



以「離婚後家庭」探討家事紛爭 解決非訟法理之適用與界限

郭書琴*

摘要

從當今家事事務法之施行與司法實踐觀察，作者以「準諮商」一詞說明當代台灣家事法院的功能，並提出離婚夫妻因有未成年子女，而形成所謂「離婚後家庭」(post-divorce family)。亦即，前夫與前妻於裁判離婚後，嗣後因「離婚後家庭」互動不良，導致再向法院聲請給付扶養費、改定親權或會面交往方式等事件。是故，家事紛爭解決程序中，法院之角色從單純的裁判與審理，逐漸改變成：為當事人導入與引介各種資源，使其重建新的家庭生活秩序之「準諮商」型法院。

從家事法院依非訟法理為主要審理功能進行討論，本文認為，沖淡處分權主義、辯論主義等色彩，已為當代家事法院之審理立法論的演變進程。然而，如此是否將妨礙當事人之程序保

*國立成功大學法律學系教授；美國西北大學法學博士。

障？法院依職權適用非訟法理之必要與界限為何？作者將指出，法官以非訟法理指揮家事程序時，為求紛爭解決中的各當事人與關係人權力量結構平衡、與武器平等，應兼顧當事人與關係人之程序保障，故建議法院積極使用程序監理人制度，以此機制，平衡法官的職權主義色彩可能過強之虞。同時，希望以此方式，減輕當事人已然錯置於法官之自己應行家庭自治、且應自我決定之責任；且藉此對防止濫訴、有效運用寶貴法院資源、保護家事事件之弱勢者等重要司法實踐議題等，有所助益。

The Application and Limitation of Rules of Non-Litigation Event/ Non-Contentious Matter in Post-Divorce Family Dispute Resolution Process

Shu-Chin Grace Kuo **

Abstract

This paper aims to tackle the issue of how “post-divorce family” challenges the family court in Taiwan. There are three themes constitutes this paper. In the first part, the author scrutinizes the role shifting of family court judge. The author proposes that the judges in Taiwan’s family court nowadays become the “coordinator” rather than a role of leading the adversarial system. The changing role of family court judge demonstrates in three levels: 1. Looking for mediation rather than litigation. 2. The evidence based adversarial system has been changed according to the characters of family disputes. 3. The third parties become as important as the adversarial two parties. As a result, the Rules of Non-Litigation Event become the vital role in the family dispute settlements. The second part of this paper discusses the child’s lawyer/parenting coordinator’s participation and contributions in the process of divorce disputes. The author looks for the U.S. experience as

**Professor, Department of Law, National Cheng-Kung University; S.J.D., School of Law, Northwestern University, Chicago, U.S.A.

the comparative material to suggest the future development for child's lawyer/parenting in Taiwan's family court. The third part of this paper engages case analyses with the core idea of "post-divorce family" to illustrate the special character of family disputes particularly in the divorced cases that included children custody.

以「離婚後家庭」探討家事紛爭解決非訟法理之適用與界限

郭書琴

目錄

- 壹、前言：家事紛爭解決程序中之「法官」審理角色的演變
- 貳、從「調解」到「審理」
 - 一、「準諮商」之家事法院審理功能的再釐清
 - 二、家事紛爭解決適用非訟法理的必要與界限
 - 三、父母子女間之權利義務演變與利益衝突是公益？或是私益？—從美國家事法的比較經驗探討
 - 四、程序監理人與紛爭解決的四角關係
- 參、「離婚後家庭」(Post-Divorce Family) 與家事紛爭解決
 - 一、【案例】請求扶養費、改定姓氏、改定親權、酌定會面交往
 - 二、小結
- 肆、結論：非訟法理於家事法院之功能與界限

關鍵字：家事事務、家事法院、準諮商模式、離婚後家庭、程序監理人制度

Keywords: family disputes, family court (tribunal), quasi-counseling, post-divorce family, guardian ad litem system

壹、前言：家事紛爭解決程序中之「法官」¹ 審理角色的演變

從當今家事事務法之施行與司法實踐觀察，作者以「準諮商」²一詞說明當代台灣家事法院的功能，並提出離婚夫妻因有未成年子女而形成所謂「離婚後家庭」（post-divorce family）³，因為離婚後夫妻雙方有經濟、感情等變動，因此離婚後的前夫與前妻，仍不因離婚相關訴訟已告確定，而能完全解決紛爭。亦即，嗣後向法院提出給付扶養費、改定親權、改定會面交往之方式等，亦所在多有。

同時，關於「離婚後家庭」之父母，如何在彼此經歷情緒煎熬、程序冗長、又必須在離婚訴訟之分居期間與其後之協同對造，與未成年子女建立良好之會面交往，而形成相對較好之「離婚後家庭」，考驗許多「離婚後父母」之親職實踐（post-divorce

¹ 關於本文使用「『法官』之審理角色」與「家事『法院』功能」兩名詞應加以區別說明，作者感謝審稿委員的寶貴意見，並說明「法官」於家事法院為當事人進行紛爭解決程序中，依職權交錯適用訴訟法理與非訟法理之關鍵地位，故此為「法官之審理角色」之論述。而因家事「法院」之功能，已不似一般財產型紛爭解決功能，而有因應當事人之需求而轉型為「準諮商型」之引入社工、心理諮商、或成為轉介資源中心之新形態之法院功能。故此為「法院功能」之論述。「法官」、「法院」兩者用詞脈絡，在本文中，有細微差異。於此「壹、前言」段落之標題中，作者強調「法官」從「審理」事件之角色，因應家事法院之功能轉化為「準諮商」型態，而發生轉變。

² 郭書琴（2016），〈從家事紛爭當事人之「準諮商」需求談家事法院功能〉，《世新法學》，9卷2號，頁345-403。

³ 郭書琴（2016），〈從名人離婚事件看家事法院紛爭解決的功能與侷限〉，葉俊榮主編，《變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能》，頁315-340，台北：國立臺灣大學出版中心。

parenting) 的智慧、精力與經濟能力⁴。特別是在當今 Covid-19 疫情影響全球下，為了防止疫情散布等減少社交、封城等措施，更使得在此疫情期間的離婚訴訟與「離婚後家庭」，有些無法立即分居、有些需在家工作 (work at home) 等，離婚訴訟的時間因此延長、離婚後仍需共處一屋簷下等「離婚後家庭」之壓力更加巨大⁵。

據此，本文指出，在家事紛爭紛爭解決程序中，對當事人而言，「法院」不僅承擔了「準諮商」之功能，「法官」角色也從裁判與審理，逐漸改變為當事人導入與引介各種資源，使其重建新的家庭生活秩序。是故，從家事紛爭解決之角度觀察，法院以職權為非訟法理，而將當事人之處分權主義、辯論主義等色彩沖淡，似乎為當代「準諮商」功能之家事法院不得不如此之演變進程。然而，以非訟法理為主之家事事件紛爭解決，是否會因此妨礙當事人該有的程序保障？其非訟法理之適用與界限為何？即為本文之問題意識。

根據 2015 年司法院統計資料「地方法院民事第一審事件終結及訴訟標的金額—按訴訟種類分」⁶，民法計有 116,601 件，其

⁴ Steven L. Demby, *Parenting Coordination: Applying Clinical Thinking to the Management and Resolution of Post-Divorce Conflict*, 72(5) *Journal of clinical psychology* 458-468(2016); Anthony J. Ferraro, Taylor R. Davis, Raymond E. Petren & Kay Pasley, *Postdivorce Parenting: A Study of Recently Divorced Mothers and Fathers*, 57(7) *Journal of Divorce & Remarriage* 485-503(2016); Kim Bastaitis & Dimitri Mortelmans, *Parenting as Mediator Between Post-divorce Family Structure and Children's Well-being*, 25(7) *Journal of Child and Family Studies* 2178-2188(2016).

⁵ Jay L. Lebow, *The Challenges of COVID-19 for Divorcing and Post-divorce Families*, 59(3) *Family process* 967-973(2020).

⁶ 司法院全球資訊網，104 年司法統計資料，「地方法院民事第一審事件終結情形及訴訟標的金額—按訴訟種類分」，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1839-1-2-60.html> (最後瀏覽日：11/03/2020)。

中財產類有 106,493 件，佔 91.3%，親屬繼承類有 9,556 件，佔 8.2%。從該統計數字看來，家事事務僅佔民事紛爭解決量不到十分之一。然而，該量化資料中，卻難以區別出，在財產類事件裡，其實亦存有當事人間具配偶、前配偶、兄弟姊妹、直旁系血親姻親、家長家屬等關係；但因當事人訴之聲明非屬家事事務法（下稱「家事法」）第 3 條之各項各款事由，而被歸類為財產事件。例如，請求所有權移轉登記事件，當事人為配偶關係，所爭執者為夫之系爭土地是否借名登記為妻之所有，而從第一審法院爭訟到最高法院。最高法院認定：「兩造為夫妻，關係密切，其將系爭房地登記為被上訴人名義，原因多端，非必有借名登記之合意，亦與一般將所購買之不動產借名登記他人名義，而借名人仍自己管理、使用、處分之情形有別⁷。」又如，請求返還金額事件，當事人具「前配偶」關係：前妻向前夫訴請返還婚姻關係存續中，以前妻名義所購買之某不動產建物與裝修費用共計一千兩百餘萬元，該紛爭發生期間，前妻同時請求裁判離婚，而系爭離婚事件與本件財產請求，均從第一審法院爭訟至最高法院，嗣後，兩造判決離婚確定。而關於請求返還之財產事件，最高法院認為：「系爭匯款非供 OO 機構開銷費用，且匯款金額為數不小，各筆高達數十萬元甚至數百萬元，亦無固定匯款頻率，應非僅係夫妻間日常生活家庭開支。被上訴人所陳雙方存有委任關係，尚非無據⁸。」

⁷ 最高法院 104 年度台上字第 2236 號民事判決、臺灣高等法院 102 年度重上字第 44 號民事判決、臺灣士林地方法院 101 年度訴字第 747 號民事判決參照。

⁸ 最高法院 104 年度台上第 768 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 101 年度重上字第 144 號民事判決、臺中地方法院 100 年度重訴 369 號民事判決參照。

可見，財產型紛爭雖佔民事紛爭之最大宗，高達九成以上，然在財產型紛爭中，仍有家事糾紛（例如離婚相關紛爭）牽涉其中。作者認為，以上司法院統計資料，並無法排除因家庭生活難諧，導致當事人間發生財產爭訟的可能性；如把 2015 年之十萬餘件民事財產類紛爭的當事人間具有身分關係者，計入「廣義」之家事紛爭，或許家事紛爭所佔比例當不僅只有不到十分之一⁹。是故，作者認為，探討家事事件中，法官審理角色的演變，對於整體民事紛爭解決，或有「以小喻大」之可能。亦即，作者希望從家事事件中的法官審理角色的演進，「以小喻大」地觀察與詮釋法官在程序中，訴訟法理與非訟法理之適用與交錯適用的界限和侷限。家事事件種類多樣，作者在本文中，僅以離婚與其延伸的子女親權行使之爭訟問題為探討重心，試圖說明「法官」（而非廣義的「法院」）¹⁰在該類紛爭解決中的地位與角色轉變。

家事事件中，離婚事件一直佔家事事件的大宗：在 2015 年（民國 104 年度）婚姻事件占家事訴訟事件比例為 69.85%（其他家事訴訟案件 30.15%），在 2014 年（民國 103 年度）婚姻事件占家事訴訟事件比例為 69.10%（其他家事訴訟案件 30.9%）。

⁹ 又如，於遺產分割此種常見的財產型紛爭中，當事人間具有配偶、父母子女、兄弟姊妹等家庭成員之身分關係，然因家族內部長期紛爭史，使遺產分割成為家族內的困難問題，進而牽連到該類事件不僅於實體法之權利關係有所爭執，於爭訟程序中，如當事人適格，家族成員參與訴訟之意願與行動與否，亦有爭執。見陳毓秀等（2016），〈有關「遺產公同共有債權訴訟」之當事人適格—兼評最高法院 104 年第三次民事庭會議決議之固有有必要共同訴訟肯定說—民事訴訟法研究會第一百三十一次研討紀錄〉，《法學叢刊》，62 卷 1 期，頁 143-196。

¹⁰ 作者說明關於本文以「法官」為探討重心，而非廣義的「法院」，請見本文「貳、從調解到審理」和本文註 1 之說明。

關於家事事件之調解前置制度，於 2015 年（民國 104 年度）調解事件占全體家事案件比例為 17.74%（其他家事案件 82.26%），於 2014 年（民國 103 年度）調解事件占全體家事案件比例為 18.72%（其他家事案件 81.28%）¹¹。從這些統計資料看來，「調解先於裁判」¹² 在實踐面已收到相當成效。又因離婚事件佔家事訴訟事件之大宗，故本文以離婚事件中之法官角色與整體紛爭解決的關聯，針對法官合併審理離婚（家事訴訟事件）與相關之子女親權酌定（家事非訟事件），而以非訟法理為主要審理原則之適用與界限。

貳、從「調解」到「審理」¹³

美國家事法學者們幾乎一致認為，家事紛爭解決的特性，在於「對訴訟辯論型機制之拒絕適用」（rejection of adversary process）¹⁴，故主張強化調解機制¹⁵。從台灣的家事法之立法原

¹¹ 相關數據資料來源為：司法院司法統計年報，民國 103 年度，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1840-1.html>（最後瀏覽日：11/03/2020）；司法院司法統計年報，民國 104 年度，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1839-1.html>（最後瀏覽日：11/03/2020）。

¹² 沈冠伶（2015），〈家事程序法制之新變革及程序原則—家事事件法之評析及展望〉，沈冠伶主編，《家事程序之新變革》，頁 10-16，台北：元照。

¹³ 本文中，作者將「審理」與「紛爭解決」兩個名詞分開使用。蓋作者以為，法官進行「審理」，應指已進入裁判程序，而「紛爭解決」一詞，得涵蓋裁判前調解前置、裁判中移付調解、或裁定停止程序或為其他必要之處分（見家事事件法第 49 條：「法院認當事人間之家事訴訟事件，有和諧解決之望或解決事件之意思已甚接近者，得定六個月以下之期間停止訴訟程序或為其他必要之處分。」）

¹⁴ Jana B. Singer, *Introduction*, in: Jana B. Singer & Jane C. Murphy, *RESOLVING FAMILY CONFLICTS*, xiii-xvi (2008); Gregory Firestone & Janet Weinstein, *In the Best Interests of Children: A Proposal to Transform the Adversarial System*, in: Jana B. Singer & Jane C. Murphy, *RESOLVING FAMILY CONFLICTS*, 3-17 (2008).

¹⁵ Anne H. Geraghty & Wallace J. Mlyniec, *Unified Family Courts: Tempering Enthusiasm*

則來看，調解先於裁判、以統合處理為原則¹⁶，強調相關專業人員之資源整合等，已然為現今家事法之方法論與解釋論方向¹⁷。自 2005 年司法院試行引入家事調解制度至今，家事調解對家事紛爭解決的重要性逐漸提高。作者認為，家事調解在方法論上，係「源自」（或稱「仿效」）訴訟制度的有效性（例如：調解成立者，與訴訟上之和解有同一之效力，民事訴訟法，下稱民訴法，第 416 條第 1 項參照）；此外，調解制度也被建構在法院機制之下（例如：須經法官核定調解條款，始視為調解成立，民訴法第 415 之 1 條第 4 項參照）。然而，依民訴法與家事法之共同的調解機制立法論，調解程序目的不在蒐集事證、或是判斷當事人紛爭生活史之有責性高低¹⁸，而是在當事人與關係人間（例如當事人之親屬等），進行商談、協助修復兩造良善對話與合作的可能性，最後協調出兩造肯認的執行方案¹⁹。

with Caution, in: Jana B. Singer & Jane C. Murphy, *RESOLVING FAMILY CONFLICTS*, 119, 123-128 (2008); Clare Huntington, *FAILURE TO FLOURISH: HOW LAW UNDERMINES FAMILY RELATIONSHIPS*, 131-143 (2013).

¹⁶ 沈冠伶，同前註 12。

¹⁷ 沈冠伶等（2012），〈家事程序法制之新變革及程序原則—以家事事件法之評析及展望—民事訴訟法研究會第一百一十四次研討記錄〉，《法學叢刊》，57 卷 2 期，頁 211-215。

¹⁸ 如民事訴訟法第 422 條調：「調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎。」、家事事件法第 31 條第 5 項：「調解程序中，當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案裁判程序，不得採為裁判之基礎。」

¹⁹ 對法官於職權上得知調解過程之各種相關資訊，可否從解釋論上，認為這些資訊可得成為民訴法第 278 條第 1 項之「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。」、或成為法官擬定審理計畫之重要參考資訊，見家事法第 47 條第 1 項：「法院於收受訴狀後，審判長應依事件之性質，擬定審理計畫，並於適當時期定言詞辯論期日。」與家事事件審理細則（下稱家事審理細則）第 68 條第 1 項：「家事訴訟事件，有和諧解決之望或解決事件之意思已甚接近，法院得停止訴訟程序，並移付調解或命家事調查官為調查等必要處分。」作者

作者曾以上述調解機制對家事法院之影響，提出「準諮商」模式的家事法院功能論²⁰。亦即，在重視調解模式下的家事法院，已然呈現出一個「『家事調解化』的『法院』」²¹。易言之，當家事調解機制產生成效後，即可能反過來影響原先它（家事調解機制）所模仿與修正的對象（亦即訴訟機制）。所以作者曾預測，家事法官將成為一位「家事調解委員功能與權限極大化的法官」²²。

然而，作者提出之「準諮商模式」家事法院功能的概念，其內涵較注重「廣義」的家事「法院」，其包含了家事法所規定之法院內所有的紛爭解決相關配備人力資源，如：法官、家事調查官、家事調解委員、程序監理人、社工員、心理相關專業人員等²³。但是，本文希望回歸檢視「法官」這個最重要的關鍵角色在整體紛爭解決程序中之地位與功能，並以法官採行之非訟法理的必要與界限，來探討法官在現行家事事件相關法制下，如何進行家事紛爭解決之司法實踐面上的困難。

以裁判離婚為例，在現今民法第 1052 條第 2 項仍採消極破綻主義的情況下，使離婚事件當事人之訟爭性與對立性更加嚴苛²⁴。美國學者 Andrew Schepard 研究離婚附帶子女親權行使的訴訟過

將在本文「貳之二」加以討論。

²⁰ 郭書琴，同前註 2；郭書琴（2015），〈準諮商式家事法院審理功能之必要與侷限—民事訴訟法研討會第一百二十四次研討紀錄〉，《法學叢刊》，60 卷第 1 期，頁 131-187。

²¹ 郭書琴，同前註 2，頁 367-368。

²² 同前註，頁 372-373。

²³ 同前註，頁 345-403。

²⁴ 林秀雄（2005），〈有責配偶之離婚請求—兼評最高法院九十三年度台上字第九八七號判決〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 240-250。

程，曾言：「每一個離婚事件都是一個小型的文明之死²⁵。」，可見當事人與關係人（如未成年子女）經歷離婚戰爭過程中，其外在生活現實（如經濟狀況、住居所遷移、身分關係改變）與內在心理調適之艱難程度。Andrew Schepard 質疑，在此種紛爭過程中，法院必須在父母之間擇一為行使親權人或主要照護者，但這對父母在提起訴訟之前，並未接受過任何相關教育引導他們走向「離婚後家庭」（post-divorce family）的理性協商方向。同時，這些父母即便有律師代理，律師也僅只為父母們準備法律層面之攻防、而以取得勝訴為首要目標²⁶，難以兼顧未成年子女利益。英文諺語有謂：「教養一個小孩需要眾人的努力」（It takes a village to raise a child.）。Andrew Shepard 把這句話改寫為：「教養一個離婚後家庭的小孩，需要調解委員、心理、社工、『法院行政管理者』（court administrators）等不同專業社群與法官和律師共同努力²⁷。」

然而，台灣家事法院並無家事事件之「法院行政管理者」（court administrators）；同時，現今民事程序法亦未採全面事實審律師強制代理制度。而作者認為，家事法院的法官，已然成為離婚與相關子女親權行使、以及防止或處理「離婚後家庭」紛爭再起之相關事件的關鍵角色。

²⁵ “Each divorce is the death of a small civilization.” See Andrew I. Schepard, CHILDREN, COURTS, AND CUSTODY: INTERDISCIPLINARY MODELS FOR DIVORCING FAMILIES, pxi (2004).

²⁶ *Id.* at pxii-xiii.

²⁷ 原文: “It takes a village inhabited by different professionals to raise a child of divorce, and child custody court is the village’s command center. Different professionals have to work together to serve the best interests of children. Mental health professionals, mediators, parent educators, social service and community agencies, and court administrators play a central role working alongside judges and lawyers in the modern child custody court’s operations.” See *Id.* at pxiv.

在此種紛爭解決過程中，法官扮演著多重角色，而以家事法之非訟法理與訴訟法理之分類框架，指揮著數宗統合處理之家事紛爭。因此，作者在本文中探討之對象為家事「法官」之角色與其審理方式，而非作者曾於其他相關議題文章中，所檢視過的、廣義的、家事「法院」之功能論。

以下，作者將說明「法官」為家事紛爭解決之最重要關鍵角色的影響、現象、與本文建議：

一、「準諮商」之家事法院審理功能的再釐清

延續作者曾提出之當代台灣之家事法院漸朝向「準諮商功能」之紛爭解決模式，作者再釐清以下兩點為：

（一）雖作者對於現行家事法院紛爭解決模式，提出詮釋其為一種「準諮商」模式之審理，然如從「訴訟資源有效運用」（*efficiency imperative*）²⁸、鼓勵「家庭自治」（*the autonomy of family*）²⁹的觀點來看，家事法院採行「準諮商」審理模式之餘，亦應一併注意督促當事人積極出席調解程序、以免過度依賴（扶助）律師、或將自我決定之責任推託於家事法院、以致造成訴訟資源無法有效運用。因此，作者認為，在司法實踐上，或可考量更加積極地適用民訴法與家事法之相關規定，促使當事人積極參與調解、釐清調解目的、促進調解方案之成立（民訴法第409條第1項參照：「為達成調解目的之必要，法院得依當事人之聲請，禁止他造變更現狀、處分標的物，或命為其他一定行為

²⁸ See Jana B. Singer, *Dispute Resolution and the Post-divorce Family: Implications of a Paradigm Shift*, 47(3) *Family Court Review* 363, 363-370 (2009).

²⁹ See Lewis A. Grossman, *Res judicata – The Story of Parklane: The ‘Litigation Crisis’ and the Efficiency Imperative*, in: Kevin M. Clermont, *CIVIL PROCEDURE STORIES*, 405-444 (2nd ed. 2008).

或不行為；於必要時，得命聲請人供擔保後行之。」、家事法第13條參照：「法院處理家事事件，得命當事人或法定代理人本人到場，或依事件之性質，以適當方法命其陳述或訊問之。但法律別有規定者，依其規定。」）

（二）論者有謂：「結婚容易、離婚難」³⁰，且離婚相關爭訟在當事人間延遲甚久。而家事法雖以「統合處理」為立法目標，但因家事紛爭具有延續的特性，使法官雖統合處理、並下慎重正確之裁判，仍難以杜絕未來「離婚後家庭」的持續性紛爭，例如：「離婚後家庭」之當事人與關係人（特別是未成年子女）之扶養方式、扶養費給付、夫妻財產分配、會面交往之方式與次數等³¹。而「準諮商」模式之法院，畢竟非當事人主動、自費尋求之常態性、長期性的婚姻諮商或家族治療管道，故即使採「準諮商」模式之家事法院審理，仍難以防止「離婚後家庭」中延續性的紛爭再燃。事實上，離婚後配偶各自情感關係與經濟狀況、乃至其未成年子女之不斷成長等變化下，若雙方依舊溝通失能、需要一再利用法院來處理「離婚後家庭」之延續性紛爭，實為常態。換言之，追求家事紛爭統合處理「當下數宗事件」的理想目標與司法實踐仍在，但因該類紛爭特性，導致未來出現延續性的紛爭、當事人再次尋求法院為其溝通與重整家庭生活秩序，將是無可避免的現實。而此現實狀況，與家事法院追求對於當下數宗事件正確而慎重地合併審理、合併判決的立法面與實踐面，並無

³⁰ 黃嘉韻，結婚容易離婚難，怎辦？婦女新知電子報，2006年7月17日，<http://forum.yam.org.tw/bongchhi/old/law/law10.htm>（最後瀏覽日：05/31/2017）；黃俐菁，結婚容易離婚難，婚可以說離就離嗎？法律白話文運動，<https://plainlaw.me/2016/12/09/lega-life-28/>（最後瀏覽日：12/09/2016）。

³¹ 郭書琴（2017），〈法律人類學看民事訴訟觀的演進：以家事紛爭解決為例〉，《中研院法學期刊》，20期，頁1-61。

衝突。作者認為，並無須對法官當下之裁判必須具備對當事人與關係人之人生未來的高度預測性，做過多的期待或要求。

易言之，在民事程序法之立法論與司法實踐層面，均已一再強調當事人之程序保障與程序主體地位，並立於當事人角度與事件特性，加強調解與其他訴訟外紛爭解決機制，但如當事人對出席調解的態度不積極或甚至輕忽調解程序，係因其婚姻狀況積怨甚深，家庭溝通功能完全失靈，此時僅由調解委員進行一至二次、每次最多兩個小時以內的「相談式」（或稱會談、晤談等）調解，對當事人修補關係、重啟理性協商可能性之助益不大。當事人可能希望儘快進入審理程序，把應自行思考與家庭自治的自我責任，轉移到請求法官為其裁判，在此情況下，調解制度對當事人的助益不大。此外，法院可提供之「準諮商」資源亦有限，但紛爭卻紛至沓來。

因此，作者認為家事紛爭之釜底抽薪之道，應在貫徹當事人「家庭自治」原則下，重新檢視「婚姻協議」（或「家庭協議」）之實體法與程序法的立法論，而非讓家事法院承擔過多原本應由當事人自行負責溝通協調之任務。然「婚姻協議」在目前台灣身分法領域之討論，大致分為兩類，一為進行美國法之「婚前協議」（premarital agreement）之比較法介紹，一為將婚姻協議侷限在夫妻財產與同居地之協議等³²。而作者以為家事紛爭之根本解決方案之一，應可在紛爭發生的時間軸上，提前到：當事人應考量在締結婚姻關係時，自主協商並思考婚姻與家庭協議，亦即以婚姻（家庭）協議作為預防未來家事紛爭之基本解決方

³² 見金純如（2013），《婚前協議之研究》，頁 8-69，東吳大學法律學研究所碩士論文；蔡穎芳（2011），〈論婚前協議及弱勢締約人之保護〉，《法學新論》，33 期，頁 19-56。

案。因此，於相關立法議題，或可討論：於實體法層面，如何在不影響公序良俗下，擴大婚姻與家庭協議之項目；於程序法層面，或得考慮將該婚姻（家庭）協議併入家事法第3條戊類第4款「報告夫妻財產狀況事件」，成為家事非訟事件之範疇，但此時法官與家事調查官對此類協議，得進行何種程度之實體事項審查或僅為程序審查，此涉及家事事件之實體法與程序法之議題，限於篇幅，本文未來另行討論之。

二、家事紛爭解決適用非訟法理的必要與界限

（一）不可動搖之法官居於家事紛爭解決的核心地位

作者雖曾提出，以非訟法理為原則而進行的「準諮商模式」之家事法院，將得以因「準諮商」模式的特性，減低兩造當事人的訟爭性。然而「準諮商」模式並非僅強調調解前置程序而忽略法官審理機制，或是誤認對家事紛爭進行調解必定優於審理。事實上，「法官」在紛爭解決過程中，有著調解委員所不可能取代的核心地位³³。即便於中外文獻與立法機制均肯認調解制度對紛爭解決的重要地位，然法官依職權指揮各種細節之程序開閉、指定各項期日等，均顯示法官的關鍵地位；此狀況絕非調解制度所象徵的民事程序法學之典範轉移現象、或多元紛爭解決制度之引進，所可得動搖之。而本文將指出，由法官進行審理，並非一定會造成當事人的對立性。易言之，以非訟法理為主要原則，對當事人進行「準諮商」模式之審理，甚至以公權主義³⁴與協同主義

³³ 例如對家事事件之受理、各項期日之進行依職權指揮等，均專屬法官職權事項。

³⁴ 關於「公權主義」之內涵，請見司法院（2013），〈臺高院研討家事訴訟與非訟程序運作—許士宦教授演講「家事審判之請求」並解析多項實務問題〉，《司法周刊》，1651期，第4版；又見許士宦（2013），〈家事審判之請求（下）〉，

進行證據調查（家事法第 10 條參照），均得以降低兩造的訟爭性。蓋兩造之請求與聲明證據，並不拘束法官，如此將使兩造對立性，因法官的存在而減輕，並因法官之指揮，得以促使當事人逐漸釐清爭點、簡化爭點、達成範圍逐漸增大的爭點簡化協議。其最終目標，不僅在於由法官指揮審理、以利於統合處理當下之紛爭，也希望能確實地降低未來紛爭再燃的可能。

（二）家事紛爭之「準諮商」審理模式的解釋論

1. 家事紛爭中之法官依職權指揮程序

既然法官為家事審理之關鍵地位，其依法職權指揮審理至少應包含兩個層面，第一層面為：法律面之程序合併或程序轉換。第二層面為：在準諮商模式之下，法官得視個案狀況，適當連結相關社工與心理資源，協助當事人與關係人修復家庭生活秩序。

關於第一層面之相關規定，例示如下：家事法第 47 條第 1 項之審判長擬定審理計畫、家事事件審理細則第 68 條第 1 項：「家事訴訟事件，有和諧解決之望或解決事件之意思已甚接近，法院得停止訴訟程序，並移付調解或命家事調查官為調查等必要處分。」家事事件審理細則第 56 條：「（第 1 項）關係人聲請家事非訟事件之調解，於程序終結前，法院認為有命為暫時處分之必要者，宜曉諭關係人為暫時處分之聲請。（第 2 項）關係人為家事非訟事件本案之聲請，經法院行調解程序者，法院於程序終結前，認有必要時，得依聲請或依職權命為適當之暫時處分。但關係人得處分之事項，非依其聲請，不得為之。調解委員於調解程序中，認為有為暫時處分之必要者，應報明審判長或法官。」

同時，作者認為，家事法第 47 條第 1 項之審理計畫的擬定，從立法論與解釋論來看，均應包含調解前置。因此，家事法

第 33 條規定，當事人就不得處分之事項合意聲請法院裁定；此外，家事法第 26 條第 1 項：「相牽連之數宗家事事件，法院得依聲請或依職權合併調解。」、家事法第 29 條第 1 項：「法官得於家事事件程序進行中依職權移付調解；除兩造合意或法律別有規定者外，以一次為限。」而在調解程序進行中，家事法第 27 條：「家事事件之調解程序，由法官行之，並得商請其他機構或團體志願協助之。」綜上可知，調解程序是以「法官」為主體，調解委員僅為協助性質。而法官從當事人聲請階段，即得以卷內資料所示，命聲請人補齊相關資料、並指派適合該事件類型之不同組別調解委員進行調解。

關於第二層面之相關規定，如家事審理細則第 58 條：「（第 1 項）法院得根據家事調查官之報告，命當事人或關係人分別或共同參與法院所指定之專業人士或機構、團體所進行之免付費諮商、輔導、治療或其他相關之協助。（第 2 項）前項裁定，不得為執行名義。」以及 2017 年 5 月 23 日公布修正之家事事件審理細則第 15 條：「（第 1 項）法院處理涉及未成年子女之家事調解、訴訟或非訟事件時，得連結相關資源，通知未成年子女之父母、監護人或其他協助照顧子女之關係人，接受免付費之親職教育、輔導或諮商；參加者表明願自行支付費用時，亦得提供付費資源之參考資料，供其選用參與。（第 2 項）父母、監護人或關係人參與前項親職教育、輔導或諮商之情形，得作為法院處理相關家事事件之參考。（第 3 項）法院審理家事事件，依職權調查證據，斟酌當事人未提出之事實時，應使當事人或關係人有辯論或陳述意見之機會。」

2. 證據調查與家事紛爭解決

既然法官居於審理關鍵角色、且依主要依非訟法理進行紛爭解決，則擴大職權調查證據之範疇，如家事法第 17 條第 1 項：

「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。」、家事法第 24 條：「關於未成年子女權利義務行使負擔之內容、方法及其身分地位之調解，不得危害未成年子女之利益。」家事事件審理細則第 57 條：「行調解時，為瞭解當事人或關係人之家庭及相關環境，於必要時，法院得命家事調查官聯繫社會福利機構，並提出行調解所必要事項之報告」等規定，並限縮辯論主義適用（家事法第 10 條第 1 項參照），為必然之發展，但這並非忽視當事人之程序主體地位，而是以「當事人陳述意見」代之（民訴法第 288 條第 2 項、家事法第 10 條第 3 項參照）。所謂「當事人陳述意見」，作者認為，應座落於「限制的辯論主義」（或稱「協同主義」）之範圍，也適用「紛爭單位型」³⁵之家事事件。

作者在此希望特別提問者為，調解程序中所獲取之當事人與關係人等之資訊（如調解委員撰寫完畢且附在卷內密封袋的調解紀錄表），對法官未來審理該紛爭的心證影響如何？如依家事法第 32 條第 5 項：「調解程序，除本法另有規定者外，準用民事訴訟法第二編第二章關於調解程序之規定」，而民訴法第 413 條調：「行調解時，為審究事件關係及兩造爭點之所在，得聽取當事人、具有專門知識經驗或知悉在場事件始末之人或其他關係人之陳述，查看現場或調解標之物之狀況；於必要時，得由法官調查證據」、民訴法第 422 條調：「調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎。」從上述規定看來，無論以法官進行調解程序、或法官指派調解委員協助，在必要時法官可主動積

³⁵ 許士宦（2013），〈家事審判之請求（上）〉，《月旦法學教室》，130 期，頁 55-68。

極了解狀況、調查證據，並以此搭配擬定審理計畫、辨清當事人家庭生活實況以協助當事人連結相關免費或付費資源，進行「準諮商」模式之審理。

循上述解釋論觀之，作者認為，法官於調解過程所得知之相關資料，應可適用民訴法第 278 條第 1 項之「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者」，但其效果回歸使「當事人陳述意見」，以緩和可能對法院職權過度擴張之誤解、並避免對當事人與關係人造成法律與事實認定之突襲。

3. 關係人與第三人在家事程序中的地位

為求統合處理、並使「準諮商」模式之審理得以順利發揮效果，法官依職權通知關係人或第三人參與程序，實為法官指揮審理之重要項目。例如，家事法第 40 條第 1 項：「第三條所定甲類或乙類家事訴訟之結果，於第三人有法律上利害關係者，法院應於事實審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進行程度，以書面通知已知悉之該第三人，並將判決書送達之。」、同條第 2 項：「法院為調查有無前項利害關係人，於必要時，得命當事人提出有關資料或為其他必要之處分。」

家事法第 77 條第 1 項：「法院應通知下列之人參與程序。但通知顯有困難者，不在此限：一、法律規定應依職權通知參與程序之人。二、親子關係相關事件所涉子女、養子女、父母、養父母。三、因程序之結果而權利受侵害之人。」又，家事事件審理細則 59 條：「法院於家事事件程序進行中依職權移付調解前，應先徵詢當事人及關係人之意見。」

三、父母子女間之權利義務演變與利益衝突是公益？

或是私益？—從美國家事法的比較經驗探討

父母與子女間權利義務關係，並非依自然親情、父母子女血

親天性等即可一言蔽之。從美國法比較觀點看，父母子女間之法律上權利義務之定位，與其相互間的利益衝突之解決，係由一連串代表國家的法院所做出的判決先例累積之成果。Susan Vivian Mangold 於「國家、父母與子女之三角關係論公益性的家庭法」（“Expanding the Parent-Child-State Triangle in Public Family Law: The Role of Private Providers”）一文中，分析該法律動員的過程³⁶。作者希望以此為例，說明法院在被台灣家事法歸類為親子事件中的法院（特別是法官）角色的重要性。首先，美國法院在 Prince 案（1944 年）判定國家對於何謂兒童福利之定義與內涵具有絕對且廣泛的決定權限（a wide range of power），法定監護人（亦即父母）也不能侵犯國家該項權限³⁷。在 DeShaney 案（1989 年），法院逐漸肯認並擴大核心家庭之父母對子女親權行使，故法院在 DeShaney 案立場為：雖國家得以介入調查並監督子女受虐狀況，但國家並非得以停止或剝奪親權。在此階段，與 Prince 案相較，國家干預父母子女間權義的範圍，減縮較小³⁸。此外，在立法層面，美國之「虐待兒童防治法」（The Child Abuse Prevention and Treatment Act，簡稱 CAPTA）於 1974 年制定，主要在於訴訟中代表未成年子女的訴訟代理人，聯邦可為未成年子女以聯邦資金為支付該訴訟代理人之委任費用，因該代理人必須「代表、且保護該未成年子女的權利與最大利益」。CAPTA 強化了未成年子女在訴訟程序中的權利保障。

然 Mangold 分析指出，未成年子女在訴訟中應被視為自主

³⁶ Susan Vivian Mangold, *Expanding the Parent-Child-State Triangle in Public Family Law: The Role of Private Providers*, in: Martha Albertson Fineman & Karen Worthington, *WHAT IS RIGHT FOR CHILDREN?: THE COMPETING PARADIGMS OF RELIGION AND HUMAN RIGHTS*, 169 (2009).

³⁷ *Id.* at 172-173.

³⁸ *Id.* at 175-176.

的當事人，故其訴訟代理人近似於傳統律師與當事人間的關係之訴訟代理人？抑或被視為無完全行為能力的當事人，故訴訟代理人該通盤考量未成年子女之最大利益³⁹？該未成年子女之訴訟代理人角色模糊的議題，在當代離婚後父母與其未成年子女之利益衝突，更為明顯。特別是法院在此衝突中，在未成年子女之訴訟代理人的協助下，可得到哪些資源？將如何衡平各方利益？

美國文獻累積了詳細的多元學門背景之法律與社會理論、女性主義理論之反省。例如，美國家事法學者 Naomi Cahn 所著「脈絡化思考未成年子女利益：父母、中途之家與貧窮」（“Placing Children in Context: Parents, Foster Care, and Poverty”）⁴⁰一文中，對美國的未成年子女福利系統（child welfare system）有雙重典範轉移的檢討。Cahn 指出，在離婚造成父母與未成年子女分離的狀況下，法院裁判子女親權的兩種模式：一為「以子女利益為中心」模式，該模式忽略了對雙親離婚後各自狀況的審慎考量。二為「視子女為父母所有」模式，該模式僅關注於子女親權由誰行使之裁判結果。這兩種模式，趨向過度二分法，使法院在裁判時，失去彈性思考之可能⁴¹。故 Cahn 建議在離婚後親權之行使，應考量非親權行使的一方（non-custodial）之會面交往權（visitation rights），應將離婚後夫妻、與各自新生活圈、社區關係等，一同考量⁴²。

綜上，美國法採行律師強制代理，在未成年子女相關事件

³⁹ *Id.* at 190-191.

⁴⁰ Naomi Cahn, *Placing Children in Context: Parents, Foster Care, and Poverty*, in: Martha Albertson Fineman & Karen Worthington, *WHAT IS RIGHT FOR CHILDREN?: THE COMPETING PARADIGMS OF RELIGION AND HUMAN RIGHTS*, 145-168 (2009).

⁴¹ *Id.* at 155.

⁴² *Id.* at 155-168.

中，自 CAPTA 之後，在程序中有產生了程序監理人（child's lawyer）、親權協調員（parenting coordinator）與親權評估員（custody evaluator）等人力資源配置⁴³。因此，法官審理該類事件時，在調查證據、或藉由社工與心理專業技能人員之支援以定暫時處分等方面，可得使用調度的資源明顯較為豐富。

觀察台灣之家事法官合併審理離婚與定未成年子女親權事件，如前述案例事實，離婚後的父母除面對自己的離婚爭訟之外，常難以有效地為未成年子女最佳利益考量，更常見父母以子女親權行使的方式，作為裁判離婚與否、與隨之而來之損害賠償、以及夫妻剩餘財產分配等之訴訟策略與談判籌碼。是故，本文引用美國法文獻之用意在於，期待未來在司法實踐上，法官以非訟法理為主要審理依據時，得積極使用程序監理人制度，藉此減輕父母與子女利益衝突之狀況，也降低父母「操縱」子女、引為對自己有利之訴訟策略的機會。而關於使用程序監理人所產生之費用，則可借鏡美國法採「基金會」制度⁴⁴，或於法院依職權指定程序監理人時，將程序監理人的地位提高，賦予其崇高性、專業性與稀少性，藉此提升程序監理人的地位，使相關領域之專家，樂於承擔此重任⁴⁵。

四、程序監理人與紛爭解決的四角關係

承前述，本文將法官置於家事紛爭解決之核心地位，係求：

⁴³ Maryland Court, Family, at <http://mdcourts.gov/legalhelp/family.html>. (last visited 05/17/2017); *supra* note 25, at , pxiv (2004).

⁴⁴ Victor Crentsil, Abhilasha Gokulan, Elijah Moreno, & Patrick Saylor, *The Effects of Changing Divorce, Child Support, And Parental Rights Laws* (2016), available at https://rockefeller.dartmouth.edu/sites/rockefeller.drupalmulti-prod.dartmouth.edu/files/prs_divorce_1516_09finaldocx.pdf (last visited 12/23/2020).

⁴⁵ Robert Wilbrandt, *Attorney's Fees for the Child's Representative, Family Advocate.*, 31, 34, available at <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/famadv31&div=30&id=&page=> (last visited 12/23/2020).

其一，關係人可能居於程序中之弱勢者（例如未成年人、受監護宣告人），其事實上與法律上利害關係，容易被對立性甚強的兩造當事人忽略；其二，希望能求取程序中之權力結構均衡，故在法官以公權主義、職權進行主義、職權調查主義進行審理時，作者的設想是，並非以調解前置機制來緩和當事人的對立，反而是法官積極使用程序監理人機制，來突破當事人尖銳的對立結構、或降低法官可能擴權之嫌，並由法官和程序監理人，共同促成調解或和解。作者認為，以離婚合併請求子女親權為例，程序監理人之介入，將有助於離婚中之夫妻，反省檢視自己之各項請求（含訴訟聲明與聲明調查證據等），是否得以自助、並促進雙方成為理性父母、且兼顧子女最大利益。

目前台灣學界對程序監理人機制之討論，主要集中於兩個面向，一為區隔其與民訴法之特別代理人的地位與效力不同；二為自家事法第 15 條之立法理由與比較法觀點，探討程序監理人的程序地位⁴⁶。

作者認為，從美國法之實踐經驗看來，程序監理人的作用在於：減緩離婚後父母爭取親權之「非贏即輸」的「零和狀況」，避免父母雙方身兼彼此攻防角色、又要擔任「友善父母」在離婚訴訟中的「道德困境」（ethical dilemma）。以此「他山之石」的經驗，反觀台灣家事法院的作法，未來家事法院得更加積極適用相關規定如：家事法第 15 條、家事事件審理細則第 20 條。

⁴⁶ 吳明軒（2013），〈家事訴訟程序值得探討之事項〉，《月旦法學雜誌》，219 期，頁 17-28；姜世明（2012），〈程序監理人〉，《月旦法學雜誌》，204 期，頁 142-161；蔡佩芬（2015），〈我國程序監理人制度研究〉，《健康政策與法律論叢》，3 期，頁 83-109；鄧學仁（2016），〈程序監理人制度施行後之問題與對策〉，《月旦法學雜誌》，252 期，頁 116-132；賴月蜜（2013），〈「程序監理人」—兒童司法權保護的天使與尖兵〉，《全國律師》，17 卷 5 期，頁 18-28。

美國法對於程序監理人（child's lawyer）與所代理之未成年子女之間究為何種關係之爭議，已如前述。而就台灣相關法條看來，從程序監理人之報酬來源、家事法第 15 條：「（第 1 項）處理家事事件有下列各款情形之一者，法院得依利害關係人聲請或依職權選任程序監理人：一、無程序能力人與其法定代理人有利益衝突之虞。二、無程序能力人之法定代理人不能行使代理權，或行使代理權有困難。三、為保護有程序能力人之利益認有必要。（第 2 項）前條第二項及第三項情形，法院得依職權選任程序監理人。（第 3 項）法院依前二項選任程序監理人後，認有必要時，得隨時以裁定撤銷或變更之。（第 4 項）法院為前三項裁定前，應使當事人、法定代理人、被選任人及法院職務上已知之其他利害關係人有陳述意見之機會。但有礙難之情形或恐有害其健康或顯有延滯程序者，不在此限。」從以上規定，除了顯示法官得依職權，為關係人設立程序監理人之外，關於其裁定，在「有礙難之情形或恐有害其健康或顯有延滯程序者」，得不予當事人、法定代理人、被選任人及法院職務上已知之其他利害關係人有陳述意見之機會。」、家事事務審理細則第 30 條：「程序監理人與受監理人之法定代理人或有程序能力之受監理人所為之程序行為不一致時，應以法院認為適當者為準。」輔以家事事務審理細則第 25 條、第 26 條、第 27 條等，自立法論與解釋論觀之，可得：

其一、程序監理人與未成年子女之間，並非受任人（訴訟代理人）與委任人（未成年子女）之間的關係，而更加接近協助法官對關係人之各類相關生活狀況收集資料、協助法官判斷何謂關係人最大利益之「公益」角色。

其二、法官身為法律專家，對於具備不同專業背景知識的程序監理人之專家意見判斷與其所為之程序行為，有指揮監督、要

求其提供關於關係人之各類審理所需訊息，並於其程序行為，和受監理人之法定代理人或受監理人本人所為之程序行為不一致時，由以法官做最後判斷。因此，法官確實居於審理關鍵地位，而程序監理人之公益性、支持並平衡法官、當事人與關係人，成為較為穩定的紛爭解決四角關係的狀況，也趨於明確。

而從「準諮商」審理模式之解釋論來看，家事事件審理細則第 28 條：「（第 1 項）法院依事件進行之程度，認為有和諧處理之望者，得許可程序監理人與受監理人之特定家屬會談，分析事件進行之利害關係及可能影響，並參與調解程序之進行。（第 2 項）法院為前項許可時，應具體指明會談之重點與範圍，並向當事人或關係人說明之。」又，家事事件審理細則第 29 條：「（第 1 項）法院得令程序監理人就下列事項提出報告或建議：一、受監理人對於法院裁定之理解能力。二、受監理人之意願。三、受監理人是否適合或願意出庭陳述。四、程序進行之適當場所、環境或方式。五、程序進行之適當時間。六、其他有利於受監理人之本案請求方案。七、其他法院認為適當或程序監理人認為應使法院了解之事項。」

綜上，台灣之程序監理人相關機制混合了美國法的 *child's lawyer*, *parenting coordinator*, *custody evaluator* 等之多重角色，而以「法官」做為程序監理人執行該多重角色時之衡平判斷與執行者⁴⁷。法官在程序中的地位，確實居於程序監理人之法律（或社工或心理或醫療）專家身分之上，實際上，法官的確位在整體個案裁量之最高位階。

⁴⁷ 見家事事件法第 10 條立法理由、並見美國馬里蘭州家事法庭規定之網路公開資訊：Maryland Court, Family, at <http://mdcourts.gov/legalhelp/family.html>.(last visited 05/17/2017).

此外，法官依職權積極引入程序監理人加入家事紛爭過程，將可使法官、當事人、關係人之原本較為緊繃的三角關係，成為「穩定的四角關係」：以求取當下數宗事件統合處理之順利執行、並以其專業與關係人之代理人的視角，為爭訟對立性強、或已自顧不暇、或已自我放棄家庭自治責任的當事人，提醒其與關係人的身分關係（如親子關係）的情感與經濟責任，並擴大當事人接受協商提案、或甚至有能力和對造協商並自行協調出自主紛爭解決方案。

參、「離婚後家庭」(Post-Divorce Family) 與家事紛爭解決

一、【案例】請求扶養費、改定姓氏、改定親權、酌定會面交往⁴⁸

甲女與乙男婚後個性不合，產生重大破綻，且甲女認為乙男多疑善妒、行為不檢（曾偷竊服飾店外套、褲子等但經緩起訴）、對妻兒暴力相向，甲女曾為此聲請保護令，獲裁定許可（命乙男接受婚姻與親職教育，且法官於裁定內具附件提供家庭協商服務之機構、服務項目時間、地點、地圖等資料）。然嗣後甲女表示難以忍耐乙男行為，聲請裁判離婚，經法院調解後，調

⁴⁸ 本案例改寫自臺灣宜蘭地方法院民事通常保護令 102 年度家護字第 66 號、臺灣宜蘭地方法院 102 年度家親聲字第 4 號民事裁定、臺灣宜蘭地方法院 102 年度家親聲字第 130 號民事裁定、臺灣屏東地方法院 102 年度家親聲字第 218 號民事裁定、臺灣屏東地方法院 102 年度家親聲字第 260 號民事裁定、臺灣屏東地方法院 103 年度家親聲字第 181 號民事裁定。其中部分案例事實與細節，則以作者所為之家事調解之法律民族誌研究資料補充之。

解離婚筆錄成立項目為：兩造所生子女即現年 9 歲之 A 子，由兩造任共同行使親權，甲女為主要照顧者，乙男同意給付每個月 10000 元扶養費予 A 子，並約定每月雙數週之週末與週日，乙男得與 A 子會面交往。

然調解離婚成立後一年，乙男僅給付予 A 子兩次扶養費，且乙男與甲女聯絡與 A 子會面交往的時間地點、如何接送等事宜時，甲乙彼此仍常惡言相向，互傳大量相互辱罵之 line 簡訊。甲女遂聲請請求乙男履行離婚協議、給付 A 子扶養費、並請求將 A 子親權改定為甲女單獨行使親權、兼改定姓氏、以及酌定會面交往方式。

該家事訴訟事件合併家事非訟事件，由法官指示合併調解，並以地方仕紳型之資深男性里長、與長期協助家暴婦女之女性社工員作為雙調解委員，進行了兩次調解。甲女在調解過程中陳稱，乙男對她的恨意仍在，於和 A 子會面交往期間，常旁敲側擊問 A 子「媽媽有新男友了吧？」而 A 子在週末日於乙男住所過夜後回家，都有明顯情緒與食慾低落、上學注意力不集中等問題。加上乙男僅給付過兩次扶養費予 A 子，故甲女遂聲請改定親權人。

調解程序中乙男僅出席第二次調解，陳稱自己第一次調解期日因工作關係無法請假。又之前因家事保護令所命參加之法院辦理的婚姻與親職教育課程，也常因加班工作，無法每次都參加。乙男參加後心得是「就聽課啊，然後自己是會開始想比較多，但也是差不多，反正她（甲女）說什麼就什麼，我講的法官也不會聽。那個調解離婚，就是大家逼我的，我工作收入不穩定，10000 元是他們說大家都是這樣簽，我才簽的。」至於給付扶養費，乙男陳稱，那是因為甲女對自己帶小孩來會面交往，都多所阻礙，藉口很多，例如 A 子得到腸病毒、或 A 子有學校活動，

讓他無法看小孩，所以就不願意給付扶養費。乙男又表示，如果甲女養不起，乙男就要聲請改定親權人，由自己單獨行使 A 子親權。雙方意見差距過大，調解不成立，移由法官審理。

對於未成年子女 A 子，法官於法院之「溫馨詢問室」單獨和 A 子進行晤談。法官在判決理由內記載晤談摘要與其心證過程為：由 A 子自行向媽媽提出要更改姓氏，原來因為在學校常會遇見堂哥與堂姊，他們散布傳言謂，A 子的父母已經離婚，「A 子不是他們家的人」，這讓 A 子感到痛苦且困惑。A 子每次到爸爸家過夜，祖父母有時還不錯，會煮飯給他吃，但有時會說媽媽的壞話；爸爸雖然有時會帶他去大賣場逛逛，但很多時間都在睡覺和玩手機，然後堂哥堂姊也在，彼此也不會玩在一起，A 子覺得很無聊，不願意再去了。故法官記載謂，A 子雖年幼，但在童言童語中，已可發現 A 子已具備理解姓氏、身分認同與家庭歸屬等概念的能力，並可將這些概念連結起來、發展為自己的感受。社工團體的家訪報告，認為兩造均有足夠經濟能力、支持系統和行使親權意願，故以維持共同行使親權為主要建議。

而法官不採家訪報告之建議，並認為該訪視報告忽略相對人乙男一直以來之婚姻與親職認知，且乙男的溝通能力問題並未改善。法官認為，甲女所言，或有於己之隱惡揚善現象，但仍應尊重 A 子之主觀感受。故法官裁定許可 A 子更改為母姓、由甲女單獨行使親權。關於其會面交往之方式，暫時為尊重 A 子意願，於三個月內先不進行與乙男過夜之會面交往，僅半天出遊或一同吃飯等，而三個月後由兩造自行協商，協商不成時，再由法院酌定。

二、小結

於相對早期之家事調解論述中，常見對於家事事事件（當時家事事事件仍位於民事訴訟法之人事事件）置於訴訟程序處理之缺

失，故先試行調解、與法院所在地之各縣市社福公益、婦女、教育心理或心理諮商、醫療、法律專業等團體結盟，從這些專業社群，遴選適當的調解委員，並為其進行從事法院內家事調解之進修講習，以家事調解委員之加入，為家事紛爭增加訴訟外的解決方式，並減輕法官在個案裁量上⁴⁹，面對大量案件、且難以一一協助解決個案中之當事人與關係人長期家庭功能失調的壓力。

然，各縣市資源不一，又有城鄉差距，於部分地區因家事調解委員人力資源不足，而只得採「地方仕紳型」之傳統調解方式，導致家事法第1條與家事事件審理細則第2條，時而僅能為立法論之理想目標。而在上述案例中，不但可以看到家事法官確實居於審理的關鍵地位，對家事法院的硬體（如「兒少溫馨詢問室」）與軟體（如家事調查官、訪談社工員等人力資源）資源等運用靈活，並結合家事法官累積實務經驗之專業能力，對正在進行裁判離婚程序之「難以扮演友善父母」之當事人（離婚中之夫妻）、與因父母婚姻與生活處所變動，導致姓氏變動、生活秩序變動的關係人（未成年子女），均能稱職地以非訟法理指揮訴訟，並發揮「準諮商」模式的家事法院審理功能。

上述案例中，法官甚至以自己的經驗法則與論理法則，推翻社工訪視報告結果，足認法官的確位於法院內進行紛爭解決之核心關鍵位置。然而，作者認為，上述紛爭現況，如能有程序監理人於調解前置程序、與法官審理階段，即能代表未成年子女最佳利益，應可以加快紛爭解決之效率，並可有效減輕法官負擔，更

⁴⁹ 彭南元（2008），〈法院家事調解模式之發展—以整合資源為例〉，《月旦法學雜誌》，159期，頁40；彭南元（2003），〈家事事件治療性審理方式初探—以離婚並涉及監護子女事件為例〉，《律師雜誌》，287期，頁109-121；謝靜慧（2005），〈探尋家事調解新方向—以臺灣士林法院家事法庭處理家事調解經驗出發〉，《全國律師》，9卷8期，頁13-15。

能促進離婚後配偶，在程序監理人的協助下，學習如何理性面對現在與未來之「離婚後家庭」的持續性狀況。

肆、結論：非訟法理於家事法院之功能與界限

作者曾於「離婚後家庭」一文認為，「家事事件」對一般民眾而言，是最容易具體想像、並產生個人自我心理投射的紛爭類型⁵⁰。因此，本文探討法官角色在家事紛爭中的關鍵地位、與其主要以非訟法理所進行的審理模式，希望能以小喻大、期待對於整體民事程序紛爭解決的法官角色與審理模式，提出不同於向來著重於家事訴訟法理與非訟法理交錯適用之類型與爭議的詮釋⁵¹。

作者認為，現行對於強化調解機制之理論說理與司法實踐，對民事程序之知識典範轉移，已經產生一定程度的影響，例如：家事法院審理模式傾向學習諮商輔導模式，已朝向「準諮商」型態、且為多元靈活的紛爭解決方式。如此的改革路徑，雖充實了民事程序法學的立法論、解釋論、和司法實踐；但本文指出，「法官」仍居紛爭解決的核心地位，而法官以非訟法理指揮家事程序，包含：聲請調解或起訴視為聲請調解或當事人就不得處分事項合意聲請裁定等，為求整體程序之各造之權力結構平衡與武器平等原則，特別是在適用非訟法理時，法官亦應兼顧當事人與關係人之程序保障。

因此，本文最後建議，法院應積極使用程序監理人制度，以

⁵⁰ 郭書琴，同前註3，頁315-340。

⁵¹ 沈冠伶（2013），〈家事程序法制之新變革及程序原則，家事事件法之評析及展望－民事訴訟法研究會第一百一十四次研討紀錄〉，民事訴訟法研究基金會主編，《民事訴訟法之研討（十九）》，頁77-200，台北：元照；許士宦（2012），〈戰後台灣民事訴訟法學發展史〉，許士宦主編，《爭點整理與舉證責任》，頁3-43，台北：新學林。

此機制，以平衡法官的職權主義色彩過強之虞，並希望得以減輕當事人可能將濫用訴訟資源、將家庭自治、自我決定之責任，錯置於法官或法院之可能性。此外，本文認為，多方探討家事法院之審理功能於現代社會之轉化、並討論加入程序監理人之「四角關係」的紛爭解決模式，將對於防止當事人濫訴、有效運用寶貴法院資源、保護家事事件之弱勢者等重要司法實踐議題等，有重大助益。

參考文獻

一、中文部分

- 司法院（2013）。〈臺高院研討家事訴訟與非訟程序運作—許士宦教授演講「『家事審判之請求』」並解析多項實務問題〉，《司法周刊》，1651期，第4版。
- 吳明軒（2013）。〈家事訴訟程序值得探討之事項〉，《月旦法學雜誌》，219期，頁17-28。
- 沈冠伶等（2012）。〈家事程序法制之新變革及程序原則—以家事事件法之評析及展望—民事訴訟法研究會第一百一十四次研討記錄〉，《法學叢刊》，57卷2期，頁203-276。
- 沈冠伶（2013）。〈家事程序法制之新變革及程序原則，家事事件法之評析及展望—民事訴訟法研究會第一百一十四次研討紀錄〉，民事訴訟法研究基金會主編，《民事訴訟法之研討（十九）》，頁77-200。台北：元照。
- 沈冠伶（2015）。〈家事程序法制之新變革及程序原則—家事事件法之評析及展望〉，沈冠伶主編，《家事程序之新變革》，頁1-42。台北：元照。
- 林秀雄（2005）。〈有責配偶之離婚請求—兼評最高法院九十三年度台上字第九八七號判決〉，《月旦法學雜誌》，123期，頁240-250。
- 金純如（2013）。《婚前協議之研究》，東吳大學法律學研究所碩士論文。
- 姜世明（2012）。〈程序監理人〉，《月旦法學雜誌》，204期，頁142-161。

- 許士宦 (2012)。〈戰後台灣民事訴訟法學發展史〉，許士宦主編，
《爭點整理與舉證責任》，頁 1-43。臺北：新學林。
- 許士宦 (2013)。〈家事審判之請求 (上)〉，《月旦法學教室》，130
期，頁 55-68。
- 許士宦 (2013)。〈家事審判之請求 (下)〉，《月旦法學教室》，131
期，頁 42-58。
- 郭書琴 (2015)。〈準諮商式家事法院審理功能之必要與侷限—民事
訴訟法研討會第一百二十四次研討紀錄〉，《法學叢刊》，60
卷 1 期，頁 131-187。
- 郭書琴 (2016)。〈從名人離婚事件看家事法院紛爭解決的功能與侷
限〉，葉俊榮主編，《變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法
院的角色與功能》，頁 315-340。台北：國立臺灣大學出版中心。
- 郭書琴 (2016)。〈從家事紛爭當事人之「準諮商」需求談家事法院
功能〉，《世新法學》，9 卷 2 號，頁 345-403。
- 郭書琴 (2017)。〈法律人類學看民事訴訟觀的演進：以家事紛爭解
決為例〉，《中研院法學期刊》，20 期，頁 1-61。
- 陳毓秀等 (2016)。〈有關「遺產公同共有債權訴訟」之當事人適
格—兼評最高法院 104 年第三次民事庭會議決議之固有必要
共同訴訟肯定說—民事訴訟法研究會第一百三十一研討紀
錄〉，《法學叢刊》，62 卷 1 期，頁 143-196。
- 彭南元 (2003)。〈家事事務治療性審理方式初探—以離婚並涉及監
護子女事件為例〉，《律師雜誌》，287 期，頁 109-121。
- 彭南元 (2008)。〈法院家事調解模式之發展—以整合資源為例〉，
《月旦法學雜誌》，159 期，頁 39-53。
- 黃俐菁 (2016)。《結婚容易離婚難，婚可以說離就離嗎？》，載於
法律白話文運動，<https://plainlaw.me/2016/12/09/lega-life-28/>
(最後瀏覽日：12/09/2016)。

- 黃嘉韻 (2006)。《結婚容易離婚難，怎辦？》，載於婦女新知電子報，2006年7月17日，<http://forum.yam.org.tw/bongchhi/old/law/law10.htm> (最後瀏覽日：05/31/2017)。
- 蔡佩芬 (2015)。〈我國程序監理人制度研究〉，《健康政策與法律論叢》，3期，頁83-109。
- 蔡穎芳 (2015)。〈論婚前協議及弱勢締約人之保護〉，《法學新論》，33期，頁19-56。
- 鄧學仁 (2016)。〈程序監理人制度施行後之問題與對策〉，《月旦法學雜誌》，252期，頁116-132。
- 賴月蜜 (2013)。〈「程序監理人」－兒童司法權保護的天使與尖兵〉，《全國律師》，17卷5期，頁18-28。
- 謝靜慧 (2005)。〈探尋家事調解新方向－以臺灣士林地方法院家事法庭處理家事調解經驗出發〉，《全國律師》，9卷8期，頁13-15。

二、英文部分

- Bastaitis, Kim, & Mortelmans, Dimitri (2016). *Parenting as mediator between post-divorce family structure and children's well-being*. *Journal of Child and Family Studies*, 25 (7), 2178-2188.
- Crentsil, V., Gokulan, A., Moreno, E., & Saylor, P., the effects of changing divorce, child support, and parental rights laws (2016), available at https://rockefeller.dartmouth.edu/sites/rockefeller.drupalmulti-prod.dartmouth.edu/files/prs_divorce_1516_09finaldocx.pdf (last visited 12/23/2020).
- Cahn, Naomi (2009). *Placing Children in Context: Parents, Foster Care,*

- and Poverty. In: Fineman, Martha Albertson & Worthington, Karen, WHAT IS RIGHT FOR CHILDREN?: THE COMPETING PARADIGMS OF RELIGION AND HUMAN RIGHTS (New York: Ashgate Publishing Company).
- Demby, Steven L. (2016). *Parenting coordination: Applying clinical thinking to the management and resolution of post-divorce conflict*. Journal of clinical psychology, 72(5), 458-468.
- Ferraro, A. J., Davis, T. R., Petren, R. E., & Pasley, K. (2016). *Postdivorce parenting: A study of recently divorced mothers and fathers*. Journal of Divorce & Remarriage, 57(7), 485-503.
- Firestone, Gregory & Weinstein, Janet (2002). In the Best Interests of Children: A Proposal to Transform the Adversarial System. In: Singer, Jana B. & Murphy, Jane C., RESOLVING FAMILY CONFLICTS (New York: Taylor & Francis).
- Grossman, Lewis A. (2nd ed. 2008). Grossman, Res judicata – The Story of Parklane: The ‘Litigation Crisis’ and the Efficiency Imperative. In: Clermont, Kevin M., CIVIL PROCEDURE STORIES (New York: Foundation Press).
- Geraghty, Anne H. & Mlyniec, Wallace J. (2002). Unified Family Courts: Tempering Enthusiasm with Caution. In: Singer, Jana B. & Murphy, Jane C., RESOLVING FAMILY CONFLICTS (New York: Taylor & Francis).
- Huntington, Claire (2013). FAILURE TO FLOURISH: HOW LAW UNDERMINES FAMILY RELATIONSHIPS. New York: Oxford University Press.
- Lebow, J. L. (2020). *The challenges of COVID-19 for divorcing and post-divorce families*. Family process, 59(3), 967-973.

- Mangold, Susan Vivian (2009). Expanding the Parent–Child–State Triangle in Public Family Law: The Role of Private Providers. In: Fineman, Martha Albertson & Worthington, Karen, WHAT IS RIGHT FOR CHILDREN?: THE COMPETING PARADIGMS OF RELIGION AND HUMAN RIGHTS (New York: Ashgate Publishing Company).
- Singer, Jana B. (2009). *Dispute Resolution and the Post-divorce Family: Implications of a Paradigm Shift*. Family Court Review, 47 (3), 363-370.
- Singer, Jana B. (2008). Introduction, In: Singer, Jana B. & Murphy, Jane C., RESOLVING FAMILY CONFLICTS (New York: Taylor & Francis).
- Schepard, Andrew I. (2004). CHILDREN, COURTS, AND CUSTODY: INTERDISCIPLINARY MODELS FOR DIVORCING FAMILIES. New York: Cambridge University Press.
- Wilbrandt, Robert (2008). Attorney's Fees for the Child's Representative. Family Advocate., 31, 34, available at <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/famadv31&div=30&id=&page=> (last visited 12/23/2020).

