

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

劉宏恩

政治大學法學院副教授

壹、緒論：研究背景

貳、民法上無「調解離婚」之舊法階段

一、1985 年之前：民法協議離婚規定修正前

二、1985 年之後：民法新增協議離婚之登記要件後

（一）禁止成立離婚之調解之階段

（二）迂迴以調解過程幫助當事人達成協議離婚之階段

參、民法新增「調解離婚」後之新局面

一、2009 年民法新增第 1052 條之 1

二、2012 年 6 月起家事事件法即將生效

肆、展望與提醒：代結論

壹、緒論：研究背景

隨著社會生活型態及價值觀念改變，台灣社會無論男女對於婚姻之期待及忍受度也都逐漸改變，法院所受理的家事事件的件數也以驚人的速度不斷每年成長。1995 年時，台灣各地方法院受理之家事事件新收件數一年總計 33,413 件。到了 2005 年，此一數字已增至近三倍的 94,233 件。再到了 2011 年，更已達到 125,117 件，成長速度相當驚人¹。如此快速成長的家事案件量，一方面對法院既有的人力與資源帶來沉重壓力，另一方面由於家事案件與一般民事財產案件，在性質上與需求上有所不同，經常難以用一般民事程序來妥善處理，對法院構成重大挑戰。

舉例來說，離婚及相關的子女監護等問題的當事人，經常比一般財產案件的當事人充斥著更多感情與情緒的因素，並非抽象的權利義務或金錢計算及賠償就足以因應；而且，許多相關的問題及人際關係將持續向未來發展，並不會隨著訴訟終結而結束，其中最典型的例子就是未成年子女監護及會面交往問題。一般民事訴訟程序採取當事人間相互對立與對抗的運作模式，在家事事件上述特性之下，往往使當事人間的關係破裂程度比進到法院之前更為嚴重，即使最後法院做出裁判，當事人往往因為更加反目而更不願履行裁判內容，而且子女最佳利益亦極可能會在此種父母相互對抗與更加仇恨的爭訟過程中，受到極大傷害，我們也比較難期待父母之後有辦法心無芥蒂地相互合作來保護教養子女、或積極協助未取得監護地位之他方與子女會面交往。尤其，我國民法關於裁判離婚目前仍然是以「有責主義」為主要原則，在離婚訴訟的過程中去主張對方的過失與責任往往屬於必要之攻擊方法，這只會使上述問題更形嚴重²。

有鑑於此，許多國家都積極推動離婚事件之調解，希望以中立第三人之協助，來幫助當事人之間達到和緩情緒、釐清議題、共同思考解決方案，並且避免因當事人間之對抗與情緒，傷害到未成年子女之利益。亦即，希望藉由當事人之間彼此達成合意，共同對問題做思考，其不僅在於終結過去，並且也考慮到離

¹ 司法院統計處，司法統計年報，2005 年，頁 74；司法院統計處，司法統計年報，2011 年，頁 76；司法院統計處，司法統計月報，2012 年 2 月，頁 64。

² 民法第 1052 條關於裁判離婚事由之規定，其第一項共計十款的事由明顯屬於有責主義之規定，但即使第 2 項之概括規定「難以維持婚姻之重大事由」，其但書亦明文規定「但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚」，仍然包含有責主義之色彩。

婚後之未來。以日本為例，在協議離婚以外之其他所有離婚當中，成立離婚之調解者佔九成，僅一成為藉由法院裁判而離婚。³

我國早在 1934 年修正民事訴訟法時，便已於當時的第 573 條規定「離婚之訴於起訴前，應經法院調解」，是所謂「調解前置主義」或「強制調解」。該規定並於 1968 年修正民事訴訟法時，移列至第 577 條，至今未變。但是民事訴訟法此處所謂的調解，卻不見得是上述意義的調解。事實上，我國的調解離婚從 1934 年起走了一段七十餘年的迂迴路，其中甚至包括實務見解及司法院辦法皆「禁止成立離婚之調解」的階段，對於許多知悉民事訴訟法之強制調解規定的人來說，可能覺得難以理解：為何一方面民事訴訟法明文要求離婚之訴必須先經調解，但是另外一方面實務見解卻禁止成立離婚之調解。這是本文將嘗試加以探討之處。

此外，為了紓解訟源、減輕法官辦案負擔，司法院於近十餘年來積極推動加強法院調解功能的政策⁴，除了一般民事案件的調解之外，2005 年也開始希望加強家事事件的調解⁵，但是上述明文規定「禁止成立離婚之調解」之司法院辦法卻是遲至 2009 年 6 月始予廢止。那麼在 2005 年至 2009 年 6 月之間，司法院推動的家事事件調解又是如何進行？法院實質上是如何從事離婚事件之調解但是又「不成立離婚之調解」？這也是本文希望探討的另外一個問題。

最後，本文將討論 2009 年 5 月以來，「離婚調解」在台灣的根本性與制度性的改變。自從民法親屬編於 1931 年施行以來，我國向來只有「協議離婚」與「裁判離婚」兩種類型的離婚方式。但是 2009 年 4 月立法院三讀通過增訂民法第 1052 條之 1，明文規定「離婚經法院調解成立者，婚姻關係消滅」⁶，該條文並自同年 5 月 1 日起生效。之後，立法院再於 2011 年 12 月制定「家事事件法」，基於家事事件與一般民事事件在性質及需求上的不同，將其訴訟、非訟程序及執行從一般民事事件之類型中獨立出來予以規範，其中並特別包括「調解程序」之專編。

³ 陳玉完，「家事調解之檢討與展望——司法行政推展家事調解新制週年經驗分享（上）」，司法周刊，1298 期，2006 年 8 月，2 版；邱璿如，「離婚事件成立調解及訴訟上和解之容許性」，月旦法學，109 期，2004 年 6 月，頁 151。

⁴ 可參考 1993 年 10 月 13 日司法院 82 院台廳民 1 字第 18718 號函訂定發布之「法院加強辦理民事調解事件實施要點」。

⁵ 可參考 2005 年 3 月 25 日司法院 94 院台廳家 1 字第 0940006568 號函訂定發布之「地方法院實施家事事件調解試行要點」（現已失效）。

⁶ 事實上該條尚包括「法院和解成立」的情形，但因為本文主題是針對「調解」，故就「和解」的部份暫時不予討論。

值此「家事事件法」即將於今年 6 月 1 日起施行之際，我國關於離婚調解終於將進入實體法、程序法皆有明文依據與特別規定之階段。但因爲新法剛剛上路，本文也將嘗試提出若干疑問與提醒。

貳、民法上無「調解離婚」之舊法階段

要討論調解離婚在我國的發展，就必須瞭解它是在實體法與程序法各自分別修正卻又相互影響的脈絡下，產生出本文緒論所提及的曲折與迂迴歷程。以下首先從民法第 1050 條關於「協議離婚之要件」的修正前後談起。

一、1985 年之前：民法協議離婚規定修正前

我國民法親屬編於 1931 年施行時，關於協議離婚之要件規定於第 1050 條：「兩願離婚，應以書面爲之，並應有二人以上證人之簽名」。亦即，夫妻雙方當事人只要依此規定之書面協議及證人簽名，便可使婚姻關係消滅，無須履行其他登記或公示要求。在這樣的實體法規定之下，民事訴訟法對於離婚的「強制調解」要求，便有可能出現兩種解釋與運作方式。第一種是屬於「勸合不勸離」之調解，希望藉由法院調解來使夫妻恢復和諧、維持婚姻，此種解釋從民事訴訟法於 1931 年制定公布之第 543 條明文規定「法院認離婚當事人有和諧之望」⁷、第 541 條明文規定「法院因維持婚姻」⁸等云云，或可看出端倪。在當時那個年代與社會背景，此種傾向於勸合不勸離的立法者態度，應該不難以想像。

第二種解釋與運作方式，則是認爲：離婚當事人若在法院調解之下達成協議，此時調解筆錄既然已有法官及書記官的簽名，應足已符合當時之民法第 1050 條關於協議離婚之要件，當事人間之婚姻關係已因調解成立而消滅。在 1985 年民法修正協議離婚之要件前，雖然有少數反對說，但法院實務上經常採取此種見解，屢屢藉由法院調解來使當事人達成協議離婚⁹。

⁷ 本條於 1934 年修正時移列至第 574 條，再於 1968 年修正時移列至第 578 條至今。

⁸ 本條於 1934 年修正時移列至第 571 條，再於 1968 年修正時移列至第 575 條至今。

⁹ 邱瓊如，前引註 3，頁 149；周廷翰，「就離婚訴訟成立訴訟上和解或調解之容許性暨相關問題檢討（上）」，萬國法律，178 期，2011 年 8 月，頁 69。

二、1985 年之後：民法新增協議離婚之登記要件後

民法於 1985 年修正上述第 1050 條，明文規定協議離婚必須「向戶政機關為離婚之登記」。在此規定之下，當事人間即使達成書面協議、並有兩人以上證人簽名，其協議離婚仍然無法生效，婚姻關係仍未消滅。此一實體法上的修改，對於離婚之法院調解實務與民事訴訟法之強制調解之解釋，產生重大影響，使我國實務見解及司法院規定進入「禁止成立離婚之調解」之階段。以下進一步做討論。

（一）禁止成立離婚之調解之階段

如前所述，在 1985 年民法新增協議離婚之登記要件前，實務上對於離婚之調解有兩種解釋與運作方式。但是在 1985 年民法修正後，第二種「以調解來成立協議離婚」的見解開始產生重大改變。通說改而認為：由於單純當事人間達成合意及法院作成調解筆錄並簽名，仍然無法滿足新法關於協議離婚之要件，當事人仍必須至戶政機關辦理離婚登記，否則婚姻關係無法消滅；因此，為了避免與民事訴訟法第 380 條、416 條關於「法院調解成立與確定判決有同一效力」之規定互相矛盾，法院不應成立離婚之調解。¹⁰

針對上述通說，雖然有少數反對見解認為「調解既由法院參與，且其成立時與確定判決有同一之效力，則理應解為自調解有效成立之日起發生離婚之效力；至其離婚登記，則為報告的登記」¹¹，但畢竟為實務見解所不採。司法院一方面明文函釋法院調解筆錄無法使協議離婚成立生效，當事人仍須向戶政機關為離婚登記¹²，另一方面並修正發布「家事事件處理辦法」，於第 5 條明文規定「法院不得成立離婚之調解」。至此，離婚之法院調解似乎回歸到「勸合不勸離」之目的，希望藉由法院調解來使夫妻恢復和諧、維持婚姻，亦即希望當事人在法院調解之後能夠撤回離婚之訴，重新回復和諧婚姻。

由於我國大部分夫妻離婚皆採取簡便易行的協議離婚方式¹³，如果是提起離

¹⁰ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，2002 年增訂三版，頁 200；邱瓊如，前引註 3，頁 149；周廷翰，前引註 9，頁 69。

¹¹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前引註 10，頁 200 至 201。

¹² 1986 年 12 月 11 日司法院 75 廳民 1 字 1737 號函。

¹³ 舉例來說，2010 年全台灣總共離婚 58,037 對夫妻，但是同一年各地方法院終結的離婚事件總計卻只有 4,898 件，亦即台灣大約有九成以上的離婚夫妻是自行辦理協議離婚，只有不到一成是透過法院裁判離婚。見司法院統計處，司法統計年報，2011 年，頁 80；內政部統計

婚之訴而進入法院的離婚案件，通常是爭議較為激烈、更難期待夫妻間恢復和諧的少數情形。在這種情形之下要求當事人接受強制調解，而且調解的目的又是「勸合不勸離」，可以想見極難達成目的，並且很容易使「調解前置主義」流於形式，不但當事人不願接受，就連法官都可能不予重視，過去實務上往往在詢問當事人之後，便由書記官逕行在筆錄上載明「本件調解不成立」，藉以虛應法律要求而視為已踐行調解程序¹⁴。此無怪乎家事調解之功能與績效不彰。以 1999 年為例，家事事務經調解之後撤回起訴者僅 12%，調解成立者更僅有 1.4%。¹⁵

(二) 迂迴以調解過程幫助當事人達成協議離婚之階段

雖然基於上述司法院規定與通說見解，實務上無法成立離婚之調解，但是自從大約 2000 年起，有部份法官與法院基於個人理念以及與心理學界、社工界的跨領域接觸，開始積極推動「以調解過程幫助當事人達成協議離婚及解決相關爭點」的作法，並引入法院以外之其他領域專家的資源來協助法院¹⁶。雖然受限於家事事務處理辦法的規定，這些法官無法在法院成立離婚本身的調解，但是可以藉由調解過程讓雙方當事人先就離婚與否及相關爭點（例如贍養費、子女監護、財產分配等）達成書面協議，然後再由當事人自行前往戶政事務所辦理離婚登記。若是顧慮到此一書面協議難以做為執行名義，亦可由法院先請當事人依協議辦妥離婚登記後，再由法院就其他相關爭點依協議做成調解成立之筆錄，如此一來，日後就這些其他爭點就可以該調解筆錄做為執行名義。換言之，在法令限制之下，這些法官是以一種「迂迴」的方式，來達成藉由調解協助當事人解決離婚相關紛爭的目的。¹⁷

雖然上述法官與法院的自行嘗試曾經引發若干爭議，例如法院是否適合安排當事人進行心理諮商、家庭暴力案件是否得使用調解程序、不同法官的標準與調解流程差異過大等等¹⁸，但是他們的努力以及社工、心理學等其他專業的呼籲，

處，內政統計通報，2011 年第 28 週，頁 1。

¹⁴ 陳玉完，前引註 3。

¹⁵ 司法院，專題研究報告：近五年訟源消長之探討，2000 年 3 月，頁 4。

¹⁶ 謝靜慧，「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，2005 年 8 月號，頁 13；彭南元，法院家事調解模式之發展：以整合資源為例，月旦法學，159 期，2008 年 8 月，頁 39。

¹⁷ 邱璿如，前引註 3，頁 150。

¹⁸ 成蒂，「心理諮商與家暴案件：以台北地方法院家事法庭實施心理諮詢制度為例」，司法改革

逐漸受到司法院重視。因此司法院於 2005 年 3 月發布「地方法院實施家事事件調解試行要點」，選擇台北、士林、板橋、新竹、台中、屏東地院等六所法院試行家事事件調解，使家事調解開始成爲制度性的存在，而不再僅是部份法官及法院的自行嘗試。上述「試行要點」最重要的精神便是其第一點所明示的「聘任專業調解委員，並結合社會資源」。其第三點明文規定：法院聘任之調解委員必須具備「心理師」、「社會工作師」、「具有心理諮詢或心理諮商學經歷者」、「具有家事事件調解專業經驗者」四種資格之一，亦即採取「專家調解」的精神與原則。

試辦一年後，司法院根據統計數據發現採行專家調解所獲得之成效（調解成立比率），優於傳統民事調解之成效。又依據試行法院針對調解當事人之問卷調查結果，發現當事人對於專業調解程序的反應堪稱良好，大多數均認爲有助於兩造間爭議問題之溝通。因此，2006 年 3 月司法院增加擇定苗栗、雲林、臺南、高雄及基隆地方法院參與試行，使得試行家事調解的法院達到 11 所，並同時修正前述「地方法院實施家事事件調解試行要點」，增加「法院應使調解委員於調解程序開始前，有知悉調解事件內容之機會」之規定，以解決不同法院間對於案卷是否先交調解委員閱覽的作法不一的問題。¹⁹

兩年後，司法院終於決定全面推行家事調解制度，於 2008 年 3 月訂定發布「七十餘年的迂迴路。在」，於全國所有地方法院施行。上述要點第 4 點明文要求：各地方法院應有專責之行政團隊，辦理篩選案件、選任調解委員、指派調解委員先行調解、監督考核調解進度等相關事務。該要點第 7 點並將過去試辦時期之試行要點中關於聘任專業調解委員之資格，擴大加入「醫師」、「律師」兩種。此外，其第 6 點特別指出：法院辦理家事調解事件時，應注意家庭暴力防治法第 13 條第 7 項禁止調解及第 47 條原則上不得調解之規定²⁰。其第 13 點則規定：「辦理家事調解或行調解時，不得有強令或轉介當事人接受心理諮商、治療或其他類此情事之行爲」。以上這

雜誌，46 期，2003 年 8 月，頁 51-52；林昀嫻，「台灣家事調解制度下的調解『專業』」，第八屆東亞法哲學研討會，台北市，2012 年 3 月 18 日，頁 5-6。

¹⁹ 「家事專業調解成效受好評 將再擴大試行一年」，司法周刊，1280 期，2006 年 3 月 30 日。

²⁰ 家庭暴力防治法第 13 條第 7 項規定：「保護令事件不得進行調解或和解。」同法第 47 條規定：「法院於訴訟或調解程序中如認爲有家庭暴力之情事時，不得進行和解或調解。但有下列情形之一者，不在此限：一、行和解或調解之人曾受家庭暴力防治之訓練並以確保被害人安全之方式進行和解或調解。二、准許被害人選定輔助人參與和解或調解。三、其他行和解或調解之人認爲能使被害人免受加害人脅迫之程序。」

最後這兩點，很顯然是針對過去的家事調解實務所曾引發的爭議，特別加以明文規範。

雖然司法院在政策上已正式肯定家事調解的功能與制度，但是並未修改家事事件處理辦法當中「不得成立離婚之調解」之規定，因此，各法院進行離婚之調解時，仍然只能使用前述「迂迴」的方式，來達成協助當事人解決離婚相關紛爭的目的。此種迂迴的方式仍然可能浪費法院及當事人的勞力、時間及費用。但是無論如何，司法院的政策確實使得家事調解成立的比率大幅增加，至 2009 年時，全國各地方法院之家事調解成立百分比已達 39.2%，與 1999 年時僅 1.4% 相比，成長相當驚人。²¹

參、民法新增「調解離婚」後之新局面

我國法院受限於原有法令，不得不「迂迴」藉由調解來協助當事人解決相關紛爭的前述情形，在 2009 年 4 月立法院三讀通過增訂民法第 1052 條之 1「離婚經法院調解成立者，婚姻關係消滅」的規定之後，終於能夠展開一個新的局面。本文以下進一步予以論述。

一、2009 年民法新增第 1052 條之 1

2008 年時，立法委員黃淑英等 48 人擬具「民法增訂第 1052 條之 1 條文草案」向立法院提出。其提案說明強調：現行離婚制度可分為協議離婚與裁判離婚，其中協議離婚無法保護婚姻弱勢之一方，容易造成脅迫離婚與通謀離婚之情形，而裁判離婚條件過於嚴苛，可能造成破綻婚姻仍無法離婚之窘境。然經法院調解之離婚，不僅提供婚姻當事人對話之平台，讓離婚之當事人可理性面對婚姻破碎之本質，且因為有法院之介入，可確保婚姻弱勢權益之維護，又強化訴訟外之紛爭解決方式，有助於節省訴訟資源，承認調解離婚已然成為當前世界之潮流。由於我國民法未有調解離婚制度，致使好不容易在法院調解成立之離婚，仍須再至戶政機關辦理兩願離婚登記後，再向法院撤回離婚之訴，不僅擾民且耗費法院之資源。為符合民情與國際潮流，爰於民法增訂 1052 條之 1，導入調解離

²¹ 司法院，99 年司法院暨所屬各機關業務提要分析，頁 6；另可見前引註 15。

婚制度，以改善現行法離婚制度之不足。²²

上述提案當中，除了規定「離婚經法院調解成立者，與確定判決有同一之效力」外，並特別規定法院於調解成立後，「應即通知戶政機關為離婚之登記」。針對前者，於立法審議過程中，法務部表示原草案用語屬於程序法之性質，實體法應該規定實體關係之效力、而非規定與確定判決有同一效力，而且原草案漏未將和解一併規範，建議修改為「離婚經法院調解或法院和解成立者，婚姻關係消滅」，此等意見經立法委員審查後獲得採納。而針對後者，司法院認為將增添法院之負擔，建議仍然由當事人自行持調解筆錄至戶政機關登記，無須由法院負責通知戶政機關。但是同時列席之戶政機關主管單位內政部則加以說明，認為現行裁判離婚之判決即已由法院通報戶政事務所，實務作業上並無困難，為避免因當事人漏未至戶政機關辦理登記，以致影響本人或第三人之權益，建議保留原草案之要求。最後審查會酌予修正文字，仍然保留「法院應依職權通知該管戶政機關」之規定。本案於 2009 年 4 月 14 日經立法院三讀通過，並於 2009 年 5 月 1 日起生效施行。²³

值得一提的是：調解離婚既已於調解成立時使婚姻關係消滅，則所謂之戶政機關登記僅屬於行政管理性質之「報告登記」，並非成立或生效要件性質之登記，而且可由當事人之一方持調解筆錄至戶政機關辦理，無須由雙方當事人協同辦理。倘若調解離婚之當事人遲遲不前往戶政機關辦理，依照戶籍法第 48 條第 4 項之規定：當事人經催告仍不登記者，戶政事務所「應」逕行登記之。司法院並自 2009 年 7 月 27 日起，以專用線路電子傳送經法院和解或調解離婚成立事件之基本資料及筆錄電子檔，提供內政部戶政司接收後，下傳所屬各戶政事務所，以節省原本紙本郵寄通知之人力、物力耗費，增加作業效率。²⁴

於民法增訂第 1052 條之 1 後，我國法院之離婚調解再也無須採取「迂迴」的方式來協助當事人合意解決離婚及相關紛爭。司法院也於 2009 年 6 月、2010 年 1 月、2010 年 11 月，三度修正「地方法院辦理家事調解事件實施要點」，其修正重點之一明顯是針對調解委員專業性及在職訓練與評鑑的要求。家事調解委

²² 立法院公報，98 卷 19 期，2009 年，頁 257。

²³ 立法院公報，同前註，頁 257-259。

²⁴ 「7.27 起 法院電傳辦理調解、和解離婚通知作業」，司法周刊，1450 期，2009 年 7 月 23 日。

員必須事先接受十二小時以上之專業講習課程，並每年定期接受評鑑，以決定是否予以解任或聘任；此外，新增「曾任法官」為得擔任家事調解委員的資格之一；並將原本規定之調解期限六個月縮短為以四個月為原則。

司法院加強家事調解委員之專業要求與講習訓練，應該確實有所必要。因為近幾年來許多台灣本土的實證研究已經發現：的確有部份家事調解委員的能力可能需要被檢討關注，而且部份調解委員曾有將自己個人的價值觀或傳統觀念加諸於當事人身上的情形，例如勸合不勸離明示反對離婚、片面要求一方忍讓、傳統性別刻板印象……等²⁵。此等情形輕則可能使當事人不悅或是難以相信法院調解，重則可能傷害當事人權益或子女利益。由於現行要點對於家事調解委員的資格選擇相當多元，每位調解委員往往來自不同的學經歷背景，如何使得他們在進行調解時能夠至少具有最基本而一致的共通訓練，因此能夠採取較為一致的標準與作法，確實是不小的挑戰。未來是否往家事調解委員的專業證照化方向發展，將是一個需要深思討論的議題²⁶。

二、2012 年 6 月起家事事件法即將生效

基於家事事件與一般民事事件在性質及需求上的不同，我國立法院首先於 2010 年 11 月制定「少年及家事法院組織法」，希望建立專業化之少年及家事法院，另一方面並將家事事件相關的訴訟、非訟程序及其執行從一般民事事件之類型中獨立出來予以規範，於 2011 年 12 月三讀通過「家事事件法」。上述組織法及家事事件法都將於今年 6 月 1 日起生效施行，其中家事事件法並特別於第 23 條至 36 條訂定「調解程序」之專編。亦即，我國之家事調解制度及程序即將正式進入法律位階的規範，不再僅依賴司法院的司法行政命令或行政規則來進行。

家事事件法第 3 條將家事事件依照各該事件類型之訟爭性強弱程度、當事人或利害關係人對程序標的所享有之處分權限範圍、需求法院職權裁量以迅速裁判程度之不同，將性質相近之事件類型分別歸類為甲、乙、丙、丁、戊等五類。而關於「調解前置主義」，本法第 23 條第 1 項規定：「家事事件除第三條所定丁類事件外，於請求法院裁判前，應經法院調解」，而所謂的「丁類事件」是指宣告

²⁵ 可參考郭麗安、王唯馨，「台灣離婚調解場域的觀察與反省：訓練與性別」，應用心理研究，46 期，2010 年 6 月，頁 239-240；黃翠紋，「我國家事事件調解機制運作現況之比較分析」，月旦法學，173 期，2009 年 10 月，頁 58。

²⁶ 可參考林昀嫻，前引註 18，頁 14-16。

死亡事件、失蹤人財產管理事件、監護或輔助宣告事件、定監護人、選任特別代理人事件、認可收養或終止收養、拋棄繼承等，屬於家事事件中較無訟爭性，而當事人或利害關係人對於程序標的並無處分權限者。由於家事事件法明文規定除了此種丁類事件外，所有家事事件一律都必須接受強制調解，十分顯然，此一新法關於調解前置主義的適用範圍，遠遠較現行之民事訴訟法更為廣泛，日後需要由法院進行調解的家事事件將會大幅增加。

本法第 27 條規定「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」，第 32 條則規定「關於家事調解委員之資格、聘任、考核、訓練、解任及報酬等事項，由司法院定之。家事調解，應聘任具有性別平權意識、尊重多元文化者為調解委員」。司法院目前已經依據本法第 32 條之授權，預告訂定「法院設置家事調解委員辦法」草案。值得注意的是：此一草案第 4 條對於家事調解委員之資格予以大幅放寬，除了目前實施要點中的法律、社工、心理、醫師、家事調解專業經驗等七種專業背景之一，另外將「品行端正，著有信譽」、「對調解工作富有熱忱」、「生活安定且有充裕時間」、「身心健康有說服能力」、「具有豐富社會知識經驗」予以列入，只要具備其中任何一種情形之一的人士，便可具備家事調解委員的候選資格。此一規定形同架空目前實施要點對於「相關專業背景」的要求，前後政策似乎有所矛盾。²⁷

本法除了規定丁類以外的家事事件一律強制調解、丁類事件得由當事人聲請調解，此外，第 29 條規定：法院得於家事事件程序進行中依職權移付調解，原程序並因此停止進行。而關於調解之效力，第 30 條規定：「家事事件之調解，就離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項，經當事人合意，並記載於調解筆錄時成立。但離婚及終止收養關係之調解，須經當事人本人表明合意，始得成立。前項調解成立者，與確定裁判有同一之效力。」

必須注意的是：依照立法理由的說明，第 30 條之所以如此規定，是因為家事事件當中性質屬於准許當事人合意處分或形成之法律關係者，例如請求離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項，並不以經調解法院認定當事人主張之請求事由存在為必要，故得由當事人合意成立調解，並自作成調解筆錄時發生效力，以尊重當事人之程序選擇權。但離婚與終止收養關係屬於重大身分行

²⁷ 林昀嫻，前引註 18，頁 11。

為，故設但書明定應由當事人本人就調解內容，向法院表明合意，不得僅由代理人表達，以求慎重²⁸。但是本條文遺留下一個重要的問題需要討論：屬於「離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項」以「外」的事項的調解，其效力如何？

舉例而言，父母離婚後「對於未成年子女權利義務之行使負擔」(一般稱「子女監護」)，性質上並非屬於父母得任意處分之事項，因為未成年子女之利益並非從屬於父母之權利客體，1996年民法修正將離婚後子女監護之決定標準改為「子女最佳利益原則」，就是要強調子女之利益獨立於父或母之利益，屬於國家必須加以保護的利益。這不僅是我國國內法的要求，也是聯合國「兒童權利公約」的要求²⁹。這也是為什麼現行民事訴訟法第 572 條之 1 明文規定：即使離婚之訴當事人未附帶請求，法院仍得依職權酌定子女監護，而且即使當事人有附帶請求，法院亦不受當事人聲明事項之拘束；民事訴訟法第 575 條之 1 亦規定：關於離婚後子女監護之事件，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。這些規定在在都表達「子女監護事項並非離婚當事人得任意處分之事項」的精神。

由於子女監護問題是多數離婚調解事件勢必需要處理到的相關事項，但是它並不在前述家事事件法第 30 條規定所列舉之特定事項內，亦不屬於概括之「其他得處分之事項」。因此，倘若調解委員已促成當事人間關於子女監護之合意，該合意應如何記載於調解筆錄中？若記載於調解筆錄中，是否能與確定裁判有同一效力？倘若依據本法第 30 條之明文規定與反面解釋，似無法讓子女監護事項之調解與確定裁判有同一效力。如此則關於子女監護事項之調解究竟應如何處理？

其實一個最根本的問題在於：調解過程中如何能確保子女最佳利益？子女並非調解程序之當事人，其意願及程序參與如何能獲得保障？家事事件法在調解程序一編中，雖於第 24 條明文規定「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」，但是並無其他任何具體保護子女利益之程序或制度要求，與同法第 77 條、106 條、108 條、109 條關

²⁸ 立法院公報，100 卷 88 期，2011 年，頁 108。

²⁹ 可參考鄧學仁，「離婚後子女親權酌定之問題與對策」，月旦法學，191 期，2011 年 4 月，頁 34；施慧玲，「子女最佳利益與離婚後親權行使」，收於氏著，家庭法律社會學論文集，2004 年，頁 223；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，軍法專刊，57 卷 1 期，2011 年 2 月，頁 84。

於家事非訟程序的具體規定相比，調解程序對於未成年子女利益之保護是否較為不周？尤其，跟「調解」同樣屬於由離婚當事人間達成合意的「和解」，亦於家事事件法第 110 條規定必須由法院確認當事人之合意符合子女最佳利益後，才將其合意內容記載於和解筆錄，但是家事事件法關於調解程序的部份，卻沒有任何類似規定。日後關於子女監護事項的調解究竟應如何進行？仍然有待釐清。

家事事件法另一個與現行民事訴訟法不同的規定在於該法第 31 條第 5 項、第 6 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」、「前項陳述或讓步，係就程序標的、事實、證據或其他事項成立書面協議者，如為得處分之事項，當事人應受其拘束。但經兩造同意變更，或因不可歸責於當事人之事由或依其他情形協議顯失公平者，不在此限」。其中第 5 項與現行民事訴訟法第 422 條之規定類似，其立法理由在使當事人於調解程序中能夠暢所欲言，不必擔心其陳述、讓步於將來調解不成立時，會被引為對其不利之裁判基礎，裨助於雙方互相讓步促成調解。但是第 6 項則是現行民事訴訟法所無之規定，其立法理由認為：當事人於調解中所為陳述或讓步，倘係對於本案程序之標的、事實、證據或其他事項以書面達成協議者，若其屬於得處分之事項，則當事人兩造均應受協議之拘束，以利程序進行；惟協議後，兩造同意變更者，自應尊重當事人之意思，從其約定；又因不可歸責於當事人之事由或依其他情形，如仍依原協議續行程序，顯然有失公平，亦無強制當事人續受原協議拘束之理，爰另設本項但書之規定。³⁰

肆、展望與提醒：代結論

我國的調解離婚制度經歷了七十餘年的曲折迂迴，終於進入實體法、程序法皆有明文依據與特別規定的新階段。由於調解可能比訴訟更適合許多家事事件，來處理當事人間複雜糾結的情緒與人際關係，我國法制的此一發展值得肯定、也令人期待。但是另一方面，自從司法院於七年前開始試辦家事調解起，始終有部份爭議或問題存在，仍然值得吾人注意。除了前面曾經提到的調解委員訓練與來源可能不足的問題外，個別法院由於人力、資源或條件上的差異，往往造成不同法院的具體作法及調解成效相距甚大，過去甚至有社工學者嚴厲批評：「原本六

³⁰ 立法院公報，前引註 28，頁 111。

個試辦法院，發展六個模式；十一個試辦，發展十一個模式」³¹。雖然目前的家事調解運作已經比當初論者批評時的狀況成熟許多，但是個別法院的條件與資源不同，例如調解委員聘任資格當中的心理師、社工師、律師……等專業人員，在許多地區事實上人數極為有限，未來勢必各法院的調解委員來源有所不同，進而可能影響到調解實務操作的差異。值得注意。

此外，雖然司法院基於家事事件法第 200 條之授權，政策決定該法與少年及家事法院組織法同時於 2012 年 6 月 1 日起生效施行，然而實際上屆時全國只有高雄成立少年及家事法院，其他各地區仍然是由地方法院家事法庭來審理家事案件。如此一來，家事事件法許多是以少年及家事法院為預設基礎的規定，勢必難以確實運作。例如家事事件法多處提到的「家事調查官」，其屬於少年及家事法院之編制，各地方法院家事法庭並沒有此等人員，因此未來該法規定由家事調查官行使之職務，究竟應如何行使？亦或未來在全國多數地區，相關規定可能形同具文？

最後，同一事件之調解承辦法官，是否應與調解不成立後之本案裁判程序之法官，予以區隔，藉由「審／調分離」來落實家事事件法第 31 條「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」的規定？如果不予以分離，是否能達成該條文希望讓當事人於調解程序中能夠暢所欲言，不必擔心其陳述讓步未來可能對其造成不利的立法目的？如何避免同一法官先前就調解程序的參與，不會影響其後於本案裁判程序的心證？在過去幾年當中，經常有律師及民間團體反應：實務上確實有許多本案裁判程序法官在其裁判書當中引述或參考當事人於調解程序中的陳述或讓步的情形³²。假設司法院因為部份地區法院之法官人力不足，無法做到「審／調分離」，是否至少應該設計一套能夠確保上述規定獲得落實的機制？例如明令禁止法官要求調解委員提供詳細之調解記錄、或是將調解記錄予以密封而不開放調閱？

我國終於將家事調解予以法制化，並且將原本分散之人事訴訟程序、家事非訟程序及家事調解程序合併立法為家事事件法，期能妥適、迅速解決、統合處理

³¹ 嚴祥鸞，「誰可以決定『誰專業／非專業』」，應用心理研究，32 期，2006 年 12 月，頁 69。

³² 可參考「家事事件法草案 民間譙翻」，自由時報，2011 年 10 月 6 日；林昀嫻，前引註 18，頁 13。

家事紛爭及其他相關家事事件，以促進程序經濟，平衡保護關係人之實體利益與程序利益，並促進子女最佳利益及家庭和諧，這確實是我國家事法制的一大進步。然而該法的許多規定將來應如何落實，本文所提到的若干疑難應如何解決，仍然必須就教於各方先進與實務專家，共同集思廣益。