

離婚後子女監護案件「子女最佳利益原則」的再檢視 ----試評析 2013 年 12 月修正之民法 1055 條之 1 規定

劉宏恩

政治大學法學院副教授

壹、緒論：國內法與國際法共同要求的「子女最佳利益原則」

關於離婚後子女監護安排的決定，我國民法親屬編於 1930 年公布時，原本是採取父權優先、推定由父親擔任監護的原則。這個明顯違反男女平等的規定施行了超過一甲子，直到 1996 年立法院修正民法第 1051 條、第 1055 條等規定，才終於改採性別中立的「子女最佳利益原則」做為離婚後子女監護安排的決定標準。一轉眼間，此一新標準的實施已有十八年。雖然它在立法形式上已無違反男女平等的問題¹，但是「子女最佳利益」高度不確定法律概念的性質，以及它在具體案例中實際判斷上的困難，卻又引發了許多新的爭議。

在討論這個原則於適用上的爭議之前，我們必須先回到其立法目的與立法精神上做探討，藉由目的性的思考來引導接下來的討論，以避免我們流於法條文義上面的各說各話。在家事事件及兒少保護事件中，「子女最佳利益」(the best interests of the child)此一原則，首先強調的是未成年人的**主體性**。亦即認為：未成年子女雖然身心尚未成熟，但仍然具有獨立的人格與權益，孩童的利益並非父母或任何成年人的附屬利益，未成年人當然也不是其父母或任何成年人的權利客體。在離婚後子女監護的爭議中，其焦點不再是「誰『有權』擔任監護」，而是「由誰擔任監護『對子女最爲有利』」。從這個角度觀之，傳統法律用語或社會習慣上，經常有「監護權由誰取得」、「爭奪監護權」之類的說法，這其實是有疑義的。因為孩子並不是權利客體，像是家中的沙發或汽車一樣，可以成爲被取得或被爭奪的權利標的。²

¹ 誠然，這樣的立法在形式或字面上屬於性別中立，但是法官、當事人及社會大眾對它的實際解釋適用上是否真的也是性別中立，可能是另外一個問題。可參考 Susan Beth Jacobs, *The Hidden Gender Bias Behind "The Best Interest of the Child" Standard in Custody Decisions*, 13 GA. ST. U. L. REV. 845 (1996).

² 這也是爲什麼本文儘可能採取「監護決定」、「監護安排」或「親權責任」之類的用語，避免使用「監護權」的措詞。事實上 1996 年修法時，立法者也刻意強調父母對於未成年子女同時有「權利」及「義務」的兩面性（見民法第 1055 條），以避免吾人誤解父母對於其子女是

這個原則的第二個重點是未成年子女利益保護的**優先性**。任何紛爭只要牽涉未成年子女的權益在其中，處理時就必須以其最佳利益為優先考量，孩童的利益要優先於大人的利益受保護，成年人的利益在未成年人保護的面前需做必要退讓。這個優先性不僅在我國的「兒童及少年福利與權益保障法」第 5 條有明文規定，在聯合國「兒童權利公約」(Convention on the Rights of the Child) 第 3 條亦明白予以揭示，是國際法與國內法的共同要求。³

以上無論是子女利益的「主體性」或「優先性」的考量，從 1996 年修法時增訂的民法第 1055 條之 2 可以看得更清楚：「父母均不適合行使權利時，法院應依子女之最佳利益並審酌前條各款事項，選定適當之人為子女之監護人，並指定監護之方法、命其父母負擔扶養費用及其方式」。顯然，子女的利益並非離婚訴訟當事人（父和母）的利益，而且為了維護子女最佳利益，法院可以將子女酌定給第三人來行使監護。

就法院程序而言，由於未成年人相對於成年人較無法替自己發聲或替自己主張權益，所以更需要國家保護。而且基於上述的「主體性」及「優先性」，無論未成年子女是不是訴訟當事人，法院都有優先保護他的利益的責任。而子女的利益並非附屬於父母的利益，因此不能任由離婚訴訟的當事人（父和母）來自行主張或處分。這也是為什麼從前民事訴訟法第 572 條之 1、第 575 條之 1 等規定，以及現在的家事事件法第 10 條等規定，明示法院對於未成年子女利益事項之決定應採職權主義，而非當事人主義。亦即要求法院扮演著未成年子女利益的守門員（gatekeeper）的角色。

貳、「子女最佳利益」之具體判斷：民法第 1055 條之 1 之適用

但是究竟什麼是「子女最佳利益」，在個案上又應如何具體判斷呢？1996 年民法親屬編修正時增訂了第 1055 條之 1，要求法院於判斷時應特別注意子女之年齡、性別、意願及人格發展之需要、父母之經濟能力及生活狀況、社工人員訪視報告……等十餘個事項。乍看之下該條文提供了法院判斷子女最佳利益的標準，但是實際上，它對於子女最佳利益的判斷卻幫助有限。

單向式的權利。

³ 事實上我國立法院已於 2014 年 5 月三讀通過「兒童權利公約施行法」，使該公約亦具有國內法律之效力。值得注意的是：無論是「兒童及少年福利與權益保障法」還是「兒童權利公約」，其適用的對象是指未滿十八歲的未成年人。

一、民法第 1055 條之 1 僅例示應審酌因素，並未提供判斷標準

民法第 1055 條之 1 其實無法作為子女最佳利益的「判斷標準」，僅僅只是法院必須審酌的各種「情狀」或「因素」的例示而已。舉例而言，該條第一款提到「子女之性別」，那究竟是子女的性別為男性時，還是子女的性別為女性時，應該優先判給爸爸？該條又提到「子女之健康情形」，那究竟是子女身體健康時，還是子女身體不健康時，才應該優先判給媽媽呢？從這兩個例子應該就可以明白：若有論者以為該條提供了子女最佳利益的判斷標準，恐怕是有所誤解，因為該條第一項首先就強調法院應「審酌一切情狀」，至於接下來所列出的這些事項只是「尤應注意」的某些情狀而已。換言之，對於子女最佳利益的決定仍然必須做綜合考量與綜合判斷，不能夠僅僅抽出某個單一因素作為標準，形同排除其他因素。上述舉例所提到的「性別」、「健康情形」固然如此，其他諸如「父母之經濟能力」、「子女之意願」、「社工人員訪視報告」也一樣如此。因此，若有法院判決時僅僅因為「父母的經濟能力」這個單一因素就判決子女監護歸屬，或是僅僅因為「子女之意願」就判決子女監護歸屬，恐怕已違反民法第 1055 條之 1 的規定。⁴

我們可再進一步舉例做討論。例如：曾有實證研究的統計顯示，「父母之經濟能力」是台灣法院於離婚後子女監護案件最常考量的因素之一⁵。但是這並不代表法院應該將子女監護判由經濟能力較佳的一方行使，因為若是經濟能力較佳的一方在考量到其他因素（例如他與子女之感情狀況、子女之意願及人格發展之需要等）的情況下，發現他相對另一方而言較不適合照顧子女，則法院可能將子女判由另一方來行使監護地位，並同時命經濟能力較佳的這一方仍須給付子女扶養費。這也是為什麼 1996 年修正民法時特別增訂第 1116 條之 2，明文規定「父母對於未成年子女之扶養義務，不因離婚而受影響」，同時也於民法第 1055 條第 5 項規定「未取得子女監護地位之一方，可以繼續與子女會面交往」。立法目的上就是希望要打破過往「全有全無」式的監護模式：取得監護地位的一方將擁有完全獨佔而排他的親權，並同時必須負擔對子女全部的義務；至於未取得監護的一方，則權利義務全部皆無，既沒有會面交往（探視）的權利，也不須負擔任何子女扶養費用⁶。這種傳統模式經常使子女與未任監護之一方父母，在雙親離婚後形同陌路、感情關係中斷，而且也會使子女無法再同時享有雙親的經濟資源的

⁴ 我國立法者於 1996 年引進子女最佳利益原則時曾經參考美國法，而關於「應審酌一切情狀」這個要求，在美國法也有類似的規定。見 ANDREW I. SCHEPARD, CHILDREN, COURTS, AND CUSTODY 164 (2004).

⁵ 劉宏恩，「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（Law and Society Research）之觀點，載：法文化研究——繼受與後繼受時代的基礎法學，2011 年 5 月，353 頁。

⁶ 早期實務常引用最高法院 56 台上 419 號判例關於「扶養義務與監護結合」的見解，來作為此種監護模式的依據。該判例一直遲至 2003 年 5 月 27 日才由最高法院 92 年度第 9 次民事庭會議決議不再援用。

照顧，明顯對於子女不利。

又譬如「子女之意願」。實務上有許多法官將其視為最具有決定性的考量因素。但是我們是否可以認為「子女之意願」應該優先予以尊重，所以就直接依據子女的意願來決定監護安排呢？恐怕不然。姑且不論年幼子女的意願往往難以確定，即使是心智較成熟、能夠清楚表達自己意願的子女，法院是否適合直接引用其選擇而做裁判，也是大有疑問。以本文作者於公益法律服務時曾經手的某案件為例：一位十三歲的少女，堅持要在父母離婚之後跟著爸爸，意願極其清楚而堅決。但是在進一步瞭解之後才發現：她是一位國中中輟生，爸爸告訴她「恁爸以前也沒有去讀書啦！學校不用去，每天泡網咖隨便你啦」，完全不想管她也沒有去照顧她；但是媽媽每天苦口婆心叮嚀她去上學，經常管她三餐要好好吃飯衣服也要穿夠，還念她不要結交壞朋友。所以青春期的叛逆少女堅決選擇「給她自由」的爸爸，而不是「煩死人」的媽媽。此時若有法官認為「子女之意願當然應該尊重」，沒有依法去「審酌一切情狀」、考量其他因素，這能夠符合「子女最佳利益」嗎？⁷

值得關注的是：由於「子女最佳利益」的判斷十分複雜，且離婚夫妻彼此的情緒張力與訟爭對抗經常相當激烈，帶給承審法官非常大的壓力。如果「尊重子女的意願」聽起來是如此具有正當性，而且法官最後做決定是根據「子女自己的選擇」，可以讓雙方父母最沒有話說，那會不會有法官在有意無意間，把自己難以做判斷選擇、也難以讓父母達成共識的難題，其壓力全部丟到子女身上來承擔，要孩子來「做個選擇」，這樣子法官也比較好判？若是如此，立法設計上又何須法院來扮演未成年子女利益的守門員呢？讓孩子站到火線上面臨抉擇時的痛苦和忠誠上的衝突，使他與未被選擇的一方父母的關係可能破裂，這對孩子來說公平嗎？法院若是動不動就以「子女之意願」為最終決定依據，真的能符合「子女最佳利益」嗎？⁸

二、社工人員訪視報告及其實務上的問題

1996年民法親屬編修正增訂第1055條之1時，明文規定法院為離婚後子女

⁷ 這也是為什麼美國許多州的州法都要求：考量子女意願時，除了必須以該子女具有一定的成熟度及智能為前提之外，還必須該子女的選擇是「合理的」(reasonable)。例如：Fla. Stat. Ann. § 39.810; Mich. Comp. Laws Ann. § 722.23; R.I. Gen. Laws § 15-7-7(c); Va. Code Ann. § 20-124.3.

⁸ 由於家事事件法第108條及該法生效前之非訟事件法第128條等規定，台灣法院於離婚後子女監護事件中普遍會去徵詢子女意願。但是如何徵詢與確認孩子的真實意願、如何避免父母威脅或刻意討好來影響子女、如何區分孩子「想要的」(wants)跟他「需要的」(needs)、如何避免讓法院徵詢孩子意願這件事本身就造成了孩子的重大壓力與傷害，這些都需要極為謹慎而細緻的處理。可參考 BENJAMIN GARBER, DEVELOPMENTAL PSYCHOLOGY FOR FAMILY LAW PROFESSIONALS 239 (2010).

監護之裁判時，可「參考社工人員之訪視報告」，希望引入專業人士來協助法官判斷「子女最佳利益」。否則法官僅從短短幾次開庭的接觸、或是書面上的卷宗資料，通常難以知悉父母是否適任以及他們與子女之間的感情狀況與生活關係等重要資訊。誠如我國一位家事法庭法官在接受深入訪談時所說的：「我們法官沒有辦法親自到當事人家裡去觀察瞭解他們的互動，所以我們就把社工人員當成我們的眼睛、我們的耳朵，請他們去聽聽、去看看」。⁹

但是，雖然許多社工人員辛苦從事子女監護訪視調查，卻曾有很多法官、律師及當事人對社工人員訪視報告表達不滿，這甚至是 2013 年立法院修正民法第 1055 條之 1 的原始提案的重要理由¹⁰，也是監察院 2014 年 3 月一份調查報告所指出的重要問題¹¹。首先，許多法官指出：雖然他們很希望倚重社工人員訪視報告，但是有相當比例的訪視報告的品質令他們感到失望。例如有些訪視報告中只是單純記錄雙方當事人對社工人員的陳述，令法官覺得太過表面；有些訪視報告的調查項目與內容相當簡略；還有許多訪視報告根本看不到社工人員的「意見」或「專業評估」在哪裡，只是立場模模糊糊地把球丟回去請法官依照子女最佳利益自行判斷。¹²

其次，由於法院審理的離婚案件經常有當事人雙方分別居住於不同縣市的情形，因此父方、母方的訪視報告可能分別由不同縣市的社工人員各自分頭進行，但每一份報告都僅僅訪視其中一方。而且各個縣市竟然分別採用不同的訪視標準，其社工人員訪視調查的具體項目、內容和報告格式往往都有明顯歧異，最後的結果會得出兩份由不同人作成、且格式與內容都「無法互相比較」的報告，所以法院根本無從藉以判斷：究竟是父親、還是母親比較適合子女監護。即使曾有法官請求轄區內的社會局能夠跨縣市、同時做父方和母方的訪視調查，但是社會局卻不願意如此配合。¹³

事實上，由於經費及編制內社工人員人力的不足，台灣各縣市中，僅有五個縣市政府仍然是由其社會局自行辦理子女監護訪視調查，其餘 17 個地方政府都是委託民間團體辦理，不但不同縣市可能分別委託不同團體、甚至同一縣市也會在不同年度招標委託不同的民間團體，結果無論是在人員訓練與經驗傳承上，還是在調查標準與調查內容的一致性上，都顯得相當混亂。此點在前述監察院調查

⁹ Hung-En Liu, *Custody Decisions in Social and Cultural Contexts: In-Depth and Focus Group Interviews with Nineteen Judges in Taiwan*, 17 COLUMBIA JOURNAL OF ASIAN LAW 225, 268 (2004)

¹⁰ 請見本文「參」的說明與討論。

¹¹ 監察院，第 1020800273 號調查報告，2014 年 3 月。

¹² Liu, *supra* note 9, at 267-76.

¹³ 劉宏恩，同前註 5，384-395 頁。

報告中，有特別予以提及，值得關注。¹⁴

三、繼續性原則及主要照顧者原則

無論是實證研究的統計，或是法務部在立法院所做的專案報告，兩者都顯示：子女生活環境與照顧的穩定性／繼續性，以及發生離婚爭訟之前的主要照顧者為何，經常成為我國法院判斷子女最佳利益時的審酌因素¹⁵。事實上它們也是美國法院及德國實務決定子女監護時常做的考慮。因為，在兒童發展心理學上，子女成長環境及父母所提供照顧之穩定性與繼續性被認為對孩童較為有利，所以監護安排上應該儘可能避免子女成長環境有太過劇烈的變動，以致於對子女的身心發展及適應造成不良影響。¹⁶

台灣法院經常考量「繼續性原則」與「主要照顧者原則」的實務運作，其實也證明了民法第 1055 條之 1 列出的各種審酌情狀或因素僅僅只是「例示」而已，因為這兩個原則都不是該條明文規定出來的事項。值得注意的是：雖然「繼續性原則」與「主要照顧者原則」兩者的原理類似，但是仍有一些重要不同。譬如：「繼續性原則」重視的是離婚之前原本的子女照顧模式與生活環境能夠設法繼續維持，焦點在於那個「模式」或「環境」，至於這個原本的模式或環境中是不是一定有一個「主要照顧者」存在，還是屬於父母各自分工、平均擔任照顧者角色的情形，此一原則並沒有事先假設。但是「主要照顧者原則」傾向於認為：離婚前，父或母其中一方可能與子女有比較緊密的關係，而這位父或母因此可能比較適合於離婚後繼續照顧子女，所以法院爭訟的焦點往往集中在「誰」才是這位主要照顧者。

無論是台灣或是國外的法院，之所以經常考量「繼續性原則」或「主要照顧者原則」，也牽涉法院做判斷時對於事實證據的需求。由於離婚後子女最佳利益的判斷，是要求法院去「預測」未來要如何安排對子女最為有利，但是我們如何能預測未來呢？難道完全依據雙方當事人各自如同作文比賽般的「親職教養計畫」或「生活照顧計畫」嗎？還是說，藉由當事人與子女「過往的記錄」這些事實性的資料，可以幫助法官預測未來？父或母其中一方即使在「親職教養計畫」中畫出大餅、信誓旦旦說他未來將會如何仔細照顧或關心小孩生活起居，可是過往的生活記錄卻顯示他與孩子很少互動也很少實際承擔照顧責任，那麼法院自然傾向於認為「繼續性原則」或「主要照顧者原則」所強調的「過往既已存在的事實」、「當事人過去的行爲記錄」才更足以作為裁判依據。

¹⁴ 監察院，同前註 11，33 頁。

¹⁵ 劉宏恩，同前註 5，370-384 頁；立法院公報，102 卷 63 期，2013 年 10 月，150-153 頁。

¹⁶ SCHEPARD, *supra* note 4, at 163-74; 陳惠馨，比較研究中德有關父母離婚後父母子女間之法律關係，載：親屬法諸問題研究，1993 年，275-278 頁。

但是如同前面的討論，「繼續性原則」或「主要照顧者原則」也不能作為法院裁判的單一決定因素，而排除掉其他各種關於「子女最佳利益」的因素的考量。我國實務上曾經出現有當事人一旦計畫離婚就採取「先搶先贏」的手段，使他造當事人無法再與子女互動，藉以製造出自己是小孩的主要照顧者的既成事實，讓法院因此將子女酌定給自己監護¹⁷。事實上這樣的作法之所以可能得逞，一方面可能是因為離婚及子女監護事件的法院程序拖延過久，使此種既成事實得以形成；二方面可能是因為他造當事人不熟悉民法第 1089 條之 1 或是訴訟法上暫時處分的規定；三方面可能是因為有部份法官不瞭解這兩個原則的適用應該要追溯從子女出生時開始來看，究竟誰是主要照顧者或是原本已持續的照顧模式為何，不能只去看進入法院爭訟前短暫的那半年一年。假設法院真的「審酌一切情狀」，則父母一方惡意使子女與他方斷絕往來，這種可能對子女心理與人格發展造成傷害的行為與態度，原本就應該納入「子女最佳利益」的考量之內，豈能只因為他製造了自己是主要照顧者的（短暫）既成事實，就一定把孩子酌定由其監護呢？

簡言之，「繼續性原則」或「主要照顧者原則」跟民法第 1055 條之 1 所列出的其他各種因素一樣，原本就不能被抽離子女最佳利益的綜合考量而單獨予以適用，否則，再舉一個例子：若是這位過往的主要照顧者就是長期虐待子女的父或母，難道也要讓這種模式「繼續」嗎？當然不是。但十分遺憾，由於實務上對於「繼續性原則」或「主要照顧者原則」的若干誤解及誤用，使得它們遭到許多批評，並因此成為 2013 年 12 月修正民法第 1055 條之 1 時的重要理由之一。本文「參」將做進一步的討論。

值得附帶一提的是：民法第 1055 條第 3 項關於「改定監護」的規定，也明顯有「繼續性原則」或「主要照顧者原則」的考量在其中。該項規定「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」。亦即：父母離婚後子女原本已經依協議或依裁判，由其中一方行使親權責任，但是日後發現他對子女未盡責任或有所「不利」時，才能夠依本項規定聲請改定監護。請注意：聲請改定的要件並不是「由另一方行使將可對子女更為有利」，而必須是「原本行使的這一方對子女有所不利」。即使離婚後若干時日，因為雙方工作及生活條件等有所改變，變成原本未取得親權責任的另一方的條件將可以對子女更為有利，但是只要原本行使親權責任的這一方並未失職、也沒有對子女不利之行爲，那麼仍然不能改變既有監護安排。這就是為了避免子女生活環境及照護的穩定性遭到破壞，也可以避免父母因為彼此不斷競爭而反覆聲請改定，對子女身分上的安定性及心理發展造成損害。

¹⁷ 紀惠容，法官有所羅門王智慧嗎，蘋果日報，2011 年 7 月 29 日論壇版。

四、「共同監護」之適用及其實務上的問題

1996年修正民法親屬編時，第1055條第1項規定子女監護得「由一方或雙方共同任之」，明文承認「共同監護」(joint custody)制度。此一共同監護的安排，原先是希望讓父母雙方都在離婚後對子女行使負擔權利義務，藉以讓他們都能繼續與子女保持密切關係。但是根據國外的實務經驗及心理學實證研究：由於共同監護需要父母間諸多協力合作，因此通常僅於父母雙方都同意這種安排，且離婚後彼此仍能保持友好關係的情況下，始予考慮。否則若是離婚後的父母雙方無法和諧相處、互有敵意而難以相互信任、持續發生衝突、或是雙方住居所距離過遠，在這些情況下，所謂的「共同監護」根本窒礙難行，而且會使夫妻離婚前的衝突繼續延燒到離婚後，讓子女一直「卡」在父母雙方不間斷的衝突當中，痛苦不堪，共同監護的安排反而對子女明顯不利¹⁸。事實上，一對在離婚時就已根本無法合作和互信的父母，離婚後恐怕很難只因為法院一紙「共同監護」的判決就突然變得可以合作和互信。尤其，在我國的社會文化下，夫妻離婚後仍然能夠繼續做朋友、相互合作的期待可能性，往往比歐美社會更低，那麼在我國是否適合廣泛推行共同監護，實在必須審慎為之¹⁹。

此外，由於子女最佳利益的判斷十分複雜不易、父母雙方的爭執又非常激烈，「共同監護」會不會成為法院尋求解脫的一種「出路」，乾脆酌定或改定為「共同監護」，結果既可對父母雙方皆有所交代，又可免去深入調查具體審酌的困難勞煩？部份法院會不會在明明由一方單獨監護對子女較為有利的情形，仍然酌定或改定由父母「共同監護」，以掩飾其性別偏頗或不願意得罪另一方的主觀心態？美國學說實務上曾經對這些問題有所討論²⁰。台灣法院是否也有類似問題，雖然還需要實證性的調查，但是之前的確有法院在明白承認父母「雙方敵意態度甚深，對他造極度不信任」，而且雙方的住居所分別在台灣與美國兩地的情況下，仍然判決子女由父母「共同監護」，令人相當詫異，也引發許多爭議。²¹

我國實務關於「共同監護」的另一個值得檢討的問題是：父母雙方究竟「共同了什麼」？真的有可能讓所有關於子女權利義務的事項，通通都「共同」行使負擔嗎？舉例而言：請問民法總則關於未成年子女法律行為的代理權與同意權，是否共同行使？子女大大小小的「任何」法律行為的代理與同意，真的「全部」

¹⁸ ROBERT M. GALATZER-LEVY ET AL., THE SCIENTIFIC BASIS OF CHILD CUSTODY DECISIONS 417-62 (2d ed. 2009).

¹⁹ 但有學者採不同看法，認為我國應廣泛推行共同監護。見鄧學仁，善意父母原則之內涵與落實—兼評民法第1055條之1之修正，臺灣法學雜誌，238期，2013年12月，4-6頁。

²⁰ DOUGLAS E. ABRAMS, CONTEMPORARY FAMILY LAW 752 (2006).

²¹ 見聯合報，共同監護…離婚還有得吵，2010年9月15日，3版。除了輿論媒體的批評，司法界也有法官對之提出質疑，可參考施懷閔，夫妻離婚後未成年子女權利義務之共同行使或負擔—臺灣臺北地方法院99年度監字第191號裁定之評析，司法新聲，98期，2011年4月，63頁。

都需要已離婚的父母共同行使嗎？這如何有可能？又譬如民法第 1085 條的懲戒權，是否要共同？父母任何一方要去懲戒子女，都還需要前夫前妻來共同行使嗎？再譬如對於子女特有財產的管理使用收益處分權（民法第 1087 條、1088 條），如過年時子女收到長輩的紅包，請問每一個紅包都需要父母共同才能決定是否要存起來還是拿去幫孩子買玩具嗎？此外還有：孩子生病了要不要看醫生、要開刀的話手術同意書誰簽、要去念私立小學還是公立小學的入學決定、學校發連絡簿及通知事項到底是要通知父還是通知母、可不可以出國或申請護照簽證.....這些全部都是要「共同」嗎？

台灣有許多法官在做出「共同監護」的裁判時，對於上述問題並沒有加以釐清，只是模模糊糊地給父母雙方一個要他們未來「共同」行使負擔對子女的權利義務的決定。於是這個裁判的結果，不但不是爭議的結束，反而是一連串更多更廣的爭議的開始。若是參考美國關於「共同監護」的裁判，法院通常會清楚區分「法律上的父母權責」(legal parental authority) 及「事實上的父母權責」(physical parental authority)，前者牽涉子女重大的法律上權利義務的事項，後者則牽涉子女日常生活的活動及照護的事項。法院可能只讓父母共享「法律上的父母權責」，但是「事實上的父母權責」則專屬其中一方行使，或是由雙方按照法院裁判指示的方式與時間表輪流行使（例如子女跟誰住的時候就由誰行使）。法院也可能清楚列舉「法律上的父母權責」當中某幾項特別重大的權利義務事項，只有這些列舉出來的項目要求父母必須共同行使，至於其他未列舉的事項則連同「事實上的父母權責」，依法院裁判專屬一方或由雙方輪流行使²²。這樣子的共同監護的裁判才具有預防紛爭發生、或是至少避免紛爭衍生擴大的功能，實在值得我國法院參考。

參、民法 1055 條之 1 於 2013 年 12 月之修正

誠如前文所曾提及：此次修正之原始提案，與社工人員訪視報告的品質及標準遭受批評有關。此外，實務上對於「繼續性原則」或「主要照顧者原則」的若干誤解及誤用，也促成了此次修法。本文以下先整理新法與舊法的修正對照（劃底線的部份為新舊法不同之處），然後再進一步加以討論。

新條文（2013 年 12 月修正）	舊條文
第 1055 條之 1 法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意下列事	第 1055 條之 1 法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀， <u>參考社工人員之訪</u>

²² Curt R. BARTOL & ANNE M. BARTOL, PSYCHOLOGY AND LAW 345 (3d ed. 2004). 另可參考李立如，論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔：美國法上子女最佳利益原則的發展與努力方向，歐美研究，40 卷 3 期，2010 年 9 月，793 頁。

<p>項：</p> <p>一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。</p> <p>二、子女之意願及人格發展之需要。</p> <p>三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。</p> <p>四、父母保護教養子女之意願及態度。</p> <p>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。</p> <p><u>六、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。</u></p> <p><u>七、各族群之傳統習俗、文化及價值觀。</u></p> <p><u>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。</u></p>	<p><u>視報告，尤應注意左列事項：</u></p> <p>一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。</p> <p>二、子女之意願及人格發展之需要。</p> <p>三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。</p> <p>四、父母保護教養子女之意願及態度。</p> <p>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。</p>
--	---

原本在舊法中，社工人員訪視報告是法律唯一明文規定，由專業人員提供法院參考的調查資料，但是新法將之移列至第二項，成為僅僅是多種專業人員或機關皆可提供法院參考的不同資料之一而已。修正理由當中明白表示：我國於1996年增訂本條後，實務上均以各縣市承接地方政府社會局訪視報告業務之社團，做為提出社工人員訪視報告的主體，然因各該社團之經驗及專業知識無法齊一，故訪視報告之製作內容及參考價值不一而足。立法審議過程中，提案委員及其他若干委員曾表達對於現行社工人員訪視報告的人力與訓練不足、標準不一及品質參差不齊的憂心²³。而依據2012年6月施行的家事事件法第17條及第18條等規定，法院在承審家事事件認為有必要時，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、具有相關專業知識之適當人士或由家事調查官進行特定事項之調查。立法院因此配合修正民法第1055條之1，使法院於審酌認定子女最佳利益時，也能適當引進社工人員以外不同專業知識的人士或機關團體提供資訊協助法院做出判斷，例如當事人的前科記錄、財務狀況或欠稅記錄、平日參與子女教育狀況、子女的心理衡鑑結果等。

²³ 立法院公報，同前註15，162-193頁。

此外，立法院司法及法制委員會於審議本案時，也通過提案：「依民法 1055-1 條規定，社工訪視報告為法官酌定監護過程中重要之裁判依據，然目前台灣社工資源（人力、經費）城鄉差距明顯，造成目前社工訪視報告品質良莠不齊，加上各縣市分別沿用不同標準、採行不同調查項目和內容，均讓社會擔憂是否確能提出符合子女最佳利益之報告。爰此，為確保未成年子女之利益，司法院應會同法務部與衛生福利部於民國 103 年 3 月底前提出社工訪視表的統一指標，分別從積極、消極及其他方面來評估，積極面如父母之監護能力、父母用以撫育兒童之時間、父母用以撫育兒童之環境、父母對監護兒童之意願及對兒童之情感與態度、兒童受養育環境之穩定性與繼續性和對新舊環境之適應性、兒童年齡、性別、父母再婚與否、兒童接受監護之意願等等；消極面則如父母是否有道德上之不良行為、父母是否有對子女不當行為；其他因素如是否有他人協助的可能性、手足關係及共同相處原則、父母之經濟情況等等，以作為全國一致性之參考依據」²⁴。而司法院幾經研商，也終於在 2014 年 4 月公告「社工訪視（調查）報告之統一參考指標及格式」，並函送立法院、法務部、衛生福利部及各法院參考²⁵。從 1996 年民法修正改採「子女最佳利益原則」以來，單單一件社工人員訪視的「調查項目及格式」的統一，在台灣就足足等了近十八年，實在令人感到遺憾²⁶。

本次修正第 1055 條之 1 的另一個重點在於新增訂的第 1 項第 6 款，要求法官於審酌子女最佳利益時應考量「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」，論者稱之為「善意父母原則」²⁷，亦即：父或母於離婚前或爭訟過程中，倘若曾有阻撓子女與另一方見面相處，甚至有隱匿子女、將子女拐帶出國、不告知未成年子女所在處所等行為，由於這些非善意行為可能有損子女最佳利益，法院於裁判子女監護安排時應將其納入考量。如同本文「貳」之「三」部份的說明，因為實務上有法院或當事人誤解或誤用「繼續性原則」或「主要照顧者原則」，以致於有「先搶先贏，來製造出自己是子女的主要照顧者的既成事實」的現象。事實上，即使本條項並未增訂第 6 款，因為法院依法必須審酌攸關子女利益或不利益的「一切情狀」，這種惡意阻斷子女與父母另一方的感情連結、可能對子女心理與人格發展造成傷害的行為與態度，原本就應該被法院納入考量。但由於過去部份法官的思慮似乎未及於此，以致部份民間團體強烈予以抨擊，所以本次修法特別明文增訂，務使法官於審酌子女最佳利益時加以注意。

28

²⁴ 立法院公報，同前註 15，186-195 頁。

²⁵ 司法周刊，司法院說明社工訪視參考指標及格式，1693 期，2014 年 4 月 25 日，1 版。

²⁶ 至於「跨縣市並非同一社工或團體做調查，兩份調查各自只看到一方當事人，因此難以評估比較父母兩人誰較適合監護」的問題，依據司法院在立法院所做的報告與說明，因為家事調查官的員額及法院組織法等問題，在未來很多年之內，這件事都只有兩個字：「無解」。見立法院公報，同前註 15，159-173 頁

²⁷ 立法院公報，同前註 15，180 頁。

²⁸ 紀惠容，同前註 17；立法院公報，同前註 15，180-184 頁。

關於這個「善意父母原則」，有底下幾點必須提出做討論。第一，表面上看起來，這裡的「非善意」或「惡意」是指父母一方針對另一方的行為，但實際上，本原則真正關切的是這個惡意行為對於子女可能造成的傷害與影響；在適用上必須清楚掌握立法目的：依據第 1055 條之 1 所必須審酌的任何因素，都是「為子女利益」而不是「為父母利益」做考量。第二，如同法院在審酌子女最佳利益時應考量的其他各種因素，本原則也僅僅只是法院應納入考量的「一切情狀」之一，法官不能把它從個案事實綜合考量的脈絡中抽離出來，單獨予以適用或直接以之為決定標準。舉例來說：倘若子女遭遇父親虐待傷害，母親因此將子女帶離住居所，並阻止父親接近子女以保護之，此時難道法院可以「單獨」引用此「善意父母原則」，直接認定母親不適合行使親權責任嗎？顯然不是。

第三，雖然論者稱該款之增訂為「善意父母原則」，但實際上法條文義所表述的卻是針對父母一方「非善意」或「惡意」的行為。亦即該款新增條文關切的似乎是消極面上對於惡意行為的負面評價，而非積極面上對於父母一方善意行為（例如積極促成子女與對方來往）的正面肯定。這與外國法上的善意父母原則可能同時強調對於父母積極善意行為的肯定，有所不同²⁹。但無論如何，積極面向的善意父母行為，在法院必須審酌攸關子女利益的「一切情狀」的情況下，法官當然還是可以加以考量，並非法無明定就不能納入考慮。

本次修法亦增訂第 1 項第 7 款，要求法官應考量「各族群之傳統習俗、文化及價值觀」，提醒法官避免多數族群的優越感或主流文化偏見，而忽視少數或弱勢族群的生活方式或價值觀，以致於傷害未成年子女最佳利益。必須注意的是：本款的立法目的仍然是要以「未成年子女」為中心，而非以「族群」為中心，換句話說，本款是希望法官為了子女最佳利益而注意不同族群的文化習俗，而非希望法官以子女監護安排為手段來達成族群平等的目的。

肆、結語：仍然困難的子女監護決定

依據本文作者講授多場家事法庭法官或家事調解委員的講習訓練的經驗，許多法官和調解委員都很想知道：繼續性原則、主要照顧者原則、共同監護、善意父母……這麼多原則到底哪一個原則可以作為我們判斷「子女最佳利益」的「標準」？很不幸，這個問題並沒有答案，因為誠如本文所一再強調的：攸關子女利益或不利益的任何因素，都屬於法院依法必須審酌的「一切情狀」，法官不能把某個特定因素或情狀從個案事實綜合考量的脈絡中抽離出來，單獨予以適用或直接以之為決定標準。2013 年 12 月修法增訂的「善意父母原則」，只是將民法第

²⁹ 關於美國法上的善意父母原則，可參考李立如，同前註 22，796-798 頁。

1055 條之 1 所「例示」的「應審酌情狀」，多增加一個例示事項而已。過去實務上對於「繼續性原則」或「主要照顧者原則」的誤解或誤用，或許得以藉之澄清，但是除此之外，新法規定並沒有使子女最佳利益的判斷變得更為容易。

雖然我們都希望找到一個具有通案性、普遍性的「標準」，來減輕我們判斷子女最佳利益上的困難，但事實的真相或許是：每一個「原則」或「審酌因素」其實分別都只是拼圖的一片，而且對於每一個不同的個案和不同的孩子，我們最後要拼出來的可能還是不相同的完整圖案。由於每個未成年子女的成長背景、生活環境、人格發展需求、他與父母之間的互動關係……都有所不同，他們的「最佳利益」也經常因此迥異，所以，「通案適用」的「單一標準」似乎難以存在。

子女最佳利益在實體判斷上的困難，也使學者與立法者將部份目光轉移到程序機制的設計，例如家事事件法第 15 條及 109 條等關於「程序監理人」的相關規定。但是，要如何結合實體與程序以追求子女最佳利益、如何落實法院身為未成年人利益的「守門員」的角色、現行家事事件法關於離婚後子女監護事件的處理程序（尤其是調解程序）對於子女利益的保護是否足夠³⁰，這些都是極為重要的問題，仍然有待各方專家未來進一步探討研究。

³⁰ 本文作者過去的研究顯示，現行調解程序對於子女最佳利益的保護可能有所不足。可參考劉宏恩，台灣離婚調解制度的演變——兼論家事事件法關於調解程序的若干疑問，台灣法學雜誌，202 期，2012 年 6 月，35-46 頁。