

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*

施懷閔**

一、前言

當父母婚姻關係觸礁而步入離婚一途時，未成年子女將面臨其家庭破碎的結果，如何讓未成年子女能夠繼續健康地成長，並降低離婚造成的負面影響，是一項嚴肅而重要的課題，蓋如何決定未成年子女權利義務之行使負擔，事關未成年子女之人格養成及其未來前途，影響深遠，自有特加保護之必要。在現代社會離婚率日益提升之情形下，此一問題更易被突顯出來¹。

按民法第1055條第1項及第1055條之1規定，夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，如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。法院為裁判時，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。揆諸上開規定，我國民法對於父母離婚後未成年子女權利義務之行使負擔，係採取「子女最佳利益原則（the best interest of the child）」為其標準，亦為司法院釋字第365號解釋理由書所揭櫫²。以此種模糊不清的抽象原則作為判準，固然有其具有彈性的優勢，惟其內涵不夠具體明確的

* 本文初稿發表於100年3月21日之法務部司法官訓練所新興法律座談會，在此由衷地感謝與談人司法院民事廳賴副廳長淳良及主持人法務部司法官訓練所林所長輝煌於研討會當時提出諸多寶貴意見，筆者在能力範圍內已盡力於本文中進行補及回應，惟文責仍由筆者自負。

** 司法官訓練所第51期司法官學員。

1 據統計，98年度共有116,392對夫妻結婚，而離婚者則有57,223對。換言之，幾乎平均每2.03對夫妻結婚的同時，就有1對夫妻會離婚。參內政部網站性別統計專區，<http://sowf.moi.gov.tw/stat/gender/list03.html>（最後瀏覽日：01/25/2011）。

2 雖然修法係以子女最佳利益原則為其準據，惟觀諸相關法條文字，仍以「父母」對「子女」之權利義務為其內容，而將子女「客體化」，尚難認已合於各該國際公約所要求強化未成年子女主體地位之要求，殊屬可惜。

缺點，卻也造成相當的困擾，引發了檢討之聲浪。特別是，法院在決定未成年子女權利義務之行使與負擔時，多傾向於離婚後，由一方單獨行使所有對於未成年子女的權利義務³。因此，如何讓法官確信未成年子女權利義務之行使負擔交給自己更符合民法第1055條之1規定，乃成為離異的父母雙方爭執的重心。惟本條規定修正迄今近15年，觀察法院實務上的判決，絕大多數在論述過程中，均會先援引民法第1055條之1所列舉之各種事項，再整理當事人兩造提出之主張後，即得出應由父或母行使負擔對未成年子女權利義務的結論，但顯然無法從法院的判決中，得出法院判斷「子女最佳利益」所考慮之各種因素孰輕孰重，大大增加了判決結果的不確定性，是否妥適，值得深思⁴。亦即，「子女最佳利益」原則在實務上是否流於形式化，而淪於法院之恣意

判斷？有鑑於此，本文擬藉由最高法院判決的分析，重新思考民法第1055條之1應如何運用。特別是，有論者強調單親家庭對於未成年子女的負面影響甚鉅，故法院原則上應決定由離婚之父母「共同行使負擔未成年子女之權利義務（下稱共同監護）」，更能符合子女之最佳利益⁵，是否確係如此？在臺灣臺北地方法院99年度監字第191號裁定中，法院即決定一名5歲女童由離婚後之父母共同監護，此項見解是否適當，深值玩味。

二、案例事實

甲女乙男為夫妻，育有一5歲之女丙。甲女向法院訴請離婚，附帶請求法院酌定由其行使負擔對丙之權利義務，嗣於訴訟中甲乙達成和解，協議離婚，並同意就丙權利義務之行使負擔另案處理，遂發生此一非訟事件。

甲女主張：基於幼年原則、主

3 雷文政，〈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，1999年4月，頁263。此外，依內政部統計，98年度臺閩地區各縣市父母離婚後，有關未成年子女權利義務之行使負擔之情形，在58,391名未成年子女中，由父任之者共27,581人，由母任之者共22,995人，由父母共同任之者共7,724人，其他情形則有9人。換言之，由父母共同行使負擔未成年子女權利義務者僅占13.23%。上開數據雖未區分父母協議離婚或裁判離婚，惟仍有一定之參考價值。參內政部網站性別統計專區，<http://sowf.moi.gov.tw/stat/gender/list03.html>（最後瀏覽日：01/25/2011）。

4 有論者即直言：法院採行子女最佳利益之公平性，與由國家舉辦的投擲硬幣決定相比，根本相差無幾。參劉宏恩，〈夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定〉，《軍法專刊》，43卷12期，1997年12月，頁40。

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》，10卷5期，2006年5月，頁59-72。

5 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》，10卷5期，2006年5月，頁59-72。

要照顧者原則、友善父母原則、同性別親權人較優原則以及父母之品德等因素予以評估，對丙權利義務之行使負擔應由其任之較為適當；乙男則主張：甲女熱愛演藝工作影響子女照顧、甲女向訪視社工所言有諸多不實之處、甲女於兩造訴訟中妨礙相對人探視女兒、甲女因工作而無法全年全職照顧子女，故不適合行使負擔丙女之權利義務，且乙男自己喜愛也願陪伴子女，並以女兒丙為生活重心，且其生活時間有彈性，亦有能力照顧丙女，其父母有意願、亦有能力協助照顧丙女，乙男也不會因為其與甲女間之婚姻問題而影響女兒丙與甲女之相處，況對丙女而言，待在美國較符合其最佳利益等語，而認為其較適合擔任丙女之權利義務行使負擔者。

對此，臺灣臺北地方法院以99年度監字第191號裁定指出：「本件兩造均有強烈爭取子女丙之意願，且皆

有豐富資源與優勢提供伊完善生活照顧，是為使兩造能有更多機會照護關愛子女，爰依民法第1055條第1項規定，酌定由兩造共同監護，其監護方式如附表所示⁶。」

三、一個原則，各自表述—何謂「子女最佳利益」？

在司法院釋字第365號解釋作成及民法相關規定修正後，「子女最佳利益原則」作為父母離婚時決定未成年子女權利義務之行使負擔的最高準則，無庸置疑。然而，其具體內涵並不明確，給予法官過大的裁量空間，是造成爭議的最大癥結處。批評者認為：子女最佳利益原則的模糊性，使法官得僅依其個人主觀價值判斷及對於當事人雙方的印象作成判決，容易流於恣意⁷。事實上，對法官而言，子女最佳利益之所以難判斷，是因為它除了牽涉到「現有」或「過去」事

6 附表內容如下：對於兩造所生未成年子女丙權利義務之行使或負擔方式如下：一、自本裁定確定時起，丙女由父親乙男偕往美國就學，在美國期間由乙男為其主要照顧者。母親甲女應交付子女護照。如依照法律及美國入學文件，需要甲女共同簽署者，甲女應配合乙男辦理。二、自民國100年起，每年之暑假（實際日期依學校行政日曆為準）由甲女為子女之主要照顧者：1.遇偶數年，由乙男偕丙女返回台灣交付甲女照顧。2.遇奇數年，甲女得赴美國照顧丙女。3.甲女為子女主要照顧者期間，得偕子女出國、家人陪同，乙男應配合交付子女護照。三、每奇數年之農曆年過年期間、子女生日、一般重大節日，以及每年甲女及其直系血親之生日，在不影響子女就學、作息下，甲女得於乙男住處，接子女共度7日，並於期間屆滿當日晚間10時以前，將子女攜回乙男住處交予乙男。四、兩造得於他造照顧期間，在不影響子女學業、日常生活作息下，得以視訊、電話、書信、電子郵件、致贈禮物、拍照等方式與子女聯繫交往，他造或其他任何第三人不得任意阻止。五、子女年滿16歲後，應尊重子女丙女之意願決定與何人同住。六、兩造應遵守事項：（一）兩造不得有危害子女身心健康之行為。（二）兩造不得對子女灌輸反抗對造之觀念。（三）乙男應真實及準時告知甲女子女之寒暑假期間起訖日，並按約定交付子女。（四）子女聯絡方式或就讀學校如有變更或有其他重要事件，如重病、住院、入學、轉學等情，兩造應隨時（3日內）通知對造，不得藉故拖延隱瞞。

7 國內對於子女最佳利益之批評包括：標準不明確、法院判斷之恣意、對子女造成傷害、對父母造成不公平及法院能力之不足等。參李宏文（2004），《論子女最佳利益原則》，頁89-92，國立臺北大學法學系碩士論文。

實因素的考量，更涉及大量有關「未來」可能的預言、判斷⁸。在「子女最佳利益」之標準不明的情形下，父母雙方似乎都找得出理由主張未成年子女權利義務由自己行使負擔較合於子女最佳利益⁹，而法官是人非神，如何才能找出對未成年子女最好的安排，除了借重心理專業人員的協助外，能否進一步找出參考的客觀判斷標準，以降低法官個人價值判斷的影響，並提高父母雙方對於裁判的信服度，實係一重要課題。

誠如前述，民法固然設有第1055條之1規定供法官參考，惟在個案處理上，前開規定是否業已發揮其功能？法院實務上又係如何操作該條規定，即值吾人深究。故本文以下乃先簡要介紹國內學說見解，再就法院實務見解進行分析¹⁰。

（一）學說見解

對於「子女最佳利益」此一抽象的原則，固有論者將法院酌定對於未成年子女權利義務之行使負擔時應審酌之事項予以臚列，包括：父母之監護能力¹¹、親友之支援可能性、父母保護教養子女之意願與對子女之態度、子女受養育環境之繼續性與對新舊環境之適應性，以及子女之意願、年齡、性別等事項¹²。惟據本文觀察，國內論者在補充「子女最佳利益原則」此一抽象原則時，多參酌美國法上之概念，而提出以下幾項原則，包括¹³：「友善父母條款」¹⁴及「主要照顧者原則」¹⁵等。這當中，不少論者倡議法院應優先採用「共同監護（joint custody）」¹⁶方式。共同監護

8 劉宏恩，註4文，頁39-40。

9 雷文政，註3文，頁284。

10 為求實務見解之代表性，此處分析之對象限於最高法院之裁判。

11 所謂「監護能力」，須評估父母之經濟能力（即是否具備足夠撫育子女之能力）；父母之年齡、職業、健康及生活等情狀，如父母有無不良惡習、重大疾病等；以及父母能用以撫育子女之時間、環境及宗教信仰等因素。

12 林洲富，《家事事件之理論與研究》，2003年11月，頁105-109，司法院印行。

13 李立如，〈論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔〉，《歐美研究》，40卷3期，2010年9月，頁793-803。劉宏恩，註4文，頁39-41。雷文政，註3文，頁286-297。

14 「友善父母條款」強調未成年子女與父母雙方保持良好互動之重要性，要維護未成年子女之最佳利益，允許子女和另一方父母維持密切聯繫是有必要的。而為使此一目標得以被達成，法院應優先考慮將未成年子女權利義務之行使負擔交給對他方較為友善，較樂意促進另一方父母與子女間關係的父或母擔任。

15 所謂「主要照顧者原則」認為父母離婚後，若能由原來負擔未成年子女主要照顧責任之一方繼續行使負擔對未成年子女之權利義務，即合乎子女之最佳利益。

16 美國法上對共同監護事實上又分成子女身心之共同監護及法律上共同監護，前者係指由父母共同行使負擔子女在身心教養方面的權利義務；後者則係由父母分享關於子女重大事項的決定權。見李立如，註13文，頁793-794。我國民法雖未明文對此予以區分，惟解釋上法院似得以此為標準決定未成年子女權利義務之行使負擔。

原則的前提在於：對於未成年子女的成長而言，同時享有來自於父母雙方的照顧，最符合其最佳利益。當父母離異時，若決定僅由其中一方行使負擔其權利義務，未成年子女將失去父母一方的照料，此時其最佳利益將無法維持。若能採取父母共同行使負擔的作法，將可解決此一困境，並使父母雙方各自對子女的成長作出貢獻¹⁷。民法第1055條亦明文承認：法院得依請求或依職權選擇採取共同監護之方式來行使負擔對未成年子女之權利義務。

誠然，若法官在酌定未成年子女權利義務之行使負擔事件中，選擇共同監護的方式，不僅可以免去選擇的困擾，更能避免遭受「判給不適任父母」的指責。然而，共同監護是否最符合子女之最佳利益，並非毫無質疑。在生活上，子女必須輪流與父母同住一段時間，將使其必須適應不

同的教養方式與生活環境，失去了在穩定環境成長的機會，對年幼的未成年子女來說容易感到疲累，同時也加重了父母雙方經濟上的負擔，若父母住居所距離過遠，此一問題將更加惡劣¹⁸。更嚴重的問題在於：父母雙方離異，多半係因感情生變，離婚訴訟過程中難免相互攻訐，而對彼此存有敵意。此時若採取共同監護的方式，不僅將使子女夾在父母間選擇「忠誠」的對象，而變成雙方爭奪的肉票，有些父母甚至會利用孩子相互要脅，反而對子女之身心發展造成不利之影響，絕非「子女之最佳利益」。如果走到這一步，「共同監護原則」所尋求之父母、子女三贏的目標，勢將成為「三輸」的局面。

本文認為，採取共同監護原則並非不妥，惟採此制度之目的並非在滿足父母雙方「成為行使負擔未成年子女權利義務者」的願望，而應著眼於未

17 李立如，註13文，頁794。

18 李立如，註13文，頁794-795。劉宏恩，註4文，頁47。雷文政，註3文，頁286-291。

成年子女之最佳利益。衡諸我國目前情形，夫妻離婚後仍能友善相處之案例較少，共同監護對於未成年人是否有利，即非無疑。若法院選取共同監護，恐將遭受「兩面討好」的批評。事實上，英美法院在子女監護事件之判決上，往往會考慮父母對於他方之敵意，以及離婚後彼此是否能維持友善之關係。假如父母之一方對於他方仍具有高度之敵意，以致於不願或不能與他方真心地協力謀求子女之最大幸福時，法院即不會採取「共同監護」之方式¹⁹，足供參考。在立法例上，亦有針對共同監護設有一定嚴格要件者，如須由父母雙方以書面同意或於子女監護事件繫屬法院表示同意、並須得具理解共同監護意義之子女同意共同監護、且父母已向法院提出有關子女之學校教育、日常生活、交友活動及宗教活動，在最小限度障礙之下，實施共同監護之書面計畫時，法

院始能下共同監護之命令²⁰。

本文認為，如果法院在不能符合上開要件之情形下決定採取共同監護之方式，恐將流於形式（即事實上由一方監護，他方僅於空閒之時再行探望），此時和法院決定由父或母之一方單獨監護，並給予他方會面交往權並無太大差異，實已失去共同監護之意義。故若父母彼此仍有敵意時，選擇由父母其中一方行使負擔未成年子女權利義務，再給予父母另一方會面交往權，或許是另外一種可行的選項。當然，如父母彼此具有敵意時，為免未成年子女受不利影響，法院得禁止未任行使負擔權利義務之一方與未成年子女間之會面交往，自不待言。

（二）最高法院見解

相較於上開學者見解，最高法院對於「未成年子女之最佳利益」似未形成明確之操作標準。多數最高法院判決在論理上多半先援引民法第1055條

¹⁹ 劉宏恩，註4文，頁230。

²⁰ 林秀雄，〈離婚後子女監護人之決定基準〉，《輔仁法學》，4期，1997年12月，頁51。

之1及社工之訪視報告後，就直接針對事實審法院有無適用法律之錯誤進行判斷，並未就該條規定之各該事由孰輕孰重加以評價。在本文所查閱之最高法院判決中，絕大多數之案件中父母均有行使負擔未成年子女權利義務之意願。除此之外，最高法院認為「子女之最佳利益」之參考因素包括²¹：

1. 未成年子女之意願：除民法第1055條之1第2款明定法院須審酌未成年子女之意願外，非訟事件法第128條亦規定：「子女為滿七歲以上之未成年人者，法院就前條事件為裁定前，應聽取其意見。但有礙難情形或恐有害

其健康者，不在此限。」²²事實上，在此類事件中，未成年子女之意願，往往成為法院判斷時影響最大的因素之一²³。

2. 父母之照顧能力：依民法第1055條之1第3款規定，父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況，用以撫育子女之時間長短等，亦為法院審酌因素之一。蓋父母若無照顧未成年子女之能力，自不宜行使負擔未成年子女之權利義務，故法院應綜合上開各項因素判斷父母是否具備照顧能力²⁴。然而，當父母雙方均有相當之照顧能力時，法院即

21 以下判決整理，係以「離婚」、「未成年」及「權利義務」為關鍵字，搜尋最高法院判決至100年2月17日為止，共139則，再剔除與本文研究無關者（如扶養費負擔之決定），參法源法律網，<http://fyjud.lawbank.com.tw/index4.aspx>。

22 聯合國兒童公約第12條第1項規定：「簽約國應使有意思能力之兒童就有關事實有自由表意之權利，其所表示之意思應依其年齡大小與成熟程度予以權衡。」亦在強調未成年子女意願之重要性。

23 如最高法院99年度台上字第1267號判決：「再法院依民法第1055條規定為酌定時，如子女為滿7歲以上之未成年人者，法院為裁定前，除有礙難情形或恐有害其健康外，應聽取其意見，非訟事件法第128條復著有明文。揆其立法意旨，無非以滿7歲以上之未成年人，已具有一定之表達能力，客觀上可期待其為適當之陳述，自應聽取其意見，俾能充分瞭解其意願及人格發展之需要，以符合子女之最佳利益。本件兩造所生長子王○雄、長女王○媛均為滿7歲以上之未成年人，有戶籍謄本可稽。而原審雖認長子王○雄於訪視時表示希望與被上訴人（即其父）同住。惟上訴人於原審提出王○雄所寫之書面載明『我要跟媽媽（上訴人）住一起，有空時可以去看爸爸（被上訴人），因為媽媽可以照顧我們的生活和功課』，原審未予斟酌，徒以訪視報告所載作為認定長子王○雄意願之依據，已嫌疏略；且未聽取王○雄、王○媛之意見，亦未說明有礙難情形或恐有害其健康之情事，即遽為酌定對該未成年子女權利義務之行使或負擔與定探視方式，尤屬速斷。」同院99年度台上字第1889號判決：「.....又依財團法人台灣兒童暨家庭扶助基金會臺北市南區分事務所訪視調查報告所載，兩造所生未成年之子葉○昀既表示願與母同住，對其父之言語及行為尚不能認同，仍感排斥，有待溝通，則關於葉○昀權利義務之行使或負擔，以由被上訴人（即葉○昀之母）單獨任之，始符合未成年子女之最佳利益。」其他如同院99年度台抗字第668號裁定、94年度台上字第1120號判決、91年度台上字第2185號判決、90年度台抗字第260號裁定等。

24 如前揭最高法院94年度台上字第2237號判決。又同院91年度台上字第1511號判決：「兩造之子薛○澤出生迄今，均由兩造共同撫育，上訴人任職彰基醫院社區健康部護理師，有正當、良好之職業，既為原審所認定，而上訴人於原審復一再抗辯：依彰化縣政府訪視處理建議表認伊對薛○澤實有耐心及愛心。該子若由伊監護，定必會獲伊全力照顧。且祿母

難以憑此下決定。

3.幼年原則：所謂幼年原則，係指當父母離婚時，除有證據顯示母親不適任，否則應由其行使負擔對未成年子女之權利義務，此一原則常用於年紀較小之兒童²⁵。

4.是否發生家暴行為：依家庭暴力防治法第43條規定：「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或

負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女。」如父或母之一方曾有家暴行為時，法院往往會認定其不適合行使負擔未成年子女之權利義務²⁶。

5.主要照顧者原則：即父母離婚後，由原來負擔未成年子女之主要照顧責任之一方繼續行使負擔其對未成年子女

費用及扶養費用向由伊負擔。另薛○澤罹有癩顛性頭痛，須長期治療，伊為醫療人員，具專業知識，較被上訴人更名為妥善照顧，為子女利益計，應由伊監護為佳云云。徵諸卷附薛○澤診斷書上載其罹病症狀，及台中縣政府訪視處理建議表亦記載，薛○澤於85年6月至86年5月間送由彰基醫院附設托兒所照顧，費用均由上訴人負擔逕扣暨薛○澤現僅六歲，仍屬稚幼之齡等情以觀，上訴人所辯是否全無足取？非無詳為斟酌研求之餘地。原審未詳調查審認，置上訴人之抗辯於不論，即嫌疏略。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」同院87年度台上字第2600號判決：「查被上訴人現罹精神疾病，仍在嘉義縣太保市華○醫院住院治療中之事實，既為原審所認定，且經核卷附華○醫院函送之精神科住院病歷暨護理記錄明載：被上訴人自言自語、語無倫次，情緒異常、失眠、漫遊、妄想、幻覺迫害、自殺傾向；情緒不穩，自傷行為，強制帶入約束室，並約束四肢等情，果爾，其目前健康狀況於上述精神疾病未為治癒之前，是否適任監護教養之重責，及符合蔡○珊之最佳利益，自非無疑。原審未詳調查審認，遽為上訴人不利之判決，自嫌速斷。」同院80年度台上字第168號判決：「按夫妻判決離婚後之子女，原則上固應歸由其父監護，惟依民法第1055條但書規定，法院亦得為其子女之利益酌定監護人。所謂監護，除生活扶養外，並包括子女之教育、身心之健全發展及培養倫理道德習性而言（見本院69年台上字第2597號判例）。查上訴人在原審曾主張：兩造結婚後、多年來，被上訴人在外花天酒地、拈花惹草，不但與施桂淑連續通姦，甚至在外賃屋同居。且被上訴人在外忙碌，如由被上訴人監護，必對年幼子女不利云云，如所稱屬實，兩造所生之子女由被上訴人監護，是否影響其身心之健全發展及倫理道德習性之養成，非無疑問。」同院77年度台上字第1194號判決：「上訴人現居美國讀書，經濟較為拮据，尚無餘暇照顧幼兒，亦乏資力。而被上訴人係銘傳商專企業管理科畢業，婚前曾任建材公司助理會計，有戶籍謄本及證明書足憑，自不難在台覓得固定職業。且被上訴人又有存款二百萬元，有存款單足憑，自非無監護、扶養李○翰之資力與能力。況李○翰自出生即由被上訴人撫育，又為上訴人所不爭執。李○翰由被上訴人監護照顧自較符合李○翰之利益。」

- 25 如最高法院99年度台上字第1496號判決：「……兩造之未成年子女，出生後至被上訴人（母）被毆打而離家出走前，多由被上訴人照顧，目前雖與上訴人（父）同住，惟未受到妥適照顧，且彼等均屬幼童，較倚賴母親撫育等一切情狀，認對於兩造未成年子女權利義務之行使及負擔，由被上訴人任之，較符合未成年子女之利益……」同院87年度台上字第3023號判決：「……臺北市政府社會局監護權調查結果雖稱兩造對於謝○蒨（女）權利義務之行使，均有經濟能力，在生活及教育環境均能照顧無微不至等情，但斟酌謝○蒨年僅四歲，對於母愛及母親之依賴性或有勝於父愛之需要，及為使謝○蒨能在固定環境下成長，認宜由被上訴人（即謝○蒨之母）監護，被上訴人請求謝○蒨由其監護，亦為有理由，應予准許。」同院87年度台上字第83號判決：「……惟斟酌林○成（男）年紀尚小，其一切語言、行為均在摸索學習階段，在此時期，對母親之依賴，恆較一般人為多，而母性對幼兒之行為與學習機能上，亦較男性適合給予適當之照顧及妥善之扶持。」上開判決並未區分未成年子女之性別，而認為年幼之子女宜由母親任其權利義務之行使負擔者，其他最高法院見解，如99年度台抗字第180號裁定。
- 26 如最高法院99年度台抗字第185號裁定：「惟查抗告人於事實審陳稱『相對人對伊施暴，有一次打到伊耳膜破裂，還有一次將伊按在沙發上又打又踢，不適合監護子女』、『相對人長期以來對伊打耳光及拳腳相向，並於民國96年5月14日以木棍毆打曲○融臀部及大腿，造成嚴重瘀青』、『相對人不當體罰曲○融，可證其脾氣不佳，參諸家庭暴力防治法第35條規定，相對人所為，不利於子女人格之健全成長』等語，並提出診斷證明書、照片等件為證。乃原法院對其主張及舉證，俱未調查審究，即將對於曲○融等權利義務之行使或負擔，判由相對人任之，自嫌速斷。抗告論旨，執以指摘原裁判不當，求予廢棄，非無理由。」

之權利義務²⁷。

6.維持現狀原則：對於未成年子女而言，必須考慮其成長環境及父母提供照顧之穩定性與繼續性。若能盡量維持離婚前之照顧模式，對於未成年子女較為有利²⁸。

7.同性別優先原則：即子女由同性別之父或母照護之原則。本原則可建立親權人與子女間之長期信任與依附關係，將來子女面臨青春與叛逆期間，能向同性監護者傾訴或解決問題，因身為同性，所以身體親密關係亦沒有距離²⁹。

上開因素均為我國最高法院在決定未成年子女權利義務之行使負擔事件時所參考之因素。要強調的是，最高法院於判斷時，往往同時衡量數項因素，僅參考單一因素即為決定者，顯屬少數情形。故事實審法院在審理個案時，應綜合具體情狀，審酌前揭各項原則予以判斷之。

(三) 比較法

1.德國法³⁰：

在德國，當父母離婚時，若雙方就子女權利義務之行使負擔不能提出一致之建議，或家事法院不接

27 如最高法院97年度台上字第1900號判決：「又依臺南縣社會工作師公會及臺北縣政府派員訪視兩造結果，並審酌兩造雖對於監護丙○○之意願均強烈，惟兩造分居後，既係由被上訴人照顧丙○○，丙○○與被上訴人之感情互動較佳，且丙○○於訪視及第一審調解時均表示由被上訴人監護之意願，基於該未成年女兒丙○○之最佳利益考量，乃酌定對於兩造所生女兒丙○○權利義務之行使或負擔，由被上訴人任之。」

28 如最高法院98年度台抗字第459號裁定：「相對人甲○○（父）曾對家庭成員施以暴力，於財團法人台灣兒童暨家庭扶助基金會新竹分事務所進行訪視時，相對人家庭環境整理混亂，彭○如（即未成年子女）衣著污穢，相對人顯不適合擔任彭○如之監護人。又再抗告人（母）為逾期停留外僑，一旦查獲將遭送回越南並予以管制，其曾因賭博積欠債務，遭人催討，而由證人即相對人之父彭○木代為清償；其更曾於夜夜風情飲食店上班，而該店之名片印有『夜夜風情飲食店附設KTV越南風情嫵媚、柔情、等你來囉』等詞，顯見再抗告人亦不適合擔任彭○如之監護人。再第三人彭○玲係相對人之姊，育有一兒一女，有意願亦有能力照顧彭○如，目前彭○如與其共同生活，財團法人台灣兒童暨家庭扶助基金會新竹分事務所稱：相對人之姊彭○玲照顧動機單純，有穩定的工作收入，其教養觀念正向、適當，並積極維持未成年子女與相對人親子關係，評估未成年子女彭○如與相對人之姊彭○玲同住，生活應可獲得適當照顧與教育，考量本案訴訟超過三年，未成年子女彭○如應已熟悉現前之生活模式，建議以未成年子女生活穩定為優先考量，維持現有之照顧模式，指定由彭○玲監護照顧未成年子女彭○如等語。審酌上情，由彭○玲提供彭○如之教養與照顧，應符合彭○如之最佳利益。」

29 如最高法院90年度台抗字第260號裁定：「丙○○係男童，已年滿5歲半，今後日常生活起居可略加自理，對其行使負擔權利義務之重點，除日常生活技能之養成外，尚包括基本學識之傳授、社會化過程之協助。其將於90年9月間就讀國民小學，數年後即接近青少年發育期，進入生理、心理急劇變化之階段，同為男性之相對人（父），對丙○○應較能提供完善之諮詢與照顧。……認由相對人行使或負擔對於丙○○之權利義務，應符合丙○○之最佳利益。」
陳惠馨（1993），〈比較研究中德有關父母離婚後父母子女間之法律關係〉，氏著，《親屬法諸問題研究》，頁275-278，台北：月旦出版社。

30 陳惠馨（1993），〈比較研究中德有關父母離婚後父母子女間之法律關係〉，氏著，《親屬法諸問題研究》，頁275-278，台北：月旦出版社。

受父母之建議，抑或是已滿14歲之子女提出與父母不同之建議時，家事法院須以子女之利益為最高原則。在判斷上，實務遂以「支持原則」、「繼續性利益」及「子女之年齡、意願及性別」等標準作為判斷依據。所謂「支持原則」，係指父母就其人格、能力、職業及與子女間關係而言，較能照顧子女，幫助其人格正常發展。至於所謂「繼續性利益」，係認為決定未成年子女權利義務之行使負擔，會使子女目前及未來之教育、發展獲得一致性。因此，當父母雙方和子女均有良好關係時，將會斟酌子女到目前為止，大多和何方父母在一起。此外，也有學者指出，如果在檢驗上述要素仍無法做成較符合子女利益之決定時，法院亦可考慮父母婚姻破裂之原因及整個離婚程序之進行狀態，惟此一判斷標準為大部分學者所不採。

2.美國法：美國在1973年制定之統一婚姻與離婚法第402條乃針對如何決定子女最佳利益列出應審酌之具體因素，包括：（1）子女之父母或其中一方對於行使負擔權利義務之意願；（2）子女之意願（但法院同時會斟酌子女之年齡及心智成熟度綜合判斷）；（3）子女與父母、兄弟姊妹或其他任何可能重大影響其最佳利益之人間的互動；（4）子女對於家庭、學校及社區之適應情形；（5）所有與本事件有關之利害關係人之身心健康狀況；（6）其他相關因素。在判斷之過程中，會引進心理學家、子女學校之老師或其他專業人員之報告或證詞，作為判斷之基礎。此外，法官有時也會將父母是否為殘障人士、性行為與性傾向、是否未婚與人同居，以及有無施暴之紀錄等作為參考因素³¹。

3.英國法：英國在1989年通

31 高鳳仙（1985），〈試評子女最高利益原則在美國監護法上之適用得失〉，氏著，《中美離婚法之比較研究》，頁108，台北：商務印書館。

過之兒童法（Children Act 1989）亦係以子女最佳利益作為其最高準則及判斷標準。該法認為，法院於個案處理時應審酌之因素包括³²：（1）依子女之年齡、識別能力不同而斟酌該子女可探知、可確定之真正意願與情感；（2）該子女將來在身體、情感及教育上之需求；（3）改變現狀對於該子女可能造成之影響；（4）該子女之年齡、性別等背景，以及其任何被法院認為具關連性之特質；（5）該子女在現在已遭受或未來可能遭受到的危害；（6）其父母（及任何在本事件中被法院認為具關連性之人）是否符合或滿足該子女所需要之能力；（7）在本事件之訴訟程序中，本法所賦予法院在謀求子女最佳利益之前提下可依職權加入之判斷因素。

4. 中華人民共和國：依照中華人民共和國婚姻法第36條第3項規定³³：「離婚後，哺乳期內的子女，以隨哺乳的母親撫養為原則。哺乳期後的子女，如雙方因撫養問題發生爭執不能達成協議時，由人民法院根據子女的權益和雙方的具體情況判決。」故該國乃區分哺乳期前後作不同處理：哺乳期前採取幼年原則，而由母親享有優先任權利義務行使負擔者之權；哺乳期後則以子女之最佳利益為斷。

（四）小結

綜觀上開學說或實務見解，對於「子女之最佳利益」此項抽象原則，或以外國法之概念予以填充，或自我國民法既有規定中予以發展，惟不可否認的是，任何見解均難僅以單一因素為標準即逕行判斷是否合於「子女之最佳利益」，除了最應優先考量之「未成年

32 英國1989年兒童法（Children Act 1989）全文，參legislation.gov.uk，<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>。

33 中華人民共和國婚姻法條文全文，參中華人民共和國中央政府網站，http://www.gov.cn/banshi/2005-08/21/content_25037.htm。

子女之意願」及少數法定事由（如曾發生家暴事件）外，亦較難以量化之方式評價各該因素所占之比重，如此一來勢必會造成論者所稱「子女最佳利益原則」難以預測之批評。如果從外國法上來看，看到各國為使子女最佳利益原則能夠更具體地在個案操作所做的努力，更能夠印證這一點。我國法院實務雖然在個案判決中逐漸地形成了一定的標準，但似乎還是沒有辦法讓人民能夠預測判決的結果。

問題是，未成年子女的最佳利益，究竟要依據當事人之主張？抑或是法院自己的價值判斷？似乎並沒有絕對正確的選項。因此，本文認為：子女最佳利益既係一抽象之法律原則，其適用本即無對錯之分，無須似財產法之爭議須以嚴謹的三段論法進行處理。然而，要如何避免讓當事人遭受到預料之外的裁判結果？本文

認為，惟有「溝通、溝通、再溝通」一途可循。亦即，法官於審理中應居於一主導者之地位，適時地公開自己的想法，使當事人能夠修正其主張並預測法院裁判之結果，同時讓當事人在法院進行充分地攻防和陳述，並且在判決書中詳細地說明該裁判係如何做成判斷之理由³⁴。換言之，除了民法第1055條之1明定應審酌之事由，法院於裁判時宜適時公開心證外。該條規定有關「審酌一切情狀」之部分，法院更應公開其心證，使當事人能對於法院所審酌之特殊因素進行說明，以使事實得以突顯出來。惟有如此，方能有效地釐清事實之全貌，並使當事人信服法院之裁判。若使當事人因質疑「子女最佳利益原則」過於恣意而一再上訴，造成訴訟耗時費日，反倒影響未成年子女之最佳利益，實非立法本意³⁵。

此外，某些在外國法上逐

34 當然，上開說明若能配合專責法院之成立，相輔相成之下，更能提高人民對於裁判的信賴程度。

35 惟應特別說明者係，法官在定未成年子女權利義務之行使負擔得以職權決定一事上，早期雖然是揮舞著「追求未成年子女利益」之大旗，然而卻是以「國家監護權」之概念為名，行維護公共秩序、善良風俗之實。在相關公約制定後，應該要認識到一點，即「父母的親權」已遜於「未成年子女之最佳利益」，從而應以「未成年子女係國家之保障，如欲追求社會之最大利益，就必須注意未成年子女之需求，並給予其法律之保障」。參楊必嘉（2008），《未成年子女權益之保護》，頁83-84，天主教輔仁大學法律學系碩士論文。

漸被揚棄的原則，如幼年原則等，仍出現在我國最高法院判決。此種見解似有違男女平等原則，而有違憲之虞。是否妥適，深值吾人思考。

四、本案分析：「一加一未必等於二」

本件法院於判斷時首先亦強調，決定夫妻離婚後未成年子女權利義務之行使負擔及會面交往等，均以「子女最佳利益」為最高準則。惟本件對於兩造當事人之未成年子女而言，何種情形方為其「最佳利益」，法院在判斷上首先參考社工人員之訪視報告，而以該未成年子女之意願為其主要判斷依據指出：因丙女未有明顯偏向或排斥父或母之一方，無法依其意願決定其權利義務由父或母行使。因此法院在判斷上，復援引民法第1055條之1規定而指出：甲女、乙男提供子女之資源、經濟能力、生活狀況、保護教養子女意願及態度與兩造和其他共同生活之人之間感情狀況等，均

適任為監護人³⁶，是故依上開規定為酌定為共同監護。惟鑑於乙男住所地在美國、甲女之住所地在臺灣，而乙男就丙女在美國之就學已有規劃，其撫育子女亦有相當之支持系統，可使丙女有較完善之照顧，是以授予乙男較長之主要照顧期間。

綜觀上開裁定內容，法院首先係依民法第1055條之1第2款規定，參酌未成年子女之意願，認為其並不排斥父或母之照顧，故無法依此排除由其中一方行使負擔其權利義務之可能，復依同條第3款及第4款規定，認為父母雙方均有意願及經濟能力，與其共同生活之人亦願意一同照顧丙女，採取共同監護之方式，最能符合丙女之最佳利益。姑且不論本件甲女和乙男是否都適合為行使負擔丙女之權利義務者（如乙男質疑甲女從事演藝工作，沒有時間陪伴丙女；甲女質疑乙男曾有家暴之情形，並不適合照顧丙女等）。本文認為，法院似係因比較過前開各項因素後，而認為不論甲女或乙男均適合行使負擔丙女之權利義

36 惟尚應探求者係，甲女曾於本件程序中主張：「乙男於95年間曾對其施暴，並傷及甲女之母親及乙男之父親，雖為乙男否認，但其亦坦承曾『摔東西而砸到甲女母親及自己父親』的說法，更證明其無法妥善處理自身情緒，自我控制能力不足。」揆諸前開最高法院判決見解，此一因素會影響法院決定未成年子女權利義務行使負擔之判斷，且依家庭暴力防治法第43條規定，則法院自應就本件乙男是否確有該當於家庭暴力防治法第2條第1款之家庭暴力行為予以審酌。然而，本件法院僅略以：就甲女及乙男離婚之歸責原因為何，並非判斷本件未成年子女權利義務行使負擔之因素等語，而未就乙男是否確有家庭暴力行為進行審認，逕認乙男亦適合行使負擔丙女之權利義務，衡諸前開最高法院99年度台抗字第185號裁定意旨，其見解尚有斟酌餘地。

務，法院無法判斷由甲女或乙男任之更合於丙女之最佳利益，遂採取共同監護之方式。惟此項處理方式是否允當，不無疑問。藉由上開各項因素之判斷，事實上只能判斷出父或母是否適合擔任未成年子女權利義務之行使負擔者。然而，當父或母均適合擔任時，是否即應採取共同監護之方式，仍應分析共同監護之利弊而定。

於本案中，不論從社工訪視報告之內容，或者甲女所為陳述，均可看出甲女和乙男已因婚姻糾紛而產生相當之敵意。法院亦認定：「本件兩造爭取子女之意願堅定，不斷提出對方之負面訊息，可見兩造處於敵意態度甚深，且甲女對於乙男如任監護人，認其會將子女掩藏，其將花費鉅資尋找子女，對於乙男極度不信任。」並強調：「兩造務須顧慮子女丙女內心之忠誠衝突，誠心為子女利益著想，勿使伊在父母中選擇，而能與他方有儘可能之接觸機會，勿再剝奪他方之監護權利，避免使丙女淪為兩造爭奪監護權利之犧牲者。」揆諸前揭說明，丙女若由甲女和乙男共同監護，其勢將成為父母對彼此不良情緒的傳聲筒，對於5歲之丙女身心發展將有不良影響，此一結果是否合於丙女之

最佳利益，並非無疑。換言之，當父母對彼此有敵意時，雖然雙方個別都適任，但共同監護卻產生了反效果：

「一加一小於二」。

對於此項質疑，法院雖援引加拿大離婚法所採取之最大接觸原則（Maximum contact）及心理學家之研究而指出：「依最大接觸原則，使子女與離婚的父母間，有相等之經常接觸交往機會，讓每一離婚父母，均能提供子女成長、發展不同觀點，對子女之行為能認知、理解，並能提供更多愛護子女的機會，最符合子女最佳利益。況約有75%在未成年期間經歷父母親離婚事件的子女，渴望當時能有更多時間與無監護權的父母親接觸、相處、會面交往；未與無監護權的他方父母親會面交往的未成年子女，強烈感覺到遭受『遺棄』之痛苦。」準此，為免剝奪丙女獲得來自父或母其中一方之照顧，採取共同監護較能符合丙女之最佳利益。惟本文認為，甲女乙男分別居住於美國及臺灣，相隔甚遠；且自附表內容觀之，丙女原則上係由乙男為其主要照顧者，如依照法律及美國入學文件，需要甲女共同簽署者，甲女應配合乙男辦理。甲女僅能於每年暑假、其自己

或直系血親之生日及奇數年之農曆新年期間之特定期間內，始能由其照顧丙女或接丙女共同生活。則似乎可以如此解讀法院對於本件之判斷：即使在乙男明顯地對於甲女採取一種不友善的態度（不願意讓甲女和丙女接觸）的「前科」下，法院仍認為丙女留在美國交由乙男照顧、就學及成長，事實上更符合其最佳利益，惟為使丙女能夠同時獲得父母之照顧，方採取共同監護之方式。果係如此，則本文認為，在甲女乙男間仍有敵意之情形下，或許直接決定由父或母之一方行使負擔丙女之權利義務，再依民法第1055條第5項規定，將附表之內容以會面交往權之形式予以酌定，亦能達到避免丙女感受到被拋棄之痛苦。換言之，本件法院作成的決定事實上幾乎與單獨監護並定會面交往之方式無異，在本案雙方具有敵意之情形下，形式上採取了共同監護的方式，恐怕會淪於兩面討好之譏。

五、結論

本文承認，對於未成年子女權利義務之行使負擔應如何決定，誠然是一項艱鉅的任務，「清官難斷家務

事」一語，所言非虛。共同監護對於未成年子女來說，固然能夠同時得到已離婚父母對其之愛心，對父母之一方而言，亦可解除其因無法任未成年子女權利義務之行使負擔者而產生之心理上不平衡，確實是一種理想的制度。然而，正如本文所強調的，當父母間未同居一地，且彼此間因離婚而相互憎惡，恐將難以共同行使負擔未成年子女之權利義務³⁷。且對於未成年子女而言，更將受父母對於彼此間敵意之負面影響，此時採取共同監護，實難認為符合子女之最佳利益。換言之，並非父或母均適合行使負擔未成年子女之權利義務時，就代表可以採取共同監護的方式。特別是，在我國實務上，夫妻婚姻破裂之際，對彼此多生怨懟，難以期待能夠平心靜氣地坐下來討論。這也反映在兩造爭取對未成年子女權利義務之行使負擔時，不能出於「跟著你很好，跟著我更好」的正面態度，反而多見相互攻訐，批評對方之不是。這樣有異於外國之國情，是否適合採取共同監護制度，即非無疑。

固然，採取單獨監護之方式，

37 林秀雄，註20文，頁51。

將可能造成任其權利義務之行使負擔者運用人為操控之手法影響未成年子女，使之與他方配偶疏遠而拒絕接觸之事實（即學理上所謂之「離間」行為），採取共同監護或可避免此一問題³⁸。惟本案中，甲女和乙男分住臺美，縱採共同監護，恐怕亦難避免離間行為之發生³⁹。在無法做到面面俱到的情形下，既然雙方均適合任丙女權利義務之行使負擔者，選擇其中一方單獨為之，並具體賦予他方較大的會面交往權，或許也算是一種不完美中的完美吧！

38 洪遠亮，〈簡析會面交往的離間現象及司法因應之道〉，《法學新論》，21期，2010年4月，頁45、56。

39 有關我國法院對於離間案件可能的因應之道，參前註，頁66-73。