php>（2004/10/29，造訪）。

²⁰ 此處所謂新修訂條文乃是指民事訴訟法第 247 條第 1、2 項。惟有論者表示，民事訴訟法第 247 條的修正旨在糾正過去實務嚴守法條文義，認為不可提起確認事實存否訴訟之誤解，第 2 項規定所謂：「以原告不能提起他訴訟者為限」乃在

另外，該座談會意見認為，當今的親子 DNA 血緣鑑定技術發達，鑑定快速準確，而且「 未成年子女利益應優先考量已成為立法趨勢， 」。又子女與生父之親權權利義務（含認祖歸宗權），為屬憲法所保障之基本人權，是於法無明文限制子女及生父提起確認之訴之前提下，應為有利於子女利益之認定。」²¹。

有問題的是，目前的婚生推定制度，是否單純是礙於過去技術上之限制造成舉證困難，所做不得不然的妥協？現存的婚生推定制度不僅有推定的設計，更有對否認之訴的提起者以及法定期間等等的限制，可見即使親子血統聯繫是一個重要的價值，但並非婚生推定制度的唯一考量。因此，即使科技的發展使得親子血統關係得以精準的確認，舉證的成本也大幅下降²²，親子血統關係的正確性是否為婚生推定制度發展唯一抑或最重要的價值，也不無疑問。

二、婚姻家庭安定

婚生推定制度背後另一個重要考量因素是維繫婚姻家庭的安定。這個因素在討論是否應該允許婚姻關係之外的生父提起否認之訴時，最常被提及。例如，前述高等法院法律座談會中，討論子女是否能夠

強調確認法律基礎事實存否之訴，仍須具備合法要件，並無使原先不合法、不得提起的訴訟，變成合法、得提起的訴訟之用意。參李木貴，同註 3；魏大曉，親子關係存否之實體規範及其確認之訴，台灣本土法學雜誌，第六十二期，頁 13-16（2004）。

²¹ 臺灣高等法院暨所屬法院九十二年法律座談會民事類提案第十三號，同註 19。

²² 關於親子關係訴訟的舉證問題，請參閱 許士宦等，父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制——以請求認領子女之訴及否認婚生子女之訴為中心，民訴法研究會第六十九次研討記錄，法學叢刊，第一七四期，頁 176（1998）。

提起確認親子關係不存在之訴時，多數採肯定見解；但是同一群實務界人士對於生父得否提起確認親子關係存在之訴的問題，卻有多數採取否定的立場。採否定見解的一方除了引用現行法文義上的解釋以及判例²³，其更提到：「不允許第三人提婚生否認訴訟，其立法意旨在於避免第三人濫訴，而破壞婚姻之安定性及影響子女受保護教養之利益。」²⁴。由此可見婚姻家庭之安定性考量的重要性。

婚姻家庭安定的維護，不僅是我國實務上所肯定的價值，美國最高法院在討論婚姻關係外之生父，是否有憲法上權利要求與子女建立親子關係的問題時，更是再三的強調。例如，在 Michael H. v. Gerald D.²⁵ 案中，Gerald 與 Carole 兩人為夫妻並定居美國加州。但 Carole 與 Gerald 維持婚姻關係的同時，又與另一男子 Michael 交往，並於一九八〇年間產下一女 Victoria。由於 Carole 與 Gerald 為夫妻關係，Victoria 的出生證明上所記載的父親即為 Gerald。不過，Carole 卻告知 Michael 其為孩子的父親。之後，Gerald 因為工作之故搬到紐約，而 Carole 帶著 Victoria 留在加州，母女兩人有時與 Michael 同住，但也會去紐約探望 Gerald，甚至有一段時間 Carole 還與其他男性交往同居。於 Carole，Victoria 與 Michael 同住時，Michael 不管是對內或對外，都將 Victoria 以女兒撫養，並以 Victoria 的父親自居。事實上經過血液鑑定，也證實兩人的確是親生父女。隨後，當 Michael 想要探視 Victoria 卻未果時，於一九八二年在加州法院起訴，主張其為 Victoria 的父親並有探視權。

²³ 23 年上字第 3473 號判例以及 75 年台上字第 2071 號判例參照。

²⁴ 臺灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會民事類提案第 13 號，同註 19。

²⁵ 491 U. S. 110 (1989).

儘管如此，Carole 與 Gerald 一直維持著婚姻關係，而最後兩人在一九八四年間重修舊好，也決定共同生活並撫養 Victoria。因此，針對 Michael 所提起的訴訟，由 Gerald 向法院主張其與 Victoria 在法律上的親子關係早已受到婚生推定。依據當時加州法律的規定，除非母親的配偶不能生育，或是在母親受胎期間，夫並沒有與其同居，否則所生的子女就會被推定為夫的子女。這樣的推定只有在兩年之內，由受推定的父親提出否認，或是在生父同意的條件之下，由母親提出，並經血液檢測確定之後，才能被推翻。也就是說，依據當時加州法律生父並不能發動否認機制。因此，Michael 的要求遭到法院駁回²⁶。

Michael 隨後上訴到美國聯邦最高法院，主張其憲法權利，也就是憲法增補條款第十四條實質正當法律程序（substantive due process）所保障的自由（liberty），受到侵奪²⁷。由 Scalia 大法官所主筆的法院意見認為，Michael 所主張的所謂生父的憲法上權利並不存在。Scalia 大法官認為，必須是美國社會傳統上所肯認的權利才能被解釋為憲法增補條款第十四條中所保障的權利。既然婚姻關係以外生父的『權利』，在美國傳統上從未受到肯認，也因此無法解釋為憲法增補條款第十四條中所保障的權利之一。相較於婚姻外生父個人的權利，Scalia 大法官認為，對婚姻家庭的保障，早已深植於美國社會傳統之中，因此婚姻家庭的安定應該受到憲法層次的保障。在本案中，Michael 與 Victoria 兩人並未形成美國傳統上所肯認保護的家庭；反而是有婚姻基礎的

²⁶ Id.

²⁷ Michael H.主張憲法增補條款第 14 條的實質正當法律程序（substantive due process）所保障的自由（liberty）權利受到侵奪。Id.

Gerald 與 Carole 兩人及其子女（包括 Victoria）所組成的家庭，才正是美國傳統以及憲法所肯認值得保護的對象。

Scalia 大法官又指出，即使退一步言，認為 Michael 有權提出建立親子關係的訴訟，法院也無法准許其與 Victoria 建立親子關係。因為，建立法律上親子關係的意義，並非只是單純的做一法律上的宣告。一旦建立法律上的親子關係，Michael 就得以法律上父親的身份提出行使親權或探視權等等後續主張。如此一來，Gerald，Carole 與 Victoria 所組成家庭的完整性可能會受到極大的威脅，而憲法對家庭的保障也將受到挑戰。

Scalia 大法官所主筆的法院意見，受到持不同意見的 Brennan 大法官強烈的質疑。Brennan 大法官首先大力抨擊 Scalia 以所謂的「傳統」界定憲法增補條款第十四條保障權利範圍的解釋方法乃是一大謬誤；其次，不同意見認為本案法院意見已經背離了最高法院審查憲法增補條款第十四條有關案件的一貫態度：亦即必須先確定憲法上基本權利的存在，再將該基本權利保護與政府利益（state interest）兩者加以衡量審酌。但是，本案的判決卻是錯誤的將政府利益的有無以及重要性，直接作為決定生父是否有憲法上基本權利的依據。另外，不同意見也指責，法院意見無視過去最高法院所做一連串關於未婚父親（unwed father）與子女間權利義務關係的判決先例²⁸。

總之，Michael H. 案的法院意見認為，由於婚姻家庭的完整受到憲法的保障，因此，如果子女受到婚生推定，而受推定之父又願意擔任子女的法律上父親，來行使權利負擔義務的話，則不應賦予生父與

²⁸ Id., Justice Brennan, dissenting opinion.

子女建立關係的憲法上權利；甚至即使生父有此權利，在如本案之情形下也必須退讓。由這樣的論證我們發現兩個前提要件，首先是這個受到保障的家庭必須是以婚姻為基礎，並有完整性；另一個前提是這個家庭（尤其是受推定之父）必須要肯認並願意撫育照顧該子女。

不過，這樣的前提要件並不明確，在判定上也有困難。首先，家庭的完整性究竟有何意涵？是否只要有形式上的婚姻關係就值得保護？例如本文一開始所提的阮先生的例子中，謝女士（生母）與其夫王先生雖然仍具有婚姻關係，但兩人早已分居，而謝女士又與阮先生同居並生下女兒。如此情形下，謝女士與王先生的婚姻關係是否仍值得保護呢？如果只因為婚姻關係的存在就認為其所組成的家庭值得特別保護，而使得真實血緣聯繫或生父的權利等價值必須被犧牲的話，則不免落入形式主義的窠臼。但是，如果我們認為一個事實上已經破裂的婚姻家庭不應給予保護的話，則接下來的問題可能會是，如何判定一個形式上仍然存在的婚姻是否事實上已經破裂？這個問題可能只有婚姻家庭之中的當事人才可能有資格回答。至於外界的人士，不管是婚姻外的生父也好，甚至法院也好，可能都很難作出正確妥適的判斷。以 Michael H. v. Gerald D. 案而言，事實上有相當一段時間 Gerald 與 Carole 是處於分分和平的狀態，除了 Gerald 之外，Carole 也曾與 Michael 以及其他人交往同居，甚至 Carole, Victoria 以及 Michael 也曾同住，像一家人一樣相處。如果此種複雜情形一直持續的話，我們是否可以判斷 Gerald, Carole 與 Victoria 所組成的家庭仍然是完整的，值得保障的呢？

三、生父的權利

那麼，關於生父的權益是否也值得考量？婚生推定制度對於婚姻關係外的生父似乎一向較不友善。我國現行法上並不允許生父發動否認的機制，在前述我國或美國實務的討論中，生父的權利也往往因為顧及婚姻基礎之家庭的安定性而被犧牲。究竟生父是否可主張其有權尋求與子女建立法律上親子關係？

關於此問題，美國最高法院在另一個案件中的討論，可以給我們一些啟示：在 *Lehr v. Robertson* 案²⁹中，未婚的 Lorraine 與 Jonathan 兩人生下一名女嬰 Jessica，八個月之後，Lorraine 與 另一男子 Richard 結婚。大約兩年之後，Richard 提出收養 Jessica 的聲請並獲得法院認可。不過，當生父 Jonathan 獲知此事之後，起訴主張該收養認可程序無效。Jonathan 主張其身為生父，卻完全未獲告知以參與法院認可收養的程序，因此其憲法增補條款第十四條中的正當法律程序保障之權利已受到侵害³⁰。

關於原告的主張，Stevens 大法官所主筆的法院意見中指出，親子真實血緣聯繫並不自動使得生父具有憲法上的權利保障。血統關係只提供生父一個機會與子女建立關係。如果生父把握住這個機會，積極的對子女的成長過程有參與及貢獻的話，則其與子女建立親子關係的權利將受到法律的肯認保護。不過，如果他沒有能夠抓住這個機會的話，憲法也並不要求政府在決定子女利益之有關事項時（例如收

²⁹ 463 U.S. 248 (1983).

³⁰ 其他主張的理由尚包括該法律已經違反對生父的平等權 (equal protection) 保障等。Id.

養)，有義務要請生父來參與³¹。於是，依照最高法院的意見，生父的地位不當然成為憲法保障的對象，只有在生父對子女的成長過程有實質上的參與協助時，憲法才對之加以保障。在 *Lehr* 案中，生父 Jonathan 既沒有對 Jessica 付出任何扶養的費用，也沒有與 Jessica 建立實質的關係。更重要的是，事實上紐約州提供所有未婚父親一個機會，只要完成簡便的登記手續，則在子女被提出收養的聲請時，政府就會主動通知生父參與收養的決定程序。但是本案中的生父 Jonathan 並沒有前往登記。因此，法院認為，是 Jonathan 放棄機會參與 Jessica 的收養程序，而對於此種生父，憲法無法對其提供保障³²。由這個意見顯示出，法院嘗試著在生父的權益、血統主義、子女利益等價值之間，找一個可能的平衡點，而這樣的論點，也的確可以對婚生推定制度的發展，有所啟示。

不過，如果我們把前面討論過的另一個案子 *Michael H.* 與 *Lehr* 的多數意見對照，可以發現，最高法院在 *Lehr* 案所持的立場，在數年之後出現的 *Michael H.* 判決中並沒有被保持下來。這也是為何不同意見認為 *Michael H.* 案的法院意見無視於判決先例所宣示的原則。在 *Michael H.* 案中，生父 Michael 對 Victoria 並非不聞不問。其與 Victoria

³¹ “The significance of the biological connection is that it offers the natural father an opportunity that no other male possess to develop a relationship with his offspring. If he grasps that opportunity and accepts some measure of responsibility for the child’s future, he may enjoy the blessings of the parent-child relationship and make uniquely valuable contributions to the child’s development. If he fails to do so, the Federal Constitution will not automatically compel a state to listen to his opinion of where the child’s best interests lie.” *Id.*

³² *Id.*

相處時，不論對內對外一直把她當作女兒一般照顧，甚至 Michael 之所以提起訴訟，也是因為其想要探視 Victoria 卻被拒絕所致。因此，似乎不能斷言 Michael 自願放棄參與 Victoria 成長的機會。但是，最高法院最後還是認為 Michael 的權利不受到憲法保障，其關鍵應該還是因為 Victoria 一出生即已受到婚生推定，但是 Jessica 並沒有。可見婚生推定制度以及既存婚姻家庭在決定生父權利之有無時，扮演非常重要的角色。

由美國最高法院的判決來看，生父在憲法上似乎是處在一個尷尬的境地。一方面，生父與子女所具有的血緣聯繫使其立於一個特殊的地位。不過，這個特殊的地位並不足以使其成為憲法保障的對象。生父必須努力在生理的聯繫之外，建立其與子女社會的、心理的、甚至經濟上的聯繫之後，才有可能獲得憲法的保障。即使如此，當生父的權利與婚姻家庭的安定兩者相衝突時，法院還是可能選擇犧牲生父的權益³³。

四、子女最佳利益

真實血統聯繫，婚姻家庭的安定和諧以及生父的權利都是婚生推定制度背後的重要考量，不過，如前所述，此三個考量面向可能互相牽制或產生衝突。那麼，此時究竟應該如何取捨呢？本文主張，此時應以子女最佳利益為依歸。本文之所以強調子女最佳利益的重要性，

³³ 雖然生父在主張憲法上權利一途不盡順利，但是實際上婚生推定法制的發展卻已經開始對生父的權利有所關照，例如加州即准許生父發動否認機制以推翻婚生推定。參 Batya F. Smernoff, *California's Conclusive Presumption of Paternity And The Expansion Of Unwed Father's Rights*, 26 GOLDEN GATE U. L. REV. 337 (1996).

乃是因為婚生推定制度所牽涉的是親子關係的確立，對子女權益有重大深遠的影響。如前所述，現代親屬法關於未成年子女規範的基本原則，已由為家，為親，發展到為子女利益³⁴。不僅是親屬法，根據兒童及少年福利法的規定，只要任何涉及兒童或少年的事項，都必須要以兒童或少年的最佳利益為依歸³⁵。另外，誠如 Scalia 大法官在 Michael H. 案的法院意見所指出，法律上親子關係的建立，並不只是一單純的法律宣告，其必定與將來子女的權益有直接的關係。例如，到底由何人來行使負擔對子女的權利義務，子女將與哪些人建立親屬關係，更不用說接下來還有繼承的問題，以及其他權利或利益的取得或喪失。目前我國民法與兒童及少年福利法關於子女與父母之間的權利義務關係，皆以子女最佳利益為考量標準，如果在婚生推定的階段，也就是一開始決定父母子女關係及孰為子女生存負責的主要承擔者時，卻忽略了子女最佳利益的維護，不啻允許一個漏洞存在，而嚴重折損子女利益相關法制的意義。因此，婚生推定制度，當然更應該要以子女最佳利益為依歸，才能夠與家庭及兒童有關法制的發展方向相契合，維護子女權益³⁶。

另外，由於婚生推定制度所牽涉的層面以及考量的因素相當錯綜複雜，具體情形也因個案有所不同，因此，以子女最佳利益的原則來加以統合考量，也有其必要。如前所述，真實血緣聯繫對於婚生推定制度而言的確是相當重要。一直以來，人們相信親生父母當然最適合撫育教養子女，也因此原則上將扶養子女的權利義務交由親生父母來

³⁴ 林秀雄，我國親權法之現狀與課題，月旦法學雜誌，第一〇〇期，頁42(2003)。

³⁵ 兒童及少年福利法第5條參照。

³⁶ Emily Buss, "Parental" Rights, 88 VA. L. REV. 635 (2002).

行使。不過，近年來，這個看似再自然不過的想法，受到相當大的挑戰。由於兒童虐待及疏忽等等問題漸為人知，社會大眾很驚訝的發現，親生父母也可能虐待自己的親生骨肉，有時親生父母不但沒有能夠追求維護子女的最佳利益，甚至成為危害子女的罪魁禍首³⁷。當這些問題漸漸引起社會重視之後，法律制度也有所回應。在兒童及少年福利法以及家庭暴力防治法中，立法者明訂在必要的時候，得由政府介入保護未成年子女，甚至將子女與父母分開安置或向法院聲請宣告停止親權³⁸。同樣的，父母離婚後，如果雙方都不適合行使負擔對子女的權利義務的話，法律也允許法院指定由第三人來負責³⁹。當然，絕大部分的父母都還是盡心盡力的擔任保護教養子女的責任，而社會原則上也繼續仰賴親生父母來教養社會的下一代，不過，「由親生父母教養照顧等同於維護子女最佳利益」這樣的觀念，在有些情形下的確無法適用。

另外，幾位美國心理學家曾提出所謂「心理上父母」概念，強調子女的健全成長過程中最重要的乃是所謂心理上的父母，亦即與子女間有情感的連結互動，為子女在心理上所依靠的成年人⁴⁰。也就是說，對於確保子女健全成長，維護其最佳利益而言，子女與父母之間生理上、血緣上的連結，可能沒有心理上、情感上的緊密互動關係來得重要。因之，對於建立法律上親子關係而言，雖然血緣的連結還是一個重要的原則，卻可能不適當作為唯一或絕對的決定因素。舉例而言，如果有一男性，其雖然與子女沒有血緣關係，卻一直與子女如父子般

³⁷ 余漢儀，兒童虐待：現象檢視與問題反思，巨流圖書公司，一版（1995）。

³⁸ 兒童及少年福利法第 38 條，第 46 條參照。

³⁹ 民法第 1055 條之 2 參照。

⁴⁰ JOSEPH GOLDSTEIN ET. AL, BEYOND THE BEST INTEREST OF THE CHILD (1979).

互動，也被子女視為重要的依靠；而另一男子雖然為子女的親生父親，事實上卻從來沒有與子女有任何的互動，也從未參與子女的生活，在子女心理上與情感連結上未曾扮演任何角色。相較之下，前者可能足以被認為是子女心理上的父親，而後者雖然與子女有血統聯繫，但在心理上兩人卻形同陌生人。此時若拘泥於血統主義，強使有血統關係的兩人建立法律上親子關係，可能無法保障子女最佳利益。

也有認為貫徹血統主義的作法可以讓子女得以「認祖歸宗」。假若「認祖歸宗」是為了家庭家族的延續，雖然符合生父及其家族的期望與利益，但卻不一定合乎未成年子女的利益。不過，如果此為子女本身的意願，亦即子女想要追尋生命的來源以及一個明確的自我定位，則當然應予以尊重。國際上也肯認此為兒童的基本權利之一⁴¹。因此，究竟真實血緣聯繫的因素在婚生推定制度的設計上以及運作上適合扮演何種角色，終究應以子女最佳利益的角度來加以評估。

其次，婚姻家庭的安定和諧也是婚生推定制度的重要考量。但是當家庭的安定和諧與真實血緣的聯繫或生父的權益保障相衝突時，即仍應以子女最佳利益加以評估衡量。一個健全和諧的家庭可以給子女穩定良好的生長環境，自然與維護子女最佳利益有直接的關係。不過，為了維持婚姻家庭的安定，而完全不允許婚姻家庭外的第三人發動否認機制來推翻婚生推定，是否一定合乎子女的最佳利益，卻也不能一概而論。尤其在婚姻狀態不穩定，兩性關係多樣化的現今社會而言，有許多不同態樣的婚姻家庭須被納入考慮。如同前述，婚姻家庭的和諧與否，往往不容易由外觀清楚的看出來。更何況，兒童虐待與疏忽

⁴¹ 聯合國兒童權利公約第 7 條。

的案件，也可能發生在所謂「完整」或「安定」的家庭之中。再以本文一開始所提到阮先生的情形為例，形式上阮先生的女兒應該是其母謝女士與配偶王先生家中的一分子。但是，即使謝女士最後沒有與王先生離婚，或甚至兩人又重修舊好，這個一直由阮先生所扶養的七歲女孩的最佳利益，也可能與維持他母親的婚姻安定沒有太大的關係。另外，在生父的權利方面，即使其是否受到憲法保障尚有爭議，生父想要與親生子女建立法律上親子關係的立場不難理解，在有些情形之下也甚至值得肯認。不過，當生父的權利主張與家庭安定的考量相衝突時，同樣的，在取捨上亦應以子女最佳利益為標準。

究竟何為子女最佳利益？子女最佳利益最重要的特色乃是以子女的立場為出發點，而非以父親，母親，或其他人的立場來決定與未成年子女有關的事項。基本上我們信賴每個個人都有權利，也有能力決定並追求自身的最大利益。不過，對未成年子女而言，一來思慮未臻成熟，二來未成年子女多半必須依附其他成年人而無法獨立生存，我們很難期待由未成年人自己負責追求並決定其最佳利益。也因此，法院在做與其有關事項的決定時，必須要特別為未成年子女的利益加以考量，以免其利益遭到犧牲。這也是一個以永續發展為目標的社會，所必須要努力照顧的面向。

不過，這個原則最大的問題在於其過於抽象，內涵並不明確，而容易發生無所適從的問題⁴²。子女最佳利益原則發展的中心領域，在於父母離婚後子女親權行使問題。雖然本文所談的婚生推定制度與父母

⁴² 關於子女最佳利益原則的發展，以及適用上有關問題的探討，參雷文玟，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，臺大法學論叢，第二十八卷，第三期，頁 245（1999）。

離婚後親權行使問題並不相同，不過，婚生推定制度乃是建立親子關係法制的重要環節，與親權的行使有非常直接的關連。我國民法規定，原則上行使未成年子女的權利與負擔義務者為父母，因此，法律上親子關係的建立應為親權行使的前提。更由於一旦建立起法律上的親子關係，其他權利義務的行使負擔等問題就會自然的接踵而至，因此，兩者的關係是密不可分的。由是，立法者對於父母離婚後，關於未成年子女權利義務的行使與負擔事項所做的提示，在這裡也具有重要的意義。民法第一〇五五條之一中規定，法院在父母親離婚後，決定由誰來行使或負擔未成年子女權利義務時，必須以子女之最佳利益為依歸。法院必須「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。」。由條文上特別列出的提示可知，立法者並不把子女最佳利益原則等同於任何一個單一的考量，也不特別強調某一個因素或要件。立法者乃是要求法院就子女、父母各自的狀況以及彼此的互動作綜合評量，以做出符合子女最佳利益的決定。因此，我們可以說，子女最佳利益原則雖然仍有晦暗不明之處，但是其作為以子女立場出發，並且以個案綜合判定的原則是很清楚的。而婚生推定制度以子女最佳利益原則為依歸的意義，也在於以之作為衡量前述幾個考量面向的最重要依據。

肆、婚生推定制度的可能發展方向

以子女最佳利益為婚生推定制度設計的最重要考量，固然與親屬法的原則相符，不過，親子關係的建立，與其他親屬法規範的事項：例如離婚之後對子女權利義務的行使與負擔，改定親權人，指定監護人，或者是收養的問題等，有所不同。前述規範事項同樣以子女最佳利益作為最重要原則，但是絕大部分都以個案的形式出現，由法院做綜合判斷。而婚生推定制度卻必須建立一個普遍的原則，以決定親子關係的認定。因此，在制度設計上，應盡可能的容納社會形形色色的人際與兩性關係，而得以維護子女利益，並且儘量使得法院在需要的時候得以接手以便對個案作具體綜合的判斷。面對這樣一個複雜的制度設計的問題，本文不敢侈言能夠提出具體的解決之道，僅僅嘗試著針對推定機制以及否認機制的可能發展方向提出幾個初步的想法。

一、推定機制

推定機制存在的最大功能有二，一為節省逐一審視決定親子關係的成本，二為盡量使得每一個子女在一出生的時候，就能夠有法律上的父母親對之負責。目前的婚生推定機制是以生母以及其配偶的婚姻關係為中心，如果母親受胎期間是在婚姻關係的存續中，則該子女即被推定為生母以及其配偶法律上的婚生子女。

此種推定機制似乎不能容納目前社會漸趨多樣的兩性關係。由前述阮先生的例子可知，現行婚生推定適用的結果有時不但無法反映子女的真实血緣關係以及與子女受撫育的現實生活情形，對維護婚姻家庭的完整性而言也已無意義。此時，為了維護子女最佳利益，推定機

制的適用可能應該縮小，也就是說，如果在母受胎期間雖然與配偶有婚姻關係，但是卻沒有同居，或者是夫無法生育的話，則母所生的子女一開始就不受婚生推定⁴³。這樣的作法可以解決阮先生所面臨的難題。既然子女不受婚生推定，其即成為非婚生子女。此時，對其有撫育之實的生父（阮先生）就可以經由認領而與女兒建立法律上親子關係⁴⁴。

不過，這種縮小推定機制適用範圍的方式，並不能解決 Michael H. 案的問題。也就是說，如果母親在受胎期間不僅與配偶有婚姻關係，也有同居的事實，又其配偶並非不能生育，此時，生父或子女若想要建立彼此間的親子關係，在我國制度之下，可能還是必須仰賴否認機制的發動才行。

二、否認機制

否認機制的存在，對推定機制而言，具有重要的調節功能。假若根本沒有否認機制存在，推定機制將變身成為法律的擬制機制。這樣一來，只要是妻之受胎是在婚姻存續之中，則妻之配偶就會被視為所生子女法律上的父親，其享有親權也負擔子女的教養義務，但沒有任何管道可以改變現狀。這樣一來，幾乎所有出生於婚姻家庭之中的子女就一定有法律上的父親能夠照料其需求。不過，事實上，這個看似

⁴³ 鄧學仁，不受婚生推定之婚生子女，收錄於親屬法之變革與展望，頁 227（1997）；高一書，婚生推定之問題點與解決對案初探——以日本學說之探討為中心，中央警察大學法學論集，第五期，頁 371（2000）；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同註 7，頁 279-280。

⁴⁴ 民法第 1065 條參照。

簡單明瞭的作法卻不見得合乎子女最佳利益。如果生母的配偶事實上並非孩子的親生父親，卻因為婚生推定之故而必須對子女提供撫育教養，可能有些人並不願意承擔這樣的責任。一旦如此，若法律也沒有提供任何解套的管道，則受推定的父親可能會消極的逃避或拒絕對子女提供任何形式的照護。而另一方面，生父即使願意負起教養子女的責任，卻也因為法律的限制而無法成為子女法律上的父親。此時，不僅是受推定之父與生父的意願與利益被僵化的制度所限制，就連最重要的子女利益也有被犧牲的危險。

因此，我們需要一個否認機制來避免推定機制的僵化。否認機制的構成主要有三個要件：一為否認機制的發動者；二為發動的具體要件；三為發動期間的限制。就否認機制的演進而言，此三者皆有由嚴格朝向寬鬆方向發展的趨勢。

傳統的英美法對否認機制採取嚴格的設計。婚生推定只能由丈夫證明，須於受胎期間丈夫與妻子並未同居或丈夫無法生育，才能被推翻⁴⁵。此時由於推定之父與生父明顯並非同一人，為避免受推定丈夫遭受不利益，因此予其發動否認機制的機會。不過，雖然只有丈夫一人擁有否認機制的發動權，發動的具體條件卻也相當嚴格。倘丈夫在妻子受胎期間並未與妻子分隔兩地，或丈夫並非無法生育，則即使其確知自己並非子女的生父，否認機制也無法發動。由這樣的制度設計可以看出立法者一方面考慮子女的利益，另一方面也受到父權體制的影響。

⁴⁵ Michael H. v. Gerald D., 491 U. S. 110 (1989). 同註 25。

我國民法七十四年修正前的否認機制規定，與前述英美法傳統的作法相當類似。舊民法第一〇六三條第二項規定，如夫能證明於受胎期間內未與妻同居者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內為之。此規定在民國七十四年民法親屬編修正時，遭到批評，認為限制過於嚴格，無法顧及男女平等的原則，也沒有辦法顧及子女的利益，因此行政院提案賦予母親提起否認之訴之權⁴⁶。這樣的修正提議，在當時的立法院引起辯論，有委員認為若通過此等提案無異將使道德淪喪⁴⁷。最後，多數委員同意此乃針對子女利益而不得不斷的調整，遂通過了修正提案。修正後的條文中規定，母親與父親均得以發動否認機制，將婚生推定加以推翻⁴⁸。這樣的作法顯然比原來的機制朝真實血緣的聯繫更邁進一步，也讓生母與子女有機會不受僵化機制的綑綁。

不過，目前的否認機制是否足以維護子女最佳利益？阮先生的例子已經顯示，受推定之父與母親在法定期間內沒有發動否認機制，且未提供子女所需的照顧，然事實上撫育子女的生父卻礙於法律的限制無法與子女建立法律上的親子關係。此種情形之下，否認機制的限制不啻犧牲了子女的最佳利益。倘若阮先生的女兒或阮先生本人可以提起否認之訴，不但可以補救這樣的遺憾，也維護了子女最佳利益。目前我國學界與實務界，似乎對賦予子女否認機制發動權的作法可以接

⁴⁶ 民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案（上冊），立法院公報，法律案專輯，第七十九輯，立法院秘書處編印，頁 372（1985）。

⁴⁷ 例如方冀達委員在討論的過程中即認為，支持一位犯了通姦罪的女子提起否認子女之訴，是一種完全不顧社會風氣的行為。同註 46，頁 392。

⁴⁸ 民法第 1063 條第 2 項參照。

受，而目前修法的方向也將子女列入否認機制的發動權人之列⁴⁹。允許子女提起否認之訴，一方面尊重子女的意願，使其權益不至於因為母親以及母親配偶的決定而遭受犧牲；另一方面，也可以增加否認機制適用的彈性。

但是，最引起爭議的是，能否也賦予生父發動否認機制的權利。反對者的最大疑慮在於，如此一來可能發生濫訴的問題，而威脅婚姻家庭和諧。不過，如同前面分析，保護家庭的和諧不一定就合乎子女的最佳利益。如果家庭事實上已經破裂，則似乎沒有維護的必要。但是如果原來家庭非常和諧美滿，受推定之父也一直負起教養責任，並與子女相處融洽，則此時如果容許生父貿然發動否認機制，的確會使得原來和諧的家庭一夕破裂，子女利益也可能被犧牲。然而，事實上，即使生父無法循法律途徑，卻透過其他管道執意要與子女聯繫，或向子女所處的家庭表達其欲與子女建立親子關係的意願，也可能已經足以威脅原來婚姻家庭的和諧。因此，限制生父發動否認機制，實際上並不一定能保證婚姻家庭的安定。當然，無可否認的，採取法律的途徑與事實上的管道畢竟還是有所不同。相較而言，法律的手段具有強制效果，對家庭與子女必定產生巨大衝擊，因此必須謹慎處理。

換個角度而言，完全不給予生父發動否認機制的機會，也有可能會對子女造成不利益。舉例來說，當子女的受推定之父與母親都無法或不適當行使負擔對子女的權利義務時，即使現行制度上法院可以依

⁴⁹ 依照法務部所提民法親屬編部分條文修正草案，目前修正的方向是使子女也可以發動否認機制，並且將期間限制在「至遲應於成年後兩年內為之」。參法務部編印，民法親屬編研究修正實錄—結婚形式要件，重婚效力，男女平權及為子女利益等部分，頁 563（2004）。

聲請命父母以外的第三人行使對子女的權利義務，以照顧子女的福祉與需要，但如果此時生父有意願也有能力來撫育照顧子女，則基於維護子女利益的立場，似乎不應該絕對排除生父尋求與子女建立法律上親子關係，以負責或分擔對子女照顧責任的機會。

在生父是否可以發動否認機制的問題上，我們似乎不用拘泥在全有或全無的兩個選項之間。如果善加利用否認機制之中的另外兩個要件：具體要件與期間限制，可能就不至於陷入兩難的困境。首先，期間的限制常被立法者用來作為平衡兼顧不同需要的工具。在現行婚生推定制度的否認機制中，立法者認為應該讓受推定的父親與母親可以提出否認之訴，以避免推定機制過於僵化，但是，又恐怕親子關係長期處於不穩定的狀態將對子女利益有所損害，因此以「知悉子女出生之日起一年內為之」的期間加以調整限制。對於此期間的規定，有學者認為限制過於嚴格，而建議把期間延長⁵⁰。而目前親屬法的修法方向，也傾向延長放寬此期間的限制⁵¹。同樣的，如果一方面給予生父否認機制的發動權，但同時卻也給予相當期間限制，則也可以達到平衡的效果⁵²。

⁵⁰ 有學者認為應期間的起算點由「知悉子女出生」，修正為「知悉子女非由夫受孕」，如此也可以把同樣可以達到放寬期間限制的目的。戴東雄，否認子女之訴，萬國法律，第一二〇期，頁78（2001）。

⁵¹ 依照法務部所提民法親屬編部分條文修正草案，夫妻一方提起否認之訴的期間限制，放寬到「知悉該子女非為婚生子女時起兩年內為之」。參註49。

⁵² 在美國加州的立法上，任何人都有提出血液檢定證據，來發動否認機制的權限，不過，必須在子女出生之後的兩年內提出，此也是利用期間的限制來平衡放寬發動者現制的例子。Mike McGowan, *The Presumption of Legitimacy In California And New York*, 11 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 481 (1999).

其次，由於否認機制一旦發動，往往不待判決結果如何，即可能影響到家庭生活的安定與平靜，也因此影響子女的利益。是故，必須謹慎的對否認機制的發動要件做出具體限制，將子女不蒙其利反受其害的風險降到最低。此處所謂具體的限制，還是應以子女最佳利益原則來考慮。亦即，生父本身與子女的血緣關係，不足以使其自動取得發動否認機制的權利，其必須還要證明其發動否認機制乃是合乎子女最佳利益的要求。如此一來，可以避免生父任意的發動否認機制，影響子女的權益。不過，由於子女最佳利益原則比較抽象，本身內涵也不一定明確，常須視個案情形綜合判定，因此，法院在尚未進入案件的實體審理之前，即須先就發動否認機制是否合乎子女最佳利益，也就是在是否允許該訴訟提起的問題上，加以審理。如此又可能造成司法資源的花費過大，或使得否認機制的發動時點延宕，而影響子女的權益。因此，如果能列舉出足以彰顯子女最佳利益精神的具體要件來代替抽象的子女最佳利益原則，作為生父提起否認之訴的前提要件，可能是較為妥適的作法。本文試著舉出兩項要件：首先，生父必須對子女有撫育的事實，或與子女已經建立相當的感情聯繫，如此生父才有發動否認機制或建立親子關係的權利⁵³。這樣的條件要求一來肯認撫育子女之生父的權利，又因為排除了從未與子女發生過實質互動的生父，因此也可以保護那些和諧安定的家庭，免於生父法律行動的打擾。反過來說，如果生父與子女已經建立實質的互動關係，則可能原來的婚姻家庭早已破裂，在此情形之下，允許生父提起否認之訴不僅沒有

⁵³ Note, *Rebutting the Marital Presumption: A Developed Relationship Test*, 88 COLUM. L. REV. 369, 383-389 (1988).

破壞家庭和諧的疑慮，更是維護子女與生父繼續其互動關係，接受其撫育教養的利益所必要。

另一個要件是，發動否認機制的生父必須證明，如果其不發動否認機制的話，將有害於子女的利益。例如，生父發現受推定的父親有不適合擔任子女親權人，例如虐待子女，的情形發生。如果這時生父本身願意負起教養子女的責任，可以考慮允許生父發動否認機制。但生父向法院發動否認機制之前，必須先向法院證明，如果法院不准其發動否認機制，則子女將會受到傷害。事實上，目前我國法律制度也允許家庭之外的第三人，例如福利機構或利害關係人於此情形向法院提出聲請，請法院宣告停止親權⁵⁴，因此，在此情形之下，允許生父發動否認機制應為合乎維護子女最佳利益原則精神的作法。

值得注意的是，有限度的賦予生父否認機制的發動權，並不表示生父就一定能成功的推翻婚生推定而與子女建立法律上的親子關係。畢竟，真實血緣的聯繫只是考慮因素之一，並不一定等同於子女最佳利益。否認機制發動之後，法院就應依據子女最佳利益，將所有的情況加以綜合考量，以決定法律上親子關係應如何認定。因此，即使生父提起否認訴訟，而生父與子女的血緣關係也被確定，法院仍應得以依子女最佳利益決定子女法律上的父親為何，而不受真實血緣連結事實的拘束。甚至即使生父成功的推翻婚生推定機制而建立親子關係，法院仍舊可以再依照子女最佳利益來決定親權內容以及行使的方式。總之，一旦個案進入法院，制度上應該允許法院有相當彈性依照子女最佳利益做具體的審酌決定。

⁵⁴ 兒童及少年福利法第 48 條與家庭暴力防治法第 13 條參照。

伍、結論：

建立一個維護子女最佳利益的婚生推定制度

傳統社會中，由於禮教嚴謹僵化，曾有「禮教殺人」的說法。今天，禮教的力量可能不若過去強烈，對人們的拘束與限制力也薄弱許多。不過，今天的法律制度，如果無法因應社會變遷所帶來的挑戰，也同樣的會使人蒙受其害。未成年子女所需要的是來自家庭與社會的呵護、撫育與教養支持，如果因為法律制度的太過僵化沒有彈性而使其利益受到忽略或傷害，不但是整個社會的損失，也將使法律制度蒙上不正義的陰影。

身為保障子女最佳利益第一線的婚生推定制度，目前正受到社會變遷所帶來的衝擊，面臨轉變的契機。在我們面對血統主義，婚姻家庭的安定維護，以及生父權利等等不同價值的衝突之時，應該要回歸到子女最佳利益的考量。「子女最佳利益」原來就相當抽象，加上社會上多樣複雜的人際關係，想要找出一個簡明扼要且能夠適用在所有具體案件的完美制度，是一個極為艱難的任務。因此，在婚生推定制度的發展方向上，必須要適當的留有彈性，並盡量使法院有機會在個案中對子女最佳利益做具體的審酌。故而，本文認為，似乎可以在婚生推定制度中的推定機制以及否認機制兩者上都增加彈性。在推定機制方面，容許沒有與夫同居事實的妻所生的子女不受到婚生推定，如此，可以讓撫育子女的生父透過認領等機制與子女建立親子關係。另外，在否認機制方面，可以考慮於發動者以及期間等要件做放寬，讓子女甚至生父也可以發動否認機制，並將受推定父與母親行使發動權的法定期間做適度的延長。為了不使子女利益在這樣的彈性放寬之中

反受其害，立法者又可以考慮對生父發動否認機制的前提條件以合乎子女最佳利益精神的具體要件加以限制，並賦予法院對子女最佳利益做最終的把關者。制度上彈性的增加以及利用各種不同機制或要件來調節控制，其目的都是希望建立一個維護子女最佳利益的婚生推定制度，以容納在不同家庭出生成長的孩子的需要，並保障其自由成長的權利。

參考文獻

書籍

余漢儀，兒童虐待：現象檢視與問題反思，巨流圖書公司，一版（1995）。

施慧玲，論我國家庭法之發展與研究——一個家庭法律社會學的觀點，收錄於家庭，法律，福利國家——現代親屬法論文集，元照，初版（2001）。

陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，三民，修訂四版（2004）。

黃宗樂，論法律上之自然的親子關係與血統上之親子關係，收錄親子法之研究。

鄧學仁，不受婚生推定之婚生子女，收錄於親屬法之變革與展望（1997）。

戴炎輝、戴東雄，親屬法，頁 365，自版，新修訂（2002）。

民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案（上冊），立法院公報，法律案專輯，第七十九輯，立法院秘書處編印（1985）。

Glendon, Mary Ann, The Transformation of Family Law--State, Law and Family in The United States And Western Europe (1977).

Witte, John Jr., From Sacrament To Contract-Marriage, Religion, and Law in The Western Tradition (1997).

Fineman, Martha Albertson, The Neutered Mother, The Sexual Family--and Other Twentieth Century Tragedies (1995).

Goldstein, Joseph, et. al, Beyond the Best Interest of the Child (1979).

期刊

李木貴，否認子女之訴與確認親子關係不存在之訴 - 最高法院九十二年度台上字第一六四三號判決解釋論之批判，月旦法學雜誌，第一一〇期，頁 186 (2004)。

李立如，法不入家門？家事法演變的法律社會學分析，中原財經法學，第十期，頁 41（2003）。

林秀雄，我國親權法之現狀與課題，月旦法學雜誌，第一〇〇期，頁 42 (2003)。

高一書，婚生推定之問題點與解決對案初探——以日本學說之探討為中心，中央警察大學法學論集，第五期，頁 371（2000）。

許士宦等，父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制——以請求認領子女之訴及否認婚生子女之訴為中心，民訴法研究會第六十九次研討記錄，法學叢刊，第一七四期，頁 176（1998）。

魏大曉，親子關係存否之實體規範及其確認之訴，台灣本土法學雜誌，第六二期，頁 13-16（2004）。

黃虹霞，子女與婚生子女、非婚生子女暨直系血親概念之迷失——兼談民法親屬邊之修正及否認子女之訴，萬國法律，第一二〇期，頁 71（2001）。

雷文玫，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，臺大法學論叢，第二八卷第三期，頁 245（1999）。

戴東雄，否認子女之訴，萬國法律，第一二〇期，頁 78（2001）。

Buss, Emily, "Parental" Rights, 88 Va. L. Rev. 635 (2002).

Dubler, Ariela R., In The Shadow of Marriage: Single Women and The Legal Construction of The Family And The State, 112 Yale L.J. 1641 (2003).

Fellows, Mary Louise, A Feminist Interpretation of the Law and Legitimacy, 7 Tex. J. Women & L. 195 (1998).

McGowan, Mike, The Presumption of Legitimacy In California And New York, 11 J. Contemp. Legal Issues 481 (1999).

Note, Does The Presumption of Legitimacy Actually Protect The Interests of The Child? 24 Stetson L. Rev. 809 (1995).

Note, Rebutting The Marital Presumption: A Developed Relationship Test, 88 Colum. L. Rev. 369, 383-389 (1988).

Smernoff, Batya F., California's Conclusive Presumption of Paternity And The Expansion of Unwed Fathers' Rights, 26 Golden Gate U. L. Rev. 337, 340-341 (1996).

判決

二十三年上字第三四七三號判例。

七十五年台上字第二〇七一號判例。

臺灣高等法院臺中分院九十一年度家上字第六八號判決。

台中高分院九十一年度家上字第三十六號判決。

九十二年台上字第一六四三號判決。

Michael H. v. Gerald D. 491 U. S. 110 (1989).

Lehr v. Robertson 463 U. S. 248 (1983).

網站資料

內政部戶政司，現住人口出生、死亡、結婚、離婚登記，<http://www.moi.gov.tw/stat/>
(2004/10/27，造訪)。

臺灣高等法院暨所屬法院九十二年法律座談會民事類提案第十三號，第十四號，
法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw/index.php> (2004/10/29，造訪)。

摘要

我國的婚生推定制度，目前正受到社會變遷所帶來的衝擊。由於婚姻制度面貌逐漸改變，兩性的互動也更加的複雜多樣，加上社會上對子女福祉的重視以及平等公義的要求也日漸增加，使得目前婚生推定機制的合理性與必要性受到相當大的質疑。

本文的目的在探討婚生推定制度應如何回應這個挑戰，以及未來可能的發展方向如何。本文以反映真實血統連結，維繫婚姻家庭安定，生父的權利，以及子女最佳利益等四個可能影響婚生推定制度發展的考量面向，作為討論的架構；並且主張，婚生推定制度應該朝向子女最佳利益的方向發展。具體而言，可以考慮增加推定機制以及否認機制兩者的彈性。另外，在制度設計上盡量使得法院可以發揮個案審理判斷的功能，以建立一個得以維護子女最佳利益的婚生推定制度。

The Future of the Presumption of Legitimacy --Toward the Best Interest of the Child

Li-Ju Lee

Abstract

The doctrine of presumption of legitimacy, as one important mechanism to establish paternity in the legal system, is under a lot of stress. Its foundation has been shaken by the changing face of marriage and the increasing demand for equality and welfare for every child, born in or out of wedlock. This article is an attempt to explore the future development of this doctrine.

After examining four key considerations concerning the future direction of the doctrine: acknowledging biological parent-child relationship, protecting the integrity of marital family, concerning biological unwed father's rights, and promoting the best interest of the child, the author suggests that the primary concern has to be the best interest of the child. Therefore, regarding the future direction of the legal framework, the author argues that it is necessary to relax the limitation imposed by the current legal doctrine and allow more room for courts to step in to conduct case-by-case review in order to protect the best interest of the child.

Key words: the presumption of legitimacy, the best interest of the child, paternity establishment, unwed father's rights.