

# 離婚後親權酌定事件中的 子女最佳利益

李立如\*

## 要 目

- |                                       |                                    |
|---------------------------------------|------------------------------------|
| 壹、前 言                                 | 四、手足不分離原則、同性<br>別原則與善意父母原則         |
| 貳、子女最佳利益原則的興起                         | 肆、具體判斷原則與考量事項<br>之中的性別與家庭因素        |
| 一、父權優先原則陰影下的<br>子女利益考量                | 一、母職與性別刻板印象                        |
| 二、子女最佳利益原則的法<br>制化                    | 二、傳統家庭規範下的性別<br>脈絡                 |
| 三、法院功能與任務的轉變                          | 三、共同行使：增進子女利<br>益與擺脫性別因素的兩<br>全之策？ |
| 參、子女親權酌定事件中的判<br>斷標準：子女最佳利益原<br>則的具體化 | 四、子女最佳利益與性別平<br>等原則的交錯             |
| 一、主要照顧者原則與繼續<br>性原則                   | 伍、家庭暴力陰影下的子女最<br>佳利益               |
| 二、尊重子女意願                              |                                    |
| 三、幼年原則                                |                                    |

投稿日期：109年09月01日；接受刊登日期：109年12月03日

\* 中原大學財經法律學系副教授，美國史丹佛大學法學博士（J.S.D.）。作者感謝司法院少年及家事廳對本研究之支持與協助；本文投稿期間，承蒙兩位審稿委員對本文悉心斧正，獲益良多，謹此致謝。中原大學財經法律研究所鄭靖蓉與鄭又華同學協助彙整裁判資料，併此致謝。

- |                      |                    |
|----------------------|--------------------|
| 一、家庭暴力防治法之規定<br>與實踐  | 陸、結語：朝向未來的子女最佳利益原則 |
| 二、家庭暴力脈絡下的子女<br>最佳利益 |                    |

**關鍵字：**子女最佳利益原則、親權酌定裁判、性別平等原則、幼年原則、主要照顧者原則、繼續性原則、子女意願、善意父母、共同行使子女親權、家庭暴力

# 中原財經法學

## 壹、前言

我國關於父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔之規範，自從1996年民法修正之後，以「子女最佳利益原則」作為最高指導原則，迄今已超過二十年。在大法官以釋字第365號解釋宣告修正前民法第1089條之父權優先條款違憲之後，民法親屬編逐漸朝向以保障子女最佳利益與性別平等的方向發展。在此一趨勢下，父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔之規範，也脫離父權優先原則，修正為父母未為協議或協議不成時，法院得依聲請或依職權為子女利益進行酌定。

由於子女最佳利益原則本身相當抽象，即使我國立法者已於民法第1055條之1明列應注意之事項，但仍未對判斷標準有具體指示，而由法院於審理時依個案之一切情狀進行綜合判斷。因此，法院實際上究竟如何適用子女最佳利益原則，以酌定離婚後父母對未成人之權利義務行使負擔？是否得以真正落實子女最佳利益原則之精神？而傳統父權體制架構下的價值與規範是否仍然隱身於抽象的子女最佳利益原則之中，繼續影響著父母子女間之權益？性別與家庭脈絡等因素對於子女最佳利益原則的具體適用又有著何種關係？以上問題不但對未成年子女的福祉有直接重大之影響，也與父母子女間的法律關係與權益保障息息相關，在學術上與實務上都深具研究價值。

本文旨在釐清我國對於父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔的實務發展，探討子女最佳利益原則之具體判斷標準與考量因素的適用，以及傳統家庭規範與性別因素在其中所扮演的角色。因此，本文在第二章說明子女最佳利益原則在我國親屬法發展脈絡下興起的背景以及法院功能的轉變；第三章對我國法院裁判進行實證研究，分析實務上如何將子女最佳利益原則的內涵具

體化；第四章與第五章則進一步分別針對性別、家庭脈絡以及家庭暴力因素如何影響子女最佳利益原則之發展與適用進行探討與反思。在具體判斷原則及考量因素的討論中，除了以我國實務作為分析對象之外，亦參酌引用美國法制在個別議題上理論與實務的發展趨勢及反省，以豐富討論之面向。最後，對父母離婚後子女親權酌定法制的未來發展方向提出建議，以提升充實子女最佳利益原則的內涵與實踐。

## 貳、子女最佳利益原則的興起

傳統親屬法對於未成年子女權利義務行使負擔之規範，乃是以父優先行使為原則，僅在例外情形方對子女利益加以考量；但在親屬法逐漸脫離父權優先原則的發展過程中，子女最佳利益原則成為父母離婚後子女親權行使爭議的規範標準。子女最佳利益原則的興起不僅改變了子女親權裁判的依循方向，也開啟了法院任務的新頁，意味著法院不再僅擔任糾紛仲裁者的角色，更肩負起保護未成年子女權益之責任。

### 一、父權優先原則陰影下的子女利益考量

我國修正前之親屬法對於父母子女權利義務關係的規定，乃以傳統父權體制為依歸。其中不僅規定子女從父姓（舊民法第1059條），亦明定父母對於未成年子女之權利行使意思不一致時，由父行使之（舊民法第1089條）。至於父母離婚後未成年子女之監護，原則上由父任之，但兩願離婚與裁判離婚在例外規定的設計上則有所不同。在兩願離婚的情形，立法者於原則之外設置得雙方另行約定之但書<sup>1</sup>；在裁判離婚時，則除了適用舊民法第

---

<sup>1</sup> 舊民法第1051條雖設有但書「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之。但另有約定者，從其約定。」，惟該但書之設置與父權優先

1051條外，另提供法院在例外時「得為其子女之利益，酌定監護人」<sup>2</sup>。由此可見，在1996年民法修正之前，父母離婚後未成年子女權利義務的行使負擔，原則上均由父任之，母親明顯處於不利的地位，而未成年子女之利益，也僅有在裁判離婚時，得例外地由法院進行考量。

舊民法第1055條特別在裁判離婚的情形下，例外授權法院得以「子女之利益」為標準來酌定監護人<sup>3</sup>。此處所謂「子女利益」之內涵為何，又法院實際上應如何酌定子女之監護？對此，最高法院69年台上字第2597號民事判例指出：「夫妻判決離婚後之子女，原則上固應歸由其父監護，惟依民法第一千零五十五條但書規定，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，尚包括子女之教育、身心之健全發展及培養倫理道德等習性而言。法院應就兩造之職業、經濟狀況、監護能力及其子女之多寡等一切情況，通盤加以考慮」。又依據最高法院17年上字第1105號民事判例：「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」。前述兩個判例對於「子女利益」酌定標準的闡釋，與1996年親屬法修正後所確立之「子女最佳利益」原則，要求法院在裁判時應「依子女之最佳利益，審酌一切情狀」，以及在傳統英美法與我國法隨後也採用之「幼年原則」<sup>4</sup>頗有契合之處。由此觀

---

原則並無妨礙。約定成立與否，決定權仍然屬於父親，立法者僅提供父母在安排未成年子女親權行使時，有些許決策空間與彈性。

<sup>2</sup> 舊民法第1055條參照。

<sup>3</sup> 呂潮澤，離婚後子女監護問題之檢討，臺大法學論叢，第21卷第1期，頁401（1991）。

<sup>4</sup> 最高法院17年上字第1105號民事判例對於未成年子女年齡之認定較所謂「幼年原則」更為嚴格，因此較精確的說法應為「襁褓原則」。另可參照最高法院74年度第1次民事庭決議（三），此決議認為：「夫妻判決離婚後，關於子女之監護，除法院另有酌定或兩

之，雖然修正前之親屬法在傳統父權體制的影響之下，規定父母離婚後未成年子女的監護，原則上由父親任之，但在裁判離婚的脈絡中，實務上透過由法院為子女利益酌定監護人之例外規定的解釋與運作，已經使得子女最佳利益原則以及幼年原則的身影在父權優先原則之下悄然出現。

## 二、子女最佳利益原則的法制化

親屬法雖曾於1985年進行相當幅度之修正，但未能動搖傳統父權體制的基本架構與精神<sup>5</sup>。在女權運動者的持續呼籲、社會條件與思潮的逐漸改變，以及大法官解釋的敦促之下，親屬法終於逐步進行全盤修正，並以性別平等與子女最佳利益原則為發展方向<sup>6</sup>。

1996年修正後的親屬法刪除舊民法第1051條，使得父母離婚後關於未成年子女權利義務行使負擔悉依修正後的民法第1055條，以夫妻自行協議為原則，未為協議或協議不成時，法院得依聲請或依職權酌定之。立法者更於同法增訂第2項到第5項規定，使法院得依請求或依職權，對於父母協議結果不利於子女，或行使負擔權利義務之一方對未成年子女有不利情形者，亦得介入改定之。法院並得為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法，以及酌定未任權利義務行使負擔的父母一方與子女會面交往之方式及期間。更重要的是，為確保子女最佳利益原則之實現，立法者增訂民法第1055條之1，除了要求法院「應依子女之最佳

---

造另有約定者外，由夫任之。夫甲妻乙所生之子丙將滿四歲，已離襁褓，甲乙又無關於子女監護之約定，甲乙離婚後，其所生之子當然由甲監護，無待甲起訴請求，甲起訴請求監護丙，自屬欠缺權利保護要件，不應准許」。

<sup>5</sup> 李立如，〈婚姻家庭與性別平等——親屬法變遷的觀察與反思〉，政大法學評論，第95期，頁177（2007）。

<sup>6</sup> 前揭註，頁186-187。

利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告」之外，更特別提示法院在適用子女最佳利益原則時，應注意以下具體客觀之事由：「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」。自此，在民法的規範體系中，父權優先原則正式退場，子女最佳利益原則成為父母離婚後行使負擔未成年子女權利義務的最高指導原則<sup>7</sup>，法院也成為子女最佳利益原則的維護者與監督者，為父母離婚後未成年子女之利益把關<sup>8</sup>。值得注意的是，舊法中「監護」之用語也改為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，立法理由說明此修正是為了與親屬法第4章之「監護」有所區隔，並且與民法第1089條之用語一致。但此改變的另一層重要意義，應在於強調父母對未成年子女不僅有權利的行使，更有義務與責任的負擔。

### 三、法院功能與任務的轉變

子女最佳利益原則的出現，不僅對於父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔之決定有重大影響，也連帶使得當事人之間的紛爭解決程序，以及法院的功能產生相當的變革。為了符合此類案件的需求與特質，法院需要更富有彈性與效率的程序，一方面避免父母產生激烈對立，另一方面更鼓勵父母為子女未來的穩定成長盡力協調合作，以找出最有利於子女的照顧方案。為因應此

<sup>7</sup> 施慧玲，論我國民法親屬編之修正方向與立法原則——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖，國立中正大學法學集刊，第3期，頁167-168（2000）。

<sup>8</sup> 雷文攻，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，第28卷第3期，頁247-248（1999）。

需要，我國於2012年公布施行的家事事件法，不僅規定對於未成年子女權利義務之行使負擔事件適用非訟程序，而非訴訟程序；又要求此類事件在法院裁判前應先經調解，以鼓勵並強調父母協議與合作的重要性<sup>9</sup>；更設置家事調查官協助法院調查案件事實，以提升法院的功能<sup>10</sup>。另一方面，基於親權酌定事件的特殊性，立法者於1996年修正民法第1055條之1時，特別規定法院「……應依子女最佳利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告……」，俾使法院得到社工專業人員的協助，以獲取必要資訊及專業評估。該制度實施多年來頗有成效，不過，也出現了由於社工人員的訪視報告在各地由不同團體承接執行，而產生經驗與專業知識不一致、訪視報告的格式、內容參考價值不一等問題<sup>11</sup>。有鑑於此，司法院建立「社工訪視調查報告之統一參考指標與格式」，使得社工人員的訪視報告內容與格式得有所依據<sup>12</sup>；而立法者於2013年就本條文進行修正，擴大授權法院除了得以參考社工人員訪視報告或家事調查官調查報告外，並得囑託警察機關、稅捐機關、金融機構、學校及其他有關機關、團體或具有相

<sup>9</sup> 李莉苓、沈瓊桃，家事專辦調解法官之效能——以臺灣臺北地方法院為例／以親權相關事件為焦點，法學叢刊，第63卷第3期，頁83-84（2018）。

<sup>10</sup> 陳致堯，社工與家事調查官制度對離婚後「未成年子女最佳利益」評估之影響，社區發展季刊，第159期，頁409-410（2017）。

<sup>11</sup> 劉宏恩，「子女最佳利益原則」在臺灣法院離婚後子女監護案件中之實踐——法律與社會研究（Law and Society Research）之觀點，軍法專刊，第57卷第1期，頁102（2011）。

<sup>12</sup> 雖然目前各縣市所委託的訪視社工使用的表格不一定完全依循司法院所公布之統一參考格式，不過，訪視評估項目大多相當。實證研究指出對於社工而言，最重要的評估項目為：尊重子女（受監護人）意願、最小變動原則、善意父母、以及扶養（行使親權）的意願。參見黃翠紋、溫翎佑，親權酌定事件中未成年人最佳利益維護之實務困境——從社工員的觀點，亞洲家庭暴力與性侵害期刊，第13卷第1期，頁1-26（2017）。



關專業知識之適當人士就特定事項調查之結果認定之<sup>13</sup>，以協助法院獲得更多事實資訊與專業意見<sup>14</sup>。

前述的法制發展，無不著眼於俾使紛爭迅速圓融的解決以保障未成年子女利益。如此一來，法院在親權酌定事件中的角色已逐漸從責任歸屬的決定者（*fault finder*），轉型為糾紛的管理者（*conflict manager*）<sup>15</sup>。換句話說，親權案件相關程序的目的不再一味對父母過去的行為進行評價，更在於如何協助父母雙方進行協議、尋求共識，擬定一個具有可行性、又可維持父母子女間和諧長久關係的親權行使安排<sup>16</sup>；在面對父母無法形成共識的案件時，則由法院協助擬定一個合乎子女利益、明確可行的親權行使安排。在此一過程中，法院除了協助父母解決相關爭議，對親權行使方式進行必要的調整之外<sup>17</sup>，更得以提供一個資源整合的平台與管道，提升父母對子女以及對彼此所需要的親職與溝通能力，使子女得以繼續在父母的保護教養之下穩定成長<sup>18</sup>。法院功能與任務的轉型與擴大，事實上也反映出子女最佳利益原則的具體內涵以及相關程序的發展方向。

<sup>13</sup> 立法院公報，第102卷第71期（上冊），頁168（2013）。

<sup>14</sup> 2013年除了增訂本條文之第2項之外，尚於第1項增列第6款與第7款，將善意父母條款與各族群之傳統習俗、文化與價值觀列為法院應注意事項。關於善意父母條款之立法與適用，請見本文第參章第四節以下之討論。

<sup>15</sup> See Andrew Schepard, *The Evolving Judicial Role in Child Custody Disputes: From Fault Finder to Conflict Manager to Differential Case Management*, 22 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 395 (2000).

<sup>16</sup> 此一安排在美國實務上常稱之為親職計畫（*parenting plan*）。Please see J. Herbie DiFonzo, *From the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy*, 52 FAM. CT. REV. 213, 228 (2014).

<sup>17</sup> Schepard, *supra* note 15, at 418-423, 426-428.

<sup>18</sup> Jana B. Singer, *Dispute Resolution and the Postdivorce Family: Implications of a Paradigm Shift*, 47 FAM. CT. REV. 363, 364 (2009).

### 參、子女親權酌定事件中的判斷標準： 子女最佳利益原則的具體化

子女最佳利益原則最重要的精神，在於未成年子女權益事項的決定，並非以家庭（為家）或父母之一方（為親）之利益出發，而應以子女利益為審理依據。不過，除此之外，該原則似乎沒有明確具體的內涵<sup>19</sup>，以至於有美國法學者曾評論其形同一個以子女利益為名的空殼（empty vessel），得以承載各式各樣的價值、態度、甚或偏見<sup>20</sup>。有鑑於此，在親屬法修正多年之後，我國法院事實上究竟採用何種具體內涵來落實子女最佳利益？是否具有客觀的標準？而這些標準或具體的內涵是否確實得以維護或促進子女利益？實務的作法有無需要檢討或反省之處？就成為學理上以及實務上的重要議題。為瞭解上述問題，唯有針對法院裁判進行較大規模的整體性分析與探討，始能勾勒出實務上子女最佳利益原則的發展趨勢，解讀其所代表的意義並進行檢討。

為了探討上述問題，本文以106年度全國各地方法院的家事婚姻訴訟監護權歸屬事件為研究對象<sup>21</sup>，將該年度共計1,135件裁

<sup>19</sup> See Robert H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, 39 LAW & CONTEMP. PROBS. 226 (1975).

<sup>20</sup> Katharine T. Bartlett, *Comparing Race and Sex Discrimination in Custody Cases*, 28 HOFSTRA L. REV. 877, 883-884 (2000). See also, Richard A. Warshak, *Parenting by the Clock: The Best-Interest-of-the-Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's "Approximation Rule"*, 41 U. BALT. L. REV. 83 (2011). See Mary Jean Dolan & Daniel J. Hynan, *Fighting Over Bedtime Stories: An Empirical Study of the Risks of Valuing Quantity Over Quality in Child Custody Decisions*, 38 L. & PSYCHOL. REV. 45 (2014).

<sup>21</sup> 106年度全國各地方法院家事婚姻訴訟監護權歸屬事件以及相關抗告、上訴審等案件資料彙整，請參見李立如，離婚後父母對未成年子女親權行使判決之研究：初探子女最佳利益原則與性別平等的交

判排除一造判決、和解、調解、以及收結案在3個月內之案件後<sup>22</sup>，篩選出296件以進行詳細的檢視與分析<sup>23</sup>，前述案件之抗告裁定以及上訴審裁判亦在檢視之列。與過去相關判決研究<sup>24</sup>有所不同的是，本文以單一年度案件作為分析的對象，對案件逐一檢視，在數量的觀察之外，更就性別因素與家庭結構與運作等脈絡所扮演的角色進行探討。雖然就研究案件數量而言並非最大規模，但由於對象涵蓋該年度全體案件，因此就案件類型、內容與數量分布等方面得以有較為整體全面的觀察。前述篩選過程雖使得實際分析案件的數量與比例降低，也因為將一造判決、改定、和解、調解以及程序裁定等類型之裁判排除，因此較難呈現法院在父母離婚後未成年子女親權爭議之中所扮演角色的全貌，使本研究的結果有所限制；不過，另一方面，集中案件類型有助於將

---

錯與落實，司法院委託之專題研究期末報告（2019）。

<sup>22</sup> 由於此類案件有相當比例為一造辯論判決，而於一造辯論判決中被告（父／母）的主張往往無法（或沒有）充分提出，法院也難以對兩者之主張進行仔細的審議與裁判，如此一來，一造辯論判決對於瞭解法院在個案中如何適用子女最佳利益原則之助益可能較為有限，因此，本研究暫不分析一造辯論判決的案件。此外，也有相當數量為程序裁判，法院並未對子女親權的酌定進行實質審查，亦非本文研究焦點；又和解調解成立之案件也較不易觀察法院對子女最佳利益原則的適用。因此，收結案在3個月之內的案件，以及和解調解成立之案件亦加以排除。

<sup>23</sup> 各地方法院案件統計請見附錄一，案件分析項目統計請見附錄二。

<sup>24</sup> 我國學者亦有從不同的研究目的與角度，對於父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔之判決進行實證研究探討。For example, please see Hung-En Liu, *Mother or Father: Who Received Custody? The Best Interests of the Child Standard and Judges' Custody Decisions in Taiwan*, 15 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 185, 195 (2001); Chao-Ju Chen, *The Chorus of Formal Equality: Feminist Custody Law Reform and Fathers' Rights Advocacy in Taiwan*, 28 CAN. J. WOMEN & L. 116, 145, table 5 (2016). 亦可參見黃詩淳、邵軒磊，酌定子女親權之重要因素：以決策樹方法分析相關裁判，臺大法學論叢，第47卷第1期，頁299-344（2018）。

分析聚焦於本文之研究問題，以瞭解子女最佳利益原則在我國子女親權酌定案件中的具體適用情形。

整體而言，在296個分析案件中，有219件為母／妻所提出（約74%），而由父／夫提出者為77件（約26%）；全體案件所涉及之未成年子女共有473人<sup>25</sup>，同一案件之未成年子女人數以1至2人為大宗，達267件，子女之年齡則以12歲以下為多數，共有303人；本文亦發現，多數案件中父母於裁判時已分居一段時間，子女與母同住者有251人，與父同住者有128人。兩造之一曾提出家庭暴力主張者有210件，其中持有保護令者有102件。法院酌定之結果由母單獨行使親權者有305人（約64%），父單獨行使者則有87人（約18%）；酌定由父母共同行使者有76人（約16%），其中法院指定由母為主要照顧者有46人，由父為主要照顧者有27人，未指明主要照顧者則有3人。另外，法院認定有5名未成年子女之父母均不適任，而選定第三人為監護人。由上述案件可以看出，法院將子女最佳利益原則的內涵具體化，以數個重要原則，包括主要照顧者原則、繼續性原則、尊重子女意願、幼年原則、同性別原則、手足不分離原則，以及民法最近一次修正所新增的善意父母條款等<sup>26</sup>，作為父母離婚後子女親權酌定的重要審理依據。不過，法院並非直接將前述原則當作子女最佳利益原則的替代標準，而是根據我國民法第1055條之1的規定，視個案情形採用具體判斷原則或考量因素，進行綜合評估與審酌。因此，本文所分

<sup>25</sup> 由於同一案件中可能有不止一位未成年子女，而法院針對同案件中個別未成年子女之親權歸屬分別進行審酌並非少見，因此，在整理未成年子女親權歸屬裁判時，以人數進行分析統計較為精確。司法院針對地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬的統計中亦以未成年子女的人數（而非案件數）作為統計的單位。參見地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬，司法院統計處，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1267-1.html>（2020/07/28，造訪）。

<sup>26</sup> 立法院公報，前揭註13，頁164-165。

析的裁判中，法院幾乎在所有案件中皆引用兩個以上的具體判斷原則（及／或輔以其他考量因素）來支持其裁判結果符合子女最佳利益。詳細解讀爬梳法院296件裁判（子女共計473人）之後發現，法院所最為倚重的判斷原則依序為主要照顧者原則（260人）、尊重子女意願原則（186人）、繼續性原則（185人）、幼年原則（61人）。另外，法院也常引用手足不分離原則（52人）、同性別原則（33人），以及善意父母原則（19人）等<sup>27</sup>。以下本文將針對上述具體判斷原則的適用情形進行探討。

### 一、主要照顧者原則與繼續性原則

主要照顧者原則與繼續性原則兩者，原為美國法為實現子女最佳利益所發展出的客觀具體判斷標準。主要照顧者（primary caretaker）原則，乃是法院傾向由一直以來擔任主要照顧者（提供未成年子女日常照顧與支持）的父母，在離婚後繼續行使負擔對未成年子女的權利義務，以維護主要照顧者與未成年子女所形成的密切聯繫，使子女在心理與情緒穩定的情形下成長，維護子女利益<sup>28</sup>。此原則以個案的過去客觀事實為依據，不僅避免法院判斷流於主觀，也增加法院判決的一致性與可預測性，鼓勵父母在較為明確的法律制度框架之下進行協議<sup>29</sup>，減少子女承受父母衝突與對簿公堂所產生的壓力與創傷。在美國法上，明尼蘇達州

<sup>27</sup> 需要注意的是，各種原則所適用的事實類型不同，並非所有標準都可以適用於任何案件。例如：幼年原則僅適用在幼年子女，而手足不分離原則僅適用在父母育有數名未成年子女的情形。在此，暫以引用人數的多寡進行排列，而每一個原則適用的具體情形如何，將於個別原則討論時分別詳述之。

<sup>28</sup> 「心理上父母」的學理論述，對美國實務發展產生相當大的影響，參見JOSEPH GOLDSTEIN ET AL., *BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD* 31-35 (New ed. 1979).

<sup>29</sup> See Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 *YALE L.J.* 950 (1979).

法院就曾經普遍適用該原則，作為判斷子女最佳利益的標準<sup>30</sup>。同樣強調維持子女穩定現狀的另一個具體標準為繼續性原則（past caretaking），該原則係由美國法學者Elizabeth Scott率先提出<sup>31</sup>，美國法協會（American Law Institute）亦在其2002年提出的家庭解消之法律原則（the Principle of the Law and Family Dissolution）中支持倡導<sup>32</sup>。與主要照顧者原則不同的是，繼續性原則並不要求法院必須在父母間決定一位主要照顧者，而是強調父母於離婚後大致維持原來的分工模式來照顧未成年子女，使其得以在熟悉穩定的環境下成長。因此，繼續性原則在美國法上又被稱為近似原狀原則（approximate rule）<sup>33</sup>，意指離婚後的父母分工應盡量與原來（離婚前）狀態近似為原則。相較於主要照顧者原則，繼續性原則的優點在於其較能夠因應父母角色與親子關係多元化的趨勢<sup>34</sup>，減少子女於父母離婚之後，所受到的環境適應與心理衝擊，亦有利於子女的身心穩定成長。且該原則是基於過去的照顧模式，因此有利於父母自行協調達成共識，減少對立與訴訟，更有助於增進子女利益<sup>35</sup>。

<sup>30</sup> Pelase see *Pikula v. Pikula*, 374 N.W.2d 705, 713 (1985). 此外，西維吉尼亞州（West Virginia）法院也曾採用此原則。See *Garska v. McCoy*, 278 S.E.2d. 357, 363 (W.Va. 1981).

<sup>31</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS §2.08(1) (2002).

<sup>32</sup> 該原則經由美國法協會的倡導之後，西維吉尼亞州將之立法採用，作為子女最佳利益的主要原則。VA. CODE §48-9-206(a) (2009).

<sup>33</sup> See Elizabeth S. Scott, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, 80 CALIF. L. REV. 615 (1992).

<sup>34</sup> *Id.* at 636-637.

<sup>35</sup> *Id.* But see Richard A. Warshak, *The Approximation Rule Survey: The American Law Institute's Proposed Reform Misses the Target*, 5 S. B. TEX. SECT. 22 (2011) (finding that only 25% of the respondents, family law lawyers and child evaluators, to the Approximation Rule Survey believe that the approximation rule would have reduced strategic

在我國子女親權酌定實務上，上述兩個原則已經成為我國法院酌定父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔之歸屬時，最主要的判斷標準<sup>36</sup>。主要照顧者與繼續性原則兩者皆重視子女過去所受之照顧經驗<sup>37</sup>，因此雖然內涵仍有差異，但本文發現我國法院對此二者同時引用或交互使用的情形所在多有<sup>38</sup>，因此在分析時將此兩原則之適用情形合併觀察。在本文所分析的473名未成年子女親權酌定案件中，引用主要照顧者（260人）或／與繼續性原則（185人）作為親權歸屬考量依據者有330人（比例將近70%）。值得注意的是，絕大多數的父母在訴請離婚時多已分居，此時子女的居住狀況與過去的照顧模式可能有所差異，也可能影響法院對於主要照顧者的判斷。由於未成年子女自幼主要由母親照顧，在父母分居之後又繼續與母同住的情形相當多<sup>39</sup>，因此，法院適用主要照顧者原則／繼續性原則的結果亦以酌定由母單獨行使負擔子女權利義務者占大多數（330人中有216人，超過65%），若加上酌定由父母共同行使而以母為主要照顧者的案件（32人）則超過75%<sup>40</sup>。較有疑義者，是在法院審理時夫妻／父

---

behavior during negotiation in their last case that proceeded to trial).

- <sup>36</sup> 劉宏恩，離婚後子女監護案件「子女最佳利益原則」的再檢視——試評析二〇一三年十二月修正之民法第一〇五五條之一規定，月旦法學雜誌，第234期，頁198（2014）。
- <sup>37</sup> 參見鄧學仁，離婚後子女親權酌定之問題與對策，月旦法學雜誌，第191期，頁34-44（2011）。
- <sup>38</sup> 實務上除了主要照顧者或繼續性原則之外，也有使用「最小變動原則」、「維持現狀原則」或「照護之繼續性原則」等用語來表達近似的內涵與判斷標準，本文亦將之與繼續性原則案件歸為同一類進行討論。
- <sup>39</sup> 在330位未成年子女中，除了與父母同住、由父母輪流照顧或其他情形者（例如社會局安置、住校等）外，與母親或母方之家人同住的子女，有206人，而與父親或父方之家人同住者，有90人。
- <sup>40</sup> 父單獨行使親權者為62人、共同行使而以父為主要照顧者為17人，而由父母以外之人任監護人者有3人。

母早已分居一段時間，而產生子女主要照顧者在父母分居前後不為同一人（或照顧模式在分居前後有所不同）的情形時，法院如何認定子女之主要照顧者（或照顧模式）？本文發現，法院此時並非僅以照顧子女的時間長短或先後順序來認定，而是輔以親子間所生的依附關係或子女意願等其他考量因素來進行綜合判斷<sup>41</sup>。即使在分居前，一方為子女之主要照顧者，但若分居後子女與他方同住之照顧情形並無不妥，親子間也形成正向之依附關係（或子女表達願意繼續與之同住）時，法院往往即認定目前與子女同住之父／母為主要照顧者<sup>42</sup>。在少數案件中，亦有分居前的主要照顧者雖未與子女同住，但法院基於尊重子女意願<sup>43</sup>，或其他考量因素，而認定未同住之父母為主要照顧者<sup>44</sup>。

<sup>41</sup> 臺灣新竹地方法院105年度婚字第180號民事判決參照（子女3歲，分居前由母親負主要照顧之責，父親下班後或假日亦協助照顧，母離家後，子女由父及父之家人照顧約一年。法院認為父親與子女依附關係緊密，且為主要照顧者，酌定由父單獨任親權人）。

<sup>42</sup> 臺灣彰化地方法院105年度婚字第269號民事判決（母因受家庭暴力而離家，離家前為三名子女之主要照顧者。母離家後，目前子女與父及其家人同住約一年。法院認定目前父及其家人為子女之主要照顧者，暨尊重三名子女之意願，酌定由父單獨行使親權）；臺灣屏東地方法院106年度婚字第41號民事判決（子女出生後主要照顧者為母，但分居後由父擔任主要照顧者，法院認為父條件較佳，且母於分居後並未積極探視子女，因而酌定由父單獨行使親權）；臺灣澎湖地方法院105年度婚字第24號民事判決（母離家後父為子女之主要照顧者，且子女均表明與父同住之意願，故法院酌定由父單獨行使親權），又本案經上訴之後和解，三名子女均由父單獨行使親權，臺灣高等法院高雄分院107年度家上字第7號（和解筆錄）參照。

<sup>43</sup> 臺灣新北地方法院105年度婚字第745號民事判決（母離家前為兩名子女之主要照顧者，父母分居之後子女與父同住，父為主要照顧者，長女表明希望與母同住之意願）。

<sup>44</sup> 臺灣新北地方法院105年度婚字第518號民事判決（子女在6個月大之前皆由母為主要照顧，目前與父同住2個月，法院肯定母親過去



另一方面，繼續性原則在我國的適用上著重維持子女到目前為止的照顧模式，包括照顧者與環境等等，此與美國法所強調繼續維持父母育兒分工模式的重點略有差異。此外，在我國家庭生活的脈絡下，親屬之間的聯繫仍相當緊密，未成年子女的照顧圖像中不僅僅有父母兩人的身影，往往還有雙方各自的家人，尤其是祖父母或甚至父母的兄弟姐妹等家人參與其中<sup>45</sup>。此時法院也多半藉由繼續性原則的適用肯定祖父母等家人之貢獻，將親權酌定給該方父母以維持子女照顧的現狀<sup>46</sup>。雖然子女的既有照顧模式與法院判決結果息息相關，不過，法院對於主要照顧者或繼續性原則的認定，並非僵化或制式的僅以子女「目前」的照顧模式（或與誰同住）為唯一的考量，假若父母一方在訴訟前將子女擅自帶走或強奪，意欲營造對自己有利之照顧模式，法院不但不會認定該父母為主要照顧者，更可能認定其行為不符合子女利

---

對該子女的照顧，並引用幼年從母原則，認定母為主要照顧者）；臺灣南投地方法院104年度婚字第116號民事判決（兩名子女分別為14歲及10歲，自幼均由母照顧。母因不堪同居之虐待而攜次子離家。目前長子與父同住，法院認為母較能照顧子女生理及心理需求，並陪伴子女渡過青春期，因此肯認母親主要照顧者之地位）。

<sup>45</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第158號民事裁定（二名子女自幼均由祖父母任主要照顧者，父母分居後子女仍由祖父母照顧，雖因法院暫時處分而使子女與母同住，但子女們仍明確表達願與父親及祖父母同住）；臺灣新北地方法院105年度婚字第870號民事裁定（法院認為未成年子女自幼由外祖母任主要照顧者，已形成緊密之依附關係，因之參酌主要照顧者原則、繼續性維持原則，酌定由母負主要照顧之責）。

<sup>46</sup> 法院認為子女們如驟然離開熟悉住居所及（外）祖父母，對於穩定成長發展較為不利，維持原本的照顧方式，對於子女之影響應較微小。請參見臺灣士林地方法院105年度婚字第11號民事判決、臺灣新北地方法院106年度婚字第140號民事裁定、臺灣臺南地方法院105年度婚字第335號民事判決、臺灣臺東地方法院106年度婚字第32號民事判決。

益<sup>47</sup>。此外，法院也重視父母對子女照顧是否有親身參與，在父母將子女全然交由祖父母或是家人照顧，自己卻未同住照顧，或事實上該父母無力親自照顧子女的情形下，法院也可能將親權酌定給他方<sup>48</sup>或甚至選定目前的主要照顧者（父母以外之親屬）為子女之監護人<sup>49</sup>。

## 二、尊重子女意願

依據聯合國兒童權利公約的規定第12條之規定，兒童的表意權應受到保障，並且「……應特別給予兒童在對自己有影響之司法及行政程序中，能夠依照國家法律之程序規定，由其本人直接或透過代表或適當之組織，表達意見之機會」<sup>50</sup>。在父母離婚後

<sup>47</sup> 參見臺灣新竹地方法院105年度婚字第268號民事判決（三名子女過去主要由母親在娘家照顧，週末或父休假時再同住於新竹以經營共同生活。離婚訴訟前，父逕自將三名子女帶到彰化由祖父母照顧。法院認定子女在遷居彰化前之主要照顧者為母親，將子女的親權酌定由母親單獨任之。又本案法院雖然並未提及善意父母條款，但對於父逕自將子女帶往彰化與祖父母同住（而父在新竹居住及工作）子女因此產生忠誠矛盾一事，亦有進行考量）。本案被告（父）嗣後對暫時處分提出抗告而當庭和解，臺灣新竹地方法院106年度家聲抗字第2號（和解筆錄）參照。又被告不服前述判決中對於最年幼子女之親權酌定而提起上訴，但之後撤回，臺灣高等法院106年度家上字第327號民事裁定參照。

<sup>48</sup> 臺灣高雄少年及家事法院105年度婚字第437號民事判決（子女與父之姐姐一家同住，法院綜合考量之後將子女親權酌定由母單獨行使）；臺灣彰化地方法院104年度婚字第215號民事判決（子女目前與母及外祖父母同住，母長期患有精神疾病，不具有獨立的親職教養能力，又外祖父母阻礙子女與父的會面交往，並非善意，法院將子女親權酌定由父行使）。

<sup>49</sup> 臺灣南投地方法院105年度婚字第55號民事判決（兩造均因身心障礙不適任子女之親權人，目前法院選定目前與子女同住之二伯為監護人）。

<sup>50</sup> Article 12 of the Convention on the Rights of the Child provides “1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or

未成年子女親權行使酌定的案件中，我國立法者不僅在民法第1055條之1第2款中要求法院應特別注意子女的意願及人格發展之需要，更於家事事件法第108條中明訂：「法院就前條事件及其他親子非訟事件為裁定前，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會；必要時，得請兒童及少年心理或其他專業人士協助」。可見尊重子女意見以及子女表達意見的權利已經成為國際上與我國法上落實子女最佳利益的重要途徑之一。

在本文所分析的未成年子女親權酌定案件中，引用尊重子女意願作為判斷基礎者有186人（39%），引用的比例僅次於主要照顧者原則，可見對於未成年子女表達意願之權利不僅在立法層面受到重視，在法院裁判實務也同樣受到尊重，已成為子女最佳利益原則的重要內涵。未成年子女的意願大多透過社工人員的訪視報告呈現，僅有少數案件有子女到庭表明意願<sup>51</sup>。據本文觀察，明確表達自己與父母之一方同住之意願的未成年子女，大多在10歲以上；但即使是未滿10歲的未成年人，若其明確表達意願，法院也予以尊重並作為親權酌定的考量依據<sup>52</sup>。子女意願不僅在父

---

her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child. 2. For this purpose the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.”

<sup>51</sup> 臺灣士林地方法院104年度婚字第68號民事判決參照（本案三名子女為13歲、10歲、8歲，於法院審理時均到庭表示願與母同住）；臺灣新北地方法院105年度婚字第745號民事判決（本案有兩名子女，13歲長女於法院審理時到庭明確表達願與母同住）。

<sup>52</sup> 但也有未滿10歲的未成年子女向前來訪視的社工人員表達意願，年齡最小的為6歲與4歲的兄弟，在社工人員訪談時主動提及未來要與

母分居時成為判斷主要照顧者的重要依據，也可能因為未成年子女手足間的意願不一，而成為手足不分離原則的例外<sup>53</sup>，甚至於在父母有家暴行為而受到不利推定時，子女意願也可能使法院願意酌定親權予該父母<sup>54</sup>。

### 三、幼年原則

我國於1996年親屬法修正之後，以子女最佳利益原則作為法院酌定父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔的判斷標準，父母性別不再為決定性因素。雖然民法第1055條之1中並未強調考量父母的性別，但在認為幼年子女對母親照顧有特殊需求的觀念之下，幼年原則亦成為我國實務上所肯認的重要判斷標準之一<sup>55</sup>。有學者曾針對1998年到2000年的法院裁判進行研究，發現其所分析的判決樣本中有四分之一的法院採用幼年原則，判定由母親單獨行使負擔年幼子女的權利義務<sup>56</sup>。另有學者研究2000年到2013年的判決，認為幼年原則的影響力有逐漸下滑的趨勢，但仍有相當重要性<sup>57</sup>。

母同住之意願，此意願也得到法院的尊重，參見臺灣新北地方法院106年度婚字第20號民事判決。

<sup>53</sup> 臺灣士林地方法院106年度婚字第110號民事判決（本案有二名子女，14歲長女於法院審理時表明願與母同住，而13歲長子則表明希望與父同住）。

<sup>54</sup> 臺灣基隆地方法院105年度婚字第129號民事判決（二名子女分別為15歲、13歲，法院原依家庭暴力防治法第43條之規定，推定由父行使親權不利於子女，應酌定親權行使由母任之，然於訪視報告中，長子希望與父同住，法院具體考量子女之意願等一切情狀後，酌定長子之親權行使由父任之，次子之親權行使由母任之）。

<sup>55</sup> 亦有法院援引民法第1055條之1第1項第1款應特別注意子女年齡的規定，以作為幼兒從母原則的依據，臺灣臺中地方法院105年度家親聲字第5號民事裁定參照。

<sup>56</sup> Liu, *supra* note 24, at 185, 195.

<sup>57</sup> Chen, *supra* note 24.

在本文所分析的裁判中，法院以幼年原則作為判斷依據的案件共有45件，影響所及之未成年子女有61人。本文觀察，法院雖未言明幼年原則之適用範圍，但適用此原則時，子女年齡多為6歲以下（52人）<sup>58</sup>。也由於幼年原則的適用有子女年齡的限制，因此討論幼年原則適用的比例時應以0到6歲的幼年子女人數來觀察較為精確。本文所分析案件涉及的473位子女中，6歲以下的子女共有171人，而法院在裁判中引用幼年原則作為判斷依據，且子女為6歲以下者有52人（比例大約為30%）。值得注意的是，在其他6歲以下子女案件中，即使最後法院酌定由母親單獨行使負擔子女之權利義務，但並未引用或論及幼年原則的亦所在多有。由此可見，即使在涉及幼年子女的案件中，法院並未將幼年原則作為普遍適用的原則，母親也不一定受到有利推定。

採用幼年（從母）原則的主要依據在於認為子女年幼時較需要母親的照顧，因此父母離婚後若無法共同照顧未成年子女，則由母親來負責照顧較為符合子女最佳利益原則。法院一旦適用幼年原則，最後大多酌定子女親權由母單獨任之（56人），亦有少數酌定由父母共同任之，而以母為主要照顧者（5人）。此外，法院幾乎不單獨引用幼年原則<sup>59</sup>，而多與主要照顧者原則與繼續性原則同時出現<sup>60</sup>，此時幼年原則往往處於補充地位：在母親為主

<sup>58</sup> 其他有將近10%的情形為子女6到10歲（8人），超過10歲者有1人（13歲）。而這些少數案件中，有5件（6人）的父母尚有其他6歲以下子女，因法院援用「手足同親原則」（或「手足不分離原則」），而使這些6歲以上的子女也同樣酌定由母親行使親權；涉及6到10歲的獨生子女而適用幼年原則者則更為少見（3人）。

<sup>59</sup> 本研究所檢視的296件案件中，難以看出法院引用幼年原則之外的其他原則，可能的唯一例外為臺灣臺南地方法院106年度婚字第49號民事判決。不過，該判決經上訴後，離婚判決被廢棄，而有關子女親權的行使等請求也因此失所附麗（臺灣高等法院臺南分院106年度家上字第70號民事判決參照）。

<sup>60</sup> 法院引用幼年原則時同時引用主要照顧者原則者為（61名子女之中

要照顧者或目前與子女同住的情形下，法院固然有同時引用主要照顧者原則以及幼年原則的作法，但也有對幼年原則略而不提的情形<sup>61</sup>；而法院在母親目前並未與子女同住的情形中，也有引用法院幼年原則作為輔助因素認定母親為主要照顧者、或藉以強化其他考量因素（例如父不適任<sup>62</sup>或母有較佳的支持系統<sup>63</sup>）以作為判斷依據。由上述分析可知，在絕大部分的案件中，幼年原則主要扮演者為補充或輔助強化之角色，此適用方式與過去英美法在幼年原則盛行時期，將幼年原則作為對母有利之推定依據（或至少為優先適用）的情形有相當大的差異。即使如此，幼年原則在我國實務上（尤其在母親目前未與年幼子女同住的情形）仍具有一定之影響力。

---

的) 46人。例如：臺灣士林地方法院105年度婚字第284號民事裁定（未成年子女4歲）、臺灣苗栗地方法院105年度婚字第174號民事民事判決（未成年子女未滿3歲）；同時引用繼續性原則者（61名子女之中的）為38人。例如：臺灣桃園地方法院106年度婚字第11號民事判決（未成年子女1歲多）、臺灣臺中地方法院105年度婚字第6號民事判決（子女現年3歲）。

- <sup>61</sup> 臺灣臺北地方法院105年度婚字第183號民事判決（本案子女5歲，法院援引主要照顧者原則，酌定由母單獨行使親權）。
- <sup>62</sup> 例如：臺灣新北地方法院105年度婚字第713號民事裁定（父有家暴事實適用家庭暴力防治法第43條之不利推定）；臺灣新北地方法院106年度婚字第101號民事裁定（父非善意父母）；臺灣臺中地方法院106年度婚字第345號民事判決（目前子女由祖父母照顧中，父親病重無力照顧子女）；臺灣新北地方法院106年度婚字第20號民事判決參照（父無經濟能力照顧子女而將子女送派出所由社會局安置）；臺灣臺南地方法院105年度婚字第371號民事判決參照（子女在父母經調解分居前由母親與祖母照料，分居後子女由父母輪流照顧，但父有酗酒惡習，不適宜教養子女）。
- <sup>63</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第101號民事裁定（子女由保母24小時照顧，週末則由父母輪流帶回照顧。法院引用幼年原則為主要依據，並推定由母親照顧符合子女最佳利益，亦指出母之支持系統較有優勢）。

#### 四、手足不分離原則、同性別原則與善意父母原則

除了上述原則之外，我國法院在判斷子女最佳利益原則常用的具體標準尚有手足不分離原則、同性別原則以及善意父母原則。從裁判結果來看，在父母育有2人以上子女（146件）的案件中，絕大多數裁判皆由同一人行使全體子女之親權，亦即維持手足不分離，此結果與絕大多數案件中全體子女目前即由父母一方照顧有直接關係。在法院明文引用手足不分離原則者（52人）時，該原則往往基於補充地位；而在子女目前由父母分別照顧，或基於子女意願等少數情形下，法院往往傾向維持子女照顧模式或尊重子女意願，手足不分離原則也似乎就被略而不提<sup>64</sup>。

同性別原則的地位與前述手足不分離原則相似，亦僅扮演補充性角色。法院引用同性別原則為判斷依據者有33人。同性別原則強調子女由性別相同父母照顧的優點，尤其是對於子女「成長及青春期所面臨之生理、心理問題」，由與之同性別父母協助處理較為適宜<sup>65</sup>，因此符合子女最佳利益原則。同性別原則亦並非法院優先或普遍考量的原則，其往往作為主要照顧者原則／繼續性原則及幼年原則的補充、甚至於是附帶一提的原則。有趣的是，引用該原則的案件絕大部分由母親單獨行使親權，或父母共同行使親權而由母親擔任主要照顧者，僅有非常少數的案件（3

<sup>64</sup> 臺灣士林地方法院105年度婚字第82號民事判決（長子10歲到庭明確表達與父同住之意願，次子8歲到庭明確表達希望與母共同生活，法院認為子女均有相當程度能自由表達個人意願，其意願當予以尊重）；臺灣士林地方法院105年度婚字第244號民事判決（長子19歲於法院審理時陳明與父親同住，長女10歲則表示願與母同住，法院認子女應具有事理判斷表達意見之充足能力，應尊重其等之意願）。

<sup>65</sup> 例如，臺灣士林地方法院105年度婚字第210號民事判決（未成年子女為女童，日後成長及青春期所面臨之生理、心理問題，由同為女性之母協助處理較為適宜）。

人) 法院引用同性別原則之後酌定由父行使親權<sup>66</sup>。如此的差異是否意味同性別原則在適用上較為重視女性子女成長的需求? 或者僅是法院在眾多案件進行具體判斷之下所生的巧合? 有待進一步的討論與研究。

我國民法第1055條之1於2013年進行修正, 於子女最佳利益原則的注意事項中, 增列第1項第6款之規定: 「父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為」。此一規定又被稱為「善意父母條款」。增列該款規定的立法理由在於避免父母出於私心, 或對於法院適用繼續性原則可能所生之誤會, 而作出搶奪子女等不友善行為損及子女利益<sup>67</sup>; 亦有積極鼓勵父母互相協力, 在離婚之後仍然尊重他方得以行使親權負擔義務, 成為合作式父母以促進子女利益的意旨<sup>68</sup>。本文觀察, 法院裁判所引用的訪視報告多曾對於父母是否善意進行評估, 也曾有當事人指控他方的非善意行為<sup>69</sup>; 但法院最後明確以善意父母條款作為親權歸屬判斷依據者, 似乎仍不多見。裁判中引用善意父母條款作為依據的案件有15件, 所涉及的未成年子女有19人。此類裁判

<sup>66</sup> 臺灣士林地方法院106年度婚字第110號民事判決(兩名13、14歲的未成年子女(一男一女)目前皆與父親同住, 法院尊重子女意願, 並引用同性別原則, 將兩名子女分別由同性別之父母單獨行使親權); 臺灣士林地方法院106年度婚字第166號民事判決(子女目前與父同住, 法院認為母行使親權的意願不強烈, 亦引用繼續性原則與同性別原則); 臺灣士林地方法院106年度婚字第178號民事判決(子女自幼與父及其家人同住, 法院亦認為父可提供較優之居住環境, 因而引用繼續性原則與同性別原則)。

<sup>67</sup> 參見施慧玲、紀冠伶, 離婚訴訟「先搶先贏」的實務經驗敘事分析——兼論幼年子女最佳利益的司法裁量基準, 法令月刊, 第69卷第8期, 頁75-102(2018)。

<sup>68</sup> 參見鄧學仁, 善意父母原則於離婚親權酌定之運用, 月旦法學雜誌, 第265期, 頁110-119(2017)。

<sup>69</sup> 臺灣新北地方法院105年度婚字第429號民事判決、臺灣臺中地方法院105年度婚字第107號民事判決參照。



又有兩種類型：其一為認定父母一方非為善意，其二強調父母之一方較為友善。前者之非善意行為包括：將子女擅自帶出國而未返回<sup>70</sup>（或一段長時間之後才返國<sup>71</sup>）、對子女進行離間行為<sup>72</sup>、以及在探視後拒絕讓另一方父母將子女帶回<sup>73</sup>等。而後者情形則包括父母對他方（及家人）的探視與互動不設限<sup>74</sup>；也有法院認定父母雙方雖均有非善意行為，但相較之下一方對子女與他方互動較為友善，因此作為酌定該父母單獨行使親權的因素之一者<sup>75</sup>。

由此可見，目前法院認定較為明確顯著的非善意行為態樣，主要為父母向子女灌輸對他方父母的敵意、嫌惡、或其他不當觀念等離間行為，使子女陷於忠誠衝突與情感認知的扭曲。其次則為父母一方擅自將子女帶出國而不願返回，嚴重妨礙他方父母行使親權。若父母之一方有上述兩種情形之一，法院即傾向認定該方父母非善意而不適任，因之酌定由他方單獨行使負擔對子女之

70 臺灣臺北地方法院106年度婚字第231號民事判決（母攜幼子離境，於言詞辯論終結前仍未返國）。

71 臺灣苗栗地方法院105年度婚字第174號民事判決（母親將子女留置在越南使父親無法行使親權）。

72 臺灣新北地方法院105年度婚字第713號民事裁定（父親有離間行為，未能善盡友善父母之原則）；臺灣桃園地方法院105年度婚字第470號民事判決（父親有不當灌輸次女仇視母親之觀念，導致其對母親、姐姐等家人印象扭曲）參照。

73 臺灣臺南地方法院106年度婚字第306號民事判決（父親以未成年子女罹患眼疾及母親無能力照顧為由，拒絕讓母親帶回子女）。

74 臺灣新竹地方法院105年度婚字第195號民事判決、臺灣新北地方法院105年度婚字第429號民事判決參照。

75 臺灣新北地方法院106年度婚字第517號民事判決（父母雙方皆不太友善，但父禁止子女與母接觸，母相對較為友善）；臺灣桃園地方法院106年度婚字第11號民事判決（兩造皆非友善，但父親利用會面交往的時間故意製造爭端，不友善之情形較為嚴重）。

權利義務<sup>76</sup>。不過，其他類型的非善意行為，尤其是妨礙未同住之父母對子女的會面交往，或是關於爭奪子女的行為（包括將子女擅自帶離原來住處，或拒絕將子女交給主要照顧之父母等），似乎較少成為法院酌定親權行使的依據<sup>77</sup>。

## 肆、具體判斷原則與考量事項之中的性別與家庭因素

從子女親權事件的法律發展歷程來看，性別可謂是影響離婚後未成年子女親權行使決定最深刻的因素之一：舊民法所遵循的父權優先原則即是以父母的性別來決定離婚後子女親權的歸屬。即使在親屬法改以子女最佳利益原則作為子女親權酌定之依據後，性別因素也仍然直接或間接的影響了法院對於子女最佳利益的判斷。因此，值得進一步探究的是：性別因素究竟在子女親權酌定案件中扮演何種角色？子女最佳利益原則是否仍然受制於傳統家庭價值與性別規範脈絡？又性別因素的牽絆對於子女最佳利益原則的發展有何影響？

### 一、母職與性別刻板印象

父權優先原則從親屬法規範中退場之後，立法者不僅規範父

---

<sup>76</sup> 例外為臺灣苗栗地方法院105年度婚字第174號民事判決（越南籍母親曾於子女出生後擅自帶回越南逾一年，使父親無法行使親權，顯然非為善意父母。法院考量該年幼子女不懂中文，由父照顧也有困難，因此酌定由父母共同行使親權，並由母為主要照顧者。但關於重大事項之決定：如戶籍、學籍之變更、非緊急之侵入性醫療等，應由兩造共同決定。子女成年前之出境，應由父陪同或經父同意，始得為之）。

<sup>77</sup> 臺灣臺南地方法院106年度婚字第306號民事判決（父母原協議由母照顧週一到週五，週六日由父照顧，但父將子女帶去看病之後，即拒絕依協議將子女交給母親）。

母平等行使親權之地位，更要求法院在親權酌定案件中應以子女利益為依歸。不過，看似性別中立的子女最佳利益原則，卻似乎仍然難以與傳統父權體制所建構的性別刻板印象脫勾，性別因素仍然深刻影響著子女親權酌定的考量與判斷，其中最為顯著者即為「幼年原則」的適用。幼年原則雖然並非目前最常被法院引用的判斷標準，但歷史卻最為悠久，甚至早於子女最佳利益原則興起之前就已有適用。如前所述，我國法院在適用舊民法第1055條但書規定時，即曾肯認幼年原則（或襁褓原則）。另一方面，在美國法的發展上，幼年原則（*tender years doctrine*）更曾為法院在父母離婚後未成年子女親權案件中普遍適用的原則。美國法院在19世紀揚棄普通法父權優先的傳統後，轉而強調母職的特殊性，認為父母離婚之後，理應由實際在家照顧撫育幼年子女的母親行使親權方為妥適，因此，除非母親有顯不適任的情形，否則美國法院即傾向在父母離婚後，將幼年子女之權利義務交由母親行使負擔<sup>78</sup>。不過，到了1960年代晚期，性別平權議題在美國社會受到相當重視，此一顯然「歧視」男性，且深化母職刻板印象的判定標準即受到多方的質疑<sup>79</sup>，甚至有違反憲法性別平等原則之疑慮。在此背景之下，不拘泥於父母親的性別，而著眼於子女利益的子女最佳利益原則（*Best Interests of the Child, BIC*）逐漸的取代幼年原則，而成為父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔的判定標準<sup>80</sup>。不過，有研究發現，在傳統性別分工與刻板印象的影響之下，許多法官仍然相信幼年（從母）原則符合子女最

<sup>78</sup> Raymon Zapata, *Child Custody in Texas and the Best Interest Standard: In the Best Interest of Whom?*, 6 SCHOLAR 197, 200-201 (2003).

<sup>79</sup> See DiFonzo, *supra* note 16, at 214-216.

<sup>80</sup> 關於美國法上幼年原則發展之興衰，請參見李立如，論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔：美國法上子女最佳利益原則的發展與努力方向，歐美研究，第40卷第3期，頁783-785（2010）。

佳利益，也因此幼年原則的精神並沒有消失，轉而成為子女最佳利益原則的具體內涵，繼續在實務上發揮作用<sup>81</sup>。為了避免此種情況發生，如今即有美國之立法者明文要求法院在酌定父母離婚後子女權利義務行使負擔時，不得以父母之性別、性別認同或性傾向作為子女最佳利益之考量依據<sup>82</sup>。

反觀我國，在適用子女最佳利益原則時，法院仍然常引用幼年原則：在判決中強調幼兒在生理及心理上與母親具有極親密之天性相屬關係<sup>83</sup>；或認為女性獨特的人格特質，使其較為瞭解年幼子女在生活上的需要，更能促進親子間互動溝通，對未成年子女的人格形成較為有利<sup>84</sup>，因嬰幼兒於成長過程中，對於母親之需求較父親為迫切<sup>85</sup>；或認為母親通常比父親較能對幼兒提供更好的看護與關懷<sup>86</sup>，而判斷由母親行使親權較合乎未成年子女之最佳利益。但問題在於，上述論述並非法院在審理個別案件時就父子女互動事實所為之觀察或發現，而是基於傳統性別刻板印象對於母職的認知或期待所為的推定<sup>87</sup>。如此一來，幼年原則的

<sup>81</sup> See Julie E. Artis, *Judging the Best Interests of the Child: Judge's Accounts of the Tender Years Doctrine*, 38 LAW & SOC'Y REV. 769 (2004).

<sup>82</sup> CAL. FAM. CODE §3040(c): "The court shall not consider the sex, gender identity, gender expression, or sexual orientation of a parent, ... in determining the best interest of the child ...".

<sup>83</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第101號民事裁定參照。

<sup>84</sup> 臺灣嘉義地方法院105年度婚字第241號民事判決參照。

<sup>85</sup> 臺灣南投地方法院106年度婚字第27號民事判決、臺灣彰化地方法院105年度婚字第239號民事判決參照。

<sup>86</sup> 臺灣新北地方法院104年度婚字第897號民事裁定參照。

<sup>87</sup> 在心理學理論上，有所謂「心理上的父母」（psychological parents）的理論，強調兒童與心理上父母的穩定聯繫與持續的關係，以維護並促進兒童心理健全發展。但此「心理上的父母」並沒有限定父母的性別，甚至也不必然為子女的生理上父母。See GOLDSTEIN ET AL., *supra* note 28. 於1970年代早期，除了心理上父母

適用不啻以父母性別作為判斷之關鍵因素，而忽略了維護個別案件中子女利益的責任。如同美國法發展經驗所示，幼年原則的盛行不僅使得子女親權酌定依據在父權優先原則退場後，又再次落入性別刻板印象的窠臼，而有違反憲法性別平等的疑慮；更如同女性法學者Martha Fineman所指出，在缺乏法律相關配套措施之下，幼年原則的普遍適用造成當年無數單親媽媽必須獨力扶養年幼子女，而無奈落入貧困境地，結果不但無益於子女利益或性別平等，更衍生出種種社會與法律問題<sup>88</sup>。

---

的理論之外，另外尚有John Bowlby等人所發展的所謂attachment theory（依附理論），強調應維持幼兒對主要照顧者的依附關係，也影響了美國法對「主要照顧者」（primary caretaker）原則的重視。雖然該理論在早期強調幼兒（infants and toddlers）與母親（或主要照顧者）的親密或依附關係；不過，近期的實證研究（empirical researches）結果顯示，對於單一主要照顧者（或母親角色）的論點無法得到足夠證實與支持。因此，晚近的研究已經朝向two-parent model及cooperative parenting model修正，強調子女於幼年時期與父母雙方（或甚至其他對幼兒關愛支持之人）分別建立依附或多元的緊密聯繫關係，有助於子女未來心理成長與發展。Please see Pamela S. Ludolph & Milfred D. Dale, *Attachment in Child Custody: An Additive Factor, Not a Determinative One*, 46 FAM. L.Q. 1 (2012).

<sup>88</sup> See MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES* (1995). 我國學者對此也有類似的疑慮，請參見劉宏恩，夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定——從英美法實務看我國民法親屬編新規定之適用，軍法專刊，第43卷第12期，頁29（1997）。值得注意的是，在美國法脈絡之下的單親母親家庭所面臨的經濟困境，主要來自於父親並未善盡其扶養子女之責，使得母親必須獨力扶養子女所致。在本研究所分析的296件裁判中，法院有酌定扶養費者共計158件；於法院引用幼年從母原則的45件（61人）裁判中，有酌定扶養費者則有34件（49人），可見法院有酌定扶養費之案件並非少數。不過，單親家庭的經濟壓力是否因此緩解，仍須視扶養費酌定之後的執行情形而定，惟本文之研究討論範圍不及於此，有待日後進一步研究。

除了幼年原則之外，另一個強調父母子女性別的具體標準為「同性別原則」。同性別原則認為子女於「日後成長及青春期的可能面臨生理及心理的問題」，故由與子女性別相同之父母照顧處理應較為適宜<sup>89</sup>，因而符合子女最佳利益原則。其與幼年原則不同的是，該原則必須同時考量父母與子女之性別。雖然目前在我國實務上幼年原則或同性別原則僅扮演補充性角色，並非普遍或優先適用，但兩者皆特別強調父母的性別對於幼年子女（或同性別子女）的親權行使具有特別的優勢（相對而言對他方即有劣勢），而此優劣之分不但難以有足夠的普遍事實基礎加以支持，且往往奠基於傳統性別刻板印象或對於母職的想像與要求，不但可能又使法院陷入性別議題爭議的泥淖而難以符合性別平等原則，更可能使得子女利益的考量失焦，無法針對個案中具體事實，尤其是父母子女間之互動關係與子女的需求，加以審酌判斷，因而無法落實子女最佳利益的精神。有鑑於此，子女之性別是否仍有必要列於民法第1055條之1的特別注意事項中，實有檢討之必要。

## 二、傳統家庭規範下的性別脈絡

在父母離婚後子女酌定親權案件所依據的具體判斷原則中，除了前述幼年原則以及同性別原則兩者有強調父母與子女之性別以外，其他原則多以子女與父母以及其他家人間的互動關係與照顧模式作為判斷的依據。這些原則雖然表面上與性別無涉，但在

<sup>89</sup> 臺灣士林地方法院105年度婚字第210號民事判決（子女為女童，日後成長及青春期的所面臨之生理、心理問題，由同為女性之母協助處理較為適宜）；臺灣高雄少年及家事法院106年度婚字第364號民事判決（基於子女為女性，即將邁入青春期的，同為女性之母在日後成長過程中應較父能給予更適切之身體與心理關懷照料）；臺灣士林地方法院106年度婚字第178號民事判決（未成年子女為男童，日後成長及青春期的所面臨之生理、心理問題，由同為男性之父協助處理較為適宜）。

性別分工、親職的傳統觀念，以及從夫居等家庭觀念或社會規範的影響之下，仍可發現有濃厚的性別意涵承載在其中。

目前實務上最常被法院引用的「主要照顧者原則」以及「繼續性原則」，是以子女過去到現在的照顧模式為依據作為判斷子女利益的具體化標準，其以個案經驗事實為依據，相當客觀明確，並不拘泥於父母子女之性別。不過，在傳統家庭規範，尤其是性別分工觀念的影響之下，母親（無論是否在職場工作）往往被期待必須負擔對子女的主要照顧責任，通常在現實上也成為未成年子女的主要照顧者，而在離婚後子女親權爭議中較可能獲得優勢。如前述裁判分析結果所述，也發現引用主要照顧者或繼續性原則的裁判大部分都有利於母親（65%以上），且此類裁判由妻／母起訴之比例將近75%<sup>90</sup>。不過，如此一來似乎又有深化或鼓勵傳統性別分工之嫌，也無法脫離性別因素的牽制<sup>91</sup>。另一方面，我國婚姻制度有妻從夫居之傳統，舊民法第1002條亦如此規範，雖然該規定受到大法官宣告違憲而修正，但受到該社會規範與運作慣習影響所及，仍有許多夫妻以夫之住所為生活中心，或與夫的家人（尤其是父母）同住。從本文所檢視的裁判中可以發現，在妻從夫居的情形下，婚姻出現困難而分居時，往往是妻（自願或被迫）離家。此時即使過去妻／母為子女之主要照顧者，但若妻離家後未成年子女仍留在夫家由夫／父或祖父母照顧，且該照顧情形並無不利子女，則法院認定夫／父（或同住之

<sup>90</sup> 法院引用主要照顧者或／與繼續性原則的330名子女中，而由妻／母起訴的子女有248名，比例高達75%。值得注意的是，在本文所研究的全數裁判（共296件）中，由妻／母起訴之案件多達219件，比例為73.9%。

<sup>91</sup> Elizabeth S. Scott & Robert E. Emery, *Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 69, 80-84 (2014).

祖父母)為主要照顧者,或認為繼續目前的照顧模式符合子女利益的案件所在多有<sup>92</sup>。相較之下,離家後的妻/母往往由於工作、收入與居住環境不穩定<sup>93</sup>、(家庭)支持系統較弱<sup>94</sup>、或離家後與子女的關係較為疏離<sup>95</sup>等考量,而在子女利益原則的衡量上處於劣勢。上述法院的判斷考量皆基於個案客觀事實,看似與性別因素無涉,但事實上妻/母離家時是否將子女留在夫/父家中,往往與女性的社經地位及原生家庭之支持態度有直接關聯:在女性在職場上的相對弱勢<sup>96</sup>(尤其是全職家庭主婦進入職場、或因為結婚或育兒離開職場後再重新進入職場),以及原生家庭對出嫁女兒消極或無力支持的考量之下<sup>97</sup>,母親離家卻留下子女的行為可能並非其所願;而離家母親與子女的互動關係是否得以維持,雖然與母親對行使子女親權態度積極與否有關,但往往也取決於夫家對分居的妻子前來探視子女是否持友善態度。因此,即使主要照顧者與繼續性原則的適用乃是基於個案中子女照顧模

<sup>92</sup> 臺灣士林地方法院105年度婚字第11號民事判決、臺灣士林地方法院106年度婚字第161號民事判決、臺灣士林地方法院106年度婚字第178號民事判決、臺灣新北地方法院105年度婚字第434號民事裁定等。

<sup>93</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第140號民事裁定(母無固定工作及收入)、臺灣桃園地方法院105年度婚字第754號民事判決(母現今經濟狀況及住所顯無法善盡照顧未成年子女之責),與臺灣臺中地方法院106年度婚字第250號民事判決(母在外租屋,尚難以充作二名子女長期適當之住所)等。

<sup>94</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第234號民事裁定(父之支持系統較具高度意願,且子女與外祖父母之互動不若父之親屬親密)。

<sup>95</sup> 臺灣士林地方法院106年度婚字第178號民事判決(母離家後與子女少有互動,關係疏離)。

<sup>96</sup> 張晉芬,勞動法律的身分限制及改革:一個人權觀點的檢視,台灣社會研究季刊,第102期,頁97-108(2016)。

<sup>97</sup> 彭淑華,婆家?娘家?何處是我家?女性單親家長的家庭支持系統分析,社會政策與社會工作學刊,第9卷第2期,頁225-249(2005)。



式的具體事實經驗，乍看之下似與性別因素無關，但個案中育兒模式的形成與轉折中所呈現的客觀事實、當事人的選擇或合意的作成，卻處處可見傳統家庭規範與性別秩序刻鑿的痕跡<sup>98</sup>。

在前述父母子女關係等客觀事實之外，父母行使意願的主觀因素也可能受到性別脈絡的影響。依據民法第1055條之1第4款的規定，父母行使親權之意願為法院應特別注意的事項。本文分析之裁判顯示，法院在73人（全數為473人）子女親權酌定判斷中，考量父母親權行使之意願，而酌定由行使意願較為強烈的一方行使親權。進一步探討可以發現，母親行使親權意願較低者，多與其經濟情況不穩定、支持系統薄弱，因之無力負擔有關<sup>99</sup>；而父行使意願薄弱的原因則較為多樣<sup>100</sup>。因此，雖然行使親權意願可以反映出父母對撫育子女的主觀態度，但仍與各自所具備的背景條件息息相關，有鑑於許多女性在家庭與職場中仍屬於弱

<sup>98</sup> 關於中性化或去性別化的法律規範與性別平等間的關係，請參見陳昭如，還是不平等——婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業，女學學誌：婦女與性別研究，第33期，頁119-170（2013）；李立如，前揭註5，頁175-227。

<sup>99</sup> 臺灣新北地方法院105年度婚字第326號民事判決（母因經濟問題，自陳沒有能力獨立照顧子女）；臺灣新北地方法院106年度婚字第98號民事判決（母考量工作時間及經濟能力，同意由父單獨行使子女親權）；臺灣苗栗地方法院105年度婚字第172號民事判決（母依賴父，經濟收入及照顧子女的意願度皆較父低）；臺灣臺中地方法院105年度婚字第539號民事判決（母因經濟及支持系統較不佳，同意由父任親權人）等。

<sup>100</sup> 父行使親權意願較薄弱之原因除了工作與居所不穩定（臺灣臺東地方法院105年度婚字第81號民事判決）、工時長（臺灣臺中地方法院105年度婚字第348號民事判決）之外，尚包括：子女（疑）非父所生（臺灣苗栗地方法院105年度婚字第138號民事判決、臺灣南投地方法院106年度婚字第27號民事判決）、父已經有其他伴侶（臺灣嘉義地方法院105年度婚字第226號民事判決）或入監服刑（臺灣雲林地方法院105年度婚字第214號民事判決）等。

勢，其對行使親權表現出的消極態度，很可能的是在考量自身經濟能力與支持不足等情況，以子女利益為念的妥協與知難而退。

在未成年子女親權酌定案件中，法院採用主要照顧者以及繼續性原則，並考量父母與子女雙方意願，以個案父母子女互動經驗為依據進行判斷，方向上值得肯定<sup>101</sup>。不過，若僅就該客觀事實的結果面或當事人當時主觀意願等現狀進行考量，則不僅可能忽略前述傳統性別秩序與家庭結構所生（尤其對於妻／母）的限制並深化傳統家庭性別規範，更可能因此無法洞察父母子女關係的實際面貌，甚或衍生父母以不當行為形成對自己有利的育兒現狀<sup>102</sup>，而難以作成符合子女最佳利益之酌定。因此，在法院審酌的過程中，除考察子女照顧現狀之外，也應對子女照顧的過去與歷程<sup>103</sup>，乃至於照顧期間所發生的變動等過程加以釐清<sup>104</sup>，如此有助法院在酌定子女親權以及探視與扶養費相關決定之時，不至於落入性別規範結構的陷阱，而得以對於父母子女互動脈絡、父母分別面臨的困難與限制、甚至其對於法律規範可能的誤解等等有深入瞭解與全面掌握，以作成符合子女最佳利益的判斷。

### 三、共同行使：增進子女利益與擺脫性別因素的兩全之策？

近年來，美國法實務上關於父母離婚之後未成年子女的權利義務行使負擔，已經漸漸由父母一方單獨行使，朝向積極鼓勵父

---

<sup>101</sup> See Katherine T. Bartlett, *Prioritizing Past Caretaking in Child-Custody Decisionmaking*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 29 (2014).

<sup>102</sup> 施慧玲、紀冠伶，前揭註67，頁80。

<sup>103</sup> 鄧學仁，前揭註68，頁113-114。

<sup>104</sup> 臺灣新竹地方法院105年度婚字第268號民事判決（法院認為訪視報告雖表述未成年子女「現在」受有良好照顧，但對其等「過去」之照顧情形所載與實情不符而難認可採）。

母共同行使負擔子女親權的方向發展<sup>105</sup>。從1980年代開始，幼年從母原則以及單獨行使親權原則就受到性別平等思潮的挑戰。美國社會在父親權利運動（fathers' rights movement）<sup>106</sup>大力鼓吹、家庭法制中性化，以及心理學主流理論的支持之下，共同行使子女親權（joint custody）或親職分擔（shared parenting）已儼然成為一個落實子女最佳利益原則的新方向，也成為各界激烈論戰的焦點。在此風潮的帶領下，共同行使親權在我國也引發相當的重視與討論，有學者認為此作法利於維持子女與父母雙方之聯繫，符合子女最佳利益，因而值得鼓勵<sup>107</sup>；但也有其他學者對共同行使親權在大部分案件中是否可行，尤其是否能夠增進子女利益，提出質疑<sup>108</sup>。所謂共同行使負擔親權或親職分擔，包括法律上（包括對子女的健康、教育、宗教、福利等等決定）的共同行使負擔（legal custody/ legal decision-making），以及身心上（日常身心的撫育照顧）的共同行使負擔（physical custody/ parenting time）<sup>109</sup>兩種類型。因此，此一概念包含父母共同分擔親職的諸多可能性：從父母雙方各自負擔子女身心照顧的一半時間，到父母於法律上共同行使負擔子女的權利義務，但子女的身心照顧仍由父母一方負責等等皆屬之。

<sup>105</sup> Linda D. Elrod & Milfred D. Dale, *Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance*, 42 FAM. L.Q. 381, 397-401 (2008).

<sup>106</sup> See generally Nancy E. Dowd, *Rethinking Fatherhood*, 48 FLA. L. REV. 523 (1996).

<sup>107</sup> 鄧學仁，前揭註68，頁114。

<sup>108</sup> 劉宏恩，前揭註36，頁201-202；施懷閔，夫妻離婚後未成年子女權利義務之共同行使或負擔——臺灣臺北地方法院99年度監字第191號裁定之評析，司法新聲，第98期，頁63-64（2011）。

<sup>109</sup> Marsha Kline Pruett & J. Herbie DiFonzo, *Closing the Gap: Research, Policy, Practice, and Shared Parenting*, 52 FAM. CT. REV. 152, 153-154 (2014).

我國法本就允許父母離婚後以協議決定單獨或共同行使負擔對未成年子女的權利義務，由內政部統計資料觀察，於106年有將近21%的父母協議採行共同行使親權<sup>110</sup>；而法院酌定由父母共同行使的比例，近年來則有略為上升的趨勢<sup>111</sup>。本研究分析的案件中，法院酌定由父母共同行使親權的子女共有76人（比例約為全數之16%），其中由父任主要照顧者有27人，由母任主要照顧者有46人，未指明主要照顧者有3人。此類案件特色在於父母對彼此的敵意較低，例如雖然父母一方提起離婚訴訟，但以調解或和解離婚收場<sup>112</sup>；或父母雙方（向法院、訪視社工、家事調查官或程序監理人）表達同意或不排斥兩造共同行使子女親權<sup>113</sup>；或在程序監理人的協調之下展現出合作父母的心態與行動<sup>114</sup>。也有法院從父母雙方對於子女會面交往的時間與方式能夠自行協議，

<sup>110</sup> 父母離婚子女監護權，內政部統計處（性別統計專區），<https://www.moi.gov.tw/stat/node.aspx?sn=6826&Page=2>（2019/06/18，最後更新日）。108年則約有23%的父母協議共同行使親權，比例略有上升。此資料來源係內政部依據未成年子女權利義務行使負擔登記申請書編製之，惟未成年子女親權並非強制登記，因此該登記資料雖值得參考，但可能僅呈現部分事實，應予敘明。

<sup>111</sup> 由司法院統計資料觀之，地方法院關於離婚事件附帶子女親權歸屬，酌定子女由父母共同行使的人數，於104年度1,690名子女中，有91人（5%），到108年度1,318名子女中，有154人（11%），比例亦逐年上升，惟應特別注意，本文之裁判研究，有扣除一造判決等，故子女基數較小，父母共同行使親權之比例相對而言較高。參見地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬，前揭註25。

<sup>112</sup> 臺灣新北地方法院105年度婚字第471號民事裁定、臺灣新北地方法院105年度婚字第683號民事裁定參照。

<sup>113</sup> 臺灣桃園地方法院105年度婚字第591號民事判決、臺灣臺中地方法院105年度婚字第583號民事判決參照。

<sup>114</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第88號民事裁定（本件在程序監理人的協調下，雙方能逐漸就子女事項進行理性溝通，並就如何成為友善合作之父母付諸行動，法院因而酌定父母共同行使親權，母任主要照顧者）。

或能依照法院調解或暫時處分的約定或規定配合實行，並且均能夠與子女保持穩定正向關係，而認為雙方有可能發展成合作父母，因此酌定共同行使親權符合子女利益<sup>115</sup>。此外，亦可發現目前法院酌定共同行使親權的具體意涵多屬於法律上的共同行使，對子女的日常身心教養則指定由一方擔任主要照顧者行使。原則上法院指定由目前與子女同住的父母為主要照顧者，並指明父母在決策事項如何分工<sup>116</sup>；法院大多具體列舉於主要照顧者單獨決定的事項，主要包括子女的住居所、教育（或指明就學、學區、才藝學習）、財產事項<sup>117</sup>、一般醫療照護事項、請領各項補助、在金融機構之開戶相關事宜、全民健康保險（眷保）與商業保險事宜等<sup>118</sup>。但也有列舉出兩造共同決定事項，例如：出養、移民、訂（結）婚<sup>119</sup>，或重大醫療行為（手術、住院）、就讀學校、出入境、移民<sup>120</sup>，而其餘由主要照顧者單獨決定者；更有指示主要照顧者單獨決定之事項，且應於決定後通知（或指定於3

<sup>115</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第234號民事裁定（本件母願意與父共同行使親權，父雖希望單獨行使親權，但仍積極促進子女與母會面交往，故法院酌定兩造共同行使親權，父任主要照顧者）；臺灣臺中地方法院104年度婚字第793號民事判決（父母分居前由兩造共同照顧子女，且法院對會面交往為協調之後，兩造得以依照約定執行，即使兩造仍有不滿情緒，但是並非客觀上不能共同行使親權之理由。法院酌定由父母共同行使親權，由母任主要照顧者）；臺灣桃園地方法院105年度婚字第326號民事判決（分居之兩造對子女事務溝通順遂，自主協調配合，為合作友善父母，法院酌定父母共同行使親權，由父任主要照顧者）。

<sup>116</sup> 亦有並未指定單獨決定事項者（臺灣臺東地方法院106年度婚字第32號民事判決參照）。

<sup>117</sup> 臺灣新北地方法院106年度婚字第234號民事裁定參照。

<sup>118</sup> 臺灣臺中地方法院106年度婚字第250號民事判決參照。

<sup>119</sup> 臺灣新北地方法院104年度婚字第913號民事判決參照。

<sup>120</sup> 臺灣彰化地方法院106年度婚字第15號民事判決參照。

日內)<sup>121</sup>他方者<sup>122</sup>。

值得注意的是，目前美國實務上發展的方向，並非法律上的共同行使，而是更進一步朝向由父母雙方共同負擔子女身心照顧，分享實際的親職照顧時間<sup>123</sup>。支持者認為，如此能夠以調解與協商的結果取代訴訟結果的勝敗，父母間不再是零和的緊張關係<sup>124</sup>。在單獨行使親權的架構下，法院藉由維繫子女與主要照顧者的親密聯繫，來盡量減低未成年子女所受到的變動與衝擊，以確保子女利益；而在鼓勵父母分擔親職的原則下，子女最佳利益的實現重點則轉為確保未來子女與父母雙方均有實質緊密的聯繫<sup>125</sup>。換句話說，法院考量的重點從父母子女關係的「過去」轉移到「未來」，亦即法院所重視的是未來父母承擔執行親職分擔計畫的能力以及對子女的影響，而不再強調子女過去照顧經驗或

<sup>121</sup> 臺灣臺中地方法院105年度婚字第748號民事判決參照。

<sup>122</sup> 臺灣桃園地方法院105年度婚字第591號民事判決參照。

<sup>123</sup> 以內華達州（Nevada）為例，州最高法院認為所謂父母親職分擔（共同行使親權）的意義，是任一方父母至少負擔40%（或每年146天）的身心照顧時間。See *Rivero v. Rivero*, 216 P.3d 213, 219 (Nev. 2009). 而猶他州（Utah）則直接立法規定任一方父母至少負擔30%的照顧時間，並依照子女年齡的不同而針對親職照顧時間加以規範。UTAH CODE ANN. §30-3-10.1.

<sup>124</sup> Jana B. Singer, *Bargaining in the Shadow of the Best-Interests Standard: The Close Connection Between Substance and Process in Resolving Divorce-Related Parenting Disputes*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 177, 182-186 (2014).

<sup>125</sup> 例如，愛荷華州（Iowa）立法者要求法院在進行父母離婚或分居後子女親權之酌定時，必須確保子女與父母雙方均維持最大程度的相處機會，並鼓勵父母與他方共同行使負擔子女親權，除非此酌定將導致子女或父母之一方受到直接或實質的傷害。IOWA CODE ANN. § 598.41 (West). See also, Linda Nielsen, *Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children?*, 28 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 79 (2015).

模式的延續<sup>126</sup>。既然過去子女照顧經驗與父母分工情形不再成為法院考量的焦點，前述各種具體標準或考量因素的重要性也大大降低，不但子女親權酌定爭議可以擺脫家務分工或性別刻板印象等性別因素的牽制，又能確保未來子女與父母均有最大限度的實質親密聯繫，看來似乎兩全其美。不過，一旦將（法律上或身心上的）共同行使親權作為一種普遍或優先適用的原則，而忽略個案中父母與子女互動的客觀事實或條件背景，則又可能出現抽象原則之價值凌駕個別子女需求與利益的問題，而有本末倒置之嫌。共同親權行使是否適用於個案的關鍵，在於父母是否能夠以子女利益為念，相互協調合作，分擔親職責任或與時間。假若父母無法保持基本的友善合作關係，則共同行使親權的結果可能是無盡的爭執、相互為難或訴訟。僅有在父母子女均同意此一安排、雙方均具有協調友善合作之態度與能力，願意互相配合共同行使親權的前提之下，法律上甚至身心上的共同行使／親職分擔安排方為符合子女最佳利益的選擇<sup>127</sup>。否則，共同行使親權的結果可能使得夾在父母之間的子女未蒙其利，先受其害，反而與子女最佳利益背道而馳。

<sup>126</sup> 不過，西維吉尼亞州（West Virginia）在共同行使原則下仍然堅持ALI所建議的繼續性原則（approximation approach）有所適用，亦即在父母共同行使親權的情形下，法院還是可以依照過去父母對子女照顧的分工與時間，來決定離婚後父母雙方如何分擔對子女的照顧等權利義務。W.VA. CODE §48-9-206 (a) (1-8).

<sup>127</sup> 例如，紐約州法院曾認為由父母共同行使負擔子女親權的作法，僅在父母雙方均能友善成熟面對彼此的情形下，始能作為一個雙方自願遵守的替代原則。當父母間已有敵意，相互指控的情形下，法院若酌定共同行使子女親權只會增加紛亂。請參見 *Braiman v. Braiman*, 378 N.E.2d 1019, 1021 (N.Y. 1978). 此外，美國加州州法規定在父母有共識之下採取共同行使親權原則始符合子女利益。Please see CAL. FAM. CODE §§3002, 3080 (West 1993).

#### 四、子女最佳利益與性別平等原則的交錯

如前所述，子女最佳利益原則的興起不僅與性別平等原則的發展脈絡息息相關，其實際適用上也難以跳脫家庭結構及性別脈絡。值得思考的問題是，究竟在子女最佳利益原則的實踐中，性別平等原則扮演何種角色？落實子女最佳利益原則的同時是否應該（或能夠）兼顧性別平等的保障？

從子女最佳利益原則的興起與發展歷程來看，此原則的核心在於法院就個別案件的背景與條件，審酌與子女親權行使相關的一切情狀，依照個案子女最佳利益進行裁判，避免子女利益在其他（包括父母）的利益或考量下被犧牲。傳統父權優先原則與子女最佳利益原則的扞格之處，即在於為了延續傳統父權家庭體制，僅以父母性別作為抽象判斷原則，而忽略子女利益；如今幼年原則或同性別原則以父母子女性別作為判斷標準，也面臨同樣的問題：個別子女的需求與利益可能被性別刻板印象或對母職的抽象期待所凌駕或忽略，而無法符合子女最佳利益的基本要求。父母共同行使親權原則之適用，若僅是僵化的以促進性別形式平等為名，而並非就個案父母的互動與子女利益進行審酌之後所為的決定，亦可能有倒果為因的疑慮。另一方面，性別平等原則除了確保父母在法律地位上一律平等之外，更要求在婚姻與家庭關係等事務上消除性別歧視<sup>128</sup>。如此一來，在子女親權酌定個案中，性別平等原則的適用不僅強調促進父母地位之實質平等，尤

---

<sup>128</sup> 請參見消除對婦女一切形式歧視公約(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW). Article 16: “1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations ...”. 聯合國大會於1979年通過CEDAW，我國於2007年頒布加入書，並且立法院於2011年通過「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。



其保障母／妻之權益免於受到父權體制的箝制，更在於確保子女利益不至於被性別因素或性別刻板印象所掩蓋或架空。具體而言，在性別平等原則與子女最佳利益原則的交錯適用之下，個案之中父母的條件、選擇、及其與子女之互動關係等主客觀事實將在性別與家庭的脈絡下真實的呈現，有助於法院不拘泥於傳統性別秩序與父權家庭體制的窠臼，於審酌時將焦點確實置於個案之子女利益之上，進行客觀全盤的考量與評估，並協助強化父母的親職能力與條件，以落實子女最佳利益原則的精神<sup>129</sup>。因此，本文認為，子女最佳利益原則與性別平等原則兩者在子女親權酌定案件中，不僅有密切關聯，且得以相互成就，強化其實踐的力道。

## 伍、家庭暴力陰影下的子女最佳利益

在父母離婚後未成年子女親權行使案件中，家庭暴力一直被認為是一個重要但困難的問題。一來，家庭暴力往往不易證實，除非事證明確，否則法院就難以判斷；其次，家庭暴力行為成因複雜，型態不一，不僅可能與家庭結構中權力失衡或宰制有關，甚至在離婚後也可能持續發生，因此究竟家庭暴力行為對子女利益之影響為何？如何評價？以及此因素應在子女親權酌定程序中

---

<sup>129</sup> CEDAW第16條在要求各會員國應採取一切措施，消除有關婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視之餘，也特別強調「但在任何情形下，均應以子女的利益為重」。Article 16: “1. States Parties shall take all appropriate measures to ... and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women: (d) The same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; in all cases the interests of the children shall be paramount ...”.

扮演何種角色？等問題成為各界關注討論的焦點<sup>130</sup>。

## 一、家庭暴力防治法之規定與實踐

雖然家庭暴力並非我國民法第1055條之1所列考量因素之一，不過，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。」實務上對於家庭暴力加害人所為不利推定之規定適用情形如何？又與前述具體判斷原則有何種關係？值得探討。在本文所分析的案件中，法院以父母一方有家庭暴力行為作為親權歸屬判斷的依據者有36件（涉及58名未成年子女），最後法院酌定由他方單獨行使者有55人（53人由母單獨行使，2人由父單獨行使）。不過，即使法院將家庭暴力的事實作為親權酌定的考量因素，也不必然引用家庭暴力防治法第43條對加害人為不利推定，前述36件之中僅有19件（涉及24名子女）明文引用該規定。法院在考量家庭暴力或引用家庭暴力防治法進行不利推定時，通常也同時引用主要照顧者原則／繼續性原則、子女意願或善意父母原則來強化支持法院的決定。此外，家庭暴力因素往往成為法院認為不宜酌定父母共同行使親權之重要理由<sup>131</sup>。

<sup>130</sup> See Nancy Ver Steegh, *Differentiating Types of Domestic Violence: Implications for Child Custody*, 65 LA. L. REV. 1379, 1387 (2005).

<sup>131</sup> 臺灣新北地方法院105年度婚字第116號民事裁定、臺灣苗栗地方法院105年度婚字第162號民事判決、臺灣雲林地方法院105年度婚字第166號判決、臺灣花蓮地方法院104年度婚字第94號民事判決等參照。但亦有例外：參見臺灣新北地方法院104年度婚字第429號民事判決（父有家庭暴力行為，法院酌定由兩造共同行使親權，決定主要照顧者時始引用家暴法而指定由母親任主要照顧者），本案經上訴，臺灣高等法院作成106年度家上字第75號民事判決（高院維持共同行使親權之決定，也維持由母負主要照顧之責，有關子女之住居所、教育、醫療、財產之事項由原告（母）單獨決定；其餘事項

本文所分析的296件婚姻訴訟監護權歸屬案件中，兩造之一曾主張對造有家暴行為者多達210件，持有保護令者亦有108件，但最後法院將家庭暴力列為子女親權行使事件判斷依據者，僅有36件，其中有33件之原告為妻／母（其持有通常保護令者有31人）<sup>132</sup>，2件有暫時保護令。法院在何種情形下會在子女親權酌定時認定並考量家庭暴力因素，似乎難以捉摸。事實上，家庭暴力除了本身得作為法院考量或不利推定的依據之外，也會影響前述親權酌定具體判斷原則的適用。例如，雖然主要照顧者原則強調維持子女與照顧者的緊密關係，但在子女主要照顧者不堪家庭暴力傷害而隻身離家的情形下，可能被迫失去子女主要照顧者的地位<sup>133</sup>；家庭暴力的受害父母也可能因為不願與加害者接觸，而顯示出不友善的態度，甚至因此出現對探視子女不積極，或親權行使意願低落的種種表現而無法得到法院的正面評價<sup>134</sup>。上述家庭暴力問題所生的影響，尚未得到法院的重視，而離婚訴訟中所論及的家庭暴力問題在子女親權酌定案件中應如何評價與適用，又在何種情形下應引用家庭暴力防治法第43條的不利推定，目前

由兩造共同決定。由於父為土耳其籍人士，家人均在土耳其，兩造關於未成年子女出國問題有激烈爭執。高院認為綜合考量未成年子女之最佳利益，仍應適當限制未成年子女出境，因此在主文增列「除經他造事前同意外，未成年子女非由兩造共同陪同，不得出境」）。

<sup>132</sup> 也有妻／母所持保護令之對象並非夫／父，而是（與之同居）的夫之妹（臺灣新北地方法院106年度婚字第517號民事判決參照）。

<sup>133</sup> 臺灣彰化地方法院105年度婚字第269號民事判決參照（本案判准離婚事由為民法第1052條第1項第3款不堪同居之虐待，但法院在酌定子女親權行使時，並未論及父之家暴行為）。

<sup>134</sup> 臺灣士林地方法院106年度婚字第166號民事判決（本案母主張父對其有精神及肢體暴力，故母於起訴時原聲明請求由父擔任子女親權人，理由謂：「擔心若取得子女監護權，父會不斷以孩子為藉口，繼續騷擾」。因而法院認定母行使親權意願非強烈，且子女與父同住，母子關係疏離）。

實務上也似乎尚無客觀一致的標準，仍有待釐清<sup>135</sup>。

有鑑於婚姻暴力的態樣不止一端<sup>136</sup>，不同類型的暴力行為不僅在成因、程度以及繼續發生的危險性方面有所不同，與子女虐待之間的關聯也程度不一<sup>137</sup>，因此裁判離婚與子女親權酌定的考量因素無法一概而論，而子女最佳利益原則的精神也強調盡量不將子女酌定親權裁判當作婚姻爭議的延長賽，避免父母相互指責，將子女權益作為談判籌碼。不過，家庭暴力所帶來的傷害，往往不僅止於直接受到暴力傷害者，尤其近年來「目睹家庭暴力兒童」（一般多簡稱為「目睹兒」）的保護受到社會各界所重視。目睹家庭暴力兒童即使沒有直接受到家庭暴力加害人的不當對待，但不管是在現場或緊鄰現場而目睹暴力行為之發生、甚至於事後目睹或觀察到親人所受的驚嚇、傷痕或痛苦，都可能對於未成年子女造成傷害與長期負面影響<sup>138</sup>。因此，無論家庭暴力的直接對象為何者，該暴力行為（或行為模式）是否對未成年子女造成傷害，對子女利益關係實在重大，有賴法院審慎評估認定。本文認為，除了家庭暴力防治法的規定之外，應考慮將家庭暴力列入民法第1055條之1的重要考量因素中進行評估，以確保子女的身心安全與福祉。

<sup>135</sup> 陳竹上、黃有志，壞先生是否也是壞爸爸？：家庭暴力防治法第四十三條之理論與實證分析，高雄師大學報：教育與社會科學類，第36期，頁82-83（2014）。

<sup>136</sup> 參見彭南元，法院審理涉及家庭暴力離婚事件之最新發展趨勢——臺灣經驗，刑事法雜誌，第54卷第5期，頁61-87（2010）。

<sup>137</sup> 參見沈瓊桃，婚暴併兒虐發生率之初探——以南投縣為例，中華心理衛生學刊，第19卷第4期，頁331-363（2006）。

<sup>138</sup> 參見童伊迪、沈瓊桃，婚姻暴力目睹兒童之因應探討，臺大社會工作學刊，第11期，頁129-164（2005）。

## 二、家庭暴力脈絡下的子女最佳利益

父母一方因家庭暴力受到家庭暴力防治法第43條之不利推定時，該推定在何種條件下得以推翻？我國家暴法並未規範，但依照最高法院104年度台抗字第503號民事裁定所示，法院得以斟酌具體事證為反證加以推翻<sup>139</sup>。又依據最高法院104年度台簡抗字第78號民事裁定與104年度台抗字第192號民事裁定可知，只要是法院在親權事件加以審酌的具體資料：包括不起訴處分書、訪視報告、調解協議、以及相關案件事實等，都可以作為具體推翻該不利推定的事證。在本文分析的案件中，一旦法院具體考量父母一方之家庭暴力行為，則幾乎未曾再進一步論述其他具體事證是否足以推翻該不利推定<sup>140</sup>。少數的例外，則是法院基於尊重子女意願（2人）<sup>141</sup>或考量繼續性原則考量（1人）<sup>142</sup>，而推翻了家庭

<sup>139</sup> 最高法院104年度台抗字第503號民事裁定：「未查家庭暴力防治法第四十三條推定家庭暴力行為人不適任親權人之規定，固非不得以反證推翻，但仍須有得斟酌之具體事證始足為相反之認定。……原法院疏而未論，適用法規顯有錯誤。再抗告論旨，指摘原裁定不當，求予廢棄，非無理由」。

<sup>140</sup> 例外為臺灣臺東地方法院106年度婚字第20號民事判決：「綜上所述，被告（父）縱有相當之身體能力、經濟條件及家庭支持等客觀條件，惟尚不足以推翻前揭不利之推定，而得以認被告將不再有類此足以造成子女身心傷害與負面影響之家庭暴力行為」。

<sup>141</sup> 臺灣基隆地方法院105年度婚字第129號民事判決（父對母及次子有長期家暴行為，但對長子似乎較沒有嚴重暴力行為，且長子已經16歲，其表示希望與父同住。法院引用家庭暴力防治法第43條，表示依照該規定原應將兩名未成年子女之親權行使由原告（母）任之，「然具體考量兩名子女之意願等一切情狀，認對於次子親權行使由原告任之，對長子之親權行使由被告任之，佐以善意之相互探視會面交往，最能符合子女之最佳利益」）。另參照臺灣嘉義地方法院105年度婚字第241號民事判決（父多次實施家庭暴力，子女也有目睹並到庭作證。母親因為受到長期家暴而帶著三名子女中最年幼的2歲子女離家，較年長的兩名子女則留與父親同住。13歲的一名子女到庭表示「監護權給爸爸（即被告）比較好，因伊想住在現在住

暴力行為人所受到的不利推定，將該親權酌定給有家庭暴力行為之父單獨任之。本文認為，法院得斟酌具體事證推翻家暴不利推定，使得家暴法第43條的規範實益大為降低，家庭暴力因素自此與民法第1055條之1各項考量因素的重要性不分軒輊。如此也造成法院即使要考量家庭暴力因素，也只要引用民法第1055條之1之規定：「應依子女最佳利益，斟酌一切情狀……」已足，而得以有意或無意的忽略家暴法的規定。進一步言，在法院尚未釐清家暴行為對於子女的影響之前，即使未成年子女表示願意與有家庭暴力行為的父母同住，或基於維持現狀的照顧模式，是否就足以推翻父母家暴行為所致之不利推定，符合子女最佳利益呢？實大有商榷之餘地。

反觀美國法的設計，不但在子女親權案件的程序上均針對家庭暴力案件進行特別的考量<sup>143</sup>。更有許多州的立法者為了保護未成年子女免於受到家庭暴力的威脅，立法規定將家庭暴力的施暴者推定為不利於子女，該父母不得單獨或共同行使親權<sup>144</sup>。此處所謂的家庭暴力，大多定義為父母之一方對未成年子女、對他方，或在家中對第三人施以暴力<sup>145</sup>。而家庭暴力行為人受到不利

---

的地方就好，伊不想變動目前之生活環境」，法院以尊重子女意願為考量，酌定該子女之親權由有家暴行為的父親行使）。

<sup>142</sup> 臺灣新北地方法院105年度婚字第116號民事裁定（兩造因父之家庭暴力原因離婚，法院引用家庭暴力之因素主要在論述不宜將兩名未成年子女權利義務之行使負擔由父母共同任之，並基於繼續性原則等考量，將兩名未成年子女分別酌定由父及母分別行使負擔其權利義務）。

<sup>143</sup> 例如，依據加州州法規定，父母離婚後子女親權案件必須強制先行調解，但對涉及家庭暴力的案件，州法例外規定要求調解委員必須與雙方在不同的時間分別進行。See CAL. FAM. CODE §3181.

<sup>144</sup> See CAL. FAM. CODE §3044 (a).

<sup>145</sup> Sapna Kishnani, *Working Towards the Welfare of Our Children: An Argument for a Rebuttable Presumption Against Awarding Abusers*

推定之後，必須提出足以具體推翻推定的證據，證明由其行使子女權利義務乃合乎子女最佳利益，或其已符合法律規範的要求，例如完成法院所要求的家庭暴力防治相關課程、酗酒或藥物的療程，或親職教育課程等等<sup>146</sup>，始得推翻不利推定。一方面，使法院審慎評估家庭暴力對子女的影響，另一方面，也使曾有家庭暴力行為的父母必須採取積極正面的行動面對家暴行為，不但對子女符合子女利益，也對父母關係的正向發展有所助益，此作法值得參考。

## 陸、結語：朝向未來的子女最佳利益原則

本文觀察分析父母離婚後未成年子女親權酌定案件，發現法院在審酌子女最佳利益時，多引用兩個以上具體判斷原則或考量因素以支持其決定，尤其倚重主要照顧者原則、尊重子女意願與繼續性原則，可見法院對父母子女互動關係之維護最為重視。不過，看似中性的具體判斷原則與考量因素往往仍難以擺脫性別刻板印象與性別分工等傳統家庭脈絡的陰影。因此，本文認為，子女親權之酌定不僅應避免以父母子女的性別作為直接判斷依據，也建議法院對於父母子女互動的歷程與變動進行全盤掌握，並瞭解父母雙方在傳統家庭結構與性別秩序脈絡之下所具有的優勢或限制，避免受到性別因素的制約，而得以個案需求為子女利益進

---

*Custody and Other Non-Legislative Proposals*, 22 CARDOZO J.L. & GENDER 287, 290-297 (2016).

<sup>146</sup> Please see CAL. FAM. CODE §3044. See also, Zoe Garvin, *The Unintended Consequences of Rebuttable Presumptions to Determine Child Custody in Domestic Violence Cases*, 50 FAM. L.Q. 173, 178 (2016); Nancy K.D. Lemon, *Statutes Creating Rebuttable Presumptions Against Custody to Batterers: How Effective Are They?*, 28 WM. MITCHELL L. REV. 601, 619-620 (2001).

行酌定。此外，對於案件中經常出現的家庭暴力因素，也有必要進行檢視與反思。有鑑於家庭暴力問題攸關受暴配偶與子女的基本人身安全保障與人性尊嚴的維護，因此，建議將家庭暴力因素列為民法第1055條之1的重要注意事項，具體評估家庭暴力對於子女的影響，據以決定是否啟動家庭暴力防治法第43條之不利推定；此外，受到不利推定之父母必須提出具體證據或踐行法院要求之方案與課程，以確保子女與他方未來不再受到家庭暴力的傷害或威脅。

目前子女最佳利益原則的發展趨勢，強調審慎釐清父母子女過去與現在的互動關係，以確保子女未來得以順利成長。因此，法院之任務不僅止於瞭解父母子女之互動歷程與維持現狀，更在於協助引導父母雙方在維護子女利益的前提下，訂定長期可行且兼顧父母能力與實質平等地位之親權行使安排。由於法院在審理過程中對於個案事實已有相當程度的掌握，因此法院應能在解決爭議之外扮演更為積極的角色，強化父母行使親權負擔義務的能力與資源，對互有敵意的父母，或在親職能力、經濟能力、支持系統方面有所不足、甚至曾發生家庭暴力行為的父母，提供或轉介各項服務或資源，以協助子女未來能夠健全成長。今後，如何能建構一個以法院為中心，以實現子女最佳利益為目標的制度與網絡，為子女與其父母、家庭提供多元全面的協助及支持，應為司法、立法、行政部門與民間團體共同的重要課題與挑戰。



## 附錄一：各地方法院案件統計

編號	法院	案件數
1	臺灣臺北地方法院	20
2	臺灣士林地方法院	27
3	臺灣新北地方法院	49
4	臺灣桃園地方法院	38
5	臺灣新竹地方法院	10
6	臺灣苗栗地方法院	9
7	臺灣臺中地方法院	44
8	臺灣南投地方法院	6
9	臺灣彰化地方法院	14
10	臺灣雲林地方法院	5
11	臺灣嘉義地方法院	10
12	臺灣臺南地方法院	19
13	臺灣高雄地方法院	18
14	臺灣屏東地方法院	8
15	臺灣臺東地方法院	5
16	臺灣花蓮地方法院	4
17	臺灣宜蘭地方法院	4
18	臺灣基隆地方法院	4
19	臺灣澎湖地方法院	2
總計		296

資料來源：作者製表。

附錄二：案件分析項目統計

案件數（件）／ 子女人數（人）	296件 473人		
原告（件）	父	77	
	母	219	
未成年子女人數 （件）	1人	149	
	2人	118	
	3人以上	29	
未成年子女之年齡 （人）	6歲以下	171	
	7-12歲	132	
	超過12歲	168	
	其他 <sup>a</sup>	2	
子女現況（人）	與父同住	128	
	與母同住	251	
	僅與父之家人同住	12	
	僅與母之家人同住	10	
	與父母同住	21	
	其他 <sup>b</sup>	51	
家暴主張／保護令 （件）	210	有保護令	108
		無保護令	102
訪視報告（件）	有	283	
	無	13	
家事調查官（件）	有	36	
	無	260	

a 由裁判中無法看出子女之年齡。

b 子女現況與前述類型不同，包含子女住校、子女由社會局安置、父母輪流照顧子女以及無法判斷子女現況等。

親權歸屬（人）	父單獨	87	
	母單獨	305	
	共同行使	父為主	27
		母為主	46
		未指定	3
選任第三人	5		
親權歸屬依據 （複數） （人）	主要照顧者原則	260	
	繼續性原則	185	
	幼年原則	61	
	善意父母原則	19	
	同性別原則	33	
	手足不分離原則	52	
	尊重子女意願	186	
	行使親權意願	73	
	家庭暴力 <sup>c</sup>	58	
	綜合考量 <sup>d</sup>	38	
其他 <sup>e</sup>	194		

資料來源：作者製表。

- c 引用家庭暴力防治法第43條之人數有28人。
- d 法院進行綜合考量（兩造之人格、經濟能力、監護意願、親職能力、家庭支持系統及未成年子女被照顧現況等各情）後，酌定共同行使之人數有29人。
- e 包含民法第1094條（2人）、保護未成年子女原則（3人）、父母適性原則（2人）、心理上父母（11人）、兒童權利公約第9條（3人）、子女人格發展之需要原則（1人）、親職能力（98人）、經濟能力（5人）、支持系統（8人）、親子依附關係（27人）、居家環境（4人）、親職時間（10人）、友善程度（1人）、教育規劃（1人）以及其他事由（18人）。

## 參考文獻

### 書 籍

- AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (American Law Institute, Philadelphia, PA, 2002).
- FINEMAN, MARTHA ALBERTSON, THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES (Routledge, New York, NY, 1995).
- GOLDSTEIN, JOSEPH, ANNA FREUD & ALBERT J. SOLNIT, BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (Free Press, New York, NY, New ed. 1979).

### 期刊論文

- 呂潮澤，離婚後子女監護問題之檢討，臺大法學論叢，第21卷第1期，頁397-405（1991）。
- 李立如，婚姻家庭與性別平等——親屬法變遷的觀察與反思，政大法學評論，第95期，頁175-227（2007）。
- 李立如，論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔：美國法上子女最佳利益原則的發展與努力方向，歐美研究，第40卷第3期，頁779-828（2010）。
- 李莉苓、沈瓊桃，家事專辦調解法官之效能——以臺灣臺北地方法院為例／以親權相關事件為焦點，法學叢刊，第63卷第3期，頁75-119（2018）。
- 沈瓊桃，婚暴併兒虐發生率之初探——以南投縣為例，中華心理衛生學刊，第19卷第4期，頁331-363（2006）。
- 施慧玲，論我國民法親屬編之修正方向與立法原則——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖，國立中正大學法學集刊，第3期，頁163-221（2000）。

- 施慧玲、紀冠伶，離婚訴訟「先搶先贏」的實務經驗敘事分析——兼論幼年子女最佳利益的司法裁量基準，法令月刊，第69卷第8期，頁75-102（2018）。
- 施懷閔，夫妻離婚後未成年子女權利義務之共同行使或負擔——臺灣臺北地方法院99年度監字第191號裁定之評析，司法新聲，第98期，頁63-78（2011）。
- 張晉芬，勞動法律的身分限制及改革：一個人權觀點的檢視，台灣社會研究季刊，第102期，頁75-113（2016）。
- 陳竹上、黃有志，壞先生是否也是壞爸爸？：家庭暴力防治法第四十三條之理論與實證分析，高雄師大學報：教育與社會科學類，第36期，頁77-90（2014）。
- 陳昭如，還是不平等——婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業，女學學誌：婦女與性別研究，第33期，頁119-170（2013）。
- 陳致堯，社工與家事調查官制度對離婚後「未成年子女最佳利益」評估之影響，社區發展季刊，第159期，頁401-413（2017）。
- 彭淑華，婆家？娘家？何處是我家？女性單親家長的家庭支持系統分析，社會政策與社會工作學刊，第9卷第2期，頁197-262（2005）。
- 彭南元，法院審理涉及家庭暴力離婚事件之最新發展趨勢——臺灣經驗，刑事法雜誌，第54卷第5期，頁61-87（2010）。
- 童伊迪、沈瓊桃，婚姻暴力目睹兒童之因應探討，臺大社會工作學刊，第11期，頁129-164（2005）。
- 黃詩淳、邵軒磊，酌定子女親權之重要因素：以決策樹方法分析相關裁判，臺大法學論叢，第47卷第1期，頁299-344（2018）。
- 黃翠紋、溫翎佑，親權酌定事件中未成年人最佳利益維護之實務困境——從社工員的觀點，亞洲家庭暴力與性侵害期刊，第13卷第1期，頁1-26（2017）。
- 雷文玫，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，第28卷第3期，頁245-309（1999）。

- 劉宏恩，夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定——從英美法實務看我國民法親屬編新規定之適用，軍法專刊，第43卷第12期，頁24-55（1997）。
- 劉宏恩，「子女最佳利益原則」在臺灣法院離婚後子女監護案件中之實踐——法律與社會研究（Law and Society Research）之觀點，軍法專刊，第57卷第1期，頁84-106（2011）。
- 劉宏恩，離婚後子女監護案件「子女最佳利益原則」的再檢視——試評析二〇一三年十二月修正之民法第一〇五五條之一規定，月旦法學雜誌，第234期，頁193-207（2014）。
- 鄧學仁，離婚後子女親權酌定之問題與對策，月旦法學雜誌，第191期，頁34-44（2011）。
- 鄧學仁，善意父母原則於離婚親權酌定之運用，月旦法學雜誌，第265期，頁110-119（2017）。
- Artis, Julie E., *Judging the Best Interests of the Child: Judge's Accounts of the Tender Years Doctrine*, 38 LAW & SOC'Y REV. 769-806 (2004).
- Bartlett, Katharine T., *Comparing Race and Sex Discrimination in Custody Cases*, 28 HOFSTRA L. REV. 877-894 (2000).
- Bartlett, Katharine T., *Prioritizing Past Caretaking in Child-Custody Decisionmaking*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 29-67 (2014).
- Chen, Chao-Ju, *The Chorus of Formal Equality: Feminist Custody Law Reform and Fathers' Rights Advocacy in Taiwan*, 28 CAN. J. WOMEN & L. 116-151 (2016).
- DiFonzo, J. Herbie, *From the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy*, 52 FAM. CT. REV. 213-239 (2014).
- Dolan, Mary Jean & Daniel J. Hynan, *Fighting Over Bedtime Stories: An Empirical Study of the Risks of Valuing Quantity Over Quality in Child Custody Decisions*, 38 L. & PSYCHOL. REV. 45-96 (2014).
- Dowd, Nancy E., *Rethinking Fatherhood*, 48 FLA. L. REV. 523-537 (1996).
- Elrod, Linda D. & Milfred D. Dale, *Paradigm Shifts and Pendulum Swings*

- in Child Custody: The Interests of Children in the Balance*, 42 FAM. L.Q. 381-418 (2008).
- Garvin, Zoe, *The Unintended Consequences of Rebuttable Presumptions to Determine Child Custody in Domestic Violence Cases*, 50 FAM. L.Q. 173-192 (2016).
- Kishnani, Sapna, *Working Towards the Welfare of Our Children: An Argument for a Rebuttable Presumption Against Awarding Abusers Custody and Other Non-Legislative Proposals*, 22 CARDOZO J.L. & GENDER 287-311 (2016).
- Lemon, Nancy K.D., *Statutes Creating Rebuttable Presumptions Against Custody to Batterers: How Effective Are They?*, 28 WM. MITCHELL L. REV. 601-676 (2001).
- Liu, Hung-En, *Mother or Father: Who Received Custody? The Best Interests of the Child Standard and Judges' Custody Decisions in Taiwan*, 15 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 185-225 (2001).
- Ludolph, Pamela S. & Milfred D. Dale, *Attachment in Child Custody: An Additive Factor, Not a Determinative One*, 46 FAM. L.Q. 1-40 (2012).
- Mnookin, Robert H., *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, 39 LAW & CONTEMP. PROBS. 226-293 (1975).
- Mnookin, Robert H. & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950-997 (1979).
- Nielsen, Linda, *Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children?*, 28 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 79-138 (2015).
- Pruett, Marsha Kline & J. Herbie DiFonzo, *Closing the Gap: Research, Policy, Practice, and Shared Parenting*, 52 FAM. CT. REV. 152-174 (2014).
- Schepard, Andrew, *The Evolving Judicial Role in Child Custody Disputes: From Fault Finder to Conflict Manager to Differential Case Management*, 22 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 395-428 (2000).
- Scott, Elizabeth S., *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, 80

- CALIF. L. REV. 615-672 (1992).
- Scott, Elizabeth S. & Robert E. Emery, *Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 69-108 (2014).
  - Singer, Jana B., *Dispute Resolution and the Postdivorce Family: Implications of a Paradigm Shift*, 47 FAM. CT. REV. 363-370 (2009).
  - Singer, Jana B., *Bargaining in the Shadow of the Best-Interests Standard: The Close Connection Between Substance and Process in Resolving Divorce-Related Parenting Disputes*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 177-194 (2014).
  - Steegh, Nancy Ver, *Differentiating Types of Domestic Violence: Implications for Child Custody*, 65 LA. L. REV. 1379-1431 (2005).
  - Warshak, Richard A., *Parenting by the Clock: The Best-Interest-of-the-Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's "Approximation Rule"*, 41 U. BALT. L. REV. 83-163 (2011).
  - Warshak, Richard A., *The Approximation Rule Survey: The American Law Institute's Proposed Reform Misses the Target*, 5 S. B. TEX. SECT. 22-32 (2011).
  - Zapata, Raymon, *Child Custody in Texas and the Best Interest Standard: In the Best Interest of Whom?*, 6 SCHOLAR 197-217 (2003).

## 研究報告

- 李立如，離婚後父母對未成年子女親權行使判決之研究：初探子女最佳利益原則與性別平等的交錯與落實，司法院委託之專題研究期末報告（2019）。



## 摘 要

我國關於父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔之規範，自從1996年民法修正之後，以「子女最佳利益原則」作為最高指導原則，迄今已超過二十年。由於子女最佳利益原則本身相當抽象，因此，法院實際上究竟如何適用子女最佳利益原則？值得探討。本文旨在釐清我國父母離婚後未成年子女親權酌定實務發展現況，探討子女最佳利益原則之具體判斷標準與考量因素的適用，以及傳統家庭規範與性別因素在其中所扮演的角色。因此，本文對我國法院裁判進行實證研究進行分析；亦參考美國法制在此議題上理論與實務發展之經驗，以為對照及借鏡。最後，針對上述實證考察結果加以反思，並對父母離婚後子女親權酌定制度的未來發展方向提出建議，以提升充實子女最佳利益原則的內涵與實踐。

中原財經法學

## **The Best Interests of the Child in Child Custody Adjudication**

Li-Ju Lee

### **Abstract**

For more than two decades, since the traditional patriarchal rules were pronounced unconstitutional and replaced by provisions enshrining gender equality and children's interests in the late 1990s, the best interests of the child standard has been the legal principle for resolving child custody disputes between parents in Taiwan. Although the courts are required to consider a number of factors, including the conditions of the child and parents as well as their interactions, the vagueness of the standard nevertheless gives judges broad discretion to decide what is best for the child. This article aims to clarify how the courts interpret the best interests of the child standard in practice and to discuss the impact of judicial preferences in the context of the Taiwanese family.

**Keywords:** best interests of the child standard, child custody adjudication, gender equality, tender years doctrine, primary caretaker, approximation rule, children's preferences, friendly parent rule, joint custody, domestic violence