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

期末報告

計畫主持人

李立如

執行單位：中原大學財經法律學系

執行期間：中華民國 107 年 12 月至 108 年 12 月

目錄

壹、研究問題與背景 - 3 -
貳、研究方法與範圍 - 4 -
1. 研究範圍設定 - 4 -
2. 研究限制 - 7 -
參、理論基礎與分析架構的提出 - 7 -
1. 子女最佳利益原則的興起 - 8 -
1.1 傳統親屬法上的父權原則 - 8 -
1.2 子女最佳利益原則與親屬法的修正 - 10 -
1.3 法院功能與任務的轉變 - 12 -
2. 子女最佳利益原則的具體內涵 - 13 -
2.1 幼年原則 - 14 -
2.2 主要照顧者原則 - 16 -
2.3 繼續性原則 - 18 -
2.4 善意父母條款 - 20 -
2.5 未成年子女之意願 - 21 -
3. 子女最佳利益原則與性別平等原則的相互影響 - 23 -
3.1 子女最佳利益原則與性別平等原則的關係 - 24 -
3.2 子女最佳利益原則內涵中的性別因素 - 25 -
3.3 單獨 vs. 共同行使負擔子女權利義務 - 28 -
3.4 家庭暴力 - 31 -
肆、研究過程：範圍設定與檢視指標 - 34 -
1. 研究範圍 - 34 -
2. 檢視指標 - 34 -
3. 初步結果彙整 - 35 -
伍、研究發現：子女最佳利益原則的具體化與性別平等原則的實現 - 48 -
1. 綜合判斷 vs. 單一原則 - 48 -
2. 單獨行使 vs. 父母共同行使親權 - 54 -
3. 主要照顧者原則 / 繼續性原則 vs. 其他原則 / 因素 - 58 -

4. 幼年原則--普遍適用 vs. 補充原則 ..... - 63 -
4.1 幼年原則的適用 ..... - 63 -
4.2 幼年原則與性別平等原則--疑慮與檢討 ..... - 67 -
5. 同性別原則--普遍適用 vs. 補充原則 ..... - 69 -
6. 善意父母原則--非善意行為 vs. 較善意父母 ..... - 70 -
7. 家庭暴力--考量因素 vs. 不利推定 ..... - 73 -
7.1 家庭暴力防治法中對加害人的不利推定 ..... - 73 -
7.2 家庭暴力影響之下的子女利益與性別平等 ..... - 76 -
8. 父母之一方為外籍--外籍身分 vs. 子女利益 ..... - 78 -
陸、結論與建議 ..... - 82 -
柒、參考文獻 ..... - 87 -
捌、附錄 I

壹、研究問題與背景

我國法關於父母離婚後未成年子女親權行使之規定，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。子女最佳利益原則的發展，事實上與性別平等原則在親屬法上的落實有直接的關係。修正前我國民法親屬編所依據的父權原則，在大法官以釋字第 365 號解釋宣告修正前民法第 1089 條父權優先行使親權之條款違憲後，逐漸走入歷史，也影響了後續民法親屬編各項規定的修正，以性別平等與子女最佳利益原則為新法之典範依據。

子女最佳利益原則的精神在於以子女利益為依歸，在父母離婚時對未成年子女之權利義務行使負擔不能協議或協議不成情形下，法院得依聲請或依職權進行酌定，為未成年子女之利益把關。此一原則，符合「兒童權利公約」（Convention on the Rights of the Child, CRC）之中，關於「所有關於兒童的事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量」的基本要求[1]。另一方面，有鑑於傳統上女性在婚姻、家庭與子女親權行使的權益上，往往成為弱勢，因之聯合國「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）特別明文要求各國「應採取一切適當措施，消除有關婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視，並應特別應保證婦女在男女平等的基礎上：…d.不論婚姻狀況如何，在有關子女的事務上，作為父母親有相同的權利和義務」[2]。不過，值得注意的是，在 CEDAW 同一條文中，特別列出但書：「但在任何情形下，均應以子女的利益為重」[3]。因此，究竟性別平等原則以及子女最佳利益原則在法院關於未成年子女親權判決的實踐中，是否得以兼顧？或

[1] 請參見，兒童權利公約第 3 條。聯合國大會於 1989 年通過 CRC，我國立法院於 2014 年通過「兒童權利公約施行法」，總統於 2016 年簽署加入書。

[2] 請參見，消除對婦女一切形式歧視公約第 16 條。我國於聯合國大會於 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」。

[3] 同前註。

是有互相衝突的情形？在法院對於具體案件進行裁判時，由於子女最佳利益原則本身相當抽象，即使我國立法者已明確提供法院數個應特別注意之事項（民法第1055條之1參照），但仍未對判斷標準有明確指示。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年人之權利義務行使負擔？是否得以真正落實子女利益？而傳統的父權原則是否仍然隱身於抽象的子女最佳利益之中繼續影響著父母與子女的權益？子女最佳利益與性別平等原則在實務上究竟有著何種關係？以上問題不但與未成年子女的福祉及權益有非常直接重大的影響，也與父母之權益，及父母子女間的法律與緊密關係息息相關，在學術上與實務上都深具研究價值。

本研究旨在釐清我國法院實務上對於父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔問題如何實踐，以瞭解目前法院在親權酌定事件的審理上，子女最佳利益原則以及性別平等原則是否及如何影響裁判的內容與結果，尤其重視有何交錯互動情形。本研究以我國法院裁判實證研究為中心，但亦將參考美國法制在此議題上的發展經驗，分析是否有值得我國借鏡與學習之處，作為理論建構的參考與實務運作之對照。最後，不僅希望能夠以本次判決實證研究所得之結果，對我國實務發展提出建言，也希望能提出一個適合判決研究分析的架構，以作為未來持續進行判決實證研究的基礎，不僅在研究方法與成果上能夠與國際法學研究趨勢對話與接軌，更期待能夠對我國法制理論與實務的發展有所貢獻。

貳、研究方法與範圍

1. 研究範圍設定

本研究的目的在於瞭解目前父母離婚後未成年子女親權行使負擔爭議的判決實況。自從民法修正改以子女最佳利益原則作為此種案件的依據之後，我國法院如何運用此一原則？如何認定子女最佳利益？又在此一過程中，性別因素或性別平等原則扮演何種角色？上述問題，若僅以釋義學或比較法等我國法學者常用的法學方法來探討，實在無法一探我國實務之究竟，也難以發現制度面與執行面的

問題。因此，有必要以法實證的研究方法，針對法院裁判進行較大規模的整體性分析與探討，始能勾勒出目前實務的現況並解讀其所代表的意義。

我國的法學研究，一向以法釋義學以及比較法研究為主流，對於判決的研究，也多半以個案研究為主，例如對指標性案件或重要判決進行評析。不過，不僅法釋義學與比較法無法釐清我國法律制度適用的實況與現狀，即使是判決個案研究，雖然以判決為分析對象，但是僅針對某一個案（指標性或重要判決），仍然無法代表實務全面的趨勢，甚至有過於強調某一特殊案例，而誤解或忽視了大部分判決所代表的意義與實務發展趨勢的問題。因此，為了對實務發展的趨勢與意義進行完整的描繪與分析，必須運用法實證研究，對判決進行大規模、整體性的整理、解讀與分析。由於許多判決並非公開資訊，因此進行整體性的研究事實上有困難，即使有學者嘗試收集多數已公開的判決進行量化或質性研究，並且提出重要的發現與建議[4]，但同時也因為判決資料不易完整取得，在研究對象與範圍的設定上有相當限制，代表性問題無從解決，研究結果仍然只能呈現實務的部分內容，而難以忠實的勾勒出完整的圖像。

在司法院少年及家事廳（本研究之委託單位）的規劃與支持之下，朝向大規模與整體性的子女親權判決研究終於成為可能，令人振奮。但在研究時程以及人力物力等研究資源有限的情形下，本研究對於判決的研究範圍仍須進行必要的設定與限制，以下分別說明：首先，為了對判決進行初步觀察並建構分析架構，研究範圍設定為 106 全年度全國各地方法院的案件。106 年度地方法院家事婚姻訴訟及家親聲監護權歸屬事件的案件總數為 1953 件，其中家事婚姻訴訟監護權歸屬事件的案件數有 1135 件。本研究將焦點置於家事婚姻訴訟監護權歸屬事件，而暫將家親聲監護權歸屬案件排除，主要考量在於婚姻訴訟監護權歸屬事件為法院首次介入親權酌定事項；且由於此類案件亦涉及父母離婚事件，因此對於父母

[4] 相關研究請參見，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 CANADIAN JOURNAL OF WOMEN AND THE LAW, 145 table 5 (2016). 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，47 卷 1 期，頁 299-344（2018）。

離婚後就其子女親權行使負擔事件之相關事實脈絡（離婚前後關係）的描繪較為完整、清晰而多樣，法院進行酌定時的考量因素易較為多元，有助進行本研究之分析與觀察。而家親聲監護權歸屬事件雖然亦屬於法院適用子女最佳利益原則的重要案件類型，但是其事實與爭議類型（主要涉及法院作成親權行使負擔之改定）與前述案件（婚姻訴訟監護權歸屬事件）有所不同，因此在建構分析架構時，可能必須與前述類型進行區隔，分別設計兩套不同的分析模式或架構以利應用，始能進行詳盡分析與解讀，避免過度化約。經由與委託單位討論之後，有鑑於本研究時間與人力的限制，現階段先將研究範圍聚焦於家事婚姻訴訟監護權歸屬事件。

其次，由於案件的特性使然，婚姻訴訟監護權歸屬事件中有一定數量乃為一造辯論判決，此類案件中被告（父/母）的主張可能無法（或沒有）充分提出，而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，此類判決對於本文研究目的—觀察分析法院在個案中如何適用子女最佳利益原則，與對於性別平等原則是否加以考量或有所影響，以及兩者之交錯等—之助益可能較為有限，也因此，本研究暫不分析一造辯論判決的案件。此外，有鑑於家事婚姻訴訟監護權歸屬事件案件中，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，因此，收結案在 3 個月之內的案件，亦先加以排除。

綜合以上研究範圍設定的考量與要件，將 106 年度各地方法院家事婚姻訴訟監護權歸屬事件的案件數共 1135 件，由委託單位協助排除一造判決之案件後，為 764 件。再將收、結案在 3 個月內之案件數排除後，為 471 件，即為本研究預計進行實證分析研究之對象。不過，嗣後經過詳細檢視，該 471 件中有 100 件為一造判決，63 件為和解筆錄，9 件為調解筆錄，另有 2 件和解筆錄、2 件判決內容重複，有 1 件判決並未涉及子女親權爭議事項。因此，最後進行詳細檢視分析的裁判為 296 件。雖然如此一來，本研究詳細分析的裁判在數量上以及比例上而言並不高，但是這些裁判對於法院如何酌定父母離婚後子女權利義務的行使負擔，尤其是法院如何判斷我國民法所要求的子女最佳利益原則而言，仍具有相當

代表性，有助於呈現目前實務上重要部分之現狀，踏出未來勾勒實務全貌的第一步。本研究希望藉由觀察子女最佳利益原則在我國實務上所呈現的樣貌，進一步瞭解我國立法與實務在此議題中所面臨的困境或挑戰；另一方面，也特別觀察性別因素在法院的判決中扮演何種角色，是否/如何影響法院的裁判或民眾的法律行動，並探討性別平等原則與子女最佳利益原則之間如何交錯互動。

2. 研究限制

如前所述，由於研究時間以及資源的限制，本研究對於 106 年度全國各地方法院，關於離婚後未成年子女親權行使負擔的法院裁判進行了研究範圍的限定，也因此，本研究所檢視的判決可能難以呈現法院在此爭議（糾紛）中所扮演角色的全貌。未成年子女親權行使負擔酌定案件中，關於改定、和解、調解，以及法院一造辯論判決等案件分別具有相當的重要性，甚至於程序面的各類裁定等對於裁判的進行與結果有相當的關連，值得觀察研究。因此，希望本研究的進行與成果可以發揮拋磚引玉的作用，提供基本架構與部分實務分析；而對於此議題實務整體面貌的描繪與分析，實為一大規模的工程，仍有待未來與其他研究的共同努力始得以完成。

參、理論基礎與分析架構的提出

相較於個案研究或判決評析而言，實證判決研究之最重要特色與目的，並非在於法院在某一個案中所持見解或判決內容的檢討，而在於瞭解實務發展的趨勢及該議題與法院（裁判）所生關連的整體樣貌，並據此對於相關的理論或立法目的加以檢證，並能夠發現實務面所發生的問題或現象，以作為未來的立法與實務發展方向之線索與依據。因此，在進行判決研究實證分析之時，必須先對於目前的立法內容、相關理論，以及比較法研究有所瞭解，始得以建構一個可行有效的分析架構，據以對判決進行分析解讀與整理，達成研究目的。

我國法院關於父母離婚後未成年子女權利義務行使負擔之酌定，依照目前民法的規定，乃以「子女最佳利益」為依歸。因此，本研究首先將探討子女最佳利

益原則在立法與實務面之發展，並輔以學說以及美國經驗的探討，整理出子女最佳利益原則在父母離婚後親權酌定案件中值得討論的議題，以作為判決研究的觀察指標並據以建構分析架構。

1. 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，乃是依循父權原則，在親屬法逐漸脫離父權體制的過程中，父權原則也被子女最佳利益原則取而代之，成為父母離婚後子女親權行使爭議的規範標準。自此，法院不僅擔任糾紛仲裁者的角色，更肩負起保護未成年人權益之責任，也開啟了法院任務的新頁。

1.1 傳統親屬法上的父權原則

1930 年親屬法對於父母子女權利義務關係的規定，乃以父權體制傳統為依歸。其中不僅規定子女從父姓[5]，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[6]。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，依照舊民法第 1051 條規定：「兩願離婚後，關於子女之監護，由父任之。但另有約定者，從其約定」[7]。該但書之設置與父權優先原則並無妨礙，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，仍有些許決策空間與彈性。在裁判離婚時，則依照舊民法第 1055 條規定：「判決離婚者，關於子女之監護，適用第一千零五十一條之規定，但法院得為其子女之利益，酌定監護人」[8]。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，母親則處於明顯的不利地位，而

[5] 舊民法第 1059 條參照。

[6] 舊民法第 1089 條參照。

[7] 舊民法第 1051 條參照。

[8] 舊民法第 1055 條：「判決離婚者，關於子女之監護，適用第 1051 條之規定。但法院得為其子女之利益，酌定監護人」。

子女的利益，也僅有在裁判離婚時，例外的由法院進行考量。

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[9]。此處所謂「子女利益」之內涵如何，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 1055 條但書規定，法院亦得為其子女之利益，酌定監護人。所謂監護，除生活扶養外，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 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[10]」，以及實務上所發展出之「幼年原則[11]」頗有契合之處。由此觀之，雖然 1930 年親屬法在父權體制傳統的影響之下，規定父母離婚後未成年子女的監護原則上由父親任之，但在判決離婚的脈絡中，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原則之下悄然出現。

[9] 呂潮澤，離婚後子女監護問題之檢討，臺大法學論叢，21 卷 1 期，頁 401（1991）。

[10] 參照民法第 1055 條之 1 第 1 項，法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意下列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康等情形。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。六、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。七、各族群之傳統習俗、文化及價值觀。

[11] 較為精確的說法，最高法院 17 年上字第 1105 號民事判例應為「襁褓原則」，因該判例認為夫妻離婚後之子女，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。另可參照最高法院 74 年度第一次民事庭會議決議（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。

1.2 子女最佳利益原則與親屬法的修正

1930 年親屬法曾於 1985 年進行相當幅度之修正，也將促進性別平等作為修法目的之一，但未能動搖父權體制的基本架構與精神[12]。在女權運動者的持續呼籲、社會條件與思潮的逐漸改變，以及大法官解釋對於憲法性別平等原則的堅持之下，親屬法進行了全盤的修正，不再支持並深化傳統父權體制，而由性別平等與子女最佳利益原則取而代之[13]。

1994 年大法官公布釋字第 365 號解釋，宣告舊民法第 1089 條父權優先之規定違反憲法保障之性別平等原則，並且要求於兩年的期限內進行檢討修正。為遵守大法官解釋的意旨與期限的要求，立法院於 1996 年 9 月通過民法親屬編部分修正。本次修正主要精神在於強調父母親權行使的平等地位。具體而言，依據修正後的第 1089 條，除了維持父母共同行使負擔對未成年子女權利義務之規定外，於第 2 項修正規定父母對於未成年子女「重大權利事項」之行使意思不一致時，「得請求法院依子女之最佳利益酌定之」。此外，也摒除兩願離婚與裁判離婚分別規定的作法，將舊民法第 1051 條刪除，父母離婚後關於未成年子女權利義務行使負擔則悉依修正後的第 1055 條規定，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

[12] 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，95 期，頁 177（2007）。

[13] 同前註，頁 182。

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」[14]。自此，在民法的規範體系中，父權原則正式退場，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，法院也成為子女最佳利益原則的維護者與監督者，確保父母離婚後未成年子女之利益不至於被忽視或犧牲[15]。

值得注意的是，舊法中「監護權」之用語也改為「對未成年子女權利義務行使負擔」，立法理由說明此修正是為與親屬法第 4 章之「監護」有所區隔，並且與民法第 1089 條之用語一致。但此改變的另一個重要的意義，應在於此處之規範重點從僅僅強調父母對子女監護權之行使，移轉到逐漸重視父母對子女之義務與責任的負擔。無獨有偶的，美國親子法制也有類似的發展。美國法在傳統上關於父母離婚後對未成年子女保護教養行使親權之法律用語上為“custody”（監護權），但是晚近以來，不管是從 2002 年 ALI 美國法學會（American Law Institute）公布其所建議的 ALI 原則（ALI Principle）[16]，學者之論述或各州近年來的立法趨勢可以發現，“custody”之概念已經逐漸被其他用語或概念所取代：例如“parenting time”（親職時間）、“decision-making responsibility”（決策責任）、“parenting responsibilities”（親職責任）或“parenting plan”（親職計畫）等等[17]。如此以強調父母在離婚後仍然共同分擔親職與扶養未成年子女的責任，而非父母之一方可以「擁有」或「支配」未成年子女的權利。

[14] 民法第 1055 條（1996 年修正）參照。

[15] 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，28 卷 3 期，頁 248（1999）。

[16] AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (LexisNexis 2002).

[17] For example, *see* Alexa Welzien, *Life, Liberty, and the Pursuit of Parental Equality: Florida's New Parenting Plan Remains Overshadowed by Lingering Gender Bias*, 33 NOVA L. REV. 509, 513 (2009). *See also*, TNN. CODE ANN. 36-6-402-(2)-(3), (5)-(6) (2010).

1.3 法院功能與任務的轉變

子女最佳利益原則的出現，不僅對於如何決定父母離婚後未成年子女權利義務之行使負擔有重大影響，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，另一方面更鼓勵其為子女未來的穩定成長盡力協調合作，找出最有利於子女的解決方案。為因應此需要，我國於2012 年 6 月施行的家事事件法，即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[18]，而非訴訟程序；更為鼓勵父母協議與合作，規定此類事件在法院裁判前應先經調解[19]。此外，為使法院在子女親權酌定事件中所肩負的任務得以達成，除了法官與律師之外，還需要其他專業人員的協助與參與，提供資訊與專業評估。我國民法在 1996 年修正通過第 1055 條之 1 時，就要求法院「……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，以獲得更多資訊並參考社工人員的專業評估。本制度實施十餘年來，發現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、訪視報告的格式不等、內容參考價值不一等問題，因此，立法者於 2013 年就本條文進行修正，規定法院除得參考社工人員訪視報告或家事調查官調查報告外，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就特定事項調查之結果認定之[20]。如此可使法院不僅可循更多管道獲得資訊，更在法院設有家事調查官以協助其作成適切決定，促進子女最佳利益[21]。

如前所述，家事事件法特別重視家事事件調解制度的建立，在不危害未成年

[18] 家事事件法第 74 條參照。

[19] 立法者在立法要求強制調解之餘，又特別明訂調解不得有害子女利益，家事事件法第 24 條參照。

[20] 立法院公報，第 102 卷第 71 期院會紀錄，頁 168。

[21] 此外，司法院亦已制訂「社工訪視報告統一參考指標及格式」供使用與參考，以提升社工人員訪視報告內容品質與格式的一致性。司法院，少年及家事，http://www.judicial.gov.tw/work/work08-1.asp（2017/10/10，造訪）。

子女利益的前提之下，使當事人紛爭可以迅速圓融的解決[22]。對未成年子女親權事件而言，如何使父母爭議得以和諧迅速的解決，又得以實現子女最佳利益原則，不僅符合我國家事事件法的規定，更已經成為美國法院的首要任務。論者研究發現，在美國的未成年子女親權爭議案件中，法院已經逐漸從責任歸屬的決定者（fault finder），轉型為糾紛的管理者（conflict manager）[23]。也就是說，親權案件相關程序的目的，不但不在於決定父母過去行為的對錯，甚至也不在於強調如何擇定較適合行使親權之父母，而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職計畫（parenting plan）[24]。法院的任務，除了在此過程中協助父母解決相關爭議，並對親職計畫進行必要的調整之外[25]，更提供一個資源整合的平台與管道，提升父母實踐親職計畫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[26]。法院任務與功能的逐漸轉型，也將直接影響到子女最佳利益原則的具體內涵以及相關程序的發展方向。

2. 子女最佳利益原則的具體內涵

子女最佳利益原則的最重要精神，在於子女權利事項的決定，並非以家庭（為家）或父母之一方（為親）之利益出發，而應以子女利益為考量依據。不過，所謂子女最佳利益原則，除了強調以子女利益為考量之外，似乎沒有明確具體的內涵，因此，有學者認為子女最佳利益原則事實上形同一個空殼子（empty vessel），可以承載任何以子女利益為名的價值或態度[27]。也因此，法院事實上

[22] 家事事件法第 24 條。

[23] Andrew Schepard, *The Evolving Judicial Role in Child Custody Dispute: From Fault Finder to Conflict Manager to Differential Case Management*, 22 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 395 (2000).

[24] J. Herbie DiFonzo, *From the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy*, 52 FAM. CT. REV. 213, 228 (2014).

[25] Schepard, *supra* note 23, at 418-423, 426-428.

[26] Jana B. Singer, *Dispute Resolution and the Post-Divorce Family: Implications of a Paradigm Shift*, 47 FAM. CT. REV. 363, 364 (2009).

[27] Katharine T. Bartlett, *Comparing Race and Sex Discrimination in Custody Cases*, 28 HOFSTRA L. REV. 877, 883-884 (2000).

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？即為本研究所欲探討的核心議題。

事實上，我國法院經過多年來適用該原則的經驗，已經逐漸發展出數個重要原則，尤其幼年原則、主要照顧者原則、繼續性原則，以及最近一次修正之後所新增的善意父母條款等[28]，已成為父母離婚後子女親權酌定的重要審理依據。本文以下將就這些具體考量標準在我國以及美國的實務發展與重要論述，進行釐清與討論，並據以作為本研究設定判決的觀察指標以及建立分析架構的基礎。

2.1 幼年原則

所謂幼年原則（tender years doctrine）所指的是父母離婚後，若未成年子女年幼，原則上即應由母親行使負擔該子女的權利義務。美國法院在 19 世紀揚棄普通法父權優先的傳統之後，轉而強調母職與年幼子女之間的特殊連結，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，該原則因而確立[29]。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，卻又深化女性刻板印象的幼年原則即受到多方的質疑。在此背景之下，1970 年由全國統一州法會議（the National Conference of Commission on Uniform State Law）所提出的「統一婚姻與離婚法」（The Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA）中，對於父母離婚後子女親權行使的爭議，不再以父母親的性別為酌定標準，而以「子女最佳利益」（Best Interests of the Child, BIC）為原則。隨著該法之精神陸續被各州採用，子女最佳利益原則正式取代幼年原則，成為決定父母離婚後未成年子女權利

[28]實務上其他重要考量標準尚有尊重子女意願、手足同親以及父母適性比較原則等等，參照立法院公報，第 102 卷第 71 期，頁 164-165。

[29] Raymon Zapata, *Child Custody in Texas and the Best Interest Standard: In the Best Interest of Whom?*, 6 SCHOLAR 197, 200-201 (2003).

義務行使的判定標準[30]。不過，由於子女最佳利益原則本身除了要求法院必須以子女利益為考量之外，具體內涵並不明確，即使立法者提供些許考量事由[31]，實際上也必須由法院進行判斷，因此，法院的主觀態度對判決結果有相當的實質影響力。學者研究發現，美國法雖然已經不再明言支持幼年原則，但在傳統性別分工與性別刻板印象的影響之下，許多法官仍然相信幼年原則符合子女最佳利益，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[32]。

我國實務發展與美國經驗也似乎有呼應之處。1996 年我國親屬法進行修正之後，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準則[33]。為了避免子女最佳利益原則過於籠統，立法者於所增訂之第 1055 條之 1 規定中提供數項考量事由，以協助法院落實子女最佳利益的精神。不過，即使如此，在考量各個注意事項之後，法院應如何「審酌一切情狀」，進行綜合判斷，仍然不甚明確。尤其在父母雙方均無明顯不利子女，條件相當又積極爭取的情形下，法院判斷的主要依據為何，就成為各界矚目的焦點。在此背景之下，強調母職的特殊性與滿足幼年子女需求之幼年原則，成為實務上重要的具體判斷標準之一[34]。學者劉宏恩針對 1998 年到 2000 年的案件進行研究，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

[30] 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，40 卷 3 期，頁 783-785（2010）。

[31] UMDA 提出五項因素以判斷子女最佳利益原則：（a）父母的意願（the wishes of the child's parents），（b）未成年子女的心願（the desire of the child），（c）未成年子女與父母、兄弟姊妹以及其相關者之間的互動（the interaction and interrelationship of the child with parents, siblings and any other person why may significantly affect the child's best interest），（d）子女對於家庭、學校以及社區的適應狀況（the child's adjustment to the child's home, school and community），（e）父母子女的身心健康狀況（the mental and physical health of all parties）。*See* Unif. Marriage & Divorce Act§ 402, 9A U.L.A. 288 (1979).

[32] 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).

[33] 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，中正大學法學集刊，3 期，頁 167-168（2000）。

[34] 例如：新北地院 103 年度婚字第 646 號、103 年度婚字第 712 號民事裁定。

利義務[35]。學者陳昭如針對 2000 年到 2013 年所進行的判決研究則顯示，幼年原則仍有相當重要性，但影響力有逐漸下滑的趨勢[36]。

2.2 主要照顧者原則

由於幼年原則的最重要依據乃是基於父母親的性別特質，不僅容易落入深化性別刻板印象的窠臼，也有違反憲法性別平等保障的疑慮。因此，幼年原則是否應繼續成為子女最佳利益的具體標準，早有許多批評與反省，尤其該原則在美國的廣泛適用造成眾多單親媽媽，在父親不願或逃避負擔扶養費用的情形下，母親必須獨自扶養子女，因此衍生出許多社會問題。美國的女性主義學者 Martha Fineman 就觀察分析單親媽媽無奈落入貧困境地所生的社會與法律問題，對美國的家庭法制以及社會福利法制進行強烈的全面批判[37]。

一旦幼年原則無法適用，則子女最佳利益原則的具體內涵應如何界定？子女最佳利益原則除了要求法院以子女利益為最重要的依歸之外，並沒有提供具體的判斷標準。因之，學者研究發現，子女最佳利益原則的內涵可能隨著不同價值觀或意識形態而有所不同[38]，如此不僅可能造成法院判斷標準不明確，更可能過於依賴法官個人的態度或好惡，而使得判決結果難以預測[39]。法規範過於抽象以及判決結果難以預測所產生的結果，不僅可能降低法院決定的一致性與適切性，更將影響當事人進行協議的意願與態度，也出現學者所稱「在法律（規範/制度）的陰影下協議」的現象[40]。事實上，父母離婚後若能妥善對子女權利義務的行使

[35] 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).

[36] Chao-Ju Chen, *The Chorus of Formal Equality: Feminist Custody Law Reform and Fathers' Right Advocacy in Taiwan*, 28 CANADIAN JOURNAL OF WOMEN AND THE LAW, 145 table 5 (2016).

[37] MARTHA FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER: THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTY CENTURY TRAGEDIES (1995).

[38] Katharine T. Bartlett, *Comparing Race and Sex Discrimination in Custody Cases*, 28 HOFSTRA L. REV. 877, 883-884 (2000).

[39] For example, please *see* Steven N. Peskind, *Determining the Undeterminable: The Best Interest of the Child Standard As An Imperfect But Necessary Guidepost to Determine Child Custody*, 25 N. ILL. U. L. REV. 449, 459 (2005).

[40] Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88

負擔加以協議，而不須對簿公堂，相互指責，應有利於雙方和諧與提供未成年子女健康成長之環境。但在法律規範與判決結果皆難以預測的法制環境之下，可能使得父母雙方都認為各自在訴訟中有勝算，而不願誠心誠意的進行協議。如此一來，父母在法律程序的攻防中不斷加深彼此的衝突，夾在父母中間的子女更勢必要承受不安與傷害。因此，如何尋找到一個明確的判斷標準，可以具體化（或替代）抽象的子女最佳利益原則，以降低法院恣意的可能性，又能鼓勵父母進行協議與合作，減少子女承受父母衝突所產生的壓力與創傷，就成為美國法發展的動力與重心之所在。

在此過程中所發展出的主要照顧者（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。該原則在我國實務上亦為法院決定子女最佳利益的重要判斷標準之一[41]，其強調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，體現子女最佳利益的精神[42]。也因為此一標準較為具體透明，因此父母雙方以及律師專家們較容易預測法院判決，以避免過度訴訟撕裂彼此的關係[43]。不過，由於大部分家庭中仍是母親花較多時間與心力照料未成年子女，因此採用主要照顧者原則的結果，似乎仍然無法解決深化傳統性別分工的問題[44]。更重要的是，除了事實上明顯僅有一位主要照顧者的情形之外，現代多數家庭的父母親雙方對於育兒工作都有程度不一的參與，此時要如何評價何人為「主要」照顧者，就成為一個難題；想要藉由採用主要照顧者以減少訴訟的目標，似乎也難以達成。甚至有研究發現，美國明尼

YALE L.J. 950 (1979).

[41] 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 2013 年 12 月修正之民法第 1055 條之 1 規定，月旦法學雜誌，234 期，頁 198（2014）。

[42] GOLDSTEIN, FRUED & SOLNIT, BEYOND THE BEST INTEREST OF THE CHILD 31-35 (1979).

[43] 例如，明尼蘇達州法院曾就持此觀點，將主要照顧者原則作為判斷子女最佳利益的替代原則。Pelase *see* Pikula v. Pikula, 374 N.W.2d 705, at 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, 478 S.E.2d. 357, 363 (W.Va. 1981).

[44] Rebecca E. Hatch & Leann Michael, *Gender Bias as Factor in Child Custody Cases*, 131 AM. JUR. PROOF OF FACTS 3d 457, §1 (2013).

蘇達州法院自從採取主要照顧者原則之後，子女親權案件的數量竟然不減反增[45]，原因是父母雙方爭相對過去親子間的日常生活，進行鉅細靡遺的檢視與爭執，以強化自己主張為子女之要照顧者（或削弱對方主張）的機會。這樣的結果也促成明尼蘇達州立法明文要求，主要照顧者原則不得作為法院酌定親權的唯一或優先考量，而僅得作為數個具體考量依據之一。換言之，立法者要求法院應對子女最佳利益進行綜合判斷，而不得採取單一原則替代之[46]。

2.3 繼續性原則

在主要照顧者之外，另一個重要的具體標準為繼續性原則（past caretaking）。其與前述主要照顧者原則的共同特徵是，兩者同樣都以過去到現在（父母離婚前）的父母子女關係來決定未來（父母離婚後）子女權利義務如何行使負擔。也就是說，法院傾向盡量維持未成年子女所受到的照顧模式，使其即使在父母離婚之後也可以在相對穩定的環境下成長。如此一來，法院的決定乃基於過去的客觀事實，而可以避免法院以主觀價值判斷來預測子女的未來或利益。不過，繼續性原則與主要照顧者原則仍存有實質上的差異。採用繼續性原則時，不需要決定何人為子女的主要照顧者，而只要大致維持親子關係與父母分工的現狀即可，因此，此原則又被稱為近似原狀原則（approximate rule）[47]，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。此原則係由美國法學者 Elizabeth Scott 率先主張[48]，之後美國法協會（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）倡導[49]，該原則除了仍然強調維持未成年子女於父母離婚後，得以

[45] Gary L. Crippen & Sheila M. Stuhlman, *Minnesota's Alternatives to Primary Caretaker Placements: Too Much of a Good Thing*?, 28 WM. MITCHELL L. REV. 677 (2001).

[46] Gary L. Crippen, *Stumbling Beyond Best Interest of the Child: Reexamining Child Custody Standard-Setting in the Wake of Minnesota's Four Year Experiment with the Primary Caretaker Preference*, 75 MINN. L. REV. 427 (1990).

[47] Elizabeth S. Scott, *Pluralism*, *Parental Preference, and Child Custody*, 80 CALIF. L. REV. 615 (1992) (arguing that in response to the pluralism in terms of parenting roles, the past patterns of care).

[48] Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations §2.08(1) (2002).

[49] 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

在熟悉穩定的環境中成長，符合子女最佳利益之外，更有破除性別刻板印象，回應美國社會中父母角色與親子關係多元化趨勢的優點[50]。在許多父母已經脫離傳統男主外女主內的窠臼，雙方對於子女照顧均有貢獻的情形下，一味的依賴傳統性別角色（幼年原則）或執著於由父母之一方負責照顧子女日常生活起居（主要照顧者原則），不但無法適切反映親職分工多元化的現狀，更無法有效解決爭端，增進子女利益。反之，繼續性原則不再拘泥父母的性別角色，也無須在父母之間決定何人為主要照顧者，而是忠實的反映過去父母子女的互動狀況，並以此為基準，來衡量與分配父母離婚後如何（繼續）分擔子女權利義務的行使負擔。對於子女而言，若父母離婚之後，生活環境與模式沒有太大的變動，可以減少父母離婚所受到的心理衝擊，亦有利於子女的身心穩定成長。另一方面，對父母而言，其一直以來對於子女的照顧分工能夠得到適度的肯認與維持，而對法院而言，過去親職角色分工與貢獻程度，可以相當程度的反映父母個別的親職能力以及與子女的關係。此外，該原則以過去事實為裁判依據，不僅可以避免法院恣意之嫌，也因為結果相對容易預測，有利於當事人自行協調達成共識，進而減少父母之間的對立與訴訟[51]。

不過，以美國法的經驗看來，在執行面上，如何將過去父母照顧子女的時間與分工轉換成為離婚後父母分擔子女權利義務的基準，並不如想像中的容易，也無法避免之前主要照顧者原則所面臨的困境。一旦法院以繼續性原則作為主要的判斷標準，無異為離婚後的父母開闢一個新的爭訟戰場：鼓勵雙方逐項爭執計算離婚前與子女的相處時間與互動內容等細節，以爭取更多子女身心教養的時間[52]。此外，也有論者認為該原則過度重視過去父母照顧子女的時間長短，而可能

則。VA. CODE §48-9-206(a) (2009).

[50] Scott, *supra* note 47, at 636-637.

[51] *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 behavior during negotiation in their last case that proceeded to trial).

[52] 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).

忽略照顧的品質與能力，也忽略了離婚後父母各自生活型態的變動，實在難以維持（或近似）原來的分工狀態[53]。更有兒童心理學家為文批評此原則缺乏科學實證，尤其離婚前父母子女的互動關係如何公平妥適的衡量評價，即使在該領域的專家之間也尚難有共識[54]，在此情形下，法院要以之作為裁判的唯一或主要客觀標準，恐怕也必須面臨種種困難與質疑。

2.4 善意父母條款

在美國法實務上，父母離婚後，為保障未成年子女仍得與父母雙方維持互動關係，避免行使親權的一方妨礙他方與子女會面交往的權利，許多州陸續立法增設所謂「善意父母條款」（the friendly parent provision），使之成為法院判斷子女最佳利益時所應該考量的因素之一。例如，維吉尼亞州（Virginia）州法要求法院在考量離婚後子女權利義務行使負擔的案件時，必須考量以下兩點：（1）父母對於支持子女與他方父母會面交往及維持關係之態度與傾向，包括是否會無理的拒絕他方與子女的接觸；（2）父母各自與子女維持緊密持續關係之意願與能力，以及父母與他方協調解決和子女相關爭端的能力[55]。此條款的立意良善，但根據學者研究發現，善意父母條款實際上的影響遠比立法者的設想來得深遠。許多關係不和睦的父母之間，常用「善意」的放大鏡檢視彼此的態度與行為，想盡辦法把對方貼上「非善意父母」的標籤，以爭取對自己較有利的判決。如此一來一往，不但鼓勵父母維持友善和諧關係的原意無法達成，反而變相鼓勵父母互相找碴，互相指控，反使得子女變成最大受害者[56]。這個現象在涉及家庭暴力問題時，就更為複雜。即使父母一方認為他方對子女有家庭暴力的事實，但是除非

[53] *Id*. at 142-143.

[54] Michael E. Lamb, *The "Approximation Rule": Another Proposed Reform that Misses the Target*, 1 CHILD DEV. PERSP. 135-36 (2007).

[55] "The propensity of each parent to actively support the child's contact and relationship with the other parent, including whether a parent has unreasonably denied the other parent access to or visitation with the child" and "the relative willingness and demonstrated ability of each parent to maintain a close and continuing relationship with the child, and the ability of each parent to cooperate in and resolve disputes regarding matters affecting the child.". *See* VA. Code. ANN. 20-124.3(6)-(7) (2004).

[56] Margaret K. Dore, *The "Friendly Parent" Concept: A Flawed Factor for Child Custody*, 6 LOY. J. PUB. INT. L 41 (2004).

有十足的證據，否則也不敢提出，以免最後家庭暴力的指控落空之餘，反而被指控為非善意的父母[57]。論者因此憂心，即使此條款之立意在減少父母間無謂的指控與爭執，但同時也可能使得家庭暴力等對子女不當的對待更加難以被揭露，不但懲罰想要保護子女的父母，子女的身心健康與安全也會受到嚴重的威脅[58]。因應此種批評的聲浪，許多州法因此修正，在子女親權行使負擔的案件中，家庭暴力的指控被規定為可被推翻的推定（rebuttable presumption），將家庭暴力事項的舉證責任轉換[59]，以避免為了要增進父母友善和諧的關係，反而姑息了家庭暴力對子女的傷害。

我國親屬法在 2013 年進行修正，針對第 1055 條之 1 規定法院依子女最佳利益進行判斷時應特別注意之事由，增列第 6 款：「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」，亦即將善意父母條款列為子女最佳利益的考量因素之一。善意父母條款的立法，除了要增進子女與父母之間維持穩定和諧的關係之外，主要原因是避免父母親有爭奪子女，或以不當的行為（例如擅自將子女帶出國、在訴訟程序前或訴訟中隱匿子女、不給他方探視子女等等），造成照顧子女之現實，希望藉此行為取得親權酌定的優勢[60]。由此可知，我國法增列善意父母條款的目的，不僅在確保子女與父母雙方關係的維持與會面交往，更在於導正社會對於主要照顧者原則或繼續性原則的誤解或誤用[61]。

2.5 未成年子女之意願

依照聯合國兒童權利公約第 12 條規定，「1. 締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示意見，其所表示之意見應依其年齡及成熟度予以權衡。2. 據此，應特別給予兒童在對自己有影響之司法及行

[57] *Id*. at 47-48.

[58] *Id*. *See also*, Joan S. Meier, *Domestic Violence, Child Custody, and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining The Solutions*, 11 AM. U.J. GENDER SOC. POL'Y & L. 657 (2003).

[59] Annette M. Gonzalez & Linda Rio Reichmann, *Representing Children in Civil Cases Involving Domestic Violence*, 39 FAM. L.Q. 197, 198 (2005).

[60] 立法院公報，第 102 卷第 71 期院會紀錄，頁 168-169（2013）。

[61] 劉宏恩，前揭註 41，頁 205。

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。」在父母離婚後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與需要，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」。可見目前國際上以及我國法的立法方向均朝向尊重子女意見以及表達意見的權利。

在美國法上，近年來對於子女的表意權以及子女意願的尊重也日漸重視，各州在法律上，幾乎都將子女意願作為法院酌定父母離婚後親權行使的考量因素之一，但實際上法院應如何聽取子女的意見，以及子女意願應如何影響法院的決定，仍然充滿爭議，尚無定論。爭議的問題包括：未成年子女的意見是否應由法院直接聽取（judicial interview）？程序上應如何處理？法院在聽取子女意見時，父母（及其律師）是否應在場？或是僅由法官單獨聽取子女意見？此過程是否應作成筆錄？是否應公開（於判決或其他卷證之中）、是否應使父母也有機會對子女所言進行回應或提問？更細節的問題也包括法院在聽取子女意見時，應注意的事項以及應採取的詢問方式（直接詢問子女希望由哪一方行使親權或是採用間接的詢問方式？）。有鑑於由法院直接聽取子女意見尚有許多爭議，因此實務上也多有由專業人士或子女的獨立代表人、程序監理人或律師與子女溝通，由其代為向法院表達子女意見或意願的作法[62]。此外，另一個爭議的重點在於法院對於子女所表達的意願應如何評價？雖然目前仍然認為此問題尚難提出原則或通論，需視不同案件事實與子女狀況來決定，不過，仔細考察美國法院實務上的作法，仍然可以發現幾個共同的考量因素：包括未成年子女的年齡與身心成熟度、子女的意見是否（可能）受到某一方父母影響（例如受到父母意見的操控、子女意見是否出於對一方父母的同情、是否有忠誠矛盾等），以及子女所表達的意見

[62] Please *see* Barbara A. Atwood, *The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform*, 45 ARIZ. L. REV. 629 (2003); Donald G. Tye, *The Preferences and Voices of Children in Massachusetts and Beyond,* 50 FAM. L.Q. 471 (2016).

是否將影響未來子女與父母的親子關係等等。

在我國法對於子女表意權利以及子女意願的尊重之下，我國法院在父母離婚後親權酌定案件中對於子女的意願也相當重視。不過，表意權如何具體落實，以及對於子女意願如何評價？子女意願對於親權酌定有何實際的影響？其與實現子女最佳利益的關連如何？值得進一步的觀察討論。

由於子女最佳利益原則的抽象性質，因此發展出前述的各個原則或具體判斷標準，以協助法院進行個案審理與判斷。不過，在實務上以及具體個案中，這些具體標準究竟如何適用？有衝突時如何取捨？或如何調和？在我國法與社會家庭生活的脈絡之下，子女最佳利益原則在法院的裁判中呈現何種樣貌？其究竟如何適用與落實？此一問題，在學術以及實務上均有相當重要性，更對子女與父母雙方的權益有重大影響，值得詳細的探究。

3. 子女最佳利益原則與性別平等原則的相互影響

從子女親權事件的法律發展歷程來看，長久以來，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：我國傳統的父權原則就是以性別來決定父母離婚後子女親權的歸屬；而美國法傳統上也是強調父權原則，在父權原則被幼年原則取代之後，性別因素的地位並沒有消失或減輕。幼年原則的依據是以傳統性別刻板印象為基礎的親職角色分工架構，也因此，從父權原則過渡到幼年原則的發展僅僅意味著在子女親權爭議案件中，法律上的優勢從父親移轉到母親身上。但幼年原則因為不符合性別平等原則而受到抨擊，最後也被子女最佳利益原則所取代。

不過，即使子女最佳利益原則的興起與性別平等原則的發展有相當關連，但是子女最佳利益原則與性別平等原則之間究竟有何關係？又在子女最佳利益原則的具體化過程中，性別因素所扮演的角色如何？法院在父母離婚後未成年子女親權裁判之上是否也能夠（或應該）遵守或促進性別平等原則？換另一種角度來思考：法院在依據民法規範所要求的「子女最佳利益原則」之下所進行的裁判，是否也能合乎我國憲法、國際公約，以及修正後民法所揭櫫的性別平等之精神？此

一問題，值得進一步的探討。

3.1 子女最佳利益原則與性別平等原則的關係

子女最佳利益原則的興起，與父權體制的衰退有直接的關連。在司法院大法官作成數個解釋，宣示憲法第 7 條性別平等原則在家庭場域中亦有適用之後，推促了親屬法的修正，立法者以性別平等原則與子女最佳利益原則取代傳統的父權優先原則，不僅合乎我國憲法的要求，更符合國際公約對於性別平等（CEDAW）與兒童權利（CRC）保障的精神。不過，值得討論的是，性別平等原則與子女最佳利益原則兩者的關係如何？

就離婚後父母對未成年子女親權行使事件而言，我國民法規定明文要求法院為裁判時應依子女最佳利益，此規定符合聯合國兒童權利公約第 3 條對所有締約國的要求：「所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關所為，均應以兒童最佳利益為優先考量」。由於子女最佳利益原則較為抽象，因此，如何落實該原則以維護或促進子女利益，成為各方討論的焦點。尤其，由於該原則的落實無法自外於與法律與社會生活的背景脈絡，而子女最佳利益原則又可能得以承載各種子女利益之名的價值判斷，因此，縱使是子女最佳利益原則原來所要取代的父權優先意識，也可能藉由「子女最佳利益」之名，繼續影響著未成年子女的權利義務行使負擔的決定。美國學者在較早的研究就發現，在立法者明定子女最佳利益原則作為父母離婚後子女親權酌定依據的情形下，父母的性別因素（尤其表現於傳統性別分工的刻板印象或對於母職的期待上）仍然透過法院對子女最佳利益原則的適用與解釋，持續地影響子女的權益[63]。若由於法院過份強調父母的性別因素，而導致攸關個別子女利益之具體考量被忽略或被掩蓋，則可能造成徒有子女利益之名，卻無法維護或促進子女最佳利益的問題。

另一方面，在我國大法官的解釋之下，平等原則從來就不是要求「絕對、機

[63] Susan Beth Jacobs, *The Hidden Gender Bias Behind "The Best Interest of the Child" Standard In Custody Decisions*, 13 GA. ST. U. L. REV. 845 (1997).

械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等」[64]。大法官在釋字第365號、第410號等解釋中，宣示性別平等原則在婚姻家庭之中亦有適用，其意旨也是在保障不同性別之父/母（夫/妻）在法律上地位的實質平等。因此，在父母離婚後子女親權酌定的事項中，性別平等原則的適用也並非是機械式的平等，而是避免因為法律的規範或適用，而形成以性別為分類，無正當理由之差別待遇[65]。具體而言，在子女親權酌定案件中，若僅以父母的性別作為唯一的判斷標準，且無正當理由支持父母之性別與子女最佳利益的維護或促進有實質之關聯，例如我國舊民法所規範的父權原則（父權優先行使親權），或是美國法過去所採用的幼年原則（母親優先行使親權）等作法，則可能有違反性別平等原則之疑慮，同時也無法符合子女最佳利益原則的精神。在此意義之下，性別平等原則在子女親權事件中的重要性，不僅在於父母親權的平等保障，更重要的意義應在於將親權酌定判斷的焦點放在具體個案的未成年子女與其父母之上，避免父母性別因素凌駕於子女利益的具體考量之上。因之，子女最佳利益原則與性別平等原則兩者雖然強調的重點各有不同，然不但未有相扞格之處，反而得以相輔相成。

3.2 子女最佳利益原則內涵中的性別因素

就目前實務的作法而言，幼年原則在我國實務上仍有適用，可見母親角色（尤其對於年幼子女）的特殊性以及對於母職的刻板印象與期待，仍然受到法院的肯認，並沒有在子女最佳利益原則的價值判斷中消失。即使隨後所發展的主要照顧者或繼續性等具體原則，其也往往立基於性別分工的現實。在美國法的實踐上，父母離婚後未成年子女與母親同住，與父親定期會面交往並由其支付扶養費（child support），直到最近都是美國實務的主流。該現象引發許多討論與質疑，認為此無異肯認離婚後父親僅負責提供扶養費滿足子女的經濟需求，但是卻無法頻繁的與子女接觸，更無從發展親密的親子關係[66]，此不但對父親不公平，

[64] 司法院釋字第485號解釋參照。

[65] 司法院釋字第666號解釋參照。

[66] For example, please *see* Solangel Maldonado, *Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent*, 153 U. PA. L. REV. 921 (2005).

更不符合子女最佳利益。這樣的論點在父親權利運動（fathers' rights movement）的出現後蔚為風潮，其強調父親角色的重要性以及父親的權利，在法制面提倡去除性別偏見，增加離婚後父親與子女接觸的時間，並應以父母共同行使親權為原則[67]。此正是美國目前法制發展趨勢——由父母共同行使子女身心照顧上權利義務的主要背景[68]。

我國法的發展與美國雖然也有類似之處，但性別因素的脈絡卻不盡相同。民法修正之後，父權原則被子女最佳利益原則所取代，也因此父親對於離婚後未成年子女的親權行使不再具有絕對的優勢。從法院裁判觀之，法院酌定由母親單獨行使親權的比例大於父親[69]，而從戶政登記的資料觀察，則似乎仍以父親單獨行使親權的比例較高[70]，不過，由於父母離婚後子女親權行使的歸屬並非為依法應登記事項，因此前述戶政機關的登記紀錄，尚無法呈現父母自行協議子女親權行使負擔決定之全貌，僅能提供部分參考。此外，相較於美國許多州法（例如加州）已明文禁止法院以父母的性別作為決定子女之親權行使歸屬有利或不利的考

---

[67] Nancy E. Dowd, *Rethinking Fatherhood*, 48 FLA. L. REV. 523 (1996).

[68] Herma Hill Kay, *No-Fault Divorce and Child Custody: Chilling Out the Gender Wars*, 36 FAM. L.Q. 27 (2002).

[69] 依司法統計「地方法院離婚事件附帶子女監護權歸屬」案件中，民國 101 年總案件（以人計算）量為 1,448 人，父單獨監護比例為 33.77%（489 人），母單獨監護比例為 61.05%（884 人件）；民國 102 年總案件量為 1,309 人，父單獨監護比例為 34.91%（457 人），母單獨監護比例為 57.91%（758 人）；民國 103 年總案件量為 1,950 人，父單獨監護比例為 35.08%（684 人），母單獨監護比例為 59.33%（1,157 人）父母共同行使比例為 4.9%（96 人）；民國 104 年總案件量為 1,690 人，父單獨監護比例為 33.37%（564 人），母單獨監護比例為 60.83%（1,028 人）父母共同行使比例為 5.3%（91 人）；民國 105 年總案件量為 1,757 人，父單獨監護比例為 29.03%（510 人），母單獨監護比例為 64.43%（1,132 人），父母共同行使比例為 5.5%（98 人）；民國 106 年總案件量為 1,726 件，父單獨監護比例為 30%（519 人），母單獨監護比例為 62.5%（1080 人），父母共同行使比例為 6.7%（117 人），其他為 0.5%（10 人）司法統計，http://www.judicial.gov.tw/juds/report/sf-18r3.htm（2019/12/15，造訪）。

[70] 依戶政司人口統計「未成年子女權利義務行使負擔人數按性別、原因及歸屬分」，民國 102 年父母離婚之未成年子女為 61,456 人，父單獨監護比例為 51.51%（31,655 人），母單獨監護比例為 48.49%（29,801 人）；民國 103 年父母離婚之未成年子女為 59,618 人，父單獨監護比例為 43.68%（26,042 人），母單獨監護比例為 37.44%（22,322 人）；民國 104 年父母離婚之未成年子女為 59,056 人，父單獨監護比例為 43.13%（25,470 人），母單獨監護比例為 37.03%（21,866 人）；民國 105 年父母離婚之未成年子女為 59,937 人，父單獨監護比例為 41.84%（25,080 人），母單獨監護比例為 38.09%（22,833 人）；民國 106 年父母離婚之未成年子女為 58,252 人，父單獨監護比例為 40.56%（23,630 人），母單獨監護比例為 38.88%（22,651 人），父母共同行使比例為 20.5%（11,971 人）戶政司人口統計資料，http://www.ris.gov.tw/fr/346（2019/12/15，造訪）。

量[71]，我國民法並未有類似規範。值得注意的是，我國民法第 1055 條之 1 第 1 項第 1 款中規定要求對於子女的年齡以及「性別」應特別注意[72]。立法者要求法院應特別注意子女的性別有何特別目的？法院在考量子女的性別之時，是否也因此會同時考量父母的性別？與之相關的，所謂「同性別原則」（亦即父親比較適合照顧男孩，母親比較適合照顧女孩），在目前實務上如何被運用，又此一考量的依據何在？也值得考察。

另一方面，「主要照顧者原則」以及「繼續性原則」的適用，是否在目前傳統性別分工持續影響之下，深化了親職分工的性別刻板印象？此類原則雖然強調子女與主要照顧者對目前生活環境的聯繫與羈絆，看似中性客觀並無性別意涵，但是若將上述原則置於傳統家庭觀念與生活運作脈絡之下，就會發現，性別分工、親職的傳統觀念，以及從夫居等觀念或社會生活型態，將會使得主要照顧者原則以及繼續性原則的適用，充滿濃厚的性別意義：全職母親在主要照顧者原則的適用獲得「優勢」的同時，在職場工作的父親或母親所分擔的育兒工作應如何評價？又如何深化了家庭之中性別分工的傳統價值？此外，法院如何認定主要照顧者？又由於父母分居而發生子女照顧狀況的改變時，法院如何認定主要照顧者？進一步言，我國傳統社會家庭生活習慣，尤其是從夫居或由家人長輩協助照顧子女的家庭運作實況，是否可能使得性別因素也藉由「繼續性」原則或「主要照顧者」原則間接的影響了法院對子女親權行使的酌定？

由於子女最佳利益原則的適用必然與我國的法制環境，以及社會家庭脈絡息息相關，因此，欲瞭解性別因素對於未成年子女親權酌定案件中所扮演的角色，以及影響如何，除了參考比較法經驗之外，更重要的應該是針對我國實務現況進行分析解讀。本研究將從法院裁判的內容來探討性別因素對父母離婚後未成年子

[71] According to the California Family Code, "(a) Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child… (1) To both parents jointly…or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court should consider, …, and shall not prefer a parent as custodian because of that parent's sex…." CAL. FAM. CODE § 3040.

[72] 有法院即認為從民法第 1055 條之 1 第 1 項第 1 款規定，應注意子女之年齡、性別、人數及健康情形，要求法院應特別注意子女年齡的規定，可以作為幼兒從母原則的依據。請參見臺中地院 105 年度家親聲字第 5 號民事裁定。

女親權酌定案件直接與間接的影響，以及與性別平等原則的關係如何，希望有助瞭解現況並且釐清需要進一步探討的問題。

3.3 單獨 vs. 共同行使負擔子女權利義務

近年來，在美國法實務上，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，朝向積極鼓勵父母共同行使負擔子女親權的方向發展。過去美國法實務的主流：父母一方單獨行使負擔子女權利義務，而另一方則與子女會面交往的作法，從二十世紀晚期開始逐漸受到挑戰。美國社會在父親權利運動（fathers' rights movement）[73]大力鼓吹、家庭法制性別中性化，以及大量研究支持子女與父母雙方應盡量維持日常頻繁聯繫與接觸的影響之下，共同行使子女親權或親職分擔（shared parenting）已儼然成為子女最佳利益原則的最新替代原則，也成為各界激烈論戰的焦點[74]。此一作法是否也可能成為能夠兼顧性別平等原則與子女最佳利益原則的「兩全其美」之法，美國的發展值得觀察，但對於我國法的啟示又是如何？值得進一步的探討。

在鼓勵親職分擔的新架構之下，法院不必費盡心力在父母兩者之間選擇一方來行使親權，親權訴訟中也不再有明顯的勝敗之分。父母共同行使負擔子女權利義務的基本精神，在於強調離婚後的父母原則上應共同負責，並積極參與未成年子女的成長；而子女也得以在父母離婚之後，與父母雙方都能維持具有實質意義的親密聯繫關係。從加州開始，全美有愈來愈多的州立法允許並鼓勵父母共同行使負擔子女權利義務，更要求法院為子女親權酌定之時，應確保子女與父母雙方盡量維持頻繁而緊密的接觸[75]。所謂的共同行使或親職分擔，包括對子女權利義務法律上（包括子女的健康、教育、宗教、福利等等決定）的共同行使負擔

[73] *See* generally Dowd, *supra* note 67.

[74] DiFonzo, *supra* note 24, at 213, 215-216.

[75] For example, the statute of Iowa requires the court "shall make a custody award which will assure the child the opportunity for the maximum continuing physical and emotional contact with both parents after the parents have separated or dissolved the marriage, and which will encourage parents to share the rights and responsibilities of rising the child unless direct physical harm or significant emotional harm to the child, other children, or a parent is likely to result from such contact with one parent." IOWA CODE ANN. § 598.41 (West).

（legal custody, or 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, or parenting time）[76]兩種類型。因此，所謂親權共同行使負擔（或親職分擔），其實並不是一個固定的概念，而是代表著父母親職分擔的諸多可能性：從父母雙方各自負擔子女身心照顧的一半時間，到父母僅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。值得注意的是，目前美國實務上發展的方向，並非僅止於法律上的共同行使負擔，而是積極朝向使父母雙方共同行使負擔子女身心照顧，實際分享親職時間。親職分擔的具體意義，在各州實務上的意義不一，從父母任一方至少負擔 25%的親職時間，到雙方各 50%的時間都有適例[77]。

美國法的發展趨勢，意味著子女最佳利益原則背後所代表的價值觀念發生了重大的改變。在父母離婚後由父母一方單獨行使親權為原則的架構下，法院在審酌案件時著重於釐清父母子女（過去到現在）的互動關係，前述主要照顧者原則或繼續性原則等替代原則也在此背景之下出現。法院藉由盡量減低未成年子女所受到的變動與衝擊，或維繫子女與主要照顧者的親密聯繫，以確保子女利益。不過，在鼓勵朝向親職共同分擔的法律架構下，子女最佳利益的實現重點無異逐漸轉為強調「未來」：確保或建構未來子女與父母雙方具有實質緊密的聯繫[78]，至於過去父母子女互動的狀況，則不必然會直接反映到法院裁判的結果[79]。因此，父母子女互動狀態或照顧時間長短等過去事實認定的重要性就大為降低，法院在判斷時也著重於評估子女未來是否與父母雙方有實質足夠的時間接觸相處，以積

[76] Marsha Kline Pruett & J. Herbie Difonzo, *Closing the Gap: Research, Policy, Practice, and Shared Parenting*, 52 FAM. CT. REV. 152, 153-154 (2014).

[77] 例如，內華達州（Nevada）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). 猶他州（Utah）的立法則直接規定任一方父母至少負擔 30%的照顧時間，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.

[78] Linda Nielsen, *Shared Physical Custody: Does it Benefit Most Children*?, 28 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 79 (2015).

[79] 不過，西維吉尼亞州（West Virginia）仍然堅持 ALI 所建議的繼續性原則（approximation approach），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) (l-8).

極促進子女最佳利益。

父母共同行使親權（尤其是身心照顧），不僅可以使父母雙方積極參與子女的成長，增加子女與父母雙方的實質聯繫，也降低了性別因素在子女親權行使案件中的影響。在單獨行使親權的原則之下，由於通常母親花較多的時間與心力照顧子女，因此，在子女親權案件中，無論用何種具體標準，似乎都對母親較為有利。相對而言，在親職分擔原則之下，離婚後的子女親權行使與過去家庭中性別分工的關係較不直接，性別因素的影響也較為減弱。不過，親職分擔原則的問題在於父母是否可能在良好友善的前提下共同行使親權，也因此有善意父母條款（或原則）的出現。假若父母無法保持基本的合作關係，則共同行使親權的結果可能是無盡的爭吵與相互為難，甚至成為兩造訴訟的延長陣線，而夾在其中的子女可能未蒙其利，先受其害，無法符合子女最佳利益原則的精神。因此，共同行使親權的前提，應該是具有成熟行為態度與友善關係的父母，在彼此都同意離婚後可以分享與參與子女成長的情形下，才會是符合子女最佳利益的選擇[80]。基於上述的考量，美國也有許多州要求親職分擔原則主要於父母雙方同意的情形下適用[81]。

我國法原來就允許父母在離婚後協議，以決定單獨或共同行使負擔對未成年子女的權利義務，關於共同行使親權是否應作為子女最佳利益的具體原則，我國學者有認為此作法利於維持子女與父母雙方的聯繫，而值得鼓勵者[82]；不過，也有學者對共同行使親權在大部分情形的可行性，尤其是否能夠增進子女利益，提出質疑[83]。在進行應然面的討論之前，本研究認為應將先就目前實務上對於共同行使或單獨行使親權的態度進行考察，並探究其所採取的審查標準或考量，以觀

[80] Braiman v. Braiman,378 N.E.2d 1019, 1021 (N.Y. 1978) (stating that "…joint custody is encouraged primarily as a voluntary alternative for relatively stable, amicable parents behaving in mature civilized fashion….As a court-ordered arrangement imposed upon already embattled and embittered parents, accusing one another of serious vices and wrongs, it can only enhance familial chaos").

[81] For example, please *see* CAL. FAM. CODE §§3002, 3080 (West 1993).

[82] 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，265 期，頁 114（2017）。

[83] 劉宏恩，前揭註 41，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，98 期，頁 63-64（2011）。

察法院如何在我國的社會家庭生活脈絡下，安排父母離婚後雙方與子女的互動關係，以符合子女最佳利益原則的要求。

3.4 家庭暴力

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棘手的問題。究竟家庭暴力問題如何影響子女利益？而在法院審理的過程中，對於父母一方所提出家庭暴力的指控究竟應如何評價？從美國法的經驗觀察，大多數州法都將家庭暴力列為法院酌定子女親權行使案件時必須考量的因素[84]，但即使如此，似乎仍然未能解決家庭暴力問題在子女親權酌定事件中所引發的種種爭議。一來，家庭暴力往往不易證實，如果當事人沒有在第一時間保留證據，法院就可能難以判斷。其次，即使當事人能夠提出明確證據，在許多州法規定家庭暴力只是供法院考量的數項因素之一的情形下，法院還是有可能在進行綜合判斷之後，選擇由各方面條件較適合之父母一方，來擔任未成年子女的親權人或主要照顧者，縱使其曾為家庭暴力的加害者[85]。此外，家庭暴力的成因相當複雜，有些家庭暴力問題的背後隱含著性別權力不平等或性別控制關係的存在，也因此，前述美國法以父母共同行使負擔子女親權為原則，以及許多州所立法的善意父母條款、強制調解等規定，就引起關心性別平等以及女性權益之論者強烈的批評，認為對家庭（婚姻）暴力的受害者（尤其為女性）而言不僅不公平，更有人身安全的疑慮。因應此種擔憂，各州陸續立法對家庭暴力的案件與受害人進行特別考量[86]。更重要的是，為了保護未成年子女免於受到家庭暴力的威脅，全美已有超過 20 個州，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。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、

[84] Nancy K.D. Lemon, *Statutes Creating Rebuttable Presumptions Against Custody to Batterers: How Effective Are They?*, 28 WM. MITCHELL L. REV. 601, 619-20 (2001).

[85] *See* Nancy Ver Steegh, *Differentiating Types of Domestic Violence: Implications for Child Custody*, 65 LA. L. REV. 1379, 1387 (2005).

[86] 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.

對他方，或在家中對第三人施以暴力[87]。施暴者若要推翻此推定，就必須證明由其行使子女權利義務乃合乎子女最佳利益，或符合法律規範的要求，例如，完成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[88]。不過，對此各州的規範內容不一，效果也各有不同。例如，佛羅里達州（Florida）法對於啟動該不利推定的要件有嚴格限制，要求該家庭暴力必須為經刑事判決確定的重罪，如此高的門檻也代表適用案件必然稀少[89]。而明尼蘇達州（Minnesota）法則規定該不利推定僅適用於子女權利義務由父母共同行使負擔的情形，並不適用於父母一方單獨行使親權的情形[90]。此外，一旦滿足家暴推定的要件，親權裁判的程序就會更為複雜冗長。也有報告指出，假若家暴推定的規定不夠明確，反而影響到法院核發保護令的態度，使之趨於保守，或是有法官仍將發生家庭暴力之案件裁定為父母共同行使親權等種種問題都將產生[91]。因此，論者普遍認為立法者應將該規定的定義、定位以及適用的範圍做更清楚的規範，才能使該規定得以真正發揮作用。

我國的家庭暴力防治法第 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。」，本規定與前述美國法對於家庭暴力之加害者進行不利推定的規定相當類似。以美國的經驗觀之，此規定也可能在我國實務上發生以下問題：首先，啟動推定的要件定義如何？是否有重新思考定義的必要性？家庭暴力防治法第 1 條的定義，「家庭暴力」的範圍事實上相當廣泛，是否所有類型與所有程度的家庭暴力都適合啟動不利子女的推定？又如何認定？其次，一旦受到推定，該推定可以如何推翻？美國法的設計是要求家庭暴力的行為人必須提出

[87] Sapna Kishnani, *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, 290-297 (2016).

[88] Zoe Garvin, *The Unintended Consequences of Rebuttable Presumptions to Determine Child Custody in Domestic Violence Cases*, 50 FAM. L.Q. 173, 178 (2016).

[89] 1994 Fla. Laws 721-50. Lemon, *supra* 84, at 642.

[90] 1990 Minn. Laws 2123-43.

[91] Garvin, *supra* 88, at 178-182.

足以推翻推定的證據（舉證責任的轉換），或是必須滿足法律規範所列的要求（例如完成家庭暴力處遇或親職教育課程等等），但我國家暴法對此似乎沒有規定。假若如前述法院所言，該推定可以經由法院斟酌具體資料來推翻，則該不利推定的規定就幾乎沒有規範實益，因為就我國民法第 1055 條以及 1055 條之 1 之規定，法院為子女親權之酌定時，「應依子女最佳利益，斟酌一切情狀……」，因此，即使沒有家暴法的規定，法院也必須考量家庭暴力行為是否對子女有不利之情形。故除了有必要清楚規範推翻該推定的要件之外，尚需釐清的是，在父母家庭暴力的實施對象並非未成年子女，而係父母之他方時，該推定是否仍然適用[92]？又該不利推定是否僅適用於共同行使親權的情形（如美國某些州法所規定）？或是共同行使與單獨行使皆有適用？為了釐清上述問題，有必要對於實務的作法進行全面的瞭解，以進一步探討家庭暴力因素在我國子女親權裁判實務中扮演如何角色？其與子女最佳利益及性別平等原則的關係為何？

[92] 陳竹上、黃有志，壞先生是否也是壞爸爸？：家庭暴力防治法第 43 條之理論與實證分析，高雄師大學報，36 期，頁 82-83（2014）。

肆、研究過程：範圍設定與檢視指標

1. 研究範圍

如前所述，本研究在委託單位司法院少家廳的協助之下，進行判決的收集與研究範圍設定。106 年度各地方法院家事婚姻訴訟監護權歸屬事件，共有 1135 件，排除一造判決的案件之後，為 764 件；再將收、結案在 3 個月內的件數排除之後，本研究預計將對 471 件家事婚姻訴訟監護權歸屬事件的判決進行實證分析研究。

經由本研究仔細解讀 471 件裁判之後，發現仍有 100 件為一造判決（案號一覽表請見附錄 1-1、1-2），63 件為和解筆錄，9 件為調解筆錄，另有 2 件和解筆錄、2 件判決內容重複，有 1 件判決並未涉及子女親權爭議事項。因此，最後進行詳細檢視分析的裁判為 296 件。另有和解筆錄 63 件（案件統計與案號明細請見附錄 2-1、2-2），調解筆錄 9 件（案件統計與案號明細請見附錄 2-3、2-4），因此，在上述案件之外，進行實質分析的案件為 296 件（各地方法院案件數量分布請見附錄 3）。又，本研究亦針對地方法院裁判中經當事人提出抗告或上訴者（共有 65 件，一覽表請見附錄 4），對抗告裁定以及上訴審的裁判也進行分析解讀。

2. 檢視指標

本研究根據比較法經驗與相關理論基礎，列出以下檢視指標，將研究對象 296 件判決依照以下指標來進行登錄並解讀，以作為第一階段分析的基礎。

（1）案件基本資料：案號、原告身分（父或母）、父母是否有外籍人士、以及是否有律師代理。檢視此類指標的目的，首先在於瞭解案件當事人的身分，提出請求者為父或母，可以瞭解案件當事人之間對於婚姻以及子女親權行使的態度（主動或被動）。此外，對於案件中外籍父母的處境，也加以關切，在我國的社會脈絡之前，外籍父母多為東南亞新住民的女性，其往往以婚姻移民的身分隻身來台。在國籍與性別的雙重弱勢之下，其法律上的處境值得關注，也可以觀察於

此類案件中，在子女最佳利益的指導原則之下，外籍母親的因素是否（或如何）產生影響。其次，有鑑於當事人的法律行動與訴訟策略，與律師的協助以及所提供的資訊，有相當直接的關係，因此，本研究也將律師代理作為初步指標之一。

（2）案件事實：未成年子女的人數、年齡、性別，目前子女現況（與何人同住），以及當事人是否主張家暴。此部分的重點在於瞭解未成年子女目前的狀況，以及這些事實與子女最佳利益原則數個具體內涵（主要照顧者原則、繼續性原則、幼年原則、同性別原則、尊重子女意願等）之間的關係。檢視當事人是否主張家暴，可以瞭解法院如何處理家暴此一與性別平等高度相關的因素，並觀察家暴的主張是否與如何影響法院作成子女親權歸屬決定。

（3）程序與專業評估：當事人是否提出反請求或雙方除了本案尚有其他糾紛或訴訟、社工人員、家事調查官以及程序監理人報告。此類指標的目的在於評估當事人之間的關係（是否選擇採取較為積極的法律行動策略，以及雙方關係是否有其他訴諸法律的衝突）。此外，訪視報告、家事調查官與程序監理人均為法院可以得到專業評估資訊與事實的重要管道，透過對於上述報告結果的觀察，可以從不同角度瞭解案件事實，也可以瞭解法院與這些專業人士或機制之間的關係。

（4）判決結果與依據：判決結果與依據等兩個指標可謂本研究之核心，對於當事人與未成年子女的權益有直接且重大的影響。在判決結果此一指標中，除了觀察法院對於一方單獨與共同監護如何取捨之外，也觀察其與性別因素是否（或如何）影響判決結果。在判決依據的指標方面，本研究將判決依據具體與細緻化，觀察解讀影響法院判決的依據為何，以及這些依據（子女最佳利益內涵）彼此之間是否也有輕重之分，法院對於不同的具體原則與因素，如何認定取捨？是否有何者具有優先適用之地位等。

3. 初步結果彙整

依據上述指標，將研究對象的各個裁判逐一檢視解讀之後，將初步結果彙整如下：

（1）案件基本資料：案號、原告身分（父或母）、父母是否有外籍人士、以及是否有律師代理。

a. 原告身分：有鑑於本研究的研究對象為地方法院家事婚姻訴訟監護權歸屬事件，因此案件中的原告實為離婚訴訟之原告。於 296 件案件中，有 219 件為母（妻）所提出（約 74%），而由父（夫）提出者為 77 件（約 26%）。

b. 當事人（父母）是否為外籍：觀察當事人（父母）是否有外籍人士，本研究發現，有 45 件中當事人（父母）之一方為外籍，其中父親為外籍者為 3 名，其餘 42 位外籍當事人為母親（妻）。外籍女性（大部分為婚姻移民）面對離婚後子女親權酌定程序時，其外籍與女性的地位是否造成或深化其弱勢地位，又其外籍人士之法律地位是否影響法院的判斷或裁判的內容，也值得探討。

c. 是否有律師代理：296 個案件中，近半數的案件當事人雙方均有委任律師（146 件），又一方有律師代理的案件有 100 件，值得注意的是，在此 100 件中，僅有母委任律師的案件（87 件）又遠高於僅有父委任律師者（13 件）。換言之，此類案件律師代理之比例可謂相當高，尤其當事人為母（妻）者，委任律師的比例高達 78%。

（2）案件事實：未成年子女的人數、年齡、性別，目前子女現況（與何人同住），以及當事人是否主張家暴。

a. 未成年子女的人數、年齡、性別：案件所涉及的子女人數以 2 人以下者為大宗，高達 267 件。未成年子女之年齡則以 12 歲以下為多數，共有 303 人。

b. 子女現況：子女現況項目主要在瞭解目前（訴訟時）子女由何人照顧。由於子女目前的照顧者與所處環境可能對於法院親權酌定有相當大的影響，況且本研究發現事實上大多數父母在離婚（訴訟）前已經分居一段時間，因此，有必要瞭解子女目前與父母的互動關係與現況。本研究發現，所涉及的未成年子女中與母（及其家人）同住者有 251 人；子女與父（及其家人）同住者有 128 人；子女僅與母之家人同住者有 10 人，僅與父之家人同住者有 12 人。另有 21 人與父母同住，其他類型，包括父母輪流照顧、目前受到社會局安置、或無法明確判斷者

有 51 人。由此可以發現，多數父母在訴訟時已經分居，而此時未成年子女又多與母親或其家人同住，超過全體人數的半數（約為 55%），而與父親或其家人同住者為有三成左右（約為 30%）。

c. 家庭暴力因素：家庭暴力問題與主張經常出現在離婚以及子女親權酌定的案件中，本研究發現，在 296 件檢視的判決中，當事人提出家暴主張者有 210 件（約 71%），而當事人（曾經或目前仍然）持有（暫時或通常）保護令者，有 108 件（為所有提出家暴主張者之 51%，全部案件之 36%）。不過，必須說明的是，此處所謂當事人提出對造有家庭暴力行為之主張，並不限於在子女親權酌定事項之時提出，即使該主張乃是為了離婚訴訟的攻防而提出，但由於子女親權酌定程序與離婚程序有直接關連，也有法院在准許父母離婚後依職權進行子女親權酌定者，因此本研究認為，只要當事人在離婚或子女親權酌定程序之中提出家暴主張，就可能成為未成年子女親權酌定的考量因素之一，值得進行探討。

（3）程序與專業評估：

a. 是否有反請求（及其他糾紛案件）：本研究發現，296 件判決中有被告提出反請求者有 50 件（約佔全部案件的 16%），而其中又有 14 件的當事人之前尚有其他民刑事案件等法律糾紛。另外有 246 件雖然沒有反請求主張，但是仍有 43 件當事人間除了離婚案件之外尚有其他民刑事案件等法律糾紛。假若當事人提出反請求或有其他民刑事案件的爭議，則兩造間關係的衝突程度可能較高。當是人間的衝突程度不僅可能與當事人的法律行動與策略有關，更可能影響父母兩人未來形成合作父母的可能性，進而影響法院對離婚後子女親權行使所為之安排與判斷。

b. 訪視報告、家事調查官與程序監理人：訪視報告、家事調查官與程序監理人為法院可以得到專業評估資訊與事實的重要管道，透過對於上述報告結果的觀察，可以從不同角度瞭解案件事實，也可以瞭解法院與這些專業人士或機制之間的關係。本研究發現，根據判決記載，有 1 份訪視報告者為 190 件，有 2 份訪視報告者為 92 件，有 3 份訪視報告者為 1 件，而無訪視報告之記載者則為 13 件。

將訪視報告區分為 1 份與 2 份的實益在於，大多數的訪視報告若為 1 份，則表示負責訪視之社工訪視了父、母、子女，也因此比較可能對未來子女親權行使的安排作出專業的評估與建議。本研究所分析的判決中，屬於此情形的有 190 件（也就是有 190 份訪視報告），該訪視報告提出明確建議者有 129 份，其中建議父單獨行使者有 20 件、母單獨行使者有 80 件、父母共同行使者有 27 件、選任第三人行使者有 1 件、2 名子女分別由父母單獨行使者 1 件。此外，若一個案件有 2 份以上的訪視報告，則表示有兩位以上的社工人員分別對父母進行訪視，如此情形下，往往僅能就父母分別的背景條件提供描述，不一定能夠對父母分別與子女的互動情形進行觀察與評估，因此也更難以針對子女親權行使權利義務之歸屬提供專業意見或建議。

家事調查官為依據家事事件法第 18 條第 1 項所設置：「審判長或法官得依聲請或依職權命家事調查官就特定事項調查事實」。本研究發現，法官命家事調查官調查並提出報告者，有 36 件[93]。另外，亦有依照家事事件法第 109 條規定所設置的程序監理人：「就有關未成年子女權利義務之行使或負擔事件，未成年子女雖非當事人，法院為未成年子女之最佳利益，於必要時，亦得依父母、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之聲請或依職權為未成年子女選任程序監理人」。不過，在本研究所分析的案件中，選任程序監理人的案件數量並不多，296 件判決中，有 9 件有為未成年子女選任程序監理人[94]。

（4）判決結果與依據：

本研究所分析之案件中，涉及 1 名未成年子女者，有 149 件，其他案件則有 2 名以上之未成年子女。由於法院可能對於同一案件中的未成年子女之親權行使分別酌定，因此，以下的計算以「未成年人」（共有 473 名未成年子女）來計算，而不以「案件」來計算，以求確實。

[93] 於該 36 件家事調查官所出具之報告中，提出明確的親權行使建議者，有 22 件，其中建議父單獨行使者 1 件、母單獨行使者 15 件、共同行使者 5 件，選任第三人者有 1 件。

[94] 於程序監理人報告中有提出明確建議者有 7 件，建議由母親單獨行使者 2 件、共同行使者有 5 件，其中母為主要照顧者有 3 件、父為主要照顧者有 2 件。

a. 判決結果：

依照我國民法第 1055 條第 1 項之規定，父母離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。法院在酌定未成年子女權利義務之行使或負擔時，也可能酌定由父母一方或雙方共同任之。在本研究所分析的所有案件中（共涉及 473 名未成年子女），法院酌定其中 392 名子女之親權由父母一方單獨行使，其中由母單獨行使親權者有 305 人，父單獨行使者則有 87 人。也就是說，在單獨行使的案件中，母單獨行使者占了約 77%，父單獨行使者則約為 23%。

近年來，父母離婚後共同行使親權已經成為美國法的主流，但在我國各界對於父母雙方共同行使親權的看法仍有歧異；過去我國實務上判決結果為父母共同行使親權的案件一直在 5%左右，不過，本研究發現，在排除一造判決的案件之後，296 個實體裁判所涉及的 473 名未成年子女中，法院酌定父母共同行使親權者有 76 人，為全體子女人數之 16%。值得注意的是，法院即使酌定父母共同行使親權，仍有相當比例指定父母之一方為主要照顧者，並特別指明由主要照顧者行使親權中的特定事項（例如住居與就學等）。在共同行使親權的裁判中，有 27 名未成年子女之親權酌定由父任主要照顧者，而有 46 人之親權指定由母為主要照顧者；未指明主要照顧者僅有 3 名。可見法院對於由父母在離婚後分享子女照顧時間與責任的作法，仍採取相當謹慎的態度。最後，除了父母一方單獨行使，或共同行使之外，法院認定有 5 名子女之父母皆不適任行使親權，而選定第三人為監護人。

b. 具體判斷依據：依照民法第 1055 條以及第 1055 條之 1 之規定，法院在酌定未成年子女權利義務行使或負擔時，應依子女最佳利益。不過，子女最佳利益原則事實上相當抽象模糊，因此實務上如何將子女最佳利益原則具體落實，又如何認定符合子女最佳利益，至關重要。法院在進行酌定時，除了檢視當事人所提出的書狀與證據之外，社工單位或機構所提供之訪視報告，更是法院瞭解父母子女各方面的事實陳述以及專業評估的重要參考。法院也會直接聽取當事人，甚至視情形請未成年子女或其他利害關係人到庭陳述，必要時，也有少數情形法院命

家事調查官，或依職權或聲請選定程序監理人，對事實進行釐清或提供意見，最後在全盤考量之後進行酌定。

仔細解讀判決內容可以發現，法院在審酌一切情狀，進行全盤綜合考量時，仍有數個較為倚重的具體原則或較常出現的考量因素。而法院的判斷往往是這些具體原則與重要考量因素累積堆疊或相輔相成之後所得的結果。因此，每個案件幾乎都具體援引或提及數個原則與因素。本研究發現，較重要或較常見之具體原則與考量依據如下：

（b-1）「主要照顧者原則」在 296 個判決中有 174 件，接近 6 成（58%）是最常被法院援引提及的具體原則。法院若認定父母之一方為未成年子女之主要照顧者，且子女到目前為止受到良好的照顧教養時，法院為了維持子女與該主要照顧者的依附關係，並且使子女可以繼續在主要照顧者的教養之下成長，往往傾向由主要照顧者行使子女親權。

（b-2）與主要照顧者原則所關切之重點相當類似的「繼續性原則」，也很常見，在 296 件中有 120 件（40%）判決提及或引用該原則。有些法院判決並非以「繼續性原則」稱之，而是以「最小變動原則」、「維持現狀原則」或「維持現狀」表示。雖然文字上有些許不同，但上述原則之內涵實與「繼續性原則」幾無不同，因此，本研究為了分析上的一致性，上述原則也全部歸類為「繼續性原則」。

（b-3）法院酌定未成年子女親權行使的另一個重要依據是「尊重子女意願」，也就是將未成年子女所表達之意願作為考量的重要依據。由於父母離婚後子女親權行使的酌定，對於子女之權益有直接且重大的影響，因此，子女意願不僅明列於我國民法第 1055 條之 1 的第 2 款注意事項，美國大部分的州立法也明定對子女表意權的尊重[95]。尤其，兒童表意權為兒童權利公約的重要內容之一，

[95] For example, please *see* California Family Code 3042: "(a) If a child is of sufficient age and capacity to reason so as to form an intelligent preference as to custody or visitation, the court shall consider, and give due weight to, the wishes of the child in making an order granting or modifying custody or visitation.

(b) In addition to the requirements of subdivision (b) of Section 765 of the Evidence Code , the court shall control the examination of a child witness so as to protect the best interests of the child.

明定於第 12 條[96]。依據該條文規定，締約國應確保有能力形成自己意見的兒童，有權就影響其本身事項自由地表示意見，因此應給予兒童在對其本身權益有影響之司法程序中，依照締約國國內的法律程序，由兒童本身或透過代表，表達意見的機會。我國的家事事件法第 108 條第 1 項之規定即為前述公約規定之具體呈現：「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。」

本研究發現，法院在判決中言明尊重子女意見以作為酌定結果重要考量之一者，多達 186 人。法院之所以瞭解子女意願，大多是依據訪視報告中所記載，社工專業人員對子女的訪談內容；但也有少數是由子女到庭陳述意見者。不過，由於未成年子女身心尚未發展成熟，因此，法院對子女的意見是否是其自主的意見與感受（而非受到來自外在的壓力或甚至離間行為的影響），或是其意見應受到何種程度的尊重等，均有賴法院進行個別的權衡。

除了上述三個最常被援引的具體原則之外，法院在個案中特別重視所仰賴的具體原則或考量因素如下：

（b-4）父母行使親權意願（73 人）：此通常發生在父母之一方並沒有（強烈）意願行使親權時，法院傾向由另一方（較有意願者）行使負擔未成年子女的權利義務。

(c) If the child is 14 years of age or older and wishes to address the court regarding custody or visitation, the child shall be permitted to do so, unless the court determines that doing so is not in the child's best interests. In that case, the court shall state its reasons for that finding on the record.

(d) Nothing in this section shall be interpreted to prevent a child who is less than 14 years of age from addressing the court regarding custody or visitation, if the court determines that is appropriate pursuant to the child's best interests."

[96] Article 12 of the UNCRC provides: "1. The States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or 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."

（b-5）幼年原則（61 人）：在子女年幼時，法院有時會表示子女此時需要母親的呵護與照顧。但此原則的性別意涵要如何解讀？是否深化性別刻板印象？值得探討與分析。

（b-6）家庭暴力（58 人）：依家庭暴力防治法第 43 條明訂：「法院依法為未成年人酌定或改定權利義務之行使或負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女」。如前所述，在本研究所檢視的 296 件案件中，有當事人提出家暴主張者的案件多達 210 件，有保護令者亦達 108 件。不過，在法院審視之後，家庭暴力行為成為未成年子女親權行使酌定結果的依據之一者，僅有 37 件（涉及 58 名未成年子女）。顯然有許多家暴主張在法院的審視之下無法成立，或即使有家庭暴力發生，但法院認為對子女親權行使酌定不生實質影響。由於主張家暴之受害者多為女性（妻/母），因此，此結果與性別平等原則的落實有何關連，是否具有何種性別意涵，又其對於子女最佳利益原則的落實有何影響，也值得後續進行討論。

（b-7）同性別原則：意指父母與子女同性別者，較能協助子女（青春期）的身心健全成長。在本研究中，有 33 名子女之親權酌定以該原則為具體依據之一。

（b-8）手足不分離原則：本原則用以酌定 2 名以上之未成年子女由同一位父母行使負擔權利義務。在本研究中，有 52 名子女之親權酌定以該原則為具體依據因素之一。

（b-9）綜合考量：在個案中，也有出現法院判決僅說明其進行綜合考量（當事人的主張與訪視報告所呈現的內容等）後，即進行判斷（38 人）。

（b-10）善意父母原則：我國民法於 2013 年修正，於第 1055 條之 1 增訂第 1 項第 6 款規定：「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」。法院在酌定親權時，與 19 名子女相關之判決顯示法院以善意父母原則為具體原則依據之一。

（b-11）其他因素：除了上述 10 個具體原則或考量依據之外，尚有其他考

量因素：包括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（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）等。

（5）抗告 / 上訴審

根據委託單位所提供的資料，本研究所分析的案件經當事人提出抗告或上訴者有 65 件，除了抗告/上訴駁回、兩造和解/調解成立者之外，原審判決被（部分）廢棄者，多與扶養費、剩餘財產分配、（非）財產上損害賠償等有關；亦有關於離婚、變更子女姓氏者；而與子女親權酌定直接相關者，有 4 件，關於子女會面交往者則有 12 件。（請詳見附錄 4）

判決指標項目總計

<table>
<tr><td>案件數（件）/
子女人數（人）</td><td colspan="5">296 件
473 人</td></tr>
<tr><td rowspan="2">原告（件）</td><td>父</td><td colspan="4">77</td></tr>
<tr><td>母</td><td colspan="4">219[97]</td></tr>
<tr><td rowspan="4">外籍（件/人）</td><td rowspan="4">45</td><td>父</td><td colspan="3">3</td></tr>
<tr><td rowspan="3">母</td><td rowspan="3">42</td><td>母中國</td><td>16</td></tr>
<tr><td>母東南亞</td><td>23</td></tr>
<tr><td>其他[98]</td><td>3</td></tr>
<tr><td rowspan="3">律師（件）</td><td rowspan="3">246</td><td colspan="2">雙方均有</td><td colspan="2">146</td></tr>
<tr><td colspan="2">僅父有</td><td colspan="2">13</td></tr>
<tr><td colspan="2">僅母有</td><td colspan="2">87</td></tr>
<tr><td rowspan="11">未成年子女人數/性別（件）</td><td rowspan="2">1 人</td><td rowspan="2">149 件</td><td>1 男</td><td>84</td></tr>
<tr><td>1 女</td><td>65</td></tr>
<tr><td rowspan="3">2 人</td><td rowspan="3">118 件</td><td>2 男</td><td>26</td></tr>
<tr><td>2 女</td><td>28</td></tr>
<tr><td>1 男 1 女</td><td>64</td></tr>
<tr><td rowspan="4">3 人</td><td rowspan="4">23 件</td><td>3 男</td><td>5</td></tr>
<tr><td>3 女</td><td>6</td></tr>
<tr><td>1 男 2 女</td><td>7</td></tr>
<tr><td>2 男 1 女</td><td>5</td></tr>
<tr><td rowspan="3">4 人</td><td rowspan="3">4 件</td><td>1 男 3 女</td><td>2</td></tr>
<tr><td>2 男 2 女</td><td>1</td></tr>
<tr><td>4 女</td><td>1</td></tr>
<tr><td>其他[99]</td><td colspan="3">2</td></tr>
</table>

[97]臺中地院 105 年婚字 107 號。

[98] 無法判斷母國籍之案件，高雄少家院 105 年婚字 540 號、高雄少家院 106 年婚字 40 號以及澎湖地院 105 年婚字 24 號。

[99] 無法判斷子女性別之案件，臺中地院 106 年婚字 347 號、臺中地院 106 年婚字 378 號。

未成年子女之年齡（人）	0-3 歲	86		
	4-6 歲	85		
	7-12 歲	132		
	13-15 歲	80		
	16-20 歲	88		
	其他[100]	2（2 子女看不出）		
反請求（或/及其他案件）（件）	**反請求**		50	
	有反請求且其他案件		14	
	無反請求		246	
	無反請求但有其他案件		43	
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[101]			51
家暴主張/保護令（件）	210	有保護令	108	

[100] 無法判斷子女年齡之案件：臺中地院 105 年婚字 348 號。

[101] 此分類包含子女住校、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之案件。子女住校，苗栗地院 105 年婚字 162 號；子女由社會局安置，新北地院 106 年婚字 20 號、桃園地院 105 年婚字 110 號；父母輪流照顧，臺北地院 104 年婚字 405 號、新北地院 105 年婚字 385 號、新北地院 105 年婚字 399 號、新北地院 106 年婚字 101 號、新北地院 106 年婚字 517 號、桃園地院 106 年婚字 422 號、臺中地院 105 年婚字 102 號、臺中地院 105 年婚字 250 號、臺南地院 105 年婚字 371 號、屏東地院 106 年婚字 149 號；無法判斷子女現況，臺北地院 105 年婚字 89 號、臺北地院 105 年婚字 324 號、臺北地院 105 年婚字 383 號、臺北地院 106 年婚字 209 號、臺北地院 106 年婚字 219 號、新北地院 106 年婚字 48 號、新北地院 106 年婚字 261 號、桃園地院 105 年婚字 671 號、桃園地院 105 年婚字 770 號、桃園地院 106 年婚字 411 號、苗栗地院 105 年婚字 138 號、臺中地院 106 年婚字 67 號、彰化地院 106 年婚字 15 號、彰化地院 106 年婚字 75 號、南投地院 105 年婚字 81 號、雲林地院 105 年度婚字 214 號、臺南地院 105 年度婚字 447 號、高雄少家院 104 年婚字 195 號、高雄少家院 105 年婚字 540 號、高雄少家院 105 年婚字 633 號、高雄少家院 106 年婚字 364 號、花蓮地院 105 年婚字 48 號。

		無保護令	102	
訪視報告/建議（件）	**1 份**	190	父單獨	20
			母單獨	80
			共同行使	27
			其他[102]	2
			未明確建議	61
	2 份	92		
	3 份	1		
	無訪視報告	13		
家事調查官/建議（件）	有	36	父單獨	1
			母單獨	15
			共同行使	5
			選任第三人	1
			未明確建議	14
程序監理人（件）	9		母單獨	2
			共同，母為主	3
			共同，父為主	2
			未明確建議	2
親權歸屬（人）	**父單獨**	87		
	母單獨	305		

[102] 建議選任父之二哥為親權人，南投地院 105 年婚字 55 號；建議 2 名子女分別由父母單獨行使親權，臺中地院 105 年婚字 90 號。

	共同行使	父為主[103]	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	
	家暴	58（家庭暴力防治法第 43 條：28）	
	綜合考量	38（共同監護：29）	
	其他[104]	194	

[103]臺中地院 105 年婚字 250 號，子女之親權歸屬，國小以前由父為主要照顧者，國小畢業後，由母為主要照顧者。

[104] 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）。

伍、研究發現：子女最佳利益原則的具體化與性別平等原則的實現

1. 綜合判斷 vs. 單一原則

由於子女最佳利益原則內涵相當抽象，因此各國的實務與理論莫不積極尋找落實子女最佳利益的方向與具體標準。從美國的經驗看來，法院在依據子女最佳利益原則酌定親權行使時，有兩種作法：一為適用單一原則，另一為進行綜合判斷。前者採用單一原則，或稱之替代性原則（alternative standard）以具體化子女最佳利益，其中以主要照顧者原則以及繼續性原則最受到重視。不過，採用主要照顧者原則或繼續性原則作為子女最佳利益原則的具體化內涵時，往往遭遇實務上判斷的困難而引發爭議，已如前述。因此，目前理論與實務上的發展，多傾向由法院對於數個因素加以考量之後作出綜合判斷，而不預先認定一個符合子女最佳利益的價值（單一替代性原則），以免無法顧及個案的特殊性，反而失之偏頗，甚至損及子女利益。如此，立法者多在立法時列出數個法院在酌定未成年子女親權時所應考量的因素。例如：依照美國加州家庭法規定：法院在決定子女最佳利益時，應考量（但不限於）以下所列的因素：a. 子女的健康、安全以及福祉（the health, safety, and welfare of the child）[105]，b. 父母一方對子女、他方或其他家庭成員實施家庭暴力的歷史[106]，c. 子女與父母的互動情形[107]，d. 父母一方非法使用或濫用毒品、藥品或酗酒的情形[108]。此外，法律也規定法院不得因為父母的

[105] Please *see* CA.Fam. Code 3011 (a).

[106] "(b) Any history of abuse by one parent or any other person seeking custody against any of the ollowing: (1) Any child to whom he or she is related by blood or affinity or with whom he or she has had a caretaking relationship, no matter how temporary. (2) The other parent. (3) A parent, current spouse, or cohabitant, of the parent or person seeking custody, or a person with whom the parent or person seeking custody has a dating or engagement relationship. As a prerequisite to the consideration of allegations of abuse, the court may require substantial independent corroboration, including, but not limited to, written reports by law enforcement agencies, child protective services or other social welfare agencies, courts, medical facilities, or other public agencies or private nonprofit organizations providing services to victims of sexual assault or domestic violence. As used in this subdivision, abuse against a child means child abuse as defined in Section 11165.6 of the Penal Code and abuse against any of the other persons described in paragraph (2) or (3) means abuse as defined in Section 6203 of this code." CA.Fam. Code 3011.

[107] "The nature and amount of contact with both parents..." *id*.

[108] "(d) The habitual or continual illegal use of controlled substances or habitual or continual abuse of alcohol by either parent. Before considering these allegations, the court may first require independent corroboration, including, but not limited to, written reports from law enforcement agencies, courts,

性別來決定親權歸屬。並且宣示子女有頻繁且繼續的與父母雙方保持聯繫與互動符合子女最佳利益[109]。此外，假若未成年子女對於親權歸屬問題已經能夠有相當智識能力並表達自我意願，則法院也應對於子女意願給予適當的考量[110]。依據上述規定，法院考量父母離婚（或分居）後未成年子女親權行使問題時，在實務上多考量以下具體因素：子女年齡、健康情形、父母子女之間的情感聯繫、父母親職能力、家庭暴力史以及子女與其生活環境（學校、家以及社區等）間的聯繫等。即使是在近來受到重視的父母共同行使（joint custody）的風潮之下，加州的立法者也特別強調立法者對父母共同行使親權的作法並不特別鼓勵或反對，而是授與法院最大的裁量空間來作成符合子女最佳利益的決定[111]。加州的立法方向，相當程度代表了目前美國學理實務的趨勢：為了落實子女最佳利益原則，並不採取單一替代原則，而係採用綜合判斷的作法。

我國民法的規定也同樣採用此種作法，民法第 1055 條之 1 規定：法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意下列事項：

一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。

二、子女之意願及人格發展之需要。

三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。

四、父母保護教養子女之意願及態度。

五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。

---

probation departments, social welfare agencies, medical facilities, rehabilitation facilities, or other public agencies or nonprofit organizations providing drug and alcohol abuse services. As used in this subdivision, controlled substances has the same meaning as defined in the California Uniform Controlled Substances Act, Division 10 (commencing with Section 11000) of the Health and Safety Code"

[109] "(b) The Legislature finds and declares that it is the public policy of this state to assure that children have frequent and continuing contact with both parents after the parents have separated or dissolved their marriage, or ended their relationship, and to encourage parents to share the rights and responsibilities of child rearing in order to effect this policy, except where the contact would not be in the best interest of the child, as provided in Section 3011. CA. Fam. Code 3020.

[110] "(a) If a child is of sufficient age and capacity to reason so as to form an intelligent preference as to custody or visitation, the court shall consider, and give due weight to, the wishes of the child in making an order granting or modifying custody or visitation." CA. Fam. Code 3042.

[111] "(b) This section establishes neither a preference nor a presumption for or against joint legal custody, joint physical custody, or sole custody, but allows the court and the family the widest discretion to choose a parenting plan that is in the best interest of the child." CA. Fam. Code 3040.

六、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。
七、各族群之傳統習俗、文化及價值觀。
前項子女最佳利益之審酌，法院除得參考社工人員之訪視報告或家事調查官之調查報告外，並得依囑託警察機關、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就特定事項調查之結果認定之。

綜觀我國法所列的考量因素，除了家庭暴力的因素之外（家庭暴力防治法第43條不利推定），其他因素與上述美國加州法律的規定及實務考量都相當近似，也並未規定單一的原則，或推定某一價值或原則即可以代表子女最佳利益，而係要求法院審酌一切情狀，作出符合子女最佳利益之決定。事實上，綜合判斷的作法之所以符合子女最佳利益原則的精神，乃是因為此作法將子女親權裁判的焦點放在「個案」而非「原則」。子女最佳利益原則之所以抽象，乃是因為子女在家庭中由父母及家人的撫育下成長，現代社會與家庭生活日趨多元，實在無法以單一原則、模式或價值加以適用或評價；而子女的狀況也不一，不同的年齡、健康情形或教育等需求無法一概而論；父母各自也有各自的條件、背景，各有主客觀的限制，或要面對的問題。因此，子女最佳利益原則的精神，是強調將判斷的焦點放在目前該個案的子女（及其父母與環境）身上，在目前可得的條件下審酌所有相關因素，為其尋找符合其最佳利益的親權行使方式。另一方面，任何單一原則、價值或推定，皆可能過度的將焦點放在抽象原則的普遍性之上，反而忽略特定之子女的需求或所處環境等，務實具體的為其考量，因此反而可能無法符合其最佳利益。

不過，就個案進行綜合考量加以判斷的作法，可能無法脫離子女最佳利益原則的困境，也就是判斷標準過於模糊籠統，甚至可能淪為以子女利益為名的恣意論斷。因之，立法者可能仍然無法避免必須提供基本的判斷方向給法院參酌。以美國法為例，立法者明確提供以下幾個判斷方向：首先，是立法者表示對於共同行使或單獨行使並無特定立場，由法院視個案情形判斷，但是在父母雙方同意的

情形之下，由父母共同行使親權合乎子女最佳利益[112]。其次，如前所述，立法者也表示子女有頻繁且繼續的與父母雙方保持聯繫與互動，符合子女最佳利益[113]；此外，立法者要求法院在酌定未成年子女親權時，將家庭暴力的加害人推定（rebuttable presumption）為不利於子女利益[114]。在實務上常見的主要照顧者或繼續性原則，事實上並非來自立法者的要求，乃是源自於兒童心理學家強調在未成年子女成長的過程中，面臨父母離異的變動時，需要維持日常生活模式的穩定，並維持與（至少）一名成人情感上的緊密聯繫與依靠，以協助其心理上、情感上的健全成長。兒童心理學家的專業意見，往往受到法院相當的重視，不過，一來是兒童心理學的研究與發現，如同所有研究領域的發展，呈現動態的演進，因此有時研究的方向與發現也可能有百家爭鳴的情形發生；此外，兒童心理學家基於其專業所做關於子女最佳利益的建議，非常值得參酌，但其畢竟僅由其專業考量出發，因此不一定等同於（也無法取代）法律上所為子女最佳利益的判斷[115]，因之，父母離婚後子女親權行使的酌定，仍然有賴法院在審酌一定情狀之後，依據子女最佳利益而進行綜合的判斷。

我國法院為了落實子女最佳利益原則，在實務上也發展出數個原則以進行綜

---

[112] "There is a presumption, affecting the burden of proof, that joint custody is in the best interest of a minor child, subject to Section 3011, where the parents have agreed to joint custody or so agree in open court at a hearing for the purpose of determining the custody of the minor child." CA. Fam. Code 3080.

[113] Please *see* CA. Fam. Code 3020.

[114] 關於家庭暴力之加害人所受到的不利推定是否可以被推翻，立法者也對法院有所指示：(1) Whether the perpetrator of domestic violence has demonstrated that giving sole or joint physical or legal custody of a child to the perpetrator is in the best interest of the child. In determining the best interest of the child, the preference for frequent and continuing contact with both parents, as set forth in subdivision (b) of Section 3020, or with the noncustodial parent, as set forth in paragraph (1) of subdivision (a) of Section 3040, may not be used to rebut the presumption, in whole or in part. (2) Whether the perpetrator has successfully completed a batterer s treatment program that meets the criteria outlined in subdivision (c) of Section 1203.097 of the Penal Code. (3) Whether the perpetrator has successfully completed a program of alcohol or drug abuse counseling if the court determines that counseling is appropriate. (4) Whether the perpetrator has successfully completed a parenting class if the court determines the class to be appropriate. (5) Whether the perpetrator is on probation or parole, and whether he or she has complied with the terms and conditions of probation or parole. (6) Whether the perpetrator is restrained by a protective order or restraining order, and whether he or she has complied with its terms and conditions. (7) Whether the perpetrator of domestic violence has committed any further acts of domestic violence. CA. Fam. Code 3044.

[115] Glenn H. Millar, MD, *The Psychological Best Interest of the Child Is Not the Legal Best Interest, Editorial*, 30 JOURNAL OF AMERICAN PSYCHIARY LAW 196-200 (2000).

合判斷。在許多具體考量因素（原則）之中，本研究發現在適用上仍有輕重之分，法院最為倚重的原則為「主要照顧者原則」與「繼續性原則」，其次為「尊重子女意願」，其他原則尚有「幼年原則」、「同性別原則」、「手足不分離原則」、「善意父母原則」等。除了上述的「原則」之外，尚有許多其他考量因素，包括「親子依附關係」、「父母行使親權意願」、「親職能力」、「支持系統」等等。這些考量因素事實上與訪視報告所提供的內容有相當程度的關聯。訪視調查社工所做的訪視報告對於法院有相當高的參考價值，其所進行評估的項目，也往往對法院就案件的具體考量產生直接或間接的影響。訪視報告的上述各類內容與評估不僅提供法院進行判斷的基本資訊，事實上也會影響到法院所考量的因素。對於子女親權酌定案件而言，訪視報告中所列的各項考量因素或訪視的重點，也往往成為法院考量的基本資訊以及重要的參考內容與依據。因應過去曾有認為訪視報告的內容或品質不一，以致於影響法院判斷的批評，司法院已經建立「社工訪視調查報告之統一參考指標與格式」，其中列有詳細指標，包括父母個人背景、健康、經濟、支持系統、對未成年子女未來居住安排、親職能力、意願與動機、善意父母之積極與消極內涵、家庭暴力與保護令以及親職教育等項目。雖然各縣市所委託的訪視社工使用的表格不一定遵照司法院所公布之統一參考格式，不過，大多也包括以下項目：親職（親權）能力、親職時間、照護環境評估（居住穩定性）、親權行使意願、未來教育規劃評估、未成年子女意願綜合評估、家庭支持度（支持系統）、親子（依附）關係以及父母友善程度等等。有實證訪談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[116]。

值得注意的是，任何上述原則或因素都尚未具有推定或甚至優先適用的地位，也就是說，法院在審酌個案時乃對於所有相關因素進行整體考量與綜合判斷，不過，當父母雙方在其他考量因素條件相當時，主要照顧者原則與繼續性原

[116] 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，13 卷 1 期，頁 1-26（2017）。

則顯然成為法院的重要決定因素。其次，子女意願也在法院決定中扮演重要角色。也因此在本研究所觀察分析的判決中，上述考量出現的比例最高。即使如此，本研究也發現，若案件中出現明顯嚴重的家庭暴力因素或是善意父母（尤其是離間行為）的考量時，主要照顧者或繼續性原則的重要性也會被削弱。

本文認為，我國法院採用綜合判斷而非單一原則或推定的作法值得肯定，如此得以將焦點放在每一個個案的子女利益，每一位子女的個別需求不至於被某一抽象的原則或價值所掩蓋。不過，目前法院所使用的「原則」，適用情形如何？是否符合子女最佳利益的精神？仍然值得探討。

2. 單獨行使 vs. 父母共同行使親權

如前所述，近年來父母離婚後共同行使未成年子女親權的作法，在美國（以及歐洲的幾個國家）受到很大的重視與迴響。一方面是對於從幼年原則以來對於法院適用單一原則所產生的不滿，另一方面也是強調未成年子女有權利在父母離婚之後仍與父母維持相當的聯繫與接觸。從美國法協會所採用的近似原狀原則（approximate rule）開始，強調父母離婚之後維持離婚前的子女照顧模式、分工與時間，一直到有論者呼籲鼓勵父母共同行使子女親權，也有州立法鼓勵父母在離婚後共同行使親權（關於子女身心照顧與住居等）[117]。此一發展引發熱烈討論[118]。事實上，如果從美國法演變的經驗來看，共同行使親權也是一種子女最佳利益的替代或具體化原則，屬於單一原則的一種，因此，如果把單一原則適用在所有的案件中，也當然無法避免落入其前輩們（幼年原則與主要照顧者原則等）的困境：由於其無法顧及不同案件的特質與需求，所以可能引發各種適用上的困難或後遺症；更重要的是一旦該作法成為普遍性原則加以適用，則又將焦點從每一個個案的子女移轉到抽象原則的妥適性或是父母之間的爭論身上，而忽略了此一作法是否符合子女（個別子女，而非所有子女，或抽象/想像中的子女）的需求。因此目前也有認為關於共同行使，還是應該採取開放態度，依照個案的情形，由參與的專業人員（包括個案的評估專業人員或親職計畫的協調者等）進行說明、協調和評估之後，由法院來決定。以加州目前的立法為例：法律明定對於父母共同行使或單獨行使並沒有特別的要求或偏好，由法院依個案來裁決；另外則規定在父母同意的情形下，共同行使符合子女最佳利益[119]。也就是說，共同行使並非在所有的案件中必然符合子女利益，但若在父母同意共同行使的情形下，有鑑於子女有權利與父母保持頻繁而緊密的聯繫，且與雙親保持互動，接受雙方

[117] Marygold S. Melli & Patricia R. Brown, *Exploring a New Family Form: The Shared Time Family*, 22 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 231 (2008).

[118] For example, please *see* Mary Jean Dolan & Daniel J. Hynan, *Fighting Over Bedtime Stories: An Empirical Study of the Risk of Valuing Quantity Over Quality in Child Custody Decicions*, 38 LAW & PSYCHOL. REV. 45 (2013-2014).

[119] There is a presumption, affecting the burden of proof, that joint custody is in the best interest of a minor child, subject to Section 3011, where the parents have agreed to joint custody or so agree in open court at a hearing for the purpose of determining the custody of the minor child. CA. Fam. Code 3080.

關愛有助於身心的健全成長，因此推定共同行使符合子女最佳利益。

本研究所分析的案件中，法院酌定由父母共同行使親權的子女共有 76 人，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。觀察這些案件，可以發現父母對彼此的敵意較低，例如雖然父母一方提起離婚訴訟，但有許多在法院的用心協調之下，以調解或和解離婚收場[120]；或者父母雙方（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的親權[121]。其次，也有法院從父母雙方對於子女會面交往的時間與方式得以自行協議，或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者，而認為雙方有可能發展成合作父母[122]。

論者對於父母離婚後共同行使未成年子女親權的疑慮，在於發生家庭暴力的父母是否仍然適合共同行使親權。即使父母共同行使親權有助於子女在父母離婚之後，維持雙方的互動關係與支持，但是有家庭暴力發生即表示對子女曾經造成傷害，或未來有受到傷害的相當程度風險，因此，許多論者主張有家庭暴力情形

---

[120] 例如：新北地院 105 年婚字 471 號、新北地院 105 年婚字 683 號、新北地院 106 年婚字 18 號（本案父母和解離婚，且子女目前週一至週五與母同住，週末則與父親同住，法院認為雙方有能力合作共同行使親權，由母任主要照顧者）。

[121] 例如：新北地院 105 年婚字 615 號、桃園地院 105 年婚字 591 號、新北地院 106 年婚字 88 號（本件兩造和解離婚，目前子女與母親同住，父親願意兩造共同行使親權，母親在訪視報告中表示期待單獨行使親權。但在程序監理人訪談觀察兩造與子女之後，評估建議由兩造共同行使親權，並由母任主要照顧者。在程序監理人的協調協助之下，雙方能逐漸就子女事項進行理性溝通，母親也能夠正視子女與父互動之權利，且雙方能就如何成為友善合作之父母有努力調整心態並付諸行動，法院酌定父母共同行使親權，由母任主要照顧者）、臺中地院 105 年婚字 583 號、桃園地院 105 年婚字 326 號、士林地院 105 年婚字 194 號參照。

[122] 例如：新北地院 104 年婚字 913 號（本件兩造之離婚調解成立，子女目前與母親同住，法院認為父母與未成年子女皆有穩定依附關係，且兩造能協議父與兩名子女的會面交往時間及方式，認為兩造應有能力成為共同合作之父母，而法院酌定父母共同行使親權，由母任主要照顧者）。新北地院 106 年婚字 234 號（本案子女與父同住，母表示願意與父共同行使親權，父雖然希望單獨行使，但仍積極促進子女與未同住之母親的會面交往，訪視報告建議共同行使親權，法院酌定共同行使親權，由父任主要照顧者）。臺中地院 104 年婚字 793 號（本案子女目前與母同住，法院認為父母分居離婚前兩造共同照顧子女，且法院對會面交往為協調之後，兩造尚得依照調解筆錄之約定，配合照顧子女、陪伴子女活動等，即使兩造仍有不滿情緒，但是並非對於子女權利義務行使負擔有客觀上難行使之理由。法院酌定由父母共同行使親權，由母任主要照顧者）。桃園地院 105 年婚字 326 號（本案據家事調查官報告指出，子女目前分別與父及祖父母同住，父母兩人在分居情形中仍能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）。

的家庭不應考慮父母共同行使親權。不過，由於家庭暴力的類型、程度、對象、甚至發生的頻率或時間等都各有不同，影響層面與程度可能也有不同，因此，可能仍然必須回歸到個案的情形，由法院綜合加以衡量，針對家庭暴力事件發生的事實、性質、程度、時間、所生的傷害與影響等加以釐清與評估，若子女受到直接或間接的傷害，或父母對他方所加諸之傷害，使得父母未來進行善意溝通與合作發生客觀上的阻礙，則由父母共同行使親權可能難以符合子女最佳利益。

我國法院酌定共同行使親權的案件中，對於家庭暴力的因素如何評價？本研究發現，法院酌定共同行使親權的案件中，多數都並未有家庭暴力的爭議或主張。不過，亦有法院於夫妻離婚訴訟中，曾認定當事人之一方有家庭暴力（言語或肢體）而作為准許離婚的考量；但之後在子女親權行使的酌定中，並未提及當事人之一的家庭暴力行為，且最後酌定為父母共同行使者[123]。至於在法院清楚地將家庭暴力列為親權酌定因素的案件，尤其是適用家庭暴力防治法第 43 條的不利推定時，則鮮少將此子女親權酌定為父母共同行使[124]。

法院酌定共同行使時，在絕大部分的情形下，均指定由目前與子女同住的父母（亦有尊重子女意願者[125]）為主要照顧者，對於主要照顧者的權責，也多有說明。法院可能指定由主要照顧者單獨決定的事項有：住居所、教育（或指明就學、學區、才藝學習）、財產事項[126]、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[127]；也有法院列

[123] 例如：新北地院 106 年婚字 34 號、臺中地院 105 年婚字 490 號（本件訪視報告建議中提及母雖然持有保護令，但「觀察保護令情勢並未影響兩造照顧能力，未成年子女們也沒有受到不當對待。加上兩造能力皆佳……故先建議法院可以詢問兩造有無調解或共同親權之意願。」）。

[124] 新北地院 104 年婚字 429 號，本案中母主張父親家暴，保護令核發聲請遭到駁回。法院在酌定父母共同行使親權之後，引用家庭暴力防治法的不利推定，決定由母為主要照顧者（本案之歷審決定，請見註 203）。

[125] 士林地院 106 年婚字 3 號參照。

[126] 新北地院 106 年婚字 234 號參照。

[127] 臺中地院 106 年婚字 250 號（「附表一：關於未成年子女蔡 OO、蔡 OO（下稱子女）權利義務之行使及負擔，下列事項由被告單獨決定：（一）子女之住所地及居所地（含戶籍遷移登記）。（二）子女就學、學區相關事宜。（三）一般醫療照護事項。（四）請領各項補助。（五）在金融機構之開戶相關事宜。（六）辦理子女全民健康保險（眷保）轉保、加保、退保事宜。（七）辦理子女商業保險加保、退保、理賠事宜」）。

出兩造共同決定事項，例如：出養、移民、訂（結）婚[128]，或重大醫療行為（手術、住院）、就讀學校、出入境、移民[129]，其餘由主要照顧者單獨決定者。有指示主要照顧者單獨決定之事項，且應於決定後應通知（或指定於3日內[130]）通知他方者[131]；但亦有並未指定主要照顧者得單獨決定事項者[132]。

關於父母離婚後共同行使子女親權，有法律上共同行使（joint legal custody）與身心照顧上的共同行使（phyisical joint custody），兩者可以分別酌定[133]。前述我國法院將子女親權酌定由父母共同行使，又由父母一方任主要照顧者的作法，即是將子女的身心照顧由父母一方行使，而子女與該主要照顧者同住[134]。又因為若雙方在所有事項上均需要共同行使法律上權利義務，則可能有窒礙難行之處，因此，法院在實務上也有指明某些事項（法律上親權）亦由主要照顧者單獨決定的作法。不過，對於法律僅酌定共同行使親權，卻沒有指定主要照顧者或是指明單獨決定事項者，可能就有賴父母自行進行溝通協調，以免因為共同行使而增加雙方摩擦或衝突的機會，反而可能失去法院期待兩人成為合作父母共同為子女利益努力的美意。

---

[128] 新北地院104年婚字913號參照（「……除有關黃OO、黃OO出養、移民、訂（結）婚之事項需由兩造共同決定之外，其餘事項均由原告單獨決定。」）。

[129] 彰化地院106年婚字15號參照。

[130] 臺中地院105年婚字748號參照（「附表一：關於未成年子女林OO權利義務之行使及負擔，下列事項由原告單獨決定，且原告應於決定後3日內將決定內容及理由通知被告：（一）日常生活事項。（二）在臺中市之住所地及居所地（含戶籍遷移）。（三）在臺中市之就學事項（限國小、國中）。（四）一般醫療照護事項。惟應於就醫後即時向對方說明子女之醫療狀況。（五）請領各項補助。（六）在金融機構之開戶相關事宜」）。

[131] 桃園地院105年婚字591號參照（「……惟未成年子女應與原告共同生活，由原告擔任主要照顧者，以原告之住所為住所，其戶籍、就學、醫療事項、才藝學習、金融開戶事項，由聲請人單獨決定，但需告知相對人；其餘事項由兩造共同決定」）。

[132] 臺東地院106年婚字32號參照（子女目前與父及祖母同住，法院酌定兩造共同行使負擔對未成年子女之權利義務，並由父擔任主要照顧者）。

[133] According to California family Code, "In making an order for custoyd with respect to both parents, the court may grant joint legal custody without granting joint physical custody". CA. Fam. Code 3085.

[134] 美國加州法中也特別提及此種安排，不過加州法上的此一安排主要是為了釐清子女的住居所，以便政府提供各項服務："In making an order of joint physical cuosty or joint legal cuosty, the court may specify one parnet as the primary caretaker of the child and one home as the primary home of the child, for the purpose of determining eligibility for public assistance". CA Fam. Code 3086.

3. 主要照顧者原則 / 繼續性原則 vs. 其他原則 / 因素

本研究發現，法院酌定子女親權歸屬時，引用次數最多的具體依據為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雖有近似之處，但事實上仍然有所差異，前者著重一位主要照顧者與子女所生的親密聯繫與依附關係；後者則強調子女照顧的整體模式（包括照顧者與所處環境）。不過，本研究發現，法院有將此兩者共同或交互使用的情形，因此在進階分析的階段中，就將此兩個重要的原則一併討論。又法院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，由於內涵應為與繼續性原則相同或非常近似，因此本研究也將之歸類於繼續性原則中。

本研究所分析的案件中，法院於 330 名子女的親權歸屬事件中引用主要照顧者或/與繼續性原則作為考量的具體依據。從美國的文獻與實務經驗來看，主要照顧者原則的問題有二：一是無法明確認定主要照顧者：在父母分擔家務與育兒任務的情形下，父母雙方對於誰才是主要照顧者往往爭執不休，分秒必較，反而使得雙方的爭議與衝突升高，並且對於彼此的育兒態度與內容相互挑剔與指責，不但使法院難以決定誰才是主要照顧者，反而增加父母雙方的敵意，無法心平氣和的為子女利益而協議或合作。若父母因為分居而產生子女的主要照顧者前後不一的情形，也同樣造成法院認定的困難。另一個問題在於，在性別分工傳統的影響下，事實上子女的主要照顧者往往都是母親，也因此法院適用主要照顧者原則的結果對母親較為有利。此時法院的判決就招致兩種批評：一方面被批評有深化性別分工、複製幼年原則之疑慮；另一方面又被認為法院偏袒母親，沒有肯定父親的貢獻。

從本研究分析的案件看來，絕大部分的父母在法院裁判時已經分居，因此，可能出現的問題是子女的主要照顧者可能有前後不一的情形；又雖然主要照顧者原則從傳統性別分工的角度看來似乎是對母親較為有利，但也有論者認為在我國從夫居的傳統之下，結果可能不一定對母有利[135]。從判決的結果來看，法院引用

[135] Chao-Ju Chen, *The Chorus of Formal Equality: Feminist Custody Law Reform and Fathers' Rights*

主要照顧者原則/繼續性原則為具體考量依據時，子女親權酌定由母單獨行使者為 216 人、父單獨行使者為 62 人、共同行使而以母為主要照顧者為 32 人、共同行使而以父為主要照顧者為 17 人、其他由父母以外之人任監護人者有 3 人。所以，單純從數量或比例來看法院適用主要照顧者原則/繼續性原則的結果，親權最後酌定給母親的案件還是較父親來得多。由於在判決時父母多半已經分居，因此，有必要瞭解子女目前的現況與主要照顧者/繼續性原則的適用是否有相關？以及與最後法院酌定結果之關係又是如何？因此，本研究將目前此類案件中所涉子女的現況逐案（子女）進行整理，發現子女目前與父母同住者有 10 人（父母並未分居）、與母同住者有 200 人、與父同住者有 80 人、與母之家人同住者有 6 人、與父之家人同住者有 10 人、子女輪流與父母同住者有 4 人、由社會局安置者 1 人、其他 19 人。再進行歸類之後，可以發現除了與父母同住或輪流照顧者外，與母親或母方的家人同住的子女，有 206 人，而與父親或父方的家人同住者，有 90 人。進一步來看，在父母分居的情形之下，子女目前的照顧者與法院判決親權歸屬（單獨行使）同為子女之母親者，有 175 人，酌定共同行使而由母任主要照顧者有 27 人；照顧者與親權行使均為父親（單獨行使）者，有 58 人，酌定共同行使而由父任主要照顧者有 15 人。單純從數量或比例看來，即使在父母分居的情形下，子女目前由母親照顧較父親為多，也因此在法院以主要照顧者原則/繼續性原則為具體考量依據時，最後決定由母親行使親權的裁判也較多。在子女目前與父母一方同住，而法院又援引主要照顧者原則或繼續性原則時，多數的情形是子女自幼由父母一方照顧（多數為母），而在父母分居之後，子女繼續與原來的主要照顧者同住。此時，法院在確定目前的照顧情形並無不當，親子依附關係緊密的情形之下，雖顯然是強調主要照顧者父母與子女之間的關係以及照顧模式之維繫，但是僅有少數情形會將主要照顧者或繼續性原則作為唯一的具體考量因素。此時法院多半會再考量子女意願[136]、父母親職能力或意願[137]、或家

Advocacy in Taiwan, 28 CJWL/RFD 116 (2016).

[136] 南投地院 105 年婚字 64 號參照。

[137] 屏東地院 106 年婚字 148 號、高雄少家院 106 年婚字 367 號參照。

庭暴力[138]、幼年原則[139]等因素強化支持法院的決定[140]。

親屬法在 2013 年針對第 1055 條之 1 規定進行修正時，在立法理由中特別提及父母可能為了符合所謂「繼續性原則」而有以不當之爭取行為獲得與子女共同相處之機會，因此增列所謂「善意父母條款」，以作為法院審酌評估親權歸屬的判斷依據。因此，值得注意的是，法院對於父母不當的爭取行為如何評價？事實上，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「目前所在」或「目前的照顧者」為唯一的考量，除了當事人的書狀之外，法院也透過訪視報告、家事調查官、程序監理人所提供的各項資訊對子女的現況、其與父母各自的互動關係，以及其接受照顧的方式進行瞭解。因此，假若父母一方有在訴訟前將子女擅自帶走或強奪等行為，也無法符合主要照顧者原則或繼續性原則的精神。例如新竹地院 105 年婚字 268 號，本案事實為三名未成年子女原來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。不過，在離婚訴訟起訴之前，父逕自將三名子女帶到其彰化老家由祖父母照顧。因此，法院認定子女在遷居彰化之前之主要照顧者為母親，並且認定考量「未成年子女之年齡、成長狀況、及兩造過往親權運作情形」，將未成年子女的親權酌定為母親單獨行使[141]。

---

[138] 臺南地院 105 年婚字 334 號、高雄少家院 106 年婚字 96 號參照。

[139] 桃園地院 105 年婚字 516 號、桃園地院 106 年婚字 11 號參照。

[140] 但有時即使法院加上其他考量因素，在仔細閱讀判決之後可以發現，繼續性原則實為最重要的考量。例如：臺南地院 105 年婚字 395 號，本案兩名子女在父母分居之前由父母與父方之祖母共同照顧，母離家之後主要由父與祖母照顧，法院認為目前子女受照顧之情形並無不當，因此基於照護之繼續性原則以及手足不分離原則而酌定子女由父單獨行使親權。本案經母提出抗告，合議庭裁定認為，本案中父與祖母對母並非善意（父數度辱罵母並拉致母成傷，祖母也曾拉致母成傷，兩人更剝奪子女與母接觸之權利），若由父單獨行使親權則難以相信父及祖母能夠妥適灌輸適當之親子觀念。此外法院又輔以幼年原則（兩名子女為 5 歲及 3 歲）與同性別原則的考量。因此廢棄原審親權酌定，改為由母單獨行使負擔子女之權利義務。臺南地院 106 年度家親聲抗字第 20 號民事裁定參照。

[141] 新竹地院 105 年婚字 268 號，本案中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）以及子女因此產生忠誠矛盾一事，多有考量，並對於訪視報告中僅強調子女「現在」之照顧狀況，而未言及「過去」照顧情形與「未來」計畫有不同意見。本案被告嗣後對暫時處分提出抗告而當庭和解，新竹地院 106 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的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 號裁定參照。

不過，在本研究所分析的判決中，多數情形是父或母因感情不睦等原因離家之後，形成分居，此時即可能產生子女的主要照顧者於分居前後不一的情形。法院在此種情形中，並未有認定主要照顧者的明確標準，而是與其他因素綜合進行考量。比較重要且常見的考量為子女與父母的依附關係，以及子女的意願。例如在彰化 105 婚字 269 號，本案中母親在受到家庭暴力而離家[142]之前為三名子女的主要照顧者，但母親離家之後，子女與父同住約為一年時間。對此，法院參酌訪視報告，由於目前父及家人為子女之主要照顧者，且三名子女均明確表達願與父同住（三名子女約為 12 歲、11 歲及 10 歲），且三人要同住一起之想法，法院因此認為父與子女產生正向依附關係，而參照主要照顧者等原則酌定由父單獨行使子女親權。事實上，如同許多案件中法院所考量，子女與父母的依附關係、與目前子女受到照顧情形、以及子女意願等因素之間有相當關聯。在子女目前受到並無不當（或妥適）的照顧情形之下，往往能夠與目前的主要照顧者建立緊密依附關係，也往往較有意願繼續目前的生活，不想要在就學或居住環境上有重大的變動，或離開目前與之同住的父母。尤其是如果父母分居時間較長，則分居之前的主要照顧者可能由於與子女分離，則繼續經營親子關係的時間與空間都不免受到限制[143]。因此，雖然法院仍然重視子女過去受照顧的經驗[144]，但是在父母已分居一段時間[145]，或法院認為子女年紀已經足以理解事理，清楚表達自我意願的情形下，法院即在考量子女目前照顧情形、認定目前同住之父母為主要照顧者、以及尊重子女意願的情形下，酌定由目前與子女同住的父母繼續照顧子女並行使親權[146]。也因此，在父母育有不止一名子女的情形，假若父母分居之後子女分別由

[142] 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。彰化地院 105 年婚字 269 號。

[143] 例如，新北地院 105 年婚字 461 號（母離家逾二年，法院認為父在父母分居之後為子女主要照顧者，建立緊密情感依附，15 歲與 13 歲之兩名子女也表達要繼續與父共同生活，據此法院酌定由父單獨行使親權）。

[144] 鄧學仁，離婚後子女親權酌定之問題與對策，月旦法學雜誌，191 期，34 頁以下（2011）。

[145] 士林地院 105 年婚字 11 號參照（母離家前子女由母主要照顧，但分居大約三年以來由父以及祖父母照顧，法院考量子女已經習慣目前生活 方式並輔以子女意願等，將子女親權酌定由父單獨行使之）。

[146] 士林地院 105 年婚字 269 號（父母分居之後子女由父照顧，14 歲與 12 歲的兩名子女表達與父同

父或母擔任主要照顧者或同住時，則法院仍然主要考量目前照顧情形與子女的意願來決定主要照顧者與親權酌定[147]。另外，若父母分居前為子女主要照顧者的一方，雖然目前未與子女同住，但仍然與子女保持密切往來，則法院也有可能基於該父母與子女的依附關係仍深，或尊重子女意願，而將子女親權酌定由目前並未與子女同住的父母[148]。

除了子女目前照顧情形與子女意願之外，法院也針對未同住之父母一方的意願與條件加以考量。假若分居後並未同住之一方行使親權意願較低（礙於經濟條件或其他原因）[149]或是條件（工作與居住等）不穩定[150]，則法院也就不再特別考慮分居之前的照顧情形，而直接以分居後的主要照顧者與照顧情形來認定。

在我國家庭生活運作的脈絡下，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。因此，也常有發現主要照顧者其實並非（或不僅為）父母之雙方或一方，而包括祖父母或其他家人等（或祖父母扮演主要照顧者的任務）。此時，法院也會將祖父母的照顧角色，一併加以考量，無論是作為支持系統的重要一環，或是作為子女的主要（或共同）照顧者[151]，在法院眼中對於子女利益均有重要意

住，由父行使親權）。新北地院 106 年婚字 158 號（父母分居之後子女由父照顧，目前雖因法院暫時處分而使子女與母同住，但兩名 11 歲與 10 歲的子女仍明確表達願與父親同住）。澎湖地院 105 年婚字 24 號（母親離家之後由父為子女之主要照顧者，三名 14 歲與 12 歲的子女均表明要與父親同住），本案經上訴之後和解，三名子女均由父單獨行使親權。高雄高分院 107 家上 7 號（和解筆錄）參照。

[147] 例如，士林地院 105 年婚字 244 號（父母分居後子與父同住，女與母同住，子女各自表示想要繼續目前的照顧狀況，法院尊重子女意願並考量父母分別為子女目前之主要照顧者而酌定親權為父母分別單獨行使）。臺南地院 105 年婚字 442 號（父母分居後子與父同住，女與母同住，16 歲與 11 歲的兩名子女表明要分別繼續目前照顧與生活狀況，法院酌定子之親權人由父單獨任之，而女之親權由母親單獨行使）。本案經上訴後，原審關於離婚與子女親權行使之決定皆獲得維持。臺南高分院 106 年度家上字第 27 號判決（上訴駁回），臺南高分院 107 年度家再字第 1 號（再審之訴駁回），最高法院 106 年度台上字第 2799 號（最高法院上訴駁回）參照。

[148] 例如：新北地院 105 年婚字 745 號（母親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，長女表明希望與母親同住）。

[149] 例如：桃園地院 105 年婚字 754 號、桃園地院 104 年婚字 635 號、士林地院 106 年婚字 166 號、台中地院 105 年婚字 539 號。

[150] 例如：新北地院 105 年婚字 326 號。

[151] 例如：新北地院 106 年婚字 158 號、新北地院 105 年婚字 870 號。

義，也因此對於該方父母而言，即成為有利的後盾與優勢[152]。不過，值得注意的是，有些案件中，法院發現父母將子女交由祖父母或是家人照顧，自己卻可能沒有與子女同住，或未能（無力）親自照顧子女，此時即便子女目前的主要照顧者為祖父母或其家人，法院也不一定會將親權酌定由該方父母任之[153]。

4. 幼年原則--普遍適用 vs. 補充原則

4.1 幼年原則的適用

幼年（從母）原則的主要考量為子女年幼時較需要母親的照顧，因此在父母離婚後若未成年子女親權行使有爭議時，由母來負責照顧子女則符合子女最佳利益原則。本研究發現，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。在適用幼年原則的情形下，法院酌定未成年子女之權利義務行使負擔由母單獨任之者，有 56 人；父母共同任之但母為主要照顧者則有 5 人。若以案件數量的比例觀之，引用幼年原則的比例大約有 15%，而以未成年子女人數的比例觀之，則大約為 12%左右。

值得探討的是，幼年原則對於父母離婚後未成年子女親權酌定案件而言，重要性如何？是作為一個推定（presumption）一體適用於全部案件之中？或是作為一個優先適用的原則？或是只是一個補充性原則？為了釐清上述問題，有必要針對法院就「幼年」的定義以及幼年原則如何認定先進行探究。首先，關於「幼年」的定義如何，法院似乎並未在裁判中言明[154]，不過，由本研究所分析的判決

[152] 例如：士林地院 105 年婚字 11 號、士林地院 106 年婚字 178 號、臺南地院 105 年婚字 335 號、宜蘭地院 105 年婚字 335 號、基隆地院 106 年婚字 32 號、新北地院 106 年婚字 34 號、新北地院 106 年婚字 140 號、臺東地院 106 年婚字 32 號等參照。

[153] 例如：彰化地院 104 年婚字 215 號（子女目前與母及外祖父母同住，但法院認為母長期患有精神疾病，極度仰賴父母照顧子女，法院認定母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）。南投地院 105 年婚字 55 號（子女與父之二哥同住，父有中度精神障礙，法院選定父之二哥為子女們的監護人）。桃園地院 105 年婚字 110 號（子女與母之弟弟同住，法院認定父母均不適任）。高雄少家院 105 年婚字 437 號（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）。

[154] 以傳統英美法所謂 tender years doctrine 而言，一般"tender years"多指 4 歲以下之未成年子女。

觀之，法院在適用此原則時，未成年子女年齡大多為 6 歲以下，有 52 人（比例超過 90%）。超過 6 歲的子女者有 9 人，幾乎都在 10 歲以下，僅有 1 位子女是 13 歲。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，法院在援用「手足同親原則」（或「手足不分離原則」）的情形下，使這些 6 歲以上的子女也同樣酌定由母親行使親權[155]；除此以外，僅有 3 件適用幼年原則的案件是涉及 6 到 10 歲的獨生子女[156]。因此，可見幼年子女在法院實務上大致上指的是 0-6 歲的未成年子女。

接下來要釐清的，是我國法院是否將幼年原則作為對母親有利的推定，且普遍適用？在英美法傳統所謂幼年原則（tender years doctrine）的適用上，只要是案件涉及幼年子女，原則上子女的母親一律受到有利的推定；唯有在母親被證明為不適任（unfit）未成年子女的親權人時，法院才會考慮將親權交由父親行使。觀察本研究所分析之案件所涉及的 473 位未成年子女中，6 歲以下的子女共有 171 人，但事實上法院在判決中提及幼年原則作為判斷依據的僅有前述的 61 人（比例大約為 35%）；而在其他約 65%的 6 歲以下子女案件中，有許多案件即使最後法院酌定由母親單獨行使負擔 6 歲以下子女的權利義務，但法院卻並未引用或論及幼年原則。由此可見，幼年原則並未被法院作為涉及幼年（6 歲以下）子女的普遍原則，母親也不一定受到有利推定。

法院在適用幼年原則之時，絕大多數均同時引用其他原則，單獨適用者幾乎難得一見[157]。與幼年原則同時被引用的原則，除了前述的手足同親（或手足不分離）原則之外，最重要的應屬於主要照顧者原則與繼續性原則，分別多達 46 人與 38 人。於此情形中，法院將年幼之未成年子女的親權酌定給母親時，大部分

[155] 桃園地院 105 年婚字 591 號、臺中地院 106 年婚字 345 號、彰化地院 105 年婚字 225 號、105 年婚字 318 號、106 年婚字 75 號參照。

[156] 未成年子女的年齡分別為 9 歲（高雄少家院 106 年婚字 364 號、基隆地院 106 年婚字 9 號）與 7 歲（新北地院 104 年婚字 897 號）。

[157]可能的例外為臺南地院 106 年婚字 49 號，從判決中，難以看出法院有適用幼年原則之外的其他原則。不過，該判決在當事人上訴之後，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（臺南高分院 106 年家上字 70 號參照）。

的情形是無論父母目前是分居或仍然同住，子女一直由母親照料，法院在審酌各項情形之後肯定母親的主要照顧者角色，或子女目前的成長環境符合子女利益，進而酌定父母離婚之後，子女應持續由母親照顧。不過，由於此類酌定中，子女既為幼年，母親又是主要照顧者，因此較難看出法院對於幼年原則與主要照顧者原則（或繼續性原則）兩者在適用上的態度與關係：幼年原則究竟是優先適用原則或是補充性原則？因此，為了釐清幼年原則的角色，本文繼續探究另一種案件類型：法院引用幼年原則但並沒有同時引用主要照顧者原則或繼續性原則者。此類案件依據事實可以再分為兩種類型：一為子女目前由母親照料，二為子女目前並沒有與母親同住或主要照顧者並非母親。若為前者，可能是法院引用幼年原則（單獨引用或有與其他因素共同考量）已足，因此（雖然法院認為母親為主要照顧者）無須引用主要照顧者或繼續性原則，或是即使子女目前由母親照料，但法院認定父親（或其他人）為主要照顧者，不過最後仍然因為引用幼年原則（或其他考量）而酌定親權由母行使。上述情形，都意味著幼年原則（相較於主要照顧者原則而言）具有優先適用的地位。第一種情形的案件中，目前由母親任主要照顧者或與母親同住的子女有 51 人[158]，而在此種情形中法院未引用主要照顧者原則者僅有 4 人（3 件）。此時是否意味著幼年原則有優先適用之地位？這三個案件中，有兩個案件法院適用家庭暴力防治法第 43 條規定，已使得（家暴）父受到不利之推定[159]；另一個案件（2 名未成年子女）是法院在說明本案父母難以期待為合作父母[160]（有鑑於父在與未成年子女會面交往後，不願依照法院暫時處分之裁示，將未成年子女交付予母之親人，堅持要親自交付予母），不宜共同行使親權之後，即引用幼年原則認為兩名幼年子女由母親照顧、看護，符合未成年子女之最佳利益。該案經上訴之後，高雄高分院除了維持地院判決之外[161]，又提出

[158] 其中有一位是週間與母親同住，週末與父親同住。本案法院酌定維持目前未成年子女的照顧方式，由父母共同行使親權，並由母親任主要照顧者。新北地院 106 年婚字 18 號參照。

[159] 新北地院 106 年婚字 600 號、臺東地院 106 年婚字 20 號參照。

[160] 訪視報告評估父母兩造等狀況之後，建議由父母兩造共同行使親權，而由母（原告）擔任主要照顧者。參見高雄少家院 105 年婚字 475 號。

[161] 但對於扶養費部分則有所變更，高雄高分院 106 家上 16 號參照。

一個對父較為不利的考量以作為親權判斷依據：認為「父長期工作不甚穩定，難認可獨立承擔全部教養之責」[162]。因此，即使在這相當少數的案件中，也難以看出幼年原則具有優先適用或決定性的地位。

第二種情形，是事實上子女目前並未與母同住或由母親照料的情形，但法院最後酌定由母親行使親權，並且有引用幼年原則。本研究發現，此類案件中，有6位未成年子女目前與父親同住，有2位正接受社會局安置，有1位週間住在保母家，週末由父或母接回，而另有1位是由父母每週輪流照顧。那麼，幼年原則在這些案件中是否扮演較重要之角色？仔細解讀這些判決之後，可以發現，法院大多仍然在幼年原則之外同時引用其他原則或考量：有適用家庭暴力防治法第43條對父不利推定以及指出父並非善意父母者[163]；有父事實上已經病重，失去自理能力，而無力照顧子女者[164]；亦有父因無經濟能力照顧子女而將子女送到派出所由社會局安置者[165]，或父有酗酒惡習，不適宜教養子女者[166]等。可見上述情形即使不考慮幼年原則，父均顯然已不適宜擔任親權人。

值得注意的是，即使在子女目前並非由母親照顧或與母同住的情形，法院仍然可能視事實情況而援用主要照顧者原則將子女親權酌定由母行使，尤其在母親與子女分離之前為子女之主要照顧者，而嗣後因父親擅自將子女帶走（或未帶回）始發生子女與母分離之情形，法院仍肯認母親實為子女之主要照顧者（即使目前子女並非主要由母照顧）[167]。此時，除了肯認母為主要照顧者並引用幼年原則之外，法院也分別指出其他考量，包括母的親職能力較佳[168]，以及父親事實上

[162] 高雄高分院106家上16號參照。

[163] 新北地院105年婚字713號參照。另106年婚字101號民事裁定參照。

[164] 臺中地院106年婚字345號參照（目前子女由祖父母照顧中，但父親已病重，實無力照顧子女）。

[165] 新北地院106年婚字20號參照。

[166] 臺南地院106年婚字371號參照（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）。

[167] 新北地院105年婚字518號以及高雄少家院105年婚字437號參照。

[168] 新北地院105年婚字518號參照。

並未親自照顧子女（委由親人照顧）[169]等作為酌定的依據。

綜上所述，法院將幼年原則作為主要考量因素者，實為非常少見的例外[170]，在絕大部分的案件中，幼年原則所扮演的實為補充性的角色，此適用方式與過去英美法在適用幼年原則（tender years doctrine）的時期，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。

4.2 幼年原則與性別平等原則--疑慮與檢討

法院引用幼年原則時，有些並未特別對該原則加以論述[171]。然有些對其內涵與依據亦有論述。例如：「……『幼年從母原則』，即在母親懷胎十月生產子女，幼兒於母親體內已熟悉母親，無論在生理及心理上與母親具有極親密之天性相屬關係，一般在雙親家庭中成長之兒童，母親之角色有其獨特之女性人格特質，最能瞭解小孩在生活上的需要，母親亦往往較能照顧小孩的生活起居，此尤以年幼子女更是如此，母親的關愛與照顧是幼兒之最大需求，通常比父親較能對幼兒提供更好的看護與關懷，故幼兒由母親照顧較能符合幼兒之最大利益，對於親子關係方面，母親亦往往較父親更能促進親子間互動溝通，而父親若要取代母親的功能角色，即便花極大功夫與時間，亦難扮演好母親之角色，故推定幼兒由母親照顧看護符合子女之最佳利益。……」[172]。或者認為「……『幼年隨母』之原則，由母負責監護，對未成年子女的人格形成較為有利……」[173]，「此階段幼童較有母性之需求」[174]、「母親之關愛與照顧是幼童之最大需求，母親可能比父

[169] 高雄少家院 105 年婚字 437 號參照（父親擅自將子女帶走，但並非親身照顧子女，而是讓子女與其姐一家人同住並接受照顧）。

[170] 臺南地院 106 年婚字 49 號參照（本件離婚判決於上訴後被廢棄），前揭註 157。新北地院 106 年婚字 101 號（本件子女目前由保母 24 小時照顧，週末則由父母輪流帶回照顧。法院雖然引用幼年原則並表示因此推定由母親照顧看護符合子女最佳利益，不過法院仍表示已進行通盤考量並指出母之支持系統較有便利之優勢）。

[171] 例如：臺北地院 105 年婚字 302 號、桃園地院 106 年婚字 11 號、臺中地院 105 年婚字 6 號等參照。

[172] 新北地院 106 年婚字 101 號參照。

[173] 臺南地院 106 年婚字 49 號參照。

[174] 士林地院 105 年婚字 222 號參照。

親較能對幼童之需要提供更好之看護與關懷。……」[175]、「……年幼之嬰幼兒，於此成長過程中，人格發展與身心健全方面上，對於母親之需求，應較父親為迫切。……」[176]。綜觀法院判決所言，幼年原則最重要的依據在於子女於幼年階段時，對母親的關愛與照顧需求往往比父親大，而且也認為母親對促進親子溝通或對人格形成較為有利等。不過，前述的說法是否有足夠學理上的依據，而能夠成為普遍成立的前提論述，實不無疑問[177]。一旦在法律規範上或實務上將父母的性別直接作為子女最佳利益的判定標準或決定因素，可能造成父母的性別因素因而凌駕於個案其他的相關因素與考量之上，如此一來，子女最佳利益原則所強調的精神：以子女最佳利益為依歸，由法院就個別案件的一切情狀加以審酌進行判斷的精神，即可能因為過度考量父母性別的普遍特質而變得模糊甚至被架空。

另一方面，司法院大法官公布釋字第 365 號解釋已經明確宣示，憲法第 7 條的平等原則以及憲法增修條文第 10 條促進兩性地位實質平等的規定，在家庭場域之中亦有適用。如大法官所示，性別平等原則的內涵並非齊頭式的平等，而係保障夫妻或父母在法律地位上的實質平等，亦即對父母以性別為分類而進行差別待遇時，手段與目的應具有實質關聯。在子女親權行使案件中，所謂「父權原則」或「幼年（從母）原則」的適用，前者在子女親權行使問題上賦予父親法律地位的優勢，後者則在離婚後幼年子女之親權行使問題上給予母親法律地位上的優勢，法律上已形成差別待遇。問題在於，幼年原則所形成的差別待遇，是否具

[175] 新北地院 104 年婚字 897 號參照。

[176] 南投地院 106 年婚字 27 號、彰化地院 105 年婚字 239 號參照。

[177] 在心理學理論上，有所謂「心理上的父母」（psycohological 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* JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD & ALBERT SOLNIT, BEYOND THE INTERESTS OF THE CHILD (1973). 於 1970 年代早期，除了心理上父母的理論之外，另外尚有 John Bowlby 等人所發展的所謂 attachement thoery（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).

有正當理由？換句話說，幼年原則（手段）是否與其所欲達成之目的（子女最佳利益原則）具有實質關聯？此時，必須討論幼年原則之依據為何？假若具有相當的學理或事實基礎，得以證明子女在幼年階段，對於母親關愛的需求較大，或母親的照顧對於子女的人格形成或身心健全發展的重要性必然大於父親，則幼年原則對於父母所進行的差別待遇可能具有正當理由；但若幼年原則之依據是來自於性別刻板印象，包括對於女性人格特質與母親特殊角色功能的期待或印象，則恐怕不足以作為對父母進行差別待遇的正當理由。

以本研究所觀察的判決而言，目前法院對於幼年原則的適用，似乎並非作為一個對母親有利的推定，亦非作為優先適用的普遍性原則，而是作為一個補充性的考量。假若僅作為補充性考量的一環，而非作為決定性因素或有利推定，則可能尚不足認為該原則在適用上已經對母產生（普遍性）法律上的優勢；不過，有鑑於該原則是否有學理與事實上的依據，而足以成為普遍適用的規範尚有疑慮，不僅可能違反憲法上的平等保障，更可能使得子女利益的考量失焦，因此，建議法院在考量幼年子女的親權行使歸屬時，避免陷入性別刻板印象的泥淖，回歸子女最佳利益原則所強調的個案事實之認定與考量，針對個案中幼年子女的需求以及子女與父母分別的互動和依附關係加以審酌。

5. 同性別原則--普遍適用 vs. 補充原則

在未成年子女親權行使酌定案件的具體依據中，另一個著重父母性別的原則為「同性別原則」。不過，與幼年原則不同的是，同性別原則乃強調父母的性別與子女性別相同，而非僅強調父母性別的特質差異，並且也不受限於子女的年齡。同性別原則所仰賴的前提，子女「日後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[178]，因此符合子女最佳利益原則。

依據本研究分析，法院在考量 32 名子女（25 件）的親權行使酌定時，將同性別原則列為考量具體依據之一。酌定的結果為母單獨行使者有 25 人、父單獨

[178] 例如，士林地院 105 年婚字 210 號。

行使者有 3 人、共同行使由母任主要照顧者有 4 人。理論上，同性別原則在目前所有的案件應該都有適用的餘地，但從上述法院引用該原則的情形看來，法院考量該原則的情形尚不足十分之一，可見同性別原則實非主要或優先考量的原則。同性別原則通常與主要照顧者原則/繼續性原則（20 人/17 人）及幼年原則（17 人）並列，其他並列之因素尚有尊重子女意願（10 人）、家暴因素（7 人）、手足不分離原則（6 人）等。而仔細觀察之後更發現，此時同性別原則往往是作為補充性、甚至於是附帶一提的原則。在引用的案件中，絕大部分的案件是由母親單獨行使親權，或母親擔任主要照顧者（父母共同行使親權），僅有 3 名子女最後法院酌定由父行使親權時考量同性別原則[179]。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？可能需要進一步的討論與研究。無論如何，同性別原則在理論上面臨著與幼年原則類似的困境，也就是可能將性別因素（尤其是傳統的性別特質想像與期待）的普遍性置於個案的特殊性考量之上。過於強調同性別父母照顧的優勢，不僅可能引發是否符合性別平等原則的疑慮，對促進或維護子女利益而言，可能也不如依據個案情形，考量個別子女需求及親子互動等具體因素來得直接與重要。

6. 善意父母原則--非善意行為 vs. 較善意父母

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」。增列該款規定的理由為「有鑑於父母親在親權酌定事件中，往往扮演互相爭奪之角色，因此有時會以不當之爭取行為（例如：訴訟前或訴訟中隱匿子女、將子女拐帶出國、不

[179] 士林地院 106 年婚字 110 號，本案兩名分別為 13、14 歲的未成年子女目前皆與父親同住，法院主要考量尊重子女意願，並引用同性別原則，將兩名子女由子女之父母分別單獨行使親權。士林地院 106 年婚字 166 號，本案子女目前與父同住，法院認為母行使親權的意願不強烈，又引用繼續性原則之後，也列出同性別原則作為考量因素之一。士林地院 106 年婚字 178 號，本案子女自幼與父親、祖父母等家人同住，父親不僅可以提供較優之居住環境，法院更考慮繼續性原則，認為不宜變動子女目前之生活環境，最後復引用同性別原則以作成酌定。

告知未成年子女所在等行為），獲得與子女共同相處之機會，以符合所謂繼續性原則……」。因此，善意父母原則的立法，不但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而有損子女利益[180]；更有積極的鼓勵父母互相協力，在離婚之後仍然尊重他方得以行使親權負擔義務，成為合作父母以促進子女利益的意旨[181]。

就本研究所觀察的判決中，許多判決所引用的訪視報告對於父母是否具有善意等，大多有進行訪查評估，也有當事人對於他方是否為善意父母等進行攻防；但法院最後引用善意父母條款作為親權歸屬判斷依據者，則並不多見。法院引用善意父母條款作為依據的案件有 12 件，所涉及的未成年子女有 18 人。這些案件可以分為兩類：其一為認定父母之一方不為善意，其二為強調父母之一方較為友善者。父母之非善意行為主要有：將子女擅自帶出國而未返回[182]（或一段長時間之後才返國[183]）、對子女進行離間行為[184]、以及在探視子女之後拒絕讓另一方父母將子女帶回[185]等。而法院以一方父母較為善意作為有利判斷的因素者，有包括兩名未成年子女目前分別與父母同住，而法院認為兩造均未對子女與父母他方的探視與互動設限，因之酌定子女親權分別由父母行使者[186]；目前照顧子女之一方對他方以及他方祖父母的互動不設限，而認為該方父母具有善意[187]；也有法院認定父母雙方均有非善意的行為，但相較之下母對於子女與他方互動較為友善，因此作為酌定母單獨行使親權的因素之一者[188]。此外，也有兩件最後法院酌定為父

[180] 兒童福利聯盟基金會、現代婦女基金會、法律扶助基金會、以及家事調解學會發起「防制父母強奪子女推動聯盟」，呼籲重視父母搶奪子女所生的問題，協助離婚後父母能夠學習成為合作父母。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，69 卷 8 期，頁 75-102（2018）。

[181] 鄧學仁，前揭註 82，頁 110-119（2017）。

[182] 臺北地院 106 年婚字 231 號參照。

[183] 苗栗地院 105 年婚字 174 號參照。

[184] 新北地院 105 年婚字 731 號、桃園地院 105 年婚字 470 號參照。

[185] 臺南地院 106 年婚字 306 號參照。

[186] 新竹地院 105 年婚字 195 號參照。

[187] 新北地院 105 年婚字 239 號參照。

[188] 新北地院 106 年婚字 517 號（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

母共同行使親權，引用善意父母條款而判斷由母擔任主要照顧者[189]。

由此可見，在善意父母條款的適用上，法院認定較為明確顯著的非善意行為態樣，主要有父母離間他方親子感情之行為，包括父母向子女灌輸對他方父母的敵意、嫌惡、或其他不當的觀念，不僅嚴重妨礙了他方父母行使親權負擔義務，更使得子女陷於忠誠衝突與情感認知的扭曲。其次則為父母擅自將子女帶出國不願返回，也是嚴重的非善意行為。法院在上述兩種情形下，傾向認為非善意的一方有不適任的情形，而往往酌定由他方單獨行使負擔對子女之權利義務[190]。不過，關於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，或是關於立法理由與民間團體所關切之爭奪子女的行為（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[191]。

7. 家庭暴力--考量因素 vs. 不利推定

7.1 家庭暴力防治法中對加害人的不利推定

依照我國的家庭暴力防治法第 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。」因此，在未成年子女親權行使事件中，家庭暴力的加害人將受到不利的推定。有疑問者，是該規定在實務上的適用情形如何？在

善）、桃園 106 年婚字 11 號（兩造皆非友善，但父親會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）。

[189] 新北地院 105 年婚字 332 號、彰化地院 106 年婚字 15 號參照。

[190] 例外為苗栗地院 105 年婚字 174 號。於該案件中，越南籍之母親曾擅自於子女出生後就帶回並留置在越南逾一年，使父親無法行使親權，顯然不具善意父母之內涵。但法院考量該年幼子女聽不懂也不會說中文，目前狀況由父照顧也有困難，但又避免母再將子女帶出境，使父無法行使親權，因此，酌定由父母共同行使親權，並由母親為主要照顧者。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。未成年子女成年前之出境，應由父陪同或經父同意，始得為之。

[191] 前述的臺南地院 106 年婚字 306 號，該案中父母原來協議母照顧週一到週五，週六日由父照顧，但子女在由父帶去看病之後，父即拒絕將子女交給母親。父的非善意行為，也成為法院酌定由母單獨行使親權的因素之一。

本研究所分析的案件中，共有 36 件（58 名未成年子女）中法院以父母之一方有家庭暴力作為親權歸屬判斷的依據。此類案件的事實多為妻/母主張夫/父有長期嚴重的家庭暴力行為[192]，除了原告也大多持有通常保護令之外，被告甚至有違反保護令而被判刑、有吸毒惡習或以砍殺或點火傷害配偶或未成年子女等實施長期嚴重的家庭暴力。其中母主張受到家暴又持有保護令者有 33 件，其中有 31 件母持有通常保護令[193]，2 件有暫時保護令（一件為通常保護令聲請被駁回，另一件則是通常保護令正在聲請程序之中[194]）。另外在本研究所分析的 36 件案件中，有 3 件中一件為撤回[195]，另兩件則是通常保護令聲請被駁回[196]。父母均持有保護令者有 1 件。不過，保護令的持有與否與子女親權事件酌定時，法院將家暴列為判斷依據兩者之間，並沒有直接的因果關係。事實上，在本研究所分析的案件中，有 210 件中兩造之一曾主張對造有家暴行為，持有保護令者更不在少數。但最後法院將家暴列為子女親權行使事件判斷依據者，僅有 36 件。可見法院在適用家庭暴力防治法第 43 條時相當的謹慎。

值得注意的是，法院在引用家暴作為親權酌定依據時並不必然引用家庭暴力防治法第 43 條對加害人為不利推定，36 件之中有 19 件法院明確引用該規定，其他則僅將其作為一個考量因素。不過，即使法院未引用該條規定，但對家庭暴力因素進行考量，事實上也已經意味著對於家庭暴力的加害者不利[197]。此外，法院幾乎不曾以家暴作為唯一判斷因素，即使是引用家庭暴力防治法的不利推定，法院均同時引用主要照顧者原則或繼續性原則、子女意願或善意父母原則來支持

[192] 在本研究所分析的此類案件中，妻/母為原告的比例較其他類型案件高，有 33 件（超過 90%）。

[193] 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。新北地院 106 年婚字 517 號參照。

[194] 新北地院 106 年婚字 600 號參照。

[195] 彰化地院 105 年婚字 237 號參照。

[196] 新北地院 104 年婚字 429 號、花蓮 104 年婚字 94 號（持有暫時保護令，但通常保護令之聲請被駁回）參照。

[197] 例如「……顯示被告對原告之家庭暴力則屬長期持續之狀況，且經兩造未成年子女目睹，誠如訪視報告建議，依據家庭暴力防治理論，由原告單獨行使親權較為妥適」臺北地院 105 年婚字 115 號。

法院的決定。又法院在考量是否酌定共同行使負擔對未成年女子女的權利義務時，也往往引用家庭暴力因素作為不宜酌定共同行使的理由[198]。

依據家庭暴力防治法規定而使家庭暴力加害人受到之不利推定，依照最高法院 104 年台抗字第 503 號裁定所示，得以斟酌具體事證為反證加以推翻[199]。至於如何的具體事證可以推翻此一推定，並無明文規定，但參照最高法院 104 年度台簡抗字第 78 號裁定與 104 年度台抗字第 192 號裁定可知，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[200]。在本研究所分析的案件中（36 件，58 名子女），親權酌定的結果為母親單獨行使親權者有 53 名子女、由父單獨者有 4 名，由父母共同行使而母為主要照顧者之未成年子女有 1 名。而法院引用家庭暴力防治法第 43 條案件的 19 件中，絕大部分案件最後的酌定結果皆不利於家庭暴力行為的加害人，法院對於所考量的其他具體事證是否足以推翻加害人受到的不利推定，則較少加以討論[201]。案件所涉的 24 名子女中，法院最後

---

[198] 新北地院 105 年婚字 116 號、新北地院 105 年婚字 703 號、新北地院 105 年婚字 713 號、新北地院 106 年婚字 600 號、苗栗地院 105 年婚字 162 號、雲林地院 105 年婚字 166 號、花蓮地院 104 年婚字 94 號等參照。

[199] 最高法院 104 年台抗字第 503 號裁定：「……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。原法院僅謂相對人對再抗告人雖有家暴情形，但無確切證據證明其對朱○翰亦有不利行為等語，並未表明相對人適任親權人之具體資料。況再抗告人迭稱：相對人以傷害未成年子女為手段威脅伊，並有傷害未成年子女之事實（見原審卷六一至六八頁、八八頁），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。」

[200] 最高法院 104 年度台簡抗字第 78 號裁定：「……家庭暴力防治法第四十三條……；惟此僅係法律推定，依家事事件法第一百零六條第一項、第一零七條第一項規定，法院非不得斟酌具體資料，為相反之認定。原法院審酌兩造均於第一審提出以對造為相對人之民事保護令，主張對造有家庭暴力行為；再抗告人告訴相對人涉有家庭暴力傷害案件，經檢察官為不起訴處分，亦經相對人於第一審提出不起訴處分書在卷可憑；另參酌社團法人中華民國兒童人權協會、社團法人中華民國晴天社會福利協會分別對再抗告人、相對人進行訪視所提出之訪視報告，兩造於桃園地院一○二年度家非調字第四一九號協議內容，並考量系爭子女成長心理及滿足父母子女親情等具體情況，酌定系爭子女權利義務之行使或負擔，由兩造共同任之；……自無違背法令。」

最高法院 104 年度台抗字第 192 號裁定：「原法院參酌兩造撫育（未成年子女）之情況、相對人之親職能力，及龍眼林基金會訪視調查表所載內容等資料，考量（未成年子女）之最佳利益，認由相對人行使、負擔對於（未成年子女）之權利義務為適當，自未違背上開規定。」

[201] 例如：「……綜上，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，而得以認父將不再有類此足以造成未成年子女身心傷害與負面影響之家庭暴力行

酌定 22 名子女由母親單獨行使（父為家庭暴力加害人），而有 1 名子女是在父因家暴而受到不利推定的情形下，最後法院仍因為尊重子女意願之故而將子女之親權酌定由父單獨行使[202]；另有 1 名子女的情形是法院認為「兩造皆有強烈監護意願，並具有相當之經濟能力 、親職能力、教養能力與教育規畫，兩造之子與雙方都有良好的親子關係，希望能與雙方維持相處、互動。」因此酌定對未成年子女之權利義務行使負擔由父母共同為之；而在主要照顧者的酌定方面，法院始引用家庭暴力防治法第 43 條的規定，推定由加害人行使負擔權利義務不利於該子女而酌定由母任主要照顧者[203]。

在法院未引用家庭暴力防治法第 43 條，但將家庭暴力作為親權酌定考量因素的案件中，法院酌定的結果亦大多是不利於家庭暴力的加害人。不過，仍有 2 名子女在法院另外考量子女意願[204]或繼續性原則[205]之後，將未成年子女的親權行

為，並能將子女之利益置於優先地位。……」臺東地院 106 年婚字 20 號參照。

[202] 基隆地院 105 年婚字 129 號，觀察該案件事實，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。法院在判決中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，但法院認為：「……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……。」。

[203] 新北地院 104 年婚字 429 號，法院除了引用家庭暴力防治法之外，也認為父之居住環境未定，而且支持系統薄弱，作為酌定由母親任主要照顧者之理由。本案經上訴之後，臺灣高等法院於 106 年家上字 75 號判決中，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；其餘事項由兩造共同決定。不過，由於父為土耳其籍人士，家人均在土耳其，因此關於是否禁止或限制兩造攜未成年子女出國問題，兩造爭執相當激烈，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」。臺灣高等法院 106 年家上字 75 號判決參照。

[204] 嘉義地院 105 年婚字 241 號，本案事實為父多次實施家庭暴力，子女也有目睹，甚至到庭作證。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。法院詢問年紀較長的兩名子女（13 歲），其中一位到庭表示「……監護權給爸爸（即被告）比較好，因伊想住在現在住的地方就好，伊不想變動目前之生活環境……」；另一位也到庭表示「……監護權給媽媽（即原告）比較好，因爸爸在家常常很大聲，有時候都會喝酒，且原告比較關心伊，雖然與媽媽同住，有可能要搬離現在住所，但伊願意……」。法院表示兩名子女皆已經 13 歲，「……依其等年齡及學習過程，應有足夠之能力及智識能適切表達其受照顧之情況……」因此表示尊重子女意願，將親權行使分別酌定給父與母。但對於年幼的子女，法院則引用家庭暴力防治法的規定，以及其他因素考量，將親權酌定給母親。

[205] 新北地院 105 年婚字 116 號，本案事實為兩造因夫/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。法院認為兩名未成年子女主要由雙方的父母分別照顧，因此基於繼續性原則等考量，將兩名未成年子女分別酌定由父

使酌定給有家庭暴力行為的父親[206]。

7.2 家庭暴力影響之下的子女利益與性別平等

由上述的案件分析可以發現，法院在面對當事人家庭暴力的主張時，是否要適用家庭暴力防治法第 43 條的規定，持著相當謹慎的態度。事實上，觀諸家庭暴力防治法第 43 條的立法目的，一來在於因應婚姻暴力問題，使婚姻暴力的受害者（多為婦女）不至於因為害怕失去行使子女親權的機會，而持續忍受家暴，不敢離開家庭（或與加害人之關係）；二來更聚焦於未成年子女在父母離婚後的福祉與安全，減少未成年子女受到家庭暴力的風險。因此，立法規定對已經發生家庭暴力者，在父母離婚後法院酌定親權行使事件時，該加害人將受到不利之推定。家庭暴力所加害的對象，可能包括配偶、子女與其他家人，而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，近年來所重視的「目睹家庭暴力兒童」（一般多簡稱為「目睹兒」）的保護，也就是對於雖然沒有直接受到家庭暴力加害人的不當對待，但是不管是在現場或緊鄰現場而目睹暴力行為發生、甚至於事後目睹或觀察到親人所受的傷痕或痛苦，都可能對於未成年子女造成傷害。因此，即使家庭暴力的直接對象並非子女，子女也可能是家庭暴力的受害者。

婚姻暴力與兒童虐待同屬於家庭暴力之範圍，而且依據學者研究，婚姻暴力與兒童虐待的關係達到顯著，兩者的理解與因應有必要加以整體考量[207]。即使如此，兩者仍然有不同之處，依據學者的研究，婚姻暴力的受害者多為女性，但是兒童虐待的加害者則可能不一定是實施婚姻暴力的父親，甚至也有可能是受到婚姻暴力的母親[208]。此外，即使在婚姻暴力事件中，也並非全然相同，而有不同類型與脈絡，例如有權力控制類型、以暴制暴類型、境遇施暴類型以及分手施暴類

及母分別行使負擔其權利義務。

[206] 前揭註 204。

[207] 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，19 卷 4 期，頁 331-363（2006）。

[208] 沈瓊桃，同前註。

型等[209]，這些不同類型的暴力行為不論在成因、加害人與受害人間的關係、暴力程度、或繼續發生危險的可能性等方面皆有不同，也應視情形在法律或服務處遇上進行不同的認定與評價。甚至於在當事人主張發生家庭暴力事件的情形下，亦有可能包含有充分證據或有當事人間權力失衡之明確的家庭暴力事件（真正家庭暴力事件）、以及當事人間雖有言語肢體衝突，卻沒有上述權力失衡或繼續發生暴力之危險者、或甚至於調查之後並非真正家庭暴力事件者[210]。因此，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。」，在適用上，「已發生家庭暴力者」應如何認定，就必須審慎的評估案件中所發生之家庭暴力的類型為何？是否符合立法意旨中所要達到的目的：避免受害者（尤其為弱勢的妻/母）因為子女的羈絆而被迫繼續忍耐暴力，以及避免未成年子女之利益受到損害？有賴法院進行調查與審慎的認定。

至於保護令的核發在子女親權酌定案件所扮演角色如何？是否足以啟動家庭暴力防治法第 43 條的適用？如前所述，本研究發現，當事人保護令的持有與否，對於法院是否指明將家庭暴力作為酌定的因素之一，或進而引用家庭暴力防治法第 43 條的不利推定，似乎沒有直接的關聯。甚至於在離婚案件中適用第 1052 條第 1 項第 3 款的不堪同居之虐待而准予離婚的案件中，法院在審酌子女親權歸屬時也不一定會把家庭暴力列入重要的考量因素。由此可知，法院對於是否以家庭暴力作為子女親權酌定的考量因素，以及對家庭暴力的加害人進行不利推定，持相當審慎的態度，也不一定會把婚姻暴力的發生與子女親權事項一併考量。本研究肯定法院的審慎態度。尤其，法院在審理聲請核發保護令之案件時，往往受限於時間壓力以及必須保護當事人安全的考量下，不一定能夠全面詳盡的調查評估各種證據，以釐清家庭暴力的類型、程度或脈絡，因此，假若就逕以保護令的有無來決定子女親權酌定事件是否要將家暴作為一個重要考量，或甚至進

[209] 彭南元，法院審理涉及家庭暴力離婚事件之最新發展趨勢－台灣經驗，刑事法雜誌，54 卷 5 期，頁 61-88（2010）。

[210] 彭南元，家事法庭對「家庭暴力事件」提供心理諮詢服務之剖析，司法改革雜誌，46 期，頁 53-55（2003）。

行不利推定，可能不一定合乎家庭暴力防治法的立法意旨與子女利益。不過，本研究也發現，在審慎認定的背後，法院究竟如何對家庭暴力事件進行（或不進行）衡量與評估，以及適用家庭暴力防治法不利推定的標準如何？似乎並不明確，尚有待釐清。此外，在法院已經以家暴作為考量因素，或已經引用家庭暴力防治法之不利推定時，若法院最後酌定未成年子女的親權由實施家庭暴力的一方行使，雖然最高法院曾表示可以法院的綜合評估來推翻不利推定，但家庭暴力所生傷害影響甚鉅，建議法院應對推翻該不利推定的主要理由加以說明，以維護子女的身心健康與安全。

8. 父母之一方為外籍--外籍身分 vs. 子女利益

我國的婚姻移民風潮，自從 1990 年開始受到各界的注意。一開始媒體多以「外籍新娘」的現象稱之。婚姻移民主要來自於東南亞國家以及中國大陸。這一股風潮一直到 21 世紀初，大約是 2003 年之後，才開始下降。根據統計，外籍配偶的組成，女性超過九成，半數以上為中國大陸籍，至於來自東南亞的配偶則以越南籍為大多數。這些女性的外籍配偶在不熟悉的文化環境與土地上，面對傳統性別分工的期待或要求、經濟上以及國籍地位上的弱勢，加上沒有足夠的支持系統，往往成為弱勢的一群。因此，婚姻移民或外籍配偶的權益保障引發了各界的關注與討論[211]。在涉及外籍配偶之子女親權行使的案件中，是否會因為外籍配偶的身分或地位而呈現出不同的樣貌？

在本研究所分析的案件中，父母一方為外籍配偶者，有 45 件（未成年子女有 73 名），父為外籍者有 3 件（分別來自英國、印尼、土耳其），母為外籍者有 42 件（以來自中國大陸與越南者較多，分別為 16 件）。酌定的結果為父單獨行使者有 12 件（18 名子女，其中有兩件為父母分別單獨行使其中一名子女之親

[211] 例如，施慧玲、陳竹上，論婚姻移民家庭權之平等保障——全球法本土化的考察與反思，月旦法學雜誌，189 期，頁 22-37（2011）。Shu-chin Grace Kuo (郭書琴), *A Socio-Legal Analysis of the Regulations on Foreign Spouses in Taiwan (外籍配偶相關規範之法律與社會分析)*, 6(2) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW REVIEW (臺大法學評論) 495-520 (2011). 葉錦鴻，論外籍配偶的法律地位——以入境、居留與歸化為中心，台灣國際法季刊，11 卷 3 期，頁 7-26（2014）。

權）、母單獨行使者有 20 件（37 名子女，其中有兩件為父母分別單獨行使其中一名子女之親權）、父母共同行使且由父任主要照顧者有 8 件（11 名子女）、父母共同行使且由母任主要照顧者有 4 件（5 名子女），另外有 1 件（2 名子女）法院選定祖父母為子女之監護人。觀察此類案件，可以發現與其他案件略有差異之處，在於法院酌定由父單獨行使親權（大約為 24%，相較於全體的 18%）以及共同行使親權由父任主要照顧者的比例（68%相較於全體的 35%）均有略高的現象；再觀察後發現，其原因可能在父母一方為外籍配偶的案件中，父母分居之後，子女與父親（及家人）同住的比例比較高（在全體案件中，在離婚訴訟時子女與父親同住的比例有大約 18%，但在父母一方為外籍的案件中，子女與父親同住的案件則約有 50%），在我國法院注重主要照顧者與繼續性原則的情形下，最後法院酌定由父行使負擔親權的比例也因此較高。由於絕大部分的外籍配偶為女性，其身為婚姻移民的處境造成大部分的女性配偶來臺灣結婚後以從夫居為主，加上若其經濟方面較為弱勢，則可能造成在分居之後子女仍多維持與父（及家人）同住。

另一方面，由於婚姻移民本身在臺灣的社會與家庭支持系統以及經濟能力較為薄弱，的確可能相對影響了其爭取行使子女親權的意願[212]，也影響了其得以維護或促進子女最佳利益的主張[213]。不過，就本研究所分析的案件看來，法院一貫依據子女最佳利益原則進行綜合判斷，重視個案中父母子女的實際照顧與互動狀況、父母雙方的意願、整體能力的評估以及子女意願等，因之雖然外籍配偶或婚姻移民，在性別多為女性，且政經社會與支持系統方面較顯辛苦或弱勢，但以案件的進行或結果而言，與他方父母相較，其弱勢並不如想像上的明顯。

[212] 例如：高雄少家院 106 年婚字 40 號、宜蘭地院 105 年婚字 140 號（外籍配偶母親的支持系統、經濟能力與行使親權意願均低）。

[213] 例如：新北地院 104 年婚字 429 號、屏東地院 105 年婚字 176 號、臺東地院 106 年婚字 32 號等（法院均論及外籍配偶父母的支持系統較為薄弱，或他方父母的支持系統較佳，以作為酌定的具體依據之一）。此外，澎湖地院 105 年婚字 24 號，本案母親行使親權意願高，法院認為其居住工作薪資等均不穩定，並考量父為子女之主要照顧者且尊重子女意願（分別為 14 歲與 12 歲）而酌定由父單獨行使負擔 3 名子女之權利義務。本案經上訴後離婚與子女親權行使均和解，3 名子女親權由父單獨任之，高雄高分院 107 年家上 7 號參照。

在外籍配偶為父母一方的案件中，關於攜帶子女出境的問題值得注意。國際婚姻的夫妻在婚姻出現破綻或離婚後，父母一方任意將子女攜帶出國（回到自己原生國家）的問題，早已在 1980 年就引起國際間的注意，為了避免子女利益在此一過程中被忽視與犧牲，在 1980 年海牙國際司法會議中（Hague Conference on International Private Law）通過海牙國際誘拐兒童之民事部分公約（The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction[214]）又在 1996 年通過更為具體的，對於親權與兒童保護措施之管轄、準據法、承認、執行與合作公約（The Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Coooperation in Respect of Parental Responbility and Measures for the Protection of Children[215], The Hague Convention on parental responsiblity and protection of children）。依據公約規定，若父母在沒有合法權利或未經過同意下，逕自將未成年子女帶出國，則有權之他方父母可以透過國際合作的管道與程序將子女送回原住居地（住居國），關於子女之親權、會面交往與財產事項等法律爭議，則規定子女的居住國有權管轄。

依據我國民法第 1055 條之 1 第 1 項第 6 款規定，法院審酌子女親權行使歸屬時，尤其應注意：「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」，因此，若有父母任意將子女攜帶出國，妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔，即可能被法院認定為非善意之父母。在本研究所分析的外籍配偶案件中，亦有發現此類爭議。例如，有母親在未成年子女出生不久後帶回越南一段時間音訊全無，使父無法行使親權。目前母親已經帶著子女回到臺灣，父親主張其擅自將子女帶到越南的行為顯然非善意父母，但法院考量子女自幼由母照顧，依附關係良好，子女不懂中文，完全由父照顧顯有困難，故法院認為子女親權由父母雙方共同任之，而由母任主要照顧者，符合子女最佳利益[216]。此外，另有案件在地院酌定父母共同行使親權，由母任主要照顧者之後，由於父為土耳其

[214] The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, HCCH https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction.

[215] HCCH status Table, https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70.

[216] 苗栗地院 105 年婚字 174 號參照。

人，親人都在土耳其，因此雙方在上訴時是否應限制父攜帶子女出國一事，有激烈爭執。母親主張應限制父攜帶子女出國，因子女尚年幼，若父親將子女攜帶回土耳其，子女將無法自行返國；但父主張若禁止其帶子女出國，等同斷絕子女與父方土耳其親人的聯繫等。高院判決中引用兒童權利公約規定：「所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量」，認為「……如未成年子女經當事人之一方送出境外，為我國法權所不及，亦難以執行，如此將使該未成年子女實質上脫離我國法律之保護，對其最佳利益有重大不利影響，……」而子女與父親之土耳其親人聯繫，或協助子女瞭解土耳其之風土民情、地理文化，尚有其他方式可以達成或彌補，因此，法院認為應限制未成年子女於 16 歲前，除經他造事前同意外，非由兩造共同陪同，不得出境[217]。

涉及外籍配偶的案件中，特別值得注意的問題，除了子女出境與否可能影響子女利益之外，如何維持身為外籍配偶之父母與子女的互動關係與聯繫，對於子女利益也至關重要。尚未取得我國國籍之外籍配偶一旦離婚之後，可能就會由於失去居留原因而必須離開臺灣，雖然此並非表示從此該父母無法再入境來臺灣與子女相聚，或全然沒有以其他方式會面交往之可能，但本研究發現法院在審酌子女親權歸屬之時，對於子女未來是否能夠與外籍配偶之父母有頻繁互動，維繫緊密親子關係之機會，亦相當重視，因此無論最後法院對子女親權歸屬如何決定，該外籍父母是否居留臺灣的因素都在法院審酌考量之列[218]。

[217] 臺灣高等法院 106 年家上 75 號參照。

[218] 臺中地院 105 年婚字 748 號（本案目前子女與父同住，母親為越南籍，曾於未告知子女之父的情形下，試圖將子女帶回越南未果，訪視報告中有特別提醒母之外籍身分，若離婚又無法行使親權則可能必須離開臺灣。法院考量子女雖然目前未與母同住，母仍然固定維繫與子女之關係，又子女尚屬年幼，在身心成長上均須父母挹注更多關懷照顧、共同陪伴，因此酌定由父母共同行使親權，並由目前與子女同住照顧之父親任主要照顧者）。不過，在另一案件中，同樣在子女尚屬年幼，目前與父同住的情形，雖然越南籍之母表示若其無法行使親權可能必須離開臺灣，法院綜合考量之後認為父母無法共同行使親權，且母過去曾發生行蹤不明由移民署協尋之問題，因之認為如由父母共同行使子女親權，可能出現因為聯絡溝通不易，致使未成年子女權益受延宕或受損之情形，反而對子女有不利影響，故不宜由父母共同行使。又關於母親因此無法在台灣居留，法院認為即使如此，母仍得以再申請入境或以其他方法與子女保持聯繫。臺中地院 105 年婚字 298 號參照。

陸、結論與建議

1. 子女最佳利益原則與性別平等原則的關係：脈絡交錯且相輔相成

本研究認為，子女最佳利益原則與性別平等原則兩者雖然強調之重點不同，但在發展上與適用上實有密切關聯，得以相輔相成。首先，子女最佳利益原則的興起與性別平等原則的適用與發展脈絡本就息息相關，子女最佳利益原則在適用上也難以跳脫與父母親權行使相關的性別脈絡。其次，子女最佳利益原則的重點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。因此，性別平等原則的適用，實得以確保子女最佳利益原則不至於被父母一方的性別因素或性別刻板印象所掩蓋或架空。尤其，如我國大法官所強調，性別平等原則並非絕對、機械的平等，而是保障父母的法律地位不因為性別而受到不正當的差別待遇。因此，性別平等原則在子女親權事件上有所適用，並非表示父母應共同行使親權，甚至必須分別與子女有同樣的相處時間等等所謂機械式的平等。性別平等原則的適用表現於父母雙方立於平等地位的基礎上，進行調解與訴訟等法律程序。因此，若法律規範本身或法院的裁判過程與結果皆能避免對父母進行無正當理由的差別待遇，能夠不拘泥於傳統性別刻板印象或進而跳脫父權家庭體制的窠臼，則不僅符合性別平等的原則與精神，更可以確保法院在審酌時把焦點放在個案之子女利益，而非過於強調父母的性別因素。反之，若在法律規範、適用或程序進行上因為性別而對父母進行不合理的差別待遇，或一味的強調傳統父權家庭秩序，則不但可能造成父母法律地位上的不平等，更將使得法院受限於此，而無法對子女親權行使的各種相關事項進行客觀全盤的考量與評估，如此一來，子女最佳利益原則的精神反而無從落實。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。

2. 子女最佳利益之司法實踐與尚待釐清檢討之處

本研究發現，我國法院在落實子女最佳利益原則的實際作法上，確實依據民

法第 1055 條之 1 的規定，考量各項相關因素，並輔以數個原則，仔細審酌後進行綜合判斷，而非僅仰賴單一原則。此作法符合子女最佳利益原則以個案的一切情狀進行客觀評估判斷的精神，值得肯定。在具體原則的使用上，法院顯然較重視主要照顧者原則與繼續性原則，也就是說，法院認為在父母離婚後，繼續維持子女成長環境以及穩定的親子關係對於子女利益至關重要。有鑑於大部分的父母在訴訟時已經分居一段時間，因此子女目前的照顧狀況（由誰照顧、與誰同住）即成為法院裁判的重要參考因素。不過，子女的現狀與父母分居過程以及父母本身的條件狀態有直接關連，甚至子女穩定照顧模式的現狀可能是父母一方搶奪子女的行為，或是受到家庭暴力的母親被迫獨自離家所造成的結果。因此，為了避免子女利益與性別平等的精神受到誤解或忽略，建議法院在審酌時不僅對於子女的現狀有所掌握，更要進一步的瞭解子女過去受到照顧的歷程（可列入訪視報告內容，由社工員先進行瞭解與評估），以作為考量依據之一。

其次，本研究也發現，法院對子女意願相當重視。畢竟子女親權行使與子女權益有直接、重大的相關，子女的表意權與自身意願著實值得保障與尊重。不過，未成年子女的身心發展尚未成熟，較容易受到外界、父母家人的影響與壓力，因此，如何保障子女的表意權，在程序上應有何種考量與設計，以免反而損及其利益；以及法院在審酌子女意願應如何視其年齡、智識能力、所處環境與是否受到壓力等等進行評估，則有賴更進一步的討論。

此外，幼年原則以及同性別原則目前仍然受到法院的肯認與適用，雖然在適用上均非作為普遍或優先適用的原則，而係用以補充、支持法院的酌定結果。但由於此兩個原則所仰賴的前提，乃在強調父母的性別對於所有幼年子女（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），而此優勢（或劣勢）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母職的想像與期待。因此，不但難以符合性別平等原則，也可能使法院無法客觀審酌個案子女的其他有關考量因素，而無法落實子女最佳利益的精神，故實有檢討之必要。

最後，在案件中常被提及或主張的家庭暴力因素，也有必要進行檢視與反

思。本研究發現，相較於離婚案件，法院在親權酌定的案件中對於考量家庭暴力因素態度相當審慎，但對於家庭暴力行為在子女親權酌定事項中是否納入考量？以及法院如何評價家庭暴力因素？似乎尚無法推知法院的審酌標準或傾向。有鑑於此類案件中家庭暴力因素的發生頻率不低，家庭暴力對受暴的配偶（尤其是婦女）與子女均產生身心傷害及不利影響，因此，對家庭暴力的種類與程度進行類型化，而據以決定法律的評價與服務的處遇，實有其必要。尤其，在何種條件之下應啟動家庭暴力防治法第 43 條的不利推定？又一旦受到不利推定，是否有（如何）推翻的可能性？此皆與法院是否酌定父母共同行使親權、善意父母條款的適用、以及會面交往權的酌定等等有著直接的影響。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，對於性別平等原則與子女最佳利益原則的維護與促進至關重大，若人身安全的保障無法確保，則所謂維護性別平等或子女利益可能均淪為空談。因此，在未成年子女親權案件中應如何認定與審酌此一因素，應為學界與實務界共同探究釐清的重要課題。

3. 法院功能的再思考：朝向性別實質平等的實現與子女最佳利益的提升

本研究發現，法院在處理父母離婚後子女親權酌定案件時，雖然仍有前述尚待釐清與檢討之處，但整體而言，均能重視父母的平等法律地位，參酌訪視報告、家事調查官與程序監理人之報告，審酌一切情狀，以子女最佳利益原則為依歸而作成未成年子女親權酌定；也能勉力促成父母之間的良性溝通或子女與目前未同住（或未行使親權）之父母間的會面交往，值得肯定。本研究建議在目前的基礎之上，進一步的朝向促進性別實質平等並提升子女最佳利益，以符合國際公約所揭櫫的原則與價值，更落實我國憲法對於人性尊嚴、性別平等以及兒童權益的維護與保障。

依據聯合國「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）的精神，其所強調的並非僅僅是性別的形式平等（equality of opportunity），而係實質平等（substantive equality）。因此，各國「應採取一切適當措施，消除在有關婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視」，並且促進與保障婦女事實上（而非僅為

法律上）的平等。為了實踐實質平等的精神，在親權行使酌定案件中，法院不但要維護父母雙方法律地位上的平等，更必須將父母在現實上所受到的限制或條件，以及因此所帶來結果上的差異，一併放在性別平等的脈絡之下討論，才可能達到實質平等。故在法院審酌子女親權行使爭議時，也應將個案中的妻/母在傳統父權家庭制度以及性別分工的影響下（例如妻/母受到傳統規範要求從夫居或負擔家務及育兒責任的影響）所可能受到的不利益或因此而生的弱勢（例如前述妻/母在分居之後無法提供穩定適合的居住環境或支持系統薄弱等）進行考量，以避免妻/母受到間接或事實上的差別待遇。

另一方面，法院作成親權行使酌定之後，其解決爭議、維護子女最佳利益的任務看似已經完成；不過，法院作為國家法制的重要環節，事實上可以對於「兒童權利公約」之中所強調對兒童（子女）最佳利益的實現扮演更為積極的角色。首先，法院對其所酌定的內容，包括親權行使、會面交往、扶養費等，可以與相關機構或團體（例如法律扶助基金會）合作，協助當事人確保法院裁判的落實，以避免發生經濟較為拮据的父母（尤其是母親）被迫獨力負擔子女之義務，而更進一步落入弱勢的困境。其次，由於法院在審理案件的過程中，對於個案子女與父母的情形有相當的掌握，因此，法院應得以在協助父母解決親權相關爭議之餘，也成為一個提供整合資源的平台與管道，持續強化父母行使親權負擔義務的能力與資源，促進子女利益。例如透過程序監理人協調鼓勵父母進行良性溝通、促成合作父母；或運用親職教育、諮商服務等資源，使有需求的父母（尤其是共同行使親權之父母、溝通不良有敵意的父母）在必要時可以得到協助；或甚至對於經濟較為弱勢、支持系統不足，或曾發生家庭暴力的家庭，也可以與衛福或社政單位（或機構）配合，由其提供後續的必要資源或服務等等。如此一來，法院在親權酌定案件中所扮演的角色，將從爭議（糾紛）的裁決者，擴充為爭議（糾紛）的管理者；其任務也從釐清與評價個案事實，酌定子女親權應如何行使安排，到進一步落實法院酌定內容、更在實際面上協助弱勢父母，實現性別實質平等，確保子女的未來能夠在父母的教養保護之下健全成長。今後，如何能在子女親權酌定議題的脈絡中，建構一個以法院為中心，以實現子女最佳利益與促進性

別平等為目標的制度或網絡，應為司法、立法、行政與民間團體共同的挑戰與重要課題。

柒、參考文獻

中文文獻

1. 呂潮澤，離婚後子女監護問題之檢討，臺大法學論叢，21 卷 1 期，頁 397-405（1991）。

2. 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，95 期，頁 175-227（2007）。

3. 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，40 卷 3 期，頁 779-828（2010）。

4. 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，19 卷 4 期，頁 331-363（2006）。

5. 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，中正大學法學集刊，3 期，頁 163-221（2000）。

6. 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，69 卷 8 期，頁 75-102（2018）。

7. 施慧玲、陳竹上，論婚姻移民家庭權之平等保障——全球法本土化的考察與反思，月旦法學雜誌，189 期，頁 22-37（2011）。

8. 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，98 期，頁 63-78（2011）。

9. 陳竹上、黃有志，壞先生是否也是壞爸爸？家庭暴力防治法第 43 條之理論與實證分析，高雄師大學報，36 期，頁 77-90（2014）。

10. 彭南元，法院審理涉及家庭暴力離婚事件之最新發展趨勢－台灣經驗，刑事法雜誌，54 卷 5 期，頁 61-88（2010）。

11. 彭南元，家事法庭對「家庭暴力事件」提供心理諮詢服務之剖析，司法改革雜誌，46 期，頁 53-55（2003）。

12. 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，47 卷 1 期，頁 299-344（2018）。

13. 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，13 卷 1 期，頁 1-26（2017）。

14. 葉錦鴻，論外籍配偶的法律地位－－以入境、居留與歸化為中心，台灣國際法

季刊，11 卷 3 期，頁 7-26（2014）。

15. 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，28 卷 3 期，頁 245-309（1999）。

16. 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 2013 年 12 月修正之民法第 1055 條之 1 規定，月旦法學雜誌，234 期，頁 193-207（2014）。

17. 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，265 期，頁 110-119（2017）。

18. 鄧學仁，離婚後子女親權酌定之問題與對策，月旦法學雜誌， 191 期，頁 34-44（2011）。

英文文獻

專書

1. AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (LexisNexis 2002).

2. FINEMAN, MARTHA, THE NEUTERED MOTHER: THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTY CENTURY TRAGEDIES (1995).

3. GOLDSTEIN, FRUED & SOLNIT, BEYOND THE BEST INTEREST OF THE CHILD (1979).

4. GOLDSTEIN, JOSEPH, ANNA FREUD & ALBERT SOLNIT, BEYOND THE INTERESTS OF THE CHILD (1973).

期刊論文

1. 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).

2. Atwood, Barbara A., *The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform*, 45 ARIZ. L. REV. 629 (2003).

3. Bartlett, Katharine T., *Comparing Race and Sex Discrimination in Custody Cases*, 28 HOFSTRA L. REV. 877-894 (2000).

4. Chen, Chao-Ju, *The Chorus of Formal Equality: Feminist Custody Law Reform and Fathers' Rights Advocacy in Taiwan*, 28 CANADIAN JOURNAL OF WOMEN AND THE

LAW 116-151 (2016).

5. Crippen, Gary L., *Stumbling Beyond Best Interest of the Child: Reexamining Child Custody Standard-Setting in the Wake of Minnesota's Four Year Experiment with the Primary Caretaker Preference*, 75 MINN. L. REV. 427-503 (1990).

6. Crippen, Gary L. & Sheila M. Stuhlman, *Minnesota's Alternatives to Primary Caretaker Placements: Too Much of a Good Thing?*, 28 WM. MITCHELL L. REV. 677-695 (2001).

7. DiFonzo, J. Herbie, From *the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy*, 52 FAM. CT. REV. 213-228 (2014).

8. Dolan, Mary Jean & Daniel J. Hynan, *Fighting Over Bedtime Stories: An Empirical Study of the Risk of Valuing Quantity Over Quality in Child Custody Decicions*, 38 LAW & PSYCHOL. REV. 45 (2013-2014).

9. Dore, Margaret K., *The "Friendly Parent" Concept: A Flawed Factor for Child Custody*, 6 LOY. J. PUB. INT. L 41-56 (2004).

10. Dowd, Nancy E., *Rethinking Fatherhood*, 48 FLA. L. REV. 523-537 (1996).

11. Garvin, Zoe, *The Unintended Consequences of Rebuttable Presumptions to Determine Child Custody in Domestic Violence Cases*, 50 FAM. L.Q. 173-192 (2016).

12. Gonzalez, Annette M. & Linda Rio Reichmann, *Representing Children in Civil Cases Involving Domestic Violence*, 39 FAM. L.Q. 197-220 (2005).

13. Hatch, Rebecca E. & Leann Michael, *Gender Bias as Factor in Child Custody Cases*, 131 AM. JUR. PROOF OF FACTS 3d 457, §1 (2013).

14. Jacobs, Susan Beth, *The Hidden Gender Bias Behind "The Best Interest of the Child" Standard In Custody Decisions*, 13 GA. ST. U. L. REV. 845 (1997).

15. Kay, Herma Hill, *No-Fault Divorce and Child Custody: Chilling Out the Gender Wars*, 36 FAM. L.Q. 27-47 (2002).

16. 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).

17. Kuo, Shu-chin Grace (郭書琴), *A Socio-Legal Analysis of the Regulations on Foreign Spouses in Taiwan (外籍配偶相關規範之法律與社會分析)*, 6(2) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW REVIEW (臺大法學評論) 495-520 (2011).

18. Lamb, Michael E., *The "Approximation Rule": Another Proposed Reform that Misses the Target*, 1 CHILD DEV. PERSP. 135-136 (2007).

19. Lemon, Nancy K.D., *Statutes Creating Rebuttable Presumptions Against Custody to Batterers: How Effective Are They?*, 28 WM. MITCHELL L. REV. 601-676 (2001).

20. 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).

21. Ludolph, Pamela S. & Milfred D. Dale, *Attachment in Child Custody: An Additive Factor, Not A Determinative One*, 46 FAM. L.Q. 1 (2012).

22. Maldonado, Solangel, *Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent*, 153 U. PA. L. REV. 921-1009 (2005).

23. Meier, Joan S., *Domestic Violence, Child Custody, and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining The Solutions*, 11 AM. U.J. GENDER SOC. POL'Y & L. 657-730 (2003).

24. Melli, Marygold S. & Patricia R. Brown, *Exploring a New Family Form: The Shared Time Family*, 22 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 231 (2008).

25. Millar, Glenn H., MD, *The Psychological Best Interest of the Child Is Not the Legal Best Interest, Editorial*, 30 JOURNAL OF AMERICAN PSYCHIARY LAW 196-200 (2000).

26. Mnookin, Robert H. & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950-997 (1979).

27. Nielsen, Linda, *Shared Physical Custody: Does it Benefit Most Children?*, 28 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 79 (2015).

28. Peskind, Steven N., *Determining the Undeterminable: The Best Interest of the Child Standard As An Imperfect But Necessary Guidepost to Determine Child Custody*, 25 N. ILL. U. L. REV. 449-482 (2005).

29. Pruett, Marsha Kline & J. Herbie Difonzo, *Closing the Gap: Research, Policy, Practice, and Shared Parenting*, 52 FAM. CT. REV. 152-174 (2014).

30. Schepard, Andrew, *The Evolving Judicial Role in Child Custody Dispute: From Fault Finder to Conflict Manager to Differential Case Management*, 22 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 395-428 (2000).

31. Scott, Elizabeth S., *Pluralism*, *Parental Preference, and Child Custody*, 80 CALIF. L. REV. 615-672 (1992).

32. Singer, Jana B., *Dispute Resolution and the Post-Divorce Family: Implications of a Paradigm Shift*, 47 FAM. CT. REV. 363-368 (2009).

33. Steegh, Nancy Ver, Differentiating *Types of Domestic Violence: Implications for Child Custody*, 65 LA. L. REV. 1379-1429 (2005).

34. Tye, Donald, G., *The Preferences and Voices of Children in Massachusetts and Beyond,* 50 FAM. L.Q. 471 (2016).

35. 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).

36. 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).

37. Welzien, Alexa, *Life, Liberty, and the Pursuit of Parental Equality: Florida's New Parenting Plan Remains Overshadowed by Lingering Gender Bias*, 33 NOVA L. REV. 509-532 (2009).

38. Zapata, Raymon, *Child Custody in Texas and the Best Interest Standard: In the Best Interest of Whom?*, 6 SCHOLAR 197, 200-217 (2003).

捌、附錄

1-1 一造判決：各地方法院統計（共 100 件）

編號	法院	件數
1	士林地方法院	3
2	新北地方法院	9
3	桃園地方法院	74
4	苗栗地方法院	1
5	臺中地方法院	5
6	南投地方法院	1
7	彰化地方法院	3
8	嘉義地方法院	2
9	花蓮地方法院	1
10	基隆地方法院	1
總計		100

1-2 一造判決：案號明細

編號	案號	編號	案號
1	士林 105 婚 98	21	桃園 105 婚 583
2	士林 105 婚 290	22	桃園 105 婚 612
3	士林 106 婚 21	23	桃園 105 婚 615
4	新北 105 婚 525	24	桃園 105 婚 617
5	新北 105 婚 543	25	桃園 105 婚 623
6	新北 106 婚 171	26	桃園 105 婚 630
7	新北 106 婚 256	27	桃園 105 婚 634
8	新北 106 婚 257	28	桃園 105 婚 642
9	新北 106 婚 259	29	桃園 105 婚 649
10	新北 106 婚 521	30	桃園 105 婚 653
11	新北 106 婚 522	31	桃園 105 婚 656
12	新北 106 婚 651	32	桃園 105 婚 659
13	桃園 105 婚 192	33	桃園 105 婚 668
14	桃園 105 婚 214	34	桃園 105 婚 670
15	桃園 105 婚 339	35	桃園 105 婚 687
16	桃園 105 婚 479	36	桃園 105 婚 690
17	桃園 105 婚 521	37	桃園 105 婚 698
18	桃園 105 婚 547	38	桃園 105 婚 699
19	桃園 105 婚 569	39	桃園 105 婚 712
20	桃園 105 婚 582	40	桃園 105 婚 715

編號	案號	編號	案號
41	桃園 105 婚 722	73	桃園 106 婚 343
42	桃園 105 婚 730	74	桃園 106 婚 345
43	桃園 105 婚 768	75	桃園 106 婚 358
44	桃園 106 婚 7	76	桃園 106 婚 371
45	桃園 106 婚 12	77	桃園 106 婚 373
46	桃園 106 婚 13	78	桃園 106 婚 393
47	桃園 106 婚 14	79	桃園 106 婚 402
48	桃園 106 婚 19	80	桃園 106 婚 424
49	桃園 106 婚 28	81	桃園 106 婚 439
50	桃園 106 婚 71	82	桃園 106 婚 443
51	桃園 106 婚 77	83	桃園 106 婚 453
52	桃園 106 婚 93	84	桃園 106 婚 502
53	桃園 106 婚 100	85	桃園 106 婚 520
54	桃園 106 婚 104	86	桃園 106 婚 576
55	桃園 106 婚 112	87	苗栗 105 婚 121
56	桃園 106 婚 115	88	臺中 105 婚 150
57	桃園 106 婚 120	89	臺中 105 婚 414
58	桃園 106 婚 126	90	臺中 105 婚 605
59	桃園 106 婚 127	91	臺中 106 婚 151
60	桃園 106 婚 148	92	臺中 106 婚 207
61	桃園 106 婚 179	93	南投 106 婚 14
62	桃園 106 婚 193	94	彰化 105 婚 235
63	桃園 106 婚 232	95	彰化 106 婚 144
64	桃園 106 婚 240	96	彰化 106 婚 159
65	桃園 106 婚 244	97	嘉義 105 婚 184
66	桃園 106 婚 266	98	嘉義 106 婚 41
67	桃園 106 婚 295	99	花蓮 106 婚 44
68	桃園 106 婚 308	100	基隆 106 婚 11
69	桃園 106 婚 326		
70	桃園 106 婚 335		
71	桃園 106 婚 336		
72	桃園 106 婚 339		

2-1 和解筆錄：各地方法院件數統計（共 63 件）

編號	法院	件數
1	士林地方法院	3
2	新北地方法院	8
3	桃園地方法院	18
4	新竹地方法院	1
5	苗栗地方法院	10
6	彰化地方法院	6
7	嘉義地方法院	1
8	臺南地方法院	3
9	屏東地方法院	8
10	花蓮地方法院	5
總計		63

備註：桃園 105 婚 351 號判決以及桃園 105 婚 352 號判決內容相同，算為同件和解筆錄。

2-2 和解筆錄：案號明細

編號	和解筆錄字號	編號	案號
1	士林 105 婚 42	19	桃園 105 婚 749
2	士林 105 婚 140	20	桃園 105 婚 750
3	士林 105 婚 176	21	桃園 105 婚 772
4	新北 105 婚 515	22	桃園 106 婚 6
5	新北 105 婚 794	23	桃園 106 婚 69
6	新北 105 婚 850	24	桃園 106 婚 89
7	新北 105 婚 893	25	桃園 106 婚 136
8	新北 106 婚 6	26	桃園 106 婚 264
9	新北 106 婚 162	27	桃園 106 婚 372
10	新北 106 婚 247	28	桃園 106 婚 449
11	新北 106 婚 507	29	桃園 106 婚 471
12	桃園 105 婚 165	30	新竹 106 婚 40
13	桃園 105 婚 218	31	苗栗 105 婚 65
14	桃園 105 婚 351 桃園 105 婚 352	32	苗栗 105 婚 111
15	桃園 105 婚 536	33	苗栗 106 婚 13
16	桃園 105 婚 544	34	苗栗 106 婚 17
17	桃園 105 婚 581	35	苗栗 106 婚 18
18	桃園 105 婚 728	36	苗栗 106 婚 19

編號	和解筆錄字號	編號	案號
37	苗栗 106 婚 31	51	屏東 105 婚 140
38	苗栗 106 婚 40	52	屏東 105 婚 225
39	苗栗 106 婚 63	53	屏東 105 婚 230
40	苗栗 106 婚 93	54	屏東 105 婚 250
41	彰化 105 婚 15	55	屏東 105 婚 271
42	彰化 105 婚 218	56	屏東 105 婚 274
43	彰化 105 婚 233	57	屏東 105 婚 297
44	彰化 105 婚 290	58	屏東 106 婚 166
45	彰化 106 婚 22	59	花蓮 105 婚 97
46	彰化 106 婚 96	60	花蓮 106 婚 24
47	嘉義 105 婚 253	61	花蓮 106 婚 35
48	臺南 106 婚 25	62	花蓮 106 婚 89
49	臺南 106 婚 33	63	花蓮 106 婚 94
50	臺南 106 婚 157		

2-3 調解筆錄：各地方法院件數統計（共 9 件）

編號	法院	件數
1	臺北地方法院	1
2	士林地方法院	1
3	桃園地方法院	4
4	苗栗地方法院	1
5	南投地方法院	1
6	屏東地方法院	1
一造判決數總計		9

2-4 調解筆錄：案號明細

編號	案號	編號	案號
1	臺北 105 婚 443	6	桃園 106 婚 354
2	士林 106 婚 151	7	苗栗 105 婚 142
3	桃園 105 婚 575	8	南投 105 婚 97
4	桃園 105 婚 599	9	屏東 106 婚 77
5	桃園 106 婚 38		

3 各地方法院判決之實質分析案件數統計（共 296 件）

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

備註：

1、臺南105婚70號判決以及臺南105婚71號判決內容相同，算為同件判決。

2、桃園103婚548號判決內容僅與夫妻剩餘財產分配相關，無未成年子女親權酌定，故予以排除。

4 抗告/上訴審

編號	地方法院	抗告/上訴審	
1	臺北 103 婚 67 （均母單獨）	高等法院 106 重家上 20	上訴駁回 （逾期未繳納裁判費）
2	臺北 105 婚 53 （共同行使）	高等法院 106 家上 334	上訴駁回 （離婚）
			民事裁定 （定期命補正委任律師或具律師資格之關係人為訴訟代理人之委任狀，及繳納第三審裁判費）
		最高法院 107 台上 1567	上訴駁回 （請求離婚）
3	臺北 105 婚 89 （均母單獨） （原審因保護令有效期間尚未屆滿，故暫不酌定會面交往。）	高等法院 107 家上 10	上訴駁回 （離婚等） 原審因保護令有效期間尚未屆滿，故暫不酌定會面交往。 酌定會面交往：父得於每年春節除夕至大年初二與未成年子女們會面交往，並於未成年子女們同意時，得至臺北市與其二人會面探視。
4	臺北 105 婚 230 （均母單獨）	高等法院 106 家上 289	部分廢棄 （剩餘財產差額分配） 1、剩餘財產差額分配變更：第一審判決主文命母給付逾新臺幣 2,335,660 元本息部分及訴訟費用之裁判（除確定部分外）均廢棄。 2、扶養費變更。
			民事裁定 （定期命補繳第二審裁判費）
		最高法院 107 台上 1295	上訴駁回 （請求剩餘財產差額分配）
5	臺北 106 婚 28 （母單獨）	高等法院 106 家上 303	撤回上訴 民事裁定 （定期命補繳第一審裁判費及第二審裁判費）

編號	地方法院	抗告/上訴審	
6	臺北 106 婚 148（母單獨）	高等法院 106 家上 251	上訴駁回 （離婚等） 會面交往變更
7	新北 104 婚 429（共同行使，母為主要照顧者）	高等法院 106 家上 75	部分廢棄 （未成年子女權利義務行使負擔） 共同事項變更：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。
		最高法院 107 台抗 275	抗告駁回 （程序監理人核定酬金）
8	新北 104 婚 566（均共同行使，均父為主要照顧者）	高等法院 106 家上易 4	上訴及追加之訴均駁回 （返還寄託款等）
9	新北 105 婚 385（均共同行使，均母為主要照顧者）	新北 106 家親聲抗 48	抗告駁回 （改定未成年子女權利義務行使負擔等）
10	新北 105 婚 399（母單獨）	高等法院 106 家上 77	上訴駁回 （離婚等） 扶養費變更。
11	新北 105 婚 713（母單獨）	新北 106 家親聲抗 101	抗告駁回 （酌定未成年人監護人等）
12	新北 106 婚 261（母單獨）	新北 107 婚 125（疑似法院檔案上傳錯誤：應是士林 106 婚 261 移送至新北地院）	
13	新北 106 婚 365（均母單獨）	新北 107 家親聲抗 7	（和解筆錄） （和解成立） （酌定未成年子女權利義務行使負擔等）
14	桃園 103 婚 548（無親權酌定，僅判決剩餘財產分配）	高等法院 106 家上 99	部分廢棄 （剩餘財產分配） 剩餘財產分配變更：母應再給付父新臺幣 1145733 元，

編號	地方法院	抗告/上訴審	
			及自民國 107 年 6 月 7 日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。
15	桃園 104 婚 212（母單獨）	高等法院 106 家上 83	部分廢棄 （子女監護權等） 1、離婚損害賠償變更：父應再給付母新臺幣 100000 元，及自民國 105 年 12 月 2 日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。 2、會面交往變更：任何一造如欲帶同兩造子女移民，應事先徵得他造同意。 3、扶養費變更。
16	桃園 105 婚 165（離婚和解成立）	高等法院 106 家上易 34	（一造判決） 部分廢棄 （離婚等） 1、剩餘財產差額分配變更：父應再給付母新臺幣 844700 元。 2、扶養費變更。
17	桃園 105 婚 516（母單獨）	高等法院 106 家上 253	上訴駁回 （離婚等）
		最高法院 107 台上 1543	上訴駁回 （請求離婚等）
18	桃園 105 婚 631（母單獨）	高等法院 106 家上 333	部分廢棄 （離婚等） 1、更改姓氏變更：原判決關於宣告未成年子女之姓氏變更部分廢棄。 2、扶養費變更。
19	桃園 106 婚 31（母單獨）	桃園 106 家抗 76	抗告駁回 （離婚等） （原法院以抗告人逾上訴不變期間，裁定駁回抗告人之上訴，於法並無不合，抗告意旨指摘原裁定不當，聲明廢棄，為無理由，應予駁回。）
20	桃園 106 婚 299	高等法院 107 家上 64	上訴駁回

編號	地方法院	抗告/上訴審	
	（長男：母單獨；次女：父單獨）		（離婚等）
21	桃園 106 婚 402 （一造判決） （母單獨）	高等法院 107 家上 93	上訴駁回 （離婚等）
22	桃園 106 婚 576 （一造判決） （父單獨）	桃園 107 婚再 1	再審之訴駁回 （無民事訴訟法第 496 條第 1 項第 13 款之再審理由，所謂當事人發見未經斟酌之證物，係指前訴訟程序事實審之言詞辯論終結前已存在之證物，因當事人不知有此，致未經斟酌，現始知之者而言。若在前訴訟程序事實審言詞辯論終結前，尚未存在之證物，本無所謂發見，自不得以之為再審理由）
			民事裁定 （定期命補繳再審裁判費）
			民事裁定 （定期命補繳再審裁判費）
23	新竹 105 婚 175 （均母單獨）	高等法院 106 家上 73	原判決廢棄 （離婚） 離婚及酌定未成年子女權利義務均廢棄。
		最高法院 107 台上 465	上訴駁回 （請求離婚）
24	新竹 105 婚 268 （均母單獨）	新竹 106 家聲抗 2	暫時處分 （和解成立） （關於未成年子女們照顧協議及會面交往事項）
		高等法院 106 家上 327	撤回上訴 民事裁定 （定期命補繳第二審裁判費）

編號	地方法院	抗告/上訴審	
25	苗栗 106 婚 12（母單獨）	高等法院臺中分院 106 家上 76	上訴駁回（離婚等含未成年子女親權酌定）
26	臺中 104 婚 751（母單獨）	高等法院臺中分院 106 家上 37	上訴駁回（離婚等）
27	臺中 104 婚 793（共同行使，母為主要照顧者）	臺中 106 家親聲抗 21	抗告駁回（改定未成年子女權利義務行使負擔等）
28	臺中 105 婚 109（母單獨）	高等法院臺中分院 106 家上 79	部分廢棄（否認婚生子女等）代墊扶養費廢棄
			民事裁定（再開言詞辯論）
			民事裁定（親子血緣鑑定）
29	臺中 105 婚 149（均父單獨）	臺中 105 家婚聲 69	合併審理（履行同居等）（兩案號之判決內容相同）
		高等法院臺中分院 106 家上 59	上訴駁回（離婚等）酌定會面交往。
30	臺中 105 婚 298（父單獨）	高等法院臺中分院 106 家上 26	上訴駁回（離婚等）
31	臺中 105 婚 341（母單獨）	高等法院臺中分院 106 家上 42	部分廢棄（非財產上損害賠償）
32	雲林 105 婚 230（均母單獨）	高等法院臺南分院 106 家上 59	上訴駁回（離婚等）
		最高法院 106 台上 2983	上訴駁回（請求離婚等）
33	高雄 105 婚 70（母單獨）	高等法院高雄分院 106 家上 21	部分廢棄（離婚等）（非財產上損害賠償廢棄）
		最高法院 106 台上 2977	上訴駁回（請求離婚等）
34	臺中 105 婚 654（一造判決）（母單獨）	臺中 106 家簡 19	和解成立（離婚和解筆錄）

編號	地方法院	抗告/上訴審	
35	臺中 105 婚 776（父單獨）	高等法院臺中分院 106 家上 129	上訴駁回。 (離婚等)
36	臺中 106 婚 102（長女、次女均母單獨）	臺中 107 家親聲抗 28	抗告及追加聲請均駁回 （酌定未成年子女權利義務行使負擔）
37	臺中 106 婚 152（均共同行使，均父為主要照顧者）	高等法院臺中分院 107 家上 45	抗告駁回。 （請求分配剩餘財產等） 反聲請為有理由。 （請求酌定扶養費）
			命補提出委任律師或具律師資格之關係人為訴訟代理人之委任狀,逾期未補正,即駁回再抗告
38	彰化 105 婚 318（均母單獨）	高等法院臺中分院 107 家上 4	上訴駁回 （離婚等）
39	彰化 106 婚 75（均母單獨）	彰化 106 家親聲抗 16	抗告駁回 （酌定未成年子女權利義務行使負擔等）
40	南投 104 婚 116（均母單獨）	高等法院臺中分院 106 家上 61	部分廢棄 （非財產上損害之離因損害超過 20 萬元本息部分，及該部分假執行宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄）
41	雲林 105 婚 150（均共同行使，均父為主要照顧者）	高等法院臺南分院 106 家上 40	和解成立 1、均父單獨 2、母給付父關於子女扶養費每人每月參仟貳佰伍拾元 3、母得依附表與子女會面交往。 （離婚和解筆錄）
42	雲林 105 婚 166（均母單獨）	高等法院臺南分院 106 家上 63	調解成立（離婚等） 父按月給付母關於子女之扶養費用新臺幣壹萬元。 （離婚調解筆錄）
43	雲林 105 婚 230（均母單獨）	高等法院臺南分院 106 家上 59	上訴駁回 （離婚等）
		最高法院 106 台上 2983	上訴駁回 （請求離婚等）

編號	地方法院	抗告/上訴審	
44	雲林 106 婚 97 （共同任之，母為主要照顧者）	高等法院臺南分院 106 家上 108	調解成立（離婚等） 1、母單獨 2、扶養費由一萬減為五千 3、父願負擔子女之保費及醫療費 （離婚調解筆錄）
45	高雄少年及家事法院 104 婚 195 （均母單獨）	高等法院高雄分院 106 家上 58	上訴駁回 （離婚等）
46	高雄少年及家事法院 105 婚 70 （母單獨）	高等法院高雄分院 106 家上 21	部分廢棄 （命父給付新臺幣壹拾伍萬元部分，及該部分假執行之宣告暨訴訟費用負擔之裁判，均廢棄）
		最高法院 106 台上 2977	上訴駁回 （請求離婚等）
47	高雄少年及家事法院 105 婚 390 （均母單獨） （撤回聲請）	高等法院高雄分院 107 家上 1	民事裁定 （命再開辯論程序並再行準備程序，期日另定。）
			部分廢棄 （命父按月給付母有關子女扶養費各超過新臺幣伍仟元部分廢棄）
48	高雄少年及家事法院 105 婚 453 （父單獨）	高等法院高雄分院 106 家上 17	一審均廢棄 （准予離婚、親權酌定父單獨及會面交往之裁判均廢棄） 1、親權改酌定為母單獨 2、依職權酌定會面交往（暫擬 1 年期會面交往方式）
			民事裁定 （限期繳納裁判費並補正訴訟代理人之欠缺）
		最高法院 106 台上 3039	上訴駁回 （請求離婚等）

編號	地方法院	抗告/上訴審	
49	高雄少年及家事法院 105 婚 475（均母單獨）	高等法院高雄分院 106 家上 16	上訴駁回（離婚等） 原判決命父給付扶養費部分，應由每人每月 1 萬變更為每人每月 7 千 5 百元
			民事裁定（命再開言詞辯論）
		最高法院 107 台上 468	上訴駁回（請求離婚等）
50	高雄少年及家事法院 106 婚 302（均母單獨）	高等法院高雄分院 107 家上 8	上訴駁回（離婚等）
51	臺南 104 婚 318（均母單獨）	高等法院臺南分院 106 家上 37	上訴駁回（離婚等）
			民事裁定（限期補繳三審裁判費及限期委任律師為上訴第三審訴訟代理人,或依同法第 466 條之 2 依訴訟救助之規定聲請第三審法院選任律師為訴訟代理人）
			上訴駁回（離婚等，含未成年子女親權酌定、扶養費等） 上訴人未據繳納第三審裁判費,亦未依規定提出委任律師或具律師資格之關係人為代理人之委任狀,經本院限期補正，逾期仍未補正。
52	臺南 105 婚 70（均母單獨）	高等法院臺南分院 106 家上 82	部分廢棄（夫妻剩餘財產分配） 母應再給付父新臺幣壹佰玖拾玖萬玖仟伍佰柒拾肆元
			民事裁定（更正原判決原本及正本主文第二、六項中關於「新臺

編號	地方法院	抗告/上訴審	
			幣壹佰玖拾玖萬玖仟伍佰柒拾肆元」記載，均應更正為「新台幣壹佰肆拾玖萬玖仟伍佰柒拾肆元」；事實及理由欄六關於「401,036 元」記載，應更正為「901,036元」，關於「1,999,574 元」記載，應更正為「1,499,574元」）
53	臺南 105 婚 326（母單獨）	高等法院臺南分院 106 家上 95	父及第三人上訴均駁回（離婚等） 1、會面交往依父請求（雙方均同意如親權由對造任之，則他方得依附表所示之方式及期間與子女會面交往 2、母之抗告有理由（母就酌定扶養費提起抗告，依母請求變更金額，原判決扶養費廢棄，由 1 萬 2073 元改為 1 萬 7833 元）
		最高法院 107 台上 694	上訴駁回（請求離婚等）
54	臺南 105 婚 334（均母單獨）	高等法院臺南分院 106 家上 47	部分廢棄（離婚等，含未成年子女親權酌定、扶養費等） 1、代墊扶養費逾新台幣參拾陸萬元本息部分 2、非財產損害賠償逾壹百萬元本息及該部分假執行 3、扶養費負擔額變更為每子女每月新臺幣 15000 元
55	臺南 105 婚 395（均父單獨）	臺南 106 家親聲抗 20	母就親權酌定、給付扶養費及會面交往提起抗告。 1、親權酌定改為均母單獨 2、法院依職權酌定會面交往 3、扶養費依母請求，每人每月 7500 元，合計 15000 元
		最高法院 106 台簡抗 196	本件父所陳再抗告理由（僅憑子幼從母原則認定而未請

編號	地方法院	抗告/上訴審	
			專業心理師調查子女之依附性，而消極不適用民法第1055條第1項、第1055條之1規定，顯有錯誤云云，為其論據），乃原法院認定事實、取捨證據當否或裁定理由完備與否之問題，核與適用法規是否顯有錯誤無涉，其再抗告自非合法。
56	臺南105婚442（長男：父單獨；次女：母單獨）	高等法院臺南分院106家上27	上訴駁回 （離婚等，含未成年子女親權酌定、扶養費等）
		最高法院106台上2799	上訴駁回 （請求離婚等）
		高等法院臺南分院107家再1	再審之訴駁回 （離婚等）
		高等法院臺南分院107家再1	再審之訴駁回 （離婚等）
57	臺南106婚49（母單獨）	高等法院臺南分院106家上70	原判決廢棄。 1、兩造間之婚姻，於客觀上既未達於難以維持婚姻之程度，母主張本於民法第1052條第2項規定，請求判決與父離婚，非有理由。 2、離婚、親權酌定、會面交往及扶養費均失所附麗不應准許。
		最高法院107台上908	上訴駁回 （請求離婚等）
58	臺南106婚306（母單獨）	高等法院臺南分院107家上20	和解成立 1、子女就讀國中前由母任親權人，就讀國中後由父任親權人 2、非親權人之一方按月給付他方子女扶養費1萬元 （離婚和解筆錄）
59	屏東105婚232（母單獨）	高等法院高雄分院106家上28	抗告駁回 （離婚等）

編號	地方法院	抗告/上訴審	
			1、改定會面交往時間、方式 2、改定扶養費給付期限
60	屏東 106 婚 41 （父單獨）	高等法院高雄分院 106 家上 68	和解筆錄 （同意離婚）
			抗告駁回 （離婚等，子女親權酌定部分）
61	基隆 106 婚 9 （母單獨）	高等法院 106 家上 159	抗告及反聲請均駁回 （法院另依職權酌定父得與子女依附表方式會面交往）
62	臺東 104 婚 74 （母單獨）	高等法院花蓮分院 106 家上 7	兩造上訴均駁回： （前婚姻視為消滅之剩餘財產分配等）
		最高法院 107 台上 228	兩造上訴均駁回 （請求剩餘財產分配等）
63	臺東 106 婚 32 （共同行使，父為主要照顧者）	臺東 106 家救 14	准予訴訟救助。 （母聲請）
64	澎湖 105 婚 2 （均母單獨）	澎湖 106 家親聲抗 4	部分廢棄 1、探視時程過於緊密，已足影響母正常安排子女作息、課程輔導，對子女時有不利之情形，會面交往方式變更如本裁定附表所示。 2、母與父扶養費比例由 1：1 改為 1：2。(1 萬改為 1 萬 3 千 3 百 3 十 3)
		最高法院 107 台簡抗 70	原裁定廢棄，應由臺灣澎湖地方法院更為裁定。 原法院合議庭雖將母之民事聲明上訴狀、民事上訴理由狀繕本送達父，然未限期命父陳述意見，復未先以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使子女有表達意願或陳述意見之機會，亦未依職權調查事實及必要之證據，遽

編號	地方法院	抗告/上訴審	
			然廢棄第 2 號判決所定父與 2 子女之會面交往方式、期間，及應負擔之扶養費，改定減少父與 2 子女會面交往之期間，及加重父負擔之扶養費，即有消極不適用上開規定之顯然錯誤。 再抗告意旨，指摘原裁定適用法規顯有錯誤，求予廢棄，非無理由。
65	澎湖 105 婚 24 （均父單獨）	高等法院高雄分院 107 家上 7	和解成立 1、母得依附表會面交往 2、扶養費均由父負擔離婚前母未負擔部分，父亦同意不再請求 3、父願給付母新台幣十五萬元 4、母同意拋棄對父 102 年馬簡字 81 號刑事簡易判決之民事請求權 （離婚和解筆錄）