

「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*

劉宏恩**

壹、緒論：研究動機與目的

貳、研究問題：台灣的社會及文化條件是否影響法院監護判決之結果

參、研究假設

一、形成假設之基礎

二、具體假設

肆、研究方法

一、量化研究部份：以「內容分析法」分析 97 件法院判決書

二、質化研究部份：以「深入訪談法」及「焦點團體法」訪談 19 位承審法官

伍、量化研究：法院判決之統計分析

一、研究發現：法院判決中所顯現之社會及文化觀念

二、分析與討論

陸、質化研究：承審法官之訪談

一、研究發現：書本中的法律 (law in books) ≠ 事實運作中的法律 (law in action)

二、分析與討論

柒、結論及建議

關鍵字：子女最佳利益、離婚、法院、判決、子女監護

Keywords: best interest of the child, divorce, court, custody, law and society

* 本文初稿發表於「法學教育教學研究創新計畫科際整合課程教學研究工作坊：法律科際整合課程與法釋義學之對話」，教育部法學教育教學研究創新計畫辦公室主辦，國立政治大學法學院（頂尖計畫重點領域）協辦，2008 年 12 月 12 日。

** 國立政治大學法學院副教授，美國史丹福大學法律科學博士。

摘要

我國於民國八十五年通過「民法親屬編修正案」，確立以「子女最佳利益」做為離婚後子女監護歸屬的決定標準。在此一新法通過之前，舊法向來都是採取父權優先、推定由父親擔任監護的原則。但是，即使新法已經明文採取子女最佳利益原則，「書本中的法律」未必一定等於「事實運作中的法律」。本文聚焦於「子女最佳利益原則」在臺灣法院的實際法律運作，主要目的是希望進行一項實證性及敘述性的研究，藉由搜集判決記錄、並且訪談承審法官，來瞭解台灣法官究竟是如何適用新法標準，「子女最佳利益」這個「移植」自外國的法律原則，在台灣的社會及文化背景環境中，實際上是如何被實踐的。

The “Law in Action” of the Best Interest of the Child Standard in Taiwanese Custody Decisions

Liu, Hung-En

Abstract

In 1996, Taiwan adopted the best interests of the child standard to substitute for the presumption of paternal custody. This paper is an empirical and descriptive study of how Taiwan’s judges explain and apply the new law. The hypothesis is that cultural and social circumstances may significantly influence judges’ explanations of what is best for the child. In order to verify the hypothesis, this study adopts both quantitative and qualitative methods. The findings attest that Taiwan’s court decisions of child custody cases actually reflect many cultural ideas, such as stereotyped gender roles, family autonomy, a sense of “face,” all-or-none custody, and the tradition of parents’ financial support for their children. The varying socio-economic climate of Taiwan across districts and the lack of public welfare programs also clearly affect judges’ custody decisions.

壹、緒論：研究動機與目的

民國八十三年，司法院大法官做成釋字第三六五號解釋，明白宣示民法第一〇八九條父權優先的條款因違反平等原則而違憲。在此號解釋及婦女團體的壓力之下，立法院隨即積極展開修法工作，並在民國八十五年通過「民法親屬編修正案」，確立以「子女最佳利益」做為父母對子女權利行使及子女監護歸屬的決定標準。¹

在民國八十五年新法通過之前，數十年來，民法對於離婚後子女監護問題一直都是採取父權優先、推定由父親擔任監護的原則。在這段期間，絕大部份的離婚訴訟結果，是由父親取得未成年子女的監護地位；部份研究甚至發現：許多判決採取盡量維持父權優先原則的態度。² 也因此，女性權利與子女的利益都被長期忽略。「子女最佳利益」原則的訂定，就是希望能夠消弭這種男女不平等和枉顧子女利益的不合理現象。

但是，即使民法已經明文採取子女最佳利益原則做為子女監護的決定標準，「書本中的法律」(law in books) 未必會等於「事實運作中的法律」(law in action)。在台灣並不難發現這樣的例子：一些文字、邏輯上幾近完美的法律（尤其是「移植」自外國立法例的法律），在實際運作上卻窒礙難行、無法真正達成預期的效果。許多時候，文字上的法律變更或修正，並沒有辦法改變法院的見解和態度。³ 可惜，這樣的問題在台灣並沒有獲得充分的探索或研究。法律規則解決社會問題的實際效果、執行法律的具體運作過程、以及相關的實證研究，在台灣似乎仍屬有待開發的研究領域。正由於這類政策取向、實證取向的法律或司法研究仍不充分，往往使得我國的政策設計者與立法者，並沒有辦法在立法、修法時，就法律的可行性、實際執行、及可能影響，擁有足夠的的資訊。⁴

¹ 事實上，民國八十五年修法後，已將原本 1055 條之用語「子女之監護」改為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」。但由於「監護」仍為一般習慣用語，且基於行文方便，以下仍簡稱「監護」。

² 見 陳惠馨，「民法親屬編之修正與社會變遷」，律師通訊，第 195 期，1995 年 12 月，頁 39；劉宏恩，心理學取向的法律研究～以住宅搜索、子女監護及婚姻暴力問題為例，台大法律學研究所碩士論文，1996 年，頁 29 及頁 120 以下。

³ See AMY H. L. SHEE, LEGAL PROTECTION AGAINST SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN IN TAIWAN: A SOCIO-LEGAL PERSPECTIVE 3 (1998); 劉紹樑，「法律移植與社會變遷--從消費者保護法談起」，律師通訊，第 175 期，1994 年 4 月，頁 7。

⁴ Hung-En Liu, *Family Law and Social Change in Taiwan: A Study of the Application of the 'Best Interests of the Child' Standard in Court Decisions*, paper presented at Law and Society Association Annual

本研究的基本立場是：立法或修法的通過，不但不應該是問題的結束，反而應該是一連串法律政策評估和實證調查研究的開始。立法、修法通過之「後」的法律施行，使我們能夠、並且應該進行以下的研究：一、重新檢驗當初立法、修法時的預設是否正確；二、研究這個法律在司法過程及執法過程中的實際運作情形；三、實證檢討這樣一個法律究竟產生了什麼樣的效果、是解決了問題還是帶來了新的問題。

基於以上的觀點，也基於台灣仍然欠缺此類研究的事實，本文將定焦於「子女最佳利益原則」的實際法律運作 (law in action)。本文的主要目的，是希望進行一項實證性 (empirical) 及敘述性 (descriptive) 的研究，亦即藉由搜集判決記錄、並訪談承審法官，來瞭解台灣法官究竟是如何適用「子女最佳利益」此一新法標準。本文希望探究：這個「移植」自外國的法律原則，在台灣這塊土地上、在台灣的社會及文化背景環境中，實際上是如何被實踐的。

貳、研究問題

「子女最佳利益」在世界許多主要國家中，皆已成為監護案件最重要、最具支配性的決定標準。依據這個標準，法院已將爭議的焦點，從「誰『有權』擔任監護」轉變到「由誰擔任監護『對子女最為有利』」。父母在法律上的權利與「子女最佳利益」相比，已變成居於次要的地位。然而，什麼才是子女的「最佳利益」並不容易定義，學界及實務界對於構成子女最佳利益的內容也沒有共識。雖然我國新法當中，也如同許多採取類似標準的國家一樣，試圖將法院在決定子女最佳利益時應審酌的因素一一條列⁵，但是這些因素本身並不具有決定性或排他性。事實上，除了這些法條中已明文列出的因素之外，法官依法還必須審酌「其他一切情狀」。因此，法官對於什麼才對子女最為有利，仍然可以依據他們自己的觀點擁有相當廣泛的裁量空間；這個並不明確的標準，使得法院的監護判決容易受到法官的個人價值觀與信念

Meeting, May 2000, Miami, Florida; 見 林端，「司法社會學對臺灣司法改革的意義」，全國律師，3卷8期，1999年8月，頁21。

⁵ 民法第 1055 條之 1 (民國八十五年增訂)：「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」。

的影響。

一方面，因為法官的個人價值觀、信念（甚至偏見）通常來自於他們的社會化歷程及生活經驗，另一方面，因為「子女最佳利益」並非我國所固有的法律標準、而是「移植」自歐美國家，本文認為：法官如何解釋及適用這個標準，以及當事人如何運用相關法律程序，很可能反映出他們所處環境的社會影響及文化影響。當我們敘述及評估「子女最佳利益」標準在我國的實際運作情形時，有必要將研究放在台灣的社會脈絡和文化脈絡之中來進行，而非僅僅研究法律條文或判決記錄。

除了文化及社會因素對法官判決及當事人行為的可能影響之外，本文關心的另外一個重點是：雖然新法對於法院在子女監護案件中所扮演之角色有迥異於舊法的規定，但是其究竟能否真正改變法院數十年來處理此類案件的舊有習慣、態度和方式，同樣是一個必須實證考察的問題。吾人知道：民國八十五年民法修正時，除了明文規定子女監護之決定應以「子女最佳利益」為判斷標準之外，另一方面，基於子女利益之保護具有公益性質，且具有繼續性、可能需要法官做出展望性及創設性的處理，所以亦明確規定法院除了依請求、亦得「依職權」為子女之利益來酌定或改定監護，且得「依職權」酌定或變更未任監護之一方與子女會面交往的方式與期間⁶。民國八十八年民事訴訟法及非訟事件法修正時，亦明文規定法院得「依職權」定子女之監護、不受當事人聲明事項之拘束，且定監護時「應」依職權調查證據。⁷ 然而，數十年來我國法院對於子女監護事件向來都是採取「當事人主義」的作法，倘

⁶ 民法第 1055 條（民國八十五年修正）：（第一項）夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。（第二項）前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。（第三項）行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人得為子女之利益，請求法院改定之。（第四項）前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法。（第五項）法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。但其會面交往有妨害子女之利者，法院得依請求或依職權變更之。」

⁷ 民事訴訟法第 572 條之 1（民國八十八年增訂）：「（第一項）撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。（第二項）前項情形，法院亦得依職權定之。但於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會。（第三項）夫妻均不適合行使權利時，法院得選定適當之人為子女之監護人。但應先徵詢被選定人之意見。（第四項）前三項情形，法院為裁判時，不受當事人聲明事項之拘束。（第五項）前四項規定，於婚姻無效、確認婚姻成立或不成立或夫妻同居之訴準用之。」

若當事人沒有聲明或起訴請求，法院即根本不予處理。⁸ 如今，新法雖然明顯加入「職權主義」的色彩，但在舊有的訴訟觀念和習慣之下，又加上沈重的案件負荷量此一現實因素⁹，單純文字上的法律修正、規定法院「得」依職權，法官真的就會依職權去介入嗎？

與上述類似的一個情形是關於未任監護之一方給付「子女扶養費」義務的問題。過去的研究發現：在離婚案件當中，台灣的法官極少判決、當事人亦極少請求未任監護一方應給付「子女扶養費」。¹⁰ 雖然民國八十五年民法修正時增訂了第一一一六條之二，明文規定「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」，民國八十八年非訟事件法修正時亦增訂了第七十一條之六¹¹，明定法院於酌定或改定子女監護時得命未任監護之一方給付扶養費，但是，司法實務及當事人是不是真的僅因「書本上的法律」的修正，就確實改變其過去不考量、不討論、或不請求「子女扶養費」的態度和趨向，仍然有待調查研究後才能確定。

本文希望能夠比較有系統地瞭解：我國法院在新法實施後的判決趨向和態度。由於規定「子女最佳利益原則」的新法公布施行已經五年，現在我們可以蒐集到足夠的資料，提出以下的問題來評估新法在我國的實際運作。第一，針對法院監護判決的實證分析，是否顯示法院已經改變原本採取父權優先原則的作法和態度？第二，法官在各個具體案件中，是如何適用新法？他們為何會這樣適用？第三，法官就新法的適用結果，是否能夠達成當初立法者的立法目的和期待？亦或，新法的規定內容及法官的適用方式已經帶來新的問題？第四，就「實際法律運作」(law in action)的觀點以及上述問題的討論結果，我們未來應該如何修正法律或司法程序，以進一步追求「子女最佳利益」的真正實踐？

第 575 條之 1 (民國八十八年增訂)：「(第一項)第 572 條之 1 之事件，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。」

⁸ 見 最高法院 76 年度第 14 次民事庭會議決議(二)：「除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決，民事訴訟法第三百八十八條定有明文。甲夫向法院起訴請求判決准兩造離婚，乙妻未以反訴請求由其監護子女，法院自不得依職權判令子女由乙妻監護，否則，即屬訴外裁判。」

⁹ 見「『減輕法官工作負荷,提昇裁判品質』座談會記錄」，全國律師，1 卷 7 期，1997 年 7 月，頁 3 以下。

¹⁰ 陳惠馨，親屬法諸問題研究，1993 年，頁 31-52。

¹¹ 民國 94 年非訟事件法再次修正時，該條文移列至第 127 條。

參、研究假設

一、形成假設之基礎：社會及文化脈絡中的父母教養方式及「兒童」的概念

本文假設台灣的社會及文化背景環境可能會影響法官對於「子女最佳利益」原則的解釋及適用方式。具體言之，傳統華人文化及台灣目前的時空背景中，關於家庭功能、父母親職、父母與子女關係及子女教養方式的觀念和實況，都是這些背景環境的一部份。由於台灣及其他華人地區的社會學、人類學及心理學界，已經有相當多關於此類問題的研究，本文將先針對相關研究的結果進行整理與回顧，並進而參考文獻分析的結果，提出具體的研究假設。

許多人類學與社會學的研究都共同指出：傳統華人社會是以家庭或家族做為基礎而展開。家庭形成社會中每一個個人的安全網，子女以及家庭中每個成員的福祉，通常被視為這個家庭本身的事務，應該由其所屬的家庭來自行負責。傳統的華人社會裡，一方面，政府很少提供近代所稱的「社會福利」服務來協助各個家庭；另一方面，政府也極少干涉家庭內諸如子女教養等事務，而是承認由家長權（父權）來予以自治。¹² 一些民間流傳久遠的俗語，如「清官難斷家務事」、「法不入家門」，亦清楚反應了此一傳統。

關於華人社會中的父母角色與教養方式，心理學與社會學的許多調查研究都發現：「嚴父慈母」此一通俗且歷史悠久的說法，至今仍然能夠反映大部分華人家庭當中的真實狀況。無論是在台灣、大陸、或是香港，在現實生活裡面，母親幾乎總是傾向於較為情感表露的角色、而且通常是子女的實際照顧者；父親則較少對子女直接表露他們的情感，並傾向於扮演教導懲戒的角色。¹³ 學者 Berndt 等人的研究及中研院「台灣社會變遷基本調查」的結果都發現：在大部分華人的認知與感受裡，母

¹² 謝繼昌，「中國家庭的文化與功能」，收於 漢學研究中心主編，中國家庭及其倫理研討會論文集，1999 年，頁 69；李亦園，「台灣漢人家族的傳統與現代適應」，收於 喬健主編，中國家庭及其變遷，1991 年，頁 53；HSIAO-TUNG FEI, CHINESE GENTRY 77 (1953)；瞿同祖，中國法律與中國社會，1944 年(1984 年台北里仁版)，頁 24-25；林萬億，福利國家：歷史比較的分析，1994 年，頁 145 以下。

¹³ Thomas J. Berndt et al., *Perceptions of Parenting in Mainland China, Taiwan, and Hong Kong: Sex Differences and Societal Differences*, 29 DEVELOPMENTAL PSYCHOL. 156 (1993); Daniel T. L. Shek, *Adolescents' Perceptions of Paternal and Maternal Parenting Styles in a Chinese Context*, 132 J. PSYCHOL. 527 (1998); 李美枝，「中國人親子關係的內涵與功能：以大學生為例」，本土心理學研究，9 期，1998 年，頁 3。

親較為溫暖可親，父親則較習於控制及威嚴，大部分子女與母親的關係比較親密。¹⁴ 此等現代研究的發現，與歷史學者熊秉真分析中國古代及近代史籍資料後的研究發現，可說是相當一致。¹⁵ 換言之，傳統的父母角色與教養方式，仍然相當大程度地延續到現代的華人社會當中。

另一個與此相關的傳統觀念所呈現出的社會常見用語是「男主外，女主內」。台灣多項實證調查研究都發現：此一對於男女性別角色的刻板印象和觀念，在現代社會當中仍然是影響深遠，而且大多數家庭的現實狀況仍然與之相當吻合。例如，行政院主計處在 1998 年所做的全國性調查便發現：一方面，絕大部份的家庭都是由丈夫擔任主要的家計收入負責人。另一方面，在僅有丈夫就業的核心家庭當中，有 94.51 % 的這些家庭是由妻子主要負責家事工作（含照料小孩）；而且，即使在夫妻雙方都就業的核心家庭中，仍然有 90.52 % 的這些家庭是由妻子主要負責家事工作～換言之，即使妻子也外出就業、有自己收入，她通常還是必須「主內」，而其丈夫通常也仍然擔任家計收入的主要負責人（「主外」）。¹⁶ 傳統文化對於性別角色的分派，顯然在今日台灣社會仍然根深蒂固。不過，值得注意的是：受訪女性如果年紀越輕、教育程度越高、或所居住的地區都市化程度越高，則其同意「料理家事和照顧小孩是女人天生的責任」此一傳統觀念的比例就越低，而且隨著時間的變化與社會的發展，同意此一說法的女性的比例已經逐年下降。¹⁷

學者歸納傳統華人社會的幼教或子女教養的主流文化，有四點主要特徵。¹⁸ 第一是「成人中心」或「長者為尚」的設想，亦即成人是領導者，兒童則被期待要乖順服從、依成人指揮做好其份內的事，傳統上子女甚至被認為如同屬於父母的「財產」¹⁹；第二是「功能論」或「目的至上」的特質，亦即兒童的存在是為了變成大人，童年階段的目標是為了「學做人」；第三是強調「道德色彩」，要求小孩子從小就清

¹⁴ Berndt et al., *supra* note 13, at 156, 161; 中央研究院社會學研究所，台灣社會變遷基本調查計畫，第三期第五次調查計畫執行報告，2000 年 3 月。

¹⁵ 熊秉真，童年憶往：中國孩子的歷史，2000 年，頁 241, 259。

¹⁶ 行政院主計處，臺灣地區社會發展趨勢調查報告，1999 年，頁(15)。

¹⁷ 內政部，台灣地區婦女生活狀況調查報告，1989 年，頁 110；內政部，台灣地區婦女生活狀況調查報告，1993 年，頁 300。

¹⁸ 熊秉真，前引註 15，頁 49-51。惟熊氏對此等歸納另有個人略為不同的看法。

¹⁹ 瞿同祖，前引註 12，頁 13-17, 30。

心寡慾、輕聲慢動、恭敬長上、不貪好玩，要「懂事」，盡量成爲一個舉止儼若成人的「小大人」；第四，講求動用「嚴厲方法」來管教。此等歷史上的子女教養傳統，有許多在今日的台灣社會仍然十分普遍。例如：「乖」（因爲順從成人或不愛玩）、「聽話」、「孝順」、「懂事」至今仍然是我們對兒童最常用的讚美詞之一，這與西方社會對兒童常用的讚美詞有極大的差異。

事實上，許多研究發現：在華人社會當中，一方面子女常被期待要「聽從」父母，另一方面父母也常會「爲其設想」、「替其安排」好子女的需要和未來。²⁰ 與西方社會常常鼓勵子女儘早獨立不同，台灣的父母通常會長期供給子女在財務及生活上的需要。尤其因爲華人特別重視子女的教育與學歷，常常會極力支持並且施壓於子女、希望其繼續就學或追求學歷，倘若子女繼續就學，此等財務供給可能會一直持續到子女已經成年之後許多年。²¹ 值得注意的是，中研院於 2000 年的「台灣社會變遷基本調查」顯示：有超過 50 % 的成年人（包括已婚、已就業者），在其遭遇到經濟困難時，父母會出面提供資助。²²

二、具體假設

本文的研究方式將採取社會科學的一般作法：先提出具體假設，然後蒐集實證資料檢驗其是否正確。基於前文所討論的社會及文化脈絡中關於教養子女的方式及觀念，並基於本文作者從前研究的發現²³，本文提出以下數項具體研究假設：

第一，雖然在「子女最佳利益原則」之下，母親取得子女監護的機會應該比從前在「父權優先原則」之下要高，但是本文懷疑：整體來講，法院判決由父親取得監護的情形可能仍然會多於母親取得的情形。²⁴

第二，法院的判決可能會反映出：我國社會文化當中對於家庭功能、父母親職角色、子女教養方式、及父母與子女間關係的一些觀念，例如前面所曾討論的「嚴父慈母」及「男主外，女主內」等等。

²⁰ 余德慧，中國人的父母經，1987 年，頁 8；李美枝，前引註 13，頁 13。

²¹ 李美枝，前引註 13，頁 22, 46。

²² 中央研究院社會學研究所，前引註 14。

²³ 劉宏恩，前引註 2，頁 120 以下。

第三，都市地區的法院判決可能會與鄉村地區的法院判決略有差異，因為法院判決可能會反映出該法院所處地區的社會背景因素，例如當事人的觀念、社經文化條件、及生活方式等等；由於都市與鄉村地區的這些社會背景因素並不相同、當事人爭執的重點可能也不同，法院在判決的時候所做的考量很可能會有所差異。

第四，雖然民法第一〇五五條之一表列出法官在決定「子女最佳利益」時，應審酌的許多因素，但本文推測：法官可能會傾向於只審酌部份因素，而較為忽略其他的因素。本文假設：法官會傾向於只審酌較為具體、較容易判斷的因素，而且會傾向於審酌與社會文化中的父母親職角色及子女教養等觀念相關的因素。

第五，基於作者從前的研究發現，並基於前述台灣的父母傾向於需要較長期提供子女經濟上的支持此一現象，本文推測：「父母的職業及經濟能力」可能成為法院在決定子女監護時最常審酌的因素之一。與此相關的，是未任監護之一方給付「子女扶養費」義務的問題。本文懷疑：過去實務上極少考量子女扶養費問題的判決趨向，新法實施後可能仍然未有大幅改變。

除了上述假設之外，本文亦希望藉由實證資料的蒐集來探討：除了法條所列出的因素以外，法院在決定子女監護時是否會考量法條所「未」列出來的因素；如果會的話，法院是「如何」、以及「為何」去考量這些因素。此外，民國八十五年民法親屬編修正後，第一〇五五條授權法院得判決由父母雙方「共同監護」(joint custody)，法院也得決定未任監護之一方與子女會面交往 (visitation) 的方式與期間，這些都是我國法制上首度出現的監護安排形態；本文希望能發掘：我國法官是如何適用這些全新的法律規定和法律概念。

肆、研究方法

本文將採取「法律與社會研究」(law and society research) 的研究取向，所研究的對象是「活生生的法律」(living law)——法律系統在社會脈絡中的實際運作及其具體效果。²⁵ 量化方法 (quantitative method) 及質化方法 (qualitative method) 都將被應用。

²⁴ 見 婦女新知基金會，「婆婆媽媽法院觀察報告：法官的四大性別盲點」(visited Mar. 11, 2000) <<http://www.awakening.org.tw/5-10.htm>>.

²⁵ Lawrence M. Friedman, *The Law and Society Movement*, 38 STAN. L. REV. 763 (1986).

一、量化研究部份：「內容分析法」

爲了檢驗前述研究假設、並真正瞭解台灣的法官如何具體適用子女最佳利益原則，我們需要收集相當數量的離婚及子女監護的法院判決做爲樣本，並針對這個樣本進行分析。由於我國司法院已經發展「法學資料全文檢索系統」²⁶及「一、二審判決書查詢系統」²⁷多年，台灣的法院判決目前已經可以在網際網路上取得。依據司法院在其網站上的說明，自民國八十七年起，台灣各法院的一、二審裁判書，除少年事件及性侵害相關裁判外，全面公開。²⁸ 因此，以一定期間內的所有相關裁判做爲母群 (population)，我們將可取樣 (sampling) 進行分析。

爲了確保都市地區及鄉村地區的法院判決都能獲得分析，並進一步瞭解城鄉地區的法院判決是否會因所在地的社經文化條件而有差異，都市地區的台北地方法院及鄉村地區的屏東地方法院分別被選取。藉由輸入關鍵字「離婚」及「監護」，我們從前述司法院的查詢系統中獲得這兩個法院關於離婚後子女監護案件的判決。本研究將研究範圍設定在民國八十七年四月至民國八十九年一月這段期間的相關判決。

以上述方法所收集到的判決爲母群，本研究以隨機抽樣方法 (random sampling) 從中選出九十七件判決，然後以「內容分析法」(content analysis)²⁹ 及敘述統計 (descriptive statistics) 予以歸類、分析。我們將分別依「判決結果」(是父親還是母親取得監護)、「訴訟程序」(兩造辯論判決或一造辯論判決)及「做成判決的法院」(都市或鄉村)就案件予以統計、分類。同時，我們會依各個案件中，法官在決定「子女最佳利益」時所曾經審酌的諸種因素，將案件予以歸類、分析，以求瞭解法官會將哪些因素列入考量、以及他們如何取捨新法條文中所列出的不同因素。

二、質化研究部份：「深入訪談法」及「焦點團體法」

除了以量化方法研究法院判決書之外，基於以下幾點理由，應有必要再配合質化的訪談研究：

²⁶ 司法院法學資料全文檢索系統 (visited Feb. 06, 2000) <<http://wjirs.judicial.gov.tw:8000/>>.

²⁷ 司法院一、二審判決書查詢系統 (visited Feb. 06, 2000) <<http://wjirs.judicial.gov.tw:7000/>>.

²⁸ 司法院，「司法院法學資料全文檢索資料開放範圍」 (visited Feb. 06, 2000) <<http://wjirs.judicial.gov.tw:8000/bin/yas/datascop.asp>>.

第一，有些法院判決書在判決理由的部份，寫得相當簡略。事實上，有些法官似乎是採用所謂的「例稿」，在不同案件中僅將當事人姓名等資料做必要的修改而已。如果我們要研究法官在決策過程中的具體考量與心證形成過程，這些簡略的判決理由並沒有辦法提供足夠的資訊。

第二，即使有些判決書中的判決理由部份，寫得似乎相當詳細，但是，法官究竟會不會把他內心「所有」曾經考量的因素通通寫進去，恐怕仍然有疑問。一方面，他受到法律語彙及判決書形式的限制；另一方面，法官可能只會把他認為「具有法律上重要性」的考量寫進判決書裡，而將他個人的一些「感覺」或其他非法律上的考量略過，但事實上這些被他略過不寫的考量同樣也曾經影響他的決定。唯有透過對法官的直接訪談，才有可能發掘出他所沒有寫進判決書裡的考量。

第三，判決書所呈現出的，其實只是一個平面的、抽離出具體審判過程和情境脈絡 (contexts) 的描述。究竟在整個審判過程中，法官與當事人間、或與律師和證人之間的具體互動為何，以及個案當事人或其子女有什麼樣的特質和行為表現，從判決書中我們是看不出來的。此外，假設不同地區的社經文化條件的確會影響不同地區的法官在做判決時的考量點，那麼，這些社經文化條件往往也無法僅從判決書中尋出端倪。藉由訪談，我們將可從法官的描述和回想當中，嘗試將審判過程的情境脈絡復原，以獲得較為完整的瞭解。

第四，透過與法官的訪談，我們可以進一步確認：我們在量化研究部份的發現是否真正符合法官實際審判的經驗；並且，藉由法官的說明和描述，訪談還可以幫助我們解釋量化研究中的發現。

本文的質化研究採取「深入訪談法」(in-depth interview) 及「焦點團體法」(focus group)。訪談進行時間是在民國九十年的暑期，總共實際訪談了台灣地區十九位現正擔任或曾擔任家事案件審判工作的法官。³⁰ 其中「深入訪談」部份，共訪談十位法官，每一位法官平均訪談時間為一個半小時。「焦點團體」部份，則由九位法官組成，訪談時間為一小時。所有訪談都在訪談對象的同意下全程錄音，然後謄寫為逐字稿加以分析。所訪談的這十九位法官，分別來自台灣九所不同地方法院及一所高等法

²⁹ See ROBERT P. WEBER, BASIC CONTENT ANALYSIS 9 (1990).

³⁰ 訪談為「半結構式訪談」(semi-structured interviews)。受訪對象係藉由研究者的個人網絡及滾雪球技術 (snowballing technique) 取得接觸。

院，其中有九位法官為男性，十位為女性；有十位法官已婚，其他九位單身；有四位法官服務於都市地區法院，六位服務於鄉村地區法院，另外九位則服務於轄區同時包括都市與鄉村地區之法院。另外，其中有六位法官服務於「家事法庭」或「家事案件專股」，僅負責審理家事案件；另外十三位則服務於一般民事庭，同時承辦一般民事財產案件及家事案件。受訪者審理家事案件的經驗，則從六個月到十年以上不等。

伍、量化研究：判決之實證分析

一、研究發現

(一) 是父親還是母親取得了監護？

令人相當意外地，量化統計的結果顯示：在高達 74.7% 的案件中，法院判決由母親擔任子女的監護人，亦即本文之假設一並不成立（見《表一》）。倘若我們進一步區分不同法院來觀察，在台北地方法院更是高達有 86.9 % 的案件，由母親取得監護；但在屏東地方法院，則僅有 54.2 % 的案件是由母親取得監護（見《表二》）。台北的判決趨向與屏東的判決趨向有十分顯著的差異，此點與本文的假設三相符合。

《表一》所有案件依法院酌定之監護人區分³¹

	案件數	百分比
父親為監護人	24.5	25.3 %
母親為監護人	72.5	74.7 %
總數	97	100 %

《表二》所有案件依照不同法院及其酌定之監護人區分³²

	屏東地方法院		台北地方法院	
	案件數	百分比	案件數	百分比
父親為監護人	16.5	45.8 %	8	13.1 %
母親為監護人	19.5	54.2 %	53	86.9 %

³¹ 案件數之所以會出現小數點 .5 是因為：在部份案件中，該夫妻有兩個以上小孩，而法院將部份小孩判給父親，其他的小孩則判給母親，此時，在統計上，「父親」、「母親」兩列分別各計算為半件。

³² 同前註。

總數	36	100 %	61	100 %
----	----	-------	----	-------

不過，必須注意的是：這九十七件離婚案件當中，有很多是屬於「一造辯論」的情形，其中絕大多數是以「惡意遺棄」為事由起訴。在這種情形下，由於另一造行蹤不明或經通知不到庭，法官通常無須具體審酌或詳細討論子女監護的問題，而只需要簡略說明應由起訴之這一造擔任監護人。既然本文的目的是希望瞭解法官如何具體審酌「子女最佳利益」及考量不同的因素，那麼，這些「一造辯論」的案件可能對研究目的的達成並沒有太大幫助。因此本文再將一造辯論的案件剔除，得出《表三》及《表四》如後。

如《表三》及《表四》所顯示的，在兩造辯論案件當中，仍然絕大多數是由母親取得監護。而且在台北地方法院的判決當中，由母親取得監護的比例還是遠遠高於屏東地方法院的比例。

《表三》兩造辯論案件依法院酌定之監護人區分³³

	案件數	百分比
父親為監護人	14.5	24.6 %
母親為監護人	44.5	75.4 %
總數	59	100 %

《表四》兩造辯論案件依照不同法院及其酌定之監護人區分³⁴

	屏東地方法院		台北地方法院	
	案件數	百分比	案件數	百分比
父親為監護人	8.5	38.6 %	6	16.2 %
母親為監護人	13.5	61.4 %	31	83.8 %
總數	22	100 %	37	100 %

³³ 同註31。

³⁴ 同註31。

(二) 法官所審酌的具體因素

依照民法第一〇五五條之一，法院在依子女最佳利益決定監護人的時候，必須審酌若干因素，本文歸納為以下十四項：(1)子女的年齡；(2)子女的性別；(3)子女的人數；(4)子女的健康情形；(5)子女的意願；(6)子女人格發展的需要；(7)父母的年齡；(8)父母的職業及經濟能力；(9)父母的品行（或道德操守）；(10)父母的健康情形；(11)父母的生活狀況；(12)父母保護教養子女的意願及態度；(13)父母子女間的感情狀況；(14)子女與其他共同生活之人間的感情狀況。此外，法條當中亦明文規定法院需「參考社工人員之訪視報告」。³⁵

本文以「內容分析法」逐一檢閱樣本中每一個兩造辯論判決，統計法院在決定子女監護時所曾經審酌的因素，所得出的結果如《表五》。

曾考量的因素	案件數	百分比
1. 子女的年齡	16	27.1 %
2. 子女的性別	4	6.8 %
3. 子女的人數	2	3.4 %
4. 子女的健康情形	1	1.7 %
5. 子女的意願	25	42.4 %
6. 子女人格發展的需要	5	8.5 %
7. 父母的年齡	2	3.4 %
8. 父母的職業及經濟能力	29	49.2 %
9. 父母的品行（或道德操守）	6	10.2 %
10. 父母的健康情形	5	8.5 %
11. 父母的生活狀況	6	10.2 %
12. 父母保護教養子女的意願及態度	13	22.0 %
13. 父母子女間的感情狀況	13	22.0 %
14. 子女與其他共同生活之人間的感情狀況	8	13.6 %
15. 社工人員之訪視報告	34	57.6 %

³⁵ 依法條文義，究竟法院為「得」參考社工人員之訪視報告，亦或「應」參考社工人員之訪視報告，文義並不明確。

16. 其他法條未列出的因素：		
(1) 穩定性、繼續性／（以往）主要照顧者	23	39.0 %
(2) 居家環境	8	13.6 %
(3) 親屬所能提供之照顧小孩的協助	20	33.9 %
(4) 婚姻暴力行爲	3	5.1 %
(5) 兒童虐待行爲	3	5.1 %
(6) 父母之一方目前在監獄服刑	10	16.9 %

分析結果發現：法院確實傾向於只考量法條所列出的因素當中的部份因素，例如「社工人員之訪視報告」、「父母的職業及經濟能力」、「子女的意願」及「子女的年齡」，但是卻極少考量法條中的其他因素，例如「父母的年齡」、「子女的人數」、「子女的健康」、「子女的性別」、「子女人格發展的需要」。

研究發現亦證實了本文的假設五：「父母的職業及經濟能力」是法院在審酌子女利益時最常考量的因素之一。事實上，除了「社工人員之訪視報告」之外，此一因素是法院最常考量的因素。

進一步分析發現底下四點有趣的現象。首先，在所有曾經考量「子女的年齡」的案件當中（通常是考量到子女的年齡尚小），法院都是酌定由母親擔任監護人。此一發現與美國法院過去所採的「幼年原則」(tender years doctrine) 非常類似～此原則相信年幼的小孩應該由母親來照顧，比較合適。事實上，在華人社會和文化裡，誠如之前所述，也是相信母親天生就是比較理想的子女照顧者、特別是對於年紀幼小的子女。我國司法實務上也早就有所謂「襁褓原則」的判例。³⁶

其次，在所有曾經考量「父母子女間的感情狀況」的案件當中，法院都是判決由母親擔任監護。換言之，樣本中並沒有任何判決特別討論子女與父親之間的感情狀況。此一發現支持本文的假設二，亦即法院判決可能反映我國社會文化中的父母親職角色及現實狀況：子女通常是由母親擔任主要的實際照顧者，且與母親的關係較為親密，與「嚴父慈母」的通俗觀念一致。

第三，在所有曾經考量「子女的意願」的案件當中，法院的決定都與子女的意

³⁶ 17 年上字 1105 號判例：夫婦離婚後之子女，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。

願一致。值得注意的是：在這廿五件曾經考量「子女的意願」的案件當中，只有五件子女選擇與父親繼續居住，換言之，絕大多數的子女都選擇與母親繼續居住。其原因應該與上一段的說明相類似。

第四，雖然從判決理由中曾經提到的考量因素看來，樣本中只有四件判決曾經考量「子女的性別」，但是深入分析發現：當法院考量此一因素時，法院傾向於將兒子判給父親、將女兒判給母親。事實上，有許多判決雖然並沒有在判決理由當中明白提到「子女的性別」這個因素，但是這樣的考量似乎仍然存在，因為我們發現：在所有將數個子女拆散、分別判給父及判給母，且該對夫妻既有兒子也有女兒的案件裡，法院都是將兒子判給父親、將女兒判給母親。

值得注意的是：「穩定性、繼續性／主要照顧者」以及「親屬所能提供之照顧小孩的協助」等因素，雖然並沒有被法條列出，但仍有許多法官經常予以考量。而在法官有考量「穩定性、繼續性／主要照顧者」這個因素的案件當中，絕大多數（80.4%）都是將監護判給母親；這個現象可能再次反映了我們的社會觀念與現實：大部分家庭原本即是由母親擔任小孩的主要照顧者。另外，關於「親屬所能提供之照顧小孩的協助」此一因素，其之所以受到法官重視，一方面可能是因為「雙薪家庭」日漸普遍、父母皆外出工作時需要親屬代為照顧小孩的社會現實；另一方面，可能也反映了我國日間托育機構的嚴重不足或昂貴，致使父母必須求助於自己親屬（通常是小孩的祖父母或外祖父母）的社會問題。³⁷

（三）屏東地方法院與台北地方法院判決時考量因素的差異

當我們進一步將案件區分不同法院來觀察時，再一次，我們發現台北地方法院的判決趨向與屏東地方法院的判決趨向有明顯差異（詳見《表六》）。首先，台北的法官比屏東的法官更常考量「子女的意願」，但是屏東的法官卻比台北的法官更常考量「父母的意願」。並且，在決定子女最佳利益時，台北的法官傾向於考量比較多種不同的因素。

其次，台北地院的法官明顯比屏東地院的法官更常考量「社工人員之訪視報

³⁷ 社會福利學者的研究發現：目前台灣的日間托育機構嚴重缺乏，且許多托育機構明顯太過昂貴、已超出一般家庭的負擔能力，許多雙薪家庭唯有仰賴親屬（通常是小孩的祖父母或外祖父母）協助。見 郭靜晃，臺灣地區托兒服務需求評估，華岡法科學報，11期，1995年12月，頁109。

告」。這個現象可能反映台北與屏東在社工人力及經費資源上的差異。依照內政部的統計資料，台灣省各縣市的社工人力及經費，明顯不足於台北市所擁有的資源，全台灣將近三分之一的專業社工人員集中在台北市服務。³⁸

第三，台北地院的法官明顯比屏東地院的法官更常考量「親屬所能提供之照顧小孩的協助」。一個可能的解釋是已婚婦女「勞動參與率」（就業率）的差異。依據行政院主計處的調查統計，台北市的已婚婦女，其勞動參與率明顯高於屏東的已婚婦女。³⁹ 當台北比屏東有更多的家庭是夫妻雙方都就業工作時，那麼，無論離婚與否，在他們的工作時間他們自然更可能會需要來自親屬所提供的照顧小孩的協助。

曾考量的因素	屏東地方法院		台北地方法院	
	案件數	百分比	案件數	百分比
1. 子女的年齡	3	13.6 %	13	35.1 %
2. 子女的性別	0	0	4	10.8 %
3. 子女的人數	0	0	2	5.4 %
4. 子女的健康情形	0	0	1	2.7 %
5. 子女的意願	8	36.4 %	17	45.9 %
6. 子女人格發展的需要	2	9.1 %	3	8.1 %
7. 父母的年齡	0	0	2	5.4 %
8. 父母的職業及經濟能力	11	50.0 %	18	48.6 %
9. 父母的品行（或道德操守）	2	9.1 %	4	10.8 %
10. 父母的健康情形	1	4.5 %	4	10.8 %
11. 父母的生活狀況	2	9.1 %	4	10.8 %
12. 父母保護教養子女的意願及態度	7	31.8 %	6	16.2 %
13. 父母子女間的感情狀況	3	13.6 %	10	27.0 %
14. 子女與其他共同生活之人間的感情狀況	2	9.1 %	6	16.2 %
15. 社工人員之訪視報告	10	45.5 %	24	64.9 %
16. 其他法條未列出的因素：				
(1) 穩定性、繼續性／（以往）主要照	7	31.8 %	16	43.2 %

³⁸ 內政部，臺閩地區社會福利工作人員統計分析，1999年，頁1。

³⁹ 行政院主計處，中華民國台灣地區人力資源運用調查報告，1998年，頁25。

顧者				
(2) 居家環境	5	22.7 %	3	8.1 %
(3) 親屬所能提供之照顧小孩的協助	5	22.7 %	15	40.5 %
(4) 婚姻暴力行爲	1	4.5 %	2	5.4 %
(5) 兒童虐待行爲	1	4.5 %	2	5.4 %
(6) 父母之一方目前在監獄服刑	3	13.6 %	7	18.9 %

儘管有上述差異，台北法官跟屏東法官的判決趨向，在以下幾點當中仍然十分類似。第一，「父母的職業及經濟能力」，無論在屏東、還是在台北，都是法官酌定監護人時最常考量的因素之一；第二，法條所列的因素當中比較少被法官考量到的，在屏東跟在台北都是相同的那幾個，例如「子女人格發展的需要」、「子女的人數」、「子女的健康」、「父母的年齡」；第三，無論在屏東還是在台北，「社工人員之訪視報告」似乎都扮演了相當重要的角色（雖然在台北可能更爲明顯），在所有的案件當中，超過一半以上的判決書裡面曾經提到社工人員的訪視報告，而且幾乎全部都至少部份採納訪視報告裡的監護安排建議。這可能顯示了「子女最佳利益」的模糊性與高度不確定，使得法官不得不經常仰賴社工人員的訪視報告中的意見。

(四)「會面交往」及「共同監護」

在民國八十五年之前，司法實務上似乎不曾出現過「共同監護」的判決。本文的研究發現：儘管新法當中已經明文規定，法院得判決由父及母在離婚後共同擔任監護人，但是在樣本中全部九十七件案件裡，仍然並沒有任何一個法官判決「共同監護」。換言之，新法的規定，並沒有改變舊有的判決方式和趨向。

未任監護之一方與子女「會面交往」（亦稱「探視」）的問題，同樣的，在民國八十五年之前，法院幾乎從來不曾做過相關的判決。民國八十五年新法明文規定了「會面交往」的法源依據，並且授權法院得依職權酌定會面交往的方式與期間；然而，本文的研究發現：新法實施後，法官仍然並不常針對「會面交往」的問題做出判決。在樣本全部九十七件案件當中，只有十七件裡面，法官曾經酌定「會面交往」的部份；這十七件當中，只有八件是法院依職權酌定會面交往的方式及期間，其他全部都是因爲當事人請求、法院才做出相關的判決。值得注意的是，這八件法院依職權酌定會面交往的案件，全部都是台北地方法院的判決；屏東地院的法官並不曾依職權去介入、決定會面交往的問題。

（五）父母經濟能力的考量、子女扶養費用、以及「全有全無」的監護模式

學者在民國八十五年之前的研究曾經發現：一方面，法院極少命未任監護之一方給付子女扶養費用；另一方面，法院通常判決由經濟能力較佳的一方擔任監護人。⁴⁰ 事實上，前述這兩個判決趨向可能是相互影響的，因為儘管許多學者反對⁴¹，過去的司法實務向來有「扶養與監護結合」的見解，亦即認為：擔任子女監護之一方，即同時有扶養該子女之義務，至於未取得監護權之他方則毋需負擔扶養費用⁴²；按照此一邏輯，法院自然會傾向於將子女監護判給經濟能力較佳的一方，因為他必須「獨力」負擔扶養該子女的全部費用。

簡言之，在民國八十五年之前，法院判決監護的模式是一種「全有全無」(all-or-none) 的監護，亦即：取得監護的一方，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，則往往全部皆無～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。

本文希望藉由判決資料的實證分析，來探究：在新法實施之後，法院是否改變原先此種「全由全無之監護」的判決趨向。先前我們已經看到，新法實施之後，法院仍然不常針對「會面交往」的問題做出判決；但是，法院是否仍然傾向於將監護判給經濟能力較佳的一方，並且極少命未任監護之一方負擔扶養費用？

統計結果發現，儘管新增訂的「民法第一一一六條之二」及「非訟事件法第七十一條之六」⁴³明文規定：未任監護之一方仍有負擔子女扶養費用的義務，但是法院仍然極少在離婚及監護判決當中命未取得監護之一方給付扶養費用。在樣本全部九十七件案件當中，只有一件裡法官曾（因當事人之請求）命他方給付子女扶養費。

換言之，本文的研究結果發現：司法實務上「全有全無的監護」此一態度與趨向，在民國八十五年新法實施之後，並未大幅改變。但確實有改變的是原先傾向於將子女監護判給經濟能力「較佳」的一方的態度，因為在許多案子當中，母親雖然

⁴⁰ 陳惠馨，前引註10；林秀雄，「離婚後父母對未成年子女之扶養義務」，輔仁法學，第10期，1991年6月，頁167。

⁴¹ 戴東雄，親屬法實例解說，1990年，頁161；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，1987年；林菊枝，親屬法專題研究，1982年，頁163。

⁴² 見56台上419號判例。

⁴³ 同註11。

經濟能力略差於父親，卻最後卻仍然取得了監護。值得注意的是：統計結果發現，在所有由父親取得監護的案件當中，只有 34.5 % 的這些案件裡，法院曾經特別考量「父母的職業及經濟能力」；然而在所有由母親取得監護的案件當中，卻有 51.7 % 的這些案件裡，法官曾經特別考量「父母的職業及經濟能力」。這個統計結果似乎顯示：當法院要將監護判決給母親之前，往往希望能夠事先確定母親有「足夠」的經濟能力；但是當法院將監護判給父親之前，則較少如此做。這可能顯示：法官認知到我國社會當中，女性的一般經濟能力及平均薪資明顯低於男性的現實。

二、分析及討論

(一) 為什麼新法實施後，法官明顯較常將監護判給母親？

本研究目前為止最令人意外的發現是：新法實施後，母親壓倒性地比父親更常被法院酌定為監護人，這跟民國八十五年前的情形，可說是恰好相反。雖然「子女最佳利益原則」跟從前的「父權優先原則」相比，使母親有比從前多的機會爭取到監護；但是，「子女最佳利益原則」的本身是中立的，這個原則的本身、或法條規定的內容都沒有特別偏向於母親，那究竟為什麼會出現這種「母親壓倒性地比父親更常被法院酌定為監護人」的現象呢？

本文認為：法院將社會文化當中性別角色的傳統觀念及社會現實，與「子女最佳利益」的解釋互相結合，因此造成了這個結果。法院往往相信：將子女判決由母親擔任監護，將最為自然、最為符合子女的利益。本文針對判決資料所做的實證分析，有多項發現都支持本文的這個解釋。首先，我們發現有許多法官都在判決理由當中提到「(子女)需要母愛」、「(子女)需要母親的照顧」⁴⁴，但是卻沒有看到任何法官特別在判決理由裡提到「父愛」或「需要父親的照顧」。其次，研究也發現：每當法官考量「子女的年齡」或「父母子女間的感情狀況」時，該案件判決的結果都是由母親取得監護。十分顯然，法院的判決趨向與社會文化當中的傳統觀念、以及台灣的社會生活現實互相一致～母親通常被期待、現實中可能也的確扮演著子女的主要照顧者的角色，女性被認為具有某些天生的特質適合擔任這個任務。

⁴⁴ 例如：台北地院 87 親 94，台北地院 87 婚 348，台北地院 86 親 83，屏東地院 87 婚 196。

(二) 為什麼屏東的法官與台北的法官，其判決會有許多明顯差異？

本文之前已經多次提到，統計結果顯示：台北的法官與屏東的法官，在判決趨向上有許多差異。以下幾點理由，或許可以解釋這些差異的成因。

首先，台北跟屏東之間有頗大的城鄉差距，在生活方式、社會經濟條件、當事人觀念等等方面，都有很大的不同，這些不同將會影響法院考量的因素。我們的研究發現也支持這一個解釋。例如：台北的法官比較重視「親屬所能提供之照顧小孩的協助」可能跟台北的雙薪家庭（父母皆工作）的比例較高有關；而屏東的法官相對較少考量「社工人員之訪視報告」，則可能跟屏東的社工資源不足有關。

其次，法官的性別、年齡、教育背景等等個人特質，很可能會影響他們的決策過程。很不幸，僅從判決書的本身，我們並沒有辦法得知關於法官個人的詳細背景資料，唯一可以粗略估計的是依姓名判斷法官的性別。初步統計的結果顯示：在本文所搜集的樣本中，屏東地院的判決將近有 90 % 都是由男性法官所做出；相對的，台北地院的判決則至少有一半是由女性法官所做成。

第三，台北地院有專業的「家事法庭」，而屏東地院的家事案件則是由一般民事庭的法官兼辦。由於台北地院家事法庭的法官僅承辦家事案件、且被期待必須專業於這個領域，則其對於「子女最佳利益」的相關法條和應考量因素較為熟悉、且其較常適用新法當中具有濃厚「職權主義」色彩的新規定，應該是很合理的推測。

以上幾個解釋，我們還會在針對法官實際進行訪談的時候，再予以探究、確定。

(三) 為什麼法院會有「全有全無之監護」的判決趨向？

前文已經詳細討論：從舊法時代開始，我國法院判決監護的模式便是屬於「全有全無之監護」，而民國八十五年之後的新法規定，並沒有真正改變這個判決趨向。本文的研究發現：一方面，當事人自己很少聲明請求法院決定會面交往、或命他方給付子女扶養費；另一方面，法院亦很少依職權介入這些問題，仍然傾向於採取傳統當事人主義的作法來處理子女監護的相關事項。

質言之，無論是當事人、還是法院，似乎都習慣於「全有全無」式的思考：取得監護的一方，同時享有並負擔對該子女「全部」的權利及義務，而未取得監護的一方，則往往既無任何權利、也無須負擔任何義務。本文認為，這樣一種相當普遍、常見的思考模式或判決趨向，其實是有其文化和社會背景的。事實上，許多實證調

查研究發現：台灣社會向來都有於這種「全有全無之監護」的思考模式，而且形成一種相當根深蒂固的社會生活習慣。例如，社會學者張清富等人針對單親家庭的研究發現：未任監護的父母當中，高達 81.6 % 的人從來沒有、或極少與他們的子女見面；離婚的夫妻當中，高達 96.2 % 的人從來沒有、或極少再與他們的前配偶有任何連絡。⁴⁵ 這個現象與歐美社會當中，離婚夫妻可能仍然會連絡、或至少經常與未同住的子女聯繫的生活事實或習慣，有相當大的差異。許多論者都認為：這與我國的國情和文化習慣有關，特別可能是與華人社會當中特別重視的「面子」⁴⁶因素有關。因為離婚在華人社會通常代表「丟臉」或「撕破臉」，要叫離婚後的夫妻繼續連絡（即使是為了小孩子）、或甚至要求離婚後的夫妻必須跟對方拿錢（子女扶養費），可能誠屬難以想像或不願接受的事。⁴⁷ 同樣可能是因為這個社會現實和文化因素，台灣的法官幾乎從來不考慮「共同監護」。

另一方面，傳統「家庭自治」或「法不入家門」的觀念，可能也使得法官不願意依職權去介入家庭事務，例如決定「會面交往」的問題。而且，在民國八十五年民法親屬編修正後，輿論媒體大部分的注意力都放在「父權優先原則」的廢除、亦即「子女最佳利益原則」的建立上面，關於「會面交往」或「子女扶養費」的部份似乎並沒有被大幅報導或注意，這可能可以解釋：為什麼很多當事人可能根本不懂得自己可以請求會面交往、或命他方給付子女扶養費。當事人極可能只是繼續依照社會原有的生活習慣和觀念～「全有全無之監護」～來思考和提出請求。

陸、質化研究：承審法官之訪談

一、研究發現

（一）法官對於承辦家事案件的看法

許多法官，尤其是一般民事庭兼辦家事案件的法官，特別表達他們不喜歡、或覺得自己能力不足於審理家事案件的態度。例如，法官 D 4（一般民事庭）便說明他不喜歡辦家事案件，是因為其「法律要件和事實比較不清楚明確」：

⁴⁵ 張清富等，單親家庭現況及其因應對策之探討，1995 年，頁 120 以下。

⁴⁶ 見 黃光國，「人情與面子：中國人的權利遊戲」，收於氏著 中國人的權力遊戲，1983 年，頁 7 以下。

⁴⁷ 同註 45；另見「離婚法制研討會記錄」，台灣法學會學報，17 輯，1996 年，頁 323, 330, 331。

我覺得一般的訴訟案件比較明確，它事實面的爭執比較次要，最重要的是法律面的爭執、解決。可是家事案件它雖然也有請求權基礎，可是雙方爭執的大概都不是那個請求權基礎、而是那個事實，而這個事實都很難舉證，家事的很微小、很難舉證，然後雙方到了法庭上，很容易因為情緒、所以很難法庭控制啊。所以我會覺得不喜歡家事案件，除非是那種很明確的那種。譬如說，犯不名譽之罪或被處有期徒刑三年，很明確的要件它那個是很好解決，如果都沒有、像「不堪同居之虐待」啊、第二項那種「重大事由」啊，雙方涉及舉證跟...抗辯的話，審理起來會比較不容易。這個地方的確就是需要專業法官，我是這樣覺得。跟一般訴訟案件是很大的不一樣。

另一個同樣也是一般民事庭兼辦家事案件的法官 F，亦表達了他覺得家事案件很「麻煩」的想法，因為他希望單純地依據「法條」來判決，可是家事案件的爭執卻往往是煩瑣的「事實」問題，所以他「抓不到法條要件可以扣」：

離婚的部份比較麻煩，有很多當事人、他來只是把他的事實告訴你，那通常你要問他：你請求離婚 1052 條的那一款、哪一個離婚請求權基礎？他也講不出來... 那你就問他說：請問你是否依 1052 條第一項第幾款請求離婚？... 他如果沒有律師，他聽你講完也不懂，你可能要翻六法全書給他看，跟他講：照你這樣講是請求不堪同居之虐待，是不是？他就跟你答「是」，那你就記明筆錄說，喔，我依照這一款請求離婚... 那也有的當事人，他的事實根本沒有符合 1052 條任何一款... 曾經有一個案子，他們把各種的瑣事拿出來爭吵，我在審理的時候，覺得很煩！那感覺是覺得很煩！因為你抓不出那個要件出來說，到底符不符合... 1052 條第一項哪一款... 因為我們還是要扣要件。

還有一位也是一般民事庭兼辦家事案件的法官 D 6（年齡在廿五至卅歲之間，未婚），表達了她覺得自己在這方面的能力、經驗、訓練不足的想法：

其實有時候在辦離婚案件的時候，我覺得蠻尷尬，我的感覺是：從一個比較年紀小、然後其實也沒有婚姻經驗、也沒有育兒經驗的身分跟立場來跟他們說：這件婚姻案件應該要怎麼處理，或者是你們生活、婚姻發生了什麼問題，你們對待孩子應該是要怎麼處理。我有時候覺得我的立場會...我自己對自己的立場會有點模糊，我是不是有這樣的經驗和能力去告訴他們這樣的事情、判斷他們這樣子的問題？我只能說，我曾經學過這樣的法律、法律給我這樣的教育，那能夠帶給他們的就是這樣的思考和判斷。那所以有時我覺得我是蠻心虛。... 我是覺得：我們這一方面的專業思考的教育還不夠，（做家事法庭的法官）應

該是需要其他的生活經驗。如果這些生活經驗可以用另外的專業知識來補充的話，可能會對辦理家事案件來說更好。譬如說心理學或是社會學，或是婚姻家庭的相關課程這樣子。就是我們對於婚姻的感受都是來自於自己的感受，但那個感受可能是不客觀、不中立的，而且只屬於你對你父母的感覺，所以我覺得這樣子、這部份的經驗，如果以後將來能補充這方面的課程，法官能夠有這方面的訓練的話，我覺得會更好。

也有的法官表示：自己並沒有特別不喜歡承辦家事案件，然而，現行的制度設計、配套措施、還有法官的訓練都實在不足以讓他們辦好家事案件，因此他們經常會覺得挫折或無助。例如，法官 D 2 有些激動地說：

一般案子跟家事案子喔，差別就在於：一般案子是很單純的財產權的紛爭，財產權的紛爭只要請求權確立清楚，然後有沒有舉證足夠，就可以判斷了嘛，也不需要法官去管說你到底實情是怎麼樣。但是...我是覺得，婚姻案件或是監護權的案件，它們案件就有一個特質：就是說它們不僅是單純的法律問題啊，然後它衍生一些“以後”的社會問題啊，而且...它們在法律的規定裡面，也常常是一些不確定的法律概念，比方說像那個離婚的 1052 條第 2 項的要件，它是一個「重大事由」，那或者說子女監護的話，是依照「子女最佳利益」，這些東西其實都是不確定的法律概念啊，那到底什麼樣的情況才會符合這些要件，其實是見仁見智，它跟財產權的紛爭絕對不同就是在這裡，那這些東西也常常是我們很難去判斷的，即便我們有這種（婚姻生活）經驗，我們也很難判斷...除非你能夠再深入調查，...就是要有一些配套措施去幫你調查...可是即使沒有，你畢竟在這種現況之下，你還是要判斷啊，那這樣判斷之下常常可能就出錯，所以到底是不是符合子女最佳利益，...其實說真的，有時候可能還會判錯，你也沒辦法。...我們現行的制度喔，真的因為配套不足，比方說：法官沒有調查官嘛，也沒有其他的人員可以去調查嘛，那你只能夠依賴那個社工人員...但問題是：這都不是法院編制內的人員啊，那其實只有一個法官、他很難去做很多事情。所以我覺得，也無所謂喜歡不喜歡，就算你喜歡，你也很難辦啊，你就算很難婆，你也很難辦啊...。我們現在有案件壓力、還有其他壓力...。所以我覺得，這個問題，就跟一般的那個財產權的紛爭不同、不是說你只要用心就好了，還是需要一些制度上的變革才可能。

整體來說，以本文所訪談的法官而言，相較於專辦家事案件的法官，一般民事庭兼辦家事案件的法官對於新法規定顯得較不熟悉。例如：依據民事訴訟法第五七二條

之一⁴⁸以及非訟事件法第七十一條之六⁴⁹的新規定，法院得在離婚之訴當中附帶處理「子女扶養費」的問題，但是法官 A 在訪談中卻堅持「當事人必須在離婚之訴終結後，再以子女名義另外起訴請求子女扶養費，不可以在離婚之訴當中附帶請求」，當本文作者將前述法條翻給法官 A 看時，他感覺十分訝異。換言之，縱使前述新法規已經公佈實施約兩年半，仍有法官並不真正瞭解其規定的內容。

另外，相較於專辦家事案件的法官，一般民事庭兼辦家事案件的法官當中，有許多傾向於仍然嚴格依照「當事人主義」來審理監護案件～即使新法當中關於子女監護事件已明顯增加「職權主義」的色彩。許多法官不但堅持：子女監護事項如果當事人沒有請求即不予處理，而且甚至不願意行使闡明權。例如，當本文作者問：「如果您發現當事人有未成年子女，但是雙方卻都沒有請求法院酌定監護人，您是否會詢問當事人關於監護的問題？您是否會依職權處理？」法官 A 回答：

嗯...我不見得每一件都會問，我覺得...這個說實在，有時候是只會給自己添麻煩啦。... 雖然法律規定依職權我們可以去發動，可是通常我們都沒有再去審理。... 我覺得一個考量啦：案子太重！可能這部份就會造成我們審理的一個負擔。那我們通常可能就不想再去增加自己工作的負擔。

法官 G（一位有十幾年審判經驗的法官）的回答則更直接：

哪一個法官會那麼雞婆？... 基本上這個法律的規定，雖然感覺上我可以依職權... 可是基本上在進行上，發動權還是在當事人，法官是你請求定、我才幫你定。... 一般法官都不會再問了。你們沒有請求監護，我就判到離婚就好了，我幹嘛判到監護那邊去？

法官 H 也是類似的看法：

站在我們法官審案件的立場，我們會覺得說：啊，多一事不如少一事，人家如果只是單純請求離婚，那我們何必介入那麼深呢？人家又沒有請求要子女的監護，而且..其實子女監護對我們來講，是一個比較...嘖，覺得壓力比較大的一個事情這樣子。... 我自己的作法就是說，原則上就是說：如果你沒有請求，... 那我就..比較不會去 touch 到這一方面的問題。... 有些當事人...他不知道說，

⁴⁸ 見 民事訴訟法修正案立法理由說明五；魏大曉，「論未成年子女扶養費用之附帶請求」，月旦法學，第 68 期，2001 年 1 月，頁一三六以下。

⁴⁹ 同註 11。

可以在離婚的同時，可以來請求小孩子，他以為離婚就是歸離婚，以後小孩子就是另外再請求這樣子。

相對於前述一般民事庭兼辦家事案件的法官，專辦家事案件的法官大部分都表露出對於家事案件比較感興趣、或願意積極投入的態度。而且顯然，他們對於新法規定的內容也比較熟悉；他們之中很多人都提到法條以外的生活經驗或社會學、心理學的專業知識的重要性；並且，多位家事法庭的法官都不約而同表示：辦理家事案件不能只是消極適用法條，而是應該設法替當事人解決問題，法官依新法原本就「應」依職權調查證據，以追求「子女最佳利益」、做出較為妥適的裁判。

（二）法官傾向於將監護視為屬於父母的「權利」

事實上，本文發現：許多法官之所以仍然堅持採用「當事人主義」來處理子女監護的問題，很可能是因為他們將監護視為屬於父母的「權利」，而正因為他們認為如此，所以他們相信監護應該任由當事人依「處分權主義」來決定是否請求、以及如何請求。

在民國八十五年修法之前，無論是學者的著作、或是司法實務上的判決，幾乎都將「監護」稱為「監護權」，認為其是「屬於」父母的「權利」。⁵⁰ 這樣的見解或用語很可能與數千年來華人社會傾向於將子女視為附屬於父母的傳統觀念有關⁵¹。然而，新法特別強調：監護乃是「『為』子女之利益」而酌定，其目的是在追求「子女最佳利益」，亦即認為子女並非權利之「客體」、監護並非僅是「屬於」父母的「權利」。這也就是為什麼民法第一〇五五條特別將「監護」的用語修改為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，特別強調監護亦為父母之「義務」，且民法第一一一六條之二亦強調離婚後「子女扶養『義務』」的問題。事實上，民事訴訟法和非訟事件法修正後，之所以特別強調子女監護事件的「職權主義」色彩，也正是因為「子女監護歸屬」與一般的「私權」不同，不能如同財產權一般任由當事人來處分或決定。

在訪談的過程中，本文作者刻意完全避免使用「監護『權』」此一傳統用語，而僅僅使用「監護」或新法的用語「對未成年子女權利義務之行使或負擔」。然而，所

⁵⁰ 例如：69 台上 3676 判決、71 台上 1568 判決、69 台上 675 判決。

⁵¹ 見註18、註19。

有的法官在回答時，都會自行改回使用「監護『權』」的用語和觀念；而且如同本文之前所曾提到的，許多法官強調：當事人如果不請求法院酌定監護人、不請求會面交往或子女扶養費，法院都應該依照「當事人主義」的精神、任由當事人決定，甚至也不需要特別對當事人闡明。顯然，許多法官仍然依照舊法的思考邏輯，認為「監護」是「屬於」父母的「權利」，所以適用「處分權主義」。

（三）法官對於「母親的角色與子女最佳利益之間的關係」的看法

與本文之前在判決量化分析中的發現一致，許多法官（男女法官皆有）傾向於認為「母親天生比父親更適合擔任監護」，而且有「幼年原則」或「襁褓原則」的看法。例如，法官E（女）表示：

如果說兩個人地位跟條件都是一樣的話，我當然是會判給母親.... 尤其小孩子很小很小。... 母親還是比較細心啦！

法官D 1（男）也表示：

除非女方有嚴重不適任，不然在雙方條件差距不是很大的情形下，我幾乎都是判給女方。

然而，也有幾位法官表示：他們並不會預先假設母親一定比父親適合照顧孩子，只是現實社會生活中，從事實結果來看，的確往往如此。

（四）法官對於「社工人員之訪視報告」的看法

幾乎所有接受訪談的法官都表示：社工訪視報告在他們酌定監護的過程中扮演相當重要的角色。但十分矛盾的是：也幾乎所有的法官都強烈批評、質疑目前的社工訪視報告的品質和可信賴度。例如，法官D 2便相當嚴肅地表示：

我覺得社工人員寫什麼，法院通常就寫什麼，法院很少會反駁...。所以法院其實沒有什麼「依照子女最佳利益審酌」，其實只是「依訪視報告來審酌」，就這麼簡單而已。那這也是我們無力感的地方。... 因為現在法庭時間沒辦法像社工人員出去訪視講那麼多，所以你要反駁它、除非你有很堅強的理由，但是我覺得不太可能。... 你就是會受到他的影響，你沒有其他判斷的資料。

矛盾就正在這裡：法官限於時間、能力，不得不仰賴社工人員的訪視報告來審酌子女最佳利益，但問題是社工人員的訪視報告卻常常極為粗糙。法官D 2指出：

社工人員的訪談，他們的機會有限嘛、經費有限嘛，所以他們做出來的，我覺

得也是蠻表面的東西啦。... 他們以兩造的陳述、就做一個報告給我們。... 然後他們的評估常常有時候也是蠻模糊的，就是說：你不曉得社工人員的意見到底是怎麼樣，... 你看不到他憑著他社工背景的建議是什麼，看不到。那你最後做判斷的，還是你自己啊。... 目前的制度真的是有問題...。比較好的話，我覺得，法院就應該說：法官有一些助理法官或是調查官之類的...。我每次看到那個報告，那個無力感真的是很重啊！它還是叫我法院自己去依照子女最佳利益來審酌，那我不曉得我到底是應該怎麼樣做啊。... 那我也不曉得這個社工人員他這個調查，是不是他的一面偏頗之詞。假設社工人員他本身來講，他對這方面本來就比較偏頗的話，你其實看不出來啊，他在裡面多寫了哪些話，你法官就很容易受影響。

本文訪談的法官當中，部份法官曾經在不同的地區擔任審判工作，其他許多法官則經常因為承審案件的當事人居住於不同縣市，所以有機會比較不同縣市的社工人員的訪視報告。正如本文之前所推測的，幾乎所有接受訪談的法官都指出：台灣城鄉之間的社工資源（人力、經費）有非常明顯的差距，而且北部的資源比南部、東部的豐富許多、報告的品質通常也較佳；而同樣是北部，「台北市」社會局所做出的報告的品質，又遠遠勝過於北部其他任何縣市。

值得注意的是：即使是台北市社會局所做出的訪視報告，仍然被台北地院的法官評為「良莠不齊，通常無法令人滿意」、「不夠專業」、「經常沒有明確的結論，只是將當事人雙方的陳述和彼此攻擊做一個記錄而已」。另外一個嚴重的問題是：倘若父母雙方目前分別居住於不同縣市，則父方、母方的訪視報告將分別由不同的縣市社會局各自分頭進行，每一份報告都僅僅訪視其中一方，而且各個縣市分別沿用不同的標準、不同的格式、各自有不同的調查項目和內容，最後的結果是兩份「無法互相比較」的報告，法院根本無從藉以判斷：究竟是父親、還是母親比較適合。許多法官都表示：他們曾經要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，但是沒有一個社會局願意如此配合。

（五）父母經濟能力的考量、子女扶養費用、以及「全有全無」的監護模式

幾乎所有的法官，在被問到他們如何決定「子女最佳利益」時，都會立刻主動提到「父母的職業及經濟能力」此一考量因素。不過許多法官都隨即補充說明：此一因素雖然重要，但並不表示一定是由經濟能力「較佳」的一方取得監護，因為當事人只需要有「足夠」的經濟能力即可擔任監護人。在這裡，法官所自行提出的解

釋，正與本文之前於判決量化分析部份的發現和推測完全一致。

值得注意的是：許多法官在考量「父母的經濟能力」此一因素時，完全沒有聯想到他方給付「子女扶養費」義務的問題。當本文作者問到「如果照顧能力較佳、較為適合擔任監護的一方，她缺乏足夠的經濟能力時，您會怎麼判」，有數位法官的直覺反應是「她可以找她的親屬提供經濟上的支援」或「她可以向社會福利機構申請救助」，令人詫異的是：這些法官完全沒有聯想到民法第一一六條之二和非訟事件法第七十一條之六⁵²的規定，「未任監護的一方仍然負有給付子女扶養費之義務」這件事，在他們腦海中彷彿不存在。事實上，有好幾位法官表示：他們「從來沒有」在離婚之訴中判決命他方給付子女扶養費；其他曾經判過子女扶養費的法官，也都表示他們「很少」如此做。顯然，他們心中的預設便是：取得監護的一方，就應該「自行」設法負擔子女的扶養費用，這正是本文之前所觀察到的「全有全無之監護」的看法。

有趣的是，在本文作者並未給予任何提示的情況之下，許多法官在訪談當中都自行提到：我國社會文化當中的習慣就是「全有全無」式的監護，所以取得監護的一方，通常不會再向他方請求子女扶養費、也不願再與他方有任何瓜葛；而且他方與子女之間，通常也不會再有會面交往或探視的安排。也因此，幾乎所有的法官都強烈反對「共同監護」，因為他們認為「在我國社會根本不可行」。

很多法官都提到：許多當事人可能根本不知道，自己竟然還可以請求會面交往或子女扶養費。當本文作者進一步問到：「如果您發現當事人可能不知道自己可以請求，那您是否會依照新法職權主義的精神，至少去向當事人闡明會面交往或子女扶養費的問題？」許多法官的答案都是否定的。有的法官表示，這些事項應該由當事人自己私下去解決，法院不宜介入；有的法官則表示：「不想自找麻煩」。例如，法官 E 就笑著說：

除非當事人有要求，否則我不會自找麻煩，哈哈！... 法條是說「得」依職權啦，也沒有說你「應該」這樣子判嘛。一般如果你涉及到扶養費的話，會比較囉唆，你可能考慮：這個小孩子平常支出是多少錢啊、一般平均標準是多少.... 不判的話，結案我也會比較快啦！你若還要再考慮個扶養費、可能會拖

⁵² 同註11。

個兩三庭去調查，那他如果沒主張，那我們趕快判啦！

二、分析與討論

質化研究的訪談結果，再再都確認了之前判決書量化分析的發現。除了前一節所討論的幾個重點之外，許多法官也都自行提到「現今判決由母親取得監護的案件佔大多數」。此外，接受訪談的法官也確認：民法第一〇五五條之一所列出的諸多因素當中，他們在審酌子女利益時通常只會考量其中的特定幾個因素、而傾向於忽略其他因素。

訪談結果最令人訝異的發現是：即使新法已經公佈施行數年，仍然有許多法官，尤其是一般民事庭兼辦家事案件的法官，對於新法的許多規定並不熟悉。有法官不知道當事人已經可以在離婚之訴附帶請求「子女扶養費」的；也有法官不知道自己可以依職權酌定監護人，不受當事人請求的限制。大致來講，相較於專辦家事案件的法官，一般民事庭兼辦家事案件的法官傾向於仍然嚴格遵守「當事人主義」來處理家事案件，比較不願意依職權去介入，甚至不願意去闡明。

本文對此現象提出以下的觀察與解釋。我們知道，新法規定在很多方面都與原先舊法的精神迥然不同，例如：從「父權優先原則」變成「子女最佳利益原則」；從「全有全無」的監護模式，變成明文規定未任監護之一方可以「會面交往」、並有給付「子女扶養費」的義務；從原來程序上採取「當事人主義」，變成「大幅加入職權主義的色彩」。這些新法規定都與舊有的實務作法有極大的差異，而且這些規定在許多法官接受法學教育的階段，都尚不存在。由於一般民事庭承辦的案件大部分都是財產案件，家事案件只佔極小的比例⁵³，法官自然不會將大部分的注意力放在家事案件這些新法規定的詳細內容上；而由於法官對新法規定的內容及立法目的都相對比較陌生，他們也很自然會傾向於採取舊有的思考習慣和作法來處理家事案件。尤其，當一般民事庭的法官絕大部份時候都是依照「當事人主義」來審理財產案件時，我們如何能期待他們在偶然審理家事案件時，就能「忽然」轉換認知架構 (cognitive frame) 和思考習慣、「瞬間」改用職權主義的精神來審酌子女最佳利益？從認知心理

⁵³ 以 1998 年為例，該年度台灣各地方法院全部受理的民事案件當中，只有 3.31 % 左右是家事案件。見 司法院，司法業務年報～案件分析，1999 年，頁 163, 168 之數據。

學 (cognitive psychology) 的角度來說，這種要求或期待，很可能是強人所難的。⁵⁴

柒、結論與建議

綜合量化與質化研究的結果，本文的研究發現：台灣的社會及文化背景環境，確實對於法官就「子女最佳利益」的解釋產生影響。法院的監護判決反應出許多文化上的觀念和社會生活的現實，譬如：父母的傳統性別角色、離婚後「撕破臉」不再聯繫、全有全無之監護、重視父母扶養子女的經濟能力、以及將子女監護視為父母的「權利」。另一方面，台灣的社會福利服務（如日間子女托育機構）的不足、以及不同地區的社會經濟條件的差異或社工資源上的差異，也明顯影響法官的監護判決。並且，本文發現：自從民國八十五年以來，子女監護歸大部分都被判決給母親，這跟民國八十五年以前幾乎全部都判給父親的情形完全相反。

然而，女性壓倒性地更常取得子女監護，可能未必是女權的勝利，反而是傳統性別角色及觀念的進一步深化。更嚴重的是：在女性平均薪資及經濟能力仍然明顯低於男性的社會現實之下，法院更常將子女監護判給母親、卻沒有相對應地更常命父親給付一定比例的「子女扶養費」，將嚴重惡化離婚後的單親母親家庭的經濟狀況。而且，「全有全無」式的監護判決，往往使子女與未任監護的一方中斷聯繫、沒有會面交往的機會，極可能對子女的心理健康及成長造成不利的影響。

本文的研究也發現：專辦家事案件的法官，大致上來講，比兼辦家事案件的一般民庭法官更為熟悉新法規定的內容和精神。事實上，由於家事法庭或家事專股的法官僅負責承辦家事案件，並且被期待必須專業於這個領域，則其對於「子女最佳利益」的相關法條及應考量因素較為熟悉、且較常適用新法當中具有濃厚「職權主義」色彩的新規定，應是相當自然的現象。這個研究發現支持設立專業家事法庭或法院的政策，因為家事案件適用與一般民事案件不同的審理方式、具有較濃厚的職權主義色彩，倘若沒有專庭、專人來審理，很有可能出現本文所發現的問題：一般民事庭法官會傾向於（不自覺地）沿用「當事人主義」的思考習慣來審理家事案件，忽略了「子女的利益並非父母可以自由處分的私權」此一新法的重要精神。

誠然，法院依職權介入監護人酌定或會面交往等問題時，必須兼顧對當事人（父及母）的「程序保障」，這也是為什麼修正後民事訴訟法第五七二條之一第二項規定

⁵⁴ See ROBERT L. SOLSO, COGNITIVE PSYCHOLOGY 180, 212, 247-74 (6th ed. 2000).

「(對於子女監護)法院亦得依職權定之，但於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會」。但是最低限度，當法官發現當事人可能根本不知道自己可以在離婚之訴一併請求解決相關問題時，法院應對當事人闡明，並應調查事實、確認當事人是否有辦法達成符合子女利益的協議，而不是連闡明和職權調查的過程都略過，完全回到舊有「當事人主義」的方式來審理家事案件。

不過，沈重的案件負荷量、以及現行制度下嚴重缺乏的社工人力經費，再再都限制了法官調查事實、追求子女最佳利益的可能性。目前正值立法院甫通過「少年及家事法院組織法」、我國正式開始設立專業的少年及家事法院的時刻，此等現實問題，都亟待未來專業法院在實際運作上予以解決。

新法的修正通過，其實仍然只是「書本中的法律」(law in books)，它們並沒有辦法立即改變法官舊有的認知架構和審理習慣，也沒有辦法帶來法律實施所需要的現實資源。我們不能僅僅「假設」：新法一規定出來，法官就能夠立刻自動瞭解其立法目的和詳細內容，並有能力執行新的法律；事實上，法官很可能需要新的人力物力資源，並持續接受在職教育，才有辦法在浩瀚繁瑣、且不斷有新法條出現的諸多法律規定中，真正理解並適用特定新法，然後透過「事實運作中的法律」(law in action)將新法的精神實踐出來。

參考文獻

一、中文部份

- 內政部，台灣地區婦女生活狀況調查報告，1989年。
- 內政部，台灣地區婦女生活狀況調查報告，1993年。
- 內政部，臺閩地區社會福利工作人員統計分析，1999年。
- 中央研究院社會學研究所，台灣社會變遷基本調查計畫，第三期第五次調查計畫執行報告，2000年3月。
- 「離婚法制研討會記錄」，台灣法學會學報，17輯，1996年。
- 司法院，司法業務年報～案件分析，1999年。
- 「『減輕法官工作負荷,提昇裁判品質』座談會記錄」，全國律師，1卷7期，1997年7月，頁3。
- 行政院主計處，中華民國台灣地區人力資源運用調查報告，1998年。
- 行政院主計處，臺灣地區社會發展趨勢調查報告，1999年。
- 余德慧，中國人的父母經，1987年。
- 李亦園，「台灣漢人家族的傳統與現代適應」，收於 喬健主編，中國家庭及其變遷，1991年，頁53。
- 李美枝，「中國人親子關係的內涵與功能：以大學生為例」，本土心理學研究，9期，1998年，頁3。
- 林菊枝，親屬法專題研究，1982年。
- 林秀雄，「離婚後父母對未成年子女之扶養義務」，輔仁法學，第10期，1991年6月，頁167。
- 林萬億，福利國家：歷史比較的分析，1994年。
- 林端，「司法社會學對臺灣司法改革的意義」，全國律師，3卷8期，1999年8月，頁21。
- 陳棋炎,黃宗樂,郭振恭，民法親屬新論，1987年。
- 陳惠馨，親屬法諸問題研究，1993年。
- 陳惠馨，「民法親屬編之修正與社會變遷」，律師通訊，第195期，1995年12月，頁39。
- 郭靜晃，臺灣地區托兒服務需求評估，華岡法科學報，11期，1995年12月，頁109。
- 張清富等，單親家庭現況及其因應對策之探討，1995年。
- 婦女新知基金會，「婆婆媽媽法院觀察報告：法官的四大性別盲點」(visited Mar. 11, 2000) <http://www.awakening.org.tw/5-10.htm>。

黃光國，「人情與面子：中國人的權利遊戲」，收於氏著 中國人的權力遊戲，1983 年，頁 7 以下。

熊秉真，童年憶往：中國孩子的歷史，2000 年。

劉宏恩，心理學取向的法律研究～以住宅搜索、子女監護及婚姻暴力問題為例，台大法律學研究所碩士論文，1996 年。

劉紹樑，「法律移植與社會變遷--從消費者保護法談起」，律師通訊，第 175 期，1994 年 4 月，頁 7。

戴東雄，親屬法實例解說，1990 年。

謝繼昌，「中國家庭的文化與功能」，收於 漢學研究中心主編，中國家庭及其倫理研討會論文集，1999 年，頁 69。

瞿同祖，中國法律與中國社會，1944 年(1984 年台北里仁版)。

魏大曉，「論未成年子女扶養費用之附帶請求」，月旦法學，第 68 期，2001 年 1 月，頁 136。

二、英文部分

Thomas J. Berndt et al., *Perceptions of Parenting in Mainland China, Taiwan, and Hong Kong: Sex Differences and Societal Differences*, 29 DEVELOPMENTAL PSYCHOL. 156 (1993).

HSIAO-TUNG FEI, CHINESE GENTRY (1953).

Lawrence M. Friedman, *The Law and Society Movement*, 38 STAN. L. REV. 763 (1986).

Hung-En Liu, *Family Law and Social Change in Taiwan: A Study of the Application of the 'Best Interests of the Child' Standard in Court Decisions*, paper presented at Law and Society Association Annual Meeting, May 2000, Miami, Florida.

AMY H. L. SHEE, LEGAL PROTECTION AGAINST SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN IN TAIWAN: A SOCIO-LEGAL PERSPECTIVE (1998).

Daniel T. L. Shek, *Adolescents' Perceptions of Paternal and Maternal Parenting Styles in a Chinese Context*, 132 J. PSYCHOL. 527 (1998).

ROBERT L. SOLSO, COGNITIVE PSYCHOLOGY (6th ed. 2000).

ROBERT P. WEBER, BASIC CONTENT ANALYSIS (1990).