

專案研究報告

兩岸跨境婚姻紛爭所衍生 之未成年子女權利義務之 相關問題

研究主持人：吳從周(台灣大學法律學院)



委託機關：行政院大陸委員會

中 華 民 國 1 0 3 年 0 5 月

兩岸跨境婚姻紛爭所衍生 之未成年子女權利義務之 相關問題

專案研究期末報告

研究主持人：吳從周(台灣大學法律學院)

協同主持人：戴瑀如(台北大學法律學系)

研究助理：盧彥方、李其陸(台大法研所研究生)

委託機關：行政院大陸委員會

本報告純為學術研究，不代表委託單位立場

中 華 民 國 1 0 3 年 0 5 月

兩岸跨境婚姻紛爭所衍生之未成年子女

權利義務之相關問題

研究主持人：吳從周（台灣大學法律學院）

協同主持人：戴瑀如（台北大學法律學系）

研究助理：盧彥方、李其陸（台大法研所研究生）

目錄

壹、	前言	4
貳、	我國親權法之規定	5
一、	離婚後子女親權之酌定或改定	6
	（一）酌定之方式	6
	（二）權利義務行使負擔之內容與方法	7
	（三）子女最佳利益原則的判斷標準	8
二、	離婚父母對子女權利義務之分配	11
	（一）親權行使人之權利義務	11
	（二）扶養費之給付（離婚父母雙方之義務）	11
	（三）與子女之會面交往權（未取得親權行使之他方父母）	12
三、	子女交付與交還與執行會面交往及扶養費之相關規定	13
	（一）執行名義	14
	（二）履行確保	14
	（三）子女交付與交還	15
	（四）扶養費之執行	18
參、	中華人民共和國婚姻法之規定	21

一、離婚後親權之酌定與改定原則.....	21
(一) 考量因素.....	22
(二) 確定子女撫養時之具體原則：.....	22
(三) 變更子女撫養關係.....	24
二、離婚後對子女權利義務之分配.....	26
(一) 親權行使人之權利義務（與子女同住之一方父母）.....	26
(二) 扶養費之給付（父母雙方之義務）.....	26
(三) 子女探望權（未與子女同住之他方父母）.....	29
三、子女之交付與交還、探望權之執行及扶養費之相關規定.....	31
(一) 子女之交付與交還.....	31
(二) 探望權之執行.....	33
(三) 扶養費之執行.....	35
肆、 我國與大陸地區法制之比較.....	35
一、實體法之規定.....	36
二、程序法之規定.....	40
三、我國與大陸地區相關規定對照表.....	41
伍、 兩岸跨境婚姻特殊性之實務面觀察.....	46
一、親權酌定與會面交往權之行使.....	46
(一) 在我國所作成之判決.....	46
(二) 在大陸地區所作成之判決.....	55
二、兩岸對於拐帶子女之評價與因應.....	58
(一) 我國法與相關裁判.....	59
(二) 大陸地區之規定與相關裁判.....	64
三、兩岸判決之承認與執行.....	65
(一) 外國判決之承認與執行.....	65
(二) 大陸法院確定裁判之承認與執行.....	69

陸、	兩岸跨境婚姻親權酌定之現狀與困境——實證研究的印證.....	73
一、	母國優勢原則所產生之一造辯論判決.....	73
二、	先搶先贏為取得親權行使之最佳策略？.....	74
三、	共同監護之訂定.....	75
(一)	法院訂定共同監護或不予酌定親權之原因.....	75
(二)	共同監護與主要照顧者併存之目的.....	76
四、	子女最佳利益的判定—訪視報告或調查筆錄的採用.....	76
五、	會面交往權酌定之困難.....	78
六、	大陸法院裁判於我國裁定認可與執行之情形.....	78
七、	拐帶子女入罪之法效果.....	89
柒、	建議與展望.....	90
一、	在陸配將子女帶出境構成略誘罪的部分.....	90
(一)	事前預防措施.....	92
(二)	事後救濟管道.....	99
二、	在兩岸婚姻訴訟所衍生社福單位訪視或探視的問題上.....	101
(一)	境外訪視.....	101
(二)	遠距訊問.....	102
(三)	相關附帶建議.....	103
三、	在兩岸法院交付子女裁判的承認與執行上.....	103
	主要參考文獻.....	104
	附錄（另有附錄目錄）	

壹、前言

親權為父母基於保護教養子女之目的，而享有之權利與義務，在父母婚姻關係存續當中，由於彼此負有同居與扶養之義務，得以對其所生之子女，共同負擔保護教養之義務，亦即可共同行使親權。惟一旦婚姻關係解消之後，因兩人不再同居共財，勢必面臨子女之親權應由何人行使的問題，而成為父母離婚時爭執的焦點。縱使父母之一方取得親權，得與該子女共同生活，但父母之他方亦有權利透過會面交往，以維繫其與子女之親情，然而此一權利卻往往會因父母仍彼此處於敵對的態度下，或因父母兩方住所地相隔過遠，而難以實現。是以，父母離婚之後，究應如何酌定未成年子女之親權，以及會面交往權如何行使，不但涉及父母雙方之權益，亦對子女造成重大影響，而一直為離婚法制所關注的對象。法律在解決此一爭議所採取之方式，則受到親權法之發展，由早期之家本位觀念，至父母本位，繼而進入今日以子女為本位之思考，使得離婚後子女親權之酌定也從往昔當然由父取得之情形，轉變為法院得以子女利益為衡量標準，而決定子女應由何方父母行使親權，以及未取得親權之父母又應如何行使會面交往權。惟法院在以子女利益為依據時，對於此一不確定之法律概念應該如何操作？是目前在實務運作上之難題，除了掌握父母能夠提供的經濟條件外，還必須透過訪視報告，了解子女目前生活的狀況，方能使法院作出適切的裁判。

此一情形在兩岸婚姻的情況下，更增添了其複雜性，一來，若父母一方會因婚姻之解消，回到母國之後，法院應如何判斷子女應在何處生活方符合子女利益？跨國的訪視報告應如何作成？對於未取得親權之父母一方，又應如何進行會面交往？二來，當子女被一方父母強行或未告知他方之情形下帶回母國時，法院更失卻可以公允酌定親權之基礎，甚至涉及應由何國法院進行子女親權酌定之裁判，其相互裁判如何承認與執行等國際私法問題。

如何妥善解決兩岸跨境婚姻於夫妻離婚後所產生之子女親權酌定等問題，首

先必須了解我國與大陸地區之相關法規；其次，對於法院在兩岸婚姻離異後，應如何以「子女利益」作為判斷標準，酌定親權與會面交往權之行使；最後，針對親權酌定後之子女交付與會面交往權應如何執行？我國於甫通過之家事事件法中，乃增訂履行確保之規定，增加當事人依判決結果履行之可能，此是否亦能適用於兩岸婚姻離異後之情形，亦待研究。

本計畫之研究重點與大綱有三個方向，一為大陸地區司法實務對於跨國婚姻所衍生之拐帶子女等相關規範之研究；二為有關大陸地區現行親權行使制度之蒐集、分析及與我國相關制度之比較；三為兩岸法院交付子女裁判承認與執行。本計畫之研究方法主要以比較法與實證研究法為主，並特別以訪談兩岸實務界法官與律師之方式進行實證研究，以期能達成本計畫之預期成果。

在本研究計畫中，首先對兩岸親權法之規定加以說明，其中包括三大部分：一、離婚後子女親權之酌定與改定；二、離婚父母對子女權利義務之分配；三、子女交付與交還與執行會面交往及扶養費之相關規定，同時針對實體法與程序法為說明，再就兩岸相關法規制度進行比較（研究綱要一貳、參、肆）。其次，則就兩岸跨境婚姻之特殊性作說明，先整理兩岸法院有關跨境婚姻離婚後子女親權酌定之相關裁判以及大陸地區地區裁判於我國認可之案例，再針對兩岸就拐帶子女之情形於實體法上之規範為說明（研究綱要一伍）。最後，以前述研究為基礎，先分析目前兩岸跨境婚姻於離婚後子女親權酌定之現狀與面臨之困境，再提出可能之方案與建議（研究綱要一陸、柒）。

貳、我國親權法之規定

親權法的發展與家庭社會的變遷有密切的關係，以往受父權社會的價值觀主導下，使得父母子女關係以家本位為主，子女有義務服從家父長之命令，其後，在民法制定時，為去除父權社會所帶來對於家庭成員之不平等狀態，在父母子女

關係中，先轉而強調父母本位，但父母對子女之關係依然強調權利的面向，繼而方進入子女本位之思考¹，以子女為權利主體。此一連串的轉變，首先來自於公元 1994 年司法院大法官作出釋字第 365 號解釋，宣告民法第 1089 條原規定父母對於親權之行使意思不一致，由父行使之的父權優先條款違憲，遲至於二年失其效力，遂開啓了 1996 年之親屬法修正。在 1996 年之修法中，除了針對民法第 1089 條之規定以外，連帶檢討父母離婚後，其子女之親權原則亦由父行使之規定同樣有違憲之虞，亦應一併修正，此使得父母離婚後對子女親權之酌定，由公元 1930 年民法制定之初，原本以父親擔任親權人為原則²，而在修法後刪除民法第 1051 條，增訂第 1055 條，改由父母協議由一方或雙方共同擔任親權人，並於 1055 條與 1055 條之一中，授權法院得以子女最佳利益原則，在父母未為協議或協議不成時，決定父母於離婚後對於其未成年子女親權酌定與會面交往權。自此之後，子女最佳利益則成為當前在決定父母子女有關親權之爭執中，所運作之主要原則。以下說明我國法第 1055 條與 1055 條之一之規定：

一、離婚後子女親權之酌定或改定

(一) 酌定之方式

1. 依夫妻之協議決定

依照我國法第 1055 條第一項前段之規定，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。在此亦隱含尊重身分行為具有高度自主性之特質，意即父母既為實際對子女進行保護教養之人，故應優先尊重父母之意見，是以，父母自可經由協議，決定應如何對該子女行使親權。有

¹ 林秀雄，我國親屬法之現狀與課題，月旦法學雜誌 100 期，2003 年 9 月，頁 44。

² 舊法之規定如下：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。（舊民法第 1051 條）判決離婚者，關於適用子女之監護，適用第 1051 條之規定，但法院得為其子女之利益，酌定監護人。（舊民法第 1055 條）舊法中，僅限於裁判離婚中，於例外情形下，方有法院以子女利益之名來酌定監護人之可能，且實務見解認為，法院不得就當事人未聲明之事項為判決，是以，若母親未提起反訴請求監護權時，法院不得逕以子女利益為依據，依職權判令子女由母親監護。是以，舊法之規定與實務之操作結果，為以父母本位出發之結果。參照最高法院 76 年度第 14 次民事庭會議決議（http://www.6law.idv.tw/6law/law/最高法院民事庭會議決議 02.htm#_民國 76_年）。

別於舊法僅將親權酌定給一方父母，1996年修法時，乃以子女利益出發，於離婚父母若仍能共同決定未成年子女之事務者，不排除有繼續維持共同行使親權之可能，如此對於該子女而言，所受父母離異之衝擊較小，也能同時接受其父母之保護教養³。

2. 法院依聲請或依職權酌定

依照我國法第 1055 條第一項後段之規定，夫妻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。此一規定，雖使法院僅在離婚夫妻就由何方行使親權意見不一致時，或未為協議下，得於個案中斟酌情形而主動決定行使親權的父母一方或雙方，但同時也確立公權力得以子女利益介入家庭事務之紛爭，不但排除舊法中之父權優先規定，落實男女平等原則，更反映親權法應以子女為權利主體，保障其權益之發展趨勢。

3. 法院依聲請或依職權改定

惟為貫徹子女最佳利益原則，當夫妻之協議不利於子女，或是行使負擔權利義務之一方父母未盡保護教養義務，或對未成年子女有不利之情事，則法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權改定之。(1055 條二、三項) 本條之規定，乃確立「子女最佳利益原則」為離婚後酌定父母親權之最高指導原則，在子女利益與父母之意願或行為相衝突時，甚至後者應予退讓，而使法院得有超越父母權利，改定親權人之可能。

(二) 權利義務行使負擔之內容與方法

不只在於酌定未成年子女之親權人，甚至包括行使親權之內容與方法，法院皆可因子女之利益，而依請求或依職權酌定之。(民法第 1055 條第四項) 至於權利義務行使負擔之內容與方法，究應如何由法院酌定？就此有學者提出質疑，針

³ 林秀雄，我國親屬法之現狀與課題，月旦法學雜誌 100 期，2003 年 9 月，頁 50。

對權利義務行使負擔之內容，已由法律規定，包括對未成年子女之人身管理與財產管理，應無再由法院酌定之空間，至於行使之方法，則必須在親權人酌定之後，依具體情況而定，無從由法院事先酌定⁴。惟當法院決定由父母共同監護時，基於分居兩地的情況，就行使親權之範圍及方法，依本條規定，應可由法院依子女利益，直接於親權人酌定之裁判中一併處理。此外，若夫妻所協議的權利義務行使負擔之方法，有害及子女利益時，法院亦可主動介入改定之。

（三）子女最佳利益原則的判斷標準

依照修正後的民法，法院得介入父母親權之酌定或改定，其所依據之基礎在於子女利益的保障，然而子女最佳利益為一不確定之法律概念，法院於具體個案裁判時，仍應有據以判斷之標準，故於民法第1055條之一，明定具體客觀事由作為審酌之參考。依該條之規定，法院為親權酌定或改定之裁判時，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：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. 父母保護教養子女之意願及態度；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。惟此一提示性之規定，其作用既在提供法官審酌之參考，其性質應屬程序法事項，或於家事事件法中規定較為妥適⁵。

當我國民法以子女最佳利益擴大法院權限時，同時亦應考量，法院可否依據親屬法之相關規定，即足以認定並確保子女最佳利益。換言之，在子女最佳利益之判斷上，由根本的事實出發來看，未成年子女仍仰賴父母行使親權，對之進行保護教養，是以若客觀僅以子女利益加以決定，則在判定之父母無意願下，亦無法達成保障子女權益之目的，此種狀況使得法院在決定親權歸屬的過程中，無可避免會受限於父母間之權力狀態、其意願能力，以及現實環境的影響，甚至法官

⁴ 李玲玲，論離婚後之親權及其修正，收錄於固有法學與當代民事法學，頁 515。

⁵ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，10 版，頁 258。

能否取得值資參酌之訪視報告或調查報告等，導致法官在操作子女最佳利益以決定親權人時，無法有統一之標準⁶，從而對於司法實證之研究，在此議題上相對重要。

此外，透過比較法之研究與實務上操作之經驗，就民法1055條之一的提示性原則延伸，尚包括下列幾項原則，例如由子女生理出發所導出之幼年原則，認為年幼子女，可能基於哺乳需求，或是情感依賴，較適合由母親行使親權；此外尚有同性別親權人較優原則，於青春期階段之子女，較為適宜由同性別之父母一方行使親權。至於考量子女心理發展，則有維持現狀原則與主要照顧者原則，應儘量維持現狀，以避免子女因不適應新環境所造成必理上之負面影響；或是手足同親原則，讓兄弟姊妹能一同成長，維繫其情感。再者，對於已達一定年齡之子女，應尊重其意願，而有成熟的未成年原則。再針對父母所考量之因素，除經濟能力、意願之外，亦有所謂善意父母原則，當一方父母對他方父母表現出友善態度，並願意使他方父母進行會面交往者，亦較適合擔任親權人⁷。

針對上述所言，足見法院在審酌何謂子女之最佳利益，必須有值得參酌的訪視或調查報告供法官參考，方能以現行民法第1055條之一所列之提示性規定，於個案中認定。有鑑於此，立法院在2013年11月22日三讀通過本條之修正案。該修正案之動機源自於公元2011年所通過之家事事件法，為配合該法第17條⁸及18條⁹之規定，強化法院之職權探知功能，吳宜臻等27位立法委員，乃針對1055條之一

⁶ 雷文攻，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，台大法學論叢 28 卷 3 期，頁 17，18。

⁷ 施慧玲，子女最佳利益與離婚後親權行使，收錄於家庭法律社會學論文集，頁 242, 243。賴見強，父母離婚，小孩歸誰!?!—離婚後未成年子女親權人之決定，全國律師 59 期，頁 68-70。

⁸ 家事事件法第 17 條規定：「法院得囑託警察機關、稅捐機關、金融機構、學校及其他有關機關、團體或具有相關專業知識之適當人士為必要之調查及查明當事人或關係人之財產狀況（一項）。前項受託者有為調查之義務（二項）。囑託調查所需必要費用及受託個人請求之酬金，由法院核定，並為程序費用之一部（三項）。」

⁹ 家事事件法第 18 條之規定：「審判長或法官得依聲請或依職權命家事調查官就特定事項調查事實（一項）。家事調查官為前項之調查，應提出報告（二項）。審判長或法官命為第一項之調查前，應使當事人或利害關係人以言詞或書狀陳述意見。但認為不必要者，不在此限。（三項）審判長或法官斟酌第二項調查報告書為裁判前，應使當事人或利害關係人有陳述意見或辯論之機會。但其內容涉及隱私或有不適當之情形者，不在此限。（四項）審判長或法官認為必要時，得命家事調查官於期日到場陳述意見（五項）。」

提出修正草案¹⁰，於法院審酌何為子女最佳利益時，除了原本之社工訪視報告以外，亦應適當引進其他專業人士來協助法院認定¹¹，爰增訂二項之規定，其內容為「前項子女最佳利益之審酌，法院除得參考社工人員之訪視報告或家事調查官之調查報告外，並得依囑託警察機關、稅捐機關、金融機構、學校及其他有關機關、團體或具有相關專業知識之適當人士就特定事項調查之結果認定之」。

此外，在第1055條之一第一項所明定之參酌事項中，因應近年來父母搶奪子女之社會事件層出不窮，在法院酌定子女親權由何方父母行使時，若濫用繼續性原則作為判斷標準，將產生「先搶先贏」的局面，進而產生父母之一方擅將未成年子女攜至國外，或將子女帶走後藏匿於國內的結果¹²，這樣的行為將與判斷子女最佳利益的「善意父母原則」有所相悖，從而有委員於101年10月24日修法委員會中提出，民法1055條之一之修正草案，亦應將善意父母原則具體化為法院審酌事項，而於該條第一項中增訂第六款「父母一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為。」，亦即若父母一方有藏匿、拐帶子女，或不將子女行蹤告知他方之行為時，法官即應審酌其行為是否符合善意父母原則¹³，作為判斷親權人之標準。

又若父母子女一方為原住民者，則法官在審酌子女最佳利益時，例如在經濟能力或支援體系等因素之考量上，亦需尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，

¹⁰ 委員提出之民法第 1055 條之 1 修正草案內容為：「(第一項) 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。(第二項) 前項之子女最佳利益之審酌，法院參考社工人員之訪視報告，另得依聲請或依職權命家事調查官，或囑託警察機關、稅捐機關、金融機構學校及其他有關機關、團體或具有相關專業知識之適當人士就特定事項調查之結果認定之。」

¹¹ 參立法院第 8 屆第 1 會期第 8 次會議議案關係文書，院總第 1150 號，委員提案第 13281 號，101 年 4 月 18 日印發。

¹² 立法院公報處 (2013)，同註 5，頁 158、頁 164。

¹³ 立法院公報處 (2013)，同註 5，頁 180。

以保障其權益¹⁴，故於審酌事項中再增訂第七項之規定「各族群之傳統習俗、文化及價值觀」¹⁵。

二、離婚父母對子女權利義務之分配

對於離婚父母對子女權利義務之分配，主要包括下列幾種：

（一）親權行使人之權利義務

依據民法第 1084 條第二項之規定，父母對於未成年子女有保護教養之權利與義務，基於此一目的，對未成年子女進行人身與財產之管理，即為親權行使之具體內容。人身管理中有懲戒權（民 1085 條）、居所指定權（民 1060 條）、子女交還請求權，以及身為法定代理人對於身分行為之同意及代理權（民 1086 條一項）。財產管理中則有對特有財產之管理、使用、收益與處分權（民 1088 條），以及財產上之法定代理權與同意權（民 1086 條一項）¹⁶。

上述所言之權利義務，於離婚父母中應如何分配，端視其為共同行使親權亦或單獨行使親權有所不同，於單獨行使親權中較為單純，該權利義務原則上皆由取得親權之一方父母行使負擔，他方父母僅有會面交往權而已。然而在共同行使親權時，雙方即得針對行使之範圍再行協議，或由法院加以酌定。若雙方於共同行使親權就其子女之重大事項意見不一致時，則有適用民法第 1089 條之規定，得請求法院依子女之最佳利益酌定之。

（二）扶養費之給付（離婚父母雙方之義務）

扶養義務之發生，乃基於一定之身分關係而來，由於父母子女關係，並不會因父母之婚姻解消而受影響，是以，父母對未成年子女之扶養義務，亦不會因離

¹⁴ 原住民基本法第 30 條第一項之規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。」

¹⁵ 立法院公報處（2013），同註 5，頁 175、176。

¹⁶ 詳細說明請參照林秀雄，我國親屬法之現狀與課題，月旦法學雜誌 100 期，2003 年 9 月，頁 45-48。

婚而消滅，也與父母是否有取得親權無涉。依照民法第 1116 條之二之規定，父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。

（三）與子女之會面交往權（未取得親權行使之他方父母）

為使未取得親權之一方父母，仍有機會與其子女維繫情感，並促進子女之人格發展，1996 年修正時，特別明文規定該方父母有權與其子女會面交往。依民法第 1055 條第五項之規定，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。此一會面交往權之性質，可謂人身照顧權之剩餘權，故亦為親權之一部分，但獨立於親權之外而行使。又此一權利乃依附於子女最佳利益，因此若此一權利之行使有害及子女利益，自可限制該會面交往權之實施¹⁷。以下就會面交往權的主體、內容以及法院的監督加以說明：

1. 會面交往的主體：

由於我國法並未明定會面交往權行使之對象為何，民法第 1055 條第五項僅明定法院得依請求或依職權酌定會面交往權，解釋上，此一權利固為父母之固有權利，但就以維繫親子情感之角度而言，亦應屬於子女之權利¹⁸，故請求酌定之權利人，除了未任親權人之一方父母外，應包括未成年子女¹⁹。

2. 會面交往權的內容：

就會面交往權之具體內容而言，包括時間、地點與方式。一般應由父母或其他當事人自行約定，約定不成者，始由法院介入而決定其內容，若父母或其他人之協議有違子女利益或有窒礙難行之處，法院亦得依職權變更²⁰。然而依我國民法第 1055 條第五項之規定，卻只規定法院得依請求或依職權酌定會面交往權之

¹⁷ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2012 年，頁 299。

¹⁸ 陳棋炎，黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，2011 年，頁 257。

¹⁹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2012 年，頁 296。

²⁰ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2012 年，頁 298。

方式及期間，惟就解釋而言，依承認先由當事人自行協議，協議不成或未為協議，方由法院介入。亦有學者在此認為會面交往權之性質，不論交往之方式及時間，不宜由法院依職權酌定之²¹。就會面交往權之時間可以短期為主，每周或每月一次，一次若干小時，或因居住距離較遠的緣故，而允許會面交往權人較長時間與子女共同生活，如利用寒暑假等出外旅遊。至於會面交往權之地點，原則上在有會面權人之住居所。會面交往之方式則包括見面、通話或通信，甚或視訊等。

3. 法院的監督：

依我國民法第 1055 條但書之規定，會面交往有妨害子女利益者，法院得依請求或依職權變更。就法院是否可監督會面交往權之進行，未有明確規定，惟此一規定既以子女利益作為考量，則法院自得採取適當措施，在會面交往權之行使關乎子女利益時，為妥適之裁量，可施以會面交往期間由第三人監督之方式或甚至剝奪該一方父母之會面交往權。就法院之監督有明文規定者，見於家庭暴力防治法，針對已核發保護令之未成年子女，就其與施以家暴一方之父母之會面交往權，法院於必要時得予禁止（家暴法第 14 條）。又法院依法准許家暴加害人與其未成年子女會面交往時，則應審酌未成年子女之被害人之安全，並得命於特定安全場所交付，或命由第三人或機關團體監督會面交往，並得訂會面交往時應行遵守之事項等（家暴法第 45 條）²²。

三、子女交付與交還與執行會面交往及扶養費之相關規定

離婚夫妻無論是經由雙方協議或由法院酌定，就離婚後之權利義務重行分配之後，皆可能產生子女交付或交還之義務、實施會面交往權之作為義務，以及扶養費之給付義務。依家事事件法第 107 條之規定，法院酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，得命交付子女、容忍自行帶回子女、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及期間、給付扶養費、

²¹ 陳棋炎，黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，2011 年，頁 257。

²² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2012 年，頁 299-300。

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。

而在透過法院確定裁定後，若身為義務人之一方父母未為履行時，則進一步會涉及應如何執行之問題。惟無論子女之交付或交還，或是會面交往權之行使，皆涉及身分行為之高度人格自主性，應注意子女身心健康之維護；縱使是對子女扶養費之請求，雖僅涉財產，但由於該費用是用以支付子女保護教養所需，有急迫性，而希冀能以其他方式促其債務人，即父母之一方能儘速履行；此外，因當事人間有持續接觸之可能與重建關係之需求，而不宜採用過於強硬之方式。綜上所述，足見，家事事務之執行，所考量之因素與一般財產性之強制執行程序不同，而有另為規定之必要。故家事事務法乃制定特別規定，除準用原本強制執行法所採之直接強制與間接規定之外（家事事務法第 186 條二項），更新增履行勸告（家事事務法第 187 條）、強制金之裁定（家事事務法第 191 條）與子女交付之直接與間接方法（家事事務法第 194、195 條）。以下分述之：

（一） 執行名義

首先於通則規定家事事務中強制執行程序之執行名義，依家事事務法所為命關係人為一定給付或行為之調解、和解及本案裁判，例如給付扶養費、交付子女或會面交往權之執行，除法律別有規定外，有時須經強制執行程序始能實現，而強制執行名義以法律有明文規定者為限，是以，家事事務法第 186 條之規定，關於依家事事務法作成之調解、和解及本案裁判，得為強制執行名義。

又家事事務之強制執行程序，除法律別有規定外，準用強制執行法之規定，並考量家事事務執行之特殊性，常涉及未成年子女，無論在子女交付或是與子女進行會面交往等，為保護其利益，於有必要時，得請求行政機關、社會福利機構協助執行（家事事務法第 186 條二項）。

（二） 履行確保

其次，與一般強制執行不同，債權人與債務人常存在情感上的糾葛，若貿然

採取強制執行手段恐會引發當事人間之尖銳對立，也有可能間接造成對未成年子女不利之影響。因此，家事事件法於直接強制執行之外，增訂履行確保制度，意即債權人可於執行名義成立後，亦得聲請法院調查債務人義務之履行狀況，並勸告債務人自發性履行債務之全部或一部（家事事件法第 187 條）。又參酌實務需求，法院為履行勸告時得囑託其他法院、機關、機構、團體或其他適當人員共同協助處理（家事事件法第 188 條），例如債務人居住於他法院轄區、於縣市政府設置之處所進行會面交往、請相關機關、醫療機構、民間團體、心理師、社工人員、學校老師、債務人信賴之親友甚或外交單位等協助評估、勸告、溝通、安撫情緒等。至於履行調查及告之措施依家事審理細則第 166 條之規定，包括一、評估債務人自動履行之可能性、何時自動履行、債權人之意見、未成年子女之意願、心理、感情狀態或學習生活狀況及其他必要事項等，以擬定適當之對策。二、評估債權人及債務人會談之可能並促成會談。但有家庭暴力之情形者，準用家庭暴力防治法第 47 條規定。三、進行親職教育或親子關係輔導。四、未成年子女無意願時，予以適當之輔導，評估促成共同會談、協助履行。五、向其他關係人曉諭利害關係，請其協助促請債務人履行。六、協助債權人或債務人擬定安全執行計畫或短期試行方案。七、勸告債務人就全部或已屆期之金錢或其他代替物之給付，提出履行之方式。八、採取其他適當之措施等。

（三）子女交付與交還

1. 子女交付與交還之差別

子女交還為第三人不法侵害父母對未成年子女親權之行使時而發生，但如第三人不法略誘或扣留未成年子女，行使親權之父母或其監護人，得對不法略誘者訴請未成年子女之交還，以回復其親權或監護權之行使。交付子女則因法院由於親權變動酌定親權之行使時，依裁量權作用而創造之權利，與親權之侵害概念有所不同，而有區分之必要。交付子女乃指因親權發生變動，行使親權之一方，對未任親權之他方，請求將子女交付由自己行使親權之意，或由法院依職權命未任

親權之一方將子女交付任親權者。故夫妻離婚後對於未成年子女親權之行使未能協議者，夫妻之一方得請求法院酌定親權行使人，並請求交付子女²³。因此若非因親權變動為前提，而請求將子女交由自己行使親權者，即為妨害親權而生之交還子女請求權。

在家事事件法尚未通過之前，在訴訟實務上區分子女交還或交付而適用不同程序，前者因第三人侵害父母之親權，故當父母向法院以訴請求第三人交還子女時，則屬普通訴訟程序；後者，在於法律所定之親權發生變動，此乃基於法律裁量權之行使，而非基於父母固有之親權而發生。又，此一親權之變動往往伴隨著基礎原因而來，例如父母對於未成年子女親權之行使於離婚時未能協議共同擔任，而依民法第 1055 條向法院請求酌定親權事項，並請求交付子女，或是父母有濫用親權之情事，而依民法第 1090 條，法院依聲請或依職權改定監護人等。而交付子女多以人事訴訟之附帶程序或是非訟程序處理²⁴。

惟有疑問者，在於當父母離婚後，已確定由其中之一方行使親權，其後未任親權之他方擅自將子女置於自己實力支配，妨害任親權者一方親權之行使，則此一情形究屬於子女交付或交還？在學說與實務上皆有所爭議。依最高法院 22 年上字第 2709 號判例：「被上訴人係主張兩造在離婚所生之子女依法應由其監護，故向上訴人為交還兩女之請求，不得以其供狀或稱監護子女或稱交還子女指為訴之變更。」此一判例似認為父母親權人之間請求交還子女應以訴訟請求。惟此一判例之作成乃在交付子女請求權概念形成之前，該概念之形成始於民國 88 年修正民事訴訟法與非訟事件法，增訂以親權變動為前提之子女交付之訴，是以，該判例其實並未能真正解決父母在親權酌定後，若有妨害對方親權行使之情形者，應屬於子女交付或子女交還之爭議。在日本有不同之學說見解，有認為應屬於子女交還之訴者，乃認為未取得親權之父母一方不法擅將子女置於自己之實力支配

²³ 魏大曉，論子女之交還與交付，收錄於民法親屬繼承實例問題分析，頁 138。

²⁴ 魏大曉，論子女之交還與交付，收錄於民法親屬繼承實例問題分析，頁 141-150。

時，與一般第三人侵奪相同，而應依由普通法院審理。此外，此一情形亦顯非因親權變動而有交付子女必要，自應由任親權者之一方以訴請求他方交還子女。但另有認為此為子女交付之訴，屬家事事件之一環，而不應由普通法院審理²⁵。我國在家事事件法通過之後，於第 104 條中明定親子非訟事件包括未成年子女權利義務之行使負擔之酌定，以及子女交付事件，但並無子女交還事件。然而，針對父母一方將未成年子女置於自己之實力支配下，是否有侵害他方之親權行使，仍應就父母雙方是否具有對未成年子女之親權加以審酌，在現行家事事件法之架構下，因有配合家事調解制度、家事調查官功能等，對於涉及親權之所有紛爭，宜由家事法院審理為當，較能兼顧未成年子女之利益，是以，應認此類情形，以子女交付事件處理。

此外，此時未任親權之一方是否有成立刑法第 241 條之略誘罪？學說與實務上亦有所爭議。此留待後述。

2. 子女如何交付與交還（包含會面交往權之執行）

（1）執行方式之審酌因素

對於離婚後子女親權酌定之後，如何請求交付子女，以及會面交往權應如何執行，依家事事件法第 194 條之規定，執行名義係命交付子女或會面交往者，執行法院應綜合審酌下列因素，決定符合子女最佳利益之執行方式，並得擇一或併用直接或間接強制方法：A. 未成年子女之年齡及有無意思能力 B. 未成年子女之意願 C. 執行之急迫性 D. 執行方法之實效性 E. 債務人、債權人與未成年子女間之互動狀況及可能受執行影響之程度

由於直接強制與間接強制各有優缺點，為因應交付子女或會面交往事件之多樣需求、謀求子女之最佳利益，並避免執行者之恣意，特明列法院選擇執行方法時，應審酌考量之相關因素，俾其針對個別案件及執行階段之不同，彈性擇一或

²⁵ 魏大曉，論子女之交還與交付，收錄於民法親屬繼承實例問題分析，頁 150-152。

合併使用直接強制或間接強制方法。

又其直接強制與間接強制方法規定於強制執行法第 128 條。前者規定於依該條第一項：「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，得處新台幣 3 萬元以上，30 萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。」後者規定於該條第三項：「執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方式，將該子女或被誘人取交債權人。」

(2) 直接強制交付子女之注意事項

當法院必須以直接強制方式交付子女時，通常係因間接強制方法已無效果。實務上發現，債務人於此情況，常有許多情緒性作為或聚眾頑抗，法院執行時更應審慎處理，故於家事事件法第 195 條規定宜注意事項。依該條之規定，以直接強制方式將子女交付債權人時，宜先擬定執行計畫；必要時，得不先通知債務人執行日期，並請求警察機關、社工人員、醫療救護單位、學校老師、外交單位或其他有關機關協助。前項執行過程，宜妥為說明勸導、儘量採取平和手段，並注意未成年子女之身體、生命安全、人身自由及尊嚴，安撫其情緒。解釋上，在家事事件法通過後，家事事件法應該優先於強制執行法之規定適用，不再依強制執行法以直接強制為原則之執行方式。

(一) 扶養費之執行

有鑑於家事事件上關於扶養費之執行，一來涉及子女生活教養費用，有其急迫性，二來債務人為子女之父母一方，因此於促其履行債務之方式不宜過於強硬，避免造成父母彼此對立之狀況，而對子女產生不利。故家事事件法除了於通則中已規定之預防措施，履行勸告之外，特別於扶養費之執行再規定下列措施：

1. 扶養費之執行（家事事件法第 189、190 條）

(1) 免繳執行費

扶養債權人通常係屬經濟上弱者，關於扶養費請求權之執行，倘要求扶養債權人預納強制執行費用，或另行聲請執行救助，將增加扶養債權人之程序上不利益。為貫徹程序利益保護原則，宜免除扶養債權人之執行費用預納義務，以減輕其程序上不利益之負擔，提高執行情序之使用效益，故於家事事件法第 189 條中規定：「扶養費請求之執行，暫免繳執行費，由執行所得扣還之。」

(2) 定期或分期扶養費之執行

依強制執行法第 4 條第二項之規定，執行名義附有期限者，於期限屆至，始得開始強制執行。又依同法第 5 條之一之規定，債權人聲請強制執行之執行名義係命債務人分期給付者，於各期履行期屆至時，執行法院得經債權人之聲請，繼續執行之。惟關於命債務人定期或分期給付家庭生活費用、扶養費或贍養費之執行名義，倘要求債權人依上開規定聲請執行，將徒增債權人逐期聲請之煩，而增加債權人之程序上不利益。且倘債權人囿於上開限制，於累積數期債權到期後始合併聲請執行，對於生計已陷困窘之債權人而言，亦緩不濟急。故關於此類執行名義之強制執行情序，自有放寬上開限制之必要，故於家事事件法第 190 條之規定，「債務人依執行名義應定期或分期給付家庭生活費用、扶養費或贍養費，有一期未完全履行者，雖其餘履行期尚未屆至，債權人亦得聲請執行。」又為避免損害債務人之期限利益，就前項債權之執行，僅得就履行期限屆至之債權，執行債務人對於第三人已屆清償期之薪資債權或其他繼續性給付之債權。

2. 間接強制措施－強制金（家事事件法第 191、192 條）

依家事事件法第 191 條第 1 項規定：「債務人依執行名義應定期或分期給付家庭生活費用、扶養費或贍養費，有一期未完全履行者，雖其餘履行期限尚未屆至，執行法院得依債權人之聲請，以裁定命債務人應遵期履行，並命其於未遵期履行時，給付強制金予債權人。但為裁判法院已依第 100 條第四項規定酌定加給

金額者，不在此限。」其立法理由敘明關於金錢債權之強制執行，原則上固採直接強制方法，由執行法院查封債務人之責任財產，將之變價交付或分配予債權人，以滿足執行債權。惟執行名義係命債務人應定期或分期給付家庭生活費用、扶養費或贍養費者，債權人之該等債權，均係維持債權人生計所不可或缺，如依前述一般金錢債權之執程序進行，恐過於迂遠，且該等債權之數額原已將債務人之資力列入主要考慮要素始予決定，通常債務人沒有無資力履行之虞，為促使債務人確實依執行名義履行債務，爰設間接強制制度，除少年及家事法院於裁判時已酌定加給金額外，執行法院亦得依聲請命債務人給付強制金予債權人，以供債權人選擇利用。另為達到強制金間接強制之效果，執行法院為強制金之裁定，宜於命債務人遵期履行時，同時為之。又強制金係以違反包括強制金裁定在內之有關執行名義之執行債權履行命令為條件之制裁金，屬債務人新增之債務，該裁定係另一執行名義，債權人如欲執行強制金裁定，應另為強制執行之聲請。

此外，執行法院為強制金之裁定，係以債務人具履行能力為前提，故如債務人欠缺支付能力而不能清償債務，或因清償該債務將使其生活陷於窘迫者，即不宜為間接強制。而於家事事件法第 191 條第 2 項中規定，法院為前項裁定時，應斟酌債權人因債務不履行所受之不利益、債務人資力狀態及以前履行債務之狀況。

再者，為對債務人施以心理上之壓力，以促使債務人履行債務，關於強制金之金額固委由執行法院為合理之裁量，惟為避免與債權金額失衡，宜適當限制之。故於該條第三項中明定，強制金不得逾每期執行債權二分之一。至於債務人若於證明其無資力清償或清償債務將致其生活顯著窘迫者，執行法院應依債務人之聲請或依職權撤銷強制金之裁定（家事事件法第 191 條第 5 項）。

3. 對未成年子女扶養費之特殊規定（家事事件法第 193 條）

依強制執行法第 122 條之規定，債務人對於第三人之債權，係維持債務人及

其共同生活之親屬生活所需者，不得為強制執行。惟扶養債務人之經濟能力多已在執行名義作成過程中予以相當之考量，有別於一般金錢債權之執行名義，因此，關於未成年子女扶養費債權之執行，無需重複考量債務人及其共同生活親屬之家庭生活需要，故於家事事件法第 193 條中明定：「未成年子女扶養費債權之執行，不受強制執行法第 122 條規定（社會福利津貼、社會救助或補助，不得為強制執行…）之限制」。惟為維護債務人之基本生活需要及其他未成年子女受債務人扶養之權利，執行法院仍應酌留債務人及受其扶養之其他未成年子女生活所需，於但書中規定應酌留債務人及受其扶養之其他未成年子女生活所需。

參、中華人民共和國婚姻法之規定

中華人民共和國婚姻法於公元 1950 年訂定，其後分別於 1980 年與 2001 年加以修正。此外，針對此部婚姻法在實施中的具體問題，應如何解決，除了可依循國務院所頒布之「婚姻登記條例」以外，尚有最高人民法院所陸續頒布之「最高人民法院關於適用中華人民共和國婚姻法若干問題的解釋（一）（二）（三）」。

相較於我國之規定，中共婚姻法較重與財產相關之規定，特別是離婚後父母對子女之扶養費分擔，有較我國法更詳盡之規定，此外對於離婚後子女親權之酌定以及探視權亦有明文，惟就子女最佳利益之原則，未若我國法尚有提示性原則之規定。以下就中共婚姻法中離婚後父母親權酌定與相關規範說明之：

一、離婚後親權之酌定與改定原則

相較於我國法未明文規定離婚後父母子女間之關係是否因此解消，中共婚姻法第 36 條第一項規定，父母與子女間的關係，不因父母離婚而消除。離婚後，子女無論由父或母直接撫養，仍是父母雙方的子女。此一條文表明婚姻關係的解除，只是夫妻雙方基於婚姻而存在的人身關係和財產關係歸於消滅，但父母與子女之間存有的血親關係不會因父母離婚而消除。

至於離婚之後，中共婚姻法第 36 條第三項，將子女區分為哺乳期之內與哺乳期之後而異其親權酌定之方式，前者，以隨哺乳的母親撫養為原則，後者，則如同我國法之規定，若雙方因撫養問題發生爭執不能達成協議時，由人民法院依據子女的權益和雙方的具體情況判決。

由於第 36 條第三項之規定過於簡略，為便於操作、適用，最高人民法院於公元 1993 年 11 月 3 日所頒布之「關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見」中作了具體解釋。在處理離婚後子女撫養問題，應把握以下幾個原則：

（一） 考量因素

以有利於子女身心健康，保障子女合法權益為前提，結合父母雙方的撫養能力和撫養條件等具體情況妥善解決，而考慮以下幾方面情形：

1. 應考慮父母雙方的個人素質、對子女的責任感、家庭環境、父母與子女的感情因素。
2. 應考慮不能生育和再婚有困難的父或母的合理要求
3. 在雙方的各種條件都基本相同的情況下，原則上由經濟能力較強的一方撫養。
4. 十周歲以上有識別能力的子女，無論隨父還是隨母，都應徵求子女本人的意見。

（二） 確定子女撫養時之具體原則：

1. 二周歲以下的子女，一般隨母方生活。但有幾種特殊情況亦可隨父方生活，一是母方患有久治不愈傳染性疾病或其他嚴重疾病，子女不宜與其共同生活；二是母親有撫養條件不盡撫養義務，而父方要求子女隨其生活；三是哺乳期未滿，母方堅持不撫養，父方積極要求撫養且撫養條件較好；四是在不危害子女身心健

康的條件下雙方協議子女隨父生活；五是其他原因，子女確實無法隨母方生活，如母方的經濟能力、生活環境明顯對撫養子女不利，母方品行欠佳或違法犯罪不利於撫養子女，子女從出生後一直由父方餵養等等。

2. 二周歲以上之子女，原則上先由父母雙方協議，若協議不成，未成年子女隨哪一方生活，應由人民法院應以子女利益為原則，綜合考慮父母雙方的文化素質、思想品質、經濟條件、家庭環境等各個方面的因素，進行判決。其中尤其要注意五個方面的情況：一是要考慮雙方的經濟狀況。因為子女處於德、智、體、美全面成長時期，經濟狀況的好壞與子女的成長密切相關。二是父母雙方的身體、精神健康狀況和智力、只是程度及人格修養、品德情操等內在因素。三是注意父母與子女的感情因素，不要單純看經濟實力。當感情因素與物質生活條件矛盾時，前者應優於後者。四是重視有意識能力子女的意願。五是堅持有利於貫徹執行計劃生育的原則。

在綜合上述因素的前提下，父方和母方均要求隨其生活時，則其中一方有下列情形之一者，可予優先考慮（絕對優先直接撫養條件）：

（1）已做絕育手術或因其他原因喪失生育能力。依「婦女權益保障法」第 46 條之規定，離婚時，女方因實施絕育手術或其他原因喪失生育能力的，處理子女撫養問題，應在有利子女權益的條件下，照顧女方的合理要求。

（2）子女隨其生活時間較長，改變生活環境對子女健康成長明顯不利的。

（3）無其他子女，而另一方有其他子女。

（4）子女隨其生活，對子女成長有利，而另一方患有久治不愈的傳染性疾病或其他嚴重疾病，或者有其他不利於子女身心健康的情形，不宜與子女共同生活的。

3. 父方與母方撫養子女的條件基本相同，雙方均要求子女與其共同生活，但子

女單獨與祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母與外祖父母要求並且有能力幫助子女照顧孫子女或外孫子女的，可作為子女隨父或母生活的優先條件予以考慮。

4. 父母雙方對十周歲以上的未成年子女隨父或隨母生活發生爭執的，如子女作出願隨一方生活的表示，應尊重其意見，作為優先考慮的情節。

5. 原則上法律准許雙方在有利於子女利益的前提下，由父母雙方協議輪流撫養子女，輪流直接撫養，即由父或母直接撫養，輪流交替。其為具體協議時，應將輪流直接撫養子女的方式、時間、交接辦法、撫育費用的負擔等全面考量。此外，應當注意的，輪流直接撫養會不斷改變孩子的生活環境，可能對其健康成長產生不利影響，故需要嚴格掌握。但在不利於保護子女的利益時，即使雙方協議一致，也不應准許，例如父母雙方雖然可以協議子女隨一方生活並由撫養方負擔子女全部撫育費，但經查實，撫養方的撫養能力明顯不能保障子女所需費用而影響子女健康成長的，對單方負擔全部撫育費的請求，即不予准許。

6. 在離婚訴訟期間，雙方均拒絕扶養子女的，人民法院可先行裁定暫由一方撫養。

（三）變更子女撫養關係

父母離婚後，在一定條件下，可以根據父母雙方或子女實際情況的變化，依法予以變更。撫養歸屬的變更有兩種形式：

1. 雙方協議變更：有利於子女身心健康和保障子女合法權益，則應予支持。

2. 一方要求變更：雙方不能達成協議時，應另行起訴。此為在新情況下提出的訴訟請求，不涉及原離婚案件的離婚問題和夫妻財產的處理問題，而是出現了處理原離婚案件之時不存在或已解決的子女撫養方面的新情況。因此，它不是原離婚案件訴訟程序的繼續，也不是對原離婚案件子女撫養問題的判決、調解協議錯

誤的糾正，所以，應當作為新的案件另行起訴)。此外，有下列情形之一的，應予支持：

- (1) 與子女共同生活的一方因患嚴重疾病或因傷殘無力繼續撫養子女的
- (2) 與子女共同生活的一方不盡撫養義務或有虐待子女行為，或其與子女共同生活對子女身心健康確有不利影響
- (3) 十周歲以上未成年子女，願隨另一方生活，該方又有撫養能力的
- (4) 有其他正當理由需要變更的

綜上所述，大陸地區於婚姻法之規定外，再透過司法解釋，將法院在處理相關問題時應考慮的因素較為詳細的列舉出來，將該規定具體、明確化，可操作性強。此外，也可發現在大陸地區目前法院在處理離婚案件確定子女扶養關係時，在絕大多數的情況下，均裁判由父母一方行使照顧權，即在司法實務中仍採單方行使照顧權原則。而在大陸地區以計畫生育作為基本國策下，獨生子女日益增多，離婚時父母雙方爭要獨生子女隨其生活的情況也愈來愈多，有相當數量的父母一方是想在日後割斷另一方和孩子的關係而要求單方行使父母照顧權。另一方面有些父母本人為了今後再婚更容易或生活更舒適，視子女為包袱，也出現離婚時父母雙方互相推卸扶養責任，均不願與子女生活的情形²⁶。

此外，由於中共婚姻法明文規定，父母與子女間的關係，不因父母離婚而消除。離婚後，子女無論由父或母直接撫養，仍是父母雙方的子女。此意味著未直接撫養子女之父母一方，仍然有行使親權之可能，對於子女之重要事項仍有決定權，若父母意見不一致時，例如對於子女是否應送私立學校等，依舊可訴請法院裁判。

²⁶ 陳葦，離婚後父母對未成年子女監護權問題研究，中國法學 1998 年第 3 期。轉引自王麗萍，親子法研究，法律出版社，頁 196。

二、離婚後對子女權利義務之分配

依照中共婚姻法第 21 條之規定，父母對子女有撫養教育的義務；子女對父母有贍養扶助的義務。父母不履行撫養義務時，未成年的或不能獨立生活的子女，有要求父母給付撫養費的權利。又依婚姻法第 23 條之規定，父母有保護和教育未成年子女的權利和義務。在未成年子女對國家、集體或他人造成損害時，父母有承擔民事責任的義務。此兩項規定可謂中共婚姻法對於照顧權內容之具體明文。若父母處於婚姻關係存續期間，此時可共同行使對於未成年子女的照顧權。於通常情況下，基於親情以及父母共同的利他主義精神，父母雙方會共同為了子女利益，妥善處理有關子女的扶養、教育、保護的有關問題。即使在意見不一致時，雙方也會為了共同利益，盡可能協商解決。然而在父母雙方離婚的情況下，父母照顧權、探望權的行使、扶養費的給付易成為父母爭執的焦點，也成為人民法院在審理有關案件的難點²⁷。以下就離婚後對子女權利義務分配之規定分述之：

（一）親權行使人之權利義務（與子女同住之一方父母）

依照最高人民法院關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見，當夫妻離婚後，未成年子女致人損害的，應由與該子女共同生活的一方先承擔民事責任。只有在與子女共同生活的一方無法獨立承擔民事責任時，才由未與子女共同生活的另一方共同承擔民事責任。當然，父母作為監護人盡了監護責任的，可以適當減輕民事責任。未成年子女有財產的，應先從子女本人財產中支付賠償費用；不足部分，才由父母依法單獨或共同作適當賠償²⁸。

（二）扶養費之給付（父母雙方之義務）

對於離婚後對子女之扶養義務，規定於中共婚姻法第 36 條與第 37 條。依第 36 條第 2 項之規定，離婚後，父母對於子女仍有撫養和教育的權利和義務。又離婚後，一方撫養的子女，另一方應負擔必要的生活費與教育費的一部或全部，

²⁷ 王麗萍，婚姻家庭法律制度研究，山東人民出版社，頁 149、150。

²⁸ 中華人民共和國婚姻法注解與配套，頁 72。

負擔費用的多少和期限的長短，由雙方協議；協議不成時，由人民法院判決。關於子女生活費和教育費的協議或判決，不妨礙子女在必要時向父母任何一方提出超過協議或判決原定數額的合理要求。（婚姻法第 37 條）是故在肯定父母於離婚後皆有扶養子女之義務，其撫養費的分擔應如何決定？以下分述之：

1. 確定離婚後子女撫養費的負擔

原則上由父母雙方協議或經人民法院調解，當事人達成協議，按照協議確定。但人民法院對於父母雙方協議約定子女隨一方生活並由撫養方負擔子女全部撫養費的，應當進行審查。如經查實，撫養方的撫養能力明顯不能保障子女所需費用，可能影響子女健康成長的，則應當不予准許。例外在離婚夫妻對子女撫養費數額無法達成協議的，由法院判決。但無論是協議或者判決，既要考慮子女的實際需要，也要考慮父或母給付的實際能力。至於實際需要的數額，一般應參照當地群眾的生活水平，酌情確定。具體問題的解決，實踐中應當掌握以下幾個問題：

（1）撫養費的數額：子女撫養費的數額，可根據子女的實際需要、父母雙方的負擔能力和當地的實際生活水平確定：對於有固定收入的：撫養費一般可按其月總收入的一定比例給付。負擔 2 個以上子女撫養費的，比例可以適當提高。工資總額的計算，應當包括工資、較固定的獎金、崗位補貼等。

（2）對於無固定收入的：撫養費的數額可依據其當年總收入或其所處同行業的平均收入。如農民給付的撫養費標準一般不低於當地平均水平。個體工商戶、專業承包戶、私營企業主的子女撫養費，應根據其經營狀況和實際利潤給付

2. 撫養費的給付方法

可依父母的職業情況而定，原則上應定期給付。通常，有工資收入的，應按月或定期給付現金，農民可按收益季度或年度給付現金、實物。有條件的也可以一次性給付，但對於一方要求一次性給付的要慎重處理，確有必要採取一次性給付的，要注意掌握條件。以下情況可以一次性給付：一是出國、出境人員；二是

有能力一次性支付的個體工商戶、專業承包戶、私營企業業主等人員；三是雙方自願、協商一致的。

3. 離婚後變更子女撫養費

法律賦予子女可依據實際情況向父母任何一方提出超過原定數額的要求，也就是撫養費數額在一定條件下是可以變更的。子女生活費和教育費無論是在協議離婚時達成的或是由法院判決的，都不妨礙子女在必要時向父母任何一方提出增加數額的合理要求。至於費用是否增加，增加多少，不能任憑子女單方面的要求而確定，應經相應的程序予以解決。其程序可由子女與父母協議解決，協議不成的，可由法院依訴訟程序處理。

(1) 請求之主體：變更撫養費，原則上限於子女提出，或根據子女利益，由直接撫養子女的一方以子女的名義提出，但權利主體只能是子女。

(2) 於司法實踐中，子女要求增加撫養費有下列情形一，父或母有給付能力的，應予支持：由於物價調整，原定撫養費數額不足以維持當地實際生活水平；因子女患病、上學，實際需要已超過原定數額；有其他正當理由應當增加

4. 減免父或母一方撫養費的情況

(1) 撫養子女的父或母既有經濟負擔能力，又願意獨自承擔全部撫養費。

(2) 給付義務的父或母因出現某種困難，確實無法或沒有能力給付撫養費的，可以通過協議或判決，酌情減免給付數額。但減免是有條件的，一旦被減免方情況好轉，有能力給予撫養費時，應依照原定數額給付。

(3) 免除撫養費，只是指撫養費而言，其教育子女的其他義務是不能被免除的，另一方不得以減免撫養費為由，限制或剝奪另一方探望子女等權利。

(三) 子女探望權（未與子女同住之他方父母）

依照中共婚姻法第 38 條之規定，離婚後，不直接撫養子女的父或母，有探望子女的權利，另一方有協助的義務，行使探望權利的方式、時間由當事人協議，協議不成時，由人民法院判決。父或母探望子女，不利於子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的權利；中止的事由消失後，應當恢復探望的權利。本條之規定包括行使探望權之主體、方式以及中止探望權利之事由。以下分述之：

1. 行使探望權之主體

依婚姻法第 38 條之規定，離婚後，不直接撫養子女的父或母，有探望子女的權利。另一方有協助的義務。不直接撫養子女的父或母是指不隨子女共同生活的一方。父母子女包括婚生父母子女、養父母養子女、同意繼續撫養的有撫養關係的繼父母繼子女、非婚生父母子女。探望不以負擔費用為前提，即使因某種原因而未支付撫育費，仍有探望的權利。也不以隨子女共同生活的父母一方未再婚為前提，即使已經再婚，對方仍有探望的權利。也不以非輪流撫養為限，在父母輪流撫養子女的情況下，未與子女共同生活的一方仍有探望權。

2. 行使探望權之方式

依婚姻法第 38 條之規定，行使探望權利的方式、時間由當事人協議，協議不成時，由人民法院判決。人民法院在決定以何種方式探望子女時，應考慮子女和父母雙方的具體情形。而探望權的行使方式一般有兩種：

(1) 看望式探望：非與未成年子女共同生活的一方父或母到對方家中或者指定的地點進行探望，如定期見面、共同進餐等。此種方式時間短，方式靈活且沒有脫離撫育子女一方的監護範圍。

(2) 逗留式探望：一種較長時間的探望，探望權人可在約定或法院判決確定的探望時間內，由探望人領走並按時送回被探望子女，如短期和子女生活在一起。

3. 探望權糾紛的訴訟受理

人民法院受理及審理民事案件，一直堅持不告不理原則。當事人提出訴訟請求是民事案件審判的前提和基礎，人民法院只能圍繞當事人的訴訟請求進行審理。如果沒有當事人的訴訟請求或超出訴請範圍的部分，人民法院無權主動進行審查。探望權是大陸地區現行婚姻法賦予當事人的一項實體權利，根據有關立法精神，當事人對此類糾紛可以與離婚訴訟同時提出，也可以於離婚後單獨就此提起訴訟。此於最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋一第 24 條中明文規定，離婚判決中未涉及探望權，當事人就探望權問題單獨提起訴訟的，人民法院應予受理。總之，無論何時提出，只要符合法律規定，人民法院均應依法受理，並就當事人所訴求的問題進行審理，但是應當明確，只有當事人在訴訟中訴請行使對子女之探望權時，法院才有必要對探望權的行使方式和時間作出判決。

4. 探望權之中止與恢復

依婚姻法第 38 條之規定，人民法院若認為由父或母探望子女，而有不利的於子女身心健康者，得依法中止其探望的權利。惟法院作出中止之前提條件，在於權利人向法院主張權利，人民法院不能主動處理。又依最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋一第 26 條之規定，未成年子女、直接撫養子女的父或母及其他對未成年子女負擔撫養、教育義務的法定監護人，有權向人民法院提出中止探望權的請求。故法院在審查權利人之主體資格後，充分聽取雙方意見及調查研究基礎上作出決定，而以裁定中止探望權的行使²⁹。

此外，當事人在履行生效判決、裁定或者調解書的過程中，有請求中止行使探望權者，人民法院在徵詢雙方當事人意見後，認為需要中止行使探望權的，可依法作出裁定。中止探望的情形消失後，人民法院應當根據當事人的申請通知其

²⁹ 中華人民共和國婚姻法注解與配套，頁 77、78。

恢復探望權的行使。(最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋一第 25 條之規定)

三、子女之交付與交還、探望權之執行及扶養費之相關規定

(一) 子女之交付與交還

在子女之交付與交還中，在大陸地區並未區分交付與交還之差別，主要討論之問題在於當法院針對離婚父母之親權由何人行使已作出裁定後，可否進一步加以執行，此涉及到對於人的執行。依照 1984 年《關於貫徹執行〈民事訴訟法（試行）〉若干問題的意見》、1992 年《關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》均明確規定強制執行的標的只能是財物或者行為。此即為執行標的有限原則，此一原則的內涵包括兩方面，一指執行標的只能是財物和行為，人身不能作為執行標的；二是對物的執行，也有範圍限制，應當保障債務人的基本生存條件。此一原則使得大陸地區法官在執行工作中不能隨意執行，包括必須執行人身才能得以實現之裁判亦然。例如，在無效收養中責令被執行人交出被收養兒童的裁判、離婚案件中責令將子女交隨另一方共同生活的裁判³⁰，即要嚴格遵守執行標的有限原則，寧可不執行也不允許直接對人執行，以杜絕「執行孩子」的現象發生。

以下以一案例說明之：在劉滿枝請求解除其子王斌與王義松、張先蘭、賴烟煌、賴麗玲、陳月娥非法收養關係一案的執行過程中，最高法院執行辦公室《關於人身可否強制執行問題的覆函》（〔1999〕執他字第 18 號）認為：“武漢市青山區人民法院〔1996〕青民初字第 101 号民事判決書已經發生法律效力，依法應予執行。但必須注意執行方法，不得強制執行王斌的人身。可通過當地婦聯、村委會等組織在做好養父母的說服教育工作的基礎上，讓生母劉滿枝將孩子領回。對非法干預執行的人員，可酌情對其採取強制措施。請福建高院予以協助執行。”

³⁰ 童兆洪主編，民事強制執行新論，人民法院出版社，2002 年，第 6 頁；江偉，中國民事訴訟法專論，北京，中國政法大學出版社，1998。轉引自，潘傳琮/盧靜（信陽市瀾河區法院），淺談我國民事強制執行法的基本原則，2011 年 4 月 7 日。<http://www.110.com/ziliao/article-211869.html>

此一批覆的精神更進而被大陸地區的最高法院引用作為《關於適用(中華人民共和國婚姻法)若干問題的解釋(一)》中第32條之內容：「婚姻法第48條關於對拒不執行有關探望子女等判決和裁定的，由人民法院依法強制執行的規定，是指對拒不履行協助另一方行使探望權的有關個人和單位採取拘留、罰款等強制措施，不能對子女的人身、探望行為進行強制執行」³¹。

另外，在此次北京座談會中，楊曉林律師亦指出一於北京街頭法院南區的案例。夫妻分住美國與北京兩地，有兩個子女，離婚後雙方爭奪子女之親權，訴請法院裁判後，法院判決夫妻各取得一位子女之親權。然而一方請求他方父母交付子女時，卻遭拒絕，再聲請強制執行，執行廳僅願意以電話通知，在對方亦以與子女同歸於盡作為要脅後，不再採取進一步之措施³²。就此，王茂剛法官亦表示，法官判子女歸何方父母撫養，以及撫養費用如何負擔，但無法判決該父母應於何時將子女交付他方，子女無法成為交付對象，但整個案件仍然可以作為聲請強制執行，執行時之財產問題，執行官會一併處理，至於子女之交付，則屬無法強制執行之事項，只能透過協商、說服工作請他方父母交付子女³³。

由此可見，在大陸地區對於離婚後子女親權酌定裁判確定後之執行，即子女交付上，依舊面臨因人身無法執行之難題，而造成實際上子女未處於其支配之下之一方父母，即使在法律上取得親權之行使，但仍然無法取得該權利之困境。

惟上述所言之困境，曾在2003年最高法院起草的《民事強制執行法草案(第四稿)》中，於吸收域內外強制執行法的經驗，對此問題作了突破性的規定。其中於第227條(交出未成年子女的執行)規定中：「執行依據確定由被執行人交出未成年子女，被執行人指定的期限內未履行的，執行員可以強制將該未成年子女領交給申請執行人。該子女由第三人看護的，可以在向第三人講明情況後

³¹ 胡志超，我國現代對人執行制度構建論，武漢大學學報2008年第3期。
http://www.civilprocedurelaw.cn/html/zxcx_1175_1371.html

³² 參見附錄九，頁153-154 楊曉林律師發言。

³³ 參見附錄九，頁151 王茂剛法官發言。

將該子女領交申請執行人。第三人與該子女之間另有收養關係的，不得強制執行。該子女為限制民事行為能力的，執行員應當在徵得其同意後執行。」第 230 條（探望子女的執行）規定：「執行人拒絕申請執行人依執行依據探望子女的，經申請執行人請求，按照作為請求權執行的有關規定執行。」但由於該草案最後未能被通過為法律，使得大陸地區禁止直接執行此類判決的法律與現狀，仍未改變³⁴。

（二）探望權之執行

1. 強制執行與協助執行

依照婚姻法第 48 條之規定，對拒不執行有關扶養費、撫養費、贍養費、財產分割、遺產繼承、探望子女等判決或裁定的，由人民法院依法強制執行。有關個人和單位應負協助執行的責任。又依最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋一第 32 條之規定：「婚姻法第 48 條關於對拒不執行有關探望子女等判決和裁定的，由人民法院依法強制執行的規定，是指對拒不履行協助另一方行使探望權的有關個人和單位採取拘留、罰款等強制措施，不能對子女的人身、探望行為進行強制執行。」換言之，對探望權的判決或裁定需要強制執行時，不能對子女的人身採取強制措施，也不能強制採取不利於子女健康的探望行為。探望權的行使可中止、恢復，在執行案件中應區分下列不同情形處理：

（1）行使探望權：

對子女不滿十周歲子女屬於無民事行為能力人的，應依照人民法院生效的法律文書規定的探望時間和方式執行，如子女已滿十周歲但不滿十八周歲且智力發育正常的，執行人員應當徵求該子女的意見。在執行探望權過程中，應深入了解當事人的思想狀況，耐心細緻做好當事人的法律宣傳工作，釋明法律規定，告知其依法應享有的權利及應承擔的義務。如果父母雙方矛盾激烈，難以互相配合，

³⁴ 胡志超，我國現代對人執行制度構建論，武漢大學學報 2008 年第 3 期。
http://www.civilprocedurelaw.cn/html/zxcx_1175_1371.html

可以探望權受阻情形下，由未成年子女就讀的幼兒園學校協助執行探望。負有協助義務的有關單位和個人拒不履行協助義務的，可依法採取罰款、拘留等強制措施。如果負責撫養子女的一方故意藏匿子女，在法院下達裁判書後仍拒不履行的，可按拒不執行判決、裁定法律規定處理。

(2) 中止、恢復探望權方面：

依照「最高人民法院關於適用『中華人民共和國婚姻法』若干問題的解釋一」第 25、26 條的規定，法院作出決定的前提條件是權利人向人民法院主張權利，人民法院不能主動處理，並應慎重對待，在審查權利人的主體資格前提下，應在充分聽取雙方意見及調查基礎上作出決定，對中止行使探望權的需以裁定形式作出，對恢復探望權的需以通知形式作出。

(3) 執行探望權之限制：

對探望權的執行中，應慎用強制措施，在子女有獨立判斷能力，並不願接受探望的，不能強制執行。父或母探望子女，不利於子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的權利。例如父母一方患有精神疾病、傳染性疾病，有吸毒等行為或對子女有暴力行為。

針對探望權強制執行的案件，於 2003 年 9 月 22 日中央電視台「今日說法」節目以「父親的悲哀」為題報導一起有關離婚後探望權的案件。北京市海淀區的周先生和並妻馬女士於 4 年前離婚，當時法院判決五歲的女兒英子隨馬女士共同生活，孩子的父親周先生可以每月去看望一次。但是每當周先生去看望女兒時，皆無法見到面。周先生只好至女兒就讀之學校，趁課間與女兒見面。但其女兒卻對父親的到來格外排斥，並認為父親的探望對她是一種負擔。2001 年初，周先生至海淀區人民法院，向法院請求保護其探望權。法院認為符合受理條件，決定立案執行，這同時意願不管英子是否情願，每月都必須讓其父親看望 2 個小時，並且其探望須在法官的監督下完成。兩年中的 17 次探視中，英子始終沒有叫過

一聲爸爸。2003年5月英子十歲時，她向法院提出中止執行的申請。法院認為探望權行使與否之目的，是在保護申請人權利的同時，也要考慮被探望人的身心健康。17次之現場執行證明，不願意見父親是孩子的真實意願，17次的探視不僅沒有達到探視的目的，反而限制了孩子的活動，繼續執行下去有可能會影響孩子的身心健康。一個月後法院作出裁定，中止執行探視³⁵。

（二）扶養費之執行

在扶養費之執行上，同樣有婚姻法第48條之適用。對拒不執行有關扶養費、撫養費、贍養費、財產分割、遺產繼承、探望子女等判決或裁定的，由人民法院依法強制執行。有關個人和單位應負協助執行的責任。因婚姻家庭案件中的財產執行，往往需要有關單位的協助執行。人民法院在扣留、提取被執行人的收入時，必須得到被執行人工作所在單位的協助，接到協助執行通知書的被執行人所在單位、銀行、信用合作社和其他有儲蓄業務的單位必須按照通知書的內容辦理，並將扣留、提取的被執行人的收入，轉交申請人或人民法院。如果有關單位對人民法院的協助執行通知無故推拖，拒絕或妨礙執行者，應以妨害訴訟，追究單位的負責人或直接責任人，可予以罰款，還可向監察機關和有關機關提出予以紀律處分³⁶。

肆、我國與大陸地區法制之比較

關於我國與大陸地區在離婚後子女親權酌定之相關規定已如上述，為求進一步清楚掌握，茲再將之以實體法與程序法之觀點加以比較。實體法上之規定主要以兩岸跨境婚姻離異後，子女之親權應如何酌定？由父取得或母取得？以及離婚後父母對子女之權利義務應如何分配？包括扶養費之給付與會面交往權或探視權之約定；至於程序法之規定，則涉及執行之問題，包括取得親權之一方父母如何向他方請求交付子女？以及未取得親權之他方父母如何執行對於扶養費之給

³⁵ 王麗萍，親子法研究，2005年，法律出版社，頁232、233。

³⁶ 中華人民共和國婚姻法注解與配套，頁98。

付義務與實現其與子女會面交往之權利。

一、實體法之規定

我國在實體法中之規定主要在於民法第 1055 條，於該條規定離婚後子女親權之酌定與改定，以及離婚父母對子女權利義務之分配。大陸地區相關之規定則在中共婚姻法第 36 條至 38 條。

首先針對離婚後親權酌定之規定，我國與大陸地區在酌定親權的大致上相同，皆先由父母雙方協議，協議不成時，方由法院介入，而依子女利益與父母雙方之具體狀況於個案中認定。（我國民法 1055 條第一項，中共婚姻法第 36 條第三項後段）惟大陸地區針對仍在哺乳期內之子女，考量實際哺乳的需求，而有隨哺乳的母親撫養為原則的規定，直到子女斷奶後，可再由雙方父母協議子女由誰來行使親權（中共婚姻法第 36 條第三項）。我國就此雖無明文規定，惟在法院實務上之操作結果，亦有採幼年原則，或稱襁褓原則³⁷，而將子女判給母親之情形，依照最高法院 17 年上字第 1105 號之判例要旨：「夫妻離婚後之子女，原則上應歸其父監護，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。」此一判例，雖因其與民法第 1055 條於 1996 年所修正之內容明顯不符而遭廢棄，該修正內容為夫妻離婚後之子女不再原則由其父監護，而應由夫妻雙方協議之，協議不成則由法院依子女利益酌定，故該判例前段之內容已無適用之可能，但其後段對於襁褓原則之重視，仍應有適用之餘地，而成為法院在審酌離婚後父母之親權誰屬時，用以判斷子女最佳利益之標準之一。依照學者³⁸於 1998 年 4 月至 1999 年 1 月所選取之 97 件判決進行之研究，這些判決當中，法官在依子女最佳利益決定親權行使人時，以子女的年齡作為考量因素者，佔 27.1%。而考量此因素之法官，即考量子女之年齡尚小，皆酌定由母親擔任親權人。故於我國實務上亦有幼年原則或襁褓原則適用之情況。此雖未於法律明文規定，但在實務運作的結果上應可肯認我國對於尚在哺乳期之未成年子女，就其親權原則上亦應會判給母親，

³⁷ 施慧玲，子女最佳利益與離婚後親權行使，收錄於家庭法律社會學論文集，頁 245，2004 年。

³⁸ 劉宏恩，「子女最佳利益原則」在台灣法院離婚後子女監護案件中之實踐－法律與社會研究之觀點，軍法專刊，57 卷 1 期，2011 年 2 月，頁 95-100。

與大陸地區之規定相同。

此外，比較我國法與中共婚姻法之規定，尚有兩點不同，其一為對親權的概念不同，我國對於離婚後子女親權之酌定，若由一方父母單獨行使時，則他方原則上不再對於子女之人身或財產照顧有決定權，僅有依民法第 1116 條之二之規定，仍對該未成年子女負有扶養義務，以及可依同法第 1055 條第五項之規定，主張行使對該未成年子女之會面交往權。但依中共婚姻法第 36 條，卻明定父母與子女間的關係，不因父母離婚而消除。離婚後，父母對子女仍有撫養和教育的權利和義務。意即父母離婚後，依該條所稱隨母或隨父撫養，則指所謂的直接撫養權，而未取得直接撫養權之一方父母，則有間接撫養權，除了必須負擔撫養費用以外，對於該子女之重大事項，例如教育等，仍有參與決定的權利³⁹。故此與我國對於離婚後酌定子女親權的概念有所不同，我國原則上皆以離婚後父母之一方單獨取得親權為原則，而他方父母亦不再有權決定子女之人身財產事項。雖然在 1996 年修正民法第 1055 條時，加入離婚父母共同行使親權的可能性，意即對未成年子女之重大事項，仍應共同決定，但此一共同行使親權乃著眼於子女利益而設，只有在離婚父母有充分合作可能性，方允許以共同行使親權的方式定之⁴⁰。其二，針對離婚夫妻在親權之行使或撫養關係無法達成協議時，可由法院介入判定之規定，我國與大陸地區皆相同。惟我國法院可介入酌定親權的管道分為兩種，一為透過夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求，一則為法院可直接依職權酌定之（民法第 1055 條一項後段）。然而，就此問題，中共婚姻法並無如我國法般明定之，因此人民法院得以判決介入子女撫養歸屬問題，應主要由夫妻之一方向法院提起訴訟而來。

其次，針對子女親權改定之規定，我國規定於民法第 1055 條第二項與第三項，前者主要針對夫妻之協議有不利於子女時，法院得依主管機關、社會福利機

³⁹ 參見附錄九，頁 151 夏吟蘭教授之發言。

⁴⁰ 參見附錄七，頁 123 廖○○法官之發言。又關於法官以共同監護酌定子女親權所生之爭議，請參見洪遠亮，子女利益及監護理論之新趨勢－從北院 98 年度婚字第 244 號判決談起，法學叢刊，222 期，2011 年 4 月，頁 103-105。

構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定；後者則在行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養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。而大陸地區法制依據最高人民法院關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見中，則表明父母離婚後，在一定條件下，可以依據父母雙方或子女實際情況的變化，依法予以變更。其變更亦有兩種形式，一為雙方協議變更，法院於有利於子女身心健康和保障子女合法權益下，應予准許。一為一方要求變更，而未能與他方達成協議時，則應另行起訴，法院在他方有特殊情形，包括因患嚴重疾病或因傷殘無力繼續撫養子女，或是不盡撫養義務或有虐待子女之情事，或是未成年子女滿十歲後，有意願與請求變更之一方父母生活，而該方父母亦有撫養能力時，法院應予准許。是以，比較兩國法制，則可發現我國法中，法院職權介入的性質較強，不但可針對夫妻已合意之親權酌定，發現有不利子女之情形下，得依聲請或依職權改定親權人，甚至在法院雖以子女最佳利益酌定親權之後，但在親權行使人未能善盡其職時，法院亦可依聲請加以改定。此外，聲請權人亦包括主管機關或社福機構等。至於大陸地區，發動改定撫養關係之人，原則上僅為夫妻雙方，並且針對父母子女間有情事變更之情形下方得為之。

再就法院酌定或改定親權之情形時，依我國法之規定，法院甚至得依請求或依職權，為子女利益酌定權利義務行使負擔之內容（民法第 1055 條第 4 項）。於此，大陸地區法制並無相關內容。

又針對法院酌定親權或撫養關係時，我國與大陸地區皆以子女利益作為判斷之標準。我國法直接於民法第 1055 條之一明定，作為審酌子女最佳利益之依據，包括參考社工人員之訪視報告，注意子女之年齡、性別、人數，子女之意願與人格發展之需求，以及父母之年齡、品行、經濟能力、保護教養子女之意願等，以及父母子女或未成年子女與其他共同生活之人之感情狀況。大陸地區則以最高人民法院於公元 1993 年 11 月 3 日所頒布之「關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見」列出法院在實踐中應考慮之情形及酌定撫養權之具體

原則，亦以有利於子女身心健康、保障子女之合法權益為出發點，再結合父母雙方的撫養能力與撫養條件等具體情況，此大致上與我國相同，惟其特別考慮不能生育和再婚有困難的父或母的合理要求，此於我國法並未明定，此外我國雖有考量子女意願，但大陸地區更明定 10 歲以上有識別能力的子女，皆應徵求其本人之意見。另外，我國明定法官得參酌社工人員之訪視報告，作為酌定親權之依據，此在中共婚姻法中並未明定，而主要仍由法官於判決過程中，聽憑當事人之陳述，以及法官依職權調查而加以決定。

最後針對我國與大陸地區對於離婚後父母權利義務之分配的相關規定，除了對親權的概念不同已如前述，其他規定，包括父母於離婚後對於子女之扶養義務，以及未取得親權行使之一方父母，對子女有行使會面交往之權利等，我國與大陸地區皆有相似之規定。

以離婚後對於子女之扶養費而言，中共婚姻法有較我國法更為詳盡之規定，我國法僅明文確認父母對於未成年子女之扶養義務，不因離婚而受影響（我國民法第 1116 條之二），而中共婚姻法除明文確認離婚後父母對於子女仍有撫養與教育之權利義務外（中共婚姻法第 36 條），更對於離婚後子女生活費和教育費的分擔方式、給付方法，甚至變更或是減免撫養費之事由為明文規定（中共婚姻法第 37 條）。再就會面交往權（探望權）之規定來說，我國法規定對未行使或負擔權利義務之一方，法院可依其請求或直接依職權，酌定該方父母與未成年子女會面交往之方式與期間（民法第 1055 條第 5 項前段）。由於條文未明定請求權人，依解釋，應可包括未任親權人之一方父母與未成年子女⁴¹。中共婚姻法則肯認離婚後，不直接撫養子女的父或母，有探望子女的權利，另一方則有協助的義務，至於行使探望權的方式、時間則由當事人協議，協議不成時，則由人民法院判決。又對於會面交往權之變更或中止探望權，在有妨害子女利益者，皆可由未成年子女、任親權之一方向法院提出聲請（民法第 1055 條第 5 項後段；中共婚姻法第 38 條）。

⁴¹ 林秀雄，我國親權法之現狀與課題，月旦法學雜誌，100 期，2003 年 9 月，頁 51。

二、程序法之規定

所謂程序法之規定，主要針對子女交付與交還與執行會面交往及扶養費之相關規定而言，亦即執行面的問題。以下分述之：

首先針對子女之交付與交還的問題，在大陸地區對於子女交付判決的執行，目前面臨「執行難」的問題，而必須建立對人執行制度。廣東省高級人民法院執行局綜合處處長同時也是法官的胡志超在其文中指出：對有關身份關係判決的執行，由於直接對人執行一直被嚴令禁止，目前只能按照最高法院《關於人民法院執行工作若干問題的規定（試行）》第 60 條之規定：「對於只能由被執行人完成的行為，經教育，被執行人仍拒不履行的，人民法院應當按照妨害執行行為的有關規定處理執行」。由於『教育』並不能都產生感動被執行人、使其自動履行的後果；而『按照妨害執行行為的規定處理』在部分學者看來根本就不是強制執行措施，當然也不能產生強制執行的後果，執行法院在『教育』和『按照妨害執行行為的有關規定處理』的措施用盡以後，往往有一種黔驢技窮的感覺，最終這類判決往往無法執行。而這類判決關係到親情和人倫，關係到家庭和諧和社會穩定，比財產爭議的解決更加重要，更需要有強而有力的執行方法保證及時實現判決內容。因此，必須突破不得對人執行的禁錮，允許在變更收養關係、撫養關係、監護關係等有關身份關係的判決中，由執行法院對指定的第三人的人身直接採取執行措施。

至於會面交往之執行部分，則依照中共婚姻法第 48 條與最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋一第 32 條之規定，對拒不執行有關探望子女判決的，由人民法院依法強制執行，有關個人和單位應負協助執行的責任。但執行方式僅指間接強制，即對不履行義務者採取拘留、罰款等強制措施，但不能對子女的人身、探望行為進行強制執行。

而我國在子女之交付與交還與會面交往之執行上，不但可以間接強制之方式，亦可以直接強制之方式請求負有義務之一方父母履行。由於依家事事件法第 186 條之規定，交付子女或會面交往得為強制執行名義，而依強制執行法第 128 條之

規定，不但可用息金之間接強制方式，亦得以直接強制方式，將該子女取交給債權人。此外家事事件法並針對交付子女究應採行間接強制或直接強制措施，明定須以符合子女最佳利益之方式決定之而羅列應審酌之事項，包括考量未成年子女之年齡、意思能力之有無以及其意願，以及執行之急迫性與實效性等（家事事件法第 194 條）。又於採行直接強制方式交付子女時，要求應先擬定執行計畫，於執行過程，宜妥為說明勸導，儘量採取平和手段，並注意未成年子女之身體、生命安全、人身自由與尊嚴。

最後，針對扶養費之執行，中共婚姻法於第 48 條中規定，對拒不執行有關扶養費判決，則由人民法院依法強制執行。有關個人和單位應負協助執行的責任。我國則於家事事件法中針對扶養費之執行，有暫免繳執行費用，或以定期或分期執行之方式，以及裁定強制金之規定等，促進債務人履行給付扶養費之義務。

三、我國與大陸地區相關規定對照表

		我國	大陸地區
離婚後 子女親 權之酌 定或改 定	酌定之 原則	<p>民法第 1055 條第一項前段</p> <p>1.原則上由夫妻協議決定：。對於未成年子女權利義務的行使與負擔，依協議由一方或雙方共同任之。</p> <p>民法第 1055 條第一項後段</p> <p>2.例外由法院依聲請或依職權酌定：。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。</p>	<p>中共婚姻法第 36 條第三項：</p> <p>將子女區分為哺乳期之內與哺乳期之後而異其親權酌定之方式：</p> <p>1. 哺乳期之內：以隨哺乳的母親撫養為原則</p> <p>2. 哺乳期之外：由夫妻協議決定，若雙方因撫養問題發生爭執不能達成協議時，則由人民法院依據子女的權益和雙方的具體情況判決。</p>
	親權之 改定/	<p>民法第 1055 條第二項</p> <p>1. 法院得依聲請或依職權</p>	<p>最高人民法院關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養</p>

<p>變更撫養關係</p>	<p>改定：</p> <p>夫妻之協議不利於子女者，法院得依主管機關、社福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。</p> <p><u>民法第 1055 條第三項</u></p> <p>2. 法院得依聲請改定：</p> <p>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。</p>	<p><u>問題的若干具體意見</u></p> <p>變更撫養關係有二種形式：</p> <p>1. 雙方協議變更：有利於子女身心健康和保障子女合法權益，法院應予支持。</p> <p>2. 一方要求變更：就他方有因疾病或傷殘無法撫養子女，或有不盡撫養義務或有虐待子女情事等事由，法院應予支持。</p>
<p>權利義務行使負擔之內容與方法</p>	<p><u>民法第 1055 條第四項：</u></p> <p>法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定行使親權之內容與方法：</p>	<p>未規定</p>
<p>子女最佳利益原則的判斷標準</p>	<p><u>民法第 1055 條之一：</u></p> <p>法院為親權酌定或改定之裁判時，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：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</p>	<p>最高人民法院於公元 1993 年 11 月 3 日所頒布之「<u>關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見</u>」中則有應考慮的情形及酌定撫養權之具體原則：</p> <p>以有利於子女身心健康、保障子女之合法權益為出發點，再結合父母雙方的撫養能力與</p>

		業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況；4. 父母保護教養子女之意願及態度；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。6. 父母一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為。7. 各族群之傳統習俗、文化及價值觀。	撫養條件等具體情況考量。
離婚後 離婚父 母對子 女權利 義務之 分配	親權行 使人之 權利義 務	<p>民法第 1084 條第二項： 父母對於未成年子女有保護教養之權利與義務，基於此一目的，對未成年子女進行人身與財產之管理，即為親權行使之具體內容。</p> <p>人身管理中有懲戒權（民 1085 條）、居所指定權（民 1060 條）、子女交還請求權，以及身為法定代理人對於身分行為之同意及代理權（民 1086 條一項）。</p> <p>財產管理中則有對特有財產之管理、使用、收益與處分權（民 1088 條），以及財產上之法定代理權與同意權（民 1086 條一項）。</p>	<p>中共婚姻法第 36 條： 離婚後，父母對於子女仍有撫養和教育的權利和義務。</p> <p>最高人民法院關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見： 當夫妻離婚後，未成年子女致人損害的，應由與該子女共同生活的一方先承擔民事責任。只有在與子女共同生活的一方無法獨立承擔民事責任時，才由未與子女共同生活的另一方共同承擔民事責任。</p>
	與子女 之會面 交往權 /探望	<p>民法第 1055 條第五項規定： 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</p>	<p>中共婚姻法第 38 條規定： 離婚後，不直接撫養子女的父或母，有探望子女的權利，另一方有協助的義務，行使探望</p>

	權	<p>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。</p>	<p>權利的方式、時間由當事人協議，協議不成時，由人民法院判決。父或母探望子女，不利於子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的權利；中止的事由消失後，應當恢復探望的權利。</p>
	扶養費之給付	<p>民法第 1116 條之二： 父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。</p>	<p>中共婚姻法第 36、37 條： 離婚後，父母對於子女仍有撫養和教育的權利和義務。 離婚後，一方撫養的子女，另一方應負擔必要的生活費與教育費的一部或全部，負擔費用的多少和期限的長短，由雙方協議；協議不成時，由人民法院判決。關於子女生活費和教育費的協議或判決，不妨礙子女在必要時向父母任何一方提出超過協議或判決原定數額的合理要求。</p>
子女交付交還與執行/會面交往及扶養費之相關規定	執行	<p>家事事件法第 186 條： 關於依家事事件法作成之調解、和解及本案裁判，得為強制執行名義。 家事事件之強制執程序，除法律別有規定外，準用強制執行法之規定。</p>	<p>中共婚姻法第 48 條規定： 對拒不執行有關扶養費、撫養費、贍養費、財產分割、遺產繼承、探望子女等判決或裁定的，由人民法院依法強制執行。有關個人和單位應負協助執行的責任。</p>
	履行確保	<p>家事事件法第 187 條： 債權人可於執行名義成立</p>	未規定

	<p>後，亦得聲請法院調查債務人義務之履行狀況，並勸告債務人自發性履行債務之全部或一部。</p> <p>同法第 188 條參酌實務需求，法院為履行勸告時得囑託其他法院、機關、機構、團體或其他適當人員共同協助處理。</p>	
子女交付與交還（包含會面交往權之執行）	<p><u>強制執行法第 128 條</u>：</p> <p>課以怠金之間接強制或將子女取交債權人之直接強制</p> <p><u>家事事件法第 194 條</u>：</p> <p>採擇符合子女最佳利益之執行方式審酌之因素</p> <p><u>家事事件法第 195 條</u>：</p> <p>直接強制方式交付子女時宜注意之事項。</p>	<p><u>關於人民法院執行工作若干問題的規定（試行）第 60 條</u>：</p> <p>對於只能由被執行人完成的行為，經教育，被執行人仍拒不履行的，人民法院應當按照妨害執行行為的有關規定處理執行。</p> <p><u>最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋一第 32 條之規定</u>：</p> <p>婚姻法第 48 條關於對拒不執行有關探望子女等判決和裁定的，由人民法院依法強制執行的規定，是指對拒不履行協助另一方行使探望權的有關個人和單位採取拘留、罰款等強制措施，不能對子女的人身、探望行為進行強制執行。</p>
扶養費之執行	<p><u>家事事件法第 189、190 條</u>：</p> <p>扶養費執行之費用與定期分期執行之規定</p>	<p><u>中共婚姻法第 48 條規定</u>：</p> <p>對拒不執行有關扶養費、撫養費、贍養費、財產分割、遺產</p>

		<p>家事事件法第 191、192 條： 間接強制措施，即強制金之規定</p> <p>家事事件法第 193 條： 針對未成年子女之特殊規定</p>	<p>繼承、探望子女等判決或裁定的，由人民法院依法強制執行。有關個人和單位應負協助執行的責任。</p>
--	--	---	---

伍、兩岸跨境婚姻特殊性之實務面觀察

一、親權酌定與會面交往權之行使

依照兩岸人民關係條例第 57 條之規定，台灣地區與大陸地區人民間，有關父母與子女間之相關法律關係，依子女設籍地區之規定。因此當兩岸跨境婚姻破裂之後，關於其共同所生之子女親權之酌定與會面交往權之行使，甚或扶養費之給付，則端視該子女究設籍於台灣亦或大陸地區而適用我國法或大陸地區之規定。

本研究計劃乃就兩岸跨境婚姻解消後，對於共同所生之子女應由何方父母取得親權？以及會面交往權是否有酌定可能？又如何行使？進行研究。因此先就兩岸的相關實務判決加以分析如下：

（一）在我國所作成之判決

為探究我國法院針對兩岸婚姻中關於未成年子女親權行使之紛爭，通常是如何進行調查證據以及言詞辯論之程序。本文係以「親權&大陸」作為關鍵字，於法源法律網中檢索我國各級法院之相關裁判，作為觀察分析之對象。扣除與本文所欲探討之問題無關之裁判，共計 110 件⁴²。

針對此 110 件裁判，本文以法院酌定之親權行使人作為標準，區分為「台籍

⁴² 最後查詢日：2014.02.10；最近一篇判決作成之日期為 102 年 4 月 3 日。

配偶行使負擔未成年子女親權」、「陸籍配偶行使負擔未成年子女親權」、「父母共同行使負擔未成年子女親權」三類。關於各級法院裁判件數之統計，詳參附表一。其中，「台籍配偶行使負擔未成年子女親權」之裁判件數共計 67 件，約占 60.9%；「陸籍配偶行使負擔未成年子女親權」之裁判件數共計 28 件，約占 25.5%；「父母共同行使負擔未成年子女親權」之裁判件數共計 14 件，約占 12.7%。由此可知，我國法院於兩岸婚姻糾紛中，酌定由台籍配偶行使負擔未成年子女親權之裁判件數仍占絕大多數。但關於裁判件數之統計，仍有兩點應予說明：

第一，臺灣高等法院臺南分院 101 年度家上字第 63 號判決中，法院針對兩名未成年子女，分別酌定由父（台籍）、母（陸籍）行使負擔親權。故本文針對同件判決，分別計入「台籍配偶行使負擔未成年子女親權」及「陸籍配偶行使負擔未成年子女親權」中。第二，臺灣新竹地方法院 101 年度婚字第 119 號判決，及同院 101 年度婚字第 72 號判決中，法院以系爭個案中，未成年子女已遭陸籍配偶攜至大陸，無法判定應由父母之何方行使負擔親權始最符合未成年子女之最大利益為由，不予酌定。故本文針對此二判決，並未歸類於上揭三種分類中。據此，雖然裁判件數共計 110 件，但於各分類中之裁判件數總和則為 109 件，併此敘明。

又，關於兩岸婚姻中未成年子女親權行使負擔之紛爭，此種事件類型之特徵在於配偶之一方具中國大陸籍。然而，若陸籍配偶已取得在台之居留證，亦未返回中國大陸，此時，與台籍配偶間因婚姻糾紛而衍生定未成年子女親權行使負擔之紛爭之間，並無太大之差異，無法凸顯此種紛爭類型之特徵。發生爭議者，毋寧是陸配將未成年子女攜回大陸，或是陸籍配偶已返回大陸拒絕返台之案型。也只有在此案型中，更能觀察我國法院如何進行調查證據程序、如何落實對於程序主體聽審權之保障⁴³，以及如何定未成年子女親權行使負擔之人並兼顧他方之會

⁴³ 非訟程序雖非必要行言詞辯論程序，但通說皆肯認非訟程序中之當事人之聽審權仍應受到保障，參姜世明（2011），《非訟事件法新論》，一版，頁 38-46，台北：新學林。因此，非訟事件法

面交往權。對此，本研究先依據上開三種分類，將我國法院關於兩岸婚姻間未成年子女親權行使負擔之爭議之裁判，唯一通盤之觀察與整理。次則，本文會將原因事實中，「陸籍配偶將未成年子女攜至大陸」以及「陸籍配偶已返回大陸」之裁判特別提出，進一步加以分析討論。

以下，即先以前述之三種分類，分述之：

1. 台籍配偶行使負擔未成年子女親權（參附表二-（一））

於兩岸婚姻紛爭中，法院酌定由台籍配偶行使負擔未成年子女親權之裁判共 67 件。

關於陸籍配偶之居住狀況，67 件中，共 8 件陸配已定居台灣⁴⁴；4 件若陸配未取得未成年子女之監護權將遭遣返回中國大陸⁴⁵；9 件陸配不知去向⁴⁶；46 件陸配已返回中國大陸。

其中，陸配已定居於台灣之 8 件判決，以及若陸配未取得未成年子女之監護權將遭遣返回中國大陸之 4 件裁判，除編號[51]之判決係父（台籍配偶）未到庭而行一造辯論判決外，其餘皆經雙方當事人言詞辯論或已賦予相對人陳述意見之機會。然而，於陸配不知去向，或已返回中國大陸而拒絕返台之裁判中（共 55 件），除附表二-（一）（以下同）編號[55]之裁定，妻（陸配）仍有以書

第 32 條：「法院為調查事實，得命關係人或法定代理人本人到庭。」雖僅規定「得」，但參諸舊民事訴訟法第 572-1 條第 2 項：「於撤銷或離婚之訴中，法院依職權定對於未成年子女之權利義務行使負擔之內容或方法前，應使當事人有陳述意見之機會。」；非訟事件法第 30-3 條：「因程序之結果而法律上利害受影響之人，法院認為必要時，得依職權通知參與程序。」以及家事事件法第 106 條：「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、請其進行訪視或調查，並提出報告及建議。法院斟酌前項調查報告為裁判前，應使關係人有陳述意見之機會。但其內容涉及隱私或有不適當之情形者，不在此限。」之規定可知，至少於法院酌定未成年子女親權之行使負擔之事件中，不論聲請人或相對人，法院皆應保障其陳述意見之聽審權。

⁴⁴ 附表二-（一）編號[1]、[2]、[4]、[5]、[14]、[40]、[44]、[51]之裁判。

⁴⁵ 附表二-（一）編號[3]、[9]、[16]、[17]之裁判。

⁴⁶ 附表二-（一）編號[7]、[15]、[19]、[30]、[31]、[48]、[61]、[62]、[63]之裁判。

面陳述意見外，其餘各件皆僅台籍配偶一造到庭陳述，或為一造辯論判決，從裁判中亦未能看出法院如何通知陸籍配偶到庭陳述意見或辯論。此外，於此情形下，社福機構之訪視報告中，通常皆無關於陸配之訪視紀錄。

又，於此 67 件裁判中，編號[13]號判決，以及編號[47]號裁定之案件事實中，未成年子女皆遭陸籍配偶攜至中國大陸。然法院似未慮及此事實，僅泛稱為未成年子女之最佳利益，仍酌定由台籍配偶行使負擔對未成年子女之親權，並且未於裁判中說明嗣後應如何為強制執行，值得注意。

另，若陸配未取得未成年子女之監護權將遭遣返回中國大陸之 4 件裁判中，法院皆肯認陸籍配偶仍享有會面交往權，並定有會面交往之方式。至於陸配如何實現其會面交往權，編號[16]、[17]並未提及。但編號[3]之判決，法院認為陸配得依大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 20 條第 1 項第 1 款之規定，申請進入臺灣地區探親。縱依同辦法第 15 條、第 17 條⁴⁷大陸地區人民須覓得台灣地區一人為保證人並提出申請書，然「…實務上大陸地區人民申請來臺探親生子女，被探人為無行為能力或限制行為能力者，可由其在臺之法定代理人代為送件申請並擔任保證人，如確實無法依上開規定提出申請，當事人可委託旅行業者或移民業務機構代為提出申請，並委請其從業人員擔任保證人。有內政部入出國及移民署 99 年 11 月 10 日移署出停堯字第 0990159796 號函可憑」，因而駁回陸配之上訴。編號[9]之裁定亦同此見解。由此可知，法院認為陸配縱遭遣返，仍可依大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法之相關規定⁴⁸申請入台探親，並無會面交往權因此不能實現之問題。

⁴⁷ 大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 17 條規定：「大陸地區人民申請進入臺灣地區，除其他法規另有規定外，應依下列順序覓得台灣地區人民一人為保證人：一、配偶或直系血親。二、有能力保證之三親等內親屬。三、有正當職業之公民，其保證對象每年不得超過五人。」。該保證人依同辦法第 18 條並應負保證責任。因此，若陸籍配偶於台灣地區之親屬僅未成年子女，其因不具完全行為能力因而不得為保證人。若未成年子女之法定代理人不肯代為申請送件並擔任保證人，將使陸配來台探視未成年子女之困難度大增。

⁴⁸ 大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 20 條第 1 項第 3 款已修正為：「但其為台灣地區人民之父母，停留期間為一至三個月，並得申請延期，每次延期不得逾三個月，每年在台停留期間不得逾六個月。」，較之前之規定更為放寬。但同辦法第 15 條、17 條關於保證人及申請書之規定則

關於會面交往之方式，若陸籍配偶行蹤不明，或已返回大陸拒絕回台者，法院通常未定會面交往之方式。編號[33]之判決中雖定有會面交往之方式，亦僅於主文中泛稱「被告得於不妨礙上開未成年子女及原告生活作息之情形下，隨時對上開未成年子女為會面交往。」⁴⁹。但近來，若配偶一方未到庭陳述意見或辯論，常見法院於裁判中表示應由雙方當事人先行協議會面交往之方式，待協議不成時，再聲請由法院酌定之，如編號[43]、[45]等裁判⁵⁰。其他關於會面交往方式之裁判，如編號[9]之裁定，陸配將被遣返回中國大陸，法院肯認陸配仍享有會面交往權，但特別於會面交往之方式中註明：「聲請人（按：陸配）未經相對人同意，不得將徐○邑帶離台灣。」。編號[55]之裁定中，陸配已返回大陸，並同意改由未成年子女之祖父行使負擔親權，但希望保有探視權。法院於會面交往之方式中亦附有不得將未成年子女攜帶出境之限制：「相對人得於未成年人吳○成每年寒暑假期間（寒假 10 日、暑假 20 日），前往吳○成居住處所，與吳○成會面、偕同出遊，並得接吳○成外出同宿，但不得將吳○成攜出國外(含大陸地區)。」。由此可見，為避免未取得親權之陸配，利用會面交往之機會將未成年子女攜至大陸，使他方無法行使親權，法院傾向於限制陸配會面交往之方式。然觀諸編號[60]之判決，陸配亦已返回大陸，但法院認為「…（二）在未成年子女程○軒滿 14 歲以後：…2.上開會面交往期間，被告得前來臺灣至未成年子女所在處所探視，並得偕同未成年子女外出同遊及同宿；在尊重子女意願下，亦得由原告攜同未成年子女前往大陸地區與被告會面交往，在大陸地區之期間，被告如欲攜同未成年子女外出同遊及同宿應由原告陪同。…」，不僅會面交往之方式較具彈性，並且於未成年子女 14 歲以後適度尊重其意願，甚值參考。

2. 陸籍配偶行使負擔未成年子女親權（參附表二-（二））

於兩岸婚姻紛爭中，法院酌定由陸籍配偶行使負擔未成年子女親權之裁

未變更。

⁴⁹ 另尚有附表二-（一）編號[7]、[48]、[55]之裁判。

⁵⁰ 其他如附表二-（一）編號[56]~[59]、[61]~[64]、[66]、[67]之裁判。

判共 28 件。

關於陸籍配偶之居住狀況，28 件中，1 件若陸配未取得未成年子女之監護權將遭遣返回中國大陸⁵¹；3 件陸配已返回中國大陸⁵²；其餘 24 件陸籍配偶已定居台灣。由此可見，當陸籍配偶已定居台灣時，法院較願意定由陸籍配偶行使負擔對未成年子女之親權⁵³。

上開 3 件陸配已返回大陸之裁判中，陸配亦同時將未成年子女攜至大陸。附表二-（二）（以下同）編號[15]、[16]之裁判中，法院並未酌定台籍配偶之會面交往方式。編號[3]之判決亦僅於主文記載「原告得隨時前往大陸與未成年子女吳○玄會面交往。」，而未進一步說明之後履行之方式。此外，上開三件中，法院委託社福機構所為之訪視報告，僅有台籍配偶之訪視紀錄，程序中亦僅台籍配偶一造到庭陳述或辯論。因此，此 3 件裁判酌定由陸配行使負擔親權，毋寧是礙於現實之結果。

此外，值得注意的是，即便法院酌定由陸籍配偶行使負擔未成年子女之親權，亦可見到某些法院會於裁判中註明陸配非經他方之同意不得將未成年子女攜帶出境，以免妨礙他方會面交往權之行使。如編號[4]、[5]、[9]之裁判。

3. 父母共同行使負擔未成年子女親權（參附表二-（三））

於兩岸婚姻紛爭中，法院酌定由父母雙方共同行使負擔未成年子女親權之裁判共 14 件。

關於陸籍配偶之居住狀況，14 件中，2 件若陸配未取得未成年子女之監護權將遭遣返回中國大陸⁵⁴；4 件陸配已返回中國大陸⁵⁵；其餘 8 件陸籍配偶已定居台

⁵¹ 附表二-（二）編號[8]之裁定。

⁵² 附表二-（二）編號[3]、[15]、[16]之裁判。

⁵³ 相較於法院定由台籍配偶行使負擔未成年子女親權之情形，其中僅 8 件陸配已定居台灣。

⁵⁴ 附表二-（三）編號[6]、[8]之裁定。

⁵⁵ 附表二-（三）編號[7]、[9]、[10]、[14]之裁判。

灣。其中，附表二-（三）（以下同）編號[8]之判決，陸配若未取得對未成年子女之親權，將被遣返回大陸，法院於判決中表示：「被告係大陸地區人民，目前尚未取得我國之居留權，如未能與原告共同行使未成年子女之親權，將無法在我國境內繼續居住，則其縱有會面、交往權利，現實上亦無從行使實現，未成年子女於成長過程中將失去獲得親生母親陪伴、關懷之機會，對未成年子女殊屬不利。」於相同之情況下，未曾見法院為類似之決定，值得注意。

又，陸配已返回中國大陸之4件判決中，同時亦將未成年子女一併帶回大陸。於此4件判決中，法院皆行一造辯論判決，委託社福機構所為之訪視報告中，亦無關於陸配或是未成年子女之訪視紀錄，然法院仍酌定由父母雙方共同行使負擔對未成年子女之親權。其理由不一而足：編號[7]判決認為「…本院審酌被告攜子出走，仍有心照顧子女，無其他證據足認其對子女不利，又聲請人本身生活情況不佳，佐以前揭訪視報告之內容，斟酌子女梁○○之最佳利益，為梁○燁提供安全、關愛之生活教養環境，認先由兩造共同監護為適當，待日後被告及子女返台後再行斟酌兩造生活狀況決定。」。編號[9]判決：「考量兩造所生長子自出生後未久即遭被告帶回大陸，主要照顧者均為被告，雖被告拒絕偕同長子返台，確屬不當，然長子現與被告同住大陸地區，原告尋覓多時未獲，實際上原告無法行使其親權，原告復未能舉證子女目前未受正常照顧，變更現況由原告單獨監護亦非妥適。…在未成年長子權利義務之行使或負擔，由兩造共同任之之情形下，長子較有機會返回臺灣，並得藉此與原告互動，同時受到大陸與台灣地區之文化影響，以培養其多元之人格成長等情，認兩造未成年長子權利義務之行使或負擔，以由兩造共同任之，較符合子女最佳利益。」⁵⁶。編號[14]判決：「本院參考上開訪視調查報告，認原告乙○○（按：台籍配偶即夫）並無不適任未成年子女林○儀監護情事，兼酌林○儀業經被告甲○○（按：陸籍配偶即妻）攜回大陸地區，現與被告同住，受被告之照顧，被告為林○儀目前之主要照顧者，復衡以林○儀為女

⁵⁶ 附表二-（三）編號[10]類似。

性，且年僅二歲，尚屬稚齡，依主要照顧者及幼女隨母原則，不宜驟然改變其目前生長及居住環境，因認對於未成年子女林○儀權利義務之行使或負擔，應由兩造共同任之，始符合該未成年子女之最佳利益。」。但皆未見進一步說明台籍配偶應如何共同行使負擔對未成年子女之親權。

另外較特別的是編號[12]之裁定。其原因事實為，陸配原攜帶二未成年子女返回大陸，後考量台灣學習狀況較佳先將長女帶回台灣，但次女仍留在大陸。陸配聲請法院將兩名未成年子女皆酌由其行使負擔親權。法院曾多次發函請聲請人將次女帶回台灣，以便社福機構進行訪視，但皆未果。法院最後認為：「未成年人陳○君依本院職權囑託社福機關多次前往訪視未果，另未成年人陳○如現居大陸，經本院發函通知聲請人將其帶回臺灣以利訪視亦未獲聲請人回覆，本院無從得知未成年人陳○君、陳○如與兩造間相處之情形及真實意願為何。又聲請人復未能提出其他證據證明相對人有不適宜監護未成年子女之情況，…認對兩造之未成年子女陳○君、陳○如權利義務之行使負擔仍兩造共同任之，並無不利子女身心的成長」，因而駁回聲請人之聲請。

以上是依照法院酌定之親權行使人為誰作為分類標準，分別說明。接著，本文將特別針對二種案件類型為整合之觀察：（一）針對未成年子女遭陸配攜至大陸之情形（參附表（三））。（二）針對陸籍配偶已返回大陸之情形（參附表（四））。

首先，「未成年子女遭陸配攜至大陸」之情形，於 110 件裁判中，共 10 件，占 10%。其中，2 件法院酌由台籍配偶行使負擔親權；3 件法院酌由陸籍配偶行使負擔親權；5 件法院酌由父母雙方共同行使負擔親權⁵⁷。不論法院酌由何方行使負擔親權，首須面臨之問題，即他方配偶是否享有會面交往之方式？若有，應如何行使之？其中，酌由台籍配偶行使負擔親權之裁判中，法院似皆未慮及未成年子女身處大陸之現況，故將來執行時可能發生問題。酌由陸籍配偶行使負擔親權之裁判中，附表二-（二）編號[3]之判決，法院僅於主文記載「原告（按：台籍

⁵⁷ 詳參附表三之整理。

配偶)得隨時前往大陸與未成年子女吳○玄會面交往。」,而未進一步說明會面交往之方式。附表二-(二)編號[15]、[16]之裁判則根本未宣告台籍配偶之會面交往權,裁判中亦未見台籍配偶有何不適用於行使親權之事實(如家暴等),如此之裁判結果是否妥適,值得注意。至於法院酌由父母雙方共同行使負擔親權之裁判,亦具有同樣之問題,本文不再贅述。

再者,「陸籍配偶已返回大陸」之情形,於110件裁判中,共62件,約占56.4%。其中54件法院酌由台籍配偶行使負擔親權;3件法院酌由陸籍配偶行使負擔親權;4件法院酌由父母雙方共同行使負擔親權⁵⁸。於此情形中,除附表二-(一)編號[55]之裁定,陸配有以書面陳述意見外,其餘皆僅台籍配偶一造到庭陳述,或行一造辯論判決。法院委由社福機構所為之訪視報告中,亦皆無對於陸配之訪視紀錄。由此可知,於此種情形下如何保障陸配之聽審權,為值得重視之問題。此外,於法院酌由台籍配偶行使負擔親權之裁判中,僅4件法院酌定陸配具會面交往權⁵⁹;13件法院認為應由當事人先行協議⁶⁰;其餘35件則未酌定。是否是礙於現實上無聯繫陸籍配偶之管道,致陸配應享有之會面交往權無從實現,亦值探究。

最後應附帶敘明者係,我國法院在此種跨境婚姻之判決中,究係如何選擇準據法?按台灣地區與大陸地區人民關係條例第53條規定:「夫妻之一方為臺灣地區人民,一方為大陸地區人民者,其結婚或離婚之效力,依臺灣地區之法律。」;第57條規定:「父母之一方為臺灣地區人民,一方為大陸地區人民者,其與子女間之法律關係,依子女設籍地區之規定。」

我國法院於跨境婚姻糾紛中關於未成年子女親權之酌定中,選擇準據法之依據究為兩岸人民關係條例第53條抑或第57條,如果觀察我國法院上開相關裁判,可發現以下之結果:110件裁判中,共22件裁判有援引其選擇準據法之依據。

⁵⁸ 詳參附表四之整理。

⁵⁹ 附表二-(一)編號[7]、[33]、[48]、[55]之裁判。

⁶⁰ 附表二-(一)編號[43]、[45]、[56]~[64]、[66]、[67]之裁判。

其中共 11 件援引第 53 條；共 6 件援引第 57 條；5 件則同時援引第 53 條、第 57 條為依據。其餘則未曾提及準據法選擇之依據。

（二）在大陸地區所作成之判決

為探究大陸地區法院針對台陸配偶離婚案件中，未成年子女權利義務行使及負擔如何酌定，本研究以撫養、台灣、離婚等為關鍵字，於律商網及萬律中國法律資料庫及中國各地法院網站交叉搜尋，初步共查得 44 件相關判決。

此 44 件判決，案件事實皆為陸籍配偶（多為妻方）為原告，向台籍配偶（多為夫方）提起離婚及爭取子女撫養權之訴訟，惟有 4 件係雙方已離婚，後始提出爭取或變更撫養權之訴訟⁶¹。

本文以法院將撫養權判予何方作為標準，區分「由台籍配偶取得撫養權」及「由陸籍配偶取得撫養權」二類，44 件判決中有 39 件係由陸籍配偶取得撫養權，僅 4 件由台籍配偶取得⁶²，其中一件由判決內之事實，無法斷定取得撫養權者之籍貫⁶³，以下就此二種分類分述之：

1. 由陸籍配偶取得撫養權

法院裁定由陸籍配偶取得撫養權之案件共 39 件。此 39 件判決中，有 3 件從判決事實中無法推知子女所在地⁶⁴，其餘 35 件裁判時子女皆在大陸地區，較為特別的是（2007）虹民一（民）初字第 1131 號判決⁶⁵，子女原與陸籍原告（妻）居於上海，台籍被告在未告知原告之情形下，擅將子女帶至台灣，原告向法院請求離婚及子女之撫養權，雖然子女所在地為台灣，惟該法院認：「至於雙方爭議的孩子撫養問題，被告在未告知原告的情況下，擅自將孩子帶離住所，有所不妥，考慮孩子尚小，原告又系高齡產婦，且原告現撫養條件尚好，從有利於孩子成長

⁶¹ 參附表五/六編號[39]、[41]、[42]、[44]判決

⁶² 參附表五/六編號[2]、[7]、[9]、[18]判決

⁶³ 參附表五/六編號[39]判決

⁶⁴ 參附表五/六編號[19]、[21]、[25]判決

⁶⁵ 參附表五/六編號[34]判決

角度考慮，孩子可隨原告共同生活。」將撫養權判予陸籍原告，惟該判決並未進一步討論子女在台灣如何交付予陸籍原告之問題。

由陸籍配偶取得撫養權之案件中，有 29 件台籍被告並未出庭答辯，(2011)徐民一(民)初字第 5821 號⁶⁶，雖原被告有婚前協議，約定離婚後子女應隨台籍被告共同生活，惟該法院以「關於子女撫養問題，原告認為，孩子應隨原告共同生活，理由是孩子尚年幼，被告現被關押失去人身自由，無法照顧年幼孩子，且自被告判刑後，孩子一直和原告共同生活；被告認為不應以服刑來判斷被告不是稱職父親，被告父母有良好條件照顧孩子，兒子由被告撫養更合適，且雙方在婚前曾有協議，約定在婚姻關係解除時，若法律對子女撫養權歸屬於女方沒有明確規定的，雙方所生子女的撫養權歸男方擁有。對此，本院認為雙方雖在婚前簽訂了關於子女撫養問題的婚前協議，但考慮到被告目前在服刑期間，且刑期較長等實際情況，及原、被告所生之子自 2009 年起一直與原告共同生活，孩子尚年幼，所以由原告撫養照顧更有利於孩子的成長。」為由，仍將撫養權判予陸籍原告。

2. 由台籍配偶取得撫養權

由台籍配偶取得撫養權之案件僅有 4 件，判決之時子女所在地皆為台灣，其中 2 件陸籍配偶主張其返回大陸係因台籍配偶有施暴行為⁶⁷。(2011)潭民一初字第 350 號判決，陸籍原告向法院請求離婚，法院判准原告之請求，惟在撫養權之部分，雖台籍被告並未出庭答辯，該院仍以「婚生小孩朱○銘已獲得台灣戶籍，且在台灣生活，由被告撫養為宜，原告對小孩應適當承擔撫養費並享有探望權。」判由台籍被告取得撫養權，原告則須負擔撫養費用及享有探望權。

於系爭 44 件判決中，僅 5 個判決中有提到探望之權利⁶⁸，法院多以「根據我國婚姻法規定，父母與子女間的關係，不因父母離婚而消除；離婚後，一方撫養子女的，另一方應負擔必要的生活費和教育費的一部或全部；不直接撫養子女的父或母，有探望子女的權利，另一方有協助的義務。」為由，判決未獲得撫養權

⁶⁶ 參附表五/六編號[10]判決

⁶⁷ 參附表五/六編號[9]、[18]判決

⁶⁸ 參附表五/六編號[7]、[20]、[33]、[37]、[44]判決

之一方，有享有探望子女的權利。(2008)滬一中民一(民)終字第1911號判決判未獲撫養權之一方一年一次探視子女之權利；(2010)滬民初字第576號判決、(2008)大法民初字第655號判決及(2012)大民初字第518號判決雖提到被告有探望看望的權利，惟未進一步論述探望的次數、時間等細節；(2009)長少民初字第25號針對探望權利之部分，則言「可依法另行解決」。

值得注意的是，中國大陸法院在酌定子女撫養權歸屬時，亦有使用類似於台灣設訪視報告之制度，稱為社會觀護制度，此制度以往多用於少年刑事案件，直至近年始運用於民事子女撫養權、監護權、探視權之相關案件，北京門溝頭法院於2013年首次在一變更未成年人撫養權案件中採用社會觀護制度，由一退休之英文教師及一司法社工擔任社會觀護員，社會觀護員實際接觸該案未成年人，及前往雙方當事人及未成年人生活處所等相關單位進行了解後，向法院提交觀護報告，協助法院酌定撫養權；上海長寧法院於2011年開始，於民事案件審理中採用社會觀護制度，該法院與區婦聯、上海市陽光社會青少年事務中心長寧工作站一同制定了《未成年人民事審判社會觀護工作規程》，2011年9月至2013年5月，統計數字顯示長寧法院少年庭對未成年人民事案件，使用社會觀護者共57件，其中撫養費20件，離婚15件，變更撫養關係11件，探望權4件，人身權、生命權、健康權5件，同居關係子女撫養2件⁶⁹。

(2012)長少民初字第141號判決⁷⁰，即為法院使用社會觀護制度之例，夫為台籍配偶，妻為陸籍配偶，二人婚姻期間生一兒一女，2008雙方離婚，約定女兒隨台籍配偶，兒子隨陸籍配偶生活，2012年，女兒經法院變更由陸籍配偶撫養，台籍配偶認應一人撫養一子女方為公平，遂提起訴訟，請求兒子之撫養權，於審理過程中，該法院委託上海市陽光社區青少年事務中心長寧站進行社會觀護，其觀護員表示，本案原被告之兒子一直隨被告共同生活，台籍原告較少探望，原

⁶⁹ 相關新聞見 http://www.changning.sh.cn/art/2013/7/23/art_2571_235137.html

(最後瀏覽日：02/17/2014)

⁷⁰ 參附表五/六編號[42]判決

被告間就教養方式也有分歧，法院參酌觀護報告以及整體情形，判決原被告之兒子仍由陸籍被告撫養。類似之判決如（2011）普少民初字第 75 號關於變更撫養權、（2012）長少民初字第 17 號探望權糾紛、（2011）閩少民初字第 139 號探望權糾紛、（2012）長少民初字第 83 號變更撫養權、（2012）長少民初字第 101 號撫養費糾紛、（2013）滬二中少民終字第 31 號變更撫養權之判決等，上述六個判決兩造當事人皆為陸籍，法院委由上海市陽光社區青少年事務中心指派社工或其他專業人員擔任觀護員，對兩造及子女進行社會調查，調查員會深入兩造及子女的生活，針對當事人的生活進行了解以及評估，後將觀察所得製作報告提交法院，法院據此作為審酌撫養權、探望權之裁判依據，社會觀護調查報告，與我國涉及未成年人親權、監護權相關之案件，法院裁判依據之一的社工訪視報告相當類似，均係由法院以外之專業人士，對當事人，尤其係未成年子女之狀況進行了解，並依據其專業製作報告供法院參酌。中國大陸專家學者亦曾表示，現行有幾個法院試點辦理社會觀護，惟並無法律規定所有法院均須使用，觀護報告亦僅供法院作為參考。

二、兩岸對於拐帶子女之評價與因應

在分析我國與大陸地區的相關判決中，可以發現法院在判定子女親權應歸屬於台籍配偶或陸籍配偶中，判斷的重要標準之一，在於該未成年子女實際在台灣或大陸地區生活。首先觀察我國作成的判決顯示，若未成年子女已被陸籍配偶帶往大陸地區，則我國法院多以訪視報告無法作成，主要照顧者為陸籍配偶，若酌定由台籍配偶單獨行使親權，則對未成年子女未必有利，而多以共同行使親權處理。然而此一結果，對於台籍配偶而言，其結果等於實際判決由陸籍配偶單獨行使親權，而未能解決父母之間對子女親權所生之紛爭。而未成年子女若在台灣，而陸籍配偶已回大陸地區時，則多半會將親權判給台籍配偶，又因多為一造辯論判決，亦無規定會面交往權之必要，甚至即使台籍配偶對未成年子女亦非適當之親權人，在有其他家庭成員可照顧該子女時，則亦判給台籍配偶。再觀察大陸地

區所作成之判決亦然，在未成年子女由陸籍配偶撫養者，亦以子女利益為由，將撫養權利判給陸籍配偶，台籍配偶則應負撫養費，但若未成年子女已被帶回台灣者，則通常亦由台籍配偶取得撫養權。此一結果足見，未成年子女在何地，實為影響親權判給何方父母的關鍵性因素，因此若一方父母在未徵得他方父母之同意下，即將子女帶往母國時，的確在實質上會造成侵害他方父母行使親權之結果，而應有防範之措施。

針對此一問題，於 1980 年所通過的海牙子女誘綁公約，即在處理此一問題，為防止父母一方在未經他方父母同意，將未成年子女帶離其已熟悉的生長地方，故要求父母一方有此不法行為者，他方父母即可提出聲請，則當地法院即有義務將該子女儘速送回原生長地。此一公約之目的在於以子女利益出發，透過此一程序上之規定，以確保內國實體法上之實踐，使法院不論在酌定親權或會面交往權上，能有機會以子女最佳利益作為裁判之依據。

惟海牙子女誘綁公約僅拘束締約國，而我國與中國大陸皆未簽署該公約，自無受該公約之拘束，而就此一問題之解決，必須思考兩岸合作之方案。目前我國在此一問題上之處理，有提供刑法上之解決之道，至於民事上則付之闕如，有待討論，以下分述我國與大陸地區對此在刑法上之規定與裁判情形。

（一）我國法與相關裁判

1. 刑法略誘罪的構成

依照刑法第 241 條之規定，略誘未滿 20 歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處一年以上七年以下有期徒刑。和誘未滿 16 歲之男女，以略誘論。此一罪名乃處罰使人脫離家庭或其他有監督權之人者，所保護之法益在於家庭或其他有監督權之人的監督權⁷¹。然而就此罪之主體是否尚包括未成年子女之父母一方，於婚姻解消後，對子女親權之行使有爭議，卻在親權尚未經法院酌定前，

⁷¹ 林山田，刑法各罪論（下）。五版，2005 年 9 月，頁 513-514。

逕行將子女脫離他方父母之監督保護，而置於自己之實力支配下，尚有進一步討論的必要。換言之，刑法第 241 條之規定，究竟在處理父母以外之第三人對於子女所進行之略誘行為，亦或包括父母本身在內，只要其侵害他方之親權行使，即構成本罪。對此，學說與實務有不同看法，有持否定見解，認為對於被誘人有監督權之家庭成員或其他有監督權之人，原則上不得為本罪之行為主體，此見 19 年度上字第 1971 號判例可見，其認為犯罪主體，必限於本無親權或監護權等之人，因此童養媳被其父母帶走，並不因此構成略誘罪。有持肯定見解，依 21 年度上字第 1504 號判例，未成年之子女，其父母在法律上均享有親權，不得由任何一方之意思而有所侵害，以父或母一方之不法行為，使脫離他方親權時，仍應負刑事上相當罪責。就此見解，亦有學者支持，其認為，監督權的行使，必須確保未成年子女處於能受其保護監督之狀態，若未成年子女現實上處於受一方保護監督的狀態，則不應容許在無正當理由或特殊事由的情況下侵害此種狀態。否則今後父母雙方於離婚前任意相爭，令未成年子女經常陷於不安定之生活環境中，對未成年人之利益絕非善事。此外，就親權之性質已偏向父母對未成年子女之義務，而非權利，因此若親權人違反其義務，對未成年人之自由與安全有所侵害時，自不妨害其成為本罪之行為主體，故在刑法 241 條之適用上，不宜將構成要件層次即一律將親權人或其他有監督權人排除在外⁷²。

是以，其後在我國實務上亦多採 21 年度上字第 1504 號判例之見解，而肯認父母之一方拐帶子女者，有構成刑法第 241 條略誘罪之可能。

2. 我國相關裁判

本計畫以裁判案由為妨害家庭，於法源法律網資料庫及司法院判決系統進行搜尋，共查得相關案件 4 件。

臺灣板橋地方法院 99 年度訴字第 2259 號判決，事實為陸籍配偶（夫），平

⁷² 謝如媛，父母之一方爭奪小孩的行為是否成立略誘罪？月旦法學雜誌 140 期，2007 年 1 月。頁 210-212。

日即未與台籍配偶（妻）同住，偶爾前往探視，後竟未得台籍配偶之同意，擅將二人所生之女（年僅 2 個月）攜往大陸地區，陸籍配偶於檢察官偵訊及法院審理時，並未否認將其女攜往大陸，然否認其有略誘未滿 20 歲之人脫離家庭之犯行，主張與台籍配偶間有由其將女帶往大陸扶養至 2 歲之協議，並主張其為生父，對其女亦有親權，此為親權之正當行使，主觀上並無略誘之犯意，惟法院認若被告與台籍配偶達成協議，則毋須趁台籍配偶外出工作之機會帶走其女，法院並認：「未成年之子女，其父母在法律上均享有親權，不得由任何一方之意思而有所侵害，以父或母一方之不法行為，使脫離他方親權時，仍應負刑事上相當罪責」，從而認被告之行為構成刑法第 241 條第 1 項之略誘罪，判處有期徒刑二年。本案被告上訴至台灣高等法院，臺灣高等法院 99 年度上訴字第 4447 號裁定再開辯論。

臺灣高等法院 99 年度上訴字第 1297 號判決，該案事實為陸籍配偶（妻）即被告將未成年子女送回大陸託娘家父母照顧，本案一審判決為臺灣新竹地方法院 98 年度訴字第 232 號判決，判決書並無公開，然從上述高等法院判決內容可知，一審法院判處被告有期徒刑一年 8 個月，緩刑三年，同時諭知被告，除依雙方約定及家事裁判所定之子女探視方式與子女會面接觸外，不得對子女及照顧子女之人或其他家人為不當之聯絡及騷擾行為。檢察官不服緩刑部分，從而提起上訴，二審法院認對被告為緩刑之宣告，難認原判決關於量刑及緩刑之諭知有何違法濫權或輕判失衡之情事，從而駁回上訴。

值得注意的是，臺灣桃園地方法院 95 年度訴字第 1138 號判決。該判決之事實為：陸籍配偶（妻）與台籍配偶（夫）婚後感情不睦，未經其配偶同意，將二人所生之女擅攜至大陸地區，就該事實被告陸籍配偶並不否認，然否認有何略誘、和誘之犯行，主張有告知台籍配偶即告訴人，且告訴人對其母女施以暴力，其係為保護女兒始將其女帶至大陸，且被告為有親權之人，依最高法院 19 年上字第 1971 號判例應無從成立和誘、略誘罪。惟法院認被告主張有將女兒攜至大陸之

事告知告訴人一詞並無可採，而其主張告訴人對其母女有家庭暴力之情事，其女之證詞不足以作為客觀事證，且告訴人主張係被告將女兒擅攜至大陸後，始有家暴事件，從而不能以發生在後之家暴事件，反推告訴人在被告帶走女兒前，即對被告或女兒有何身體或精神上之暴力行為，法院並認「刑法第 241 條第 1 項之略誘未滿 20 歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人之罪，所保護之法益，在保護家庭間之圓滿關係，及家長或其他有監督人之監督權。該項略誘罪之規定，並未就犯罪主體設有限制，解釋上享有親權之人，仍得為該罪之犯罪主體，即於有數監督權人之情形下，若有監督權之一方對於未滿 20 歲之被誘人施以略誘行為，使脫離原來之狀態，而置於一己實力支配下，使其與家庭或其他有監督權之人完全脫離關係，仍應有該條項之適用（最高法院 21 年上字第 1504 號判例暨 93 年度台上字第 4335 號判決意旨參照）。」，從而認被告之行為自為侵害告訴人監督權之犯意及行為，而非僅係被告親權之合法行使，判決被告之行為構成刑法第 241 條第 1 項之略誘罪，惟依刑法第 74 條第 1 項第 1 款，判決被告有期徒刑二月，緩刑三年。本案被告上訴高等法院，經臺灣高等法院 95 年度上訴字第 3984 號判決上訴駁回，被告上訴至最高法院，亦經最高法院 96 年度台上字第 2763 號判決駁回上訴確定，此一案件堪稱最高法院最早確定大陸配偶未經他方同意將子女帶回大陸，構成略誘罪責之判決。

關鍵的指標性判決則在高等法院台南分院 101 年度上更（一）字第 64 號一案中，此為一更審判決，變更原第一次之二審高等法院台南分院 100 年度上訴字第 5 號判決（該判決經上訴後為最高法院 101 年度台上字第 2772 號刑事判決所撤銷發回更審）所為無罪判決。其事實為：陸籍配偶（妻）即被告，未得台籍配偶之同意，擅自將雙方所生之子攜至大陸地區，嗣隻身回台，雙方所生之子仍處於脫離告訴人監護之狀態，直至本院民事庭法官諭知被告將幼子帶回臺灣，被告始向告訴人索錢而於 99 年 9 月 16 日將幼子帶回臺灣，但仍未將幼子送回告訴人住處。被告雖主張其並無略誘之意，惟法院認被告將雙方所生之子攜至大陸

地區，使其脫離家庭，及告訴人無從行使其親權之事實已堪認定，並認被告係因擔心告訴人一旦訴諸離婚，將無法以依親名義繼續在臺居留工作，且將失去對幼子之親權，從而擅自將幼子攜往大陸，被告之行為足認其有意剝奪告訴人之監護權，並認「刑法上所謂「略誘」，乃以強暴脅迫或詐術等不正手段予以誘拐之意，易言之，即違反被誘人之意思，以各種不正手段，拐取被誘人，且該略誘之不正手段，不以對被誘人本人實施為限，即對於有監督權人實施此種強暴脅迫或詐術等不正手段而使被誘人置於自己實力支配之下者，亦應成立刑法第 241 條之略誘罪（最高法院 77 年度台上字第 1616 號判決意旨參照）」、「刑法第 241 條第 1 項之略誘未滿 20 歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人之罪，所保護之法益，在保護家庭間之圓滿關係，及家長或其他有監督人之監督權。該項略誘罪之規定，並未就犯罪主體設有限制，解釋上享有親權之人，仍得為該罪之犯罪主體，即於有數監督權人之情形下，若有監督權之一方對於未滿 20 歲之被誘人施以略誘行為，使脫離原來之狀態，而置於一己實力支配下，使其與家庭或其他有監督權之人完全脫離關係，因而侵害他方之監督權，仍應有該條項之適用（參照最高法院 21 年上字第 1504 號判例、93 年度台上字第 4335 號判決意旨）。」被告之行為構成刑法第 241 條第 1 項，且法院認無依刑法第 244 條，對被告予以酌減其刑之必要，從而判處被告有期徒刑一年 6 個月，並依刑法第 74 條第 1 項第 1 款，緩刑三年，本案被告上訴，**經最高法院 102 年度台上字第 726 號判決駁回其上訴確定在案。**

綜合上開四件案例可知，我國法院認雖父母均對子女有監護權，惟若未得配偶之同意，擅自攜子女脫離家庭，亦構成對他方監護權之侵害，刑法第 241 條第 1 項之略誘罪之犯罪主體並無限制，享有親權之人亦有可能為本罪之犯罪主體，從而仍構成上開條文之略誘罪，**若陸籍配偶未得台籍配偶之同意，即擅自將雙方所生之子女攜往大陸地區，其行為將構成刑法第 241 條第 1 項之略誘**

罪，此已為我國刑事法院之定見，只不過最後是透過緩刑的諭知方式，緩和此種配偶間犯罪的嚴苛性而已！

(二) 大陸地區之規定與相關裁判

依中共刑法第 262 條之規定，拐騙不滿 14 周歲的未成年人，脫離家庭或者監護人的，處五年以下有期徒刑或者拘役。然而此條之行為主體僅針對父母或有監護權人以外之第三人，父母是不包括在內的。此源於其在中共婚姻法第 36 條中的明文規定，父母與子女間的關係，不因父母離婚而消除。離婚後，子女無論由父或母直接撫養，仍是父母雙方的子女。換言之，在大陸地區父母離婚後，所影響者只有撫養權的部分，兩人實際上仍然都對該未成年子女享有親權，對該子女之重大事項仍有決定權。因此，在大陸地區對於父母拐帶子女並不構成刑事上的罪責，僅成為民事上請求交付子女之事由，自然無相關刑事上之司法裁判可尋。

北京第一中級人民法院王茂剛法官，在本次計劃於北京所辦之研討會上亦曾表示於大陸地區，父母將子女帶走係基於親子關係使然，與刑法上的拐騙或拐賣有本質上的區別，從而刑法相關規定並不及於父母，即使我國刑法有略誘罪之規定，惟在大陸地區父母擅將子女帶走之行為既未入刑，則亦無法將行為人引渡至台灣⁷³；陳漢於座談會上亦提到，兩岸雖有共同打擊犯罪及司法互助協議，父母

⁷³ 參見附錄九，頁 151，王茂剛法官代表性的發言：「(吳從周問)：我們在處理的時候，倒是有一個問題可能要看這邊能不能來進行，就是台灣那邊如果認為是犯罪，大陸這邊不認為是犯罪，那我們那邊請這邊來執行，有沒有可能？在兩岸打擊犯罪裡面，是不是一定要兩邊都承認是犯罪，才可能執行？是不是我們那邊說是犯罪，那這邊說沒有犯罪就不執行了？還是說兩邊都要承認犯罪，共打才會執行？王茂剛：肯定沒法執行，因為我們這邊都不認為是犯罪，你們也是後來把略誘罪擴大到夫妻這邊來了，我感覺你們也認可了，我們這不論是拐騙還是拐賣，是不往夫妻這邊擴張的，因為夫妻跟這個在本質上還是有區別的，畢竟他把孩子帶走，也是基於他們的親子關係。而且大陸有探望權的，探望權可以通過單獨訴訟，也可以通過離婚訴訟解決。我看你們後來有一個關於子女交付的事情，儘管不太好去強制執行，但是通過執行部門還是可以協助的，強制不好強制，但執行部門會幫忙協調的。」、「(吳從周問)：所以如果大陸配偶已經…帶孩子回大陸，台灣那邊判決判說給台灣的配偶監護權、扶養權，那是不是執行可以透過民事的法院來執行？台灣的判決承認並且來執行，我現在不要刑事來走民事，有沒有可能？王茂剛：就您這個問題，實際上很簡單的，就是一個國際法院，雖然是不同法域，咱們只能說在大陸認為是犯罪，在台灣法域內不認為是犯罪，台灣會怎麼處理？肯定不會引渡的，因為他都不是犯罪，都不入刑了，所以他就不存在這個問題了，就不是一個犯罪，那麼我們就不可能認為他有需要被引渡。」

一方擅將子女帶走之情形並無包括在內，雖然合作範圍內有規定「一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助」（兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第二章，四、合作範圍），然因必須個案審查，在認定上也有相當困難⁷⁴。

由於兩岸對於此種子女拐帶的法律評價不同，當然也徹底影響能否透過兩岸刑事的共同打擊犯罪及司法互助協議之規定，尋求大陸遣返未得台灣配偶同意而將未成年子女帶回大陸之大陸配偶以及該未成年子女。

三、兩岸判決之承認與執行

（一）外國判決之承認與執行

1. 外國裁判之承認

法院作成裁判，為司法權之行使，屬於國家主權之一部分，故判決效力原則上僅及於國家主權所及之範圍內，不及於其他國家，反之亦然。然而隨著國際間交往漸趨頻繁，涉外事件日益增多，當事人針對同一事件可能於不同國家中訴訟，若不開放於一定條件下承認外國法院判決之效力，將可能因針對同一事件於不同國家起訴，無法統一解決紛爭，並可能導致裁判矛盾，而有害於當事人間法律關係在國際社會秩序之安定⁷⁵。

於承認外國判決之程序上，比較法上有三種不同之體例⁷⁶：1.實質審查制度。由承認國法院對外國判決為實質審查，如所得結果與外國判決相同，即宣示承認該判決。法國採此制度。2.形式審查制度。由承認國法院形式審查外國判決是否符合特定承認要件，若符合，即宣示承認該判決。義大利採之。3.自動承認制。外國法院在符合承認國所定之特定承認要件時，自動發生承認之效果，承認國法院並不特別為任何審查之程序。德國採之。

⁷⁴ 參見附錄九，頁 152，陳漢律師發言。

⁷⁵ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 106；陳計男，民事訴訟法論下，2010 修訂五版，三民，頁 91。

⁷⁶ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 107；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第 75 期，頁 156-157。

我國民事訴訟法關於外國法院確定判決之承認，規定於第 402 條：「(第一項)外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。(第二項)前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。」

通說認為本條僅規定承認外國判決之要件，未規定承認外國判決之特別程序，因此是採取自動承認制⁷⁷。以下分別針對各要件說明之：

(1) 依中華民國之法律，外國法院無管轄權者⁷⁸

此之管轄權係指國際管轄權而言。如何判斷外國法院是否具管轄權，一說認為應依承認國之管轄規定判斷。假設裁判國依據承認國法院之管轄規定，針對系爭事件並無管轄權時，裁判國法院即無國際管轄權，不應承認該外國判決。此說為德國通說。另一說則認為應依裁判國之管轄規定判斷之。若裁判國依據其規定，針對系爭事件具有管轄權，承認國即應予以承認。僅於依承認國之法律，承認國對於該事件具專屬管轄權時，始例外不加承認。

(2) 敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限

本款是為保障敗訴被告之程序權之規定，故所謂「應訴」應以被告之實質防禦權是否獲得充分保障行使為斷⁷⁹。此外，於九十二年修法刪除「為中華民國人而」後，本款適用對象已不限於我國人民。凡遭受敗訴判決之被告，於我國有財

⁷⁷ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 108；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第 75 期，頁 156。

⁷⁸ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 111-112；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第 75 期，頁 153-154。

⁷⁹ 參最高法院 92 年度台上字第 883 號判決：「所謂「應訴」應以被告之實質防禦權是否獲得充分保障行使為斷。倘若被告所參與之程序或所為之各項行為與訴訟防禦權之行使無涉，自不宜視之為「應訴」之行為。」；同院 102 年度台上字第 1367 號判決：「所謂「應訴」，應以被告之實質防禦權是否獲得充分保障行使為斷，如當事人於外國訴訟程序中，客觀狀態下可知悉訴訟之開始，可充分準備應訴，可實質行使防禦權，即已符合應訴要件，不以當事人本人是否親收開始訴訟之通知，是否親自參與言詞辯論程序為必要。」

產或糾紛，而有透過我國承認外國判決效力以解決紛爭之需求者，皆有適用⁸⁰。敗訴之被告雖未應訴，若開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達，既已賦予被告程序保障，仍得承認外國法院之判決⁸¹。應特別注意的是，為貫徹對被告聽審請求權之保障，通說認為於此並不包含「公示送達」或「補充送達」，蓋此時被告實際上並無法知悉訴訟繫屬之事實⁸²。此外，我國實務針對「依中華民國法律上之協助送達」似採取較狹義之見解。如最高法院 101 年度台上字第 1360 號判決：「外國法院對在中華民國之被告，送達有關訴訟程序開始之通知或命令時，揆之「送達，乃國家司法主權之展現」及「程序依據法庭地法之原則」，自應依我國制定公布之「外國法院委託事件協助法」、「司法協助事件之處理程序」及其他司法互助協定暨作業要點等相關法規為協助送達，不得逕由外國法院依職權或由原告律師以郵送或直接交付在我國為送達。否則，即難認該外國法院訴訟程序開始之通知或命令，已在我國發生合法送達被告之效力，且不因於該外國認對被告發生送達之效力而受影響。…其逕以郵寄方式向設在我國營業所之啟成公司送達，啟成公司實質防禦權未獲得充分保障，難認系爭外國確定判決在我國之效力」⁸³。

(3) 判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者

依據最高法院 99 年度台上字第 2193 號判決：「民事訴訟法第四百零二條第三款所謂「公共秩序」乃指立國精神與基本國策之具體表現，而「善良風俗」則為發源於民間之倫理觀念。得依本款拒絕承認外國法院確定判決效力者，乃因承認之結果將抵觸我國法律秩序或倫理秩序之基本原則或基本理念，並為原判決所是認。」；同院 97 年度台上字第 835 號判決：「所謂有背於公共秩序者，係指外國

⁸⁰ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 112。

⁸¹ 參最高法院 100 年度台上字第 1512 號判決：「…系爭訴訟於進行之初，美國法院即將開始訴訟所需之通知或命令，依法送達上訴人，且上訴人收受系爭訴訟之通知後，並即委任美國律師而為應訴。其應訴之實質訴訟防禦權顯已獲得充分保障，…，嗣上訴人因不堪負荷美國律師高額酬金而放棄答辯，自屬可歸責於上訴人之事由，…，上訴人抗辯系爭判決有民事訴訟法第四百零二條第一項第二款之情形云云，自不足取。」

⁸² 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 112。

⁸³ 另可參最高法院 100 年度台上字第 42 號判決。

法院所宣告之法律上效果或宣告法律效果所依據之原因，違反我國之基本立法政策或法律理念、社會之普遍價值或基本原則而言。」。該當本款情形者，如欠缺公開審理原則、欠缺保障法官中立性、獨立性之規定（如無迴避制度）等⁸⁴。

（4）無相互之承認者。

基於國際間平等互惠原則，若外國承認我國法院判決之效力，我國亦應承認該外國法院判決之效力⁸⁵。因我國特殊之政治情勢，若限於與我國具正式外交關係之國家，並無實益，故通說皆認為本款應為較寬鬆之解釋，促進判決之相互承認以保障人民權益⁸⁶。最高法院 102 年度台上字第 1367 號判決亦明確指出：「第四百零二條第一項第四款所謂相互之承認，非指該國與我國互為國際法上的國家承認或政府承認，而係指法院間相互承認判決的互惠而言。如該外國未明示拒絕承認我國判決之效力，應儘量從寬及主動立於互惠觀點，承認該國判決之效力。外國法院承認我國法院判決之要件，祇須與民事訴訟法承認外國判決效力之重要原則不太懸殊即可，非以與我國規定內容完全相同為必要，倘外國並無積極否認我國法院確定判決效力之事實，且外國法院判決復無民事訴訟法第四百零二條第一項第一款、第二款、第三款情形，不妨承認其判決為有效，以符合目前我國外交現況之需要。」

關於外國法院確定之非訟事件之裁判之認可，則規定於非訟事件法第 49 條：「外國法院之確定非訟事件之裁判，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、利害關係人為中華民國人，主張關於開始程序之書狀或通知未及時受送達，致不能行使其權利者。三、外國法院之裁判，有背公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。但外國法院之裁判，對中華民國人並無不利者，不在此限。」。與民事訴訟法第 402 條之規定幾乎相

⁸⁴ 陳計男，民事訴訟法論下，2010 修訂五版，三民，頁 93。

⁸⁵ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 114；陳計男，民事訴訟法論下，2010 修訂五版，三民，頁 94。

⁸⁶ 陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第 75 期，頁 156。

同，故應為相同之解釋適用⁸⁷。

2. 外國裁判之執行

依據強制執行法第 4 條之 1 第一項之規定：「依外國法院確定判決聲請強制執行者，以該判決無民事訴訟法第四百零二條各款情形之一，並經中華民國法院以判決宣示許可其執行者為限，得為強制執行。」故欲依外國法院之確定判決於我國聲請強制執行，須先提起許可執行之訴始得為之。

法院應審理之事項限於該外國之有效判決是否已確定，以及該判決是否具備民事訴訟法第 402 條所定之要件。除有關違背公序良俗之情形外，法院不得針對外國法院之判決為實質審查⁸⁸。

(二) 大陸法院確定裁判之承認與執行

1. 基本規定

關於大陸法院之確定裁判之承認與執行，並未適用或類推適用民事訴訟法第 402 條、強制執行法第 4 條之 1 之規定，而係規定於台灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸人民關係條例）第 74 條：「（第一項）在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。（第二項）前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。（第三項）前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。」據此，我國對於大陸之裁判不採自動承認制，而須經法院之認可程序。該聲請裁定認可之程序，最高法院 87 年度台聲字第 347 號裁定即謂：「當事人依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條第一項規定，聲請法院裁定認可在大陸地區作成之民事確定裁判，其性質為非訟事件，其裁定程序固應適用非訟事件法總則之規定，惟該條例及非訟事件法對於此事件之管轄均未設規定，自應類推適用民事訴訟法相關規定，以定其管轄法院。」

⁸⁷ 沈冠伶，親權及交付子女事件之外國裁判的承認及執行與「未成年子女最佳利益保護」原則，台灣本土法學雜誌，第 84 期，頁 101 註 5。

⁸⁸ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（上），2011 年修訂七版，三民，頁 116。

依據我國實務多數見解，裁定法院僅能形式審查大陸法院之民事確定裁判有無違背我國之公共秩序或善良風俗，及在臺灣法院作成之民事確定裁判得否聲請大陸地區法院裁定認可，不得就當事人間之實體法律關係重為判斷⁸⁹。但學說⁹⁰、實務⁹¹亦有認為應類推適用民事訴法第 402 條第 1、2 款之規定，將管轄權以及敗訴被告之程序保障納入審查之範圍。

至於大陸法院確定裁判之執行，依據兩岸人民關係條例第 74 條第二項之規定，經我國法院裁定認可之以給付為內容之確定判決，得為執行名義。因此，無須依強制執行法第 4 條之 1 另外提起許可執行之訴。

2. 大陸法院確定判決之效力

關於大陸法院之確定判決，實務與學說最大之爭議即在於該判決是否具有既判力。

我國實務多數見解認為，大陸法院之確定判決經我國法院裁定認可雖具執行力，但不具既判力。如最高法院 96 年度台上字第 2531 號判決⁹²、同院 97 年度台

⁸⁹ 參臺灣高等法院 93 年度抗字第 3089 號裁定、同院 93 年度家抗字第 167 號裁定、同院 90 年度家抗字第 179 號裁定、臺灣高等法院臺南分院 94 年度家抗字第 57 號裁定等。惟，亦可見法院針對個案事實為實體審查者，如：臺灣高等法院花蓮分院 92 年度家抗字第 10 號裁定中：「…本院斟酌抗告人雖未於前述大陸地區離婚訴訟程序中收受開庭通知及到庭應訊，就該件離婚之訴訟程序而言，抗告人之應訴及抗辯權並未受到適當之保護，惟抗告人既與相對人分開多時，目前雙方兩岸相隔，情感之維繫更屬不易，雙方又均有強烈之離婚意願（各自向大陸地區及臺灣地區法院起訴請求判決離婚），且經兩岸法院各自判決准許，及抗告人於收受本件一審裁定後，旋即又撤回其對相對人離婚訴訟之起訴，並對本件認可大陸地區之一審裁定提起抗告，其阻止兩岸離婚判決發生效力之用心至為明顯，本院斟酌上情，認為抗告人及相對人之婚姻已無繼續存在之價值，抗告人阻止其與相對人離婚效力發生，顯然又非出於對維持雙方婚姻之動機，此種作為將導致兩岸婚姻陷於長期不確定之狀態，對雙方均非有利，爰駁回抗告人之抗告，維持一審認可大陸地區離婚判決之裁定，俾使雙方身分關係早日確定，以免治絲益棼。」、臺灣高等法院 92 年度家抗字第 316 號裁定：「抗告意旨雖以：相對人與抗告人結婚之目的是為詐婚騙財，伊業自海基會、海協會陳情請求返還被騙之錢財及精神損害賠償云云，惟未舉出任何證據以資證明，且就此益見兩造確無感情基礎，無法共同生活，相對人據此為請求判准離婚之事由，亦符實情。從而，原法院裁定認可大陸地區四川省重慶市渝北區人民法院於，於法並無不合。」

⁹⁰ 陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第 75 期，頁 164。

⁹¹ 參臺灣高等法院 91 年度家抗字第 366 號裁定、臺灣高等法院臺中分院 101 年度抗字第 18 號裁定等。

⁹² 「按兩岸關係條例第七十四條僅規定，經法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，以給付為內容者，得為執行名義，並未明定在大陸地區作成之民事確定裁判，與確定判決有同一之效力，該執行名義核屬強制執行法第四條第一項第六款規定其他依法律之規定得為強制執行名義，而非同條項第一款所稱我國確定之終局判決可比。又該條就大陸地區民事確定裁判之規範，係採「裁定認可執行制」，與外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判（香港澳門關係條例第四十二條第一項明定其效力、管轄及得為強制執行之要件，準用民事訴訟法第四百零二條及強制執行法第

上字第 2258 號判決等。其理由，一為認為兩岸人民關係條例第 74 條僅規定經裁定認可之大陸法院確定判決得為執行名義，並未明定與確定判決具同一效力。其二，相較於香港澳門關係條例第 42 條係準用民事訴訟法第 402 條、強制執行法第 4 條之 1 之規定，兩岸人民關係條例之規範模式與之既不相同（自動承認制/裁定認可制），判決效力亦應不同。

學說上雖亦有採取既判力否定說者⁹³。然較多數學者認為經我國法院裁定認可之大陸法院民事確定裁判應具既判力⁹⁴。其中有認為大陸法院既已承認我國法院確定判決具既判力（此點請參見下述），基於平等互惠原則，台灣法院無拒絕承認大陸法院確定裁判具既判力之理⁹⁵。亦有認為，經我國法院裁定認可之大陸法院形成判決（如離婚判決），當事人即得持大陸法院之確定判決及認可之裁定至戶政機關辦理登記，由此可推知大陸法院之確定離婚（形成）判決具確定力，但給付判決卻不具既判力，實無差別對待之理由。據此，主張兩岸人民關係條例第 74 條第二項應修法更正之⁹⁶。

3. 大陸法院對於我國民事確定裁判之認可與執行

相對於我國依兩岸人民關係條例第 74 條規定，否定大陸地區法院判決之實質確定力（既判力），大陸最高人民法院則相對地肯定台灣地區判決之既判力。

大陸地區最高人民法院審判委員會早於 1998 年 1 月即通過公布「最高人民法院關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定⁹⁷」（下稱人民法院認可

四條之一之規定），仿德國及日本之例，依民事訴訟法第四百零二條之規定，就外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判，採「自動承認制」，原則上不待我國法院之承認裁判，即因符合承認要件而自動發生承認之效力未盡相同，是經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，應祇具有執行力而無與我國法院確定判決同一效力之既判力。」

⁹³ 楊建華，大陸地區民事確定裁判認可之程序，司法周刊，第 591 期，頁 3。

⁹⁴ 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，2008 年修訂四版，頁 684 註 8，；賴來焜，強制執行法總論，頁 751，元照；吳明軒，民事訴訟法（中），2011 年修訂九版，頁 1112，自版。

⁹⁵ 姜世明，大陸地區民事確定判決之承認與執行：評最高法院 96 年台上字第 2531 號民事判決，台灣法學雜誌，第 123 期，頁 44、45。

⁹⁶ 張文郁，論大陸判決之承認—兼評最高法院九十六年度台上字第二五三一號判決和九十七年度台上字第二三七六號判決，月旦法學雜誌，第 178 期，頁 250-252；黃國昌，一個美麗的錯誤：裁定認可之中國大陸判決有無既判力？—評最高法院九十六年度台上字第二五三一號判決，月旦法學雜誌，第 167 期，頁 194-195。

⁹⁷ 參考自：http://www.gwytb.gov.cn/gjstfg/ssfl/minpan/201101/t20110123_1725324.htm。（最後瀏覽日：2014/1/14）。

規定)，並於同年 5 月 26 日施行。嗣於 2009 年 4 月又通過公布「最高人民法院關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的補充規定⁹⁸」(下稱補充規定)，並於同年 5 月 14 日施行。此外，又於 2010 年 4 月 26 日通過公布「最高人民法院關於審理涉台民商事案件法律適用問題的規定」(下稱涉台法律適用規定)，並於 2011 年 1 月 1 日施行。

其中補充規定第 1 條規定：「(第一項)申請人同時提出認可和執行台灣地區有關法院民事判決申請的，人民法院應按規定對認可申請進行審查。(第二項)經人民法院裁定認可的台灣地區有關法院民事判決，與人民法院作出的生效判決具有同等效力。申請人依裁定向人民法院申請執行的，人民法院應予受理。」。據此，大陸法院對於台灣法院做成之民事確定裁判，亦未採取自動承認制，同樣採取申請認可制。但從第二項可看出大陸法院已採取平等互惠之原則。

關於申請之程序，人民法院認可規定第 2 條規定：「台灣地區有關法院的民事判決，當事人的住所地、經常居住地或者被執行財產所在地在其他省、自治區、直轄市的，當事人可以根據本規定向人民法院申請認可。」，第 19 條則規定：「申請認可台灣地區有關法院民事裁定和台灣地區仲裁機構裁決的，適用本規定。」。補充規定第 2 條進一步補充：「(第一項)申請認可的台灣地區有關法院民事判決，包括對商事、知識產權、海事等民事糾紛案件作出的判決。(第二項)申請認可台灣地區有關法院民事裁定、調解書、支付令，以及台灣地區仲裁機構裁決的，適用《規定》和本補充規定。」。另外，於人民法院認可規定第 17 條原規定，向大陸法院申請認可，須於該判決發生效力後一年內提出。補充規定第 9 條則延長為 2 年。

其後的涉台法律適用規定第二條則再度補充強調「台灣地區當事人在人民法院參與民事訴訟，與大陸當事人有同等的訴訟權利和義務，其合法權益受法律平

⁹⁸ 參

考：http://lawtw.com/article.php?template=article_content&parent_path=,1,2169,1614,&job_id=149510&article_category_id=2147&article_id=79050。(最後瀏覽日：2014/1/14)。

等保護。⁹⁹」

陸、兩岸跨境婚姻親權酌定之現狀與困境——實證研究的印證

根據以上我國與大陸地區的判決分析，可將兩岸跨境婚姻離婚後子女親權酌定之現狀與困境，再印證於本計畫對實務界專辦家事案件之法官、律師，以及專門研究家事法的專家們進行實證訪談或座談之研究結果，進一步聚焦歸納如下幾點：

一、母國優勢原則所產生之一造辯論判決

不論是我國或大陸地區之裁定或裁判，法官皆將未成年子女親權判給本國人民為多，特別當該子女已在該國生活者。其中之一大因素在於不為本國人之一方父母多已返回母國，而造成法院必須以一造辯論判決來酌定子女之親權行使，又因涉及境外，就我國而言，法官亦無法請求社工至大陸地區為訪視報告，故僅有我國籍之一方父母之訪視報告，作為法院判定之依據。至於大陸地區，人民法院在判定撫養權時，仍然主要依據當事人之聲請，而當庭舉證，故當一造辯論判決時，未出庭之一方取得子女撫養權之可能極低，除非該子女已隨台籍配偶在台灣。因此，於此種情形下如何保障未出庭一方之聽審權，為值得重視之問題。蓋家事事件法第 106 條明文規定：「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、請其進行訪視或調查，並提出報告及建議。法院斟酌前項調查報告為裁判前，應使關係人有陳述意見之機會。但其內容涉及隱私或有不適當之情形者，不在此限。」在法院酌定未成年子女親權之行使負擔時，不論聲請人或相對人為台灣配偶或大陸配偶，法院皆應保障其有陳述意見之聽審權，否則

⁹⁹ 在附錄九之北京座談會上，楊曉林律師特別提供此等訊息資料，王茂剛法官特別對於台灣不承認大陸地區判決表達不符合相互承認原則。

作成之判決實質上均屬違法判決。

針對此一問題，不少法官在訪談中即指出，若訴狀皆已合法送達被告（囑託海基會送達或公示送達），但陸配皆未具狀進行答辯，則法院可能會認為陸配並沒有爭取子女監護權之意願，加上若讓子女去大陸，亦不確定是否對其有利，故就台籍配偶之訪視只要認為適任親權人者，即會在一造辯論下使其取得親權¹⁰⁰，甚至在台籍配偶被評估不適任時，亦會先詢問其他在台灣之親屬是否有監護之意願，或是由主管機關或其他社會福利機構擔任監護人¹⁰¹。雖亦有以陸配部分無訪視報告為由，拒絕將子女監護權逕行一造辯論判給台籍配偶者¹⁰²，

即使未成年子女已被一方父母帶回母國的情形，台灣法院仍多有考量本國父母之利益，仍然將未成年子女判給本國人民之情形者，然而進一步要思考者即為，基於現實考量，究應如何請求交付子女¹⁰³？此為目前兩岸實務上窒礙難行之部分。

二、先搶先贏為取得親權行使之最佳策略？

當未成年子女被一方父母帶回母國時，而習慣當地環境，法院則基於現實考量，亦會將該子女之親權判給該方父母，惟通常會另外裁定會面交往權予本國籍父母，以維繫其親子關係。然而此一會面交往究應如何執行？有法官即指出，即便大陸地區法院裁定認可我國法院之判決，但因會面交往的成本很高，未必可負

¹⁰⁰ 典型意見，參見附錄七頁 122 康○○法官：「陸配回到大陸，台籍配偶通常會以惡意遺棄、婚姻難以維持訴請離婚，並請求子女監護。理論上應對兩造及子女進行訪視。但實際上，如果訴狀皆已合法送達被告（囑託海基會送達或公示送達），但陸配皆未進行答辯，法院可能會認為陸配並沒有爭取子女監護權之意願。此時針對台籍配偶仍會進行訪視，如果也適任，通常就會以一造辯論之方式將監護權判給台籍配偶。陸配必需表示爭取子女之意願。但前提是小孩子尚在台灣。不過實務上通常遇到的都是陸配未具狀表示意見。」另，頁 117 簡○○法官意見亦同。

¹⁰¹ 參見附錄七，頁 114 郭○○法官之發言。

¹⁰² 參見附錄七，頁 115 林○○法官之發言。

¹⁰³ 附錄七，頁 125 鍾○○庭長之發言直接指出此點：「該問題為目前實務最困難之問題。舊法時要求要有訪視報告。新法（家事事件法第 108 條）上要求應讓子女有表達意願、陳述意見之機會。如果子女在大陸很難做到。如果判給台籍配偶，之後還有交付子女之問題，這就涉及法權之問題。」。

擔，而使得此一權利可能形成具文¹⁰⁴。另有法官也認為當陸籍配偶與子女皆在大陸時，小孩亦多希望留在大陸，故即便作訪視，實質爭取子女親權之機會亦不大，最後仍然會由陸配取得監護權¹⁰⁵。

只是法院此一基於現實上考量所為之親權酌定，則有可能助長了父母爭奪子女之情形。在法官訪談中，也有法官表示曾有律師向法官為如此主張，而認為法院不應將監護權判給先搶先贏之一方。然而先搶先贏不能一以概之，綁架小孩對於監護權之判斷上是一重要之影響因素，但還是會判斷為何會將子女帶走之背後原因，因此民法第 1055 條之一所增訂之善意父母原則，僅為法官審酌之標準之一，很難因單一因素就作成判斷。例如一方配偶會將子女帶走之原因可能是因為受到家暴之故，並不代表其為不適任之父母¹⁰⁶。只是在兩岸跨境婚姻則涉及訪視困難的問題，而無法就子女利益為綜合判斷。

三、共同監護之訂定

(一) 法院訂定共同監護或不予酌定親權之原因

相較於大陸地區，我國實務上針對未成年子女已被陸籍配偶帶到大陸的情形，亦會以共同監護的方式處理子女親權，在訪談中法官指出，一來該未成年子女縱遭攜至大陸，未必會受到較差的待遇，又因無法對於陸籍配偶進行訪視，以子女最佳利益來酌定親權，故仍判共同監護為妥，此外，經由共同生活，該未成年子女與陸籍配偶之依附關係可能較強，若逕判給我國籍配偶，實有不妥，更何況大陸地區不見得會執行甚至認可台灣之判決，使得台籍配偶之親權依然無法行使¹⁰⁷。另外，針對未成年子女已被陸籍配偶帶往大陸地區的情形下，而父母雙方未協議子女之親權時，亦有法官認為在此情形下，若台籍配偶要聲請法院酌定親權，由於子女在大陸，無法作訪視報告，而會建議台籍配偶不要聲請酌定親權，而維持

¹⁰⁴ 參見附錄七，頁 123 廖○○法官之發言。

¹⁰⁵ 參見附錄七，頁 126-127 毛○○法官之發言。

¹⁰⁶ 參見附錄七，頁 128 毛○○、郭○○法官之發言。

¹⁰⁷ 參見附錄七，頁 114 郭○○法官之發言、頁 123 廖○○法官之發言。

現狀，意即雙方仍處於共同行使親權之情形，而可自行設法帶回子女；否則若堅持聲請酌定親權時，法院反而不一定會將親權酌定給台籍配偶，特別是子女已在大陸，可基於繼續性原則酌定親權予陸籍配偶¹⁰⁸。相同作法亦有法官在訪談中，提及其承辦之實際案件之判決理由，指出：一原告聲請子女之監護權案，「因被告及兩造之女均停留在大陸地區，致本院無從函請訪視機關派員對彼等進行訪視調查本件酌定親權事項及提出調查報告及建議，亦無法審酌民法第 1055-1 所列各款事項，更難以認定究竟由原告或被告任親權人，較符合子女最佳利益」，而未予親權之酌定¹⁰⁹。

（二）共同監護與主要照顧者併存之目的

此外，為使陸籍配偶得以繼續留在台灣，不因離婚而被遣返回國，喪失與其子女相處之機會，我國法院亦有法官以共同監護之方式來酌定子女之親權，但會進一步再指定台籍配偶為主要照顧者，而便利實行有關未成年子女之住居所、教育、醫療、財產等事項¹¹⁰，以及酌定陸籍配偶會面交往之方式¹¹¹。

四、子女最佳利益的判定－訪視報告或調查筆錄的採用

不論我國或是大陸地區，在法院判定離婚後子女親權或稱直接撫養權之歸屬時，皆以子女最佳利益作為判斷依據，而在實體法中之規定或司法解釋中明定具體客觀事由或原則作為審酌之參考。惟我國相較於大陸地區之法規，尚明文要求法院參考社工人員之訪視報告，使得社工人員的意見也在子女親權酌定上，取得相當的影響力¹¹²。為了確保兒童的權益，我國親屬法受到兒童福利法的影響，而對於專業人員愈益倚重，而就與兒童相關之事件，法院應委託社工人員對當事人

¹⁰⁸ 參見附錄七，頁 129-130 邱○○法官。

¹⁰⁹ 參見附錄七，頁 126 郭○○法官之發言。

¹¹⁰ 參見附錄七，頁 129 毛○○法官特別強調其此種特殊的細部作法。

¹¹¹ 參見附錄七，頁 130 邱○○法官之發言。

¹¹² 雷文玫，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，臺大法學論叢 28 卷 3 期，頁 297。

家庭進行訪視調查¹¹³，故於離婚監護上有此一規定。依照前揭學者劉宏恩教授所作的判決實證分析，就法院在決定子女親權人時所審酌的因素中，社工人員之訪視報告即佔 57.6%，其又進一步分析特別在臺北地方法院的案件中，超過一半以上的判決書裏面皆提及社工人員的訪視報告，而且幾乎全部或至少部分採納訪視報告內的監護安排建議，這可能顯示了「子女最佳利益」的模糊性與高度不確定性，使得法官不得不經常仰賴社工人員的訪視報告意見¹¹⁴。在這次所搜尋的我國判決中，當陸籍配偶在台灣時，則就雙方父母皆有作成社工之訪視報告，可供法官參酌，然而當陸籍配偶已回大陸時，則無法作成訪視報告，亦僅有一案以書面陳述為之，此即為跨境婚姻所面臨的問題。在訪談中，雖李 OO 律師曾提及跨國或跨境之親權案件，由於訪視報告的作成有困難，而曾以自製拍攝的訪視報告，呈現未成年子女在大陸的生活¹¹⁵，然而其證據力有多少可被法院評價，實不得而知，無法求證。

依據海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議之規定，雙方同意在民事、刑事領域相互提供以下協助，其中調查取證之部分，或可作為兩岸跨境婚姻中作成訪視報告的依據，然而經由訪談的結果，是否可在大陸地區作成訪視報告，有極為紛歧之意見與困難度；即便包括有共打協議，或是與越南間有民事互助協議，但是關於文書之協助送達，實務上有法官反映法務部常以文書格式不符或是不符合作業時間（須提前 4 個月）為由退件，所以實際上之功效不佳¹¹⁶。因此也難以期

¹¹³ 雷文玫，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，臺大法學論叢 28 卷 3 期，頁 303。

¹¹⁴ 劉宏恩，「子女最佳利益原則」在台灣法院離婚後子女監護案件中之實踐－法律與社會研究之觀點，軍法專刊，57 卷 1 期，2011 年 2 月，頁 95。

¹¹⁵ 參見附錄八，頁 138 李 OO 律師發言：「不管在境內的訪視或是跨大陸，我曾經有一個案件，不是父母親權案件，是母親不在，外祖父跟小孩的爸爸在親權的爭執，我們是透過自力救濟的方式，因為現在有數位化，拍光碟，拍回台灣讓法官審酌，也有留電話讓法官審酌…我們在那個案子中做了很多，自己要提供一些方法，大陸的當事人也要提供協助，變成協力的方式，這區塊很弱的是大陸的 NGO 團體，台灣的 NGO 團體相對的蓬勃，如果要做一些跨國跨境的分點，是不是有機會協力，還有點要夠，官方也要認可。」

¹¹⁶ 應特別說明者係，對此項實務上之反應，法務部已於本計畫執行中之 102 年 8 月 22 日邀集司法院代表召開「兩岸司法互助協議有關調查取證等事宜工作會議」，並已於會議中決議爾後對於類此文書格式形式疑義之案件，將由法務部先以電話聯係承辦法院，協助法院補正請求書等相關資料，應可有效改善此類委託調查案件之處理效率，提高兩岸互助協議之效能。

待透過該互助協議取得具有實益之訪視報告¹¹⁷。此外，亦有認為即使作訪視報告，但若能由我國民間團體直接於大陸設立機構進行，則較值得被採信¹¹⁸。但同時也有法官認為，在大陸設點所為之訪視，仍然無法就未成年子女之家庭作訪視，而與我國與訪視報告性質不同¹¹⁹。

五、會面交往權酌定之困難

針對兩岸跨境婚姻之會面交往權應如何酌定，亦面臨經濟上與現實上之困難。對於無取得居留權之陸籍配偶，應如何實踐其會面交往權，則涉及經濟上之考量，以及依據目前之居留許可辦法可能無法單純以探視子女為由聲請居留。但如果只能以旅遊之方式來探視的話，或是必須要台籍配偶協助聲請才能入境，在沒有經濟能力之陸配方面對其保障似有不足，對子女亦不見得有利¹²⁰。又已取得居留權之陸籍配偶，則通常會酌定其與子女之會面交往權，惟法官多會附加未經相對人同意，不得將子女帶離台灣之條款，以防止拐帶子女之情形發生。至於在大陸的判決中，針對子女已在台灣之情形，亦酌定給陸籍配偶探望權，惟仍面臨究應如何實行之難題。在訪談中，亦有法官曾提及一案例事實，指出雙方配偶在台灣協議離婚後，合意子女之親權由我國籍配偶行使，並約定陸配可隨時來台會面。但陸籍配偶希望可將子女於一定時間帶到大陸，但為我國籍配偶所拒絕。雙方無法協議會面交往之方式，之後成立訴訟上和解，並於和解筆錄中載明會面交往之時間、方式與應遵守的原則，而讓該未成年子女滿 15 歲之後，得於寒、暑假赴大陸¹²¹。

六、大陸法院裁判於我國裁定認可與執行之情形

¹¹⁷ 此應可謂是使用過司法互助的法官共同的心聲，參見附錄七頁 123 廖○○法官發言：「目前互助我們最常用的是協助文書之送達，但非常的嚴格。他們會告訴法務部作業時間須 3 個月，法務部自己亦須作業時間一個月。所以法務部就經常以未提前四個月送件，或是譯本不能用羅馬拼音為由退件，但當事人已經支出翻譯費，因而導致法院不知如何對當事人交代。法務部退件機率非常高，非常不方便。」高雄少家法院鍾○○庭長發言以及台中地院家事庭郭○○法官之意見亦同。

¹¹⁸ 參見附錄七頁 121 呂○○法官之發言、頁 114 郭○○法官之發言。

¹¹⁹ 參見附錄七頁 117 簡○○法官之發言。

¹²⁰ 參見附錄七，頁 122 康○○法官之發言。

¹²¹ 參見附錄七，頁 123 廖○○法官之發言。

在前述針對判決承認之理論基礎上，有待進一步確認的是，大陸地區之裁判，特別是有關大陸地區之裁判涉及離婚以外的子女之監護權行使，而大陸配偶持該判決聲請台灣法院執行無監護權之台灣配偶交付子女與有監護權之大陸配偶（或者反之，台灣配偶持該台灣判決聲請大陸法院執行無監護權之大陸配偶交付子女與有監護權之台灣配偶）時，有無相關執行之案例？

對此，在本計畫實際訪談兩岸實務專家（參見附錄之訪談及座談紀錄）、遍查所有文獻及網路相關新聞報導等努力後，皆未能發現有實際在台灣執行大陸判決或者在大陸執行台灣判決有關子女交付之案例，而本計畫訪談過之總計數十位兩岸之專辦家事案件之法官、律師以及專攻家事法之學者，亦均告知未曾承辦過或聽過有執行兩岸子女交付以行使監護權之經驗或訊息。

惟如前所述，在台灣執行之大陸離婚確定判決如果涉及子女監護權之行使，而必須執行歸由負擔監護權之一方時，如果是持大陸地區確定判決要在台灣執行，須依台灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條第 1 項規定聲請台灣法院認可後，始可能強制執行。因此，為求進一步印證何以此類執行案件在台灣未曾出現過之原因，本計畫乃再以法院內部網路查詢系統（並非司法院法學檢索系統或者法源資訊系統）過濾有關於當事人持大陸地區判決「聲請台灣法院認可大陸地區裁判事件」之相關認可裁定（範圍涵蓋及於台灣北部、中部、南部等各地方法院，以求其完整性）；並將重要之台灣法院認可情形以及其與子女交付執行之關聯，略加整理列表如下進行觀察。

為求明瞭，茲先將本計畫透過司法院法學檢索資訊系統尋得之台灣法院認可大陸地區判決、且與本計畫相關聯之典型裁定，即臺灣高等法院臺南分院九十二年度家抗字第五號民事裁定之事實及裁判內容臚列如下供參：

（1）案件事實

原告 X（大陸籍），與被告 Y（台灣籍）於大陸結婚並育有未成年子女 Z。X 將 Z 攜回大陸，並於大陸法院起訴請求離婚，經大陸法院判決准予離婚，並將 Z 定由 X 撫養教育。X 遂持該大陸法院判決向台灣法院聲請裁定認可。一審法院准

許 X 之聲請，Y 對之提起抗告，其對判決離婚部分不爭執，但爭執應由其任 Z 之親權人。

(2) 裁判內容

抗告法院認為，大陸法院將 Z 歸由 Y 撫養教育係基於 Z 尚幼小，長期隨 X 生活之故，與我國民法第一千零五十五條之規定大致相符，該判決並不違背臺灣地區之公共秩序或善良風俗。因而駁回 Y 之抗告。

(3) 裁定全文

臺灣高等法院臺南分院民事裁定 九十二年度家抗字第五號

抗 告 人 甲 ○ ○

相 對 人 乙 ○ ○

代 理 人 廖 ○ 山

廖 ○ 宏

右抗告人因與相對人間認可離婚等事件，對於中華民國九十一年十月八日臺灣臺南地方法院九十一年度家聲字第一五六號裁定提起抗告，本院裁定如左：

主 文

抗告駁回。

抗告程序費用由抗告人負擔。

理 由

一、本件聲請人即相對人於原審聲請意旨略以：相對人即大陸地區人民乙○○與抗告人甲○○離婚訴訟，業經大陸地區福建省晉江市人民法院（二〇〇一）晉民初字第一九二二號民事判決准予兩造離婚確定，並經福建省晉江市公證處以（二〇〇二）晉證字第二五四四號公證在案，為此聲請原審法院認可該確定判決書等語，並提出大陸地區福建省晉江市人民法院（二〇〇一）晉民初字第一九二二號民事判決書、離婚公證書、生效證明書、委託書、福建省晉江市公證處（二〇〇二）晉證字第二五四四、三三一二、二九一六號公證處證明書、財團法人海峽交流基金會（九一）核字第〇五一五〇九、〇五一七一七、〇五一五一八號證明為證。

二、原審法院裁定以：（一）、按在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條第一項定有明文。（二）經查：相對人提出之大陸地區福建省晉江市人民法院（二〇〇一）晉民初字第一九二二號民事判決書、離婚公證書、生效證明書、委託書、福建省晉江市公證處（二〇〇二）晉證字第二五四四、三三一二、二九一六號公證處證明書，業經我國財團法人海峽交流基金會驗證，有財團法人海峽交流基金會（九一）核字第〇五一五〇九、〇五一七一七、〇五一五一八號證明在卷足憑，則該判決書自堪信為真正。次查，上開判決係就相對人與抗告人間之離婚事件所為之裁判，由大陸地區福建省晉江市人民法院管轄審理，並未違背我國有關離婚事件專屬

管轄之規定。又其判決內容略以：原告（相對人）、被告（抗告人）雙方在認識當月即登記結婚，婚姻基礎較差，婚後雖有生育子女，但經常為家庭瑣事糾紛，未能建立真正的夫妻感情。現原告攜子回大陸長住，夫妻感情破裂，應准予離婚等情，核其判決離婚所舉事由，與我國民法第一千零五十二條第二項規定相符，堪認該判決不違背臺灣地區之公共秩序或善良風俗。從而，本件聲請經核尚無不合，應予認可等情。

三、抗告意旨略以：（一）、抗告人在一九九九年五月八日發生車禍，導致一腳粉碎骨折，二千年四月四日父親因病去逝，在抗告人最需要人照顧和安慰時，相對人在二千年六月間利用母親陪同抗告人一同去高雄檢查腳開刀後之情況，並討論再度開刀事宜，竟連同兩造所生小孩王○元一起不告而別帶去大陸。同時，抗告人也向台灣台南地方法院起訴（八十九年度家訴字第九六號），九十年八月一日有收到大陸法院之離婚判決，抗告人也同時回覆其捏造事實，並同意離婚，但小孩王○元應歸抗告人撫養。（二）、抗告人有正當之工作和穩定之收入，現仍單身無再婚打算，有能力和愛心全力撫養小孩王○元安全長大成人。（三）、聽說相對人現今已改嫁且與他人同居，同居人有虐待非血緣關係小孩王○元之疑慮，且王○元是台灣籍，相對人無能力撫養，無法給小孩王○元好的教育和生活。（四）、相對人主張抗告人無故毆打相對人，根本是偽造文書、不可能的事。是相對人的行為惡劣，抗告人不想再讓相對人回來，因相對人實在是太惡劣了，否則抗告人為了娶相對人已花了近新台幣八十萬元，那有不要相對人的理由。求為廢棄原裁定，王○元應歸抗告人撫養云云。

四、經查：（一）、本件相對人主張其係大陸地區人民，因與抗告人甲○○離婚訴訟，業經大陸地區福建省晉江市人民法院（二〇〇一）晉民初字第九九二二號民事判決准予兩造離婚確定，並經福建省晉江市公證處以（二〇〇二）晉證字第二五四四號公證在案，且有財團法人海峽交流基金會（九一）核字第〇五一五〇九、〇五一七一七、〇五一五一八號證明為證。依前開判決係就相對人與抗告人間之離婚事件所為之裁判，由大陸地區福建省晉江市人民法院管轄審理，並未違背我國有關離婚事件專屬管轄之規定。又其判決內容略以：原告（相對人）、被告（抗告人）雙方在認識當月即登記結婚，婚姻基礎較差，婚後雖有生育子女，但經常為家庭瑣事糾紛，未能建立真正的夫妻感情。現原告攜子回大陸長住，夫妻感情破裂，應准予離婚；且兩造所生小孩王○元尚幼小，長期隨相對人生活，應由相對人撫養教育等情，核其判決離婚所舉事由，與我國民法第一千零五十二條第二項規定相符，判決離婚後子女之監護亦核與我國民法第一千零五十五條之規定大致相符，堪認該判決不違背臺灣地區之公共秩序或善良風俗。（二）、抗告意旨對原裁定認可兩造判決離婚並不爭執，惟就判決離婚後子女之監護由相對人任之，認有不當，並主張抗告人有正當之工作和穩定之收入，現仍單身無再婚打算，有能力和愛心全力撫養小孩王○元安全長大成人。且相對人現今已改嫁與廖○山，而廖○山有虐待非血緣關係小孩王○元之疑慮，王○元是台灣籍，相對人無能力撫養，無法給小孩王○元好的教育和生活，應由抗告人監護云云。惟查前開經大陸地區福建省晉江市人民法院民事判決亦認兩造所生小孩王○元尚幼小，長期隨相對人生活，應由相對人撫養教育等情，核其判決離婚後子女之監護所舉事由，核與我國民法第一千零五十五條之規定大致相符，堪認該判決不違背臺灣地區之公共秩序或善良風俗。抗告意旨以前開實體上之理由，指摘此部分之認可不當，求為廢棄，非有理由。

五、據上論結，本件抗告為無理由，依非訟事件法第八條第二項、第廿八條，民事訴訟法第四百九十二條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 七 月 十 六 日

臺灣高等法院臺南分院民事第四庭

接著，則將上開透過法院內部網路查詢系統搜尋取得之台灣各地方法院裁定認可之事實列表如下。

綜合觀察可以發現以下結論：下表中所顯示之法院裁定認可之大陸地區判決，雖除離婚外，尚有涉及子女監護權行使之裁判認可¹²²，但在大陸地區法院判決監護權歸台灣或者大陸配偶時，該子女實際上均已由其中一方行使監護權，故即使經台灣法院裁定認可，後續程序亦已無涉子女執行與交付之問題，因此沒有再執行子女交付之必要。準此，殆亦可間接證實，何以上開實證訪談或文獻查詢結果，幾乎不見有兩岸跨境婚姻中，在台灣（或者在大陸亦同）實際執行子女交付他方配偶之家事事件也！

編號	裁判字號	大陸判決要旨	台灣法院認可情形	與子女交付執行之關聯
1	台灣台中地方法院	1. 陸配（母）在大陸廣西人民法院訴請離婚，大陸法院判	台灣法院審酌台灣民法	子女已在台灣，無涉子女

¹²² 應提請注意者係，包括本文中所述作為認可裁定之範例的臺灣高等法院臺南分院九十二年度家抗字第五號民事裁定在內，以及附表中所列各級地方法院的認可裁定，可以發現，台灣法院裁定認可大陸地區法院有關子女監護之離婚判決時，**並不將大陸地區之判決審酌子女監護時「有無進行訪視」乙節，當作審酌是否違反台灣法公序良俗之內容**，故絕大部分大陸相關判決均受到台灣法院的裁定認可。此亦可印證本計畫前述者，法院對於欠缺一造當事人之訪視報告，實乃對於當事人聽審權欠缺保障，並不重視。相反見解，附錄七頁 116 林○○法官特別強調：「（戴瑀如教授問）：若陸配於大陸另訴請裁判離婚並請求子女之監護，台灣之法院是否會承認之？若未成年子女位於台灣，陸配持大陸之判決到台灣，我國法院是否會配合執行交付子女？（林○○法官答）：**必須須先裁定認可。關於未成年子女之親權，我們可挑剔其判決，例如是是否如我國之規定進行訪視**。若程序不同，親權部份我們亦可能不予承認。但離婚之部分，除非未合法送達，我們通常會予以承認。」

	102 年度 家陸許字 第 5 號家 事裁定	<p>決離婚。子女與台配（父）一直在台灣生活。</p> <p>2. 子女判歸台灣配偶。但大陸配偶應負擔子女扶養費。</p> <p>3. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	第 1055 條之 1 規定後認為與台灣法律並無違背而認可該判決。	執行與交付之問題
2.	台灣台中 地方法院 101 年度 家聲字第 20 號民事 裁定	<p>1. 陸配（母）在大陸福建法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 子女已經在台灣生活，子女判歸台灣配偶，但台配應獨立負擔扶養費，且陸配對子女有探視權。</p> <p>3. 大陸配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院審酌台灣民法第 1055 條之 1 規定後認為與台灣法律並無違背，且符合子女最佳利益，而認可該判決。	子女已在台灣，無涉子女執行與交付之問題。但將來可能有探視權之問題。
3	台灣新北 地方法院 103 年度 家陸許字 第 3 號民 事裁定	<p>1 台灣配偶（母）在大陸福建法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2 子女已經在台灣隨母生活，子女判歸台灣配偶，但陸配應分擔扶養費。</p> <p>3 台灣配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，且符合平等互惠即相互承認原則，而認可該判決。	子女已在台灣，無涉子女執行與交付之問題。
4.	台灣新北 地方法院 102 年度 家陸許字 第 39 號民 事裁定	<p>1. 陸配（母）在大陸湖南張家界法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>子女已經在大陸與母親生活，故子女判歸陸配，但台配應分擔扶養費。</p> <p>2. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，且符合子女最佳利益，而認可該判決。	子女已判歸陸配而在大陸，無涉子女執行與交付之問題。

5	台灣新北地方法院 102 年度家陸許字第 40 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 台灣配偶（母）在大陸江蘇昆山人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 子女未滿兩歲宜隨母生活，故子女判歸台灣配偶，但陸配應予協助。 3. 台灣配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，且符合子女最佳利益，而認可該判決。	子女已歸台灣配偶而在台灣生活，無涉子女執行與交付之問題。
6.	台灣板橋地方法院 99 年度家聲字第 555 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陸配（母）在大陸湖南桃江縣人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 子女已經在大陸與母親生活，故子女判歸陸配，但台配應分擔扶養費。（其他在大陸之財產分配略） 3. 台灣配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女已判歸陸配而在大陸，無涉子女執行與交付之問題。
7.	台灣板橋地方法院 99 年度家聲字第 295 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 台灣配偶（母）在大陸福建省惠安縣人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 兩名子女均判歸台灣配偶，由台灣配偶自行負擔扶養費。 3. 台灣配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女已隨台灣配偶（母）生活，無涉子女執行與交付之問題。
8.	台灣板橋地方法院 97 年度家聲字第 334 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陸配（母）在大陸浙江紹興市越城區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 台灣配偶（夫）在台灣與前妻尚有二子女，兩造之子女未隨台灣配偶生活過，一直在大陸與母親生活，故子女判歸陸配。 3. 台灣配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女已判歸陸配而在大陸，無涉子女執行與交付之問題。
9	台灣板橋	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陸配（母）在大陸重慶市九 	台灣法院認	子女已判歸台

	地方法院 97 年度家 聲字第 21 號民事裁 定	<p>龍坡區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 子女自幼在台灣長大，不宜強行改變其生活環境，且大陸配偶沒有固定收入，故子女判歸台灣配偶扶養。</p> <p>3. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	灣配偶而在台灣生活，無涉子女執行與交付之問題。
10.	台灣板橋地方法院 96 年度家 聲字第 74 號民事裁 定	<p>1. 陸配（母）在大陸浙江省寧波市人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 兩造一致意見同意子女歸由台灣配偶扶養。但大陸配偶應支付相應之扶養費。</p> <p>3. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決	兩造同意子女歸台灣配偶扶養，裁判中雖看不出子女現是否在台灣生活，但將來應無涉子女執行與交付之問題。
11	台灣台北地方法院 101 年度 家陸許字 第 19 號民 事裁定	<p>1. 陸配（母）在大陸浙江省舟山市定海區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 子女自幼與原告及原告家人生活，且已在大陸就學，故子女判歸大陸配偶扶養。台灣配偶應分擔扶養費</p> <p>3. 大陸配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決	子女已判歸大陸配偶且在大陸生活，無涉子女執行與交付之問題。
12.	台灣士林地方法院 102 年度 家陸許字 第 14 號民 事裁定	<p>1. 陸配（母）在大陸無錫市惠山區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 子女一直與原告共同生活，且子女意願亦表達將來願與原告生活，故子女判歸大陸配偶扶養。台灣配偶應分擔扶養費。</p> <p>3. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，且與酌定子女監護之精神相符，而認可該判決	子女已判歸大陸配偶且在大陸生活，無涉子女執行與交付之問題。

13	台灣士林地方法院 101 年度家陸許字第 6 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陸配（母）在大陸青島市城陽區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 原審法院原本判決兩造所生兩名子女，子歸台灣配偶（父），母歸大陸配偶（母），但母親不服上訴後，青島市中級法院改判兩造所生兩名子女均歸大陸配偶扶養。台灣配偶則分擔扶養費。 3. 台灣配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，且與酌定子女監護之精神相符，而認可該判決。	兩名子女均判歸大陸配偶且在大陸生活，無涉子女執行與交付之問題。
14.	台灣桃園地方法院 98 年度家聲字第 638 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陸配（母）在大陸湖北省黃石市黃石港區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 兩造所生子女判歸大陸配偶扶養。台灣配偶應分擔扶養費。 3. 台灣配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸大陸配偶且在大陸生活，無涉子女執行與交付之問題。
15.	台灣桃園地方法院 96 年度家聲字第 220 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 台灣配偶（父）在大陸湖南省衡陽市石鼓港區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 兩造同意所生子女歸台灣配偶扶養。大陸配偶不負擔扶養費。且陸配每年寒假或暑假得去台灣探望小孩一次，台灣配偶有協助義務。 3. 台灣配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸台灣配偶且已在台灣生活，無涉子女執行與交付之問題。
16.	台灣桃園地方法院	<ol style="list-style-type: none"> 1. 台灣配偶（父）在大陸四川省重慶市大渡口區人民法 	台灣法院認為與台灣之	子女兩名，兩造協議各判一

	96 年度家聲字第 72 號民事裁定	<p>院訴請離婚，因兩造同意離婚，故大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 兩造對子女扶養達成協議，所生子女兩名，子歸台灣配偶扶養，女歸大陸配偶扶養。</p> <p>3. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	公序良俗並無違背，而認可該判決。	人歸一造，故已無涉子女執行與交付之問題。
17.	台灣桃園地方法院 95 年度家聲字第 214 號民事裁定	<p>1. 陸配（母）在大陸南充市順慶區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 兩造所生子女判歸現已隨台灣配偶（父）在台灣生活，故判歸台灣配偶扶養。</p> <p>3. 大陸配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸台灣配偶且已在台灣生活，無涉子女執行與交付之問題。
18.	台灣苗栗地方法院 101 年度陸許字第 6 號民事裁定	<p>1. 陸配（母）在大陸湖南省邵陽市北塔區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 兩造所生子女判歸大陸配偶扶養。</p> <p>3. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸大陸配偶且在大陸生活，無涉子女執行與交付之問題。
19.	台灣台中地方法院 102 年度陸許字 37 號民事裁定	<p>1. 陸配（母）在大陸上海市閘北區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 兩造所生子女判歸大陸配偶扶養，隨其生活。</p> <p>3. 台灣配偶聲請認可判決。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸大陸配偶且在大陸生活，無涉子女執行與交付之問題。
20	台灣台中地方法院 101 年度家聲字 1 號民事裁定	<p>1. 大陸配偶（母）在大陸廣西桂林市秀峰區人民法院訴請離婚，因兩造同意離婚，故大陸法院判決離婚。</p> <p>2. 兩造所生子女兩名，大女兒歸大陸配偶扶養，小女兒歸台灣配偶扶養。</p>	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女兩名，各判一人歸一造，故已無涉子女執行與交付之問題。

		3. 台灣配偶聲請認可判決。		
21	台灣台中地方法院 100 年度家聲字 224 號民事裁定	1. 大陸配偶（母）在大陸海南省海口市龍華區人民法院訴請離婚，因兩造同意離婚，故大陸法院判決離婚。 2. 兩造所生子女，因陸配下落不明，故判歸台灣配偶扶養。 3. 台灣配偶聲請認可判決。	台灣法院認為與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸台灣配偶且已與其共同生活，無涉子女執行與交付之問題。
22	台灣台南地方法院 101 年度家陸許字第 21 號民事裁定	1. 大陸配偶（母）在大陸重慶市長壽區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 兩造所生子女現已隨台灣配偶在台灣生活，改變生活環境不利其成長，故判歸台灣配偶扶養。大陸配偶則每半年有權得探視小孩一次。 3. 台灣配偶聲請認可判決。	台灣法院認為該判決未悖於我監護權之規定，且與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸台灣配偶且已與其共同生活，無涉子女執行與交付之問題。
23	台灣台南地方法院 98 年度家聲字第 238 號民事裁定	1. 大陸配偶（母）在大陸廣東省佛山市順德區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 2. 兩造所生子女屬台灣公民，出生後一直在台灣生活，且陸配已返還大陸未再照顧子女，故判歸台灣配偶扶養。由其獨自負擔扶養費。 3. 台灣配偶聲請認可判決。	台灣法院認為該判決未悖於我監護權之規定，且與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸台灣配偶且已與其一直在台灣共同生活，無涉子女執行與交付之問題。
24	台灣高雄少年及家事法院 102 年度	1. 大陸配偶（母）在大陸廣東省珠海市香洲區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。	台灣法院認為該判決與台灣之公序良俗並無違	子女判歸大陸配偶且一直與陸配共同生活，無涉子女

	陸許字第 53 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 兩造所生子女，自幼即由大陸配偶照顧，故判歸大陸配偶扶養。台灣配偶應負擔扶養費。 台灣配偶聲請認可判決。 	背，而認可該判決。	執行與交付之問題。
25.	台灣高雄少年及家事法院 102 年度陸許字第 7 號民事裁定	<ol style="list-style-type: none"> 大陸配偶（母）在大陸湖南省邵陽市北塔區人民法院訴請離婚，大陸法院判決離婚。 兩造所生子女，自幼隨母時間較長，由母照顧對小孩成長及身心健康有利，故判歸大陸配偶扶養。 大陸配偶聲請認可判決。 	台灣法院認為該判決與台灣之公序良俗並無違背，而認可該判決。	子女判歸大陸配偶且已與陸配共同生活，無涉子女執行與交付之問題。

二、拐帶子女入罪之法效果

在面臨跨國跨境婚姻拐帶子女之情形，依我國法可以構成刑事罪責。我國法院認為雖然父母均對子女有親權，惟若未得配偶之同意，擅自攜子女脫離家庭，亦構成對他方親權之侵害，刑法第 241 條第 1 項之略誘罪之犯罪主體並無限制，享有親權之人亦有可能為本罪之犯罪主體，從而仍構成上開條文之略誘罪。因此當陸籍配偶未得台籍配偶之同意，而擅自將雙方所生之子帶往大陸，其行為將構成我國刑法第 241 條第一項之略誘罪。在這點上，律師界的訪談裡表現出不同於法院定見的反思。強調在拐帶子女之情形，刑法之處罰應為最後手段¹²³，其最主

¹²³ 參見附錄八，頁 133 賴○○律師發言：「（吳從周教授問）：初步研究的結果，帶出境這個部分，最高法院幾乎都認為構成準略誘罪，大陸那邊沒有這個制度，您比較傾向構成或不構成？（賴○○律師答）：香港改革委員會曾經研究海牙公約，對拐帶子女做出報告，發現有相當高的比例是因為家暴，超乎想象的比例拐帶子女加害者是女性，婦團的焦慮不是不可能，在拐帶子女這件事來講，怎麼看待，是刑事還是民事？或是兒童人權的協助福利政策？我先從福利政策來看，必須承認有很多是女性帶走小孩的，也必須說家暴案件比例相當高，受暴婦女若不帶走孩子，必須返家的可能性就相當高，我覺得他們的行為確實是侵害了另一個人的監護權，但我認為在這

要目的乃希望拐帶子女之一方父母能將子女帶回，而非讓其入刑，但此一有效性前提在於該方父母仍有入境台灣之需求。故在兩岸跨境婚姻上即面臨此一困境，若陸籍配偶將子女帶離台灣後，亦不再來台，則即便其行為於我國構成刑事責任，亦無法阻止拐帶子女的情形持續。另外，由於拐帶子女於大陸並不承認構成刑事犯罪，基於「己方人員不遣返」及「雙方可罰性」具備之原則，自然亦無協助我國執行將拐帶子女帶回之義務。

柒、建議與展望

一、在陸配將子女帶出境構成略誘罪的部分

我國雖然就大陸配偶將子女帶回大陸之情形課以刑法，但由於大陸並不將之入刑，因此不可能透過兩岸在 2009 年簽訂的「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」執行要求遣返之動作，已一再如前述。經與兩岸專家學者座談後，初步方向反而傾向於事前預防勝於事後救濟，亦即在行政上要求境管單位，在父母一方將子女帶出境之情形下，應該有他方父母的書面同意。

此外，針對異國婚姻，當夫妻離婚後將子女帶離住所地回歸母國之情形，造成法院親權酌定之困難，已成為各國所面臨之普遍問題，並非只有在兩岸婚姻

樣的議題上應該作區隔，第一個因為是家暴的話，是否還是要回到刑事上拐帶子女的去作論述，應該要區分；第二拐帶子女這件事，有性別弱勢的問題，若是來台的新住民，多半是經濟上、支持系統上比較弱勢的一方，甚是可以稱之為性別弱勢，性別平等這件事在在地人身上比較不會突顯，但是在台灣人和外籍人的婚姻，若性別建構上還有傳統的父權主義的話，這樣的性別弱勢為了要保護自己，把小孩帶回自己母國是唯一能做的，不然就再也看不到小孩，這個性別弱勢這件事也要被處理，…當這些事情都解決後，還出現問題，我才會認為要刑法化，**在美國用海牙公約控訴這個人綁架子女，這是非常重的罪，一定是最後手段**。之前有一個案子孩子被帶到越南去，我就告了準略誘罪還有分居期間的監護權，法院就判了，準略誘部分地檢署通緝就五年多了，每年跟孩子通電話，對方就會說帶小孩回來，直到今年去越南跟老婆好好談才撤告，這件沒有家暴，後來今年才帶回來，因為有起訴就緩刑處理，所以我會認為刑事案件處理拐帶子女是最後手段。」又頁 137 紀 O O 律師基本上也傾向於此。

才會發生。又縱然歐美多國已意識此一問題之重要性，而以簽署海牙子女誘綁公約之方式來處理，對於有此類狀況發生時，該子女即應立即送回原住所地，使該地之法院能就實體親權酌定事項加以判斷，惟此卻僅能在簽署之會員國中發生效力，仍無法全面解決父母離異後一方拐帶子女之問題。以下以德國為例，說明德國籍夫妻一方與外國籍夫妻他方，在離婚之後，對於共同所生之子女發生父母一方拐帶子女後之因應情形。依照德國官方統計，一年約有 1500 至 2000 多個案例。茲舉數例說明之。首先為德美聯姻，德國籍母親與美國籍父親與兩人所生之八歲女兒原住在美國，於 2010 年夏天母親帶女兒回德國度假之後，拒絕回美國。由於該母親並無權利，在亦有親權之父親不同意下，擅自將子女帶回德國。故其美國籍父親於德國請求法院交付子女，法院亦為一命令要求母親最遲應於 2012 年初將子女帶回美國，但該母親並未履行。其後高等法院則援引海牙子女誘綁公約，命應將子女送回美國。雖然母親以該子女已熟悉德國環境為抗辯，但法院認為此為一方父母先違法將子女帶離其原本的生長環境所致，而不認為此一抗辯可構成不返回美國的正當理由¹²⁴。其次，德日聯姻中，兩造為已離婚之夫妻，兩人於 1996 年 12 月 25 日於日本結婚，1997 年 2 月 28 日產生一子。自該子女出生後，兩人已分居，日籍母親將子女帶回娘家。德籍父親試圖與其子聯絡，但被母親阻撓。之後，德籍父親趁母不在，去其娘家請求與該子於公園小聚，而利用機會將該子帶往德國。其父並於德國提起訴訟，要求適用德國法並單獨取得對子女之親權行使，德國法院乃依據海牙公約之規定，由於該子女之目前居所於德國，雖日本當時尚未批准海牙公約，但依德國民事訴訟法之規定，德國有管轄權。惟該子女於德國僅居住三個月，其之前之慣常住所地為日本，被告亦為日籍，故依德國涉外民事適用法之規定，準據法為日本法，故法院依日本法之規定作成裁定，認為該父親已不適宜行使親權，而將親權酌定予日籍母親，並命德籍父親交付子女¹²⁵。

¹²⁴ 相關內容參考自 Beckonline 資料庫:

<https://beck-online.beck.de/default.aspx?typ=reference&bcid=Y-300-Z-becklink-N-1021160>。(最後瀏覽日:2014/5/11)

¹²⁵ OLG Frankfurt a. M., Beschluß vom 5.8.1998.

最後，在德國婦女與阿拉伯國家之聯姻，最為棘手，由於阿拉伯國家，例如巴勒斯坦、埃及、伊朗、伊拉克等，並非海牙公約之會員國，加上該地法律子女於婚姻關係解消後，皆由父親取得親權，因此一旦子女被父親拐帶至母國時，德國無法要求當地主管機關將子女送回德國，德籍母親最多僅向警方以綁架子女罪名對該父親發國際通緝令，使該父親無法離開其母國，同時施以私力救濟，聘請當地律師，與之協商，付出大筆金額，要求子女之父親交出子女。

由以上案例可得知，對於此類問題之解決，仍有待各國之間之共識。海牙子女誘綁公約是專門為此類案件所制定，最能有效解決父母一方拐帶子女之問題，但一來並非所有國家皆有簽署該公約，二來在公約之適用上，也會面臨何謂子女之熟悉環境的認定爭議。故在解決此一問題時，仍宜有事前之預防措施與事後之救濟管道，以下分別說明之：

(一) 事前預防措施

1. 各國之規定現況

在父母分居或離婚時，針對未成年子女之親權未能協議下，可否其中一方，未經他方之同意，即擅將該子女帶離出境，各國多定有境管相關之規定。簡介如下。

(1) 美國法¹²⁶

美國法上針對未成年子女之出境並不存在任何限制，因此，若未成年子女已取得護照，通常難以避免父母之一方未經他方同意即攜帶未成年子女出境。為避免此類情形發生，美國法上遂於父母為未成年子女申請護照時設有限制。其於 Public Law 106-113 Sec. 236 (又稱 the two-parent consent requirement)¹²⁷中規定:為未

¹²⁶ 相關內容參考自美國國務院網站:<http://travel.state.gov/>。(最後瀏覽日:2014/1/4)

¹²⁷ 1. Both parents, or the child's legal guardian, must execute the application and provide documentary evidence demonstrating that they are the parents or guardians, or
2. The person executing the application must provide documentary evidence that s/he:

滿 16 歲之兒童申請護照，須由父母雙方或監護人為之，並且應提出相關證明文件。若僅父母一方申請，須提出他方父母同意之證明文件。例外於具急迫情事時（如涉及子女之健康或福利時），或基於特殊之家庭狀況經國務同意核發護照時，始不受上開限制之拘束。另於國務院之網站上，特別提及他方父母之書面同意須於申請護照前 3 個月內為之。若欲申請未成年子女將來之護照，則須另外取得同意。

此外，美國法上另有一套制度，即 The Children's Passport Issuance Alert Program (CPIAP)。該計畫之內容為：父母得為其未滿 18 歲且具美國國籍之子女，於政府之護照搜尋系統 (Passport Lookout System) 中登記。若該未成年子女之護照核發時，會同時通知其父母，藉以避免父母一方未經他方同意即攜帶子女出境之情形發生。

(2) 加拿大法¹²⁸

加拿大法律並無明文規定父母之一方攜帶未成年子女（18 或 19 歲，視各省或各地區而有不同）出境時須得他方父母之同意。但實務運作上，加拿大之入出境管理局通常會要求父母之一方出具他方父母、子女之監護人，或是其他對於未成年子女具有接近權之父母 (any non-accompanying parent who has access to the child) 之同意書。此外，該同意書應經一成年之第三人見證，但加拿大政府網站亦提到，其強烈建議由官方單位、公證人或是律師見證，以免除關於該同意書之真正性之糾紛。

(1) Has sole custody of the child; or
(2) Has the consent of the other parent to the issuance of the passport (form); or
(3) Is in loco parentis and has the consent of both parents, or a parent with sole custody over the child, or of the child's legal guardian, to the issuance of the passport.

3. Exception:

(1) for exigent circumstances, such as those involving the health or welfare of the child, or
(2) when the Secretary of State determines that issuance of a passport is warranted by special family circumstances. (底線部分為本文所加)

¹²⁸ 相關內容參考自加拿大政府網站: <http://travel.gc.ca/travelling/children/consent-letter>。(最後瀏覽日:2014/1/4)

(3) 英國法

英國法關於未成年子女之拐帶，於1984年制定了Child Abduction Act 1984¹²⁹，

¹²⁹ 參考自：<http://www.legislation.gov.uk/all?title=Child%20Abduction%20Act%201984>。(最後瀏覽日：2014/1/4)，其中相關條文經 Children Act 1989 取代：(底線部分為本文所加)

Sec. 1 Offence of abduction of child by parent, etc.

(1) Subject to subsections (5) and (8) below, a person connected with a child under the age of sixteen commits an offence if he takes or sends the child out of the United Kingdom without the appropriate consent.

(2) A person is connected with a child for the purposes of this section if—

- (a) he is a parent of the child; or
- (b) in the case of a child whose parents were not married to each other at the time of his birth, there are reasonable grounds for believing that he is the father of the child; or
- (c) he is a guardian of the child; or
- (d) he is a person in whose favour a residence order is in force with respect to the child; or
- (e) he has custody of the child.

(3) In this section ‘the appropriate consent’, in relation to a child, means—

- (a) the consent of each of the following—
 - (i) The child’s mother;
 - (ii) the child’s father, if he has parental responsibility for him;
 - (iii) any guardian of the child;
 - (iv) any person in whose favour a residence order is in force with respect to the child;
 - (v) any person who has custody of the child; or
- (b) the leave of the court granted under or by virtue of any provision of Part II of the Children Act 1989; or
- (c) if any person has custody of the child, the leave of the court which awarded custody to him.

(4) A person does not commit an offence under this section by taking or sending a child out of the United Kingdom without obtaining the appropriate consent if—

- (a) he is a person in whose favour there is a residence order in force with respect to the child, and
- (b) he takes or sends him out of the United Kingdom for a period of less than one month.

(4A) Subsection (4) above does not apply if the person taking or sending the child out of the United Kingdom does so in breach of an order under Part II of the Children Act 1989.

(5) A person does not commit an offence under this section by doing anything without the consent of another person whose consent is required under the foregoing provisions if—

- (a) he does it in the belief that the other person—
 - (i) has consented; or
 - (ii) would consent if he was aware of all the relevant circumstances; or
- (b) he has taken all reasonable steps to communicate with the other person but has been unable to communicate with him; or
- (c) the other person has unreasonably refused to consent,

(5A) Subsection (5)(c) above does not apply if—

- (a) the person who refused to consent is a person—
 - (i) in whose favour there is a residence order in force with respect to the child; or
 - (ii) who has custody of the child; or
- (b) the person taking or sending the child out of the United Kingdom is, by so acting, in breach of an order made by a court in the United Kingdom.

(6) Where, in proceedings for an offence under this section, there is sufficient evidence to raise an issue as to the application of subsection (5) above, it shall be for the prosecution to prove that that subsection does not apply.

(7) For the purposes of this section—

- (a) “guardian of a child”, “residence order” and “parental responsibility” have the same meaning as in the Children Act 1989; and

其中 1984 年法案第 1 條第 (1) 項中規定，任何與未滿 16 歲之子女有關係之人，未經適當同意即攜帶子女出入境之人，即違反該法案。所謂「與未成年子女有關係之人」(a person connected with a child) 規定於同條第 (2) 項，包括子女之父母、子女出生時父母尚未結婚，但可合理認為係該子女之父親之人，或子女之監護人。所謂「適當之同意」(the appropriate consent) 規定於同條第 (3) 項，包含子女之母親、具親權之父親、子女之監護人，或是提供未成年子女住所等有權決定未成年子女事務之人等之同意。英國政府網站¹³⁰中亦提及，父母之一方欲攜帶未滿 16 歲之子女出境，須得其他親權人之書面同意 (the permission of anyone else with parental responsibility)。

(4) 澳洲法

澳洲法針對此問題，於 2005 年澳洲護照法案 (Australian Passports Act 2005)

¹³¹中第 11 條¹³²設有規定。其中規定，為未滿 18 歲之未成年子女申請護照時，須

(b) a person shall be treated as having custody of a child if there is in force an order of a court in the United Kingdom awarding him (whether solely or jointly with another person) custody, legal custody or care and control of the child.

(8) This section shall have effect subject to the provisions of the Schedule to this Act in relation to a child who is in the care of a local authority detained in a place of safety, remanded to a local authority accommodation or the subject of proceedings or an order relating to adoption.

¹³⁰ 參考自: <https://www.gov.uk/permission-take-child-abroad>。(最後瀏覽日:2014/1/4)

¹³¹ 參考自: <http://www.comlaw.gov.au/Series/C2005A00005>。(最後瀏覽日:2014/1/4)

¹³² Sec. 11 Reasons relating to child without parental consent or court order for travel (底線部分為本文所加)

(1) The Minister must not issue an Australian passport to a child unless:

(a) each person who has parental responsibility for the child consents to the child travelling internationally; or

(b) an order of a court of the Commonwealth, a State or a Territory permits the child to travel internationally.

(2) Subsection (1) does not prevent the Minister from issuing an Australian passport to a child if:

(a) circumstances specified in a Minister's determination as special circumstances exist; or

(b) the Minister is satisfied that the child's welfare (physical or psychological) would be adversely affected if the child were not able to travel internationally; or

(c) the Minister is satisfied that:

(i) the child urgently needs to travel internationally because of a family crisis; and

(ii) if there is a person who has parental responsibility for the child and whose consent to the child travelling internationally has not been given—it is not possible to contact that person within a reasonable period; or

(d) in the case of a child who is outside Australia—the child departed Australia less than 12 months before the application for the passport was made and the Minister considers that a passport should be issued to

得到所有親權人之同意 (each person who has parental responsibility for the child)。同條第 5 項規定該親權人包括未經法院宣告停止親權之父母，或是與子女同居、長時間相處、負責子女長期保護教養之人，或是子女之監護權人在內。

(5) 日本法¹³³

日本法亦無明文關於未成年子女之出境限制。但是在為未成年子女（未滿 20 歲）申請護照（「未成年者の旅券発給申請」）之程序上，父母之一方須於申請書上法定代理人簽名欄內簽名。但於申請以前，若具有親權之他方父母，已事前向國內護照發放之主管機關或是日本駐外之大使館表示不同意之意思，護照發放機關即須於發放護照前確認其意思。只有已事前表示不同意之一方父母提出護照申請同意書後，始得發放該未成年子女之護照。

enable the child's return to Australia.

(3) If the Minister refuses to issue a passport to a child, the Minister may declare that he or she is refusing to exercise the discretion under subsection (2) because the matter should be dealt with by a court.

Note: For example, the Minister may make a declaration under this section if the persons who have parental responsibility for the child disagree about the child travelling internationally.

(4) For the purposes of subsection (1), a reference to:

(a) a person consenting to a child travelling internationally includes a reference to a person consenting to the issue of an Australian passport to the child; or

(b) an order of a court permitting a child to travel internationally includes a reference to an order permitting:

(i) the issue of an Australian passport to the child; or

(ii) contact outside Australia between the child and another person.

(5) For the purposes of this section, a person has parental responsibility for a child if, and only if:

(a) the person:

(i) is the child's parent (including a person who is presumed to be the child's parent because of a presumption (other than in section 69Q) in Subdivision D of Division 12 of Part VII of the *Family Law Act 1975*); and

(ii) has not ceased to have parental responsibility for the child because of an order made under the *Family Law Act 1975*; or

Note: The presumptions in the *Family Law Act 1975* include a presumption arising from a court finding that a person is the child's parent, and a presumption arising from a man executing an instrument under law acknowledging that he is the father of the child.

(b) under a parenting order:

(i) the child is to live with the person; or

(ii) the child is to spend time with the person; or

(iii) the person is responsible for the child's long-term or day-to-day care, welfare and development; or

(c) the person is entitled to guardianship or custody of, or access to, the child under a law of the Commonwealth, a State or a Territory.

¹³³ 相關內容參考自日本外務省網站: <http://www.mofa.go.jp/announce/info/passport.html>。(最後瀏覽日:2014/1/4)

他方父母若欲事前向護照發放機關表示不同意之意思，須親自至護照發放機關提出書面，並檢附證明其為親權人之相關證明文件。

(6) 瑞士法¹³⁴

瑞士法針對未成年子女申請護照時的特殊規定如下：

子女於出生時即應經由其法定代理人申請單獨的護照。即使剛出生，也會要求照片。雖然嬰兒的臉不會像成人般辨識性高，亦會隨時間迅速的成長變化。但至少已經有可以明顯辨別的特徵，如耳朵的位置、眼睛的形狀等。此對於如何驗明子女之身分是重要的，以利於減少子女被誘綁以及對抗販賣兒童集團。

未滿七歲的未成年子女無須簽名。未滿 12 歲之未成年子女則放棄使用按指印之方式。未成年子女在申請護照時必須有其法定代理人陪同。若父母雙方共同行使對該子女之親權時，原則上在申請護照時僅需一方父母的簽名即可。但若無法推定他方父母亦同意申請未成年子女之護照者，則發照之主管機關應取得雙方父母之簽名同意。

又為了預防子女被誘綁之可能，對於父母一方有誘綁其未成年子女之虞時，應儘可能迅速通知負責發放護照之主管機關(瑞士外交部與位於外國的瑞士代表處)。一旦主管機關接獲通知，則對於未成年子女之護照申請僅能在有親權之雙方父母同意下方得為之。對於此一資訊主管機關在處理時，應保守秘密。

(7) 小結

由上開重要國家的法制規定可知，多數均採肯定見解，未成年子女須得雙方法定代理人同意始可出境，此等法規方向，值得我國法制上學習。

目前我國有關未成年子女入出境之規定，僅為：「未成年國民出國，是否須

¹³⁴ 相關內容參考自下述網站：

http://www.schweizerpass.admin.ch/pass/de/home/ausweise/allgemeines/kinder_minderjaehrige.html#。(最後瀏覽日：2014/1/12)

經其監護人之一方或雙方同意，現行『入出國及移民法』及其相關法並無明文規範，亦即均可出國；惟倘未成年國民之父母因離婚或親權糾紛而涉訟，當事人之一方為保障其親權之行使，在向法院聲請假處分並經核准，內政部入出境管理局即依法院之通知，依同法第六條第一項第二款後段之規定，禁止其出國。¹³⁵」我國此等現行規定與上開國家規定須經雙方同意，未成年人始可出國不同，事前之紛爭預防似不足夠。參考上開國家規定，作為事前預防大陸配偶在離婚子女親權法院尚未酌定，即將子女帶回大陸，造成兩岸法制差異上的困境，求助無門之爭議發生，應有必要。

2. 對於我國法之建議

(1) 暫時處分制度

家事事務法中之暫時處分制度，雖可讓法院就已受理之家事非訟事件，於本案裁定確定前，認有必要時，得依聲請或依職權命為適當之暫時處分。亦即離婚父母之一方向法院請求子女親權之酌定時，若發現子女有被他方父母帶離境外之可能性時，即可向法院聲請暫時處分，而禁止該子女出境。惟此一規定僅於訴訟繫屬後方能為之，無法在父母一方發現他方有將子女帶出國之計畫時，立即採取防範之措施，而有緩不濟急之可能。因此，除了暫時處分制度之外，我國實可仿效上述外國法之規定，而就父母一方有誘綁其未成年子女之虞時，應儘可能迅速通知負責發放護照之主管機關。一旦主管機關接獲通知，則對於未成年子女之護照申請僅能在有親權之雙方父母同意下方得為之。

(2) 未成年子女遭父母（或親屬）擅帶離家失蹤案件協尋作業流程（2014年1月29日社會及家庭署制定）

有鑑於跨國及兩岸通婚業成常態，於婚姻生變時，常導致父母雙方為爭奪對

¹³⁵ 資料來源網址: <https://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1083694&ctNode=29665&mp=1>（最後瀏覽日 2014年2月21日）

於未成年子女親權之行使，而其中一方攜未成年子女返回母國，造成他方與其子女失聯，甚至有遭拒絕會面之情事，連帶影響兒童及少年之權益。因此為避免民眾因多方管道求助無門，衛生福利部所轄之社會及家庭署乃訂定「未成年子女遭父母（或親屬）擅帶離家失蹤案件協尋作業流程」，並結合「失蹤兒童少年資料管理中心」為窗口，統一受理案件。在該作業流程中，結合私人、民間機構、地方政府與公家單位之力量，填表通報後，由衛福部視該未成年子女出境與否，交由相關機構幫忙搜尋，同時結合法院核發暫時處分命令之規定，在子女未出境時，禁止其出境。

（3）於護照條例增訂相關規定

我國於護照條例第十條第二項僅規定：「未成年人申請護照須父或母或監護人同意。但已結婚者，不在此限。」就此規定，實無法防範未成年子女遭父母一方拐帶至國外的可能。故在參照前述之外國立法例，可提出下列兩種寬嚴之立法方式。

一為仿照瑞士法之規定：「未成年子女在申請護照時應有法定代理人之陪同。於父母雙方共同行使親權者，申請護照時僅需一方父母之簽名同意。但無法推定他方父母同意申請未成年子女之護照者，發照主管機關應取得雙方之簽名同意。」

一為仿照英美法之規定：「未成年子女申請護照時，應由雙方父母或監護人共同為之，並應提出相關證明文件（一項）。僅一方父母申請者，應出具他方父母同意之證明文件。主管機關於核發未成年子女之護照時，並應通知他方父母（二項）。」

（二）事後救濟管道一

1. 增訂民法第 1055 條之一

離婚後子女親權之酌定依我國法之規定，由法院依子女最佳利益來判斷，又就何謂子女最佳利益，實為一抽象之法律概念，故於我國民法第 1055 條之一明定判斷子女最佳利益之原則。依該規定，「法院為子女親權酌定之裁判時，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」。然此一規定在前述對於我國裁判之分析發現，法官據以依據之社工訪視報告，過於單面向，於境外婚姻的情況下，也無法針對已離境之父母一方為訪視。故立法院乃於 2013 年 12 月對於本條加以修正，新增第二項之規定，「前項之子女最佳利益之審酌，法院參考社工人員之訪視報告，另得依聲請或依職權命家事調查官，或囑託警察機關、稅捐機關、金融機構學校及其他有關機構、團體或具有相關專業知識之適當人士就特定事項調查之結果認定之。」此外，也正視父母一方拐帶子女之現象，為減少此一現象發生之可能，於第一項第六款中，將父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為，作為酌定親權人之不利益考量，而將善意父母之原則明文化。此一修正由立委王育敏與潘維剛所提出，在其立法理由說明中指出，父母親在親權酌定事件中，往往扮演互相爭奪之角色，因此有時會以不當之爭取行為，例如訴訟前或訴訟中隱匿子女、將子女拐帶出國、或不告知未成年子女所在地等行為，獲得與子女共同相處之機會，以符合所謂繼續性原則，故增列此款規定，供法院審酌評估父母何方較為善意，以作為親權所屬之判斷依據。如此或可消弭父母對子女先搶先贏的現象，不再使孩子成為工具¹³⁶。惟此一規定雖針對父母一方有拐帶子女之情形而設，但對於兩岸跨境婚姻離婚後子女親權爭議之解決，實幫助有限。

2. 落實海牙子女誘綁公約之可能性

兩岸通婚頻繁之下，未來會面臨愈益增多的拐帶子女情形，此在歐美各國已覺察此一現象，而以簽署海牙子女誘綁公約解決此一問題，其規範目的在於迅速將被不法移置或留置在締約國之子女返回其習慣居所地，而不尋求解決雙方有關

¹³⁶ 參見立法院公報 102 卷，63/71 期，163/167 頁。

實體法上親權之爭執。簽署此約之後，將能有效遏止搶奪子女之現象。在此次北京研討會中，楊曉林律師已提及中國目前有考慮簽署此一公約，而我國亦可嘗試將公約內容內國法化之方向進行。進一步而言，如果台灣與大陸以落實海牙子女誘綁公約之精神，商談由大陸執行交付被陸配帶回大陸之未成年子女，或許是一個將來的可能性¹³⁷。

二、在兩岸婚姻訴訟所衍生社福單位訪視或探視的問題上

(一) 境外訪視

此部分由於涉及兩岸法院實務與婚姻法制的實際落差，如不透過兩岸共同認可的民間訪視單位進行訪視，勢必無法落實我國家事事件程序中要求的訪視規定，不僅欠缺對當事人重要的憲法層次的聽審權與訴訟程序之保障，亦無法保護兩造當事人以及子女之權益與最佳利益。在兩岸婚姻頻仍之下，境外訪視調查的必要性是值得肯認。只是此一境外訪視調查應如何進行，方能在兩岸跨境離婚子女親權酌定事件上，成為法官可參酌之依據¹³⁸，並能給予跨境夫妻在取得親權上有公平之機會，而能落實子女之最佳利益。

¹³⁷ 參見附錄九，頁 153 楊曉林律師之發言：「(吳從周問)：如果兩岸讓兩會去談，有沒有可能在這個地方特別去談，大陸在思維上會不會同意？(楊曉林答)：有一定的可能性，因為今年七月外交部他們有在做，有考慮加入 1980 年公約的可能性，因為這個公約目前有 90 個國家或地區加入了，台灣應該是沒有，香港跟澳門地區都以原殖民地的方式，就是英國和葡萄牙是公約締約國，在回歸以後繼續適用在這兩個地區。大陸在這塊主要受到日本的影響，因為日本去年受到了美國的督促，美國方面要求日本迅速加入 1980 年公約，這個基本已成定局，中國外交部也感覺這事情挺有壓力的。歐洲很多國家都已經加入這個公約除了 1980 年公約以外，區域性公約、白皮書也挺多的，歐盟最近也通過了孟薩爾的條約，DIS，也是關於誘拐的公約，北美也有這個公約，所以這問題在國際上其實是滿熱的。但是你剛講到說，大陸有沒有這種可能性，如果放到整體背景考慮下，那有可能性，因為外交部已經在國際間交往中考慮這個問題，如果在台灣跟大陸，因為我們沒有實證的資料，不知道這種相互牽離的案件數目到底有多大，但是這個問題肯定是滿嚴重的，尤其在大陸就是有孩子這樣的情形。(吳從周問)：所以以那個公約的精神來看.....(楊曉林答)：對，公約肯定適用在方案的精神上，最後可能是以它為框架，然後在我們兩邊個別制定，比如說我們最高院制定一個司法解釋，你們的立法院做一個有關規定。這個不是完全沒有可能性，還是有的。」

¹³⁸ 司法院為使社工訪視調查報告更具有可信度與訴訟上之證明力，而為法官採用與參考，已於本計畫進行中之 103 年 4 月 21 日制定「社工訪視(調查)報告之統一參考指標及格式」，內容分為：訪視對象基本資料與聯繫過程、酌定親權/會面探視之訪視事項及評估、改定親權/會面探視之訪視事項及評估、未成年子女訪視內容與評估、綜合評估及具體建議、檢附相關資料等六大部分(格式內容請參見司法院網站 <http://www.judicial.gov.tw/work/work08-01.asp>)。如果將來此等訪視的重要格式內容也可以成為兩岸訪視之共同或共識內容，將對於落實子女最佳利益以及兩岸跨境婚姻當事人聽審權保障之落實，提供更大的助益。

就此一境外訪視方式，有認為設立定點，由台灣與大陸機構合作進行訪視，會被認為較值得採信。又訪談大陸學者專家之結果，發現大陸也有法院個別試辦類似台灣訪視報告之社會調查報告或者所謂觀護報告，只是並非強制而普及的程序。惟執行觀護報告之機構在大陸並未特定，有委託婦聯、共青團進行，而在上海，則委由上海市陽光社區青少年事務中心指派社工或其他專業人員擔任觀護員，對兩造及子女進行社會調查，調查員會深入兩造及子女的生活，針對當事人的生活進行了解以及評估，後將觀察所得製作報告提交法院，法院據此作為審酌撫養權、探望權之裁判依據，後者已與我國社工人員所作成相仿。惟此一境外訪視報告之項目為何？是否已符合我國在判斷子女利益所需之內容，若可透過兩岸協商加以確定，將使此一訪視報告更足以採信。

此外，亦有認為可輔以調查訊問報告，而讓法官增加其判定之資料。在無法取得訪視報告時，可藉由送達之程序，以一權利告知書之方式，讓陸籍配偶了解離婚訴訟後子女親權酌定所生之權利與義務¹³⁹。

（二）遠距訊問

由於家事事件法第 12 條已明白規定可使用（可相互傳送聲音及影像之）遠距科技設備進行調查、訪視，而視同民事訴訟之直接審理。因此可考慮與大陸法院透過遠距設備而對子女進行訪視、調查，賦予其陳述意見之機會，甚至是作成調解。

雖然大陸目前並無遠距訊問法庭以及制度，但現今科技進步，遠距訊問時可輕易克服，受訪的法官多建議兩岸家事事件的訊問，特別是對於大陸配偶以及被攜回大陸的子女在法庭上的訊問，能夠透過遠距訊問的方式¹⁴⁰，使台灣的家事法官的親自訊問，其效果較囑託大陸訊問顯然來得快速且明確，證據的證明力也較為法官所接受。

¹³⁹ 參見附錄七，頁 125 鍾○○庭長發言。

¹⁴⁰ 參見高雄少家法院鍾○○庭長（附錄七頁 125）、花蓮家事法庭法官賴○○（附錄七頁 119）之意見。高雄少家法院廖○○法官則建議以遠距視訊之方式使未行使監護權之一方得與子女進行會面交往（附錄七頁 123）。

(三) 相關附帶建議

在本計畫實證訪談的過程中，研究團隊發現受訪的法院家事法庭或家事法院法官，對於兩岸（或者台越間）有互助協議可以協助刑事或民事訊問，顯得相對地陌生¹⁴¹，或者很少使用，有再發函促請司法院加強宣導使用之必要。

三、在兩岸法院交付子女裁判的承認與執行上

如前所述，大陸地區之裁判，特別是有關大陸地區之裁判涉及離婚以外的子女之監護權行使，而大陸配偶持該判決聲請台灣法院執行無監護權之台灣配偶交付子女與有監護權之大陸配偶，或者台灣配偶持該台灣判決聲請大陸法院執行無監護權之大陸配偶交付子女與有監護權之台灣配偶，在本計畫實際訪談兩岸實務專家¹⁴²、遍查所有文獻及網路相關新聞報導等嘗試後，皆未能發現有實際在台灣執行大陸判決或者在大陸執行台灣判決有關子女交付之案例¹⁴³；即使訪談過之十多年專辦家事案件經驗豐富之法官、律師以及專攻家事法之學者，亦均告知未聽過有執行兩岸子女交付之訊息¹⁴⁴。

¹⁴¹ 有些法官甚至可能是在受訪時第一次聽到，顯得相當驚訝。

¹⁴² 參見附錄之訪談及座談紀錄中法官或律師均告稱「沒聽過」或「沒印象」有這方面之案件。

¹⁴³ 此或可參見附錄九頁 154 楊曉林律師之發言作為佐證：「另外就是在這裡說，本來兩岸法院進行交付子女裁判，如何承認與執行呢，是放在最後，在前面的問題會連結，那我乾脆直接說了，我作為專業的家事律師，對這問題的理解。我之前徵求了中國政法大學國際學院的希陽全老師（音譯）的意見，這不是一個問題，但在現實當中又是問題，現在無法解決。有兩個文件，就是最高人民法院 1998 年制定了關於人民法院認可台灣地區法院民事判決的規定，此後又分別作出了《關於當事人持台灣地區法院民事調解書，或者有關機構出具或確認的調解協議書，向人民法院聲請認可，人民法院是否受理的批復》，還有一個是《關於當事人逕台灣地區有關法院支付令，向人民法院聲請認可，人民法院是否受理的批復》，1998 年就制定這麼一個規定，然後 2009 年 5 月 14 日生效的《關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的補充規定》，媒體當時普遍認為這具有重大意義，認為是被認可的台灣法院判決，與我們內地人民法院生效的判決，具有同等效力。對於規範聲請認可台灣地區法院民事裁判文書案件的合法權益，將起到積極的推動作用，確定了內地與台灣兩地的法院都有管轄權的情況下去打，對台灣地區婦女等保護利益比較大，**在台灣打贏後，在內地聲請執行就可以了。**但我非常困惑的，是 2009 年 5 月 14 日生效的補充規定，是針對 1998 年的規定作補充，從這兩個文件，我都解讀不出來，在婚姻家事這塊，跟國外、台灣、香港判決承認的最大問題，就是只承認離婚，子女扶養跟財產分割都不承認，這裡面看不出來，跟以往有什麼實質變化，不知道媒體跟學術上怎麼解讀，但我們做實務的來說，不寫清楚就很難判斷，所以希陽全老師才說這不是問題。**從 2009 年到現在四年多，我們沒有看到真正能認可並執行，特別是執行台灣子女被帶回來的。」**

¹⁴⁴ 附帶記明者係，在本研究計畫之期末審查會上，與會之海基會同仁曾告知，基隆地院曾有一大陸配偶將未成年子女帶回大陸，而在台灣之配偶取得子女監護權之勝訴裁判後，因為無法執行，乃函請海基會協助執行之案例。海基會透過海協會在大陸找到大陸配偶進行協調，已經協調成功，在履行協議之條件後，即可將子女自大陸帶回。雖然並非透過大陸之法院執行，而係類似以調解之方式為之，但至少為罕見成功的兩岸子女交付案件，開啟一道可能之路。

因此，在兩岸法院交付子女裁判的承認與執行之層次上，如前所述地，充其量只有到達聲請台灣法院依兩岸人民關係條例聲請法院裁定「認可」之層次，而無庸再涉及進一步「執行」之必要。

抑有進者，本計畫研究團隊前往大陸北京拜訪相關領域親屬法學者時，當直接問及：如果台灣的法院將兩岸跨境婚姻中夫妻所生子女判給台灣配偶，但子女已經在大陸，如何執行？時，所獲得的回答甚至竟是：「請當事人實際到大陸聲請執行，就可以打出一個個案來」等語。對此本計畫僅能期待並展望將來有此類具體個案，得依本文前述之法制情形與學說論述之介紹，進行合乎子女最佳利益的執行方式矣！

不過，再退一步言，如前所述地，代表大陸地區對於子女交付執行之最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國婚姻法〉若干問題的解釋（一）》第 32 條之內容：「婚姻法第 48 條關於對拒不執行有關探望子女等判決和裁定的，由人民法院依法強制執行的規定，是指對拒不履行協助另一方行使探望權的有關個人和單位採取拘留、罰款等強制措施，不能對子女的人身、探望行為進行強制執行」，只能透過協商勸諭與說明之方式為之，此一對於子女人身不能採取交付的強制執行與台灣在法制上之落差，恐怕才是將來即使真的有台灣之確定判決聲請大陸強制執行時，必須面對的兩岸執行子女交付之可能的最大公因數，而此似亦為兩岸跨境婚姻在法院交付子女裁判的執行上，台灣配偶必須接受與耐心面對者。

主要參考文獻

一、中文專書

王麗萍（2004），《婚姻家庭法律制度研究》，山東人民出版社。

江偉（1998），《中國民事訴訟法專論》，北京，中國政法大學出版社。

吳明軒（2011），《民事訴訟法（中）》，修訂九版，自版。

林山田（2005），《刑法各罪論（下）》，五版，自版。

姜世明（2011），《非訟事件法新論》，一版，台北:新學林。

陳計男（2010），《民事訴訟法論下》，修訂五版，台北:三民。

陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2011），《民法親屬新論》，10 版。

陳榮宗、林慶苗（2011），《民事訴訟法論（上）》，修訂七版，台北:三民。

童兆洪主編（2002），《民事強制執行新論》，人民法院出版社。

劉鐵錚、陳榮傳（2008），《國際私法論》，修訂四版，台北:三民。

賴來焜（2007），《強制執行法總論》，台北:元照。

戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2012），《親屬法》，自版。

二、中文論文

李玲玲（1997），〈論離婚後之親權及其修正〉，收錄於《固有法學與當代民事法學》，頁 485-522。

沈冠伶（2006），〈親權及交付子女事件之外國裁判的承認及執行與「未成年子女最佳利益保護」原則〉，《台灣本土法學雜誌》，84 期，頁 94-105。

林秀雄（2003），〈我國親屬法之現狀與課題〉，《月旦法學雜誌》，100 期，頁 42-53。

姜世明（2009），〈大陸地區民事確定判決之承認與執行:評最高法院 96 年台上字第 2531 號民事判決〉，《台灣法學雜誌》，123 期，頁 37-46。

施慧玲（2004），〈子女最佳利益與離婚後親權行使〉，收錄於《家庭法律社會學論文集》，頁 223-259。

洪遠亮（2011），〈子女利益及監護理論之新趨勢—從北院 98 年度婚字第 244 號判決談起〉，《法學叢刊》，222 期，頁 101-152。

胡志超（2008），〈我國現代對人執行制度構建論〉，《武漢大學學報》，第 3 期，頁 325-329。

張文郁（2010），〈論大陸判決之承認—兼評最高法院九十六年度台上字第二五三一號判決和九十七年度台上字第二三七六號判決〉，《月旦法學雜誌》，178 期，頁 246-257。

陳啟垂，〈外國判決的承認與執行〉，《月旦法學雜誌》，75 期，頁 147-170。

陳葦（1998），〈離婚後父母對未成年子女監護權問題研究〉，《中國法學》，第 3 期。

黃國昌（2009），〈一個美麗的錯誤：裁定認可之中國大陸判決有無既判力？—評最高法院九十六年度台上字第二五三一號判決〉，《月旦法學雜誌》，167 期，頁 186-203。

楊建華（1992），〈大陸地區民事確定裁判認可之程序〉，《司法周刊》，第 591 期

雷文玟（1999），〈以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究〉，《台大法學論叢》，28 卷 3 期，頁 245-309。

劉宏恩（2011），〈「子女最佳利益原則」在臺灣法院離婚後子女監護案件中之實踐—法律與社會研究之觀點〉，《軍法專刊》，57 卷 1 期，頁 84-106。

賴見強（2006），〈父母離婚，小孩歸誰！？—離婚後未成年子女親權人之決定〉，《全國律師》，59 期，頁 68-70。

謝如媛（2007），〈父母之一方爭奪小孩的行為是否成立略誘罪？〉，《月旦法學雜誌》，140 期，頁 205-216。

魏大曉（2002），〈論子女之交還與交付〉，收錄於《民法親屬繼承實例問題分析》。

三、其他

法律出版社法規中心（2012），《中華人民共和國婚姻法注解與配套》，法律出版社。

