

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

家事紛爭增加之現象，最無辜且須關心者莫過於子女問題，為維護未成年子女之利益，我國實體法及程序法制的保護理論及措施皆日益周全，相關的討論也日益熾烈，然欲真正落實保障子女之利益，莫過於法律關於子女照護的規定，而在子女交還方面則是強制執行法第一百二十八條交還子女之方法。故面對此類未來將日漸成長之家事事件，國家適時的介入發揮其機能，自有其必要，惟應如何方能確保子女利益之實現，以謀求子女之福祉，即為本文之研究動機。

本文認為若要實踐上項目標，就應研究如何將民法、民事訴訟程序、非訟事件法、強制執行法等有關子女交還之規定做一縱面整合，以求真正貫徹關於子女交還請求之際子女利益之保護。否則，無論是對於婚姻關係破裂之子女，或因被他人無正當理由侵奪之子女，對其未來身心發展及尊嚴養成，皆有難以磨滅的功能。其中本文對強制執行法目前子女交還的執行，允許以直接強制方法為之立法失當，尤深表憂心，此立法之疏失，其影響所及，除

子女尊嚴的徹底破壞外，也將抹滅實體法顧及子女利益所設計的各项規定，最嚴重者甚至是對憲法基本人權保護的根本漠視。因此，本論文欲以交還子女請求為中心，以垂直分析探討的方式，逐步就實體法、訴訟過程至執行方法作一完整的解析，並且於比較法之觀點下，對其良窳做一反省與檢討。

## 第二節 研究方法與範圍

「他山之石，可以攻錯」。是以，本文以比較法之研究方法為主，做為論述之主要依據，並輔以法解釋學之方法，針對我國有關子女交還請求問題之相關法制、實務、學說為研究。在比較法上，日本與我國同屬大陸法系，且關於此交還子女之課題，衡諸所得文獻，我國與日本民法雖然皆未明文，然就此課題，日本有較廣泛之研究與討論，是以，本文擬以日本法之現況為主要對象，並將制度比較之心得，就我國子女交還請求之法制與現況進行說明與檢討。最後，憑藉研究所得為基礎，就現況為統合之說明，並提出立法論上之意見。

本文以交還子女請求為研究核心，其內容可分成

三個層面：第一、就實體法而言，歸納分析子女交還請求權之性質及依據。第二、就訴訟法而言，以外國立法例為鑑，探討如何實現子女交還請求權的程序保障。第三、以保護「子女之最佳利益」之精神為基礎，分析我國目前強制執行法上子女交還執行方法之妥當性。是以，關於本文研究範圍如下：

#### 一、離婚後夫妻之一方請求他方交還子女之發生原因

決定「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」人之訴訟向來是法制上所熱烈討論的問題，但於決定「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」人<sup>1</sup>之後，如何使子女在這場爭奪中平息不安，如何使子女安然的與該擔任行使、負擔權利義務之人共同生活，甚而法院的選擇與子女的意願相違背時，又應如何使子女安然接受法律的安排，卻似乎尚未廣獲我國法制上討論。

本文認為實務上常討論請求決定「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」人之訴訟<sup>2</sup>與本文所探討之請求

---

<sup>1</sup> 民國十九年十二月二十六日國民政府公布，二十年五月五日施行之民法親屬編，第一一五條規定：「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。」；第一一五條規定：「判決離婚者，關於子女之監護，適用第一一五條之規定。但法院得為其子女之利益，酌定監護人。」惟民國八十五年九月二十五日公布修正之民法親屬編，為避免滋生疑義，已不再用「監護」一詞，修正為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，而與第一一八九條用語一致。另外，民事訴訟法第五百七十二條之一為配合與民法用語一致，亦於民國八十八年二月三日亦公布修正之。

<sup>2</sup> 民國八十五年民法修正後，第一一五條已不再用「監護」一詞，而修正為「對於

交還子女，雖皆追求以「子女之最佳利益」為依歸，且在實務上兩者的判定，在方法上也大都相同，但兩者仍有極歧異之處。子女交還請求之目的在於帶出被違法拘留之子女，使之置於擔任行使、負擔權利義務人之支配下，以利保護教養。是以，據此說明交還子女之發生原因，並進而以外國立法例說明請求交還子女制度。

---

未成年子女權利義務之行使或負擔」，是以，修正前向來所稱「監護子女之訴」之用語，於八十五年修正後，實務上之使用則滋生疑義。為避用「監護」、「親權」用語，目前實務關於此類事件之作法有：於「案由欄」仍書明「指定監護權」或「改定監護權」，而於主文部分則仍以「監護」或「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」之用語行之，僅於第一九條之「停止親權訴訟」，始使用「親權」用語。另外，我國非訟事件法於民國八十八年二月三日公布新增第七十一條之一以下之非訟事件。目前實務關於此類事件之作法雖仍以「監護」稱之，但其仍與民國八十五年修正後「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」之範圍一致，此亦一併說明之。因此：

本文關於我國法制部分：於表示修正前向來所稱「監護子女之訴」時，仍以決定「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」人之訴訟稱之，除為避免涵義模糊之外，亦儘量求與法條用語一致。

本文關於日本法制部分：日本民法關於離婚後親權之行使與子女之監護，分設不同之條文，前者規定於親權章節內（日民第八一九條），後者則置於離婚之規定中（日民第七六六條、第七七一條）。因此，現行日本法制所稱之「親權」與「監護」，為息息相關卻又屬不相同之概念，又日本民法第八三八條以下所稱之「後見」（未成人之監護），則與我國民法第一九一條以下之監護相類，因此，為避免與我國修正前、後之現行民法與實務上之作法混淆，於說明日本法制時，仍依日本文獻原文所稱之「親權」與「監護」譯之。

本文關於英美法制部分：英美法關於夫妻離婚後對於未成年子女權利義務之行使與負擔，係以「監護」（Custody）稱之。而此又區別「事實上監護」（actual or physical custody）與「法律上監護」（legal custody），前者係指對於僅影響子女日常活動之決定權；後者則指有關子女之長期利益、學校、宗教、健康或其他對子女生活有重大影響之決定權。另外，前者僅一方即可行使；後者則父母雙方共同行使。（請參見島津一郎著，「轉換期 家族法」，第二七七頁，日本評論社，一九九一年十二月二十日一版一刷；劉宏恩著，「心理學取向之法律研究—以住宅搜索、子女監護及婚姻暴力問題為例」，國立台灣大學法律學研究所，民國八十五年六月。）據上可知，英美法制之「監護」與我國關於夫妻離婚後對於未成年子女權利義務之行使與負擔之概念有重疊之處，是以，本文所引述或轉引英美法制所稱之「監護」，係取其與我國民法修正後第一五五條至第一五五條之二內容相同之範圍以為參考。凡此概念，先特予說明。

## 二、請求交還子女實體內容之探討

子女在法律上之地位為何？係探究父母對於子女權利行使的前提，基於子女法律上地位探討之基本思想，進而分析子女之交還請求權之性質、內容、要件及允許基準。

我國民法親屬編對於子女交還請求雖未明文，惟於民國八十八年二月三日修正前之民事訴訟法第五百七十二條第二項規定：非婚姻事件之訴，以交付子女、返還財物、給付家庭生活費用或扶養之請求，或由訴之原因、事實所生損害賠償之請求為限，得與前項之訴合併提起，或於其程序為訴之追加或提起反訴。其中法文即規定當事人得請求「交付子女」之訴<sup>3</sup>，且強制執行法

第一百二十八條第三項之規定，亦有明文交付子女之執行方法，故實定法上雖然親屬法並無明文，惟程序法中已有進行之程序依據，是我國實體法上應承認有所謂「子女交還請求」。

---

<sup>3</sup> 有關交付子女部分，已於民國八十八年二月三日該次修正時，於民事訴訟法增訂第五百七十二條之一另設規定，因將「交付子女」四字刪除，俾免重複。另外，關於請求「交付」子女之用語，依上開所述，民事訴訟法第五百七十二條第二項於民國八十八年二月三日修正前，明文為「交付」子女；強制執行法第一百二十八條第三項明文「交出」子女，家庭暴力防治法第一三條第六款明文「交付」，我國學者有將之以「交還」子女請求稱之。請參見黃宗樂，「交還子女之請求」，輔仁法學創刊號（一九八二年），第三二五頁。本文亦統一以「交還」子女之請求稱之，以避免物化子女之嫌。

### 三、請求交還子女訴訟程序上之探討

由於子女交還請求權之行使，需以子女利益之保護為核心，加以子女交還之爭執常有一定之急迫性，故在程序上，因交還子女程序上之需求不同，逐漸有多元化之傾向。依日本法之規定，關於子女之交還請求得利用之程序就有民事訴訟法、家事審判法及人身保護法；依我國法之觀察，則分別有民事訴訟法、非訟事件法、家庭暴力防治法等規範。各程序之適用皆有其優劣。惟基於近來基本人權保障之重視漸為司法程序重心，不僅重視實體之正義追求，亦要求程序正義之兼顧。是以，如何於侵奪子女之事件發生而請求交還之際，能夠利用司法裁判，迅速、容易的回復始為最佳之程序。因此，本文擬考察日本立法例與我國法制，分別探討。

### 四、請求交還子女強制執行程序上之探討

關於交還子女請求權之執行方法，我國依強制執行法第一百二十八條第三項之規定，對於可以持執行名義即聲請法院執行此點，並無疑義。惟考察日本立法例，除了家事審判及調停制度中有特別之履行確保制度是專為子女之交還而設置之制度外，一般依民事訴訟、家事審判及調停等制度所做出確定之裁決，並因而產生之執行名義應如何執行，則無明文立法。是以，可否持此執行名義逕以請求法院強制執行，學者間即生爭論。

再者，子女交還請求之執行，素來有直接強制與間

接強制之爭論，惟如何兼顧執行實效性與尊重子女人性尊嚴之原則，並須選定適宜之時間與場所妥為實施，以避免執行過程之困擾，俾免該子女產生難以磨滅之內心傷害，當為子女交還執行階段最重要的課題。是以，本文據此就現行法之規定作一檢討，並提出立法上建議。

#### 五、保護子女思想之演進與交還子女之關係

決定「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」人之程序，多數事件仍與離婚程序共同進行，難免參酌離婚當事人間諸般不理性的因素，而無法理性處理交還子女之問題。本文之目的，擬以子女利益之內涵為核心，藉由實務上容易生激烈爭執之子女交還請求理論探討，追尋子女利益與父母利益間的平衡點，使子女於離婚事件或決定「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」人之爭執中，能有免於恐懼，追尋自我幸福的權利。故以子女之利益為本文探討之前提，次而從實體、程序至執行上，各別審酌子女交還之請求在相關的領域中是否受到同等的重視。

#### 六、檢討與建議

總結前述關於請求交還子女於實務與理論上之問題，以保障子女之利益為前提，憑藉研究所得為基礎，就現狀為統合之說明，並提出立法論上之意見，以供未來立法參考。



## 第二章 交還子女之請求

### 第一節 子女交還請求之意義

子女交還請求權（Herausgabeanspruch），係謂親權人得對於不法將未成年子女占有之人，請求返還其未成年子女之權利。考察立法例之結果：德國民法第一六三二條對此明文規定：「子女人身之監護（即身上照護），包括對於不法羈留子女而使其脫離父母者之交還請求權。父母之一方對於他方請求交出子女者，應由監護法院決定之。」據此可知，德國民法承認子女交還請求之類型有：

- 一、父母或父母之一方，對於不法羈留子女而使其脫離父母者，可行使子女交還請求權。
- 二、承認父母間之子女交還請求。換言之，父母之一方得向他方請求交還子女，惟應由監護法院決定之。

日本民法則未明文規定。惟該國學說與判例<sup>4</sup>上，將子女之交還請求解為親權人為完成監護養育的權利，

---

<sup>4</sup> 學說支持者：如穗積重遠著，「親族法」，第五三六頁。我妻榮著，「親族法」，第三三一頁。判例支持者：如大判明治三四年九月二日民錄七輯八卷二五頁、大判大正七年三月三日民錄六九頁。轉引自陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人共著，「民法親屬新論」，第三七三頁，三民書局，民國八十七年十月再修訂初版。

勢須將子女置於自己支配之下的必要性，第三人若有不法占有其子女之事實，依親權之效力，得對第三人行使交還請求，因此，學說與判例普遍承認有此請求權。其各種狀況綜合如下<sup>5</sup>：

#### 一、父母有婚姻關係時

- (一) 婚姻關係存續中，別居夫妻請求子女交還之情形。
- (二) 請求離婚程序中（如調停或訴訟過程），同時請求指定監護人、親權人，並一併請求交還子女之情形。

#### 二、父母離婚後之情形

- (一) 親權人、監護人與第三人間請求子女交還之情形。
- (二) 離婚後，親權人與非親權人之父母間，請求變更親權人或子女監護處分之情形。

上述一以及二、（二）之情形，皆為父母間請求交還子女之情形。而二、（一）為單純之對於不法扣留子女而使其脫離父母之第三人，可行使子女交還請求權。

我國民法亦無此明文，但通說認為：他人違法掠奪或扣留子女時，實係侵害親權人之保護教養權，親權人為

---

<sup>5</sup> 請參見國府剛著，「子 引取請求」，收錄於「現代家族法大系 2 婚姻離婚」，第二八八至二九二頁，有斐閣，昭和五十五年三月二十五日初版一刷。深谷松男著，「新版 現代家族法」，第一四六至第一四七頁，青林書院，一九九二年初版。

行使親權而盡其義務，自應有請求子女交還之權利<sup>6</sup>。實務上亦均肯定親權人本於其保護教養權（親權），得向扣留子女之人請求交還子女<sup>7</sup>。

綜觀德國、日本立法例與我國情形，子女交還請求因具體情形而異其複雜性，尤以父母間之子女交還請求更甚。通常，必須先決定「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」人之歸屬後，該擔任者現實上無法行使親權，而未擔任者之他方不交出子女時，始發生子女交還請求之問題。因此，本文擬以離婚後夫妻之一方請求他方交還子女為論述範圍，垂直分析實體法、訴訟過程至執行方法，作一完整解析。

## 第二節 子女交還請求權之性質與 依據

---

<sup>6</sup> 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，「民法親屬新論」，民國八十七年十月再修訂初版，第三七三頁。戴炎輝、戴東雄合著，「中國親屬法」，自版，民國八十年十月修訂三版，第三九三頁。史尚寬著，「親屬法論」，自版，民國六十九年台北四版，第五九八頁。

<sup>7</sup> 請參見黃宗樂著，前揭文，第三三頁。實務上裁判，例如三九年台上第一一六二號、四六年台上第一八三一號、五一年台上第一一三號、五三年台上第三四五三號、五九年台上第三三二二號、六九年台上第一四九四號。

探討子女交還請求權之前，首先應說明子女在法的地位。為瞭解子女法地位的演變，本文首就現代法制先驅，英國法之發展為參佐依據。英國法制史上，所謂子女為法律行為須得到父母親同意之理論基礎有兩種說法：一種說法認為，基於英國古老傳統，即在十六世紀的英國，若有人將未滿十六歲且尚未繼承財產的女子擄去，而未得到該女子父親之同意就擅自與該女子結婚，法律得加以處罰。由該法律之規定，明顯表示該處罰規定之目的，係在保護擁有財產者，即父親的利益。該法律以十六歲為界限之年齡限制，後為英國之人身保護法所承繼，由於法院對於子女，得強制實現雙親對於子女之占有權，因此，得出具人身保護令狀。此時，一般認為，子女類似動產般為雙親之占有物，所謂十六歲的年齡是與父親的利益或權利息息相關的。

另一種說法則根源於契約法領域，在約十八世紀以來，產生所謂生活必需品（necessaries）之法理，即在一定範圍內未成年人所為的交易行為認為是有效的。因為，若非如此認定，則未成年子女關於生活必需品、受教育、工作之取得，皆不具有有效性，不僅對該未成年子女不利益，也有害於交易上之安全。自此說法被廣泛解釋後，就將未成年子女之僱傭契約及對未成年子女之治療與教育提供行為分離，是以，為了使子女受到治療及教育，即使因此對子女體罰或為身體的治療所為之傷害行為，也不算

是不法行為。

像此種有判斷力的子女，限於僅就生活必需品，於未經過雙親或監護人之同意，即得自己為交易行為，至於子女年齡過小無判斷力時，則可由雙親或監護人代之為契約之承認<sup>9</sup>。

綜上所述，關於子女對於法律行為須得到雙親的同意或承諾的根據，換言之，有二種看法：前者是雙親對於子女基於占有權所為之同意，後者是因子女對行為性質尚無充分的判斷力，故對其行為加以補充或輔佐之同意。是以，交還請求權之權利性質，依據上開基本思想，可分為三種說法：

（一）視為一種物之交還請求權：

日本某些早期的判決即認為「因給付之訴非必以標的為物始得提起，故關於幼兒之交還請求亦得以給付之訴提起<sup>10</sup>」「對於因侵奪親權者而將未成年子女奪去致侵害親權人原應享有之監護教養權時，親權人對於該侵奪人得請求子女之交還，以求其親權的完滿行使，於此意義之下該侵奪人對於親權人負有交還之義務<sup>11</sup>」此即是將子女交還請求權當做係一種物之交還請求權為理解。惟此種看法

---

<sup>9</sup> 請參見島津一郎著，前掲書，第三二一頁，日本評論社，一九九一年十二月二十日一版一刷。

<sup>10</sup> 大判大正元年十二月十九日判決，轉引自吉田欣子著，「子引渡關訴訟家事審判」，收錄於「講座實務家事審判法二」，第一七五頁註六，日本評論社，一九八八年十一月十五日一版。

<sup>11</sup> 大判大正七年三月三十日判決，轉引自吉田欣子著，前掲文，第一七五頁註七。

有損於子女之人格尊嚴，而為學者所批評<sup>12</sup>。

(二) 視為一種妨害排除請求權：

由於前項看法招致不尊重子女人格之批判，因此，某些實務裁判已改變見解，日本大審院曾有判決表示：親權人對於子女之交還請求，係親權人行使妨害排除請求之權利<sup>13</sup>。另外，日本最高裁判所亦有相同見解認為：別居後辦理離婚前，原監護未成年子女之父親死亡，由其弟及後妻再婚後養育該子女，後該子女之親生母親提出交還子女之請求，判決認為此種請求交還之訴並不違反憲法，該請求應解為「請求妨害之排除」<sup>14</sup>。此無疑沿襲上開大審院看法。而日本亦有多數學者贊成此說<sup>15</sup>。惟此說仍無法解釋當子女無意思能力時，應如何於尊重子女之人格尊嚴下，讓子女做最適宜自己之選擇。

(三) 折衷說：

---

<sup>12</sup> 穗積重遠博士認為：幼兒交還訴訟乃父母將子女視為所有物思考方式之產物。其性質應屬親權妨害排除之訴。請參見青山達著，「幼兒引渡請求 性質」，收錄於久貴忠彥、米倉明編，「家族法判例百選 第五版」，第一 四頁，(別冊 ，第一三二號)，有斐閣，一九九五年。

<sup>13</sup> 大判大正十年十月二十九日大審院判決指出：該判決見解認為「幼兒違反親權人之A男的意思與女方居住，又有女方違反A男的意思容認的事實，故屬妨害A男親權的行使至明，不問上開幼兒是否有意思能力，或是出於自由之意思，A男均能以除去親權之妨害為由，要求子女的返還」。請參見吉田欣子著，前揭文，第一七五頁註八。

<sup>14</sup> 最高裁判所昭和三十五年三月十五日判決，轉引自吉田欣子著，前揭文，第一七五頁註九。

<sup>15</sup> 採此說之學者有穗積重遠、木村健助、山木戶、青山道夫，請參見吉田欣子著，前揭文，第一七五頁註十。

即視子女意思能力之有無而定此請求權之性質。考察日本學說內容，即使採第二種說法之學者，亦不否認當子女無意思能力的時候，其請求標的也應認為係一種交還請求。惟此說視子女意思能力之有無以定該請求權之性質，將使該請求權之性質陷於不安定狀態，亦造成當事人之請求究係請求交還判決抑或妨害排除判決的解釋困境<sup>16</sup>。

綜上所述，子女交還請求權之性質及內容，尚難以上開三說為一完滿的闡述<sup>17 18</sup>，惟所採何種看法，都將與子女在實體法上之地位及程序法受保護之程度息息相關，也是目前法制上對於子女利益保護立法界限何在之主要疑慮。

至於子女交還請求之依據為何？有學者謂：子女交還

---

<sup>16</sup> 主張此說之學者有：我妻榮 法協七八卷四號四一九頁；上田徹一郎著，「幼兒引渡」，判例演習〔親族相續法〕一三八、一三九頁；石川明著，「未成年子引渡請求 訴」，判時九八六號七頁；山主政幸著，「幼兒引渡 請求權」，日本法學二三卷二號二七一頁。轉引自吉田欣子著，前揭文，第一七五至一七六頁註十一至十三。

<sup>17</sup> 還有學者以訴訟法之立場，認為無意思能力之幼兒請求交還，幼兒應為訴訟標的物，不能無視此點而認交還子女之請求一定就是妨害排除請求，故應依當事人請求之內容來判斷究竟是物之交還請求權還是妨害排除請求權。上田徹一郎著，「幼兒之交還」，收錄於判例演習（親族 相續法）（增補版），昭和四十八年，第一四五頁以下。請參見於保不二雄、中川淳編，「新版注釋民法（25）」，第九十四頁，有斐閣，平成六年三月三十日初版一刷。

<sup>18</sup> 除上開學說之外，有學者更進一步推演認為：交還請求之本質應該是取交之容認，而不僅是妨害之避免，故對於教唆子女脫離親權人之、現實並未藏匿子女之人及將幼兒藏放另外他人處之人，因為現實上皆非藏匿子女之人，對於此種人縱使提起訴訟，也無法獲得交還子女之結果。因此，即使向上述第三人請求損害賠償，對於子女取還之結果並無任何幫助，則上開學說對於這些人均無適用餘地。請參見於保不二雄、中川淳編，前揭書，第九十四頁。

請求權是基於居所指定權行使之效果<sup>19</sup>。有學者謂：他人違法掠奪或扣留子女時，實係侵害親權人之保護教養權，親權人為行使親權而盡其義務，自應有請求子女交還之權利<sup>20</sup>。實務上亦均肯定親權人本於其保護教養權（親權），得向扣留子女之人請求交還子女<sup>21</sup>此說亦為我國目前通說。

另外，宜一併說明者為，除了上開實體法上探討子女交還請求權之性質及依據，因適用程序之不同，也會產生子女交還請求權於各該程序不同之性質。在日本，子女交還請求權之行使，有利用一般民事訴訟法程序、或利用家事審判法，抑或利用人身保護法之程序為請求。於一般民事訴訟程序，子女交還請求權之性質與實體法上之探討無異，自無庸贅述。而在家事審判法中，交還請求之法的性質及內容與民事訴訟中，權利之存否係審理之對象不同，家事審判之對象係屬非訟事件性質

---

<sup>19</sup> 野上久幸著，「親族法」( - 叢書)，第四六頁，三省堂，昭和三年；近藤英吉著，「親族法講義要綱」，第一八二頁，弘文堂書房，昭和十三年。請參見於保不二雄、中川淳編，前揭書，第九五頁。我國採此相同見解者：請參見林郁婷著，「兒童少年民事保護制度之研究」，第一七二頁，台灣台中地方法院印行，民國八十六年五月。

<sup>20</sup> 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，「民法親屬新論」，民國八十七年十月再修訂初版，第三七三頁。戴炎輝、戴東雄合著，「中國親屬法」，自版，民國八十年十月修訂三版，第三九三頁。史尚寬著，「親屬法論」，自版，民國六十九年台北四版，第五九八頁。

<sup>21</sup> 請參見黃宗樂著，前揭文，第三三頁。實務上裁判，例如三九年台上第一六二號、四六年台上第一八一號、五一年台上第一三號、五三年台上第三四五三號、五九年台上第三三二二號、六九年台上第一四九四號。

，該程序並非爭執權利之存否，而在形成具體之交還請求權。在審判中，家庭裁判所有廣大之裁量權，就「關於子女監護之處分」，不須像民事訴訟程序為劃一之判斷，只要形成各個個案妥善內容之權利即可。<sup>22</sup>

至依人身保護法請求子女之交還，其請求權之法的性質實係人身保護請求權，即必須立即排除對人身自由所加諸之侵害而為之回復請求權，因為其性質為私權保護請求權之一種，故不應與基於所有權所行使之所有物返還請求權相比擬。也非因親權、監護權行使受到妨害之排除請求權，因為，即使親權人、監護權人變更也不影響該訴訟標的。且亦非對侵奪者之直接請求，乃依法律之規定，對法院之請求，而法院並非直接命令對造釋放，而是形成自動釋放之狀態。從而，此請求程序，應解為係一種形成訴訟<sup>23</sup>。

### 第三節 子女交還請求允許之要件

---

<sup>22</sup> 請參見吉田欣子著，前揭文，第一八二頁。

<sup>23</sup> 請參見吉田欣子著，前揭文，第一九頁。

## 及基準

子女交還請求權，係親權人或監護人對於以不法的手段侵奪其子女，致侵害監護教養權之人，基於身上監護權所行使的權利<sup>24</sup>。由第二章第一節所述之意義可知，行使交還子女請求之要件<sup>25</sup>，可綜合為三要件：（一）須不法侵害親權。（二）須基於子女之自由意思。（三）須交還子女之請求為親權之適當行使，而非親權濫用<sup>26</sup>。茲分別探討如下：

### 第一款 須不法侵害親權

---

<sup>24</sup> 請參見吉田欣子著，前揭文，第一七一頁。

<sup>25</sup> 關於子女交還請求權之要件，依學說之見解，主要如次：（一）須親權人之保護教養權為第三人所違法（即欠缺正當權限）妨害，尤其子女被略奪或扣留。（二）須交還子女之請求為親權之適當行使，而非親權濫用。（三）須非子女本於其自由意思而居住於第三人之處所。請參見陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人著，前揭書，第三七四頁。

<sup>26</sup> 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人著，「民法親屬新論」，第三六四頁。

此所稱「不法」，係指無正當權源而言，不問侵奪者是否虐待未成年子女，還是慎重細心照護，皆與不法之判斷無關。又第三人若基於委任而依正當權限留置親權人之未成年子女，即非不法。如該第三人非於委任契約解除後不交還子女，親權人或監護人則不能對其行使子女交還請求權<sup>27</sup>。

此要件首有疑義者，親權是否為一種權利？是否能成為權利侵害之標的？就親子法言，主要轉變可分為三個階段：即從為家之親子法轉變成為為父母親之親子法，再從為父母親之親子法再轉變為為子女為本位之親子法。因此，親權的概念也隨之為不同轉變。原本之親權，應是指承繼家長權（*patria potestas*）或家父權（*puissance paternelle*）之父權（*vaterliche Gewalt*）而言。而且，直到近代十八、十九世紀之立法，所謂父權之觀念，仍是親權的主要觀念。惟當時之家長權或家父權分成絕對支配形態之羅馬型（*patria potestas*）與保護庇護形態之日爾曼型。嗣後，近代法融合二者，但最主要的仍以日曼爾型之父權觀念為中心。加以近代立法已發展為為子女為本位之親子法，此時，父權之觀念已不僅為子女之身上照護，即財產上之監護亦包含在內，是權利

---

<sup>27</sup> 佐久間著，「子 引渡請求」，收錄於島津一郎編，「判例」，第七一三、七一五頁。轉引自吉田欣子著，前揭文，第一七二頁註十六。

同時也是義務之觀念<sup>28</sup>。

自一九〇一年施行之德意志民法（BGB）中，首次將父權（vaterliche Gewalt）改稱為親權（elterliche Gewalt）。並規定父親的親權為第一次的或本來的權利，母親的親權為第二次的、補充的權利，而且重重約制對於母親之部分。直至二十世紀立法（瑞士一九七〇年法、法國一九四二年法），乃專就子女之利益或子女之福祉為目的為立法。故採用了父母之同時親權、共同行使之原則。第二次世界大戰後，基於個人之尊嚴及兩性本質平等之基本原理，各國又先後做了不同程度修正之立法<sup>29</sup>。

親權既係因上述社會思潮之改變，已如上述，甚且因時代之演進，至今仍不斷轉變，因此親權性質之判定，亦須回顧過去歷史及未來之展望始有定論。故若單純論述親權之性質，是極端複雜而難以闡述的，唯有自整個制度面就個別事例為判定，始為正確。

十八、十九世紀之親權，主要係家長權或家父權等諸般具有支配權之性質。因此，子女對父母親有尊敬恭順之義務，父母對子女有懲戒權，同時，因支配作用之影響，父母親對子女之婚姻擁有同意權，對於子女之財產有收益權。直至發展為子女之親權法時，不免仍留

---

<sup>28</sup> 於保不二雄、中川淳編，前掲書，第一頁。

<sup>29</sup> 於保不二雄、中川淳編，前掲書，第二頁。

有過去支配權的殘跡，即未成年子女必須服從親權，此時，親權本身為以監護子女為目的之權利，也是一種義務，親權於此時期強調的是監護性。後再移至父母之共同親權、共同行使之階段，親權之支配性已大幅緩和，其監護性的特色則頗為突出。惟子女的婚姻需父母之同意及父母對子女之財產有收益權等，仍屬支配性質。即使至今，親權之監護性逐漸發展，但是子女為父母親之子、家之子的觀念仍非常濃烈，是以，該監護性嚴格來說，並非專為子女，而是隨著父母親之意思及家風，而有其程度上之不同。故至今親權之方向發展仍不斷地從支配權之性質向監護權，尚難認親權有其固定性質<sup>30</sup>。

親權之性質屬於支配權抑或是監護照養？關係親權人被侵害何內容應如何認定之問題。若為支配權，則子女之侵奪猶如物之被侵奪；若為監護照養之行使權被侵奪，則屬侵害防止之問題。因我國民法第一八四條第二項規定：「父母對於未成年子女有保護及教養之權利義務。」，因此有學者認親權之內容主要為親權係父母基於其身分，依法律規定而當然發生。從而父母對於子女如為買賣、贈與或其他法律行為，雖亦發生權利義務，然此為財產法上之權利義務，而不構成親權之內容。親權係父母對於未成年子女之權利義務。從而子

---

<sup>30</sup> 於保不二雄、中川淳編，前掲書，第五頁。

女已成年或未成年而已結婚者，則非親權之所及。親權係以保護教養未成年子女為目的，而以對於未成年子女之身上照護與財產照護為內容。親權不但為權利而且是義務。從而父母不得拋棄其權利，亦不許其濫用。

親權為利他之權利，專為子女之利益而存在，惟保護教養未成年子女，乃為父母內心願盡之愉快的義務，親權也者，即排他的、專屬的遂行此義務之權利<sup>31</sup>。

據上所述，可知親權之內容，學者對其認為究係權利或義務？尚無定論，甚且有上述之「親權也者，即排他的、專屬的遂行此義務之權利」等語，此似乎企圖將二者混為一談。惟本文認為權利與義務本為不同之相對概念，實不宜視為同一，親權之性質與內容既係有其歷史上之發展因素，且目前仍具轉變之特性，則仍應從各個規定中探尋何者為支配權之觀念，何者為監護照養之性質。若屬前者，則應屬權利；若屬後者，則應為義務，當屬義務時，即應履行，無須因說不清親權之性質，而又創造親權不可放棄之說法。

由於目前關於子女交還請求權之行使，學者多認係親權人對於子女為完滿行使監護照養權限之侵害<sup>32</sup>，本文亦採此見解。蓋若採親權人或監護權人對於子女之

---

<sup>31</sup> 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人著，前揭書，第三六三至三六四頁。

<sup>32</sup> 所以監護照養行使之侵害，不應只限於未成年子女被第三人侵奪占有之情形，如單純親權之財產照護因第三人之阻礙，而無法行使，但仍得為身上照護，應該也屬於監護照養行使之侵害。

交還請求權係從居所指定權被侵害所衍生而成之見解<sup>33</sup>，若親權人或監護人被剝奪居所指定權時，亦同樣喪失請求交還之權利，則違背前開親權之本質。

至親權遭受不法侵害之態樣，例如：親權人因不得已，將幼兒託付予親屬或其他熟識之人（主要是非親權人或監護人之第三人）之後，因託付他人照護之事由解除，欲再帶回該幼兒時，由於該第三人與幼兒日久相處，有了感情，不願返還該幼兒之情形。此時，該第三人即侵害了親權人監護教養權之行使。又如：父母離婚，母親為幼兒之親權人，該未成年子女原在母親處生活，惟被其父親無正當理由將之侵奪占有之情形。抑或者是：父母親離婚之際，已決定由父擔任親權人，惟欲抱回幼兒時，母親帶走該幼兒離去且不知去向之情形亦屬之<sup>34</sup>。

惟上述未成年子女之侵奪形態，尚不足以說明子女交還請求權是否應予准許之依據，實務上，主要探討者有二大問題：

第一個問題是：子女基於自己意願，於第三人處居住而不願回到親權人的居所。尤其是此未成年子女

---

<sup>33</sup> 林郁婷著，*兒童少年民事保護制度之研究*，台灣台中地方法院印行，民國八十六年五月，第一七二頁。馬元樞著，「對於民法親屬編修訂之意見」，*法令月刊*，第二十七卷一期。

<sup>34</sup> 田村五郎著，「*家庭裁判（親子）*」，日本評論社，一九九二年二月二十五日第一版第十六刷，第二三三頁。

係將成年而未成年之際（如十六、十七歲），對於好惡是非之區別已有概念，且可以輕易比較親權人與第三人在其生活上之優劣及利益，而依其自由之意思選擇於第三人處繼續居留，此時親權人是否仍可請求子女之交還？

關鍵在於，此時第三人是否仍屬妨害親權人監護教養之行使？因第三人並非主動抑留未成年子女，故不能視為積極的妨害親權人監護教養之行使。惟只有允許該未成年子女依其自由意思逗留其居所，是否屬於消極的妨害親權人監護教養之行使？第三人若不欲消極的妨害親權人監護教養權之行使，是否須壓抑子女之自由意思，強迫使其回到親權人處？此時無異使第三人負有趕出未成年子女之義務，甚至為了要趕出未成年子女，亦負有不讓其居住或不給其食物之義務，此實不合理。故第三人因未成年子女之自由意思而逗留其居處之情形，應不屬於消極的妨害親權行使，從而，親權人亦無交還子女之請求權，此主張稱為「自由意思論」<sup>35</sup>。

第二個問題為：若子女非依自由意思居住於第三人處時 包含欠缺辨別能力時之情形 是否毫無例外地讓親權人均有交還子女請求權？抑或仍需視其個別事例判斷之？亦即子女因正當理由及狀況而不得已必須留於

---

<sup>35</sup> 田村五郎著，前掲書，第二三五頁。

第三人處，而可以不管親權人任意所為，只要認其行使請求子女交還的權利，就一律視為正當？此時無疑涉及交還請求權之行使是否濫用之情事。

因此，判斷子女交還請求權之要件，不能僅以未成年子女形式上於第三人處逗留之客觀事實，即認該當子女交還請求權之要件，仍需就子女之自由意思及親權是否濫用之情形綜合判斷。

另外，此一要件適用上，有幾個問題，茲亦臚列如下：

一、首先，客觀上須有拘束未成年子女之事實，即第三人或其他非親權人妨害親權人對於未成年子女之監護教養權，而將子女予以扣留拘束。若第三人有正當權限，如學校師長或其他委託監護人的拘束，即非對於親權的違法侵害。但若欠缺合法權源而拘束未成年子女，即使無特別虐待之情事，亦屬對親權之違法侵害。

一般而言，所謂「拘束」，係指「逮捕、扣留、拘禁等剝奪身體之自由或限制之行為」。無意思能力子女之監護，其行為性質上應該當於「拘束」。此時，其監護方法之當或不當，或者是否基於愛情之行為皆不論；有意思能力之子女，得到拘束人的許可而留在其處，其滯留若係基於子女的自由意思，即非拘束。再者，有意思能力之子女，若向拘束人表示希望能留下之意思時，一般即推測係依自由意思而為。但於子女是從無意思

能力時起持續為拘束人所監護；其間無監護權人或第三人對於監護人請求子女之交還表示拒絕時；拘束人對於請求人抱以嫌惡及畏怖，並設法將未成年子女藏匿等情事時，就認並非基於子女之自由意思。

二、子女於什麼歲數始判斷有意思能力？過去之日本判例上，一般似以十歲為準，但是該判斷應非只有年齡而已，仍有判例認為縱使該子女已十歲，因其精神狀況，而否定有意思能力。也有縱使該子女仍不滿十歲，卻承認有意思能力的例子。另外，縱使該子女被認定有意思能力，並依其自由意思希望留下時，對於其是否出於自由意思仍須審慎予以判斷<sup>36</sup>。

另外，上述之拘束，須基於「法律上非正當之程序」，簡言之，即以違法性為要件。於父母離婚之情形，日本判例關於此類父母間之子女交還請求事件，無論有無法律上之監護權，也不問拘束之手段、方法為何，所考量的主要因素有：現在的監護狀態對於子女是否有實質不當。著眼於目前狀態，使夫婦那一方擔任監護對子女的幸福追求較為適當。但若僅觀察誰對子女較有利益，誰即是監護人之觀點，難免有父或母若認為自己之監護較為有利，無視於其手段正當性，而有反覆以實力奪取子女之虞，是以，不得不將拘束之手段、方法加以違法性之

---

<sup>36</sup> 吉田欣子著，前掲文，第一九二頁。

判斷基準，以防免以實力侵奪之現象<sup>37</sup>。

至於監護者對非監護者請求之情形：日本判例對於非親權者如不是親權者之親屬或第三人，則比較兩者之監護狀態實質是否適當，從適合幼兒幸福之觀點，只要不是監護權人有明顯不當之情形，則無監護權人則無拘束權限，對此種請求也多半會准許<sup>38</sup>。

三、子女之年齡與父母監護有無關係？日本判例每每出現子女年齡較低者跟著母親，較高者則跟著父親的傾向，這種傾向現屢為學者所批評。關於幼兒監護，有判例認為只要母親對監護養育的適格性、育兒能力等，無顯著欠缺之特別情事，即應認為該母親為適切的監護人。惟多數判歸予母親之裁判例，認定之事實多為目前社會係依性別分工，一般將把幼兒之監護人判給母親的事例多傾向於母親之幼兒為父親以實力奪取，母親自己監護較為妥適。或該幼兒的父親不親身監護而託由祖父母監護的情況。所以，並非一概將較幼小的未成年子女即由母親監護，父母何者較適合監護子女，即使是在幼兒之情況，也應依個案具體決定之<sup>39</sup>。

---

<sup>37</sup> 吉田欣子著，前揭文，第一九二頁。

<sup>38</sup> 吉田欣子著，前揭文，第一九三頁。

<sup>39</sup> 吉田欣子著，前揭文，第一九三頁。

## 第二款 須基於子女之自由意思

日本過去之判例認為：不論未成年子女有無辨別能力，或是否出於自由意思，皆容認交還請求權之行使<sup>40</sup>。惟嗣後又改變見解認為：若有充分可辨別是非之具有意思能力之未成年子女，基於其自由意思，且經過第三人之允許而留置於第三人處，則該第三人即非妨害親權之行使<sup>41 42</sup>。顯示子女之自由意思於決定交還子女請求權之行使，判斷上占有重要地位。

本文擬以日本實務判決演進為例，說明子女自由意思之判斷，引申出自由意思之尊重，其實，子女交還請求權之要件，即子女利益保障的各衍生階段。日本實務判決之演進，主要於大審院時代，原來係以形式主義之判斷階段，後漸成為採用「自由意思論」為判斷之階段，再後來始併用濫用論，做為判斷之依據。

### （一）形式主義的裁判

---

<sup>40</sup> 大判大正十年十月二十九日判決認為：「幼兒違反親權人A男的意思與女方居住，又有女方違反A男意思容認的事實，故屬妨害A男親權的行使至明，不問上開幼兒是否有意思能力，或是出於自由之意思，A男均能以除去親權之妨害為由，要求子女的返還。」

<sup>41</sup> 請參見大判大正十二年一月二十日判決，其內容說明於本章第三節第二款。

<sup>42</sup> 採此見解之學者：認為如有特別情事，子女居住於第三人處所較適於親權人住所，且符合子女福祉者，則例外地限制親權人請求子女交還。請參見鈴木祿彌、貝孝一，「人事法」，第七三頁，有斐閣，昭和五九年一月三日初版四刷。

日本大判大正十二年一月二十日之事例<sup>43</sup>：

森金次郎與人見原為男女朋友關係，於交往期間生女兒錦子。因兩人並無婚姻關係，且最後亦未結婚，是錦子即為非婚生子女。金次郎嗣後以父親之身分認領錦子。當時，金次郎於法律上是較容易成為錦子之親權人。惟明治末年，「家」制度尚未變更，未得到森家戶長之同意讓錦子進森家門，則金次郎即不能成為錦子之親權人。此時，無論其生母是否願意，都必須成為錦子之親權人。惟人見於生下錦子後約一百天，即將錦子拋棄於金次郎家門前，始造就錦子就由金次郎撫養之事實。然而，迄錦子至學齡階段，從未謀面的母親竟然要求將錦子交還予伊，遂起紛爭。本案一審及二審判決，皆判決金次郎敗訴，而命金次郎負有交還子女之義務。主要理由為：該生母既然為法律上親權人，則不問是否有拋棄情事，人見之請求應有理由。此即純粹是形式主義之判決，輿論對此大加撻伐，金次郎亦表示：人見生了女兒後，四個月即予拋棄，事後也未曾看過錦子一次，直至錦子成長至今，始請求交還子女，全無道義可言。故主張二審判決係保護不道義之行為而違法，提起上訴，上訴理由主要為：金次郎係錦子主要養育者，錦子於其撫養下也過得相當幸福，並無更換監護人之必要，

---

<sup>43</sup> 田村五郎著，前揭書，第二三九頁。

人見此時要求子女之交還，雖然法律上站得住腳，惟不無為親權濫用。且錦子已滿十一歲，對於自己應由何人監護，有其自由之意思，應由錦子自己決定由誰監護，而非僅就人見有親權即判決歸屬之。

上揭理由雖已觸及自由意思，而論及親權濫用問題，惟大審院後來所持見解，因參照大判大正十年十月二十九日判決見解<sup>44</sup>，依舊認為：不問錦子是否有意思能力，或其願意居住何處是否出於其自由之意思，即使金次郎已養育錦子許多年，仍無從拒絕真正親權人人見之請求<sup>45</sup>。該判決顯然忽視個案之妥當性，而為極端形式主義之判決。

## （二）子女自由意思之尊重

大判大正十二年十一月二十九日判決，是子女交還請求相關訴訟中一項劃時代的重要判決<sup>46</sup>。大審院向來認為：只要是親權人，即可不問未成年子女抑留第三人處之原因為何，皆可對第三人主張子女交還之見解，於該判決有所變化。

---

<sup>44</sup> 該判決見解認為「幼兒違反親權人之A男的意思與女方居住，又有女方違反A男的意思容認的事實，故屬妨害A男親權的行使至明，不問上開幼兒是否有意思能力，或是出於自由之意思，A男都能以除去親權之妨害為由，要求子女的返還。」

<sup>45</sup> 田村五郎著，前揭書，第二四一頁。

<sup>46</sup> 請參見沼邊愛一著，「子引渡」，收錄於「現代家族法大系2 婚姻 離婚」，第二七六頁，有斐閣，昭和五十五年三月二十五日初版一刷。島田充子著，「子奪合 紛爭—子取戻 法的問題—」，收錄於川井健 編講座 現代家族法 第三卷，第一八 頁、一九三頁註釋二，平文社，一九九二年二月二十五日一版一刷。

該判決認為：只要子女基於自由之意思而於第三人處居住，且第三人並無妨害監護教養權之意思，則親權人之請求即無理由。

該判決之事實<sup>47</sup>為：森永伊三吉與森石，係住於大阪之事實上夫妻，由於未能生育，故收養一女千代，並讓其入籍。由於二人並無婚姻關係，故不能由二人共同收養，名義上只能由伊三吉一人為千代之養父，是以，法律上伊三吉為千代之親權人。

過了幾年，千代五歲時，親子三人因故從大阪遷移至的家鄉，由於難以在該地維生，故不到一個月，伊三吉即孤身一人到大阪討生活，自此再也沒有與共同生活。

爭執之發生，原本並非爭取千代，反而是互相推責，由於當時經濟困難，為了生活，不得已必須到外面謀生的，覺得養育千代是個沈重的負擔，故欲使千代讓伊三吉撫養。而另一方面，伊三吉因認為千代終究非己身所出之子女，也不願撫養。使得千代必須託人定時穿梭兩地，由二人分別照顧。但後來到了千代六、七歲時，這種推責終於結束，因為，與千代逐漸厭惡伊三吉推責之態度，而對千代也逐漸產生同情心，因此，決定獨力撫養這個孩子。兩人也如此過了十餘年。

---

<sup>47</sup> 請參見田村五郎著，前揭書，第二四二至二四七頁。

惟千代十五歲時，與他們幾已斷絕往來的伊三吉，忽然來到 的住處，並以自己為千代之親權人為由，拿出了三千元即要強行將千代帶走。此時 縱然知道自己在法律上站不住腳，但仍然不願伊三吉這樣就將千代帶走，就與當地警局的相談室<sup>48</sup> 聯絡，雙方最後以 支付一百元為條件，讓千代自己決定未來設籍於伊三吉住處。但伊三吉事後仍不顧其約定，仍以自己為千代親權人之身分，向法院提起請求子女交還之訴。

這個事件與前述事件相比較，主要有二點不同，一為這個事件中，子女的年齡已達有足夠的意思能力決定自己是否要居住於第三人處；二為這個事件中，親權人顯然並無盡撫養子女照護義務之意思。

一審判決被告 勝訴，惟二審仍堅持形式主義之判決意旨，判決被告 敗訴。但 憑籍一審曾經勝訴之信心支持，決定提起三審上訴，希望能打破三審一向所堅持形式主義的看法。

而三審並非因這個判決，完全推倒一向堅持之形式主義，改採所謂自由意思論之見解，而是緩和原來的理論，其判決意旨主要為：即使千代居住於 之住處，其

---

<sup>48</sup> 「家事相談」，係指事件繫屬於日本家庭裁判所以前，由日本家庭裁判所所為之活動，既非審判手續，亦非調解手續，僅為廣義之家事審判制度上之一部事務。本文所指警察局內相談室所為之「相談」，與日本家庭裁判所所為之「家事相談」事務，應屬不同性質。請參見陳棋炎著，「家事裁判所之研究」，第五 至五四頁，司法行政部印，民國六三年二月。

居住也是基於千代之意思，      的「作為」自始至終並未妨害親權之行使，再者，      縱未行使排除千代離去其住處之義務，其「不作為」也非屬妨害親權之行使<sup>49</sup>，而判決被告      勝訴。

上述判決見解，迄大判昭和十三年三月九日<sup>50</sup>始加以確固，該判決要旨為：「子女若已具有辨別是非之意思能力，因基於自由之意思而選擇居所時，只要該居所適合子女之教養照護，親權人又無法說明為何基於居所指定權有更佳的方策，對於與該子女同居及養育子女之人，應非親權行使之妨害，故不得以此請求子女之交還。」據上所述，自由意思論於判斷子女交還之准否，逐漸占有重要之地位。

### 第三款 須交還子女之請求為親權之適當行使，而非親權濫用

---

<sup>49</sup> 穗積 判例民事法大正十二年度一一六事件，請參見田村五郎著，前掲書，第二四七頁。

<sup>50</sup> 島田充子著，前掲書，第一八頁、一九三頁註釋二；穗積 判例民事法大正十二年度一一六事件，請參見田村五郎著，前掲書，第二四八頁；村崎 滿著，「先例判例親權 後見 扶養法（增補版）」，第四十六頁，日本加除出版社株式會社，昭和五十三年九月二十日增補一版。

基於考量子女現在及將來利益及幸福之考慮，倘親權人之請求交還子女反於保護教養之目的者，應解為子女交還請求權之濫用，而不准其請求。<sup>51</sup>

此要件應為子女交還請求權理論上晚近產生之限制。考察日本過去的判例，濫用論之見解，當事人並非沒有提起，但都是發生於子女基於自由意思停留在第三人處之情形所生之爭議，惟即使如大審院新見解，僅認為子女之自由意思於必要時可以否定子女交還請求權之行使。對於子女交還請求權之存在為前提，卻因權利的濫用，而無法行使之理論則始終未觸及。事實上，濫用論之適用，不應與子女之自由意思混為一談，僅於子女的自由意思闕如，且限定於某些特定事由 例如：由親權人過去對子女養育情形足以顯示並無養育子女的熱誠、利用請求權利以掩飾自己欲藉子女圖利之事實、或親權人之生活環境原本即不適合子女的之教養等。此時始有探討適用濫用論之必要<sup>52</sup>。

日本有一代表性之判決，係大判昭和十六年九月九日判決<sup>53</sup>，此為大審院初次以濫用論論述之判決，該判決之事實略述如下：

---

<sup>51</sup> 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人著，前揭書，第三七四頁。

<sup>52</sup> 請參見田村五郎著，前揭書，第二四九頁。

<sup>53</sup> 請參見田村五郎著，前揭書，第二四九至二五二頁。

市用宗三與 ，係住於橫濱之夫妻，結婚數年後，市用宗三以 患有脊髓病半身不遂，需要調養一年為由，將 及當時兩人所生之四歲的洋子交給居住於長野縣伊那郡 之養父太田喜一處。別居後一個月，市用宗三即與一女服務生同居。有人將此情形通報予 ，並勸說 盡快將洋子送予市用宗三扶養，然而，市用宗三與該女服務生常常出去，不見蹤影，因無他法，故又送回長野縣繼續由 扶養。

兩年後，市用宗三與 兩人協議離婚，離婚後，當時六歲的洋子，其親權人依日本戰前民法規定，為其父宗三，惟宗三並未立即將洋子帶回自己居處，理由是洋子已經與 、太田喜一生活了二、三年，即將至入學年齡，屆時即可直接入學，且宗三與同居女友仍同居一起，並共同經營酒館，對於洋子也不適宜。

然而，因宗三對於喜一養育洋子期間，對於喜一的養育費用及是否採取進一步之適當措施皆不置一詞，喜一乃向宗三請求給付養育費，宗三對於養育費用始終不明確說明，但開始交涉請求返還喜一之事。後來雙方因爭執此事，由警方調解，只要宗三提出「感謝對於洋子的養育」之書面說明，即讓洋子隨宗三回去，宗三原本答應，未料後來反悔不遵守約定， 及喜一也當然態度強硬，不願讓洋子隨宗三歸返，宗三乃返回橫濱。

惟一年後，宗三到喜一的村落，將正在上學途中

之洋子帶回橫濱，非常傷心，央求喜一務必帶回洋子，喜一於十個月後，於橫濱上學途中與洋子相會，經洋子哭訴宗三並未認真扶養，且要求喜一帶她回母親處，喜一乃秘密與洋子約定地點，伺機又將洋子帶回。宗三知情後，透過其所工作之鐵道公司，交涉洋子之交還事宜，惟喜一因一方面宗三始終不願償還過去之養育費用，一方面也因洋子可愛，有了養育之情，遂不忍將洋子交予宗三。

因此，宗三以親權人之身分對喜一提起交還請求之訴。但一審及二審皆為敗訴。尤其二審，以宗三從來對於洋子之態度即違人情，且所經營之酒館，環境上也不適於洋子生長，再者，洋子雖僅四年級，但也漸具通曉人事之能力，其不願至宗三處居住，而欲與母親及祖父居住，應該尊重其意願，而認宗三之行為係親權之濫用而否認宗三之請求。宗三不服，具理由反駁二審之濫用論，惟三審即大審院依然不為所動，仍認宗三之請求係親權之濫用，其要旨為：法律上賦予親權人對於未成年子女監護教養之權利，其目的係保護子女，依原二審認定之事實，上訴人（即宗三）竟不顧已有辨別是非能力之洋子的意思，而強行違反子女之意思，且喜一所為確實以洋子之幸福利益為著想，宗三不顧喜一保護之意，以擁有親權為理由，而強為要求返還，故認本件之請求已超過正當親權行使之限度，其反對之理由自不足採，駁回宗三之上訴。

此判決係以交還請求權之濫用為其結論，然而，

洋子之自由意思仍為考量要素。與前面不同者為，此處之自由意思僅能做為親權是否濫用之考量因素，而非主要依據，此從二審判斷洋子之自由意思係漸通曉人事，未明白說明洋子即具有辨別事理能力即知<sup>54</sup>。因此濫用理論有別於子女之自由意思，也另外確立了子女交還請求權之判斷基礎地位。

## 第四節 本文之意見

### 一、子女交還請求權之性質與依據

關於子女交還請求權之性質學說，有以準於物權看法直接詮釋；有基於尊重子女人格之立場，認為此一請求交還權利係因基於他人妨害親權人之監護教養權行使，而得為妨害排除之請求；另有以訴訟法之立場，認為無意思能力之幼兒的請求交還，幼兒應為訴訟標的物，不能無視此點而認交還子女之請求一定就是妨害排除請求，故應依當事人之請求之內容來判斷究竟是物之交還請求權還是妨害排除請求權；亦有學者上開說法皆不適用。

---

<sup>54</sup> 請參見田村五郎著，前揭書，第二五三頁。

至於子女交還請求之主要依據，有認為是居所指定權行使的效果；有認為親權人本於其保護教養權（親權）。

本文認為：子女之請求返還應認為是第三人之妨害，而使親權人之監護教養權受到妨害，因此親權人得依妨害之態樣來行使妨害排除請求權。例如，第三人僅引誘未成年子女脫離家庭，而未加以抑留，或是以不良之行為示範而影響未成年子女，使親權人之監護教養權之行使受到破壞時，同理應該也可以行使阻止侵害之請求權。因此，妨害之態樣本來就是多種，不要為文字所惑，認為非得他人侵奪占有子女始有此請求權。此種依妨害態樣決定請求之方式，自與將子女當做物一般看待的觀念自不相同，也與直接強制之方法將子女當做物一般交還之基本看法不同<sup>55</sup>。

而本文不採子女交還請求權是基於居所指定權行使效果之學說見解，乃基於居所指定在子女有意思能力之情況下始有意義，況且居所指定權原本係舊有親權概念之一環而已，倘監護人之居所指定權被法院宣告剝奪，則是否從而使子女交還請求亦將失所依據？顯違一般常情，足見此說尚有未洽。

又關於親權人間因別居（我國尚無別居制度）

---

<sup>55</sup> 請參見於保不二雄、中川淳編，前揭書，第九五頁。

未共同居住，一方未經他方之同意即將子女置於支配之下，實務上母親私下將子女帶走之例子很多，此時，有實務採民國八十五年九月二十五日修正前民法第一千零八十九條之規定，認為因父母間關於行使親權之意思表示不一致，應由父親之意思來決定，故父親有權利請求母親將子女攜回。惟本文以為：修正前民法第一八九條須以雙方共同行使親權為前提，若因事實上之原因雙方因別居已不能共同行使親權，應非民法第一八九條所規範之事項。

本文認為：昔因權利體系中並未就父母子女間、夫妻間及家庭成員間對外之的作用，劃一為絕對之權利。故即使親子間得以民法第一五九條至一九條之規定予以規範，夫妻間有民法婚姻與夫妻財產制相關之規定予以規範，家制度亦有民法第一一二二條至一二八條之規定規範家長與成員間之關係，惟上開規定，均屬親子間、夫妻間或家內部間之權利義務關係。外人若以占有子女、與妻通姦或無正當理由將家庭成員與家分離之方式侵害上開三種成員間之關係，則所侵害者究係何種權利，實務上每每發生爭議。如親子間之關係，即生居所指定權說、父母對子女行使親權之意思表示不一致說、侵害父母對子女之保護教養權說等說法，已如上述。配偶間之關

係，亦爭論頗多，有實務見解<sup>56</sup>即認係侵害家庭生活圓滿幸福之權。惟均未能完滿說明為何對上開之親屬身分關係的侵害，即發生權利回復之請求。

本文認為：父母子女間、夫妻間及家長家屬關係因一定之身分關係而結合，並因此具有對外宣示他人不得任意侵害之外觀，若有加以侵害者，則被侵害人享有請求回復原狀之權利，此基於特定身分關係而生對外之權利作用，即為「身分權」<sup>57</sup>。從而，子女交還請求權之依據，即是因身分權遭受侵害所生之權利作用。

再者，身分權既可能遭受他人之不法侵害，所得請求回復原狀之態樣自屬多樣，請求返還不法占有之子女固為其一，排除他人之侵害亦應屬回復原狀之方法，故前揭交還子女請求權之性質，雖有物之交還請求權說、排除侵害說之爭議，惟均不過說明其中一部分權利行使之態樣。本文認為：子女交還請求權之性質，係身分權遭受侵害後所生之權利作用，對於有意思能力之子女，因尊重子女之自由意思，自不得以其人身做為權利之標的，只得排

---

<sup>56</sup> 請參見最高法院七十九年度台上第一四號裁判要旨：婚姻乃一男一女之兩性結合，以組織家庭，共同生活為目的。故有足以破壞共同生活或難以維持共同生活之情事發生，允宜許其離婚以消滅婚姻關係。民國七十四年六月三日修正公布之民法親屬編，就裁判離婚之原因，為應實際需要，參考各國立法例，增設民法第一千零五十二條第二項，明定有同條第一項以外重大事由，難以維持婚姻者，亦得請求離婚。是對於家庭生活之美滿幸福，有妨礙之情形，即得認其與此之所謂難以維持婚姻之大事由相當。

<sup>57</sup> 國內採相同見解之學者。請參見王澤鑑著，「侵權行為法（一）基本理論一般侵權行為」，第一六七頁，自版，一九九八年九月出版。

除第三人或無法對於未成年子女行使權利或義務之人對未成年子女之侵害，屬排除侵害請求權之性質；對於無意思能力之未成年子女，則因未考量子女之自由意思，得請求直接返還子女，此時即屬所有物返還請求權之性質。故以前揭第三說折衷說之看法較屬允洽。

## 二、子女交還請求允許之要件及基準

據上開第三節所述之學說與實務裁判，本文綜合子女交還請求要件之判斷情形如下：

1、不法侵害親權之要件：係由判斷是否為親權人，進而兼以判斷是否妨害親權人監護教養行使。

2、基於子女自由意思之要件：由昔日皆容認交還請求權之行使<sup>58</sup>，不論未成年子女有無辨別能力，或是否出於自由意思，進而轉變為重視子女之自由意思，且於判斷上交還子女之請求，占有重要地位。

3、須交還子女之請求為親權之適當行使，而非親權濫用之要件：濫用論之見解，多數發生於子女基於自由意思停留第三人處之爭議，惟應注意者，濫用論之適用，宜避免與子女之自由意思混為一談，僅於子女之自由意思闕如且限定某些特定事由，如由親權人過去對子女養育情形足以顯示並無養育子女之熱誠、利用請求權利以掩飾自己欲

---

<sup>58</sup> 大判大正十年十月二十九日判決認為：「幼兒違反親權人之A男的意思與女方居住，又有女方違反A男的意思容認的事實，故屬妨害A男親權的行使至明，不問上開幼兒是否有意思能力，或是出於自由之意思，A男均能以除去親權之妨害為由，要求子女的返還。」

藉子女圖利之事實、或親權人之生活環境原本即不適用於子女教養等。此時，始進而探討適用濫用論之必要。

上開三要件，較有疑義者為：關於第二要件，子女之自由意思於具體個案中應如何判斷？一般在身分法上之親屬身分行為，並無財產法上「行為能力」之適用<sup>59</sup>，純係以未成年子女判斷力之有無而決定所為之效力，故實際上，於訴訟程序應以什麼方法確認子女的意思，或者是意思形成之過程中是否皆出於自由之意思，皆係程序法上極難解決之問題。是以，本文將於交還子女請求之訴訟程序部分探討中詳論之。

### 第三章 子女交還請求之程序

---

<sup>59</sup> 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人著，前揭書，第二六頁。

考察日本立法例，關於子女之交還請求得利用之程序計有：民事訴訟法、家事審判法及人身保護法，各程序之適用各有優劣。惟近年來，重視基本人權保障更成為司法程序重心之一，不僅重視實體上之正義追求，程序正義之追求亦同需兼顧，是以，侵奪子女之事件發生時，得以利用司法裁判，而迅速、容易的回復，始為最佳之程序。觀察日本現況，發生子女交還請求事件，而依人身保護法請求之比例日漸增加，探究其原因，乃人身保護法之立法意旨即是以最迅速之方式救濟人身之侵奪<sup>60</sup>。本文擬分別說明日本立法例關於子女之交還請求得利用之程序，並探討我國目前關於子女交還請求權程序利用之情形。

## 第一節 日本立法例之考察

子女交還請求之程序如何？由於日本民法未如德

---

<sup>60</sup> 請參見日本人身保護法第一條，其規定：本法從日本國憲法保障基本人權之精神，依司法裁判，以迅速且容易回復國民現時、不當被剝奪之人身自由為目的。

國民法第一六三二條之明文規定，有關子女交還請求之性質、依據、要件，則隨著具體個案之複雜性與歷史發展之演進，衍生不一致之實務判決與學說見解，以致對子女交還請求之考量，除了終極以保護子女利益為核心之外，亦需兼顧迅速、容易之回復與程序保障，使得子女交還請求之程序呈現多元化，即有民事訴訟法、家事審判法及人身保護法之適用，此類案件也因此更形複雜，故本節就程序部分說明之。<sup>61</sup>

## 第一項 子女交還請求事件之裁判 管轄

日本實務界向以子女交還請求係親權人對於不法侵害親權之第三人請求排除侵害的程序，而主要程序係以民事訴訟程序為之，目前最高裁判所的判例見解仍沿襲此項傳統見解<sup>62</sup>。

---

<sup>61</sup> 德國民事訴訟法第六二一條規定：家事法院之管轄權、移送或送交婚姻事件法院。其中第一項第三款即明文：交付子女予父母之另一方之家事事件，專屬家事法院管轄。請參見司法院編印，「中德民事訴訟法對照表」，第三六三頁，中華民國七十九年三月。是以，考察德國立法例之結果，關於子女交還請求，德國因實體法已有明文，不若日本實務及學說見解因個案之複雜，有其不一致見解之發展過程，因此，有關子女交還請求之程序較為單純。

<sup>62</sup> 前揭註釋之大正一一年一月二九日判決，亦確立以民事訴訟程序為之之態度。目前最高裁判所的判例見解仍沿襲此項傳統見解，例如：最判昭和三五年三月一五

惟日本現行法又將關於離婚及婚姻撤銷之際，子女監護之處分（日本民法第七六六條、第七四九條）以及父親認領非婚生子女之際，關於子女之監護之必要處分的審判權限（日本民法第七八八條），劃歸由家事裁判所管轄（日本家事審判法第九條第乙類第四號）。而家庭裁判所關於子女交還請求事件有調停之權限（日本家事審判法第十七條）外<sup>63</sup>，關於是否得因上開家庭裁判所為上開監護之處分就得命子女之交還，從上開規定尚非十分明瞭。但是，由於從事家庭裁判所業務者多強力主張有此權限，故家庭裁判所於何範圍內得適用於子女交還請求之審判權限，乃產生了日本家庭審判事件與日本民事訴訟事件界限何在之爭議，此即所謂裁判管轄之問題<sup>64</sup>。依日本學者之分析，可分就下列各點加以探討：

（1）親權人、監護人對於非親權人、監護人請求子女交還之裁判管轄：

---

日民集一四卷三號四三頁、最判昭和三八年九月一七日民集一七卷八號九六七頁、最判昭和四五年五月二二日時報五九九號二九頁。請參見沼邊愛一著，前揭書，第二六七頁；吉田欣子著，前揭書，第一八頁。

<sup>63</sup> 得為日本家事審判法上之家事調解對象事件者，有得依家事審判手續處理者；有得依人事訴訟手續處理者；尚有得依通常民事訴訟手續處理者。而日本以事件有無紛爭性，將家事審判事項區別為甲、乙兩類，又依其家事審判法第十七條之規定可得知：甲類審判事件只可為審判對象，而不得依家事調解手續處理；而乙類審判事件，固得依家事審判手續處理，又得為家事調解手續之對象，而且在此場合，原則上仍應尊重調解，作為事件之解決方法。本文所指之事件，亦為乙類審判事件之範圍。請參見陳棋炎著，「家事裁判所之研究」，第五五至五七頁、一一頁、一二至一二三頁，司法行政部印，民國六三年二月。

<sup>64</sup> 請參見沼邊愛一著，前揭書，第二六八頁；吉田欣子著，前揭書，第一七九至一八一頁。

學說見解有二，分別說明如下：

第一說認為：子女交還請求權係親權人或監護人對不法占有子女之人行使自己之親權或監護權以排除妨害之請求權。因此，第三人抑或無親權或監護權之親屬不法占有子女，原本應為民事訴訟事項，惟由於家事審判規則第五十三條、七十條及七十二條第一項之規定，則例外地允許家庭裁判所於指定、變更親權人、監護人附隨的有可命為子女之交還之權限，故解為：家庭裁判所限於前開指定或變更的事件始附隨的對於子女交還有審判之權限。<sup>65</sup>

第二說則認為：親權人或監護人對於不法占有子女，且非親屬之第三人所為之交還請求，正是親權、監護權之妨害排除請求權，此項子女之交還事件為民事訴訟事件無疑。惟親權人或監護人對於無親權或監護權之親屬間所請求的子女交還（有監護權之父對於無監護權之母請求子女之交還），應為子女之監護問題，係日本民法第七百六十六條（包含同法第七百四十九條及第七百八十八條準用之情形）所規定之關於子女監護的處分，應解為屬於審判事項。<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> 支持此見解之實務為仙台高判昭和四五年十月十二日，收錄於判例時報第六二期五十三頁。支持之學者有：鈴木忠一著，「非訟事件 裁判 執行 諸問題」，收錄法曹時報第十三卷第十一期第二頁；國府剛著，「演習民法」（親族相續），第二六五頁。請參見沼邊愛一著，前揭書，第二六八頁與第二七二頁註釋十一。

<sup>66</sup> 東京家審昭和四一年四月十九日判決採之，收錄於家裁月報第十八卷第十一期五十八頁。贊成此說之學者有：佐久間重吉著，「判例 - 民法 親族」，第七一七頁；高木積夫著，「判例家事審判法」，第一卷，第一三三九頁。請參見沼邊愛一著，前揭書，第二六八至二六九頁與第二七二頁註釋十二；田中加藤男著，「子

上揭二說，日本學者多數以第二說為可採。由於此類親屬間請求子女交還事件，正是關於子女監護爭執之必要事項，故應儘可能交由關於家庭紛爭處理之專門裁判所處理，如此，方可活用家庭裁判所調查官之調查及醫官之診斷，積極考量子女福祉以決定最適宜之處分，此也是家事裁判制度創設之精神所在。並且，將此類親屬間之子女交還解為關於子女監護之必要處分，也與民法第七六六規定之解釋相符。亦即，擁有親權或監護權人對非親權或監護人所為之交還請求，依民法第七六六條之規定，根本上係與夫妻間之同居請求權性質相同。即親權人及監護人依其親權及監護權，原本抽象的具有子女交還請求權，但是，具體的子女之交還請求權應該經由當事人間之協議或家庭裁判所之審判或調停而形成關於子女監護之處分。上開第一說之見解，將子女之交還請求附隨於親權人及監護人之指定、變更之審判事件時，家庭裁判所始有裁判權之說法，其並無實體法上之依據，而僅靠規則之規定而認定係家庭裁判所之審判事項，殊有未妥<sup>67</sup>。只有將子女之交還解為屬民法第七六六條關於監護之處分，伴隨著親權人、監護人之指定、變更，並命子女之交還始較可採。同時也可用家事審判

---

引渡 求 裁判管轄權」，收錄於  
十四頁。

第二九 期，一九六四年，第七

<sup>67</sup> 請參見沼邊愛一著，前揭文，第二七 頁。

規則之規定予以說明。再者，父母之一方對他方所為之子女交還請求，多數都會聲請親權人變更，則該請求依同一程序處理，較為合理。

## (2) 婚姻中之父母對於子女交還之裁判管轄

日本民法第八百十八條第三項規定：「父母婚姻關係存續中，應由父母共同行使親權。」此即共同親權原則。然而，當親權共同行使原則之基盤崩毀時，即父母因不和為別居，致無法共同生活時，也會發生子女交還之問題，此時，即產生別居中之父母關於子女交還請求之裁判管轄問題，現將日本相關之學說見解說明如下：

第一說認為：既然無特別明文，即應將此類事件劃歸為訴訟事件。<sup>68</sup>

第二說認為：僅父母處於事實上離婚狀態，始類推適用民法第七六七條第一項及家事審判法第一項乙類四號之規定，因此，得將此類事件認定為審判事項，藉以定父母一方之監護，並命為子女之交還<sup>69</sup>。

第三說則認為：婚姻中夫婦間子女之交還，不問夫婦是否處於事實上離婚狀態，即應類推適用民法第七六六條第一項，家事審判法第九條第一項乙類四號之規定，解為審判

---

<sup>68</sup> 請參見我妻榮著，「親族法」，第三三一頁；山木戶克己者，「註釋親族法（下）」，第四八頁；田中加藤男著，「家事審判 民事訴訟 交錯 面 實務上問題（上）」 - 第六八號五頁；鳥取地決昭和四八年二月五日，收錄於判例時報七 號一一五頁。轉引自沼邊愛一著，前揭文，第二七三頁註釋十八、第二六九至二七 頁。

<sup>69</sup> 請參見田中加藤男著，前揭 第二九 期，第七十七頁。

事項<sup>70</sup>。

第四說認為：婚姻中夫婦間子女之交還，應認為係依民法第七五二條，家事審判法第九條第二項乙類第一號所規定之協力扶助處分，故應解為審判事項<sup>71</sup>。

上開四說，過去以第一說為通說，惟家庭裁判所漸以第三說為實務上之通說，並且有高裁判例為贊同見解。<sup>72</sup>

檢討上述四說，有日本學者認為第四說較為妥當，因別居中父母相互間之子女交還爭執，在日本法的確無特別規定。形式上看來，逕以適用離婚之際關於子女之監護的相關規定，而認為係審判事項似嫌牽強，是以，形式上不得不將之視為民事訴訟事項，故第一說應為正確。惟實質上而言，該婚姻中夫婦間子女監護之問題，與其在地方裁判所逕為法律上之判斷

，無寧交由家庭裁判所基於考慮子女之福祉為合目的之判斷，以期待充分發揮監護之機能始為妥當。雖然，家事審判須限於法律有明文規定之事項始屬於裁判管轄範圍，然

---

<sup>70</sup> 請參見沼邊愛一著，前掲文，第二七頁；吉田欣子著，前掲文，第一八一頁。

<sup>71</sup> 請參見國府剛著，前掲文，第二八八至二八九頁；沼邊愛一著，前掲文，第二七頁；吉田欣子著，前掲文，第一八一頁；野田愛子著「未成年子監護養子緣組紛爭紛爭處理展望」收錄於第五四期，一九七三年，第四十八頁。其中，採第三說之實務裁判舉例如下：東京家審昭和四四年三月二六日，收錄於家裁月報一七卷五號七一頁；東京家審昭和四四年三月二四日，收錄於家裁月報二四卷一二號九頁；大阪高決昭和四六年四月一二日，收錄於家裁月報二四卷一號五一頁；東京高決昭和四九年六月一九日，收錄於判例時報七四七號五九頁。

而，對於此限定，不能不否認於相當範圍內得合理類推適用民法及家事審判法之規定，但同時亦考量類推適用也有其合理之限度。若以第二說之見解做為限度

，則第三說似嫌類推適用超過了限度。因此，第四說以夫婦之協力扶助為內容，即使夫婦因不和而別居，因為仍須就子女之監護盡協力照護之義務，不論任何人為子女之監護，對於該費用應如何支付都應以協議決定之，若不能協議或無法調解時，家庭裁判所即應定之，並命以將子女交還予有監護權之一方的說法，較諸他說，顯較為妥當<sup>73</sup>。

### （3）親權人、監護人對第三人之子女交還請求

此種子女之交還事件，一般解為民事訴訟事項。但是，若第三人依民法第七六六條規定，經由當事人間之協議或依家庭裁判所之審判、調停後被指定為監護人時，親權人與被指定為監護人之第三人間，關於子女交還的糾紛事件，因涉及子女監護處分，則應解為係家事審判事項。問題是，第三人受親權人、監護人之委託或於為收養以前，已經有事實上照護看養子女之事實時，此時親權人或監護人對於該第三人請求子女交還時，其裁判之管轄如何？有認為<sup>74</sup>因民法第七六六條所規定親權與監護分離

---

<sup>72</sup> 請參見沼邊愛一著，前揭文，第二七頁。

<sup>73</sup> 沼邊愛一著，前揭文，第二七頁。

<sup>74</sup> 支持此見解實務裁判為：東京家審昭和四七年十一月六日，收錄於家裁月報二五卷一號七三頁。請參見高木積夫著，「判例家事審判法」，第一卷，第一三五至六頁。轉引自沼邊愛一著，前揭書，第二七四頁註釋二八。

之內容，故類推適用上開規定，而解為審判事項。惟日本民法第七六六條之規定是否得類推適用至如此廣泛之範圍？有學者<sup>75</sup>即抱有疑問。但是，如果思考：別居中、離婚或婚姻解消之際，抑或非婚生子女為父親所認領之際，原本均係親屬間關於子女之監護之紛爭，而與上述情形相類似的，因受監護之委託，或收養為前提而有實際上照看之事實，此第三人關於該紛爭應有法律之利害關係，而使之參加上開審判事件，命該第三人將子女交還予被指定為親權人或監護人之情形仍是有可能的，是以，於此限度內解為審判事項應可認同，但於其他情形，則應解為民事訴訟事件<sup>76</sup>。

#### （4）非親權人間子女交還的裁判管轄

大致有二情形，例如：父母離婚，由於被指定為親權人者後來死亡，由祖父母或伯母為該子女之監護養育，未被指定為親權人之一方為養育親生之子女，故請求子女之交還的情形。尚有另一情形：即當然為親權人之未婚母親死亡，祖父母為該子女之監護養育，父於認領該子女後，請求為子女之交還時。此種情況，因涉及親權人、監護人之指定或變更，故有請求子女之交還之必要，惟此種子女交還事件應解為民事訴訟事項<sup>77</sup>。

---

<sup>75</sup> 學者沼邊愛一對此提出質疑。請參見沼邊愛一，前揭文，第二七一頁。

<sup>76</sup> 請參見沼邊愛一著，前揭文，第二七一頁。

<sup>77</sup> 請參見沼邊愛一著，前揭文，第二七一頁。

總之，如上所述，考量子女交還請求事件之裁判管轄，訴訟與審判之間的關係應如何思考？哪些事項屬民事訴訟事項？哪些事項屬家事審判程序？應解為兩者係擇一關係。若判斷可能為家事審判事項時，即須從民事訴訟事項中除去。當然，在離婚、婚姻解消訴訟，裁判所得以判決定親權人、監護及其他關於子女監護之事項（日本民法第八一九第二項、人事訴訟手續法第十五條第一項）。此際同時對當事人命為子女之交還（人事訴訟手續法第十五條第二項、第五項），惟此乃由於家事審判因處理此類事件便宜上而予判決之故<sup>78</sup>。

再者，子女之交還請求事件中，即使被解為係屬於家事審判事件者，是否有交還子女義務之確認，則仍為民事訴訟事項。然而，有見解認為：形成關於子女交還之日時、場所、方法等具體內容，必要時可基於上開具體內容為給付命令處分，則應解為審判事項。此由於家事審判事件中主文規定，同居及婚姻費用如何分擔既不違憲而為之推理，此種見解是否妥當，實有疑問。無寧認為因家庭裁判所有關子女交還之審判，係關於親屬間有關子女監護紛爭之處分，並無將確定子女交還義務存否確認，尚需以其他訴訟程序予以確定之實益。是以，解釋上應認為立法者將親屬間關於子女交還之紛爭，依

---

<sup>78</sup> 請參見佐久間重間，「判例愛一著，前掲文，第二七四頁。

民法 親族」，第七一七頁。轉引自沼邊

民法第七六六條專委諸為家庭裁判所為子女之監護處分

79。  
。

## 第二項 子女交還請求行使之程序

### 第一款 依通常訴訟交還子女

子女還請求之訴訟程序並無明文，惟日本學說實務裁判亦肯定以通常訴訟程序為之<sup>80</sup>。例如：由親權者、監護者對第三人請求子女之交還，即依通常訴訟之程序請求。又如：第三人將未成年子女從親權者支配下奪取時，抑或是原委託第三人監護，嗣後取消該委託，惟第三人不願將該子女交還與親權者之情形等均屬之。<sup>81</sup>是以，若無特別規定，其程序逕依民事訴訟程序為之，由地方法院管

---

<sup>79</sup> 沼邊愛一著，前掲文，第二七二頁。

<sup>80</sup> 子女交還請求權，係親權人或監護人對不法占有子女之人行使自己之親權或監護權以排除妨害之請求權，應為民事訴訟事項。大正一年一月二九日判決，亦確立以民事訴訟程序為之之態度。目前的最高裁判所的判例見解仍沿襲此項傳統見解，例如：最判昭和三五年三月一五日民集一四卷三號四三頁、最判昭和三八年九月一七日民集一七卷八號九六七頁、最判昭和四五年五月二二日時報五九九號二九請參見沼邊愛一著，前掲書，第二六七頁；吉田欣子著，前掲書，第一八頁。

<sup>81</sup> 吉田欣子著，前掲文，第一七頁。

轄。<sup>82</sup>

然而，離婚之際，依判決指定一方為親權者，對他方要求子女之交還，則不在通常民事訴訟請求之列（人事訴訟手續法第十五條）<sup>83</sup>。

而離婚後，親權者向未成為親權者請求子女之交還，學說上尚未有明確之見解，惟目前在實務上將此類事件適用人事訴訟程序的例子並不在少數，故似以訴訟說為有力說。

## 第二款 依家事審判法之交還子女

家庭裁判所依審判手續處理之事件，係以列舉之方式規定於日本家事審判法第九條，非所規定者，則適用其他的程序，但是，離婚或婚姻之解消（日本民法七四九、

---

<sup>82</sup> 請參見於保不二雄、中川淳編，前掲書，第九八頁。

<sup>83</sup> 日本人事訴訟手續法第十五條規定：

夫妻之一方提起婚姻解消或離婚之訴時，裁判所得依其聲請，為子女之監護並定其他因附隨於子女監護之必要事項，或得為當事人一方對他方財產上之分配。

前項之情形，法院得對當事人命為子女之交付、金錢之交付、物品之移轉等其他之給付。前二項之規定需揭示於裁判主文。

前項之規定，家庭裁判所變更子女原監護人，附隨子女之監護而將子女監護移轉他方時，得為相當之處分。

前三項之規定，於婚姻解消或離婚之訴，裁判所定父母之一方為親權者，亦準用之。

七七一)、父之認領(同法第七八八條)則依民法第七六六條第一、二項、家事審判法第九條第一項乙類四號、家事審判規則第五三條、親權者之指定、變更(同法第八一九條),則依家事審判法第九條第一項乙類七號、家事審判規則第七條、第七條第一項、第五十三條;因皆係涉及子女監護之處分,故得請求為交還子女之審判。此時上開事件均屬家庭裁判所專屬管轄事項,而非訴訟事項<sup>84</sup>。惟有疑問者,家事審判法第九條之外的其他情況,亦會發生請求子女交還之情形,而且又會涉及家庭裁判所之審判權限者。至何種情形應適用民事訴訟,何種情形應適用家事審判程序,其相關紛爭已於前述,此不再贅述。

### 第三款 依人身保護法之交還子女

子女之交還所實施之民事訴訟、家事審判等程序,業已說明之,由於適用範圍見解不一,故留有究應採用何種程序以認定裁判管轄權的不安。相對於此,人身保護法,為保障基本人權,故以「對於現在且不當的人身自由

---

<sup>84</sup> 吉田欣子著,前揭文,第一七九頁。

之剝奪，由司法審判迅速的、簡易的回復為目的」之宗旨所制定之法律，不問請求者與拘束者或被拘束者間是何關係，任何人皆得對之請求。

另外，前述各程序，其判決、審判皆需相當之時間。惟與成年人不同者為，未成年人成長發育狀況往往對其未來有重大影響，是以，對於日日急速發育之乳幼兒，於該審理期間由誰並如何監護養育即成問題。再者，就執行方法言，直接強制方法本已遭強烈反對，即使是主張直接強制執行者，也無從否定有執行不能之可能性。而在別居中父母間爭奪子女之紛爭，由於其對立性甚強，故也不得不對該執行效果存疑。從而，前述之程序對子女之取回，尤需緊急取交幼兒之程序，而不能充分達成目的，故具有更能迅速且具實效性取交子女之方法，即人身保護法之程序，乃頗受人重視，而所受理的事件數也快速增加當中。

最高裁判所於人身保護法施行後不久，即承認該法得適用於子女交還請求事件，其見解很早就由判例加以確立<sup>85</sup>，而成為解決現今爭奪子女紛爭重要的方法。特別是

---

<sup>85</sup> 最高裁判所昭和二四年一月一八日，收錄於民集三卷一號一頁。此判例乃最早肯定人身保護法得適用於子女交還請求事件。請參見吉田欣子著，前掲文，第一九九頁；谷口知平著，「家族法判例研究」，第一八三頁，有斐閣，昭和五十六年十月三十日初版一刷；水野紀子著，「別居夫婦間 幼兒引渡請求 人身保護法」，收錄於 ，第九五頁，民法 11；床谷文雄著，「子 監護權 有 者 監護權 有 者 對 人身保護法 基 幼兒 引渡 請求 場合 拘束 顯著 違法性」，收錄於民商法雜誌第一一三卷第一期，第九頁，一九九

關於共同親權者間子女交還，由於交還請求權之依據現仍付之闕如，故會產生前述應適用何程序管轄之問題。而依人身保護法尋求救濟之事件增加，由判例確立判斷基準之案例亦正逐漸累積當中。只不過應如何活用此程序，以因應子女交還請求事件，及隨著家事審判法保全處分功能逐漸強大，相互間應如協調等問題，今後也勢將成為眾多議論的焦點<sup>86</sup>。

#### (一) 人身保護法程序的特性<sup>87</sup>

##### 1、迅速性、容易性

法院關於人身保護事件，有迅速裁判之義務，其審理、裁判不問受理前後，應優先於他事件迅速為之（人身保護規則第一一條）。法院為審問，須指定一定日時、場所傳喚當事人到庭，惟原則上，審理期日須在請求日期後一週內進行（人身保護法第十二條第四項），法院並可命拘束人於其指定之日時、場所，使被拘束人出庭，同時並提出答辯書，而該命令書之送達與審理期日之間距須僅有三天（人身保護法第二條第四項前段）。從而，法院若不能於請求之同時進行其程序，則勢必於一週內無法進行審理期日。且依審理結果，若判斷請求有理由，可依判決直接令拘束人將被拘束人釋放（人身保護法第十六條第三

---

五年。

<sup>86</sup> 請參見吉田欣子著，前掲文，第一八八頁；谷口知平著，前掲文，第一八六頁。

<sup>87</sup> 請參見吉田欣子著，前掲文，第一九一頁。

項)。與民事訴訟法等程序不同的是：請求之際，即需提出足以釋明之資料（人身保護法第五條、人身保護規則第七條），此外，判決宣判日須在於理期日終結後五日內為之（人身保護規則第三十六條），此也是為了實現迅速性之要求所設。另外，為達能使人身自由容易回復之目的，只需以釋明之方法證明為以足。（人身保護法第一五條、人身保護規則第二十九條第一項、第二項）。

## 2、實效性

法院得指定日時、場所傳喚請求人或代理人、被拘束人及拘束人，此際對於拘束人，得指定其時間於指定場所使被拘束人出庭（人身保護法第一二條第一、二項人身保護令），不從命令者，得拘提該拘束人，或以命令扣留之，或處以罰鍰（人身保護法第十八條）。若有將被拘束人移動、藏匿、隱避及其他足以妨礙此法律之救濟行為者，則處以刑罰（人身保護法第二十六條）。此種刑事罰係一種間接強制執行而以判決內容實現之方式。此外，因承認後述之假處分（人身保護法第十條），故頗具實效性，也滿足迅速性之要求。

## 3、律師強制

此種請求程序，若請求人無法親自為之，須由律師為代理人（人身保護法第三條）。如前所述，審問期日被拘束人須與代理人同時出庭，無選任代理人時，法院應選任律師為代理人（人身保護法第十四條 國選辯護人）。

被拘束人因與請求人不同，該法認為其具有實質上之當事人地位，為於審理中反映其意思，必須由其律師陳述意見才行。而子女交還請求之個案，身為子女代理人之律師，其功能對於該子女之福祉至為重要。

#### 4、暫定性

由個案，監護人之指定、變更及其他請求，其判斷應由訴訟、家事調停（審判）決定的，故人身保護法之措置，不能不否認較諸前開程序是較不嚴謹的。

#### （二）人身保護法之適用

##### 1、當事人與程序

人身保護法規定「若非因法律上之正當程序，而受身體自由之拘束者，得依此法律之規定，請求救濟。」（同法第二條第一項）及「任何人被拘束者，得依前項規定請求之。」（同法第二條第二項）。是以，不論子女交還請求之當事人，即請求人、拘束人間是親權人、非親權人、甚至非親屬之人皆無妨，任何人皆可對之請求，並且不因個案之類型而否定某些當事人有交還請求權。因此，通常父母間會發生究竟應適用民事訴訟法？抑或家事審判法？或指定監護人等須獨立請求子女交還之考量，而此程序則可避免上述程序上之猶豫，而有其便利處<sup>88</sup>。

此外，與他程序不同者為，於此程序中，由於被拘

---

<sup>88</sup> 吉田欣子著，前揭文，第一八九頁。

束人為實質上之當事人，故審理期日被拘束人得請求選任代理人出庭，若被拘束人未選任代理人時，法院也應替其選任律師做為代理人（人身保護法第一四條、人身保護法規則第三一、第三四條）。

## 2、要件

### A 有人身之拘束

即需有拘束人對被拘束人拘束之事實為要件。拘束人必須有逮捕、扣留等拘禁剝奪身體自由或限制之行為。對無意思能力之子女監護，其行為之性質上與「拘束」相當，此時，其監護方法之當與不當，或者是否出自愛護子女之行為為判斷基準。至有意思能力之子女，係徵詢拘束者後，經拘束者之同意而留滯於拘束者處，則該滯留係基於子女之自由意思，就不該當此要件之「拘束」。而有意思能力之子女表達希望經拘束者之同意而滯留於拘束者處，即推定依其自由意思滯留於拘束人處<sup>89</sup>。

### B 拘束的違法性

即上述之拘束須非基於法律之正當程序（人身保護法第二條第一項）。

### C 違法性須顯著

日本人身保護規則第四條規定，拘束或者關於拘束之處分，違法性須為「顯著」始得請求。然而，由人身

---

<sup>89</sup> 吉田欣子著，前掲文，第一九二頁。

保護法第二條規定只要「未依法律上之正當程序」即得請求救濟。因此，關於兩規定之適用關係，可分為三種見解：第一說認為：人身保護規則第四條與人身保護法第二條於抵觸之限度內為無效<sup>90</sup>；第二說則認為：前者於「顯著」之限度內可充為後者的實體要件，故為有效<sup>91</sup>。第三說認為：前者只是在規定形式要件，故屬合憲等見解<sup>92</sup>。判例也認為幼兒之交還請求「適用規則第四條之制約是當然的<sup>93</sup>」，「凡對於子女之請求交還，顯然不違反子女之幸福，被請求人之拘束即顯有違法性<sup>94</sup>」，「只要將子女交還請求人，不明顯違反他方之意思，未依適法程序，將本應服共同親權之子女為排他之監護，自難謂為適法親權之行使，由於在其監護下，很明顯的，若夫婦之他方監護可得謀子女之幸福，即可認對該幼兒無拘束之權限顯著矣<sup>95</sup>。」，以此說明以「顯著」為要件之立場。

### 3、無其他救濟方法

當有其他適當方法可達成救濟之目的時，即不能依此程序請求救濟。惟其他程序，若非於相當期間內不能

---

<sup>90</sup> 田中英夫著，「人身保護手續」，收錄於「新實務民訴講座8」，第四一八頁，日本評論社，一九八一年。

<sup>91</sup> 最高裁判所昭和二八年四月二六日判決，收錄於民事裁判選集第九卷第十期第一四五三頁。

<sup>92</sup> 長谷部茂吉編，「列高裁判所判例解說民事編」，昭和三 年度，第一六九頁。轉引自吉田欣子著，前掲文，第二 二頁註釋八九。

<sup>93</sup> 最高裁判所昭和三三年五月二八日判決，收錄於民事裁判選集第一二卷第八期第一二二四頁。

<sup>94</sup> 最高裁判所昭和四七年七月二五日判決，收錄於判例時報第六八 期第四二頁。

達成救濟目的，亦不得依此程序救濟（人身保護法第四條但書 補充原則）。是以，依人身保護法救濟，係非常例外之情況，故須以其他程序不能達其目的為必要。但是，子女交還請求是否一定要該當此要件？如前所述，民事訴訟、家事審判、調停等請求交還子女之程序，甚至包括保全程序，都需耗費相當之期間。皆無法像人身保護法有如此迅速之保障，再者，由於執行方面也有問題，關於受監護條件之影響，幼兒等子女交還，該當於該要件個案很多，關於與審判前保全處分間之關係，判例曾有見解表示：「即使得申請依家事審判規則第五十二條之二之假處分為之，一般而言，尚難如人身保護法這般能迅速且有效地達到被拘束人救濟之目的是明顯的。」因此，實務態度是同意依人身保護法請求的<sup>96</sup>。

#### 4、判斷基準

人身保護法中，關於原本屬父母共同監護，而後來發生父或母侵奪的情形，日本最高裁判所亦一向秉持「父母之一方對於他方，基於人身保護法，請求交還共同監護之幼兒時，使父母何者監護，應適切著眼子女於何者之拘束狀態下較為幸福而定，以決定請求之准駁」<sup>97</sup>，因此，日本最高裁判所對於父母間子女交還請求紛

---

<sup>95</sup> 最高裁判所六一年七月一八日，收錄於民集第四 卷第五期。

<sup>96</sup> 最高裁判所六一年七月一八日，收錄於民集第四 卷第五期。

<sup>97</sup> 高裁判所昭和四三年七月四日判決，收錄於民集第二二卷第七期第一四四一頁。

糾之案例，係就子女之幸福程度為判斷。換言之，不僅只考量子女於拘束者之監護狀態下是否幸福，尚須綜合比較當事人雙方之監護狀態統合判斷。

於上述比較考量之際，下列原則為法院判斷之基準：

#### 監護者優先原則

若紛爭發生於離婚後之父母親，且係其中之一方有監護權的情形下，原則上會支持親權人或監護權人的交還請求<sup>98</sup>，而駁回非親權人或非監護權人之請求。

#### 母親優先原則

由於子女於幼小階段養育階段，母親參與的比重顯然較大，故裁判曾認為：母親未有疾病、貧困或從事違反風俗之職業，而於母親充分照顧下成長，是子女的幸福<sup>99</sup>。日本最高裁判所也認為：原審認為，就一歲之幼兒言，應由其母親監護、養育為原則的認定基礎，並非可非難。惟隨著幼兒的年歲逐漸長大，父親的比重亦應隨之增加等語<sup>100</sup>。均足認日本實務界承認判定時有參酌母親優先原則。

#### 子女生育環境之繼續性及安定性

#### 子女之意思

---

<sup>98</sup> 最高裁判所昭和四七年七月二五日判決，收錄於家裁月報第二五卷第四期第四頁。

<sup>99</sup> 東京地裁昭和四八年三月二九日判決，收錄於判例時報第七一七期六八頁。

<sup>100</sup> 最高裁判所昭和四六年一月二一日判決，收錄於判例時報六五八期第三三頁。大阪地判昭和五三年七月十一日判決，收錄於判例時報九一八期第九六頁。

人身保護法之立法意旨，原本即針對拘束人對被拘束人之拘束係違背被拘束人之意思，而提起之人身保護請求，故身為被拘束人之未成年子女的意思，在此法適用判定中，特別具有重要性<sup>101</sup>。

拘束開始時之手段方法  
監護能力

由於子女交還請求，確具有實效性、急迫性及事發當時強制力實施妥當性與否之特性，故子女交還與否之判定中，對於子女人身自由福祉之考量，自較監護之考量為重。此乃交還子女請求與單純監護權糾紛不同之處。

## 第二節 我國子女交還請求之程序 利用

### 第一項 前言

關於子女交還請求所生之爭議，須經法院裁判時，

---

<sup>101</sup> 最高裁判所六十年二月二十六日判決，收錄於家裁月報第二十四卷第七期第五七頁。

就應踐行何種程序？依民國八十八年二月三日修正前之民事訴訟法第五七二條二項規定可知：夫或妻得於婚姻事件程序中（包括婚姻無效、撤銷婚姻、確認婚姻成立或不成立、離婚及夫妻同居之訴），合併提起交還子女（解釋上包括監護子女在內）<sup>102</sup> 非婚姻事件之訴。因此，關於父母對於子女監護所生之爭議，如父母間有婚姻事件之訴繫屬於法院，得於該訴訟程序合併提起交還子女或監護子女之訴。換言之，即完全適用民事訴訟法之程序。惟父母間若無婚姻事件有關訴訟繫屬於法院，僅對於交還子女部分發生爭議，而須法院裁判時，參以民法第一九條所定請求法院宣告停止父母親權或撤銷停止父母親權之宣告，並依民事訴訟法第五九二條之規定，屬於應踐行民事訴訟程序之範圍。惟有關子女監護之爭議，有時也是子女交還請求之前提問題，於非訟事件法第七十二條第一項卻明定：「未成年人無民法第一九四條監護人時，得由利害關係人聲請法院指定之。」使得此種聲請事件，當涉及

---

<sup>102</sup> 本文認為：實務上向所討論之監護子女請求與本文所探討之交還子女請求，雖皆基於追求「子女最佳利益」為依歸，且實務上兩者之判定，方法上也大致相同。惟兩者仍有不同處，茲比較如下：

- 一、監護子女之訴係形成之訴，交還子女之訴係給付之訴。
- 二、監護子女之訴無強制執行之問題，交還子女請求則有強制執行之問題。
- 三、監護子女之訴，訴訟主體多為夫妻，惟交還子女之請求，除離婚後之父母外，常發生第三人侵奪之問題。
- 四、監護子女之訴，係決定子女監護之歸屬，一般須經過詳密之調查始能酌定，故較無急迫性；至交還子女之訴，雖也常常涉及監護權之歸屬，而須經過詳密的調查始能為之。然亦有未就監護權為爭執者，如第三人侵奪子女之場合，則交還子女之訴即有其緊急性。

未成年子女監護之問題時，依同條第二項之規定，屬於非訟法院管轄之事件，而應踐行非訟事件程序。是以，依民事訴訟法第五七二條第二項及第五九二條所定子女監護事件屬民事訴訟程序，而非訟第七二條所定為未成年子女指定監護人事件則適用非訟事件程序，亦即，我國也發生與日本立法例複雜多元之類似情形，致頗生爭議<sup>103</sup>。另於結婚遭撤銷時或養父母與養子女間發生子女監護之紛爭時是否適用民事訴訟程序，及子女交還請求另涉及緊急救濟途徑，在修正前均未有明文，亦造成當事人間相當大之困擾。

為因應夫妻離婚關於子女監護紛爭之一次解決，民國八十五年九月二十五日修正公布之民法親屬編，刪除第一五一條之規定，並修正民法第一五五條，且增訂第一五五條之一及第一五五條之二，其擴大適用之範圍，由過去僅適用夫妻離婚時子女之監護，尚擴及於結婚經撤銷時及養子女與養父母之關係（民法第九九九條之一第二項、同法第一七七條）。有關子女監護之紛爭皆適用此規定。申言之，即第一五五條至第一五五條之二之規定，於婚姻無效、撤銷婚姻、確認婚姻成立或不成立、離婚或夫妻同居之訴訟中，夫或妻合併提起交還子女之訴，法院對於監護子女之裁判，固應適用前述各該規定，為定

---

<sup>103</sup> 請參見民事法律專題研究（十六），第二九至三三頁，司法院編印，民國八十八年六月。吳明軒先生講述「有關家事事件程序法修正」之內容。

監護權歸屬之標準，即使夫或妻提起獨立之交還子女或子女監護之訴，亦適用前開之規定。而參以前開之規定，民法第一五五條規定：「夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之（第一項）。前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之（第二項）。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者，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（第三項）。前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法（第四項）。法院得依請求或依職權，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。但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之（第五項）。」同法第一五五條之一規定：「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。」同法第一五五之二條規定：「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。」此配套之措施，均強調法院職權之大幅介入，使子女監護事件之非訟性質益為彰顯。換言之，基於子女利益保護思想，由法院主動積極的尋求對子女利益保障最佳之監護方式，也使過去單純須透過民事訴訟法始能實現權利之思考遭受挑戰。

因此，為配合民法第一五五條至第一五五條之二之修正，將父母對於未成年子女監護事件非訟化，民國八十八年二月三日併修正非訟事件法，增列第七一之一至七一條之十，改依非訟事件程序處理未成年子女監護事宜；並規定所處理之子女監護事件，非以因夫妻離婚所衍生者為限，以擴大其適用之範圍。僅於另有以監護子女前提之民事訴訟繫屬於法院時，始應與該前提訴訟合併處理，以免滋生不同程序裁判矛盾之現象，因而於民國八十八年二月三日同時修正民事訴訟法第五七二條、第五七四條、第五七九條及第五九六條之規定，並增訂第五七二條之一、第五七五條之一及第五八二條之一，藉資配合，使能調和民事訴訟程序與非訟事件程序。

## 第二項 民事訴訟法之交還請求

### 一、於婚姻事件中得否附帶提起子女交還之訴

子女交還請求目前在訴訟上，通說認包含於子女監護之訴，故一般學者皆以子女監護之訴的提起探討做為代表<sup>104</sup>，此合先敘明。

民國八十五年修正後民法第一五五條一項所定「夫妻離婚」，應包括兩願離婚及判決離婚在內，惟於判決離婚之場合，必須法院依其請求為准予離婚之判決確定後，始生民法第一五五條一項所定因離婚而衍生未成年子女監護之問題。

惟夫妻之一方是否得利用其已提起離婚之訴程序，以訴之變更、追加或提起反訴之方式，提起監護子女之訴？關於此一問題，民國八十八年二月三日修正前民事訴訟法第五七二條之內容並未明白規定。學者均將修正前民事訴訟法第五七二條第一項、二項之規定綜合觀之，同條

---

<sup>104</sup> 請參見吳明軒講述，關於夫妻離婚後未成年子女監護之訴訟，民事訴訟法研究會第六十五次研討紀錄，收錄於法學叢刊第一七二期，第一三五頁。另外，最高法院二七年上字二七九號判例、最高法院八一年台上字四一八號判決、最高法院八四年台上字二一二號判決、最高法院八五年台上字二五一四號判決、最高法院八五年台上字一七號判決，皆提及監護訴訟與交還子女間之關連，二者間之判斷標準似無具體之區別。

第一項規定：「婚姻無效或撤銷婚姻，與確認婚姻成立或不成立及離婚或夫妻同居之訴，得合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之變更、追加或提起反訴」。同條第二項並規定：「非婚姻事件之訴，以交付子女（以下省略）之請求為限，得於前項之訴合併提起，或於其程序為訴之追加或提起反訴」而解為在民事訴訟中得以追加之方式追加子女監護或子女交還之訴<sup>105</sup>。惟於民法修正後，立法者修訂民法第一五五條及第九九九條之一之規定後，確認請求法院酌定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法事件，含有非訟性質，原則上固應依非訟事件法聲請法院定之，惟於當事人提起撤銷婚姻或離婚之訴時，如嚴格限制當事人須俟前開訴訟判決確定後再另行聲請法院裁定，不但增加當事人及法院之勞費，同時亦使當事人與法院無法於此等訴訟中，一併就未成年子女權利義務行使或負擔之問題通盤考慮，核嫌未洽，乃明訂撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得于第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法<sup>106</sup>（第五七二條之一第一項）。又依修正後民事訴訟法第五百七十二條之一第五項之規定，同條第一項之規定於婚姻無

---

<sup>105</sup> 請參見吳明軒講述前揭紀錄，收錄於法學叢刊第一七二期，第一三六頁。

<sup>106</sup> 請參見王甲乙、楊建華、鄭建才著，「民事訴訟法新論」，三民書局，民國八十八年二月版，第六九 至六九一頁。

效、確認婚姻成立或不成立或夫妻同居之訴準用之，故所謂婚姻事件之訴，應包括婚姻無效，撤銷婚姻、確認婚姻成立或不成立，離婚及夫妻同居之訴五種在內，且許當事人得就其中二種至五種合併提起，縱原告以一訴主張數項標的之原因事實自相矛盾，亦非屬限制之列；並許當事人就其中五種事件，於第二審言詞辯論終結前，為訴之變更、追加或提起反訴，不受任何限制。揆其立法原意，係以一次訴訟，徹底解決因當事人婚姻關件而衍生之糾紛。因此縱使非婚姻事件如監護子女之訴之提起，基於避免迭起訴訟，有害公益，應得於前開婚姻事件程序中為訴之變更、追加或反訴<sup>107</sup>。

依修正後之規定，未成年子女監護事件，若要與婚姻事件之訴合併提起，則必須具備左列要件<sup>108</sup>：

（一）須當事人提起撤銷婚姻或離婚之訴

關於未成年子女監護事件，原則上屬於適用非訟事件法之範圍，必須當事人提起撤銷婚姻或離婚之訴，始有與未成年子女監護事件合併裁判之必要。<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> 請參見吳明軒講述前揭紀錄，收錄於法學叢刊第一七二期，第一三六頁。

<sup>108</sup> 請參見吳明軒著，「有關家事事件程序法之修正」，收錄於民事法律專題研究（十六）司法院司法業務研究會第三十五期研究專輯，第四五至四七頁，司法院編，八十八年六月。

<sup>109</sup> 此向為我國實務對於該條非婚姻事件合併提起的看法，即認婚姻事件既由夫或妻起訴者，依民事訴訟法舊規定第五百六十五條第一項應以其配偶為被告，則夫或妻於婚姻事件中，依同法第五百六十八條第二項合併提起非婚姻事件之訴，自亦僅能本於該夫妻間之法律關係，向其配偶為之。請參見最高法院三一年度上字第 一四號判例。

(二) 須夫妻有子女尚未成年

夫妻結婚後，並未生有子女，或雖有子女業已成年，均不生監護子女之問題，故以夫妻生有子女尚未成年為必要。

(三) 須夫妻附帶為監護未成年子女之請求

提起婚姻事件之訴之當事人，於離婚之訴限於夫妻；於撤銷婚姻之訴，或為夫妻、或為第三人，其由第三人起訴者應以夫妻為共同被告（民法第九八九條至九九九條、民訴第五六九條）。然在婚姻事件之訴訟中，得附帶為監護子女之請求者，以夫妻為限，至其為原告或被告，在所不問；此與訴訟程序中，僅原告得為請求之情形截然不同。

(四) 須於第二審言詞辯論終結前附帶為未成年子女監護之請求

撤銷婚姻或離婚之訴提起後，夫或妻附帶請求監護未成年子女，須於第一審言詞辯論終結前為之；如於第一審未為此項請求，只須第二審言詞辯論終結前附帶請求監護未成年子女，亦無不可。此觀民事訴訟法第五百七十二條第一項所定當事人得於第二審言詞辯論終結前為訴之追加之立法本旨，益臻明顯。

(五) 須法院認婚姻事件原告之訴為有理由

必須夫妻離婚，始生法院依民法第一五五條至第一五五條之二定未成年子女監護之問題；必須夫妻間之

婚姻經撤銷，法院得依民法第九九九條之一準用第一五五條至第一五五條之二定未成年子女監護之歸屬。準此，在原告之訴提起撤銷婚姻或離婚之訴後，如法院認原告之訴為無理由而為駁回之判決，其訴既經駁回，夫妻間之婚姻關係仍然存續，自不生依民法第一五五條至第一五五條之二定未成年子女監護之問題；此時，即無附帶請求監護未成年子女之必要，夫或妻所為此項附帶請求，應因原告之訴經駁回而當然失其效力，法院對之並無合併裁判之義務。必須法院認原告之訴為有理由，夫妻間之婚姻關係，得因判決之確定而消滅，此種情形，法院始得依夫或妻之附帶請求，定未成年子女監護及其內容。

## 二、請求交還子女訴訟中之酌定

於請求監護子女或交還子女之訴訟中，法院得依請求或依職權，為子女之利益，酌定監護權誰屬及監護權之內容及方法。法院為此項裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情況，參考社工人員訪視報告，尤應注意下列事項：（1）子女之年齡、性別、人數及健康情形。（2）子女之意願及人格發展之需要。（3）父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。（4）父母保護教育子女之意願及態度。（5）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（民法第一五五條之二）。

法院酌定未成年子女之監護權誰屬時，得將子女判

歸夫妻之一方監護；並得依請求或依職權為未行使監護權之一方，酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。如夫妻雙方均不適合行使監護權，或不適宜做為交還之對象，法院應依子女之最佳利益，並審酌民法第一千零五十五條之一所列各款事項，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（民法第一一五五條之二）。

因民法第一一五五條第一項規定，法院得無待請求而依職權為子女監護之酌定，在依請求酌定時，僅須依民法第一一五五條第一項、第四項、第五項、第一一五五條之一及第一一五五條之二，為子女之最佳利益，酌定監護權誰屬並其監護之內容及方法即可，不受原告所為應受判決事項聲明之拘束；如不依原告之請求酌定時，亦無駁回原告其餘之訴之必要。<sup>110 111</sup>

雖民事訴訟法第五百七十五條之一明白規定法院依職權調查證據之方式，惟監護子女之訴或交還子女之訴在性質上究屬於非訟事件，僅因紛爭一次解決之原則，故便宜上附隨於婚姻事件提起，基於子女利益保護之思想，法院於審酌該等案件時，不宜與適用非訟事件程序時有所分

---

<sup>110</sup> 請參見「民事訴訟法研究會第六十五次研討記 - 關於夫妻離婚後未成年子女監護之訴訟」，第一三七頁。收錄於法學叢刊第一七二期，民國八十七年十月。

<sup>111</sup> 此觀念與分割共有物之訴，法院依原告（共有人）之請求，為分割共有物之判決時，所定分割共有物之方法，不受原告所為應受判決事項聲明之拘束，同出一轍。如不依原告請求定分割方法，亦無須以判決駁回原告之其餘之訴。請參見二九年上字第一七九二號判例、六九年四月一五民事庭會議決議（二）。

別，而依相同之詳密調查程度審酌。故民事訴訟法第五百七十五條之一之規定原則上應規定為準用非訟事件法第七十一條之四之規定即足，而無庸另為規定。

### 三、附帶請求交還未成年子女事件之程序

附帶請求監護未成年子女事件於民事訴訟中附帶提起，當然適用民事訴訟程序。除適用通常訴訟程序外，並優先適用關於婚姻事件之訴之規定，為監護未成年子女之特別需要，民事訴訟法另設若干特別規定，以供適用。

#### （一）附帶請求之程式

當事人提起民事訴訟法第五六八條、第五八九條或第五九二條之訴後，其為當事人之父母（原告或被告）依同法第五七二條之一第一項規定附帶請求交還未成年子女，原屬非訟事件，然仍應類推適用民事訴訟法第二百四十四條第一項之規定以請求。另外，並須依非訟事件法第一三條第一項所定非因財產關係為聲請之標準繳納裁判費。

#### （二）附帶請求審判之形式

當事人於民事訴訟附帶請求監護子女，應行公開審判；因婚姻事件涉及家庭秘密或個人隱私，不宜在公開法庭審理，當事人得合意不公開審判；所為此項合意，應向法院陳明（民事訴訟法第五七四條第四項）。

#### （三）辯論主義之例外

關於認諾、捨棄、訴訟上自認及不爭執事實之效

力之規定，於第五七二條之一之事件準用之（民事訴訟法第五七四條第四項）。未成年子女監護事件，法院得斟酌當事人未提出之事實，並應依職權調查證據（民事訴訟法第五七五條之一第一項）；法院為裁判前，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見；或囑託其進行訪視、提出調查報告及建議（民事訴訟法第五七五條之一第二項）。法院如斟酌當事人所未提出之事實，於裁判前，應令當事人有辯論之機會（民事訴訟法第五七五條第二項）。前述各該規定，於第五八九條及第五九二條之訴附帶請求準用之（民事訴訟法第五九六條第一項）。

#### （四）附帶請求之假處分

法院對於未成年子女權利義務之行使或負擔，得依聲請或依職權命為必要之假處分（民事訴訟法第五七九條第一項）。法院命為假處分，準用第五七五條之一之規定。

#### （五）附帶請求之程序視為終結

父母或未成年子女於判決確定前死亡者，關於附帶請求之本案視為終結。（民事訴訟法第五八條）

#### （六）法院之裁判

當事人提起民事訴訟法第五六八條、第五八九條或第五九二條之訴，並依第五七二條之一規定附帶請監護未成年子女。法院經調查結果，如認原告之訴為無理由，應以判決駁回之。此種情形，對於當事人提出之附帶請求無

須裁判<sup>112</sup>。反之，法院如認原告之訴為有理由，應為其勝訴之判決，並就附帶請求依民法第一五五條至第一五五條有關規定酌定對於未成年子女監護之歸屬、內容及方法。在父母均不適合行使權利之情形，法院依民法第一五五條之二選定父母以外適當之人為監護人時，應先徵詢被選定人之意見（民事訴訟法第五七二條之一第三項），所為裁判，不受當事人聲明之拘束（民事訴訟法第五七二條之一第四項）。

#### 四、對於附帶請求監護終局判決之救濟

法院認原告之訴為無理由，就當事人提出附帶請求無須裁判。當事人對於該終局判決提起上訴，附帶請求亦生移審之效力。反之，法院認原告之訴為有理由者，應為其勝訴之判決，同時就附帶請求以判決定對於未成年子女監護之歸屬、內容及方法，當事人對於第一審或第二審之終局判決，僅就本案部分提起上訴者，視為附帶請求部分已提起上訴（民事訴訟法第五八二條之一第一項），由上訴審法院就本案及附帶請求之全部合併裁判。反之，當事人或利害關係人僅就附帶請求部分之裁判聲明不服

---

<sup>112</sup> 請參見王甲乙、楊建華、鄭建才著，前揭書，第六九一頁。另外，實務亦採相同見解，臺灣高等法院於民國八十九年四月二十日以八十九年度（八九）院賓資律字第 四九三三號函轉最高法院民事庭會議就修正民事訴訟法關於附帶請求部分之決議文，其中決議八為：法院就前提訴訟認原告之訴無理由而為駁回之判決，原告對之提起上訴，當事人所為附帶請求，亦有移審之效力。其說明為：法院就前提訴訟認原告之訴無理由而為駁回之判決時，對於附帶請求無須裁判，不生對附帶請求聲明不服之問題。惟原告對於駁回其訴之判決提起上訴，應認當事人所為附帶請求，亦有移審之效力。

者，本案部分之判決因未上訴而告確定；此時，關於附帶請求部分已由判決程序轉變為單純的非訟事件，嗣後當事人或利害關係人如對於附帶請求部分之判決聲明不服，應適用關於抗告程序之規定（民事訴訟法第五八二條之一第二項）。縱令對之提起上訴，亦應視為提起抗告，嗣後完全依非訟事件程序處理。<sup>113</sup>

### 第三項 非訟事件法之交還請求

未成年子女監護事件，亦包含交還子女訴訟中定子女監護權之部分。民法親屬編於民國八十五年九月二十五日修正公布有關夫妻離婚子女監護權之歸屬及婚姻關係存續中父母對子女親權之行使，以「子女最佳利益」為依歸，並規定未有監護權之一方享有會面交往權。惟民法親屬編屬實體法，欲落實該權利義務落實，需依靠法院之裁判，而民國八十八年二月三日公布修正之民事訴訟法與增訂之非訟事件法，明定對於未成年子女權利義務之行使或負擔之酌定、改定及變更以及扶養費之給付均為非訟事

---

<sup>113</sup> 請參見吳明軒著，前揭「有關家事事件程序法之修正」，第四十八頁至五頁。

件，此後，提起離婚訴訟，可以將財產分配、贍養費、子女監護權、扶養費一併提起，俾一次婚姻糾紛，一次解決。

而民法因前開修正，法院為保護未成年子女之最佳利益，應依聲請或依職權，介入父母與未成年子女間之權利義務關係，此為修正前之舊法所無，為落實民法修正後新法之規定，有修正非訟事件法相關程序之必要。從而非訟事件法成為酌定子女監護事件之根本規定，析其修正後之重要程序規定，有<sup>114</sup>：

一、未成年子女監護事件（含交還子女訴訟中定子女監護權之部分）之範圍

依八十八年公布增訂非訟事件法第七十一條之一第一項規定：「民法第一千零五十五條所定夫妻離婚有關對未成年子女權利義務之行使或負之酌定、改定或變更事件，由未成年子女住所地之法院管轄」。依該規定，僅限於民法第一千零五十五條所定夫妻離婚有關對於未成年子女權利義務之行使或負擔之酌定、改定或變更事件有其適用，所適用之範圍過於狹小。因此，本法第七十一條之九規定：「第七十一條之一至前條之規定，於婚姻無效或撤銷、確認婚姻不成立、與法院宣告停止親權、監護權及非婚生子女經認領時，有關對於未成年子女權利義務之行

---

<sup>114</sup> 請參見司法院印，「家事非訟事件之研究」，收錄於司法研究年報第十八輯第四篇，第一二一至一二六頁，中華民國八十七年六月出版；尤美女著，「家事審判邁向新紀元」，中國時報第十五版，八十八年一月十七日。

使負擔事件，準用之」。將適用非訟事件法之關於未成年子女監護事件，擴及離婚以外包括婚姻無效、撤銷、確認婚姻不成立、法院宣告停止親權、監護權、非婚生子女認領時對於未成年子女監護之爭執，以期周延。

## 二、子女交還事件之管轄

民法第一千零五十五條所定夫妻離婚有關對於未成年子女權利義務之行使或負擔之酌定、改定或變更事件，由未成年子女住所或居所地之地方法院管轄（非訟事件法第七十一條之一第一項）。同一事件數法院俱有管轄權者，關係人得任向其中一法院為監護子女之聲請，並由受理在先之法院管轄之。但法院得依聲請或依職權以裁定將事件移送於認為適當之其他法院管轄（非訟事件法第三條第二項）<sup>115</sup>。<sup>116</sup>

## 三、子女交還事件之當事人

非訟事件法第七十一條之一所定夫妻離婚及第七十一條之九所準用之未成年子女監護事件，依民法第一千零五十五條第一項至第三項及第五項規定，其聲請人原則上為父母，並包括養父母在內（民法第一千零七十七

<sup>115</sup> 請參見吳明軒著，「民事調解、簡易及小額訴訟程序」，第二三頁，五南圖書出版有限公司，民國八十八年九月初版一刷。

<sup>116</sup> 考察日本家事審判規則第八十二條與我國非訟事件法第七十二條、八十八年新增訂之非訟事件法第七十一條之一，分別以受監護人及未成年子女住所地之地方法院管轄，乃鑑於管轄應以受監護之未成人之利益為優先考量。請參見司法院印，前揭「家事非訟事件之研究」，第九八頁；立法院議案關係文書，院總第六五七號，政府提案第五七八六號之一「非訟事件法部分條文司法院草案條文對照」表之提案條文說明，第三五二頁，民國八十七年十二月二十三日印行。

條)。至父母之間有無婚姻關係存在則在所不問。並視個案具體情形不同，將聲請人例外地擴及主管機關、社會福利機構、未成年子女及其他利害關係人。若由父母之一方聲請法院改定者，應以他方為相對人；而由未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人聲請改定者，應以父母為相對人。<sup>117</sup>

#### 四、子女交還事件之非訟能力

非訟事件法第六條規定：民事訴訟法有關訴訟能力之規定，於非訟事件關係人準用之。準此，非訟事件之關係人必須能獨立以法律行為負擔義務者，以依民法享有行為能力之人為限，僅年滿二十歲及未成年人已結婚者，始足當之。惟在未成年子女監護事件程序，非訟事件法第七十一條之二規定：「子女為滿七歲以上之未成年人，於前條第一項事件（未成年子女交還或監護事件），有非訟能力。」授權有限制行為能力之子女以非訟能力，其立法意旨係以未成年子女監護事件涉及子女之切身利益，宜由子女親自參與非訟程序，故放寬其非訟能力之限制，以收保護子女利益之效。

依非訟事件法之規定，其程序之進行依序為：

##### （一）關係人之聲請

關係人為未成年子女監護酌定、改定或變更之聲

---

<sup>117</sup> 請參見吳明軒著，前揭書，第二三頁；司法院編，民事法律專題研究（十六）司法院司法業務研究會第三十五期研究專輯，第四三頁，八十八年六月。

請，應以書狀或言詞向管轄法院為之，其方式規定於非訟事件法第十三條、第十四條，並應依非訟事件法第一百零三條第一項、第一百零七條第一項準用民事訴訟費用法第二十九條規定預納裁判費用四十五元。

### （二）送達、期日、期間或證據法則之準用

依非訟事件法第十五條規定：民事訴訟法有關送達、期日、期間或證據及釋明方法之規定，於非訟事件準用之。

### （三）法院得斟酌事實及證據範圍之擴大

在民事訴訟程序，係採辯論主義，法院不得斟酌當事人所未提出之事實及證據。惟在非訟事件程序，改採干涉主義，於非訟事件法第十六條規定：「法院應依職權調查事實及必要之證據」。即法院為達成非訟事件目的之必要，得斟酌關係人所未提出之事實及證據，不受民事訴訟法第三百八十八條及第二百八十八條所定原則之限制。就未成年子女監護事件言，法院所得斟酌之事實及證據，應依實體法就各個聲請事件個案之內容、要件及其需要，無論事實或證據，均得依職權為必要之調查，以期發現真實。為達此目的，非訟事件法第七十一條之四第一項更規定：「法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見，或請其進行訪視，就民法第一千零五十五條之一所定事項，為事實之調查，並提出調查報告及建議」。其立法本旨係以主管機關及社會福利機構對

未成年人之保護，具有專業知識及經驗，徵詢或囑託其為處理前之調查，可收事半功倍之效。法院認有必要時，亦得命少年調查官就民法第一千零五十五條之一所定事項，為事實之調查（非訟事件法第七十一條之四第二項）。法院認為必要時，得通知主管機關或社會福利機構相關人員或少年調查官於其日到場陳述意見（非訟事件法第七十一條之五）。主管機關、社會福利機構或少年調查官所提出之調查報告及建議，均為法院定未成年子女監護之重要參考資料。

子女為滿七歲以上之未成年人者，法院就子女監護之酌定、改定或變更事件為裁定前，應聽取其意見（非訟事件法第七十一條之七）。滿七歲之未成年子女已有非訟能力（非訟事件法第七十一條之二），以保護其利益。但法院於裁定前聽取未成年子女之意見有礙難情形，或恐有害其健康者，不在此限（同條但書）。

#### （四）裁定前之保全處分

關於未成年子女監護之酌定、改定或變更事件，法院為裁定前，得依聲請為必要之保全處分（非訟事件法第七十一條之三條第一項）。法院就關係人此項保全處分聲請所為之裁定，無論准駁，均不得抗告（同條二項）。本條第一項所定之保全處分，其性質與民事訴訟法所定之保全程序頗相類似，故規定準用民事訴訟法保全程序之規定（同條第三項）。

## （五）法院之裁判

關於未成年子女監護之酌定、改定或變更事件，法院對於關係人之聲請應為處理，對之所為處分，無論准駁，均應以裁定為之（非訟事件法第二十條）。其所為裁定，有下列三種情形：

### 1、關係人之聲請不合法者

關係人向法院為未成年子女監護酌定、改定或變更之聲請後，法院調查之結果，如認其聲請為不合法者，應以裁定駁回之，並命聲請人負擔非訟程序費用（非訟事件法第八條第一項）。

### 2、關係人之聲請無理由

如關係人無聲請權，或雖有聲請權而不備聲請酌定、改定或變更未成年子女監護之要件者，即應認其聲請為無理由，以裁定駁回之。

### 3、關係人之聲請有理由

則依民法第一千零五十五條至民法第一千零五十五條之二有關規定，為未成年子女之最佳利益，以裁定定監護權歸屬並監護之內容及方法。法院為子女監護之酌定、改定或變更時，得命交付子女、未行使或負擔權利義務之一方與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分，並得訂定必要事項（非訟事件法第七十一條之六第一項），及命未成年子女之父母或父母之一方負擔非訟程序

費用（非訟事件法第七十一條一第三項）。<sup>118</sup>

（六）法院如為交還子女之裁定，是否有執行力？

依前所述，法院為未成年子女監護之酌定、改定或變更時，得命交還子女，則該交還子女之裁定，是否有執行力？換言之，即該命為交還子女之裁定，是否得為執行名義？

按強制執行，依左列執行名義為之：一 確定之終局判決。二 假扣押、假處分、假執行之裁判及其他依民事訴訟法得為強制執行之裁判。三 依民事訴訟法成立之和解或調解。四 依公證法規定得為強制執行之公證書。五 抵押權人或質權人，為拍賣抵押物或質物之聲請，經法院為許可強制執行之裁定者。六 其他依法律之規定，得為強制執行名義者。為強制執行法第四條所明定。除第六款之規定外，其他各款皆不適用於非訟事件法得為執行名義之情形，而依第六款之規定，在非訟事件法修正前，學者認所謂「其他依法律之規定」，係指如非訟事件法第十二條：對於費用之裁定，得為強制執行之名義。國家賠償法第十條第二項：賠償義務機關對於前項請求，應即與請求人協議，協議成立時，應作成協議書，該項協議書得為執行名義。鄉鎮市調解條例第二十四條第二項：經法院核定之民事調解與民事確定判決有同一之效力；經法院核

---

<sup>118</sup> 請參見吳明軒著，前揭書，第二一二至二一八頁。

定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書具有執行名義。刑事訴訟法第二百五十三條第三項：第二項第三款並得為民事強制執行名義。因此檢察官宜於刑事訴訟法第三百七十六條所規定之案件，參酌刑法第五十七條所列事項，認為以不起訴為適當，經告訴人同意，命被告向被害人交付相當數額之慰撫金，並附記於不起訴處分書內者，該不起訴處分書即得為執行名義<sup>119</sup>。似認須該其他法律應明定得為執行名義者，始符該款之規定。惟如前所述，交還子女之請求與監護子女請求最大之不同，在於交還子女仍需藉由公權力之介入，使為不法侵奪者所侵奪之子女得以回到應保護教養人之照護之下，是執行力之賦與是交還子女請求的重大課題，我國既於強制執行法已明定子女之交還得以直接強制之方法為之，且為達訴訟經濟之目的，則解釋上依非訟事件法所為交還子女之裁定，應認得為執行名義<sup>120</sup>。是此次

---

<sup>119</sup> 請參見張登科著，強制執行法，自版，中華民國八十六年二月修訂版，第四十九頁至第五十頁。

<sup>120</sup> 我國實務上關於實質上屬非訟事件，但依民事訴訟法之程序進行者，如共有物分割之訴，最高法院認為關於共有物之裁判，執行法院固得依強制執行第一百三十一條前項之規定，將各共有人分得部分點交之，惟此乃強制執行法為配合民法第八百二十四條第二項及第三項規定，以減輕訟累所為之規定。關於交付土地部分，因非分割共有物訴訟之標的，且未經裁判，自無既判力可言。倘依法應點交之共有人對於得依法點交之共有人有妨礙點交之實體法上法律關係存在，而該法律關係又未經法院於分割共有物訴訟中為實體權利存否之判斷者，揆諸強制執行法第十四條第二項之立法旨趣，應認債務人得就實體權利存否之爭執，提起異議之訴，以維護其權益（最高法院八十八年度台上字第五五七號判決參照）。換言之，交付部分在分割共有物訴訟中並非當然有執行力。從而，同屬非訟性質之交還子女請求（尤其在非訟事件法修正前），似應做同樣之解釋。惟在交還子女之請求，依立法意旨，似有

修正後之條文特於第七十一條之六明定：第一項之裁定得為執行名義等語，即符斯旨。

## 第四項 家庭暴力防治法之交還請求

家庭暴力防治法於民國八十七年五月二十八日經立法院三讀通過，於同年六月二十四日經總統公佈。該法立法目的係為促進家庭和諧，防治家庭暴力行為及保護被害人權益（家暴法第一條）而制定。其引進英美法系的保護令制度，是該法主要特色，主要目的即是欲以保護令<sup>121</sup>制度達到家庭暴力問題解決的急迫性、公益性及繼續性之需求，而成為我國公權力積極介入家庭事務之重要法制。茲就該法與子女交還事件說明之。

家庭暴力防治法之內容，可大要分為民事、刑事、

---

以一程序徹底解決相關紛爭之意，本文認為關於交還子女之請求依非訟事件法所為之判斷，主要爭點皆是子女監護之酌定、改定或變更，既已由法院就未成年子女之保護教養等諸般事項皆已審酌，則應屬業經審酌之事項，而承認具有執行力，尚無不妥。

<sup>121</sup> 所謂保護令，英文稱為 protection order, order of protection 或 protective order，係指法院所謂保護特定人使其免受侵擾、傳喚或發現真實（discovery）之命令或裁判而言。而家庭暴力事件中，則係指法院為保護特定人免受家庭暴力之命令或裁判而言，且保護令通常係由民事庭法官所核發，稱為民事保護令（civil protection order）請參見高鳳仙著，「家庭暴力法規之保護令探究（上）」，司法週

家事、防治服務等四部分，其中民事保護令部分又包括禁制令、逐出令、隔離令、費用負擔和治療等部分<sup>122</sup>。可謂就目前家庭成員間所可能發生之暴力行為，皆有相當週密之立法措施。由於家庭暴力防治法亦就家事部分有規範之內容：如法院於審理終結後，認有家庭暴力之事實且有必要者，應依聲請或依職權核發包括下列一款或數款之通常保護令：家暴法第十三條第六款：定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔由當事人之一方或雙方共同任之、行使或負擔之內容及方法，必要時並得命交付子女；家暴法第十三條第七款：定相對人對未成年子女會面交往之方式，必要時並得禁止會面交往；家暴法第十三條第八款：命相對人給付被害人住居所之租金或被害人及其未成年子女之扶養費。法院為保護被害人，得不經審理程序或於審理終結前，依聲請核發暫時保護令。法院核發暫時保護令時，得依聲請或依職權核發第十三條第二項第一款至第六款及第十二款之命令（家暴法第十五條第一、二項）。

法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女（家暴法第三十五條）。法

---

刊，第七八 期第三版，民國八十五年六月十九日。

<sup>122</sup> 請參見潘維剛立法委員立法院第三屆第四會期第一次聯席會議紀錄發言紀錄。收錄於立法院公報第八十六卷第三十九期，第三 一頁。

院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人或會面交往之裁判後，發生家庭暴力者，法院得依被害人、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求為子女之最佳利益改定之（家暴法第三十六條）。法院依法准許家庭暴力加害人會面交往其未成年子女時，應審酌子女及被害人之安全，並得為下列一款或數款命令：一、命於特定安全場所交付子女。二、命由第三人或機關團體監督會面交往，並得定會面交往時應遵守之事項。三、以加害人完成加害人處遇計畫或其他特定輔導為會面交往條件。四、命加害人負擔監督會面交往費用。五、禁止過夜會面交往。六、命加害人出具準時、安全交還子女之保證金。七、其他保護子女、被害人或其他家庭成員安全之條件。法院如認有違背前項命令之情形，或准許會面交往無法確保被害人或其子女之安全者，得依聲請或依職權禁止之。如違背前項第六款命令，並得沒入保證金（家暴法第三十七條）。各該條均與我國目前關於子女交還請求之行使有相當密切之關係，因此本文亦專就此部分之規定專章加以論述。

#### 一、民事保護令事件之性質

保護令係法院於家庭成員間發生家庭暴力時，根據有聲請權人之聲請，經審理程序（家庭暴力防治法第十三條第一項之通常保護令及本法第十五條第一項之暫時保護令）或不經審理程序（家暴法第十五條第一項之暫時

保護令)，依聲請或依職權核發本法第十三條第二項各款內容，用以規範並調整相對人、被害人及其他利害關係人間關係之命令，其性質原則上應認為係屬非訟事件，而適用非訟程序法理<sup>123</sup>。其理由為：

1、就立法目的言：保護令之核發，目的在於「促進家庭和諧，防治家庭暴力行為及保護被害人權益」（家暴法第一條），是以，保護令之核發，應兼顧公益性、迅速性及繼續性之要求，性質上宜適用較可達到上述要求之非訟程序為處理。

2、就本法明定之審理程序所適用之原則而言：

為易於發動職權，配合迅速、簡易之要求，並利於維護私密及法院之通權達變以發現真實，家庭暴力防治法第十二條第一項規定「保護令事件之審理不公開」，限制一般公開原則之適用。

再者，家庭暴力防治法第十二條第二項前段規定「法院得依職權調查證據」，換言之，縱使當事人主張之事實或未提出之證據，法院仍可依職權蒐集與調查，即採職權探知主義。

另外，家庭暴力防治法第十三條第二項及第十五條第二項，均明文法院得依聲請或依職權核發保護令，即明定法院裁判之內容，不受當事人聲明之拘束，乃限制處分

---

<sup>123</sup> 請參見沈方維著，「民事保護令事件之性質及其程序法理初探」，收錄於「全國律師」，一九九九年七月，第九頁。

權主義之適用。

## 二、保護令核發事件應由何種法院處理

決定保護令核發事件應由何種法院處理，涉及探討保護令事件為狹義民事事件抑或家事事件之實益。

關於此問題，國內有學者主張民事保護令核發事件為狹義民事事件，應由法院民事庭受理；有主張保護令核發事件為家事事件，應由家事法庭受理<sup>124</sup>。

關於民事保護令核發事件應由何種法院處理？

家庭暴力防治法並未明文，惟通常保護令與暫時保護令之核發程序應以便民、馬上處理及二十四小時<sup>125</sup>服務為原

---

<sup>124</sup> 採此見解之學者有沈方維先生，其理由如下：

- 一、就本法規範目的及對象而言：依本法第二條第一項規定，其規範目的重在家族關係之調整，對象亦係家庭成員，具有濃厚之人倫關係及公益色彩，故性質應屬於家事事件。
- 二、就內容而言：依本法第十二條第一項、第二項前段之規定，可知與人事訴訟程序相呼應，與一般民事訴訟事件之公開審理原則、辯論主義及言詞審理主義有別。
- 三、自制度目的及審理原則觀之：核發保護令之目的，係規範持久性、繼續性之法律關係，與一般民事訴訟之目的，係認定過去事實，確定既有私權關係及形成永久性之法律關係不同；又法院於辦理民事保護令事件，有較大之裁量權，且具有迅速性及隱私性之強烈要求，與一般民事事件（狹義）採用處分權主義、辯論主義、言詞審理主義及一般公開主義等顯有不同。
- 四、就外國立法例而言：國外曾有部分案例，係因法院或第三者介入家庭暴力之處理，致施暴者深覺在家中之權威遭受挑戰，精神上無法適應，反而激化暴力行為，造成無法彌補之不幸後果者。是故在保護令制度實施多年之美國部分州之實務操作上，亦鑑於專業法庭處理保護令事件之積極成果，而漸採專業法庭處理保護令之模式。

請參見沈方維著，前揭文，第十頁；高鳳仙著，「家庭暴力防治法規專論」，五南圖書出版有限公司，民國八十七年十月初版一刷，第二四四頁。

<sup>125</sup> 依家庭暴力防治法第十五條之規定，法院於受理暫時保護令聲請後，依警察人員到庭或電話陳述家庭暴力之事實，有正當理由足認被害人受家庭暴力之急迫危

則。惟我國目前並未設置專責法院，且法院並非皆置有家事法庭之情形下，衡諸權宜，目前暫可分別考慮由法官值班、專人或專股辦理等因素，而由民事法庭、簡易法庭或家事法庭處理之。<sup>126</sup>

### 三、家庭暴力防治法關於子女交還之規定

#### (一) 依據

家庭暴力防治法所稱之家庭暴力者，既係家庭成員間實施身體或精神上不法侵害之行為（家庭暴力防治法第二條第一項），所稱家庭成員亦包含未成年子女（同法第三條第一項規定），故不僅是家中配偶間之暴力行為，即使未成年子女若遭受暴力行為，亦得依家庭暴力防治法第九條第三項所規定：「被害人為未成年人，身心障礙者或因故難以委任代理人者，其法定代理人、三親等以

---

險者，應於四小時內以書面核發暫時保護令，因此，若無二十四小時之服務模式，恐無從達成上述要求。再者，依現代婦女基金會綜合自民國八十一年迄八十七年之個案討論記錄得知，家暴事件之發生，常發生於星期例假日及晚上，是以，若無全天候之服務功能，則難以真正落實家暴法之立法目的。請參見張錦麗著，「淺談司法單位如何妥適落實家庭暴力防治法」，收錄於全國律師，一九九九年七月號，第三九頁。

<sup>126</sup> 學者多數主張宜設置專責法庭處理保護令事件。由於此類事件之處理，除需具備法律之專業外，因涉及家庭成員間人倫關係之調整，常需借重社會學、心理學、精神醫學、輔導與諮商等非法律專業，而且，為避免再次傷害以及使司法人員發現更多真實，負責此類事件之司法人員，應瞭解家庭暴力防治法之精神與內涵、家庭暴力之本質、成因與防治概況、被害人與加害人之解析、家庭暴力防治機構之認識與聯繫、家庭暴力處理之知能，以及審判過程中，訊問之相關技巧及注意事項。是以，認為專業與專責之司法人員乃專責法庭之最重要基礎。以美國紐約州之家庭暴力重罪法庭（Felony Domestic Violence Court）為例，資源協調者之功能即是負責彙整相關專業輔導、治療機構或假釋人員提供之專業意見，並於開庭前交給法官，以作為審判之重要參考，即為適例。請參見沈方維著，前揭文，第十頁；張錦麗著，前揭文第三九至四頁。

內之血親或姻親，得為其向法院聲請保護令」，聲請民事保護令。法院於審理終結後，得對於子女之監護或會面交往等問題核發保護令，依家庭暴力防治法第十三條第二項第六、七、八款規定：「法院於審理終結後，認有家庭暴力之事實且有必要者，應依聲請或依職權核發包括下列一款或數款之通常保護令：六、定暫時對未成年子女權利義務額行使或負擔由當事人一方或雙方共同任之、行使或負擔之內容及方法，必要時並得命交付子女。七、定相對人對未成年子女會面交往之方式，必要時並得禁止會面交往。八、命相對人給付被害人住居所之租金或被害人及其未成年子女之扶養費」。又即使因事態緊急，法院亦得對上開子女之交付為暫時保護令之核發，家庭暴力防治法第十五條第二項即規定：「法院核發暫時保護令時，得依聲請或依職權核發第十三條第二項第一款至第六款及第十二款之命令」。再法院依家庭暴力防治法之判定將對於子女監護或權利義務之改定產生影響，家庭暴力防治法第三十五條即規定：「法院依法為未成年子女配定或改定權利義務之行使或負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女」。第三十六條規定：「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人或會面交往之裁判後，發生家庭暴力者，法院得依被害人、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關

係人之請求為子女之最佳利益改定之」。

### （一）法院之審酌

請求子女交還之事件，有時以判定子女監護權之歸屬為前提，惟若又結合家庭暴力因素者，於此場合，法院之審酌如何？分別就美國與我國現況說明之：

#### 1、美國現況

美國各州約在一九七〇年以後陸續改採無過失離婚法制，在此之前之過失離婚法制下，父母親之道德問題為法官判決離婚與子女監護之重要審酌因素。改採無過失離婚法制後，法官為子女監護權之判決時，以子女之最佳利益為判決標準，父母間之關係在子女監護判決時已愈來愈不重要。直到最近，法官為判決時並不重視父母之道德性，而是仔細分析家庭暴力對子女之影響，並將此併入子女最佳利益之判決標準中<sup>127</sup>。不過並非所有法院及立法機關均願於子女監護問題上考慮家庭暴力因素，至一九九二年止，共有三十二個州及哥倫比亞特區制定子女監護法規，要求法院為子女監護權與探視權之判決時應考慮家庭暴力因素<sup>128</sup>。

法院判決方面，由於法官依最佳子女利益原則，對於監護判決之家庭暴力因素有自由裁量權，致各法院判

---

<sup>127</sup> Cahn, supra note 4, at 1043-1044. 轉引自高鳳仙著，前揭書，第四四頁註釋七十六。

<sup>128</sup> J. Hart, supra note 1, at 29. 轉引自高鳳仙著，前揭書，第四四頁註釋七十七。

決十分分歧，有認為家庭暴力對子女有重大危害而將監護權判予被害人，有些則認為家庭暴力對子女影響不大或毫無影響。而且，一般而言，上訴法院除認地方法院有濫用自由裁量權或顯然違背證據法則情勢外，多不願廢棄地方法院之判決，故各法官對於家庭暴力之認定並不一致。而法院之所以不重視家庭暴力之原因，其理由大致為：認為家庭有其隱私，公權力介入過深。未能正確瞭解家庭暴力及受虐配偶，認為受虐配偶既未離開施虐者，以此證明暴力並不嚴重或受虐者喜歡受虐待。認為受虐配偶之暴力陳述純屬謊言。<sup>129</sup>

## 2、我國現況

法院依家庭暴力防治法第十三條第二項第六款所核發之通常保護令與依第十五條二項所核發之暫時保護令所涉及命子女交還之事件，與定暫時對未成年子女權利義務額行使或負擔之人與行使或負擔之內容及方法，皆須具備家庭暴力之事實為前提，否則，應駁回保護令之聲請。惟法院之審酌要件因保護令之種類而異，申言之，於核發通常保護令之場合，法院認有家庭暴力之事實，且有必要者，應核發通常保護令（家暴法第十三條第二項）；而於核發一般性暫時保護令之場合，雖可參酌通常保護令之核發要件，然因一般暫時性保護令涉及暫時狀態之維

---

<sup>129</sup> 請參見高鳳仙著，前揭書，第二二頁。

繫，有其迅速性、簡要性之要求，似有降低「必要性」之程度，甚或僅有「家庭暴力之事實」即可視情形先行核發最適當內容之保護令，至有無「必要性」，則留待通常保護令審理程序中再為詳細審理認定之。<sup>130</sup>

此外，需進一步瞭解，法院就此類事件審酌是否核發保護令之際，未成年子女之最佳利益地位如何？換言之，家庭暴力防治法立法之目的仍著眼救濟事項之急迫性，惟命子女之交還或定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔之問題，皆涉及子女最佳利益之判定<sup>131</sup>，則是否因家庭暴力事件即將暴力之因素置於子女利益之前提，而得逕為判定？家庭暴力防治法雖未明文規定，惟自該法第三十五條、第三十六條規定之趣旨觀之，且參諸家庭暴力之施行者，確實於心理上或行為上往往非適合與子女共同生活之理由，似應肯定之。

家庭暴力防治法於我國施行迄今，除了對於配偶間之家庭暴力行為確具有明顯救濟之功能，關於本法第十三條第六款定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔以及必要時命交付子女之請求，此款保護令之核發於目

---

<sup>130</sup> 請參見沈方維著，「民事保護令運作模式之我見（下）」，司法周刊第九三三期，第二版，民國八十八年六月十六日。

<sup>131</sup> 法院依本法第十三條第六款前段核發保護令時，應考量未成年子女之最佳利益。子女滿七歲以上之未成年人，除有害其身心健康發展或有其他礙難情形者外，於核發保護令前，宜聽取其意見，亦宜聽取主管機關或社會福利機構之意見（請參見本法第十二條第三項之立法意旨）；而依本法第十三條第六款後段核發保護令時，宜指定特定時間，於特定地點為之。

前實務尚屬稀少<sup>132</sup>。惟此統計報告之數字，並非表示無此類事件之聲請，甚或認為此類事件之審酌毫無疑問<sup>133</sup>，而係法律要件之審酌與社會事實之拉距，是以，法院於審酌是否核發定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔以及必要時命交付子女之保護令，除了法律要件與婦女處境之考量外，子女之利益亦應併予審酌為是。換言之，除非司法人員能正確瞭解家庭暴力對受虐配偶及子女之影響，否則無法做出能阻止暴力並保護受虐配偶及子女之正確裁判。

### （三）執行之方式

#### 1、美國法制

警察機關有協助被害人執行保護令及執行保護令之權

法院核發保護令與暫時保護令之後，法院應迅速通知聲請人住居所轄區或執行該保護令轄區之警察機關（例如：依據 Santa Clara 郡之警員處理家庭暴力手冊之規定，警察有執行保護令之權；美國模範家庭暴力法第三六條第四項規定，法院應於翌日上班時間內將保護令正

---

<sup>132</sup> 請參見林慧瑜著，台北地方法院報告，「家庭暴力暨性侵害防治業務擴大聯繫會報工作報告」，民國八十九年。轉引自林芬菲著，「台北市婚姻暴力受虐婦女保護服務之實務介紹」，收錄於月旦法學，第五九期，二〇〇二年四月號，第八七頁註釋八。

<sup>133</sup> 有婦女保護服務工作者指出：許多婦女聲請第十三條第六款遭駁回之主要原因為子女不在婦女身邊，或是子女並未受到身體虐待。請參見林芬菲著，前揭文，第八五頁。

本送達聲請人指定之執法機關，並送達州政府登記處；加州民事訴訟法第五五條第一項規定，緊急保護令如係於下班時間核發，法院應命當事人或其代理人將該保護令之正本送達適當之地方警察機關），此外，警員於執行保護令與暫時保護令之前，法律規定「應」或「得」先確認保護令之存在及有效性，其確認方式通常係以電話向警察局、郡登記處或核發保護令之機關查證。

#### 違反保護令與暫時保護令之逮捕

關於違反保護令與暫時保護令之逮捕，警員如有可能理由（probable cause）認受命令之人已違反命令時，「應」為或「得」為無令狀逮捕（warrantless arrest），此視法律之規定為之（例如：加州民事訴訟法第五四六條規定，警員應用各種合理的方法（probable means）執行緊急保護令）。

#### 當事人之和解不影響保護令之執行

倘若當事人於事後已達成和解時，有些法律明訂，保護令與暫時保護令之執行力不因和解而受影響，和解亦不得作為犯罪之抗辯理由。

#### 違反命令罪之裁判是否有雙重危險法則之適用

違反命令罪之裁判是否有雙重危險（double jeopardy）法則之適用？申言之，依保護令與暫時保護令法規所進行之訴訟程序，並不排除其他民事及刑事救濟，但關於違反命令罪之裁判是否有雙重危險（double

jeopardy) 法則之適用而禁止再提起其他刑事訴訟問題？美國法院判決並不一致，是以，即使持肯定見解之學說，然為達防治家庭暴力之目的，有些被害人及檢察官藐視罪之審理程序中，會評估如果藐視罪成立，是否將導致嗣後無法就重罪或輕罪起訴之不良後果。而持否定見解之學說以為，如果有該原則之適用，則要求被害人在民事及刑事訴訟程序間選擇其一<sup>134</sup>。

## 2、我國法制

家庭暴力防治法第二十一條第一項規定：「保護令之執行，由警察機關為之。但關於金錢給付之保護令，得為執行名義，向法院聲請強制執行。」依此規定，關於金錢給付之保護令，當事人固得向法院聲請強制執行，此時法院即依照強制執行法之有關規定辦理。惟非關於金錢給付之保護令，當事人得向警察機關聲請強制執行，此時應依行政執行法之有關規定辦理<sup>135</sup>。

因此關於交還子女之請求，依家庭暴力防治法所為之交還並非依強制執行法之規定執行，而是依行政執行法之規定辦理。按行政執行法之規定，關於非屬於金錢給付之行為、不行為義務之執行，執行方法分為間接強制及直接強制。間接強制指代履行及怠金；直接強制理論上包括一切能達到執行目的之合理方法，依行政執行法第二

---

<sup>134</sup> 高鳳仙著，前揭書，第一五六至一五七頁。

<sup>135</sup> 高鳳仙著，前揭書，第一五八頁。

十八條第二項規定：所稱之直接強制方法如下：一、扣留、收取交付、解除占有、處置、使用或限制使用動產、不動產。二、進入、封閉、拆除住宅、建築物或其他處所。三、收繳、註銷證照。四、斷絕營業所必須之自來水、電力或其他能源。五、其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法。另有所謂即時強制，乃行政機關為阻止犯罪、危害發生或避免急迫危險，而有即時處理之必要時，所採取之強制措施（行政執行法第三十六條第一項參照）。即時強制之方法依行政執行法第三十六條第二項之規定，則包括：一、對於人之管束。二、對於物之扣留、使用、處置或限制其使用。三、對於住宅、建築物或其他處所之進入。四、其他依法定職權所為之必要處置<sup>136</sup>。再行政執行法究係針對人民負有公法上義務之強制履行而加以規範，對於家庭暴力防治法交還子女之人倫秩序之維持，並非所有之行政執行法所規定之執行方式皆適用之，故茲就何行政執行法之規定得適用家庭暴力防治法之規定探討如下：

#### 1、是否得適用間接強制之方式？

因間接強制之方式，依行政執行法第二十八條第一項所規定，係指怠金及代履行，除因子女交還請求係不可代替行為之請求，無代履行方式適用之餘地外，應有間接

---

<sup>136</sup> 吳庚著，「行政法之理論與實用」，自版，第四七二至四七五頁，民國八十八年六月增訂五版。

強制方式之適用。

## 2、是否得適用直接強制之方式？

子女交還是否得適用直接強制之方式？向有爭議，已如前述，惟家庭暴力防治法常涉及子女人身之掠奪或暴力之現時侵害，非賴公權力之直接介入，無法救濟。是解釋上應有直接強制規定之適用，惟是否所有之直接強制執行方法皆得適用，應就執行方法逐一討論：

扣留、收取交付、解除占有、處置、使用或限制使用動產、不動產：

因子女之交還，尤其是七歲以下無意思能力之未成年子女，對於受侵奪者，於必要時得收取交付、解除占有，但其餘之規定，應不在適用之列。

進入、封閉、拆除住宅、建築物或其他處所：

為達到使未成年子女脫離侵奪者支配之目的，必要時應得進入侵奪者住宅強制取交子女，至其餘執行方法應不在適用之列。

收繳、註銷證照：

此項執行方式，既與子女之交還無關，自不應適用。

斷絕營業所必須之自來水、電力或其他能源：

此項執行方式亦與子女之交還無關，自亦不在適用之列。

其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法：

因交還子女之請求，常涉及子女自由意思，侵奪者

之實力等諸般複雜因素，在執行方式上自應有一定之彈性運用，因時、地制宜之必要，自無強制規定一定之方式始得為之之必要。惟子女交還之請求既涉及人身自由與尊嚴之維護，自應本於人性尊嚴之維護，審慎為之。

### 3、是否有即時強制方式之適用？

換言之，是否於法院尚未發保護令之情形下，即由聲請機關逕行依即時強制方式即時為子女之交還？因子女之交還常涉及子女利益之判定，理應慎重為之，職是，即使家庭暴力防治法固為制止急迫之侵害，亦不宜在法院之判定前逕行以即時強制之方式為子女之交還。惟此並不代表子女遭他人之暴力侵奪即無救濟之途徑，因此類事件多已屬刑事案件，自應循刑事程序及時制止之。

## 第三節 小結

### 第一項 日本立法例三種程序之比較

上開三種程序之規定，使日本關於交還子女之請求

因個別事件種類之不同，而有不同的程序適用。惟對於子女交還事件之因應，究以何程序之適用較為妥切，本文茲試比較如下：

一、就程序的迅速性言：無論依人事訴訟程序或家事審判程序，皆須經過冗長的起訴、調查等過程，無法達到迅速救濟的目的，人身保護法則不問他程序是否受理，得優先於他事件，迅速為之。故就程序的迅速性言，要以人身保護法之保障較佳。

二、就程序的保護言：依家事審判程序，因家事法院具備充足之調查人員及相關社會工作人員，對於因家庭破裂父母間因離婚所生之子女交還問題，其保護自較為周到，至人身保護法因重迅速性，對於子女之權益考量則略顯粗糙。

三、就執行之效果言：適用家事審判程序或人事訴訟程序，因往往耗時過久，且事後僅能一般強制執行之規定進行執行程序，執行之效果自為不佳；人身保護法得迅速為之，並有人身保護法第二十六條之刑罰規定，造成義務人之心理強制，其實效性自較為顯著。

四、程序的安定性：家事審判程序與人事訴訟程序對於交還子女之請求得為終局之判斷，惟人身保護法之適用只具有暫定性，仍須待相關之訴訟程序確定當事人之法律關係，自較無安定性。

惟日本雖有上項三種程序以因應子女交還請求之事

件，然以事件之不同，適用不同程序之立法政策，固對於家事事件，得適用保護較周到家事審判法的規定，受到應有的程序保障。惟因事件之性質而強加區分適用之程序，亦衍生許多爭議。如前所述，婚姻中父母間關於子女之交還請求權事件，從前係以適用人事訴訟程序為通說，現在則以適用家事審判程序為有力說即屬著例。使事件適用程序之初，即受到裁判管轄範圍而紛爭不已，早已失去立法者設計之原意。是在立法政策上未若區分交還子女之請求事件是否因排除他人侵害而有訟爭性，或因形成交還（不拘束）狀態而不具有訟爭性，將之分為「訴訟法理」性質案件與「非訟法理」性質案件，分別適用解決紛爭的訴訟程序與確認私權的非訟程序，似較為明確。

日本立法例雖有事件適用程序不明之瑕疵，惟多元化的程序設計，也代表當事人救濟管道之增加，此點適足以顯示日本立法的周全性，值得讚許。

## **第二項 我國民事訴訟法、非訟事件法及家庭暴力防治法間之適用關係**

相較於日本人事訴訟程序與家事審判間發生裁判管轄之問題，我國民事訴訟法與非訟事件法之修正，卻不發生此項爭議，即民事訴訟法係專針對子女交還請前提之婚姻關係事件，為求紛爭一次解決，始准以附帶提起子女監護（含子女交還）之訴。至非訟事件法則因子女交還之前提部分並無訟爭，而專針對子女監護酌定的部分所進行判定之程序，是不似日本以事件之種類做為區分之標準，而依訟爭或非訟爭事項的不同而適用程序，故在立法上本文認為較日本之立法妥適。

我國在民事訴訟法、非訟事件法之修正，及家庭暴力防治法制定後，關於交還子女請求之程序適用，已日益周全，且各法皆有其特色，茲比較如下：

一、迅速性言：家庭暴力防治法之程序有緊急保護令之適用，遇有緊急事件時，能迅速請求法院救濟，達成及時救濟之功能。非訟事件法第七十一之三條第一項也規定有得為必要之保全處分之規定，民事訴訟法解釋上應能適用假處分之規定暫時保護子女，亦均有緊急救濟之功能。惟就迅速性言，仍以家庭暴力防治法之規定較佳。

二、實效性言：家庭暴力防治法適用行政執行法之規定為執行，對於執程序之規定較為周全，民事訴訟法與非訟事件法則均依強制執行法之規定為執行，執行之程序較不嚴謹。

三、安定性言：法院准以家庭暴力防治法之規定為子女之

交還，僅具有暫定性，對於私權之確認，仍須依民事訴訟法或非訟事件法之規定得到終局之裁判。前者之程序顯較不具安定性。

四、就程序之保障言：我國關於子女監護（含子女交還）酌定之事件，原則上以適用非訟事件法之規定為主，例外因紛爭一次解決之必要，始准於婚姻關件之事件中附帶提起。透過非訟事件法第七十一條之四至第七十一條之八之程序對於子女利益保護之規定，其程序保障自屬較佳。至民事訴訟相關子女監護（含子女交還）之部分解釋上亦應準用非訟事件法之規定，享有同樣的程序保障。家庭暴力防治法為因應事件緊急性之需求，自難如非訟事件般周全之程序保障措施，其程序的保障自較為不足。

綜上所述，由於我國立法於近年來有革命性之發展，子女利益保護之思想更加落實於實定法上，尤其是將子女交還事件歸類為非訟事件之領域，而詳加規定相關之程序保障規定，不僅對於子女之保護甚為周全，且同時杜絕日本立法例之弊病，實屬著佳之立法。至家庭暴力防治法雖於緊急救濟之範圍，不如日本人身保護法廣泛，惟該法構築我國交還子女請求緊急性執行制度之特色，仍是我國法制上之一大突破。



# 第四章 子女交還請求之強制執行與保全處分

## 第一節 日本立法例之考察

### 第一款 強制執行之方法

關於交還子女之強制執行方法，學說上主要的見解可分為下列三說：

#### (一) 直接強制說

認為子女之交還可將子女當成物一般看待，債務人應負有交還之義務。<sup>137</sup>

#### (二) 間接強制說

係以尊重子女的尊嚴為基本精神，認為將子女與物同視的看法並不妥當，故將子女之交還請求權認為係一種妨害排除之請求，與此權利相對之義務，應解為不得妨害親權人之不作為義務，由於此種不作為義務並不

---

<sup>137</sup> 田中加藤男，「監護處分—子 引渡 審判 直接強制 許 。許  
、 場合」，判例 250 號 (1970)，198 頁。

適用代替執行之方式，故應以間接強制的方式為之<sup>138</sup>。

### (三) 折衷說

可分為兩種看法：

- 1、即仍以直接強制之方式為原則，僅於有害於子女或債務人之人格尊嚴時，始以間接強制之方式為之<sup>139</sup>。此說於日本判決中也有支持見解<sup>140</sup>。
- 2、即考量日本民法第四一四條第三項<sup>141</sup> 適用該國民事執行法第一七一條<sup>142</sup> 規定之見地，關於子女交還之強制執行方法，主張「授權第一審之受訴法院斟酌未來的情形命為適當之處分」。於子女無意思能力時，親權人應僅能交還請求為之，此時判決即認得以直接強制執行之方式為之。若子女非無意思能

---

<sup>138</sup> 我妻榮，「親族法」，有斐閣，一九七八年，第三三二頁。

<sup>139</sup> 中川善之助編，「注釋親族法下（山木戶克己）」，第四九頁。轉引自吉田欣子著，前揭文第一七八頁註釋三十。

<sup>140</sup> 大阪高判昭和三十年十二月十四日，轉引自吉田欣子著前揭文第一七八頁註三一。該判決的見解認為只要幼兒因不法被誘拐的情形，而依直接強制執行之方式，從一般的道義感情或該幼兒的人權尊重的觀點，認為可以容認者，就應適用直接強制執行之方式，反之，則應適用間接強制之方式。

<sup>141</sup> 日本民法第四一四條第三項規定：不作為為目的之債務為執行者，得以債務人之費用排除其所為，且得請求對將來為適當之處分。

<sup>142</sup> 日本民事執行法第一七一條規定：

就民法第四一四條第二項本文或第三項規定請求之強制執行，由執行法院依民法規定所裁定之方法行之。

前項執行法院，依第三三三條第二項第一款或第二款所列執行名義，分別定該各款之法院。

執行法院為第一項之裁定時，須審問債務人。

執行法院為第一項之裁定時，聲請之債務人，就法院裁定所需之必要費用必須先行支付。

對於第一項或前項聲請強制執行之裁判，得為抗告。

第六條第二項有關對執行官援助請求之規定，於執行第一項裁定時准用之。

力時，即認債務人係忍受義務之違反，此時應認親權人之監護權行使受到侵害，認為親權人應得以自力救濟之方式，以實力奪還<sup>143</sup>。

關於強制執行之方式，以間接強制之方式執行，日本目前之學說界已有定論。有爭議者乃直接強制之方式是否可以做為子女交還之執行方式？日本民事訴訟法學者大部分都認為對於無意思能力之幼兒，當以間接強制之方式無法達到效果時，應容許以直接強制之方式達成交還子女之目的，換言之，即準用以物之交還為目的之債權之實現，由執行官將該子女強制取交予親權人<sup>144</sup>。另有學者認子女交還請求之本質係不作為之請求，故只能類推適用直接強制之方式，藉由執行官之執行，使債務人到庭，由國家公權力壓抑其抗拒，而取交子女於債權人<sup>145</sup>。除了上開二說外，也有折衷的見解認為：只有當幼兒係被不法引誘而為第三人支配之情形，此時若以直接強制方式，在一般國民感情上會被認同的，故此時始可用直接強制之方式，否則就只有用間接強制之方式<sup>146</sup>。還有將子女之交還請求權解為妨害排除請求權，只有當子女之交還時要第三

---

<sup>143</sup> 谷口知平著，「幼兒之引渡請求 人身保護制度等」，收錄於民商法論集，第三十八卷第六期，第一三一頁。

<sup>144</sup> 兼子一著，「增補強制執行法」，第二七八頁，酒井書店，昭和三十年。

<sup>145</sup> 中川淳、於保不二雄編，前揭書，山木戶撰寫，第一七頁。

<sup>146</sup> 大阪高等裁判所昭和三十年十二月十四日，收錄於高等裁判所民事裁判選集第六九二頁。千種達夫著「幼兒 引渡訴訟」，收錄於判例時報第一五六期第三頁。轉引自中川淳、於保不二雄編，前揭書，山木戶撰寫，第一七頁。

人容忍不抗拒而第三人違反該義務時，始要求國家的執行官到場，由執行官依其實力視其個案的情形決定為適當之排除處分<sup>147</sup>。其後也有主張從考量子女之福祉著手，認為須依個案的情形決定應採用什麼樣的手段。是以，依目前日本現行法，判決固可為妨害排除之主文，惟執行階段則交由法院依其裁量為適宜之決定<sup>148</sup>，故於目前日本現行法上關於子女交還之執行，見解仍非常分歧。

## 第二款 民事訴訟法、人事訴訟法之 保全處分

關於子女之交還請求事件是否可為假處分？不免有反對之見解，惟不論是學說、判例多採認之，當子女之交還事件係民事訴訟事項時，請求將子女交還者，對不法占有子女者依民事訴訟法第七六條<sup>149</sup>之「有預先地位

---

<sup>147</sup> 山木戶克己著「幼兒引渡」，收錄於民事訴訟法演習，昭和三十九年，第二四一頁。轉引自中川淳、於保不二雄編，前揭書，山木戶撰寫，第一八頁。

<sup>148</sup> 谷口知平著，「幼兒引渡請求性質」，收錄於家族法判例百選第三版，有斐閣，昭和五十五年，第一二九頁。

<sup>149</sup> 日本民事訴訟法第七六條原屬該法第六編，現行日本民事訴訟法已將該編全編廢止，而成為日本民事保全法、日本民事執行法。

之假處分」，得請求法院為命子女交還之假處分。惟個案若非民事訴訟事項，於家事審判法修正以前（昭和五五年）一般係採消極的看法。在該法修正以後，由於承認家事審判前保全處分之執行力，本案雖為審判事件，但於民事訴訟法上之假處分是否不允許，則非如此明確（日本家事審判法第一五條之三參照）。從而，別居中之父母，關於子女之交還是否認為是民事訴訟法上之假處分，須視此種事件之裁判管轄為何而定。

就離婚、婚姻取消訴訟言，依人事訴訟法第十五條、十六條之規定，應解為承認子女交還之假處分，惟有學說認此種假處分之性質特殊，遇有此種個案，裁判所基於保護子女之觀點，基於自由裁量得決定是否准予假處分，但是實際上與民事訴訟法第七六條之要件是否符合仍有疑問。<sup>150</sup>

### 第三款 家事裁判所事件之保全處分及

---

<sup>150</sup> 請參見吉田欣子著，前揭文，第一七四頁。

## 履行政序

### 一、調停前之預先措施

家庭裁判所紛爭解決之方式，除家事審判外，即為調停，調停較審判所處理之對象要來得廣泛（日本家事審判法第十七條）。從而，無論是審判事項，即使是婚姻中及離婚後，也可聲請調停，裁判所即使於調停中，若認為有必要，也可採必要之措施（日本家事審判規則第一三三條第一項），惟該措施並無執行力，若違反僅可處十萬元以下之罰鍰，故實效性薄弱。

### 二、審判前之保全處分

如前所述，日本家事審判法第十五條之三關於同法第九條之家事審判申請事件，承認得為保全處分。從而，關於子女交還事件，若係為家事審判對象，應也得為保全處分。為子女監護之保全處分須具備如下之要件：（a）聲請為關於子女之監護或指定監護人之審判、（b）有保全強制執行或防止事件關係人急迫之危險之必要、（c）所能為之保全處分之態樣為假扣押、假處分等必要之處分（日本家事審判規則第五十二之二）。

此種保全處分，其內容若與將來之強制執行同一者，則有執行力，與民事訴訟上之保全處分相同，亦可基於民事執行法相關之規定為強制執行（日本家事審判法

第一五之三第六、七款)。從而，若子女之交還可用強制執行等具實效之方式來實現，則是否子女之歸屬紛爭也可活用此強力回復現狀之手段？此即需要擁有科學的、專門的調查機關之家庭裁判所，在本案審理中對究應採用何種適切之保全處分予以較高的評價而定。

此種保全處分，由於在本案繫屬後，若未為之即不能聲請（附隨性），因調停不成立而移審之個案中，於相當期間內父母之一方仍占有子女，故審判中因環境的轉變，或許有不符子女之福祉追求的結論產生。

子女交還之假處分是否准許，應看該案是該當於同法第九條之乙類審判事項而定。關於婚姻中父母間之子女交還事件，採家事審判事件說者，認為依同規則第五二條之二之適用（乙類四款類推適用說）或者準用同規定之同規則第九十五條之準用規定四十六條（乙類一款適用說），應承認得為子女交還之假處分。

此種保全處分，與民事訴訟法上之保全處分不同，於本案繫屬後，即不能聲請。至調停之申請，只要審判之聲請不被允許，則不能以調停不成立為由要求移往審判程序。相對於此，若於本案審理中，申請要付調停時（日本家事審判法第十一條）於審判事件繫屬中，即使在調停階段，亦可請求保全處分。從而，於難以期待調停成立之個案中，若有申請保全處分之必要時，首先應聲請本案審判，同時也須申請保全處分之審判。

以審判前的保全處分程序為手段將子女取回之效果如何，端視家庭裁判所今後之運作，惟子女交還之假處分，若與本案之審判有難以相容之結果時，對該子女之影響將是重大的。從而，保全處分之實質要件即本案容認的蓋然性及保全的必要性的判斷，較諸他事項之考量勢須更為慎重。也因為如此，就會產生是否不符迅速性的問題。再者關於強制執行也有與前述見解矛盾，即不一定能期待實效性的現狀，即令制定了此種保全處分規定，也無法期待能在此種紛爭中藉由多利用此種程序發揮迅速解決之效用。

### 三、強制執行與履行確保制度

#### 甲、強制執行之可否

一般依家事審判、調停仍無法為任意履行給付義務之時，債權人以前開審判或調停之結果為債務名義，與民事判決相同，依民事訴訟為強制執行（日本家事審判法第十五條、二十一條）。從而，關於以審判、調停來請求子女之交還也有是否可強制執行及執行方法如何的問題。

#### 乙、履行確保制度

因家事審判、調停所生債務，由於家事事件性質上之特殊性，欲以通常之強制性手段為履行之強制實難充分達到目的，自不待言。因此，家庭裁判所即設計當有權利者提出聲請時，就須調查對方所負義務之履行狀況，勸告義務者履行義務（家事審判法第十五條之五）、若係金錢

之支付為目的之義務，若認相當時，得訂相當之期限命其履行（同法第十五條之六）此制度，前者為履行勸告，後者為履行命令。

父母間子女交還之紛爭中，其後皆有當事人間微妙感情在動搖，若不考量這一點而硬是用強制的手段為之，恐怕會發生必須常常用此種實力取交的方式相互為之的可能，故充分聽雙方的陳述，詳細調查事實關係，並用促其履行的勸告方式使義務人得自動的履行義務，由個案導向最適合子女福祉的結果。但是若紛爭已非常遽烈的情況，此種勸告方式就不能奏效了。<sup>151</sup>

## 第四款 假處分及判決之實現方法

### 一、假處分

於未達終局判決前，不問人身保護令發給之前後，法院得隨時傳訊並令其為誓約或者附以適當之條件，預先使被拘束人獲得釋放或其他適當之處分，若經傳喚無故不到庭可強行帶走被拘束人（人身保護法第十條）。依同條

---

<sup>151</sup> 吉田欣子著，前掲文，第一八四頁。

所謂強行帶走不僅是被拘束人，因假處分受子女之交還之親屬，也全部包含於所受之處分。被奪取之子女之請求人，得迅速取回子女。此假處分，並非人身保護法中依刑事罰所為強制方法，但是，假處分之決定就在審問期日為之，由於在法院的法庭中可立刻將被拘束人取交予請求人，即使欠缺執行方法的規定，也有很強的實效性。

## 二、判決之效力及實現方法

### 1、既判力的有無

關於判決之既判力有肯定、否定兩說。但是，關於民事訴訟法、家事審判法之間之關係，由於相互間之訴訟標的(物)不同，相對於上開兩種程序所為之判決及審判，此判決並無拘束力。

### 2、實現方法

由於關於執行力之有無，於人身保護法並無規定，多數的學說採否定說，而認不外是同法第二十六條依刑事罰所為之間接強制。因為刑事罰係另外經刑事裁判所為，尚難充分謂與要求須迅速救濟的人身保護請求權事件之實效性確保手段相當。

### 3、裁判所侮辱制度

為人身保護法母法之英美法中，為確保實效性，僅規定如人身保護法第十二條第二項、三項及十八條裁判所得為罰金，取交、扣留等處分的規定，但未設計全面之規定。日本也是於建立法制當時有所期待，但是仍有難以

預見得到之情形。惟該法第十二條所發人身保護令，於審判期日確保被拘束人之到庭，若違反該命令則依同法第十八條，直到依從命令前可加以扣留等規定，係一種強力之間接強制方法，即使對其父母等親族是否也可適用，則尚有議論之餘地，人身保護程序得於幼兒之交還被活用，係因具有此等實效性的擔保矣。<sup>152</sup>

## 第二節 我國子女交還請求之強制執行

依強制執行法第一百二十八條第一項規定：「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代為履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得拘提、管收之或處新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而不履行者，得再處怠金。」同條第三項規定：「執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得

---

<sup>152</sup> 吉田欣子著，前掲文，第一九四至一九五頁。

用直接強制方法，將該子女被誘人取交債權人。」係我國關於子女交還請求權之主要執行法上之依據，而直接強制執行方法規定於德、日二國並未明文<sup>153</sup>，析其內容：

所稱「執行名義」，通常係指執行債權人為回復對子女之實際監護與扶養經民事訴訟程序或非訟事件程序所取得之判決或裁定。

所謂「子女」，通說係指未成年子女，有無意思能力則非所問。<sup>154</sup>

執行法院執行交出子女，得依間接強制與直接強制兩種方法強制執行。<sup>155</sup>

有疑義者，即法院是否得對不論子女之自由意思逕以直接強制之方法執行，有採肯定說者，即法院不論子女之意思能力如何，皆得以直接強制之方式執行

：蓋子女或被誘人在債務人手中，通常均被控制而失去身體行動自由，有時因離婚而爭取子女的監護權，時常將子女加以藏匿，故若能獲悉該子女或被誘人的所在，應以迅雷手法直接強制將之取交予債權人，但不可過分侵害其人身之自由，應在公序良俗許可範圍內為之。但子女之意思如何，原則上不必過問。此種執行，債務人表演自殺或子

---

<sup>153</sup> 在美國最近發生之古巴男孩伊利安事件，足認該國亦應有直接強制之依據，詳如後述。

<sup>154</sup> 楊與齡著，「強制執行法」，自版，民國八十五年十月修正版，第五一八頁；吳鶴亭著，「新強制執行法實用」，三民書局，民國八十一年六月出版，第四四三頁。

<sup>155</sup> 張登科著，「強制執行法」，三民書局，民國八十六年二月修訂版，第五六一頁。

女嚎啕大哭不止者，乃屬常事，往往慘不忍睹，但又不能忽略當事人及子女或被誘人之生命安全，是以，過分之不相當的強力，宜儘量避免<sup>156</sup>。

有就子女之意思能力之有無加以判斷，如子女已有意思能力，有抗拒直接強制之情形者，不宜以直接強制壓制其心理。反之，子女欠缺意思能力者，宜採直接強制<sup>157</sup>。另外，亦有學者依此看法更加細分，認為應從尊重子女人格之立場，依子女有無意思能力而異其執行方法。具體言之，子女為無意思能力之幼兒者，得依直接強制方法為之，惟須注意，就一、二歲之幼兒固不妨直接承認直接強制，但對於五、六歲之幼兒則須慎重考慮。子女有意思能力者，應依間接強制方法為之，即被告不交出子女時，依不代替行為義務之執行方法（處被告以過怠金：強制執行法第一二八條第一項）為之，依情形亦可依不作為義務之執行方法（依拘提、管收或處以過怠金：強制執行法第一二九條）為之。至於子女為十六、十七歲有完全意思能力之人而依其自由意思居住於第三人之處所時，則僅為居所指定權之問題<sup>158</sup>。

---

<sup>156</sup> 耿雲卿，「實用強制執行法下冊」，五南圖書公司，民國八十八年七月出版一刷，一二六頁。

<sup>157</sup> 請參見張登科著，前揭書，第五六二頁。

<sup>158</sup> 請參見黃宗樂著，「交還子女之請求」，輔仁法學創刊號，第一五頁。

### 第三節 本文之意見

由於直接強制之執行方法每每造成社會上對於人權侵害之強烈批駁<sup>159</sup>，對其立法及適用上之妥適與否，實有

---

<sup>159</sup> 請參見黃宗樂，前揭文，第三三九頁至第三四一頁，註釋四十六表示：吾人極力排斥強制執行法第一二八條第三項所定之直接強制方法，從下列一則新聞報導，深信必會引起讀者諸賢共鳴。

聯合報民國六十七年十月六日第六版（中部綜合版）：

〔台南訊〕去年竹山大車禍大難餘生的一對小姐妹陳淑美、陳淑珍，由於她們的父、母、兄、妹都在車禍中喪生，使她們成為一對孤兒，而引起她們的伯父與外祖父母爭相要領養，竟打起官司，經三審定讞，法院判決歸外祖父母領養。

但這對小姐妹堅持要跟伯父共同生活，拒絕到外祖父母家。台南地院民事執行庭推事昨天到土城國小強制執行，把她們交給她們的外祖父母，使得她們與同學哭成一團。

陳淑美、陳淑珍姊妹目前分別就讀台南市土城國小五年級及三年級，品學兼優。她們是在去年光復節，與她們的父母、姊姊、妹妹等多人一起搭車到中部遊覽，車子在竹山墜崖，造成二十三人死亡，二十五人輕重傷的車禍慘劇。陳淑美、陳淑珍兩人的父母、兄、妹都在車禍中喪生，留下他們姊妹成了孤兒。

車禍發生後，陳淑美姊妹就跟她們的伯父母生活在一起，並繼續上學，她們的伯父母對她們視如己出，非常疼愛。

但是陳淑美的外祖父也希望能夠領養這一對外孫女兒，因此，便與陳淑美

## 深入探討之必要，茲即分就強制執行法第一百二十八條第

---

的伯父打起了民事官司，互爭領養。

法院根據民法規定，父母雙亡，領養權的優先次序依次是：祖父母、外祖父母、然後才輪到伯叔父母。因此，一、二、三審法院都判決陳淑美的伯父敗訴並告定讞。但陳淑美姊妹與她們的伯父母相處日久，已經建立起深厚的感情，堅決不到外祖父母家去，她們的外祖父母便請求法院強制執行。

昨天上午，台南地院民事執行庭推事到土城國小強制執行時，這對小姐妹放聲大哭，極不情願，她們的許多同學、老師也依依不捨，有的跟著哭，有的暗自淌淚，場面極為感人。

土城國小校長林恆懋對這對小姐妹的不幸遭遇極表同情，但也愛莫能助，只有眼睜睜看著心愛的學生被帶走。

陳淑美姊妹被帶到台南縣仁德鄉她們的外祖父母家中，並將轉學到仁德國小就讀。據側面獲悉，這件「爭領養」案，可能與陳淑美的雙親所遺留下的鉅額遺產繼承權有關。

因陳淑美姊妹與她們的外祖父母較少相處，缺乏感情基礎，所以她們一再向執行推事及土城國小校長、老師、同學表示，仍要回到伯父母身邊的意願。

陳淑美說，他在伯父、伯母家裡，覺得十分溫暖，他把伯父母當作自己的父母親一般看待，因為他們實在對她太好了。

× × ×            × × ×            × × ×            × × ×            × × ×

看了這篇報導，感慨良多。這篇報導，內容如果屬實，則筆者認為，法院即使不得不依民法第一九四條定陳淑美、陳淑珍之外祖父母為其監護人，亦應不准監護人請求交還陳淑美與陳淑珍；退而言之，縱使准其交還請求，亦不應用直接強制方法將陳淑美與陳淑珍取交監護人。筆者雖未見兩造之主張、抗辯及法院判決，但從該報導，深感法院處理極為不當，切望以後法院對此類事件能考慮子女之利益及幸福，審慎處理之。

三項之立法面與適用探討之：

### 1、憲法保護人性尊嚴之基本精神

德國哲學家康德認為人類與其他生物不同，人類具有智慧的能力，以實踐理性，其係根據信仰與意志而行動，因為人類本身即是一道德主體，其係自己之主人，而非受制於他人，由於康德認為人本身即為目的，而非手段，所以導出每個人都是具有意志平等之人，其須受平等地尊敬與對待。人作為理性存在，他的本性就證明他就是目的，不能只當做工具，人的存在即為目的，此為人之絕對價值。康德此種「以人作為目的」之人性觀，對人性尊嚴之觀念有極大的影響。他以人類之理性本質，強調人性尊嚴之道德上之自治（Sittliche Autonomie），而以自治為人性和一切有理性事務之尊嚴之基礎，而對此尊嚴之尊重，基本上就是要求不把人只看原是一種物體或手段，先於國家而存在之人，應為國家之目的（Der Mensch als Zweck des Staats），且「國家係因人民之意願而存在，非人民國家之意願而存在。」<sup>160</sup>

德國基本法第一條第一項規定：「人性尊嚴不可侵犯，尊重及保護此種尊嚴為國家所有機關之義務」，故在德國，人性尊嚴已成為憲法最重要根本精神所在。是以，德國大部分學者，認為人性尊嚴為實質最重要基本權利，

---

<sup>160</sup> 法治斌、董保成合著，「中華民國憲法」，自版，民國八十七年九月修訂再版二刷，第一四五頁。

為基本權利之基準點，意謂著人性尊嚴是規範中之規範，基本權利中之基本權利<sup>161</sup>。

我國憲法中並無人性尊嚴係基本權利之明文規定，然憲法中第二十二條「凡人之其他自由或權利，不妨害社會秩序公共利益均受憲法保障。」憲法增修條文第九條第五項則規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴。」因此，解釋上，人性尊嚴之維護在我國亦應屬基本權利之基礎。

惟保障自由之人格權與人性尊嚴作為憲法最高價值，並非即為表示個人受基本權利保障之最終目的，即是把人變成一個自負的、絕對獨立自主、完全孤立之人；相反的，憲法乃將每一個人定位於團體結合性與互動上，憲法不但肯定個人人格具有獨立之自主性，且承認個人在社會關係和其對社會之多種義務。個人和社會之間之緊張關係將透過基本權利。以及各個基本權利於具體條件許可限制下作詳細的規範<sup>162</sup>。故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。」以表徵對憲法上基本權保障的限制。

因此，與人性尊嚴有密切關連之人身侵害，向為憲法所嚴格保障之對象。子女交還因涉及子女人身自由之侵

---

<sup>161</sup> 法治斌、董保成合著，前揭書，第一四六頁。

<sup>162</sup> 法治斌、董保成著前揭書第一四七頁。

害，尤為立法上應妥慎處理之課題。換言之，未成年子女之人性尊嚴或人身自由，是否能立法明定因父母或監護人之請求，即得暫時受到剝奪，以謀求其更大之福祉？即交還子女在憲法上是否能夠有堅強之基礎？

本文認為，若未成年子女尚未有完全之自由意思，而就謀求未成年子女人格之健全發展，以國家公權力介入之方式，使未成年子女得以重返人倫秩序之正常發展，亦符個人與社會之充分結合，應合於我國憲法第二十三條之立法意旨，故我國強制執行法第一百二十八條第三項之規定尚屬符合憲法之基本精神，惟該條規定就未成年子女之交還一概皆准以直接強制之方式，則似又違反憲法對於自由意志之保護，故其規定尚有未妥。

## 2、外國立法例

目前德、日二國並未明文規定對於子女之交還得用直接強制之方式，惟在美國則發生古巴男孩（詳後述）事件，因本件係由美國司法部下令為之，足認在美國不僅在若干州，即使在聯邦，也認子女之交還得採直接強制之方式執行交還。

## 3、立法本身對於社會倫理之維護言

子女之交還，得以直接強制之方式為之，立法者顯然在未成年子女人性尊嚴與原生家庭保護的思想衝突下，採行後者優先之立法原則。事實上此項立法亦可表徵符合人倫秩序始為子女利益考量的優先原則，即使未成年

子女所屬意之環境較為優厚，國家在必要時仍得發動公權力使原有之人倫秩序得以還原。

#### 4、立法之實益

在實務上，對於子女交還之執行，一般皆以間接強制之方式先行，鮮少以直接強制之方式為之，惟是否表示該項規定即無任何實益？事實上，本文認為該項規定仍具有做為最後手段之功能，換言之，於子女交還請求事件中，多半係不當外力之介入致使原有人倫秩序受到扭曲，此項規定足使子女交還之請求得以落實，不致因未能執行而使不合人倫秩序之狀態持續恒久維持，造成原有人倫秩序之破壞。

#### 5、執行方法、場所、時間之闕如

由於子女之交還常受到侵奪人的阻礙，甚而違反未成年子女意願，執行之成效原難立即顯現，加以直接強制之方式，係以實力使未成年子女重返請求人之支配，更容易造成被執行者與國家執行者間的直接衝突。因此，於立法上對於執行之時間、場所及方式種類，應予明定，俾使是項執行得以在最小侵害之原則下進行。惟現行強制執行法第一百二十八條之規定對於上開要項皆付之闕如，而全賴執行法官於執行時依其職權裁量為之。不免因法無明文，造成社會輿論的大加撻伐，是上揭規定，仍有未盡周全之處。

綜上所述，對於強制執行法第一百二十八條第三

項之規定，本文認為該條規定得以直接強制之方式，為子女交還之執行，在立法上並無違誤，惟必須對於執行之方式、時間、場所等進一步明定，使該項執行得以在更符人道及尊嚴之下順利進行。



## 第五章 子女交還之請求與子女 利益之保護

### 第一節 保護子女思想之演進

#### 從子女之福祉到子女之權利

保護子女之思想，並非自人類一開始即自然擁有，而是經過相當長時間始逐漸成為一社會共識及法律基本原則，本文認為子女交還請求之行使，正是植基於保護子女之基本思想，故應對子女保護之基本思想加以清析闡述，始能對整個子女交還制度之發展充分掌握，由於我國目前民法法制仍繼受西方法制，故本文爰就西方國家子女保護之實體原則論述。

#### 第一款 子女福祉之承認

法制史上，從羅馬法時代，父對其子女有生殺與奪之權利，迄將子女當做一獨立人格，並基於子女與父母親間之親情關係，進而將子女之權利公布於法典，實是耗費了很長的時間。惟這並不表示，羅馬法時代所有之父親皆會殺子女或賣小孩，而現代父親就對子女非常尊重。

即使歐洲中世紀，子女之地位仍是非常低下的，當時耶穌基督教會，為了鞏固其財政基礎而採行各種方策。例如：任意擴大禁親婚範圍而擴大婚姻之限制、禁止未婚者間之同居及收養，也儘量減少子女繼承父親財產之機會等不合理的教規。然而，現實中，也的確有不少父親將自己全部財產賣掉，將所取得的金錢全數捐給教會。此類父親固然成為聖者，然而，自己的子女卻流落街頭行乞。是以，為保障子女之生存利益，始產生明定「子女之福祉」概念於法律之想法，而主要發源地則係十九世紀到二十世紀之英國。

那個時代，父親之權利是確固的，法律上子女之利益與父之權利或利益無法分離，由於，認為父親既然創造了孩子，則不能任意將之拋棄，即父親負有扶養子女之道義責任。此基於父親與子女間「自然之情愛」關係原屬極自然的事情，但是，教育子女，在當時則非義務，此乃因教育子女會增加父親之負擔，尚涉及整個家庭經濟利益分配問題，而非單純是子女是否受教之問題。換言之，就

扶養而言，法律使子女之扶養成為道義責任，父的利益與子女的利益分離看待。惟在教育面，子女之利益則吸收於父之利益之下。另一方面，法對於父親「自然之情愛」予以極寬大之解釋，例如，自己的孩子為某少年毆打後，該少年逃跑，該父親追了一公里，追上後，將該少年痛毆致死，此時該父親不論以謀殺（murder）罪，而只論以殺人（manslaughter）罪。

隨著時代進步，當時發生產業革命，由於產業革命需要大量勞工，因而常發生僱主苛虐童工問題，基於人道主義，某些工廠制度改革者，主張須正視子女之利益而提起訴訟。這個運動，於一八八〇年代之不景氣時代曾非常興盛，接著，一八八九年陸續的制定兒童虐待防止及兒童保護法（Prevention of Cruelty and Protection of Children Act），該法律明定對於不當侵犯兒童健康之人將予以處罰之規定。

另一方面，於法院，對於父親要求子女交還之請求也日漸增多，先前將父之利益與子女之利益分開，後甚至進而認後者優先於前者的觀念逐漸確立，因此，當法院認為子女於父親監護下，子女生命可能遭到危險，或子女可能會學習父親反社會行徑時，父親將會敗訴。

如此的時代背景下，不少判決逐漸重視所謂「子女之福祉」，將所謂「福祉」用語儘可能擴大解釋。因此，不僅是子女身體上之福祉，道德上及宗教上之福祉亦包含

其中，進而達到父母親不能忽視與子女間親情結合關係之福祉內容。而當將親子間親情之結合關係做為一項福祉時，子女之福祉已是一完全獨立之概念，因為，當與親情結合而受利益時，將只有該子女，而不包含他人可享有此利益。

其後，英國在一九二五年正值制定未成年監護法（Guardianship of Infants Act）以解決子女監護糾紛之際，將子女之福祉當做應優先考量事項（first and paramount consideration）之內容也制定於該法。立法原意原非專考量子女利益之提昇，而是，當時婦女解放運動正盛行，主張之內容中也包含了父母權利之平等，對此，該國政府為避免傳統上將父仍當做家父之地位，將會對該家庭帶來不安定之危險。故在審慎考量下設計此立法，以表縱非支持父親家中獨立決定家中成員利益之家父地位，母親亦須於考量子女福祉為前提下，須與父親共同妥協，尋求對子女利益之最佳方案。同時，將子女之福祉做為最優先之考慮事項，若判決將子女由母親監護並非子女之福祉，則離婚後之監護權自不應給予母親，這不僅於形式上可避免與婦女解放運動相抵觸，且也符合傳統上之要求。

惟子女福祉優先之思想因明文立法，自此逐步脫離立法者控制，逐漸有其獨立內涵，即以監護之紛爭解

決為基準，確立子女利益應優先其父母利益之理論<sup>163</sup>。

## 第二款 子女權利之形成

經過數度立法變遷，終確立了「子女福祉」概念，且受到社會確信性之支持，進而逐步昇格為「子女之權利」。惟福祉與權利差別何在？主要在於權利者之對應必有義務者。

所謂子女權利的「權利」，與向來所謂之權利觀念不同，即不能要求強制履行。關於此點，子女權利之性質類似債法中之自然債務。惟子女之權利要真正成為一項權利，即須將如何實現該權利之方法具體明定於法律以保障之。因此，從法的保障、性質、種類觀點言，子女之權利有將之分類之必要。

子女權利之分類，目前學理仍未十分明朗，較值得注意的分類，係將子女利益分為：基本利益、發達利益及自己決定利益，以檢討權利生成狀況，本文也依此三種分類說明之。

### （一）、基本利益

---

<sup>163</sup> 島津一郎著，「轉換期 家族法」，日本評論社，一九九一年十二月二十日一版一刷，第三一七頁。

係指監護之父母親於其能力範圍內，因關心子女身體、情緒及認知所生之利益，換言之，這乃子女最小限度之期待。

基本利益已是基本權，若監護之父母親以遺棄、放任、虐待等方式侵害子女之基本利益，國家將介入，並將子女直接與監護之父母親分離（如我國兒童福利法之規定）。此點，以英國為例，以前因認福利機關任意介入並不妥當，而造成子女生命因救治過遲而喪失之慘劇，後來也曾發生過度介入之問題。是以，國家之介入不宜過遲也不宜過早，而主要原則是，即使國家介入，也應是在最小限度範圍內介入。又介入的程度如何？常因事實與價值觀不同，判斷上的確有困難，即使子女實際上對於雙親或監護人是討厭多於喜歡，然而，只要子女有一絲絲親情相繫，法院原則上即不能任意將監護人與子女分開。

## （二）、發展利益

係指於子女成長直至進入社會，須保障其應有與其他家庭多數子女享有同樣程度之機會。換言之，應儘量讓子女享有父母親及社會資源以伸展其才能，使其享有未來至社會上生活時，不至比起其他家庭之子女，額外遭受更多不利益之利益，這不僅是對父母親主張，且是可以對社會主張之權利。例如，國家與地方自治團體應為有智能障害之兒童設立啟智班的義務。

此權利之實現，於父母共同生活情形下，大致並

無麼問題，在家庭內之資源分配，通常於家庭中皆能以妥協方式完滿解決，這也使法律對家庭之干涉，僅當子女前開之基本利益受到威脅時，始介入之主要原因。惟若非全家人於同一屋簷下生活，彼此各奔東西，此時，父母親之利益往往與子女之利益相對立。例如，父親離婚後與別的女性成立新家庭，則該父親必然將其收入全數投入新家庭中，此時若將子女利益較父母親之利益為劣後，則子女之利益即非一種權利了。日本對此問題，認為：婚姻關係仍存續下，父母親之長期別居，已形同事實上離婚狀態，此時子女之養育費多類似一般婚姻費用之負擔，由母親向父親請求（日本民法第七百六十條）。父母離婚後，子女的生活費、教育費、醫療費，母親都可將之當成因監護所需費用（日本民法第七百六十六條），抑或以其為母親代理父親扶養子女之費用（日本民法第八百七十七條），皆得向父親請求給付。因此，婚姻費用、監護費用乃至扶養費用之履行，原係各別的原因，然皆可以請求。這也應是基於子女的發達利益而所訂立的法律保護措施。故父母別居或離婚後子女利益之保障，原則上係利用財產分配方式以確保。

### （三）、自己決定利益

即子女不受來自成年人（即指父母親或者社會制度）之控制，憑自己的喜好選擇生活模式，由自己決定應過何種社會生活，此乃自己決定利益。惟由於子女長大成人

後，當然的能自己決定，因此多半不會感到比他人有何不利益之處，是以，自己決定利益較基本利益及發達利益一般認為，應較為劣後。

而在我國或日本，自己決定利益，多半不過是發生於違反校規之服裝及頭髮長度等問題，但是由具有判斷力的子女來決定自己的生活，這不僅是家族法，即契約法、侵權行為法等民法重大法規亦因之受到影響，甚至會成為民法再次修訂的重大問題。但該利益之重要性何在？本文擬以發生於英國的 *Gillic v. West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority* [1986] A.C.112. 的案例來做為論述的基點。

該事件，係關於由英國健保社會保障部所發出之命令，依該命令，未滿十六歲之女子為避孕治療時，原則上須得到父母親同意，但是，醫生判斷若須得到父母同意會與子女利益相抵觸時，醫生仍得於未經父母親同意下，為該女為避孕治療。原告為少女之母親，認為該命令之後段是違法、無效的，並進而與行政機關發生爭執，雙方後終致以訴訟解決。該事件，表面上是該母親之思考與醫生之思考發生了對立，惟基本上而言，此對立應是家庭與國家之間所產生之對立。

如前所述，英國的法律歷史，所謂得到父母親同意之理論基礎，大致來說，有認為是雙親對子女基於占有權所為之同意，有認為是因孩子對行為的性質並不十分理

解，故對其行為加以補充或輔佐的同意。而英國上訴審法院，就該事件之最終判決，仍引述以傳統內容為根據之前說，判原告勝訴。認為未滿十六歲的子女於未經過雙親同意，不能締結有效之避孕治療契約，而認社會保障部所發布之命令無效。該判決後遭致該國學者嚴酷批判。英國學者易格蘭（Eekelaar）即對該判決評語如下：「上訴審法院如此消極之判斷，將完全剝奪原本依法所承認之子女自己決定利益。此種判斷竟會出現於即將到來之二十世紀前，簡直是異例。」

在上議院應經決議，僅以三比二的少數領先票數撤銷該上訴審法院之判決。多數意見認為：子女已成熟具備有充分判斷力時，應不用經雙親同意而為法律行為應為大前提。因此，後來負責審理本案之法官即表示「關於本件要求判斷之事項，只要子女具備以自己意思來決定之理解力及認知能力，則雙親之權利即應讓諸於子女之自己決定權。」換言之，當子女到達上述狀態時，相關領域內之雙親權利就即刻消滅。

上開多數意見所認，國家在子女具有成熟狀態為條件，以排除雙親之干涉，而認子女具有自己決定權，實有含有深遠的意義。英國因該判決所生之「現在子女們正處於前所未有的廣泛且更加危險之境地，但是，也擁有掌

握自己是否走向錯誤之寶貴權利」。<sup>164</sup>

### 第三款 父母之權利

確認子女的權利後，則雙親的權利或義務應如何定位？在子女取得自己決定權利的同時，於該相關範圍內，雙親的權利跟著消滅之說法係普遍所認同的，然而，子女此基本權與雙親權利間之關係應如何說明？

關於此點，上開英國學者易格蘭如此闡述：「我就幼女之醫療得自己決定之情形，是由於認為這樣對幼女是有利益的。但是，當這個決定對幼女並無利益時，我也會改變我的決定，而做不同意之決定，幼女之利益，是我為該幼女如何決定之主要依據，於該意義下，我只不過是實現幼女利益之代理人。」

換言之，當子女利益成為權利並加以承認時，雙親對於子女固有權利及義務皆喪失，雙親原有權利及義務，係由子女之利益或權利而來。雙親不僅就財產管理之領域，即是身上照護之領域，亦不能以代理實現子女利益

---

<sup>164</sup> 請參見島津一郎著，前揭文，第三一七頁。

以外之身分來實行權利。更正確來說，法律只給予其為了維持、促進子女利益的代理決定者（及實現利益者）的地位。這從先進國家法制紛紛將親權或親的權利、義務從法典上刪除，代之以雙親之照護、雙親之責任之觀點來訂定法律內容，亦漸彰顯此種看法。

## 第二節 子女交還與子女利益之關係

如前所述，子女利益之保護思想，已演進至近似權利之階段<sup>165</sup>，惟子女利益之考量，於實務上仍是處理相關案件，難以決定之標準，有學者即認：所謂「子女利益」之範疇，因社會環境、價值觀念、經濟結構等因素之發展與變遷而作不同之界定。再者，法院就子女監護案件之審理係依離婚父母所提「過去」或「現在」相關證據以推定子女「未來」利益之最佳歸屬。簡言之，「子女利益為最

---

<sup>165</sup> 有學者認為：從現代親子法之理，係以子女之利益為中心之點觀之，會面交往宜認為係子女之權利，惟未成年子女，尤其幼兒為此權利人時，其權利須由法定代理人代為行使，結果，只能由任監護之人本身行使，根本不能達到會面交往之本來目的，故認我國法尚難採子女權利說。請參見陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，前揭書，第二四二頁。

大考量」標準，實質上即具有不確定性和無法預測性<sup>166</sup>。

由於本文主要宗旨，係將子女之利益思想貫注於離婚後子女交還請求制度，務求子女於實體階段、程序階段及強制執行階段，均能於保護子女思想下獲至最佳保障，爰就子女利益保護與子女交還請求之關係分就各款論述如下。

## 第一款 子女利益保護與子女交還請求 於實體法上之實踐

我國目前尚無交還子女請求之實體法上明文規定，惟子女交還請求之前提問題，即子女監護人酌定之相關訴訟，而監護之酌定，則為子女利益保護思想表現至為明顯之處。

民國八十五年，我國民法第一五五條之修正後，關於子女監護之酌定大幅修正，從過去父親優先之原則，進而著重子女利益之保護，故民法第一五五條第一項規

---

<sup>166</sup> Chien, Liang - Yu, 「Joint Custody in The States – Evolution and Definition 」, 35 TUNGHAI JOURNAL, p 200 1994 .

定：「夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。」固以夫妻協議為優先，惟也宣示國家公權力得為子女利益進入家庭之立法策政。又不論是否已為協議或實際上已完全由夫妻之一方為對於未成年子女權利義務之行使或負擔，若發現有不利益於子女之情事時，亦得重為酌定之，故同條第二、三項規定：「前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。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者，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。」再者，依同條第四項、第五項規定，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容方法，以及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，但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之。是子女利益保護之思想係我國對於定未成年子女權利義務之行使或負擔之主要判斷標準，應無庸疑。

至於審酌之標準，依增訂第一五五條之一之規定：「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。」亦將法院於審理中諸般應考量處予以明定<sup>167</sup>。上開規定僅將法院應考量之範圍加以明定，對於子女之利益如何於具體個案之事實中予以審酌，並未直接規定。惟「子女之最佳利益」<sup>168</sup>之內涵、範圍及限制並不明確，為不確定之法律概念，則法院判斷子女之最佳利益時，應斟酌之具體事實為何？各該斟酌事項之判斷順序，是否有先後之別？酌定過程中有何應予注意之情事？國內外學說之理論發展如何？凡此種種，皆有待實務裁判之累積予以價值補充<sup>169</sup>，以下即就我國離婚後定未成年子女權利義務之行使或負擔，歸納各項應予考量之具體

---

<sup>167</sup> 有學者認為：本條規定子女利益之判斷標準，立意甚善，惟性質上似宜將之規定於類似「辦理家事事件應行注意事項」或其他適當法規之中。請參見陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三人著，前揭書，第二四六頁。

<sup>168</sup> 子女之最佳利益原則，立法例之適用方式有二：有以之為法定基準之補充原則，例如我國八十五年九月民法修正前之第一五五條但書是；有逕為最高之決定基準，例如英美法系諸國、西德一九七七年修正後之民法是。以子女利益逕為最高決定基準者，固強調子女利益之優越性；惟以之為補充原則者，亦非不重視子女利益，而係顧慮所謂「子女最佳利益」之意義過於抽象，判斷上將有困難，而無從達到立法目的，甚至流於法官個人之擅斷，是以，寧以之為補充原則，即於適用主要原則而違反子女利益之際，法院得為適當之變通處置，可見此種適用方式，最佳利益依舊有其至高無上之地位。轉引自王如玄著，前揭文，第六二頁註釋五。

<sup>169</sup> 請參見鄭金龍著，「夫妻離婚後所衍生財產清算子女監護損害賠償及贍養費請求等問題之研究」，第二三頁以下，司法研究年報第十八輯第七篇，司法院印行，民國八十七年六月出版。

事由：

## 一、積極事由

### 1、父母之監護能力

依民法第一五五之一第三款之規定內容，可知此等因素涉及父母能否對其子女充分行使權利及負擔義務，以及與子女相處技術之優劣。<sup>170</sup>

### 2、父母能用以撫育子女之時間

實務裁判曾以「因上訴人現居美國讀書，經濟較為拮据，無暇照顧幼兒，亦乏資力」<sup>171</sup>、或「上訴人際擔任長庚醫院助理研究員，焉有暇照顧稚子陳○○○，且上訴人為男性，未曾帶養陳○○○，無從瞭解陳○○○之生活習性」<sup>172</sup>之理由而判定母親擔任未成年子女權利義務之行使或負擔。

### 3、父母用以撫育子女之環境

此因素攸關子女之成長與人格培養，是以，實務裁判曾以父母之一方有吸食毒品之不良習慣<sup>173</sup>、未成年子女上學之路程遠近及父母是否有正當工作與固定住所<sup>174</sup>為審酌標準。

---

<sup>170</sup> 請參見最高法院六九台上字第二五九七號判例：「所謂監護，除生活扶養外，上包括子女之家庭教育，身心之健全發展，及培養倫理道德等習性等，應就兩造之職業、經濟狀況、監護能力及其子女之多寡等一切情況，通盤加以考慮。」

<sup>171</sup> 請參見最高法院七十七年度台上自第一一九四號判決。

<sup>172</sup> 請參見台灣高等法院台中分院八十年度家上自第一三號判決。

<sup>173</sup> 請參見最高法院八十三年度台上自第一六二一號判決。

<sup>174</sup> 請參見台灣高等法院高雄分院八十年度家上自第一三號判決。

#### 4、父母保護教養之意願及態度

依民法第一五五之一第四款之規定，法院應考量父母保護教養之意願及態度，乃基於父母之意願及對於子女之感情與態度，應以感情之深淺為斷。是以，實務上曾有判決以「家庭聯絡簿平常由被上訴人簽名，足見被上訴人對子女較為關心」<sup>175</sup>、「被上訴人亦懷疑賴

儀是否為上訴人與被上訴人所生」<sup>176</sup>、「上訴人自行離家後，為與三名子女共同生活，亦不付家庭生活費用，顯徵其未盡人父之關愛教育扶養等責任，致與三名子女情愛不深」<sup>177</sup>為判斷。

#### 5、子女受養育環境之繼續性與對於新舊環境之適應性

依民法第一五五之一第五款之規定，法院應考量父母子女間之感情狀況，即應尊重子女之生活現狀，維護子女情緒上、心理上之安定性，避免任意更換「主要養育者」，而導致子女陷於情緒混亂，阻礙子女之情緒成長，方為符合子女之最佳利益。惟「主要養育者」優先原則僅限於適格之父母，且只對現仍處於未滿十四歲幼年期之子女有其適用<sup>178</sup>。是以，我國實務判決曾以「兩造所生之子尚屬稚齡幼子，自幼至今均由被上訴人繼續

---

<sup>175</sup> 請參見台灣高等法院七十九年度家上自第二五九號判決。

<sup>176</sup> 請參見台灣高等法院台中分院八十年度家上自第五一號判決。

<sup>177</sup> 請參見台灣高等法院台中分院八十一年度家上自第一二號判決。

<sup>178</sup> 請參見鄭金龍著，前揭文，第二九至三頁。

撫育而未曾間斷，母子相依為命，已能適應成習」<sup>179</sup>為考量。

## 6、子女之性別

依民法第一五五之一第一款之規定，法院應考量子女之性別，此乃考量實定法之依據。蓋依據精神分析學派及社會學習之理論，認為子女與同性別父母間之互動較為有利且自在，將來子女之社會發展較不會遭遇困難。<sup>180</sup>

## 7、子女之意願

依民法第一五五之一第二款之規定，法院應考量子女之意願，此亦為目前多數外國立法例所採行，是以，我國實務亦有以此為考量，即該未成年子女到場證述：「我比較喜歡和媽媽住在一起，因為爸爸留我一人在公司，讓我自己洗衣服，公司阿姨還叫我洗廁所」<sup>181</sup>。此外，若子女雖未成年，然屬將成年之年齡，則宜尊重該子女之意願<sup>182</sup>。惟實務亦有因子女意願表達受他人影響而不予採納者<sup>183</sup>，是以，子女之意願非我國實務之決定性因素，然至少顯示子女有陳述意見之機會。

## 二、消極事由

---

<sup>179</sup> 請參見台灣高等法院台中分院八十年度家上自第一三號判決。

<sup>180</sup> 請參見黃德祥著，「父母離婚兒童之自我觀念、焦慮反應、學業成就及團體諮商效果之研究」，師大輔導研究所七十一年碩士論文，第十九頁。轉引自鄭金龍著，前揭文，第三二頁。

<sup>181</sup> 請參見最高法院八十四年度台上自第二一六號判決。

<sup>182</sup> 請參見台灣高等法院八十年度家上自第一三二號判決。

<sup>183</sup> 請參見台灣高等法院高雄分院八十年度家上自第一三號判決。

## 1、父母道德上之不當行為

依民法第一五五之一第三款之規定，法院應考量父母之品行，實務上曾有以「多年來被上訴人在外花天酒地、拈花惹草，不但與人連續通姦，甚至在外賃屋同居」<sup>184</sup>、「上訴人無故改造子彈而非法予以持有，復對被上訴人施暴毆打及以繩索網綁，自難期其能夠培養兩造所生之子女有正確之人格觀念」<sup>185</sup>為決定。

## 2、父母對子女之不當行為

例如：加害子女身體、販女為娼、惡意不履行扶養義務等是。

## 三、其他事由

### 1、第三人協力之可能性

夫妻離婚而酌定子女之監護事項，「應從夫妻雙方本身情形橫量之，不能以夫妻以外之第三人之情況為衡量之準據」<sup>186</sup>，然為因應目前之工商社會，父母雙方均不能實施自力監護乃事所恆有，允許第三人協力為支援系統，則有其必要。惟當一方無法為自力監護，而他方卻可為自力監護時，則無此原則之適用<sup>187</sup>。

### 2、兄弟姊妹之共同相處

依民法第一五五之一第五款之規定，法院應考量

---

<sup>184</sup> 請參見最高法院八十年度台上自第一六八號判決。

<sup>185</sup> 請參見台灣高等法院台中分院八十一年度家上自第九一號判決。

<sup>186</sup> 請參見最高法院七十七年度台上自第一一九四號判決。

<sup>187</sup> 請參見最高法院七十二年度台上自第六三號判決。

未成年子女與其他共同生活人間之感情狀況，是以，我國實務上，於兄弟姊妹間感情融洽之場合，除非有特殊必要，宜置於同一監護，以免「有乖人倫而影響其身心之健全發展」<sup>188</sup>。惟若判歸分別監護，往往係顧及父母之經濟負擔<sup>189</sup>，或僅為平息父母間對子女之爭奪。然此分配是否適宜，實有待商榷。

### 3、年幼子女歸由母親監護之原則

我國實務亦有採此原則者，但似僅適用四歲以下之乳幼兒，即「苟非因其尚在襁褓離母不能撫育者，仍應由其父負監護之責」<sup>190</sup>，然亦有擴大此原則之適用範圍者<sup>191</sup>。

### 4、父母之經濟狀況

依民法第一五五之一第三款之規定，法院應考量父母之經濟能力，其目的係為子女生活之安定性，以及父母之經濟力，以利養育子女長大成人，並使其受良好之教育。

### 5、婚姻過咎行為

基於裁判離婚之立法主義，已由傳統之有責主義，趨向於破綻主義，並且，以婚姻過咎行為作為決定子女監護之事由，往往含有濃厚之道德譴責成分，是以，除非父母婚姻上之過咎行為同時顯示欠缺擔任親權行使之能力

---

<sup>188</sup> 請參見最高法院八十年度台上自第五八號判決。

<sup>189</sup> 請參見台灣高等法院六十九年度家上自第四號判決。

<sup>190</sup> 請參見最高法院十七年度上自第一一五號判決。

<sup>191</sup> 請參見台灣高等法院台中分院八十年度家上自第十三號判決。

否則實不宜以此做為判斷基準。<sup>192</sup>

此外，參酌美國各州目前均承認於解決有關監護之爭議時，應以子女最佳利益（the best interest of the child principle）作為最高準則，且適用於所有監護案件。再者，裁判官對子女最佳利益之判決具有自由裁量權，除非有「明顯濫用自由裁量權」之情事，否則覆審法院不得動搖裁判官所為之判決，以下即為美州各裁判官判定監護權時的具體適用準則<sup>193</sup>：

#### 一、父母親之適當性

適當性（fitness）法則，最先發展於非父母親而欲取得他人子女之監護案件，惟嗣後被擴張適用到雙親間就監護有爭議之案件中。所謂「不適當之父母親」，意味著道德上之不適當，而非指父母本身能力或其撫育子女方式而言。該法律概念，包括有關性之不正行為、遺棄、酗酒、不得好評之宗教、政治以及社會之信念等等。

依據不適當法則，父母之一方不僅需證明其能為較好的監護，並且要證明他方具有不負責任或不道德等情事，然而，由於社會價值的變遷，因此法官之判決也儘量減低不適當概念所包含之懲罰因素，並要求所主張的不

---

<sup>192</sup> 我國實務裁判不以此為考量因素者，例如：台灣高等法院高雄分院八十年家上自第十三號判決；台灣高等法院八十年家上自第一三二號判決。

<sup>193</sup> 高鳳仙著，「中美離婚法之比較研究」，臺灣商務印書館，七十四年十一月初版，第一二頁。

適當性必須與撫育子女具有直接或相當的關係。<sup>194</sup>

## 二、精神病

在早期案件中，僅因患有精神病或情緒不穩定，不能構成監護案件中之父母親不適當性。為了使法院對精神病患判決令其喪失監護資格時，原告必須證明子女已被疏於照顧，或者子女有受肉體傷害之重大危險。

當事人的心理健康情況，其情緒是否穩定以及其與子女間的心理關係等，成為許多監護案件的關鍵爭點。然而，如果雙方當事人所提出的專家意見紛歧時，法院可能採用依常識判斷的方式解決問題。一般而言，僅僅是心理障礙本身並不當然導致監護人不適格，法院通常以心理疾病對系爭子女所生的影響，作為爭點的判決基礎。

## 三、宗教信仰

根據法院判決，享有監護權的父母，能自由斟酌與支配監護子女的宗教訓練，倘若法院企圖支配此種訓練，將為憲法所不許。因此，所有法院皆一致判決認為，宗教信仰不能作為監護案件的唯一決定因素。

## 四、幼年原則

依幼年原則，幼兒的最佳利益通常是被推定應

---

<sup>194</sup> 惟有謂適用此原則之判斷，有其負面結果，例如：由監護訴訟程序所產生之怨恨，能破壞父母親離婚後之關係，此外，若子女聽到父母彼此的控訴，將帶給他們心靈上傷害，也可能使其與父母之關係造成困擾。Wheeler, supra note 40, at 75-77.轉引自高鳳仙著，本節前揭書，第一二七頁註釋第四二。

置於母親之照顧看護之下，此項推定是以二種假設為基礎，其一為母親的關愛與照顧是幼兒的最大需求，另一則為母親可能比父親能對幼兒的需求，提供更好的看顧和關懷。

美國各州法官對幼兒原則有幾種不同的適用方式。第一，有些法院僅在能證明母親為不適當的場合，始判決父親有監護權。惟由於舉證責任是這樣困難，因此，父親的監護權幾乎毫無例外地遭到否決。第二，母親優先是決定子女最高利益的因素之一。有些法院在適用此原則而為監護判決時，將此種推定與子女的利益間加強其關聯性，亦即，倘父親想要推母親優先的推定，則需提出特別的證據證明，以支持其監護權的主張。第三，有些法院僅在當所有其他因素都旗鼓相當時，才適用此種推定。亦即，如果法院發現父親與母親間互相平衡，則將適用此種假定，而將監護權判給母親。第四，一些法院和立法機關拒絕承認此種推定，認為其對父母親有性別的歧視，這些法院為監護案件的判決時，對父母親的性別並不給予任何優先的考慮。

## 五、子女的選擇

所有法院幾乎一致認為，法官就子女之監護所為判決，不能依子女之選擇而定。然而幾乎所有的法院和立法機關，皆承認子女的選擇有監護訴訟程序上具有重要性。

## 六、其他因素

法院決定何種情況是子女之最佳利益，也可能考慮許多其他因素。與父母親有關的因素包括：父母之一方所能提供的經濟環境、每位父母能用以撫育子女之時間、有監護權父母之住處、遺棄子女等。<sup>195</sup>

上述係美國法院於判定子女監護時一些判斷之基準，亦可由其中具體表示子女之最佳利益之追尋方向。惟此項適用標準問題，被批評為是無法正確地加以定義，並置於法官廣泛的自由裁量權下。故關於子女利益保護之思想，仍須依賴更多心理上的及社會學的輔佐，以求更適切的判斷。

除開前揭與監護子女判斷上之標準外，在子女交還請求中，子女利益保護思想亦為子女交還請求之要件判斷標準：

一、就子女之侵奪是否出於不法言，該不法之判斷標準，應視子女之利益所屬而做最終之判斷，並非法有明文規定如何始為「不法」。故縱使自得對子女行使權利負擔義務之人處將未成年子女占有，若係為子女之利益，法院亦得

---

<sup>195</sup> 我國學者有將上開具體標準詳加整理者，列有一、父母道德上之不當行為；二、父母對子女之不當行為；三、父母之監護能力；四、父母能用以撫育子女之時間；五、父母用以撫育子女之環境；六、種族；七、宗教信仰；八、家庭的安定性；九、子女養育環境之繼續性、及對新舊環境之適應性；十、第三人協力之可能性；十一、婚姻過咎行為；十二、經濟狀況；十三、父母監護子女之意願、及對子女之感情與態度；十四、幼年原則；十五、父母再婚與否；十六、子女之性別；十七、兄弟姊妹；十七、子女之願望等標準，請參見王如玄著，「論離婚後子女監護之歸屬 從貫徹男女平等並保護子女利益之立場出發」，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，民國七十七年六月，第六十一頁至第八十頁。

為有利之判定。

二、就子女之自由意思言，子女之選擇固為法院重要之參考標準，但並非即依子女之選擇而定，若子女之選擇違反其利益，法院亦得為與其意思不同之酌定。

三、就親權之濫用言，親權是否濫用，亦係以是否符合子女之利益為主要之標準。

是綜上所述，子女交還請求之實體，不僅是前提問題之監護酌定與子女之利益有極大之關係，子女交還請求之要件，亦以子女之利益為判斷依歸。

## **第二款 子女利益保護與子女交還請**

### **於程序法之實踐**

在民事訴訟法中，因求紛爭之一次解決，故於同法第五百七十二條之一規定：「撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。前項情形，法院亦得依職權定之。但於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會。夫妻均不適

合行使權利時，法院得選定適當之人為子女之監護人。但應先徵詢被選定人之意見。前三項情形，法院為裁判時，不受當事人聲明事項之拘束。前四項規定，於婚姻無效、確認婚姻成立或不成立或夫妻同居之訴準用之。」換言之，交還子女之請求得於婚姻關係事件中附帶提起，在同一訴訟程序中獲得解決。惟程序法上對於子女交還之酌定是否符合子女利益保護思想，應視該程序是否運用充分之設備與專業之人力加以調查，並依嚴謹之程序做為判斷之基準，俾使子女交還之准駁確不致造成子女利益之損害。此乃日本家事審判法認為事件屬家事事件時即應交由家事裁判所，由專業之人士充分加以調查審酌之意旨所在。為彌補專業考量的不足，民事訴訟法又於第五百七十五條之一規定：「第五百七十二條之一之事件，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。前項事件，法院為裁判前，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見，或囑託其進行訪視、提出調查報告及建議。」以維護子女之利益，惟第五百七十五條之一之規定，只將此項專業性之調查規定為法院依裁量所為之調查，並非強行規定，且欠缺專業之調查官參與，對於子女之利益保護，尚較非訟事件法之規定不足。

在非訟事件法中，法院為維護子女在程序上充分考量之利益，於該法第七十一條之四規定：「法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見

或請其進行訪視，就民法第一千零五十五條之一所定事項，為事實之調查，並提出調查報告及建議。法院認為必要時，亦得命少年調查官為前項之調查。」同法第七十一之五條規定：「法院認為必要時，得通知主管機關或社會福利機構相關人員或少年調查官於期日到場陳述意見。」是就子女監護與子女交還之酌定充分進行利益保護之調查，對於子女利益自有最好的保障。

在家庭暴力防治法中，由於緊急性及暫時性之需求，對於子女交還之准駁，其調查自難如非訟事件法與民事訴訟法般之周全。惟此乃家庭暴力防治本身立法政策使然，且該法對於緊急時子女利益保護確有其必要，故該法規之程序亦符合子女利益保護之標準。

### **第三款 子女利益保護與子女交還請求 執行法上之實踐**

我國關於子女交還於執行法上之主要依據為強制執行法第一百二十八條第一項、第三項之規定，惟該條規定准將子女以直接強制方法，將該子女取交於債權人。無疑將子女當成物般，做為執行之標的，其立法已將子女之法律地位貶抑，且一旦施以直接強制，對於已有自由意思之子女，其尊嚴與身心之戕害，自屬至鉅。是此項規定，與子女利益保護之思想有極大之衝突。

正值我國親子法因親屬法規、民事訴訟法規、非訟事件法規，皆朝向親子法以子女之利益為中心之立法邁進時，於執行部分卻遲未有相應之立法，使子女交還請求法制之探討歷實體、程序，卻於執行付諸實現時，卻嚴重違反子女利益保護之精神，實屬立法上之闕漏，是宜盡速針對子女之利益，訂定合於時宜之執行法規，應為要務。

## 第四款 結語

子女利益保護之思想，已為近代親子法之中心，子女交還請求之相關探討，亦不能脫離此一中心原則。如前所述，子女利益之思想係子女交還請求之實體探討、程序進行及執程序之主要審酌依據，是以，不論立法政

策，或實際之審酌與執行，實不宜脫離之一原則。我國於程序法部分，其法制尚稱周全，其基本精神亦與子女利益保護之思想相符。惟我國目前實體法尚無子女交還請求之依據，執行法上亦有疏漏，在立法上尚有須努力之處。為具體說明子女之利益與子女交還請求之實踐，茲以台灣高雄地方法院某案例所為之訪視調查報告為例，以明瞭我國子女利益保護思想的落實程度：

#### 高雄縣政府社會科監護權案訪視調查報告

兒童基本資料	姓名	吳騰吳竹旂	性別	男男女女	出生日期	71.01.15 72.01.09 76.11.07	原監護人	吳強吳王葉	實際照顧者	吳強及其母親
	戶籍	高雄縣梓官鄉大舍村大舍東路 號			現住地址	高雄縣梓官鄉大舍村大舍東路 號				

受訪者基本資料

訪視日期：88.6.22

6.25 6.28

訪視對象	原告	被告
姓名	吳王英	吳強
出生及學歷	47年10月19日 高中畢業	45年11月09日 高中畢業
戶籍地址	高雄縣梓官鄉大舍村大舍東路 號	高雄縣梓官鄉大舍村大舍東路 號
現址及電話	高雄縣岡山鎮嘉興里信中街 號 電話：	高雄縣梓官鄉大舍村大舍東路 號 電話：
家系圖		
居住環境	原告自八十八年二月八日回娘家居住，娘家是二棟相通的透天樓房，屋內往寬敞，擺設簡單整潔，佈置幽雅。	被告住宅為四棟相通的四樓透天樓房，佔地往廣，一樓進門處堆放了許多東西，擺設較為凌亂。

經濟狀況	原告現從事賣魚的工作，每月淨收入約為五、六萬元	被告早上在住家附近賣魚，下午管理自家的魚塢，據其表示賣魚的月收入約五萬元左右，魚塢收成時的收入又另計。
健康狀況	原告表示因長期遭被告身體上及精神上的傷害，致經常頭痛，更因而罹患憂鬱症，目前仍定期在高雄市立凱旋醫院就醫中。	被告外表看來健康狀況不錯，但在接受訪談之初情緒較為激動，且略有酒味傳來。
生活	原告與被告是經人介紹認識而於民國七十年結婚。婚後原告協助婆婆經營雜貨店(但婆婆未給生活費)及照顧被告之祖父母，被告則協助父親經營自家產業。未幾，原告即發現被告好賭，又嗜酒成性，經常藉故或藉酒意辱罵原告，並會動手毆打原告，還曾將原告打腦震盪，原告為了家庭圓滿都隱忍下來。由於曾受被告嚴重傷害，原告後來再遭被告毆打都會回娘家躲避，被告便至原告娘家吵鬧。此外，在與被告共同生活的這段期間，原告除了遭受身體上及精神上的傷害外，還獨立負擔家中生計，由於婆婆不給生活費，且被告無固定工作，所以原告在小女兒約一歲時即揹著她外出賣魚，被告甚少協助原告，還常常帶著酒意到原告的攤位大吵大鬧，影響其做生意。由於不堪被告的長期虐待，原告實在無法再與被告共同生活，故而訴請離婚。	依被告說法，結婚以來他對原告很好，是會罵她，但並未動手打過她。據被告表示，原告尚未離家前是夫妻倆一起去賣魚，錢都交由原告管理，所以生活費用(包括孩子的補習費)都需要跟原告拿。至於原告在訴狀中指出被告嗜酒成性，他表示是與朋友應酬時才喝，並沒有常常喝。而原告所說因遭其身體上及精神上的傷害而罹患憂鬱症更是沒有的事，因為原告一向身體很健康，被告的祖父也都是原告在幫忙照顧。
監護動機	據原告表示孩子自小由自己帶大，被告並不關心孩子，也沒能力給孩子生活費，而且被告又經常藉酒意擾亂孩子，使得孩子沒有辦法好好唸書，因此原告希望爭取三個孩子的監護權，使他們能安心平靜的繼續就學、生活。	被告表示孩子從小就在這個家中長大，是不可能把孩子給原告的。而且在原告離家後，次子曾因病住院，原告並未到醫院探視，顯示原告有虧母職。
支持系統	依原告描述，家人的感情很好，尤其在她遭受婚姻暴力時，父母及兄弟姐妹無論在金錢上或心理上均給予她相當多的支持，讓她有勇氣去解決問題。	被告與父母同住，他表示在原告離家後這幾個月，都由母親協助煮飯及照顧子女。
親職能力	原告表示孩子主要都是自己在照	被告表示孩子從小大多由原告照

	顧，孩子的日用品、學用品、零用錢及補習費等都是由原告張羅，包括目前長子與次子在外居住的生活費也都由原告負擔。另外，孩子有病痛時，也都是原告帶他們去看病，被告甚少協助。又另據原告告知，在其離家後次子曾因病住院，她因害怕被告會對她不利而不敢到醫院探視次子，但她一直有透過娘家的人去了解次子的狀況，且在次子一出院即到學校去看他，表示她非常關心子女。	顧，原告未離家前也大都是原告在煮飯，但若原告外出無法趕回來時，被告都會回家做飯，免得孩子挨餓。在原告離家後，被告更是父兼母職，克盡照顧子女之責，另外，由於錢都是原告在管理，所以原告無法在金錢上很充裕的供給孩子，但他對孩子的教育方式很自由。
探視權態度	原告表示自己與孩子均對被告感到畏懼，因此不希望被告來探視孩子。	被告表示原告要看孩子一定要回家來。
孩子意願	三個孩子均表示要跟母親共同生活。子女們表示從小都是母親照顧較多，有任何需求就找母親，即使現在母親不在家，但母親仍與他們保持聯繫，有任何需用就找母親。至於父親，據三個孩子表示父親沒有打過他們，偶爾會煮飯給他們吃，也曾有一、二次協助母親帶他們去看病。另外，父親不喝酒時滿沈默寡言的，但一喝了酒就會罵他們，令他們覺得很困擾。	
評估建議	經與原告、被告及三個孩子實際訪談，原告與被告均有強烈監護之意願，且並未發現二人有嚴重不適宜擔任監護人之情形，因此建議法官尊重孩子們的意願，由原告擔任監護人。	

我國實務上對於子女利益保護思想的具體表現，依民法第一五五條之一規定：「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。」所做之社會調查，即透過行政單位之社會部門對於發生子女監護或子女交還的之爭當事人，由法院委請該等行政機關，主

動至家庭中對子女此類紛爭爭執之適當性所為之實際訪視調查，此類調查係目前法院審酌相關紛爭時最具體之審酌要項。

據上開例，我國關於子女監護之決定抑或子女交還與否之判斷，皆係基於子女之利益，考量上開事項供做法院參考，就其評估之要項可大致整理如下：

#### （一） 父母親之適當性

我國實務上調查之重點也集中於監護的適當性，如上表中，原被告所居住之環境、經濟環境、親職能力等要項，但與美國司法機構於判斷上不同，即對於雙方道德上之評議上較為欠缺，這可能是因為我國在實際調查此類案件之人員不足，難有較長之時間，將原被告雙方人格方面做一較為深刻之剖析，故原本應屬適當性法則最核心之「不適當之父母親」，即父母親人格道德要項，無法做一嚴格的審查。尤其是我國目前人民生活水準皆屬小康，經濟狀況大致皆能提供子女在學業及生活上需求，故花了大篇的篇幅表示原被告之家居環境及經濟狀況，仍無法確切說明原告為何較為適當監護，而使適當性法則之判斷流於形骸化。

#### （二） 幼年原則

依幼年原則，幼兒之最佳利益通常是被推定應置於母親的照顧看護之下，此項推定是以二種假設為基礎，其一為母親的關愛與照顧是幼兒的最大需求，另一則為母

親可能比父親能對幼兒的需求，提供更好之看顧和關懷。正如前開美國司法實務界之判斷，許多美國州法院仍考量母親較適宜監護幼兒之原則，我國實務上之判斷也常從此原則出發，此從上表中敘明：「原告表示孩子主要都是自己在照顧，孩子的日用品、學用品、零用錢及補習費等都是由原告張羅，包括目前長子與次子在外居住的生活費也都由原告負擔。另外，孩子有病痛時，也都是原告帶他們去看病，被告甚少協助。又另據原告告知，在其離家後次子曾因病住院，她因害怕被告會對她不利而不敢到醫院探視次子，但她一直有透過娘家的人去了解次子的狀況，且在次子一出院即到學校去看他，表示她非常關心子女。」等語即知。

### （三）子女之自由意願

本表中子女之意願無疑是占有極重大之因素，與日美等國家於實務上之判斷不同，我國似並未明確就子女之年齡做一區分，而一概加以參酌。

（四）至於宗教因素，因我國向未有如歐美國家有濃厚的宗教信仰之社會因素，故未加以參酌，另父母雙方之健康狀況，如是否有精神病史，在美國實務判斷上也是一個重要要素，但在我國似也未加以重視，如上表中也述明原告患有憂鬱症，但並非該審酌事項中的重要因素，對子女利益在心理層面上的保障似有欠缺。

故我國實務雖也以子女利益保護為基礎，分就若干要

項為審酌有關子女交還或子女監護的准否，惟比較先進國家已從物質化之需求，進展到子女心理上利益的保障，我國目前在子女利益保護的內涵上，實有多加深耕之必要。

## 第六章 我國子女交還之實務 見解評析

子女交還請求所涉層面極廣，其個案之酌定與執行對個人、家庭甚至社會造成極大之響影，本文除就上述學理上為分析與論述外，另參考實務之見解分就子女交還問題之三大主軸，分別評析如下：

## 第一節 依子女利益保護為酌定

### 第一則實例

臺灣桃園地方法院民事判決

八十五年度親字第一二號

原 告 邱垂炯

訴訟代理人

兼送達代收人 施習盛律師

被 告 陳鶯月

訴訟代理人 簡文玉律師

複代理人 郭啟榮律師

右當事人間請求交付子女事件，本院判決如左：

主 文

被告應將兩造所生之子邱 智交還與原告。

訴訟費用由被告負擔。

事 實

甲、原告方面：

一、聲明：如主文所示。

二、陳述：

兩造於民國八十四年四月十四日協議離婚，依約定兩造所生之子女邱 頡、邱 智（八十一年一月十三日出生）及邱 靖均由原告監護，被告僅有探視權，但於同年五月間，被告藉探視之機會將邱 智帶走，原告於八十四年十一月十七日曾發函予被告，請其依協議離婚書之內容履行，但被告亦置之不理，迄今未將邱聖智帶回，爰依民法第一千零五十一條規定及協議離婚書之約定，提起本訴。

原告並無不能照顧邱 智之情形，前雖曾同意於邱 智感冒期間暫由被告將之帶回照顧，係因當時兩造間關係尚未惡劣，彼此間尚有往來之故，但並非同意自此以後邱 智由被告監護。

三、證據：提出協議離婚書、存證信函影本各一份為證，並聲請訊問證人邱美香。

乙、被告方面：

一、聲明：請求駁回原告之訴，訴訟費用由原告負擔。

二、陳述：

因原告係多家公司之負責人，無法善盡照顧兩造所生之子邱 智，且交由訴外人楊素岑照顧，故原告於八十四年五月間邱 智感冒時，將其自訴外人楊素岑處帶回，其間原告亦曾前來帶邱 智外出遊玩後，又帶回被告住處。

因原告無暇照顧邱 智，且曾將被告住處之紗窗設

備破壞，其有暴力傾向，業已訴請鈞院將邱 智之監護權由原告變更為被告，繫屬於鈞院八十五年度親字第三號審理中。

三、證據：聲請訊問證人楊素岑、陳蔡昭。

丙、本院依職權調閱本院八十五年度親字第三號變更監護權事件卷宗。

#### 理 由

一、本件原告主張依協議離婚書之約定，兩造所生之子邱 智應由原告監護，但被告於八十四年五月間將之帶走後，拒不帶回，而原告並無不能照顧邱 智之情形；被告則以原告係多家公司之負責人，並將邱 智交由他人照顧，顯係無法善盡照顧之責，且亦已訴請鈞院將邱聖智之監護權由原告變更為被告等語置辯。

二、按民法第一千零六十條規定：「未成年之子女，以其父母之住所為住所」，而於父母離婚之情形下，未成年子女之居所指定權，應由有監護權之人行使，此觀民法第一千零九十七條之規定亦明。

三、本件原告主張兩造於八十四年四月十四日協議離婚時，即已約定邱 智由原告監護，但被告於離婚不久後即將邱 智帶走之事實，業據提出兩造所簽訂之協議離婚書及偉揚律師代書事務所八十四年十一月十七日八十四年度偉律施字第一一 號函影本各一份附卷可稽，並經證人邱美香、楊素岑證述屬實，被告對之亦不爭執，故堪信原

告此部分之主張為真實；被告雖辯稱：原告係多家公司之負責人，且將邱智交由訴外人楊素岑照顧，顯係無法善盡照顧之責，以及原告有暴力傾向，不適宜將邱智交付予其云云。惟查：

原告雖係學儒水電材料五金有限公司、盟順水電工程行及聖智企業工程有限公司之負責人，然學儒水電材料五金有限公司係於八十年十月二十八日設立、盟順水電工程行係於八十一年四月二十七日設立、聖智企業工程有限公司則係於兩造兩願離婚即已籌設乙節，除據被告陳述明確外，並有原告於本院八十五年度親字第三號變更監護權事件提出之學儒水電材料五金有限公司、盟順水電工程行營利事業登記證影本各一份存卷可參，經核兩造係於八十四年四月十四日始簽訂協議離婚書，而前開公司之經營與籌設均係於兩造簽訂協議離婚書前，然被告仍於該協議離婚書中約定邱智由原告監護，且證人邱美香亦證稱：原告係與父母親同住，亦有能力照顧邱智等語，故被告實難再以原告係多家公司負責人為由，而謂原告無法善盡照顧邱智之責。

被告於八十四年四月中旬，曾以電話向證人楊素岑告稱：因其母陳蔡昭有糖尿病無法繼續照顧邱智，故請證人代為照顧，而每月之費用為新台幣二萬元乙節，業據證人楊素岑證述在卷，從而兩造所生之子邱智既係經兩造之同意而由證人楊素岑照顧，被告亦難執此作為原告無

法善盡照顧邱 智之理由。

至原告是否確有破壞被告住處紗窗乙節，證人陳蔡昭證稱：他要來帶小孩，小孩哭，我們不敢開門，他即弄壞紗窗等語，而原告則辯稱：當時我帶長子邱 頡去帶邱 智，證人陳蔡昭不肯而將小孩抱至三樓，紗窗是邱舜頡弄壞的等語，經核以兩造係為帶回邱 智而發生爭執，故原告縱有前述之行為，亦與無故恣意破壞他人物品之行為不同，被告亦無法據此謂將邱 智交還予原告為不適宜。

綜上所述，本件兩造既約定邱 智由原告監護，且被告前開抗辯均無理由，則揆諸前揭說明，應由原告行使對邱 智之居所指定權，然被告卻將邱 智帶離，而妨礙原告前揭權利之行使，故原告依民法第一千零五十一條規定及協議離婚書之約定，請求被告將邱 智交還，為有理由，應予准許。至被告另行提起之變更監護權事件（本院八十五年度親字第三號），本院認於本訴訟並不生影響，至於其後兩造間以何人擔任邱 智之監護權人為適當，則應俟本院前開變更監護權事件判決確定後決定之，於該判決確定前，依兩造協議離婚書之約定，邱聖智仍應由原告監護，而由原告行使居所指定權，附此說明。

結論：本件原告之訴為有理由，依民事訴訟法第七十八條判決如主文。

中 華 民 國 八 十 五 年 四 月 五 日  
臺灣桃園地方法院民事第一庭

## 本文評釋

一、本件事實略以：當事人雙方原已協議離婚，並將子女協議由原告監護，不料被告於八十四年五月間將未子女帶走後，即拒不帶回，原告乃基於監護權請求被告交還子女，被告則以原告工作繁忙，無暇照顧子女為由，要求變更子女之監護權，而拒絕交還子女。法院則以雙方於協議離婚之際，被告即明知原告身為三家公司之負責人，則不能事後推翻原議，認原告不適當。且於協議時，已約定子女由專人照顧，則不能指其照顧不周。是原告基於住所指定權請求子女之交還為有理由。惟有問題者：法院是否得因雙方之協議而決定子女之利益？換言之，子女之最佳利益為何？法院認原告得以請求之主要依據係居所指定權，是否妥適？

二、關於子女利益之酌定，本件因所涉訟者係未成年子女之父母親，故首先須考量者係父母親之適當性，如原被告雙方之住居環境、經濟環境、親職能力、父母親之人格道德因素等均屬重要之參考標準。本件原告身兼數家公司之負責人，經濟環境原屬富裕，足供子女充分之身心發展，並無滯礙。惟原告是否因過於專注事業，致使無法完滿完

成親職工作？法院以雙方原對於由原告監護此點，業經深思熟慮後，妥為協調，認子女應交由父親來監護，則不能事後又認原告無法善盡親職，而要求改變監護權，加以原告已與被告協議子女可由專人照料，亦不生照顧不適當之問題。是上開判決認原告仍有監護權，請求交還子女為有理由。

上開理由雖非無見，惟法院之理由皆以雙方之協議為前提，似將民事財產法上之契約自由原則帶入身分法中，認雙方既已協議完成，則無爭論之必要，而忽視子女最佳利益之真正需求。本件原告顯然在經濟上握有強勢，且於協議時即約定由專人照顧子女，則顯因事業之關係而無法善盡親職照顧之責任至明，對於子女之成長自有極不良之影響。故法院仍應考量何方當事人能善盡未成年子女之身心照顧之責，而妥為酌定，甚而不排除適用「幼年原則」，認由母親之照顧看護下，是對幼兒之最佳利益，進而採行由母親照顧之見解為妥，而非專依雙方當事人之前協議內容而為判定。

三、居所指定權是否係請求交還子女之主要請求權基礎？

父母親或監護人對於子女為權利義務之行使，固對於未成年子女有指定其居住處所之權，惟居所指定權與子女交還請求權雖均係由保護教養權支生之權利，目的均在將子女置於自己支配下，以利保護教養，但居所指定權

係指示子女居住於指定之處所，故以子女有識別能力為前提，僅得對於有意思能力之子女為之，子女無意思能力時及子女反於其意思而被略奪或抑留時，則發生子女交還請求權之問題，職是之故，不得將子女交還請求權一律視為居所指定權之效果<sup>196</sup>。本件法院認兩造既約定未成年子女由原告監護，被告前開抗辯均無理由，則揆諸前揭說明，應由原告行使對未成年子女之居所指定權，然被告卻將未成年子女帶離，而妨礙原告前揭權利之行使，故原告依民法第一千零五十一條規定及協議離婚書之約定，請求被告將未成年子女交還，為有理由，應予准許等語。顯然無視居所指定權與子女交還請求權間之分際，而認子女交還請求權僅不過是原告之居所指定權受阻滯後，所產生之效果，其見解自尚有未洽。

## 第二則實例

臺灣高等法院暨所屬法院七十一年法律座談會

法律問題

甲、乙為夫妻，生有子女各一人，因感情不睦而兩願離婚，

---

<sup>196</sup> 請參見黃宗樂著，前揭文，第十頁。

關於未成年子女之監護，約定由夫妻共同為之，妻乙於辦妥離婚戶籍登記後，並即遷出，子女實際上則均由夫甲監護扶養，嗣妻乙擅將子一人帶走，甲請求交付子女，應否准許？

討論意見：

甲說：依民法第一千零五十一條規定，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。本件夫妻兩願離婚既約定子女共同監護，妻對子女自有監護扶養之權，原告之訴為無理由，應予駁回。

乙說：按父母對於未成年子女之監護，應屬權利之一種，依民法第一千零八十九條規定，父母對於未成年子女之權利除法律另有規定外，由父母共同行使之，父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。本件之子女雖約定由夫妻共同監護，但該子女向由夫監護扶養，妻擅將子帶走，顯屬父母對於子女之監護權利行使意思不一致，依上開法條所定，原告訴請交付子女為有理由，應予准許。（最高法院六十八年臺上字第一八二七號判決參考）

結論：

採乙說。

司法院第一廳研究意見：

同意研討結論，採乙說。（72.1.13.（73）廳民三字第  
三 號函復臺高院）

## 本文評釋

一、依上開法律問題之見解，則有監護權之一方依民法第一八九條之規定得請求獨自帶離子女之有監護權之他方交還該被帶離之子女。

二、上開見解固非無見，惟民法第一八九條之規定原係在雙方共同行使對未成年子女之權利或負擔義務時始得適用。於父母分居二地，一方對其子女之利益狀況不解之情況下，是否得適用該條之規定？實有疑問。故不能認民法第一八九條之規定係交還子女請求之主要依據。本文認獨自帶離子女且有監護權之他方，因在未經同意情形下侵害另有監護權之一方與該未成年子女間之身分權，故被侵害之一方得本於身分權之效果，請求交還子女似較為妥適。

## 第二節 程序上之利用

### 第一則實例

司法院八十九年四月十四日（八九）院台廳民一字第 八一  
一二九號函轉最高法院民事庭會議就修正民事訴訟法關  
於附帶請求部分之決議文：

決議一：關於民事訴訟法第五百七十二條之一第一項所定  
未成年子女監護附帶請求之前提訴訟，雖僅規定撤銷婚姻  
或離婚之訴，然依同條第五項、第五百九十六條第一項所  
定第五百七十二條之一於第五百八十九條及第五百九十二  
條之訴準用之結果，其前提訴訟應包括同法第五百六十八  
條第一項、第五百八十九條及第五百九十二條之訴之全部。

決議二：非訟事件法於民國八十八年二月三日修正，增訂  
第七十一條之一至第七十一條之十，將未成年子女監護事  
件改依非訟事件程序處理，所增訂第七十一條之十規定：「婚  
姻無效或撤銷婚姻，與確認婚姻成立或不成立及離婚或夫  
妻同居之訴，已繫屬於法院者，法院應將第七十一條之一  
及前條所定之事件（因夫妻離婚、婚姻無效、撤銷婚姻、  
確認婚姻不成立、法院宣告停親權，監護權及非婚生子女  
經認領所衍生之未成年子女監護事件）裁定移送於訴訟繫  
屬中之第一審或第二審合併裁判」。非如民事訴訟法第五  
百七十二條之一所定前提訴訟，應包括同法第五百六十八  
條第一項、第五百八十九條及第五百九十二條所定訴訟之  
全部，其中漏未規定之前提訴訟，如已繫屬於法院，非訟  
法院應將與各該訴訟有關之未成年子女監護事件，裁定移

送法院合併裁判。

## 本文評釋

### 關於決議一

一、依決議一之決議本文之說明，民事訴訟法第五百七十二條之一第一項固僅規定：「撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法」。雖規定未成年子女監護（應含子女之交還）附帶請求之前提訴訟，僅有撤銷婚姻或離婚之訴，然依同條第五項所定：「前四項規定，於婚姻無效、確認婚姻成立或不成立或夫妻同居之訴準用之」暨同法第五百九十六條第一項所定第五百七十二條之一於第五百八十九條及第五百九十二條之訴準用之結果，綜合觀察，關於未成年子女監護附帶請求之前提訴訟，應包括同法第五百六十八條第一項所定：婚姻無效、撤銷婚姻、確認婚姻成立或不成立、離婚或夫妻同居之訴，第五百八十九條所定：否認或認領子女、認領無效、撤銷認領或就母再婚後所生子女確定其父之訴及第五百九十二條所定：宣告停止親權或撤銷其宣告之訴之全部。

二、據上可知，我國目前由於並無類似日本之家事審判制度，故幾乎所有之人事訴訟程序，都歸類為民事訴訟程序，而目前之立法不僅將附帶請求子女監護之事項範圍擴大到至所有之婚姻關係訴訟，甚至親子訴訟皆包含在內，推估立法意旨，應是基於紛爭一次解決的思想。故依現行法之規定，凡子女交還請求與其他具有訟爭性之上揭訴訟有併同解決之必要時，皆得附帶請求，而無日本裁判管轄之困擾，在立法上應值得贊同。

## 關於決議二

一、依決議本文之說明，民事訴訟法第五百七十二條之一所定未成年子女監護附帶請求之前提訴訟，應包括同法第五百六十八條第一項、第五百八十九條及第五百九十二條所定訴訟之全部，其中超過非訟事件法第七十一條之十所定訴訟部分，亦為解決未成年子女監護事件之前提要件，如有各該訴訟繫屬於法院，非訟法院應將所受理之未成年子女監護事件裁定移送法院合併裁判，不因非訟事件法漏未規定而異。

二、參照前述決議一之評述，足見目前實務關於非訟事件法之適用，僅在有關之婚姻關係事件或親子關係事件已有明確之判定後，始有適用之餘地，不會發生與民事訴訟間

界限不明之狀況，即使非訟部分先行提起，而前提事件發生訟爭，亦需移由普通民事庭審理，此項將「訴訟法理」與「非訟法理」嚴格區別之法理，得收免於訴訟程序利用混淆之效，亦值稱許。

## 第二則實例

臺灣高雄地方法院民事通常保護令  
八十九年家護字第二六九號

聲 請 人 江亭

即 被害人

送達代收人 姚玉文

相 對 人 蘇啟源

訴訟代理人 黃建雄律師

楊昌禧律師

唐小菁律師

右聲請人聲請對相對人核發保護令事件，本院裁定如左：

主 文

相對人不得對下列之人實施身體或精神上不法侵害之行為：被害人。

相對人不得直接或間接對於被害人為下列聯絡行為：騷擾、恐嚇。

相對人應最少遠離下列場所至少一百公尺：

被害人住居所（地址：高雄市左營區新莊路 號樓）；被害人工作場所（地址：高雄市中山路 號樓、高雄市中正路 號樓室）；其他被害人或其特定家庭成員經常出入之場所及其地址：被害人娘家即高雄市 路 號樓之。

聲請人得以下列方式與兩造所生未成年子女蘇柏 會面：聲請人得於附表所示之時間，在高雄市政府社會局兒童福利中心，透過該中心社工員轉交，與蘇柏 會面，並接蘇柏 外出照顧；若於附表所示之時間社工員放假無法代為轉交，則由兩造自行交付小孩，惟必須按時間交付，且不得藉故爭吵，而發生拉扯、搶小孩情事。

保護令之有效期間為拾月。

程序費用由相對人負擔。

#### 理 由

一、本件聲請意旨略以：相對人與聲請人即被害人原係夫妻，現已離婚，相對人於民國八十八年十月十六日十三時十分許，因口角，在高雄市苓雅區興中一路二十八號三樓騎樓，出手毆打被害人，並將嬰兒推車往被害人砸擊腰椎，造成被害人退化性關節炎，且以粗暴言詞咒罵被害人父親、姐姐，對於被害人實施身體上及精神上不法侵害行

為，已發生家庭暴力事件，有驗傷單三紙可資佐證；且依相對人之前五次對被害人實施暴力行為，可認被害人有繼續遭受相對人實施不法侵害行為之危險，為此依家庭暴力防治法之規定，聲請核發該法第十三條第二項第一、二、四、五、十二款內容之保護令等情。

二、經查，聲請人主張其於八十八年十月十六日遭相對人毆打，受有傷害等情，業據其提出驗傷單三紙、照片十一幀為證，復經證人即高雄市政府警察局苓雅分局民權路派出所警員宋俊儒證稱：「到達現場時情況很混亂，不知為何事在爭吵，我到達時沒有看到他們二人有拉扯的行為，．．女方有說被男方及其家人毆打，女方沒有提示她那裡受傷」、「女方背部洋裝有撕毀的情形」等語，及證人即被害人之阿姨蔡秀琴證稱：「八十八年十月十六日我沒有跟江女一起去蘇某家，是江女打電話給我說，她在興中路被蘇某的家人打，我過去警員已在那邊了，我自己看到江女手腳有受傷，衣服有被拉開，我們一起先回家換衣服再去驗傷」、「有一次農曆七月一日半夜時，我去江女父親家，看到江女與蘇某在吵，江女說蘇某又打她，我有看到江女手臂受傷，七月一日前又有一次．．我有看到她全身瘀傷，我勸她回家拍全家福，江女的姐姐拿衣服給江女穿，叫她去全家福」等語，足見八十八年十月十六日當日相對人確有動手毆打被害人情事；又相對人曾於八十七年八月二十二日因故出手毆打被害人，致被害人受有傷害

情事，亦有所提之診斷證明書附卷可稽，是參酌證人蔡秀琴前開證詞，足見被害人曾多次遭受相對人實施暴力之行為，再二造離婚後，雖關於未成年之子蘇柏之監護權係協議由相對人任之，已經兩造陳述在卷，惟兩造經常因小孩探視問題而發生爭執、甚至拉扯、動手之事，亦經證人陳信樺、陳淑珍、林碧蘭分別證述在卷，是雖聲請人與相對人已離婚，然二人仍可能為小孩探視之問題而爭吵、動手，聲請人日後仍受有暴力行為之危險性。再本件兩造之爭點乃在於對於小孩之探視之問題，故本院斟酌二造之爭點、小孩之對於父母親親情之需求及為免聲請人免於受家庭暴力之危險，核發如主文所示之保護令。

三、至於有關其他家庭成員之保護，聲請人並未提出具體證據以資證明渠等前後多次受相對人實施暴力行為，是此部分本院認無必要，至於家中鑰匙之使用權部分，因本院已核發相對人不得靠近被害人及娘家住居所，故此部分本院認無必要。

四、依非訟事件法第八條第二項、民事訴訟法第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 四 月 八 日

法 官

右為正本係照原本作成

如對本裁定抗告，須於裁定送達後十日內向本院提出抗告狀

本院前所核發之八十八年度暫家護字第一五二號暫時保護令，自本保護令核發時起失其效力。

#### 附表

一、聲請人在兩造所生之子蘇柏 成年之前，於每個月第一個星期六自下午一時起，得前往高雄市政府社會局兒童福利中心，與蘇柏 會面，並接蘇柏 外出，由聲請人照顧至翌日，於星期日下午五時以前送至高雄市政府社會局兒童福利中心交予相對人。

二、聲請人在兩造所生之子蘇柏 成年之前，於每個月第四個星期六自上午十時起，得前往高雄市政府社會局兒童福利中心，與蘇柏 會面，並接蘇柏 外出，由聲請人照顧至翌日，於星期日下午五時以前送至高雄市政府社會局兒童福利中心交予相對人。

三、聲請人得於蘇柏 生日當天，於二月十二日上午十時起，前往高雄市政府社會局兒童福利中心，與蘇柏 會面，並接蘇柏 外出，由聲請人照顧至當日下午五時以前送至高雄市政府社會局兒童福利中心交予相對人。

四、聲請人得於江亭生日當天，於十月十五日上午十時起，前往高雄市政府社會局兒童福利中心，與蘇柏 會面，並接蘇柏 外出，由聲請人照顧至翌日下午五時以前送至高雄市政府社會局兒童福利中心交予相對人。

五、聲請人得於每年農曆年大年初三上午十時起，前往高

雄市政府社會局兒童福利中心，與蘇柏 會面，並接蘇柏 外出，由聲請人照顧至翌日即大年初四下午五時以前送至高雄市政府社會局兒童福利中心交予相對人。

六、聲請人在蘇柏 就學之學校放寒、暑假之期間，除仍得維持前述之會面交往方式外，並得增加七天與聲請人同住之期間；而於蘇柏 尚未就學前，則於每年三月、七月增加七天之同住期間。

## 本文評釋

一、本件雖係子女會面交往之保護令聲請，惟審酌之要項大致與子女之交還相同。

二、本件在夫妻之爭執尚未進入訴訟程序前，得經保護令之保障，使夫妻間之事實上之衝突得經法院之介入，暫時獲得平息，而本件雙方最大爭執之子女會面交往問題，亦得因此保護令之規定取得一定之平衡。

三、本件關於子女探視之時間與場所皆於主旨中明白宣示，使雙方關於子女之會面交往得有一定之規範，且利於執行。

四、依上開判決之理由，普通民事保護令事件，亦斟酌聲請人所提相當之證據，所以尚無因倉促決定，致為不合事

理之判定，惟於暫時保護令，因未有充裕之時間搜集證據，並為審慎之決定，則對於諸如子女交還等請求，則更須審慎。

### 第三節 子女交還之執行

#### 第一則實例

臺灣高雄地方法院執行命令

中華民國八十八年十二月四日

八十八高貴民正八十八執字第二七 四二號

受文者：債務人 林

副本收受者：債權人 陳

主旨：台端應於本命令送達之翌日起十五日內，依照台灣高雄地方法院八十八年度親字第七二號民事判決，請求子女探視權主文所載：債權人在兩造所生之子林 廣（男，民國八十五年一月十二日生），成年之前，逢每月第二、四五星期之星期六，自上午九時起，得前往林 廣所在之處所，與林 廣會面，並得接林 廣

外出，由債權人照顧至翌日，於星期日下午七時以前送回債務人所在地，逾期不履行即將依強制執行法第一百二十八條，本院得拘提管收或處新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。

說 明：

- 一、本院八十八年度執字第二七 四二號債權人陳 與債務人林秋 間之強制執行事件，債務人應依主旨所載內容自動履行。
- 二、債權人應於期限屆滿時陳報債務人履行情形，如逾十日未陳報，即視為債務人已自動履行完畢。

## 本文評釋

- 一、本件係子女會面交往之執行命令，對於執行之方式僅規定間接之執行方式，由於對於子女之會面交往並未明文規定可以利用直接強制之方式為之，故本裁定註明債務人違反時，僅得利用拘提管束或處以怠金之方式催迫執行，尚無違誤。然於子女交還請求之情形，宜將子女交還得利直接強制之方式為執行明白記載，以使債務人自動履行。
- 二、本件對於子女會面交往之場所、時間均如判決主文所載，明白記載於執行命令中，惟於子女交還之判決，由於

主文常只表示子女應交還予某人，對於交付之方法、時間、場所皆付之闕如，故在執行命令中宜明載交還之方式、時間及場所，俾利債務人之履行。

## 第二則實例

美聯社 / 邁阿密二十二日電：聯邦探員今天拂曉發動突擊行動衝進古巴六歲男童伊利安 (Elian Gonzalez)<sup>197</sup>在邁阿密親戚的家，帶走哭叫不停的伊利安，送上飛機

---

<sup>197</sup> 有關古巴難童伊利安與生父團聚事件始末整理略述於下：

1999年11月25日：搭載伊利安、其母與其他十一名古巴偷渡客的小船，在駛往美國佛羅里達州途中沈沒，其母因此罹難，而六歲的伊利安抓著內胎漂流兩天後獲救。

1999年11月28日：伊利安生父由古巴總統卡斯楚聲援，要求美方遣返其子。

1999年11月29日：伊利安在邁阿密的親屬以及佛羅里達州反卡斯楚人士訴諸法律行動，要美國當局賦予伊利安「政治難名」身分。2000年1月5日：美國移名歸化局決定，應於一月十四日之前將伊利安送返古巴與其父團聚。

2000年1月6日：古巴政治流亡人士在佛羅里達州示威，近百人被捕。

2000年1月7日：美國共和黨籍國會議員決定，伊利安需向國會的委員會提供證詞。

2000年1月10日：邁阿密一法官裁決，伊利安應留在美國，直到能證明他返回古巴不會受到傷害。

2000年1月12日：美國司法部長李諾駁回邁阿密法官的裁決。

2000年1月21日：伊利安的祖母與外祖母抵華勝頓會晤李諾。

2000年2月8日：美國移民局駁回伊利安生父有關將伊利安交由其他在邁阿密的親屬監護的聲請。

2000年3月21日：伊利安在美親屬要求美國政府給予伊利安政治庇護上訴案遭法院駁回。2000年4月6日：伊利安的父亲赴美，住進古巴駐華勝頓代表處。

2000年4月13日：伊利安在邁阿密的親屬違抗美國聯邦當局下達命令，拒不交出伊利安，隨後並促成臨時法庭發出阻止將伊利安送返古巴的禁制令。

2000年4月19日：聯邦上訴法院支持前述暫時禁制令。

2000年4月21日：聯邦當局與伊利安在邁阿密的親屬徹夜談判，期能化解僵局。

請參見八十九年一月十二日中國時報第十三版；八十九年三月三十一日中國時報第

抵達華盛頓安德魯空軍基地，與分隔五個月的父親重聚<sup>198</sup>。

## 本文評釋

一、子女交還之執行，如未有妥適之執行裁量，往往因實力之取奪，造成輿論之撻伐，本件在美國發生之事件，雖係判決確定前類似子女交還之假處分程序，惟因事涉敏感政治事件，造成相當大之爭議。

二、惟該事件對我國交還子女請求之理論，具有若干之啟示：

1、即在法制先進如美國國家之法制，對於子女之交還也存有是否得以直接強制之方法執行的爭議，惟在此次事件後，美國總統馬上發表言論表示贊同司法部長的決定<sup>199</sup>，足見直接強制之方式，在該國仍屬適法之執行方式。

2、即使美國比起古巴，在未成年子女之養成過程，能夠帶給該子女充分之教育及生活需求，惟本文基於原生家庭思想，若該名未成年子女之父親提出監護要求，仍應以交還該子女予父或母為優先之原則。

3、本件事實之男孩雖亦表達願意滯留美國之意願，惟因

---

十三版；八十九年四月五日中國時報國際新聞版；；八十九年四月二十三日中國時報第八版；八十九年四月二十四日中國時報第三、十三、十五版。

<sup>198</sup> 請參見八十九年四月二十三日中國時報第八版。

<sup>199</sup> 請參見八十九年四月二十三日中國時報第八版。

尚未成年滿七歲，其自由之意思顯相當容易受他人之影響，應無子女自由意思選擇之適用。

4、由於子女交還之執行常生爭議，故對於執行之方式自宜因時因地審慎為之。本件之執行因須進入古巴裔族社區，為免爭議擴大，故採以強大火力、速戰速決之方式為之，事後雖證明確平息紛爭，避免政治效應之持續擴大，其執行方式仍有檢討之必要。



## 第七章 未來立法之前瞻

綜前所述，過去子女交還制度並未完全確立，對於子女交還與否之判定，常僅能附隨於婚姻關係之訴訟中或酌定監護人之事件中併同解決，惟隨著子女利益保護思想逐漸成為我國親子法之主流，子女交還制度是否也能按照此種中心思想之宗旨運行，即為本文所探討之主要課題。茲以子女利益為核心，分別就子女交還制度之實體面、程序面、執行面以立法論上之建議說明之。

### 一、子女交還請求之實體面

子女交還請求所由生之依據，即父母間因離婚後，所生一方得對侵奪之一方行使子女交還請求之依據，如前所述，國內外之學說及實務見解不一，有採父或母對子女所享有之居所指定權者，有認係侵害父或母之保護教養權，即侵害親權之概念。惟本文認為親權之內含模糊廣泛，即使離婚後之父母，一方為未享有「對未成年子女權利義務之行使與負擔」之人，亦因行使會面交往權或扶養權而仍存有親權，故以侵害親權為標準做為此請求權之依據，並不明確。又居所指定權僅是父母對子女具體行使親權之內容，則此一看法尚較親權受侵害說更為狹隘，亦不

足採。

為解決上開依據之問題，本文認為該交還請求權之依據，仍應求諸權利侵害之概念，即父或母因「對未成年子女權利義務之行使與負擔」，所生對外排除侵害之權利觀念，該權利有學者即稱為「身分權」。換言之，即本於「對未成年子女權利義務之行使與負擔」之身分，所生不得侵害之權利。是故父母間因離婚所生子女交還請求之糾紛，不再受親權之內涵探討，而生遲疑，就其身分即得決定子女交還請求權人。

再者，子女交還請求權之性質，如前所述，有認為係一種對物的請求權、有認係排除侵害之請求，有認須視子女是否具備自由之意思而定。各說均有其優劣，難認有何說得闡釋該請求權之全部性質。惟自我國強制執行法第一百二十八條第三項規定承認直接強制之執行方式，且未明確區分是否以未成年子女是否具有意思能力為要件，我國法制似較偏向採第一說之看法，惟此說將子女視為與物性質相同，對於擁有自由意思能力之未成年子女，嚴重忽視其在憲法所享有之人格及尊嚴上之權利，與子女之利益自難符合。

於子女交還請求之要件中，關於子女之自由意思於具體個案中之判斷部分，未成年子女是否具備自由之意思能力，因涉及未成年心智成長之快慢，原難有何統一之標準，惟若顧及未成年子女在相關子女交還法律關係上

之意向，似應由實務依判例累積一定之標準，使子女在一定年齡時，有較廣泛之發言權並聽取其意見，以達成裁判上之一致性。

## 二、子女交還請求之程序面

隨著對於子女交還請求常涉及諸如酌定監護、父母婚姻關係之爭執或與第三人間之紛爭，並且由於緊急救濟之觀念亦逐漸興起，子女交還請求程序之多元化，也成為程序法立法之主流。在日本，子女交還請求可能涉及之程序即有民事訴訟法、家事審判法及人身保護法，在我國則可能涉及之程序為民事訴訟法、非訟事件法及家庭暴力防治法。

在程序面最主要之問題，即子女交還請求之程序進行是否能充分符合保護子女利益之精神。

在日本，因家事審判法院對於家事案件有較諸他程序更為周全之專業調查設備與人力，自以擴大家事審判法之適用範圍最足以維護子女之利益。惟因人身保護法具有緊急救濟且實效性亦較強，亦成為主要利用之程序。

我國因非訟事件法專以子女監護酌定修定部分，對於子女監護之酌定或交還，自屬較為周全保障之程序。

比較我國與日本立法之不同，我國顯將子女監護之相關紛爭，視為須公權力介入判定之非訟程序，此與一般訴訟事件之私權紛爭性質不同，在我國除非附帶於民事訴訟之婚姻關係訴訟提起，概依非訟程序判定子女之監護。

其優點係不生裁判管轄權之問題，缺點係非訟事件種類甚多，監護酌定只是其中之一項，無法針對家事案件有專業之調查。至日本家事審判法與民事訴訟法間均設計對訟爭事項為解決，故因對「家事」案件之定義不同，致生管轄問題，惟家事審判案件享有專業之調查，對子女利益之保護自較為周全。

### 三、子女交還請求之執行面

關於子女交還請求之執行，即子女交還請求之執行方法如何，學說上有直接強制說、間接強制說及折衷說等三種理論。本文認為子女交還請求於子女未有意思能力時，確有以直接強制之方式排除侵奪人之占有的實益。故即使德、日二國立法例雖尚未明文規定執行之方式，我國於強制執行法第一百二十八條第三項之立法，並非全然違反子女利益保護之宗旨。惟同法第一百二十八條之規定甚為粗陋，稍有執行不當，對於子女利益之侵害及社會接受程度皆有相當大之影響，故如何在立法上補強，應屬要務。

### 四、子女交還請求制度與子女利益之關係

由於子女利益之觀念已從過去屬父親財產之觀念，漸發展為子女利益之判斷，進而成為子女得主動要求而父母負有義務之類似權利觀念。換言之，因子女利益保護之日益重視，親子法亦從父親利益之觀點逐漸成為以子女利益保護之觀點為中心之思想。子女交還請求既涉及子女人身安全與人格尊嚴之維護，自與子女利益之思想息息相

關。是本文對於子女交還制度各層面之探討，均以子女利益之觀點做為審酌之標準。惟子女利益之內涵原不易掌握，子女交還之施行又往往對子女之心理造成莫大之影響，如何在個案中實現子女利益保護之思想，亦成為此類案件最重要之審酌標準。

## 五、立法建議

如上所述，我國子女交還請求制度自民事訴訟法與非訟事件法修正後，已初見該制度之全貌，惟因若干立法上疏忽，導致此制度目前尚有理論上未足之處，本文亦分就實體法、程序法與執行法之各法規宜修正及未來應增訂者，且列表於後：

### （一）實體法

因我國於民法或相關法規中，並未對子女交還請求有明文之依據，故本文建議仿德國立法例增訂其實體法之依據，於民法增訂第一八九條之一，規定為：「父母或父母之一方，對於不法扣留未成年子女而使其脫離父母者，得請求子女之交還。前項規定於未成年子女滿十六歲，並依其自由之意思決定脫離父母或父母之一方，且該決定未違反子女之利益時，父母或父母之一方不得請求子女之交還。」

說明：

1、本條規定增定父母或父母之一方得行使交還子女請求之依據。

- 2、本條限於抑留者係出於不法侵奪子女為前提。
- 3、由於一般人認未成年子女滿十六歲時有充分之意思能力，故本文明定以十六歲為有意思能力，輔以子女須出於自由之意思決定，自能杜絕受詐欺、脅迫之情形。
- 4、第二項亦規定子女利益之酌定，俾使父母或父母之一方不生親權濫用之情形。

## （二）程序法

- 1、民事訴訟法之規定：本文建議將民事訴訟法第五七五條之一之規定修改為：「第五百七十二條之一事件之酌定，準用第非訟事件法第七十一條之四之規定。」

說明：

因本事件係屬附帶提起於婚姻關係之訴訟，惟酌定子女監護或子女交還請求均屬公權力介入之事件，與非訟事件法規定之事件相同，且均具非訟性質。為使同一事件得利用相同之程序處理，自應準用非訟事件法之規定。

- 2、非訟事件法之規定：本文建議於非訟事件法第七十一條之四之規定增訂為：「法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見或請其進行訪視，就民法第一千零五十五條之一所定事項，為事實之調查，並提出調查報告及建議。法院認為必要時，亦得命少年調查官為前項之調查。法院於必要時得設置專庭處理相關案件。」

說明：

因非訟事件法已成為酌定子女監護之基本規定，為增進對未成年子女程序利益之保護，充實處理此類案件之相關設備與專業人力，為當前之要務，是擬增訂第三項之規定。

### （三）執行法

本文建議於強制執行法第一百二十八條增訂第四項為「前項所稱之直接強制方法如下：一 收取交付、解除占有。二 進入住宅、建築物或其他處所。三 其他以實力直接實現與履行交付同一內容狀態之方法。」及第五項為「前二項所定之直接強制於子女有意思能力時不適用之。」

說明：

- 1、因直接強制雖常涉及人身之侵害，惟係執行最具實效性之方式，故本文仍建議保留。
- 2、直接強制因對基本權利常發生侵害，對於其方式，宜有明白之規定以限制之，故增訂第四項之規定。
- 3、直接強制對於已有意思能力之子女，其執行無異對人格尊嚴的重大侵害，故明文增訂第五項之規定以排除直接強制之適用。

為明確計，本文就我國子女交還請求法制之檢討與建議條文，列表如下：

	現行法之規定	建議條文	說明
實體法	無	民法	因我國於民法

		增訂第一八九條之一 父母或父母之一方，對於不法扣留未成年子女而使其脫離父母者，得請求子女之交還。前項規定於未成年子女滿十六歲，並依其自由之意思決定脫離父母或父母之一方，且該決定未違反子女之利益時，父母或父母之一方不得請求子女之交還。	或相關法規中，並未對子女交還請求有明文之依據，於子女請求之性質無從界定，對於子女之利益未有明確的保障，故本文建議仿德國立法例增訂其實體法之依據。
程序法	民事訴訟法 第五百七十二條之一 第五百七十五條之一	民事訴訟法 修改民事訴訟法第五七五條之一之規定為：「第五百七十二條之一事件之酌定，準用非訟事件法第七十一條之四之規定。」	為使同一事件得利用相同之程序處理，自應準用非訟事件法之規定。
	非訟事件法 第七十一條之四「法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見或請其進行訪視，就民法第一千零五十五條之一所定事，為事實之調查，並提出調查報告及建議。法院認為必要時，亦得命少年調查官為前項之調查。」 第七十一條之五 「法院認為必要時，得通知主管機關或社	非訟事件法 第七十一條之四「法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見或請其進行訪視，就民法第一千零五十五條之一所定事，為事實之調查，並提出調查報告及建議。法院認為必要時，亦得命少年調查官為前項之調查。法院於必要時得設置專庭處理相關案件。」	非訟事件法 因非訟事件法已成為酌定子女監護之基本規定，為增進對未成年子女程序利益之保護，充實處理此類案件之相關設備與專業人力，為當前之要務，是擬增訂第三項之規定。

	會福利機構相關人員或少年調查官於其日到場陳述意見。」		
	家庭暴力防治法第十三條第六款 「定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔，由當事人之一方或雙方共同任之、行使或負擔之內容及方法，必要時並得命交付子女。」 第十五條第二項 「法院核發暫時保護令時，得依聲請或依職權核發第十三條第二項第一款至第六款及第十二款之命令。」	家庭暴力防治法第十三條第六款 「定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔，由當事人之一方或雙方共同任之、行使或負擔之內容及方法，必要時並得命交還子女。」	為統一用語，宜將「交付」子女修正之。
執行法	強制執行法第一百二十八條第一項 「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代為履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得拘提、管收之或處新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而不履行者，得再處怠金。」  第一百二十八條第三項 「執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項	強制執行法第一百二十八條第一項 「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代為履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得拘提、管收之或處新台幣三萬元以上三十萬元以下之怠金。其續經定期履行而不履行者，得再處怠金。」  第一百二十八條第三項 「執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項	對於直接強制之方式及對象未明文加以限制，易造成對子女利益之侵害。 1、因直接強制雖常涉及人身之侵害，惟係執行最具實效性之方式，故本文仍建議保留。 2、直接強制因對基本權利常發生侵害，對於其方式，宜有明白之規定以限制之，故增訂第四項之規定。

	<p>規定外，得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人。」</p>	<p>規定外，得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人。」</p> <p>強制執行法第一百二十八條增訂第四項為「前項所稱之直接強制方法如下：一 收取交付、解除占有。二 進入住宅、建築物或其他處所。三 其他以實力直接實現與履行交付同一內容狀態之方法。」強制執行法第一百二十八條增訂第五項為「前二項所定之直接強制於子女有意思能力時不適用之。」</p>	<p>3、直接強制對於已有意思能力之子女，其執行無異對人格尊嚴的重大侵害，故明文增訂第五項之規定以排除直接強制之適用。</p>
--	-------------------------------------	---	---