

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*

李立如

中原大學財經法律學系
32023 桃園縣中壢市中北路 200 號
E-mail: lijulee@cycu.edu.tw

摘要

本文旨在討論「子女最佳利益原則」於處理離婚後父母對未成年子女權利義務行使負擔之爭議時所面臨的困境，並探究美國學界與實務界對此所做的回應與未來的發展方向。子女最佳利益原則確立以來，由於內涵不夠具體明確，引發了種種批評及實務運作上的困難。因此，近年來美國實務界嘗試尋找各種替代標準。本文討論上述發展，分析各個替代原則的利弊得失，並論及程序面上為落實子女最佳利益原則所進行的制度設計與運作。作者認為，多元程序的建立及司法者角色的重新塑造應是未來努力方向。

關鍵詞：子女最佳利益、友善父母條款、共同監護、主要照顧者原則、過去照顧模式

投稿日期：97.8.29；接受刊登日期：98.12.22；最後修訂日期：99.1.12

責任校對：李俊達、陳奕均、汪盈貝

* 本文承蒙匿名審稿委員提供諸多寶貴意見與修正建議，受惠良多，謹此致謝。

壹、前言

一、研究背景與目的

隨著社會的發展、離婚率的攀升，以及無過失離婚的法制化，離婚後父母對未成年子女權利義務行使負擔 (child custody) 之爭議成爲美國家庭法制中最困難的問題之一 (Kay, 2002)。在兒童權益運動的啓發之下，以子女爲本位的「子女最佳利益原則」，在一九七〇年代以來逐漸成爲美國立法者與法院在處理此問題時的共識。不過，由於該原則內涵不夠具體明確，在實務運作上產生種種問題，不僅困擾著當事人與法院，更引發各種改革的聲浪。本文旨在討論子女最佳利益原則所面臨的困境，並分析評估美國學界與實務界所做的努力與嘗試，以展望未來的發展方向。

本文首先回顧子女最佳利益原則出現之前，法院面對此爭議所採取的判決標準；其次討論子女最佳利益原則的確立以及其所面臨的困境。爲回應此困境，美國各界嘗試尋求替代標準以具體化或取代子女最佳利益原則。本文對這些實體標準之利弊得失分別加以分析，探討爲何迄今仍無一得以取代子女最佳利益原則。此外，本文也針對美國法制在程序面的發展加以討論，認爲程序的多元化以及司法角色的重新塑造可能是落實子女最佳利益原則的重要方向。

二、研究範圍

離婚後父母對未成年子女權利義務行使負擔問題之所以困難，不僅在於未成年子女未來成長發展狀況難以預測，也在於相關或所衍生的諸多議題間錯綜複雜的關係。此類議題包括未能行使親權之一方對子女的探視 (visitation)、¹ 子女扶養費 (child support)

¹ 關於此點，請參見Woodhouse (2002)。

的判定與執行、² 行使親權之一的住所遷移 (relocation) 問題，³ 以及贍養費與財產分配等問題。由於上述議題牽涉的範圍甚廣，因之除非必要，否則本文礙於篇幅與討論焦點的設定，將無法逐一深入探討。其次，本文所討論的範圍僅限於父母甫離婚後對未成年子女權利義務行使負擔的決定，是故關於親權改定的問題，也並不在討論之列。另外，在適用子女最佳利益原則之時，若父母一方 (或雙方) 為不適任 (unfit) 者，自然無法得到法院的信賴。因此，究竟具有何種特質的父母或其為何種情形之下即該當不適任，也引發熱烈的討論，其中又以家庭暴力 (domestic violence) 以及生活方式 (lifestyle) 問題最受矚目。⁴ 雖然法院對父母親不適任之認定對於父母子女的權益有重大影響，但在父母親皆無明顯不適任情形下必須做出親權行使負擔的決定，往往才是實務上最棘手的問題。因此，本文於此暫不探討父母不適任之問題，而將討論範圍限定於父母雙方皆非不適任之情形，以在有限篇幅中使討論之焦點更為集中。

貳、子女最佳利益原則的發展與困境

一、子女最佳利益原則出現之前

(一) 父權原則

早期的英美法將未成年子女視為父親的財產，不論在家庭或社會其他領域，父親一向有掌控未成年子女的權力／權利。此一觀念所及，父母離婚後繼續由父親行使對未成年子女之親權自是理所當然。十九世紀以後，雖然父權原則的影響仍然相當強烈，但在個人

² 對於如何能夠有效地執行子女扶養費的收取，學者間有許多討論。請參見Wallace (2007)。

³ 對此議題的討論，請參見Gibbons (2006)。

⁴ 對此議題的討論，請參見Ver Steegh (2005)。

主義影響之下，父親的絕對權威也開始有所動搖，而未成年子女也逐漸脫離父親的財產範圍。⁵ 在此同時，國家做為父母 (*parens patriae*) 以保護未成年人之觀念日漸受到重視，政府在兒童福利與保護事項上採取較為積極之立場。法院對於父母離婚後對未成年子女權利義務之行使負擔有更多的介入，也自此踏上尋找最適當判斷原則的旅程。

(二) 幼年原則

所謂幼年原則 (*tender years doctrine*)，即是在父母離婚 (或分居) 之情形，除非有證據顯示母親為不適任，否則即由其行使對未成年子女之親權。該原則主要適用於年齡尚為幼小的兒童。其主要依據在於強調母親對於未成年子女 (尤其於嬰幼兒時期) 之發展扮演著不可取代的角色，而母子間「與生俱來」的親密關係更是子女順利成長的關鍵因素。因此，法院自然不應該剝奪子女在母親懷抱中成長的機會。⁶

幼年原則的興起反映了父權價值的鬆動與未成年子女定位的轉變。子女的需求與利益似乎取代了絕對的父權至上觀念；而未成年子女也由單純地被視為父親的財產，轉變為國家社會未來的公民，因而其福祉與需求必須由社會全體加以關心協助。不過，幼年原則事實上卻仍未脫離父權體制之陰影。蓋此原則之前提乃源自父權體制下對於母職的認定與想像，即使看似以子女福祉與利益為出發，仍不免被傳統性別分工觀念所包覆。

⁵ 例如，於一八三八年時一位緬因州 (Maine) 的法官曾在判決中特別提到，兒童並非父母親的財產，決定子女親權行使之時，應以子女的安全與利益為考量。參見Murray (1996: 54-56)。

⁶ 該原則最早可追溯到一八三〇年馬里蘭州 (Maryland) 的Helms v. Franciscus判決。該判決說明雖然父親擁有對未成年子女之當然權利，但是法院為了該案所涉的嬰兒著想，無法將之從母親溫暖懷抱中分開。請參見 Zapata (2003: 200-201)。

一九六〇年代以來蓬勃發展的女性運動以及女性主義法學，對美國法制之中的性別意涵問題進行全面性的檢討。影響所及，法制上各種型態的性別歧視皆受到質疑，「歧視」男性的幼年原則亦受到關注。⁷ 雖然美國最高法院從未做出任何宣告該原則違憲之判決，但幼年原則以父母之性別做為差別待遇之唯一標準的做法，已經普遍被認為違反美國憲法所規定之平等原則。因此，美國法院與各州的立法者，不僅紛紛宣告不再支持該原則，更有立法明文不得僅以父母性別做為子女親權決定之唯一標準者。不過，也有研究指出，表面上幼年原則雖似已銷聲匿跡，但其所代表與支持的性別刻板印象，卻隱身於子女最佳利益原則的大旗下繼續發揮影響力 (Artis, 2004: 769)。⁸ 此也成為子女最佳利益原則在實務上耐人尋味之處。

二、兒童權益運動與子女最佳利益原則的出現

二十世紀初以來，子女利益逐漸受到社會的關切。不過，此時對子女利益的關切主要著眼於子女對國家社會利益的重要性。換句話說，子女利益之所以有維護的必要，並非因為肯認子女本身為一權利主體，而是認為未成年子女乃是國家的重要資產。

時序進入一九六〇年代，民權運動的風起雲湧引發了兒童權利

⁷ 幼年原則雖然主要源自於父權體制之下對於性別的刻板印象，不過，就此原則之表面來看，似乎是女性受到了法律制度的「偏愛」，而男性才是受到歧視的族群。至於在實際上究竟幼年原則影響所及是歧視女性或是歧視男性，可能是見仁見智。值得一提的是，由美國憲法平等原則的發展歷程觀之，男性在規範文義表面上「受歧視」的情形反而受到美國最高法院較多的關切，受到勝訴判決的個案也較多。關於美國憲法性別平等原則的發展歷程，請參見Rhode (1989)。關於美國女性主義發展與憲法性別平等原則發展實務的此種吊詭，中文文獻請參見陳昭如 (2007: 378-382)。

⁸ 該研究乃於一九八八年進行，作者由二五二位印地安納州曾聽審子女親權行使訴訟的初審與上訴法院的法官中隨機選出二十五位進行深度訪談。

保護的再次躍進。兒童本身乃為獨立之權利主體，而非為父母、家庭，或國家社會之利益存在的觀念漸漸受到肯定。一九六七年美國最高法院於 *In re Gault* 案⁹ 肯認兒童在虞犯 (delinquency) 案件中請求律師的協助與代表之權利，受到憲法上正當法律程序條款之保障。¹⁰ 此一判決實為兒童權利保障之里程碑，也為子女最佳利益原則的建立提供了重要的基礎。在親權訴訟方面，Foster 與 Freed 兩位教授於一九七二年提出「兒童權利法案」一文，主張未成年子女在離婚後親權行使的訴訟程序中，應有權參與並表示意見，也與前述 *In re Gault* 案之判決相呼應 (Foster & Freed, 1972: 343)。另外，未成年子女的獨立代表人 (guardian ad litem) 制度廣泛受到各州的採納，立法者紛紛授權法院在審理離婚或 (分居) 後對於未成年子女親權行使、會面交往以及扶養費用等爭議案件時，得指派獨立代表人來代表未成年子女的權益，以免未成年人由於無法適切主張自身權益，而在父母爭議過程中受到忽視或侵害。

在兒童權益逐漸受到社會與法律制度肯認的背景之下，子女最佳利益原則的確立也成為大勢所趨。一九七〇年由全國統一州法委員會會議 (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) 所草擬通過的「統一婚姻與離婚法」(Uniform Marriage and Divorce Act of 1970) 中，明文規定以子女最佳利益做為父母離婚後未成年子女親權行使爭議的判決標準。該法並具體要求法院在父母對未成年子女行使親權事件為判決時，應考慮以下的因素：(1) 父母親的意願；(2) 未成年子女的意願；(3) 該未成年子女與父母親、其兄弟姊妹，或其他對該子女利益有所影響者之間的互動關係；(4) 該未成年子女在家庭、學校以及社區之中的適應情形；(5) 父母雙

⁹ *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

¹⁰ *Id.* at 13.

方以及未成年子女在心理與生理健康情形。¹¹ 隨後各州紛紛立法，將「子女最佳利益」做為法院在處理離婚未成年子女權利義務行使負擔爭議的最重要指導原則。自此，子女最佳利益原則的重要性即為確立 (Mason, 1994: 121-168)。¹²

三、難題與挑戰

(一) 司法決定的性質與特殊性

子女最佳利益原則的確立不但代表著對於子女本身權益的維護與重視，也意味著司法權在此議題擁有相當的裁量權。子女最佳利益原則明確要求司法者於判斷時必須以子女的利益出發。不過，所謂「最佳利益」究竟所指為何，即委由司法者加以評定斟酌。即使如前述統一婚姻與離婚法所示，有些立法者或司法者特別要求對某些項目加以考量，但究竟這些考量因素之間的比重如何？又各個因素之判斷標準如何？仍由法院全權決定。由此可知，子女最佳利益原則其實代表著社會各界對法院的信任與廣泛的授權。

擁有如此廣泛權限的法院，首先面對的問題是：法院在機制程序的設計上是否能夠勝任如此重大的任務？原則上法院所處理的問題大多為已然發生之爭議。法院的任務在於發現事實而後依照適當的規範作成決定。不過，在父母離婚（或分居）之後對未成年子

¹¹ Section 402 of the Uniform Marriage and Divorce Act of 1970: “. . . 1) the wishes of the child’s parent or parents as to his custody, 2) the wishes of the child as to his custodian, 3) the interactions and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings, and any other person who may significantly affect the child’s best interest, 4) the child’s adjustment to his home, school and community, and 5) the mental and physical health of all individual involved.”

¹² 關於子女最佳利益原則，國內學者也多有引介與討論，請參見李宏文 (2003: 99-101)；沈冠伶 (2006: 94-105)；高鳳仙 (1985: 94-121)；雷文政 (1999: 284-285)；劉宏恩 (1997: 37-41)。

女權利義務的行使負擔問題中，法院所必須決定的卻不是「過去」所發生的事實應如何評價，而是究竟「未來」可能會發生哪些事實，並預測評估這些事實對未成年子女所可能產生的影響。由此看來，法院在此被授予的權限與任務似乎與其傳統上擅長處理之事項有本質上的差異。

不僅如此，在法院所處理的絕大多數案件中，乃由兩造分別提出主張，各自為本身爭取最大的權益，而法院則扮演公正裁決者的角色，解決兩造爭議。但是在親權案件中，未成年子女往往並非兩造之一，而現行的法律制度為保護身心發展尚未成熟之未成年人，又不能完全任其主張自己的權益。因此，法院在適用子女最佳利益原則為判決時，勢必要跳脫傳統公正裁決者的角色，而負起未成年人之保護者或權利促進者的嶄新任務。

雖然法院的新任務似乎與其傳統以來所擅長者有所差異，不過，一方面由於親權行使問題對於父母子女的法律權益均有重大影響，而當事人間法律權益之界定與釐清原來即為司法之任務；另一方面，親權行使問題具有高度的個案差異，各個家庭的背景與權力關係各有不同，因此，善加利用法院個案審理的特性也有其必要性。即使如此，法院面對此一嶄新而重大的挑戰，還是不免受到相當的批評與檢討。

(二) 司法的主觀價值判斷與傳統性別觀念

與過去曾經出現的父權原則或幼年原則不同，子女最佳利益原則原來就是要求法院只問子女最佳利益的安排，而不預設任何立場，尤其不應盲目地為父母之任何一方背書。不過，如此一來也使得此原則在具有彈性之餘，卻也同時可能因內涵不夠明確而產生司法恣意之問題。雖然美國大部分的州法都參考前述統一婚姻與離婚法的規定，除了規定子女最佳利益原則之外，又特別列出法院應考

量的幾項因素：例如子女之年齡性別，以及父母與子女的互動情形等等。不過，即使法院對之逐項進行考察，但究竟子女的年齡大小，以及性別如何，應該對父母親權行使的決定有何影響？又子女與父母在日常生活中各種互動又應如何解讀？解讀之後對判決應有何影響？對此，法院皆未得到立法者明確的指引或限制。因此，無怪乎 Katherine Bartlett 教授認為子女最佳利益原則只是一個空殼 (empty vessel)，得以承載任何以子女利益為名的主觀意見與價值判斷 (2000: 883-884)。甚至也有論者批評實務上親權行使案件之審理宛如「選美大會」 (beauty contest) 一般，到頭來法官只憑自己的喜好來作決定 (Peskind, 2005: 459)。

雖然所謂「選美大會」的批判似有過苛之嫌，但子女最佳利益原則在實際適用上究竟是否無法逃離法院主觀的價值判斷意見或偏好？而這些價值判斷是否真的與子女最佳利益相符合？的確應該受到詳細地檢視。在所謂法院的主觀價值判斷之中，傳統性別觀念或性別歧視的議題受到特別的關注，也引發最多的爭議。因此，本文以下就子女最佳利益原則在實務適用上所突顯的性別意涵加以討論，並由此進一步探討該原則在適用上的實況與問題。

1. 傳統性別觀念影響下的子女最佳利益原則

「性別」在傳統上一直是決定親權行使問題的一個重要因素。子女最佳利益原則出現之前的父權原則與幼年原則，即以父母親的性別做為唯一的判定標準。子女最佳利益原則興起的原因之一其實也在於檢討此種性別秩序。不過，在子女最佳利益的原則之下，父母的性別對於親權行使的決定是否不再重要？答案可能是否定的。依據學者 Susan Beth Jacobs 觀察將近全美四百個上訴法院關於親權行使之判決發現，性別對法院的決定而言仍然有著相當重大的影響，而且這些與性別有關的價值判斷，也常反映出法院對於性別

角色所具有的成見或偏見 (1997: 845)。

此種成見或偏見主要源自於父權體制之下對性別分工的刻板印象。法院關於傳統母職的想像與堅持，往往使得離婚後的母親在爭取子女親權行使時面臨困境。傳統母職的核心工作在於擔任子女的主要照顧者，照顧其生活起居及滿足其學習成長等各方面的需要。因此，最理想的母親，可能也必須是全職的家庭主婦。不過，即使在婚姻關係存續期間長期擔任全職家庭主婦的女性，也不一定就能夠在離婚後的親權行使訴訟中得到法院的認同。全職家庭主婦在離婚後往往因為失去經濟來源而可能立即陷入生活上之困難，其若因此進入職場謀得一席之地，則勢必為兼顧工作而無法全天候照顧子女，此時該母親可能因為已經無法符合傳統母職的要求而受到法院的質疑。¹³ 不論其過去曾經長期擔任全職家庭主婦，也不管其進入職場工作之後是否仍負責照料子女的日常生活起居，一旦母親脫離了全職家庭主婦的角色，似乎就無法使法院相信該母親在離婚後可以提供子女適切的照顧與教養。¹⁴ 至於自婚姻存續期間以來即身兼職業婦女之女性，與傳統理想母親的形象可能就相距更遠。即使大部分的職業婦女事實上仍然擔任家務與子女照顧的主要提供者，但是法院往往執著於母親在外工作的時間以及所必須付出的心力，並對母親因此無法提供全天候的照顧，而必須在部分時間仰賴托育服務或保母的現實顯得十分在意；而往往忽略了職業婦女對於子女所提供的照顧與支持。¹⁵

¹³ 關於此點，請參見 *Richmond v. Tecklenberg*, 396 S.E.2d 111, 114 (S.C. Ct. App. 1990)。

¹⁴ 關於此點，請參見 *Olive v. Olive*, No. 91CA005200, 1992 WL 139997, at 1 (Ohio Ct. App. June 17, 740 1992)。

¹⁵ 關於此點，請參見 *Young v. Hector* 740 So. 2d, 1153, 1157-1158 (Fla. Dist. Ct. App. 1998)。

不過，對父親而言，情形卻似乎是另當別論。積極爭取親權行使的父親，不管過去在婚姻存續期間與子女的互動多麼有限，只要在離婚後與子女進行較頻繁親密的互動：例如為子女做早餐、送子女去上學、多花些時間與子女互動等等，法院似乎就可以立刻使感受到父親的「誠意」與「責任感」，相較於職業婦女母親的吃力不討好，這些父親的誠意或改變往往能夠得到法院的肯定與激賞。¹⁶ 在傳統性別分工觀念的陰影之下，一方面使得職業婦女在親權行使訴訟中不易得到正面的評價；另一方面，即使母親繼續擔任全職家庭主婦，如果因此造成其本身的經濟情況不穩定，甚至需要倚賴社會福利制度的協助，則又會引起法院的另一項質疑，認為其無法提供子女一個穩定的生活環境，也無法適切的滿足子女的各项需求。

因此，離婚後的母親面臨兩難，擔任全職家庭主婦可能比較合乎法院對傳統母親角色的期待；不過如果因此沒有足夠的收入，則又可能被質疑沒有能力提供子女各項生活所需與成長的環境。另一方面，如果進入職場工作，可以有穩定的收入，滿足經濟方面的需求，但是若因而必須仰賴托育服務之協助時，法院可能又對該婦女是否能夠善加照顧子女有所疑慮。在此同時，父親只要扮演好傳統經濟來源提供者的角色，至少就不會遭到法院的質疑。若其能夠試著增進與親子間之互動，或有其他家人（如其父母）的支援協助時，則似乎可以說服法院由其行使親權才符合子女最佳利益。也因此，雖然一般認為母親在親權案件中具有優勢，但是在父母親雙方皆極力爭取親權行使的高度爭議案件中，母親的優勢可能不如一般想像的明顯。¹⁷

¹⁶ 請參見 *In re Marriage of Estelle*, 592 S.W.2d 277, 278 (Mo. Ct. App. 1979)。
Dempsey v. Dempsey, 292 N.W.2d 549, 553-554 (Mich. Ct. App.), modified, 296 N.W.2d 813 (Mich. 1980)。

¹⁷ 在一九六〇年代，美國父母離婚後子女親權行使之爭訟案件中，大約百分之五十由

由上述的分析可見，婦女社經地位的弱勢，直接影響了其在親權行使爭議中的地位。如果法院受到傳統父權觀念的制約，戴著傳統性別角色的有色眼鏡來看待離婚之後的父母，對父親與母親採用雙重標準，則婦女的困境將更為顯著。¹⁸

2. 幼年原則的持續影響

雖然子女最佳利益原則已經全面取代幼年原則成為各州法所明定的判斷標準，但是當未成年子女為嬰幼兒時，幼年原則在實際上卻仍然有著相當的影響力。也就是說，法院對母親與年幼子女間特殊聯繫的信賴仍相當強烈。Julie E. Artis 於一九八八年在印地安納州 (Indiana) 所進行的實證研究發現，即便印地安納州法明確規定，法院在親權爭議案件之審理原則上不得對父母之任何一方有所偏好，¹⁹ 卻仍有數位受訪法官毫不避諱地表示對幼年原則的支持與對

母親勝訴，百分之三十五由父親勝訴，另外大約有百分之十二由父母共同行使親權，百分之三為父母之外的第三人行使子女之親權。不過，時序到了二〇〇〇年之後，職業婦女的比例大幅增加，母親獲得勝訴的比例大約為百分之四十五，父親獲得勝訴的比例則上升到大約百分之四十二，父母共同行使親權的比例大致維持在百分之十二，而由第三人行使親權的比例則降低至百分之一 (Kay, 2002: 28-29)。不過，也有針對某特定地區的研究顯示，父親獲得勝訴的比例可能更高 (Schafran, 1990: 192)。

¹⁸ 有學者認為子女最佳利益原則雖然要求不得以性別為標準進行差別待遇，不過此發展在事實上卻對母親帶來不利益 (Fineman, 1988: 731-734)。

¹⁹ 印地安納州關於子女親權行使的判決標準中，要求法院以子女最佳利益為標準，又要求法院不得在原則上偏好父母親的任何一方，而應該考慮所有有關的因素以作成最後的決定。所謂「有關的因素」可以包括如子女的年齡、性別、意願、父母雙方的意願以及與子女的互動等等。參見Ind. Code Ann. § 31-17-2-8 (1997): “The court shall determine custody and enter a custody order in accordance with the best interests of the child. In determining the best interests of the child, there is no presumption favoring either parent. The court shall consider all relevant factors, including the following:

(1) The age and sex of the child.

於母子間特殊連結的信賴，這些態度不僅是法官個人的確信，也直接影響其所作成的判決 (2004: 777-782)。其他並未明確表示支持幼年原則的受訪法官，有些也表示在雙方條件相當的情形之下，父母親的性別的確會成爲最後的決定關鍵 (tiebreaker)。而即使有法官明確表達對幼年原則的不支持，但仔細檢視其所做之判決後可以發現，當未成年子女爲嬰兒時，母親獲判行使親權的比例也相當高 (Artis, 2004: 785-786)。該研究不但再一次顯示子女最佳利益原則之不明確與法院權限之廣泛，也意味著傳統母職的觀念，在法官們明知或不知不覺的情形下，仍相當程度左右著法院的裁判結果與子女最佳利益原則的實際走向。

(三) 對父母雙方協商行為所造成的影響

長期研究夫妻間協議行爲模式的 Mnookin 教授認爲，子女最佳利益原則所具有的不明確性格，不但使得最後判決的結果令人無法掌握，也影響了父母雙方進行在協商過程中所採取的態度與策略 (Mnookin & Kornhauser, 1979)。

首先，夫妻離婚之後必須協商的主要議題除了對未成年子女之親權行使問題之外，尚有財產分配以及贍養費等問題。雖然親權行使與財產議題之間並不必然有關聯，但是在子女最佳利益原則的適

-
- (2) The wishes of the child's parent or parents.
 - (3) The wishes of the child, with more consideration given to the child's wishes if the child is at least fourteen (14) years of age.
 - (4) The interaction and interrelationship of the child with: (A) the child's parent or parents; (B) the child's sibling; and (C) any other person who may significantly affect the child's best interests.
 - (5) The child's adjustment to the child's: (A) home; (B) school; and (C) community.
 - (6) The mental and physical health of all individuals involved.
 - (7) Evidence of a pattern of domestic violence by either parent."

用結果難以預測的情形之下，實務上親權行使問題往往成為財產議題談判的重要籌碼。也就是說，即使夫妻之一方並不一定真心想要爭取對未成年子女行使親權，也會利用該主張以牽制對方，在財產與贍養費問題上為自己爭取較有利之位置 (Williams, 2005)。

其次，相較於法院判決的難以預料，由父母雙方進行協議自然較容易掌握。不過，也因為如此，較傾向規避風險的一方，或較沒有能力進行訴訟的一方，往往也比較傾向妥協。也就是說，對於風險持保守規避態度的一方，較容易接受對方所提出不滿意但至少可以掌握的條件。反過來說，如果父母雙方的條件或籌碼相差太多，而強勢的一方又不願意提出對方勉強可接受的條件，則弱勢者也可能藉由提出訴訟以扭轉雙方不對等的權力關係。當然，雙方為了規避不可知的風險，可能因此更認真地協商，盡力達成共識，以避免交由法院做最後的裁決 (Mnookin & Kornhauser, 1979)。不過，也有學者擔心，只要父母任一方對於訴訟結果之風險採取規避的態度，則很可能使得親權行使的爭議最後多以共同行使親權的「共識」收場。而此種將子女親權行使以「一人一半」方式分配的決定，可能並非著眼於子女最佳利益，反而是父母雙方角力妥協的結果 (Mnookin & Kornhauser, 1978)。

參、尋找替代原則

由於子女最佳利益原則的內涵過於模糊，使得此原則在適用上容易流於主觀，不僅如前所述可能因此深化傳統性別分工的刻板印象，更可能使子女最佳利益原則的立法美意成為空談。因此，美國學界與實務界在子女最佳利益原則確立之後，仍然積極地尋求另一個更明確具體的實體標準，以替代或落實子女最佳利益原則。以下所提出的四個判斷標準：共同監護 (joint custody)、友善父母條款

(friendly parent provision)、主要照顧者原則 (Primary Caretaker Preference) 以及過去照顧模式原則 (past-caretaking standard)，即為此等努力與嘗試的主要成果。這些替代標準雖然各有特色與優點，但也各有不足之處，以致於雖然實務上各有適用之實益，但卻尚未足以單獨全面地取代子女最佳利益原則。

一、共同監護

(一) 期待父母子女之三贏

父母離婚後對未成年子女親權行使問題的最大困難之處，在於法院必須在父母之間選擇其一。如此一來此爭議就成為父母間的零和遊戲，結果不是全輸就是全贏。因此不僅法院面臨取捨的難題，在雙方策略的運用下也可能使子女利益反而遭到忽略。對於子女而言，不管最後判決如何，可以確定的是未來必然失去父母一方的照料，就此而言，子女的最佳利益似乎已經確定無法維持。因此，有論者認為，若採取父母共同行使負擔的做法將可能解決上述困境。而共同監護²⁰的做法不僅有助於解決爭議，更由於子女不必與父母之一方失去聯繫，且又可以使父母雙方各自對子女的成長付出貢獻，因此較父母之一方單獨行使親權的安排更符合子女最佳利益的原則 (Blond, 1984; Henry, 1994)。其次，子女最佳利益原則在實務

²⁰ 此處採用「共同監護」一詞，實為權宜之做法。事實上，“joint custody”之觀念，若採取與我國親屬法用語一致之說法，應為「父母離婚後共同行使負擔對未成年子女之權利義務」。不過，由於美國法制上於父母共同行使負擔對未成年子女之權利義務之情形中，又可分為“joint legal custody”，以及“joint physical custody”。若以較合乎我國親屬法上用語稱之，則分別為「共同行使負擔對未成年子女之法律上權利義務」與「共同行使負擔對未成年子女之身心上權利義務」。如此一來，在陳述上可能過於冗長。為求行文順暢之便，在此暫且將“joint custody”稱為「共同監護」，“joint legal custody”稱為「法律上共同監護」，而“joint physical custody”稱為「身心上共同監護」等用詞，特此說明。

上最令人詬病的是司法爲了決定子女親權行使的歸屬，而往往以主觀判斷來決定子女的最佳利益。如果由父母雙方共同行使親權，則因司法恣意而做出錯誤決定的可能性將大大降低。

另外，近二十年來，單親母親與其子女所組成的家庭，已經成爲美國重要的社會問題之一。²¹ 單親母親一方面必須獨立負擔子女的教養，又往往在職場上處於弱勢，經濟上的困頓使其淪爲美國社會的底層。單親母親與子女的家庭之所以面臨如此的困難，關鍵之一在於父親未能確實分擔子女之扶養費用 (child support)。爲了解決此問題，除了在子女扶養費用的執行需要加強之外，論者也認爲，如果能在親權行使的安排上，原則上由父母共同爲之，則應有助使雙方更樂於分擔子女扶養費用，不至於產生一方必須獨自承擔此重擔的結果；²² 如此一來，自更能增進子女之利益。

(二) 對共同監護的疑慮

憑藉著上述的優點與期待，共同監護獲得不少的支持。美國各州中不僅有將共同監護做爲法院判決的選項之一者，更有透過立法或法院判決直接將共同監護做爲原則規定者 (Brinig & Buckley, 1988: 396-397)。共同監護的做法雖然提供法院一個新的出路，但直接將之做爲子女最佳利益原則的具體詮釋或替代原則的做法，則受到相當的批判。共同監護可分爲子女身心的共同監護 (physical joint custody) 以及法律上共同監護 (legal joint custody)。前者由父

²¹ 相關的討論，請參見 (Fineman, 1995)。

²² 有論者以爲，在共同監護的安排之下，即使是非主要親權人之一方（亦即在身心共同監護的情形下所分配到監護時間較少者或是僅擁有法律上監護權者），也由於其仍然得以分享親權之行使，因此較願意支付子女扶養費用。也有論者認爲，由於在共同監護的安排之下，支付子女扶養費用之一方，有機會可以檢視究竟子女扶養費的運用是否妥適，也因此較願意支付子女扶養費用。請參見 Brinig & Buckley (1988: 408-410)。

母雙方共同行使負擔子女在身心教養方面的權利義務；而後者則由父母分享關於子女重大事項的決定權。與法律上共同監護相較，身心共同監護所產生的爭議似乎較為嚴重。由於身心共同監護的安排是由未成年子女輪流與父母各同住一段時間，因此，不但子女必須來回於兩個家庭，也必須適應不同的教養方式與生活環境。如此一來，子女不但無法長期在一個穩定的環境中成長，更可能在父母之間無所適從。假若父母雙方對彼此仍然存有敵意，則子女將面臨對父母「忠誠」的兩難。因此，即使子女能夠與父母雙方皆維持密切聯繫，但是論者仍質疑此種安排對子女的心理健康與發展有負面影響 (Singer & Reynolds, 1998)。此外，為了維持此種安排，父母雙方都必須為子女準備住處及所需要的各項生活用品，對於經濟上較不寬裕的父母親而言，也勢必造成雙重的負擔 (Singer & Reynolds, 1998)。

共同監護似乎能夠使親權行使爭議不再必然與性別刻板印象問題有所糾葛，甚至於有認為，透過共同監護的安排，令父親也負擔部分身心監護之責任，能夠鼓勵兩性共同分擔育兒的工作，進而改變傳統性別分工的觀念。不過，由加州的經驗來看，此一美意似乎無法落實。依據 Maccoby 與 Mnookin 兩位教授長期觀察的結果，發現即使在身心共同監護的安排下，實際上大多數的子女仍然與母親同住，而由父親進行探視。少數踐行法院共同監護判決之父母，父親往往在離婚前即已積極參與子女日常生活起居的照顧。因此，兩位學者發現，不管法律的規定與法院的判決如何，事實上離婚後父母關於育兒的分工大多維持離婚前多為傳統性別分工模式的狀態 (1992: 270-271)。除非法律可以強制規定父母於婚姻關係存續中所為之分工，否則欲以離婚後子女親權行使的規範改變性別分工的傳統模式，可能只是一廂情願而已。

共同監護最令人詬病與憂心之處，在於涉及家庭暴力問題的情

形。不管是身心共同監護或是法律上共同監護，由於父母雙方必須分享親權之行使，彼此之間不免必須保持相當之互動。若父母之一方具有家庭暴力之歷史或疑慮時，則共同監護的安排不啻使得受害之一方於離婚之後繼續陷於恐懼與危險之中 (Greenberg, 2005: 411-412)。實務上也發現，共同監護的安排看似為法院找到兩全其美的好辦法，但卻往往是未來一連串訴訟的開端。²³ 首先，在身心共同監護的安排下，假若父母對彼此有所不滿，不管是來自於對子女教養的不同方式，或是彼此之間的積怨尚未解消，即容易產生糾紛，甚至導致改定親權等訴訟之提出 (Singer & Reynolds, 1998: 507-508)。另外，假若父母之一方尤其是主要之親權行使者) 欲遷離目前的住所，另一方親權之行使不免受到相當之影響，如此一來可能也將引發新的訴訟。²⁴ 至於是否因為採取共同監護的模式就可以緩和(非親權行使者多為父親) 怠於給付子女扶養費之問題？對此論者之意見仍相當分歧，而由目前有限的實證資料觀察，似也尚無定論 (Singer & Reynolds, 1998: 514-515)。

二、友善父母條款

友善父母條款與共同監護原則之立論基礎甚為相似，強調子女與父母雙方保持良好互動的重要性。因此，即使在父母離婚之後無法採行共同監護的做法，而必須將子女權利義務之行使負擔交由父母之一方為之，為了維護子女最佳利益，仍應透過會面交往的方式，允許子女與另一方之父母維持密切聯繫。此時，若將子女親權交由對他方較為友善之父母行使，則子女將有較大的機會得以與另

²³ 關於此點，請參見Gardner (1982: 45-46); Schulman & Pitt (1982: 542-543)。不同於前述之論點，請參見Cohen (1988: 41)。

²⁴ 關於此議題的討論，請參見 Yaeger (2005); Levmore (1998)。

一方保持緊密接觸。因此，所謂友善父母條款即是法院在決定親權行使時，將父母對於他方是否「友善」，亦即是否允許子女與他方持續頻繁的互動，列入重要的考量。

有研究發現，許多未成年子女，尤其是青少年，在父母親離婚之後，對非親權行使之父母產生強烈疏離的現象。也就是說，這些子女對於父母之一方（尤其為父親）有著許多負面的情緒，以致於拒絕與其進行任何的接觸與互動。此種反應被 Richard Gardner 稱之為父母疏離症候群 (parental alienation syndrome)。其最大特徵表現在子女對於被疏離父母之憎恨，而此憎恨來自於另一位父母行使親權之一方) 的影響，該子女甚至可能因此對被疏離父母做出不實的指控。該理論的出現自從問世以來就爭議不斷，其在心理學與精神醫學界尚非通論，也有批評認為該理論使家庭暴力受害者之權益更難以伸張 (Johnston, 2005: 759-760)。

即使所謂父母疏離症候群引起相當爭議，但一般仍肯定子女與父母離婚後應與雙方（尤其是未能行使親權之一方）保持密切關係有益於子女的健康成長。因此，友善父母條款在立法上或司法判斷上均受到相當重視。²⁵ 實務上為決定父母何者為較友善之一方，除了由父母的行為加以判斷之外，其是否對他方提出抱怨與指控也是重要的線索。一旦父母之一方對他方提起訴訟或在訴訟中進行指責或指控，即被視為「不友善」的表現。因之，為了不讓法院認為自己對他方不友善而喪失行使親權的機會，多半的父母不敢輕易提出對他方的控訴。甚至於為了表現出自己的誠意與善意，還必需在法院進行陳述時表露對他方的認同與肯定 (Dore, 2004: 47-49)。在這種情形之下，即使是受到家庭暴力的受害人，也可能為了爭取行使

²⁵ 例如，維吉尼亞州以及佛羅里達 (Florida) 州均設有友善父母條款。參見 Va. Code. Ann. § 20-124.3 (6)-(7) (2004); Fla. Stat. § 61.13 (3) (a) and (j) (1995)。

對未成年子女之親權而不敢吭聲。這種雙方比賽說對方好話的結果，可能使得法院在判斷時無法獲得所有重要資訊，最後犧牲的可能反而是子女的利益 (Mason, 1999: 164)。

三、主要照顧者原則

(一) 立論基礎與實踐

如前所述，子女最佳利益原則所面臨的最主要批評，在於標準的不明確與內涵的空洞。因此，如何將子女最佳利益原則明確化，成爲一個重要的課題。主要照顧者原則的出現即針對子女最佳利益原則做出一個具體明確的詮釋：父母於離婚後由原來擔負未成年子女主要照顧責任之一方，繼續行使負擔對子女之權利義務，即合乎子女最佳利益。主要照顧者原則其實並不是一個全新的概念，而可與心理學家 Joseph Goldstein, Anna Freud 與 Albert J. Solnit 在一九七〇年代所提出之「心理上父母」(psychological parent) 觀念互相呼應。所謂心理上父母所指的是在未成年子女心理上所依賴的成年人。而此成年人之所以能夠讓子女產生依賴的心理聯繫，主要來自於其對未成年子女提供日常照顧，滿足其基本需求的過程中所生之密切互動。未成年子女對心理上父母的依賴對其人格發展有重大的影響，此種心理聯繫的存在有助於子女發展自信及與對他人的信賴，也有助於該子女在智識與情緒方面技能的學習。此心理上父母的存在對於年幼子女的身心發展尤其重要 (Mercer, 1988: 5-6)。

主要照顧者原則與前述心理上父母之理論雖非完全相同，不過，主要照顧者原則的精神亦在肯定未成年子女與其日常生活照顧提供者間的親密關係；尤其年幼子女與主要照顧其生活起居者之間所生的心理上聯繫，應予以維持與保護。因此，在離婚後亦應由該主要照顧者來行使負擔對未成年子女之權利義務，始符合子女最佳

利益原則。

在主要照顧者原則的實踐方面，以西維吉尼亞州以及明尼蘇達州的經驗最值得參考。關於離婚後對未成年子女親權行使之爭議，西維吉尼亞州法的規定與他州並沒有太大的不同：同樣要求法院以子女最佳利益原則做為最重要的依據。不過，在 *Garska v. McCoy*²⁶ 一案的判決中，西維吉尼亞州最高法院認定未成年子女之親權由其
主要照顧者來行使即符合法律所要求的子女最佳利益原則。至於何謂子女之主要照顧者？該案判決以下列照顧之提供者為主要之考量：(1) 為子女準備餐點；(2) 為子女洗澡與更衣；(3) 為子女購買與整理衣物；(4) 為子女處理醫療問題；(5) 安排與接送子女的社交活動；(6) 安排子女的托育事項；(7) 夜晚帶子女上床休息以及於早晨喚醒子女；(8) 管教子女；(9) 負責子女的文化宗教等教育；(10) 教導子女基本的閱讀書寫以及數字的技能。²⁷ 依照該判決所列出的上述事項，照顧子女的基本需求與日常起居之父母即為其主要照顧者。法院相信，維護主要照顧者與子女之密切關係，乃是子女最佳利益原則最核心的任務。

另一方面，明尼蘇達州法院於 *Pikula v. Pikula*²⁸ 一案也採取了與西維吉尼亞州最高法院相似的標準，認為情感與心理上的穩定對未成年子女的健全成長而言，有非常重大的關係，尤其對於年齡較小的子女而言，主要照顧者往往即是提供此重要安全感的人。因

²⁶ *Garska v. McCoy*, 278 S.E.2d 357, 362 (W. Va. 1981).

²⁷ "1) who prepares and plans meals; 2) who bathes, grooms and dresses the child; 3) who purchases and cares for the child's clothes; 4) who arranges for and drives the child to medical care; 5) who arranges and transports the child to social activities; 6) who arranges for child care; 7) who puts the child to bed and who wakes the child in the morning; 8) who disciplines the child; 9) who educates the child in religion, culture, etc.," *Id.*

²⁸ *Pikula v. Pikula*, 374 N.W.2d 705 (Minn. 1985).

此，將主要照顧者與子女分開的做法，即難謂符合子女最佳利益原則。²⁹

除了維持主要照顧者與子女之間心理上的聯繫之外，主要照顧者原則的優點在於其對子女最佳利益原則進一步地具體化與明確化。只要法院可以確定父母之一方於婚姻關係存續期間時擔任子女之主要照顧者，則即可判定父母離婚後由該主要照顧者行使親權，以維護子女利益。一旦子女最佳利益原則的具體內容有所依歸，則法院裁判的品質也得以維持穩定，使裁判不致流於前述「選美大會」之譏，更使得上訴法院對下級法院裁判的審查具有實質意義。最後，在法院標準明確的情形下，判決預測可能性大增，父母雙方對判決的結果自是心裡有數。如此一來，對簿公堂的意義並不大，而自行協議解決問題的可能性就大得多，也可減少訴訟並避免因訴訟所生之傷害。

(二) 實際運作所出現的問題

不過，實際運作的情形卻不如前述所期待的理想。以明尼蘇達州的經驗為例，自從 *Pikula* 案的判決之後，親權行使的訴訟似乎有不減反增的趨勢，跌破許多學者專家的眼鏡 (Crippen, 1990: 452-455)。原來，即使是主要照顧者原則，依然難以逃脫標準模糊不明確的困境，也因此親權訴訟並無法如預期般大幅減少。上述 *Garska* 判決中法院詳細的列出十項參考指標，對於父母僅由一方擔任子女之照顧者的情形而言，的確有助於認定主要照顧者，而做出明確的判斷。但在父母雙方皆參與（儘管程度不一）子女日常生活照顧的情形，則恐怕仍有適用上的困難。首先，在法院所列出的十項指標之中，究竟孰重孰輕？仍有疑義。例如，若母親負責為子女準備餐

²⁹ Id. at 711-712.

點與衣物的整理，而由父親安排與接送子女的社交活動，並負責子女在宗教文化上的教育問題，則究竟何者為主要照顧者？又若子女日常生活的主要照顧者其實是祖父母或保母，而父母則是擔任決策者與計劃者的角色，則法院又應如何認定主要照顧者？除了前述照顧與互動的項目之間是否應作不同評價之外，照顧的「質」與「量」究竟應如何取捨，也是一大問題。由西維吉尼亞州以及明尼蘇達州的實務經驗發現，除了少數的案例情形之外，事實上主要照顧者原則並沒有真的解決標準不明確的問題，在適用上仍然有許多模糊不清之處難以釐清。論者也發現，法院並不一定對 *Garska* 判決的十項參考指標進行逐項考量，而傾向以綜合判斷的方式來認定主要照顧者 (Mercer, 1988: 94-102)。如此一來，結果還是由法院心中的那一把尺來認定主要照顧者。是以，主要照顧者原則在適用上不免重蹈子女最佳利益原則的覆轍。

另一個問題是，在認定主要照顧者時，若在不同的時期有不同的主要照顧者，則應以哪一個時段做為考量評估的對象？例如雖然子女於出生之後一直由母親擔任主要照顧者，但在父母分居之後，對子女的照顧責任改由父親負責。若此時雙方離婚而提起子女親權行使之訴訟，則法院究竟應肯認過去母親所扮演的的主要照顧者角色，抑或是認為訴訟發生當時父親為主要照顧者之事實，而將親權交由父親行使 (Mercer, 1988: 114-117)？不論時間有其先後或期間有所長短，父母雙方可能分別與子女建立起心理上的連結與依賴，則此時法院對兩者應如何評價？恐怕也難以取捨。

因此，主要照顧者原則的最大弱點可能在於其根本無法適用於所有親權案件。由於主要照顧者原則的立論基礎在於維護未成年子女與主要照顧者身心上之密切聯繫，而此由日常照顧所生的心理依賴，又屬年幼子女較為顯著，因此，主要照顧者原則最主要的適用

對象為嬰幼年子女。³⁰ 另外，既然此原則的適用繫諸於父母一方必須為子女之主要照顧者，因此，在父母雙方分擔子女照顧責任，或父母雙方皆非主要照顧者的情形之下，即無主要照顧者原則適用之餘地。實務上又只得將此類案件回歸到子女最佳利益原則之下進行考量。

此外，一旦將子女最佳利益原則限縮為主要照顧者原則之後，等於轉移了法院所考量的焦點。子女最佳利益所重視的是「未來」「子女」的發展與成長，但是主要照顧者原則適用的結果卻把重點放在「過去」「父母」雙方的育兒行為。雖然有認為如此一來親權案件就與法院傳統上所處理的爭議性質較為相近，但卻使得案件之爭點由「何者較能確保並增進子女未來的成長與發展」等關於子女發展願景的討論，轉移到「過去是誰對子女的付出較多」等關於父母過去是否盡責的爭議。如此一來，父母子女之間生活上的各種點點滴滴：例如誰為子女換比較多次尿布，誰在子女學校活動上缺席，或誰在某日接送子女遲到等等父母每天的育兒表現，皆成為雙方互相檢視指責的焦點。此類案件的困難之處，原在於當事人間複雜糾葛的情緒與情感往往對案件的處理解決有著負面的影響。如果在訴訟過程中又把焦點置於父母過去種種生活情狀與細節，則不啻雪上加霜，使得雙方的爭執更陷入情緒與意氣之爭，反而忽略子女利益 (Crippen, 1990: 460-463)。更重要的是，由於此原則完全著眼於父母親過去的行爲，不爭執的一方似乎就「默認」了自己過去對子女的不盡責或失職。於是，此原則的採用可能不但不會減少訴訟，可能反而鼓勵父母雙方對任何細節都不放棄爭執。增加訴訟或拉長訴訟程序的結果，可能使子女繼續處於父母雙方敵對的緊張態

³⁰ 例如，在西維吉尼亞州，主要照顧者原則適用於十三歲以下之未成年子女有關之親權案件。不過，在明尼蘇達州的實務運作上，並未對子女的年齡以及主要照顧者原則的適用做出清楚的界定。對此請參見Crippen (1990: 473-474)。

勢與對未來的不確定感中，對子女不但無益反而有害。另外，主要照顧者原則雖然表面上並不強調父母親性別的重要，但是適用上卻也無法逃脫傳統性別分工與性別角色等觀念的影響。在美國社會中，性別分工在家庭中仍然相當常見，一般而言社會還是期待母親應負責照顧未成年子女的起居。因此，採用主要照顧者原則的結果，往往意味著對母親有所「偏袒」。不過，此時傳統母職觀念往往如同一個雙面刃，法院一旦認定母親的行為「有失母職」，其也較可能被認為不適任，而受到不利的判決。³¹

主要照顧者原則雖然提供了一個據以推斷子女與父母身心上依賴與互動的線索，但是適用上的種種問題與質疑，使得明尼蘇達州以及西維吉尼亞州也不再獨尊主要照顧者原則，只將其做為決定親權行使歸屬的可能依據之一。也就是說，主要照顧者原則不再是替代子女最佳利益原則的具體化標準，而是做為一個考量因素以輔助法院對子女最佳利益做綜合判斷 (Crippen & Stuhlman, 2001: 677; Mercer, 1988: 138-141)。

四、美國法協會所提出之建議

(一) 過去照顧模式原則

美國法協會 (American Law Institute；簡稱ALI) 歷經十二年的研究之後所提出的「家庭解消之法律原則」(Principles of the Law of Family Dissolution；以下簡稱ALI原則)，³² 對於婚姻或家庭解消時

³¹ 例如，學者研究西維吉尼亞州的判決發現，在許多案件中，雖然法院已經認定母親為主要照顧者，卻又因為其他因素的考量，使得法院仍然判決父親勝訴。其中，最常見的因素即為母親的社交與性生活。如果母親出現令法院覺得不妥的行為，則法院可能據此認為母親雖然是子女的主要照顧者，卻由於其為「不適任」的父母，因此仍然無法由其行使親權。請參見Crippen (1990: 473-474)。

³² American Law Institute, Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and

有關夫妻之財產分配、贍養費、未成年子女權利義務行使負擔以及教養費等事項做出詳細的規範建議。其內容不但反映了目前法律的發展趨勢，更在綜合各種考量與發展方向之餘做出前瞻性的建議。因此自從該原則提出以來，隨即受到各界的重視與熱烈的討論。

ALI 原則建議在發生親權行使爭議時，應要求父母提出子女教養計畫，向法院陳明其計劃如何處理離婚後子女的親權行使問題。假若父母雙方無法共同擬出子女教養計畫，或雙方所提出的計畫有很大的落差時，ALI 原則建議法院採用所謂「過去照顧模式」原則以為子女最佳利益原則之具體化標準。所謂過去照顧模式原則要求父母離婚之後仍然應盡量維持離婚前對於子女教養的分工方式。其主要目的在於保持子女生活成長環境的穩定，不因為父母離婚而有過於劇烈的改變。是以，ALI 原則建議法院忠實地反映父母離婚前與子女間的互動關係，以之做為決定離婚後親權行使歸屬與方式的指導原則 (Bartlett, 1999: 478-479)。該原則與前述主要照顧者原則在規範目的上雖有相合之處：均以維持子女生活的穩定為依歸，但是在意義上以及實際操作上仍有所不同 (Bartlett, 2002: 18)。兩者最大不同之處在於主要照顧者原則隱含著一個重要的假設：在父母離婚前，未成年子女必定有一位（且只有一位）主要照顧者。但是誠如前述討論所示，此假設往往無法反映出所有案件的真實情況，因而產生窒礙難行的結果。有鑑於此，過去照顧模式原則乾脆放棄上述假設，不再為了決定孰為主要照顧者而傷透腦筋，而主張只要單純地反映子女在父母離婚前的生活模式即可。假若離婚前子女的確只有一位主要照顧者的話，則法院肯認在父母離婚後，這位主要照顧者仍應對子女的生活扮演主導的角色；不過，如果過去並沒有一位明確的主要照顧者，而是由父母共同分工照顧，則該生活型態

也應該繼續維持，此時法院即可能做出共同監護的決定。

(二) ALI 原則的特色

1. 維持父母分工

過去照顧模式原則的精神在於宣示法律制度對子女最佳利益的內涵不再預設任何立場或價值，而尊重並沿用父母過去離婚前關於教養照顧子女所做的分工與決定。由於法院不再享有強勢的主導權，法院主觀決定所可能產生的負面影響也將因此大為降低。既然法院的主觀裁量空間被 ALI 原則做了相當的限縮，其自也無由將性別刻板印象強加於當事人身上 (Graham, 2001: 326-328)。此外，既然該原則完全尊重父母離婚前所為分工，負責家庭經濟的父母對子女成長的貢獻也不應被忽略。過去有批評認為法院只重視提供子女日常照顧的父母而忽略負責家庭經濟者之貢獻，對辛苦工作負擔家計的父母並不公平。依照過去照顧模式的規範設計，提供經濟來源的父母仍然維持其原來的角色，並與提供日常照顧的父母分享對子女重要事項的決定權。如此一來也得以更真切地反映父母在離婚前的分工方式 (Bartlett, 1999: 480-481)。由於此標準相當明確，可預測性自然大為提昇。對父母而言，伴隨著不明確標準所產生的風險幾乎不存在，父母在協商時為了在模糊空間中贏得最大利益所採取各種策略行爲 (strategic behavior) 的可能性也將大為降低。

2. 「父母」概念的彈性化

過去照顧模式強調忠實地反映離婚前父母與子女的互動，因此也勢必需要對於第三人與子女間可能的密切互動關係做出評價。ALI 原則於此仍然採取忠實反映現狀的初衷，積極地肯認子女與傳統法律定義下之父母以外的成人之間所形成的聯繫。

美國法傳統上對於父母的意義與範圍相當明確，關於子女權利

義務的行使與負擔原則上也由父母為之，只有當父母被法院認為不適任時才屬例外。不過，因應社會生活型態的日趨多元，法律上對於「父母」角色的認定也似乎愈來愈有彈性：例如有法院允許由第三人在特殊情形 (extraordinary circumstances) 之下尤其是與未成年子女同住一段期間者) 得承擔或分享對子女權利義務的行使與負擔。³³ 另外，將祖父母的探視權明文化的做法在近年來也受到各州立法者的歡迎。³⁴ 不過，祖父母進行探視是否需得未成年子女父母之同意，尤其是在父母不同意的情形下法律或法院仍賦予祖父母探視權的做法是否可能違憲，卻引發相當爭議。對此美國最高法院做出 *Troxel v. Granville*³⁵ 判決，認為祖父母對孫子女的探視不得侵害父母之親權，自此祖父母探視權之法制發展即有趨於和緩的態勢。

不過，在ALI原則之下，「父母」之定義卻跳脫了傳統法律上嚴格的限制，而完全以功能性為考量。傳統父母概念之外的第三人如果事實上具有父母的功能或扮演父母的角色時，也可以被解釋成「父母」而分享或參與對子女權利義務的行使與負擔。對此ALI原則特別列出以下兩種情形：一為所謂事實上父母 (de facto parent)，也就是事實上與子女住在一起，而扮演父母角色的第三人。二為表現上父母 (parent by estoppel)，也就是因為第三人的表現 (例如事實上負擔子女生活費)，與法律上父母有協議分擔照顧子女責任，或得到法律上父母的同意而與子女同住兩年以上分享或參與子女權利義務的行使與負擔者。³⁶ 在生活型態日趨多元化的現代社會生活

³³ 關於此點，請參見 *Bennett v. Jeffrey's*, 365 N.E. 2d 277 (N.Y. 1976); (*Watkins v. Nelson*, 748 A. 2d 558, 563 (N.J. 2000); *Michael G.B. v. Angela L.B.* 642 N.Y. 2d 452, 465 (N.Y. App. Div. 1996)。

³⁴ 關於此點，參見 N.H. Rev. Stat. Ann. § 458:17 (VI) (Supp. 2002)。

³⁵ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000)。討論本案的中文文獻，請參見彭南元 (2007: 449-496)。

³⁶ ALI Principles, § 2.03 (1) (b)。關於事實上父母 (de facto parent) 的進一步討論，請參

中，肯認與維繫上述兩種特殊的「父母」與未成年子女之間的互動，亦為確保子女最佳利益的重要發展。

肆、子女最佳利益原則的可能發展方向 ——從實體的追尋到程序的多元化

一、重新肯定子女最佳利益原則

(一) 無法令人滿意的替代原則

前述的討論詳述了子女最佳利益原則出現的背景，其所期待達成的目標與困境。為了尋求出路以突破困境，美國法學界積極地尋找可行的替代標準。從共同監護、主要照顧者原則到美國法協會所提出的過去照顧模式原則，都是為著同一個追尋。如前所述，共同監護以及主要照顧者原則已經在實務運作上與學者討論間受到相當的質疑，前者最大的問題在於要求父母在離婚之後仍然共同行使親權，是否反而為子女帶來不安與其他負面的影響；而後者最令人詬病之處，則在於「主要照顧者」認定上的困難，並且可能因此引發更多的爭議與冗長的訴訟程序。至於 ALI 原則，雖然明顯地想要修正補強前述兩個原則的漏洞與不足之處，但是，由於基本上仍可以看出上述兩個原則的影子，則不免必須繼續背負前述原則所留下的包袱。

首先，過去照顧模式原則雖然不要求法院必須認定一位主要照顧者，但是，為了釐清過去照顧模式為何，則可能同樣造成父母對過去雙方的育兒行為以及分工方式進行鉅細靡遺的爭辯。即使論者認為法院的制度設計原來即在於釐清過去已經發生的事實 (Bartlett, 1999: 480-482)，但是子女親權行使爭訟所待決定者，並不在於釐

見 Ramsey (2001); Wagner (2001)。

清或檢討父母各自過去對於子女教養的貢獻如何，而在於決定離婚之後究竟應如何教養子女才符合其最佳利益。一旦決定的關鍵拘泥於過去兩人分別的「表現」與「貢獻」，則對子女利益的討論反而可能被這些爭辯所掩蓋。

其次，雖然維持原來生活型態有助於子女度過父母離異的重大衝擊，應符合子女利益，不過，不管法院如何努力設想安排，「維持原狀」或「反映離婚前的子女教養模式」都只是一種理想。事實上，父母一旦離婚，所謂「原狀」或「過去模式」將難以繼續維持。於 ALI 原則之下，假若一對父母在離婚前均積極地參與子女的教養與成長，一旦兩人離婚，對未來子女親權行使問題無法達成共識時，法院應適用所謂「過去照顧模式」原則來做出決定。即使法院能夠詳細釐清父母於離婚前分別對教養子女所擔任的任務及貢獻，也勢必無法要求已經離婚的父母完全比照過去，以兩人三腳的方式密切地合作。因此，法院最可能做出的決定，是由父母雙方共同分享子女的親權行使，也就是某種形式的共同監護。不過，如同前面的討論提到，共同監護，尤其是身心共同監護，正是在實務上與學者間爭議最大的親權行使模式，對子女成長發展的影響究竟是正面或負面，仍存有著極大的爭議。

過去照顧模式原則的確整合了共同監護以及主要照顧者原則，而為了維持並保護未成年子女與其他人所建立的聯繫，將法律上「父母」之概念由形式上與血緣上的聯繫，擴充至以功能為內涵的做法，的確有值得稱許之處。可惜的是，過去照顧模式原則無法掙脫共同監護與主要照顧者原則所受到的質疑與批判，因之是否能夠取代子女最佳利益原則，也不無疑問。

(二) 子女最佳利益原則核心內涵的確認

本文認為，儘管前述三個替代原則都嘗試為父母離婚後對未成

年子女親權行使的決定另謀一個較為具體明確的出路，但是似乎都無法真正的取代子女最佳利益原則。究其原因，除了替代原則無法完全解決明確性不足的問題之外，更在於其喪失了子女最佳利益原則原有的優點。

子女最佳利益原則的最主要內涵，即為爭議解決需以子女利益為本位思考，而非由父母或甚至社會的利益出發。由於子女利益的具體內容可能因為個案有所差異，因此，為了追求子女利益的落實，必須就個案加以判斷。也因此，子女最佳利益原則的另一個重要內涵，即為個案判斷上所具有的彈性。不過，此彈性若遭到濫用，則可能反而帶來負面的影響，以至於在論者眼中，成為標準不明確與法院主觀恣意介入的主因，而成為極需處理的病灶。可惜的是，個案判斷彈性之正面價值，尤其是其與親權爭議事項特質間的重要關聯，竟被徹底地忽略。

在目前的法律制度下，父母被賦予維護未成年子女福祉之重責大任，而國家與法院則立於補充與監督之地位。親權爭議事件的特色，在於法院雖然能夠決定父母離婚後對未成年子女權利義務如何行使負擔，但是子女的利益是否能夠維護，最後的關鍵大多繫諸於父母身上。每個子女與父母的個人條件，與其彼此之間互動之情形各有不同，原無法一概而論，因此，若法院以一個固定的具體標準適用於每個個案，則可能失之僵化，無法依據個案之差異而為個別之子女謀最大之福利。又加上親權行使之爭議並非一獨立之議題，其往往與離婚夫婦之間的贍養費、子女扶養費，以及探視權，父母離婚之後各自的生活安排，尤其是住所與工作等等問題息息相關。因此，法院必須就個案中的各種特殊情形以及與相關議題所生的各項資訊加以考慮，才有可能做出符合子女最佳利益的決定。而當法院失去裁量的彈性與空間時，也意味著法院無法對個案的特殊情形做通盤的考量。削足適履的結果，自是無法令人滿意。

可惜的是，法院進行個案判斷所必須具備的彈性，在實務的運作下，成為子女最佳利益原則最大的原罪。而隨後所發展出的各種替代原則，如前所述，其目標皆在提出具體明確的實體標準，以避免法院的恣意。弔詭的是，這些原則所要達成的目的，卻也成為其最大的弱點之一。不管將某一替代原則列為強制規定 (mandatory) 或任意規定 (default)，法院一旦面臨親權行使的爭議，原則上就必須適用該替代原則。如此一來，雖然法院的裁量空間被大幅限制，責任也頓時減輕不少；但是將上述任一原則強加於當事人身上的結果，卻往往放大或加深該原則的缺陷，而可能犧牲子女利益。例如，共同監護的順利進行有賴於離婚後父母的合作與協調。但若雙方事實上並未同意此種安排，則可能因此產生更多後續的糾紛與爭議，反而產生負面的影響。過去照顧模式原則也有類似的問題。離婚前分擔育兒責任的父母親，在情滅緣盡之後可能再也無法依循過去合作無間的照顧模式。但若採用過去照顧模式原則，法院必須在判決中要求父母親忠實地反映離婚前對子女的照顧模式，則顯然罔顧實際執行上的困難，而是否果真能增進子女利益更大有疑問。至於主要照顧者原則，認定上的困難與爭議已經使得法院難以應付而無法顧及其他影響子女利益的重要因素。總之，即便前述替代原則的適用可以大大降低法院主觀介入的可能性，但是卻也同時減損了法院在個案中盡力為每一個未成年子女尋求最佳利益的能力與權限。

子女最佳利益原則的另一個難題，在於如何處理性別平等的議題。當法院處理親權爭議案件時，如何能不陷入性別刻板印象與性別歧視的窠臼中，受到極大的關切與爭議。尤其，親權行使的安排與父母之經濟能力、職場參與、社會地位以及社會福利制度的設計等等各層面之相互影響，使得問題更為複雜難解。前述的替代原則之所以要限縮法院的裁量空間，重要原因之一即在於不使法院所持的性別刻板印象操控了子女最佳利益原則的適用。不過，如前所

述，即使限縮法院的裁量空間，傳統性別角色的觀念仍然可能透過父母本身關於育兒分工所做的決定繼續存在。即使法院判決要求父母對子女為身心共同監護，大部分當事人仍舊「自動」回到離婚前的分工方式；而主要照顧者原則或過去照顧模式原則之下，法院則在尊重父母決定的前提下，可能成為深化傳統性別分工觀念制約的「共犯」。因此，雖然離婚後對未成年子女親權行使的決定標準不應該被傳統性別觀念所把持，但是期待以此判斷標準來顛覆傳統性別分工的價值觀，也可能太不切實際。因此，比較具體可行的做法反而是要求法院適用子女最佳利益原則時，不得僅以父母之性別加以決定，必須考量各種因素做綜合判斷，並在判決書中詳細敘明，而不是於單一的實體標準上承載過度的期待。

二、落實子女最佳利益原則的另一個努力方向 ——程序多元化

為了落實（或取代）子女最佳利益原則所發展的各種實體標準，雖然有其優點，但也各有盲點。最主要的問題在於單一實體標準往往無法符合所有案件的需要，已如前述。而子女最佳利益原則儘管有著許多問題，但在目前仍為社會各界對於與未成年子女權益有關之各項爭議（包括未成年子女親權行使負擔的議題）之共識與期待。因此，在繼續努力發展更有效理想的實體標準之餘，如何能夠透過程序多元化與資源整合的制度化，協助法院提昇判斷能力，增加資源，加強監督，使之能夠為個案中之未成年子女尋得最符合其利益的安排與決定，正是另一個努力的方向。

（一）協助父母進行協議

1. 要求提出子女養育計畫

父母離婚對於未成年子女的成长而言，實為一重大變革，影響

其福祉甚劇。由於離婚之後，未成年子女主要仍仰賴父母的教養與支持，因此，法院於做出裁決之餘，如何協助父母達成協議，可能對子女最佳利益的落實更具意義。為此，美國許多州立法要求父母在離婚時必須各自或共同提出所謂「子女養育計畫」(parenting plan)，將離婚後關於行使負擔未成年子女權利義務的各個重要項目：包括教育，醫療，宗教活動等加以說明並陳報法院。³⁷ 在此計畫中父母不能憑空畫餅，而必須提出支持此計畫的理由，例如子女的需求與其生活模式等等 (Catania, 2001: 870-875)。要求父母提出子女養育計畫的目的在於要求父母 (各自或共同) 對子女的未來有具體的思考，也可藉此提供較具體的資訊予法院或他方，使法院與雙方當事人將審理與討論聚焦於未來子女教養議題。此外，法院亦可針對當事人所提出的不同計畫進行調解，尋求父母對子女未來教養計畫共識之達成。³⁸

前述美國法協會所提出之原則 (ALI原則) 對子女養育計畫也非常重視。其要求親權爭議案件的當事人須分別或共同提出子女教養計畫，此計畫內容應包括過去 (離婚前) 父母對於養育子女的分工方式，以及未來 (離婚後) 對子女的教養計畫。一旦父母對子女教養計畫達成共識，除非法院認為該計畫對子女有害，否則就必須加以尊重。³⁹ 規範目的在於將父母的角色由被動的聽由法院裁判，

³⁷ 有些州要求所有的離婚父母都必須提出此計畫。例如：Mo. Rev. Stat. 452.310 (2004) ; MT ST 40-4-105 (1999); O.R.S. § 107.102 (1997) W. Va. Code, § 48-9-205 (2001)。但有些州授權法院得對個案父母做此要求。例如：C.R.S.A. § 14-10-124 (2004); DC ST § 16-914 (2002); M.S.A. § 518.1705 (2000)。另外，也有只對提出共同監護 (joint custody) 之父母要求者，如A.R.S. 25-403.2 (2005); N. M. S. A. 1978, § 40-4-9.1。

³⁸ 關於此點請參見Bryant (2002: 221)。

³⁹ ALI Principles, § 2.06 of the Reporter's Notes of comment B.

轉變為積極主動的參與決定。⁴⁰ 其次，有鑑於家庭生活形態日漸複雜多樣，由父母自行提出計畫，不僅可能比法院所做的規劃更妥善，可行性也更高。另外，為協助父母擬定出對子女最有利之教養計畫，俾使父母於離婚後能繼續與子女良好的互動，ALI原則也提供許多程序以及機制上的配套措施，例如授權法院得指定子女的獨立代表人，提供調解程序，甚至要求父母親參加親職教育等等。⁴¹

2. 協助調解程序的進行

(1) 調解程序的發展

以傳統兩造對立的訴訟程序解決紛爭，原來就並非唯一或最佳的途徑。替代性糾紛解決途徑 (alternative dispute resolution；簡稱ADR) 的興起自一九六〇年代以來，即受到美國各界的重視。尤其在替代性糾紛解決途徑法 (Alternative Dispute Resolution Act of 1998) 通過之後，聯邦法院也被要求必須採用替代性糾紛解決途徑來處理案件。由於替代性糾紛解決途徑主要著眼於快速且不激化兩造對立之情形下解決爭議，因此，替代性糾紛解決途徑被認為非常適合處理家庭爭議事件 (Barlow, 2005: 508-511)。

關於親權行使爭議，最受到重視的替代性糾紛解決途徑莫過於調解 (mediation)。調解的目的在於協助當事人自行解決紛爭，而非由法院等第三人為其做出裁決。在訴訟過程中，由於父母雙方均急於獲得勝訴，因此必然進行各種攻擊防禦。於此過程之中，家庭生活的各種細節以及負面情緒勢必在法庭上一一被呈現、檢視，而父母間彼此攻訐的結果也將使得未成年子女暴露於負面的情緒波瀾之中。未成年子女在面臨父母離婚之巨變，原來就必須承受失落、恐懼，以及對未來之不確定感等心理壓力。在此同時，若又以強調

⁴⁰ ALI Principles, § 2.06. 對此議題進一步的討論，請參見Kelly (2005)。

⁴¹ ALI Principles, § 2.07 (1) (b).

兩造對立訴訟程序處理親權行使爭議，未成年子女所承受的心理衝擊與傷害勢必雪上加霜 (Kelly, 2002: 130-133)。據此，訴訟程序本身似乎即與子女最佳利益原則有所矛盾。

相對地，調解程序之主要目的在於協助雙方達成協議，而非決定孰勝孰負。因此，當事人不用想盡辦法證明自己才是最適任的父母（或對方為較不適任的父母）。一旦避免了訴訟程序所產生的零和 (zero sum) 效果，彼此間的敵意自然也將減輕。如此一來，不僅可以避免未成年子女成為父母雙方無止境拉鋸戰的籌碼，也可能可以減少後續爭議的發生。此外，減低父母彼此間的敵意，也應有助於子女在父母離婚後繼續與雙方維持緊密頻繁的互動關係。⁴²

調解程序雖然強調由當事人自行進行協議，不過，由於當事人對於調解程序多半並不甚熟悉，因此調解人 (mediator) 所扮演的角色十分重要。調解人必須有能力引導當事人，鼓勵其瞭解自身的需要並持續與對方對話，更必須適時地協助當事人處理自己的情緒及與對方的互動。採行調解制度的各州對調解人的資格均有一定限制。例如，加州規定調解人必須具有心理學，社會工作或心理諮商

⁴² 此事實上亦為許多州之立法目的，請見 Cal. Civ. Code § 4607 (a) (West Supp. 1990)。關於是否調解程序真能有助於子女繼續與父母雙方維持互動關係，實證研究請參見 Emery, Laumann-Billings, Waldron, Sbarra, & Dillon (2001: 326-327)。該研究之對象係為維吉尼亞州少年及家事法庭 (Juvenile and Domestic Relations District Court) 於一九八〇年代晚期所受理的七十一個未成年子女於父母離婚後親權行使案件。這些案件以隨機方式決定由法院要求進行調解或直接進入訴訟程序。研究者對此兩組個案在十二年之後進行追蹤調查，以評估子女親權案件所採用的程序對子女的成長與父母間的互動是否有所影響。當時，被要求進行調解的三十五個案件中只有四個案件最後仍然進入訴訟程序；而其他的案件多在調解程序或後續的協商之下解決爭議。研究者發現，與未進行調解直接進入法院訴訟程序的個案情形相較之下，調解個案中的未成年子女與非同居的父母有較為定期頻繁的互動，而該非同居父母在子女的成長過程中，實際上也較多的參與。據此，研究人員認為，調解程序的踐行，對未成年子女的確較有助益。

或其他與家庭關係有關之行為科學等之碩士以上學歷，並有兩年以上心理諮商或協談的臨床經驗，尤其必須對離婚以及離婚之後的各項安排對未成年子女之影響有相當的瞭解。此外，其尚須對加州的司法體制及家事法的相關程序，政府與社區所提供的各項資源有一定的認識；並應接受過家庭暴力議題的有關訓練等。⁴³

為維護子女最佳利益與追求司法資源的有效利用，目前全美已有超過三十五個州立法採用調解程序以處理離婚後子女親權行使之各項爭議。各州於制度設計上最大的不同在於是否採取「強制調解」(mandatory mediation)。強制調解模式以加州為代表。一九八一年加州立法率先採行強制調解制度，要求所有關於未成年子女親權行使(custody)與會面交往(visitation)等爭議皆必須在進入訴訟程序之前進行調解。另一模式則以維吉尼亞州為代表，其立法並不強制要求所有案件均須經過調解程序，而是允許法院就個案考量要求當事人進行調解 (Barlow, 2005: 520-521)。

(2) 挑戰與疑慮

調解制度雖已被肯認為解決父母離婚後未成年子女親權行使爭議之重要途徑，但論者卻對該制度尤其是強制調解) 的成效與影響有所疑慮。⁴⁴ 首先，調解制度的可貴之處在於協助當事人自行解決爭議。正因為未成年子女必須依賴父母的保護教養而成長，因而由雙方所做成之協議可能較法院判決更能確保未成年子女目前與長期的利益。不過，調解制度所強調對當事人自我決定(self-determination) 與培力(self-empowerment) 的增進，必須以雙方當事人權力量相當為前提要件。否則，在當事人權力量失衡之情形下

⁴³ Cal.Fam.Code § 3164 (west 2001); Cal.Fam.Code § 1815 (West 2001).

⁴⁴ 例如，有論者即相當關切調解程序對於家庭暴力受害者所造成的負面影響，請參見 Boxer-Macomber (2003)。

強迫協商的结果，可能空有協議之名，而實際上卻僅反映出強勢一方的意志，而犧牲弱勢者的利益。如此一來，非但無法公平合理的解決爭議，反而使得弱勢之一方受到二度傷害。有學者即認為，調解程序為避免造成當事人間的對立，而不強調形式上或程序上的公平與權利的伸張。不過，此做法可能忽略了弱勢者的權益 (Grillo, 1991: 1545; Schneider, 1986: 648-652)。而調解人為了減少雙方的敵意，多要求雙方盡量避免互相指責或以採取不友善的態度，也不預設任何立場或價值觀，一切以「協議達成」為考量。不過，此種態度不但可能造成不公義的結果，而犧牲弱勢父母的利益也往往無法真正維護子女最佳利益。⁴⁵

另外，即使各州均對調解人的資格能嚴格限制，但對調解人本身的價值判斷與意識形態卻難以規範。就如同法官個人的價值觀可能左右判決結果，調解人的主觀意見也極可能影響當事人協議的走向與具體內容。例如，有論者發現許多調解人對共同監護有所偏好，因此在調解的過程中，即明示或暗示雙方朝此方向考量協商。也有調解人受到傳統性別刻板印象的影響，而據此型塑雙方協議的基調 (Grillo, 1991: 1570-1571)。是以，雖然調解結果乃是以「協議」為之，不同於法院裁判的審理程序，但是可能同樣面臨主導者個人意識形態操縱最後結果的問題。

⁴⁵ 當事人權力失衡的問題又以存在家庭暴力的情形最為嚴重。論者以為，要求家庭暴力的受害者（實際情形中多為女性）強制調解，無異於在受害者決心脫離暴力迫害之際又強迫其與加害者繼續周旋，或甚至與之妥協。此種做法對於家庭暴力的受害者與未成年子女均有害而無益，甚至可能使其生命身體繼續暴露於暴力的陰影之中。對於此點，請參見Gagnon (1992)。由於家庭暴力問題影響受害者與子女的人身安全，而且涉及層面複雜，調解程序可能難以負荷此問題的處理與解決，因此也有州立法，例如德拉瓦州 (Delaware)，特別將家庭暴力案件排除在調解程序之外。參見 Del. Code Ann. tit. 13, § 711A (2003)。對此議題進一步的討論，請參見Fischer, Vidmar, & Ellis (1993)。

不過，前述的質疑並非來自於調解制度固有的瑕疵，而與具體的制度設計有較密切的關係。調解制度的主要功能除了有效解決紛爭之外，尚有所謂「改造」(transformative) 功能，寄望經由調解程序以促進當事人間積極正面的溝通、瞭解與妥協，而將爭議導入較為健康正面的討論。雖然調解程序結束後可能仍無法解決該爭議，不過經由調解，卻可能使得當事人更瞭解自己與對方的需求，認清自身所處的環境與爭議之癥結所在，進而以更正面理性的方式來處理問題與解決爭議 (Barlow, 2005: 504-505)。因此，若調解程序的設計目的不過分要求迅速達成協議，而同時著眼於協助當事人雙方正面積極的處理爭議，則可能可以減少弱勢之一方「被迫協議」的情形。此外，在當事人有意願，或經由法院評估之後認為適當的情形之下始進行調解程序，也可能有效避免前述論者的質疑。

(二) 其他專業人員的參與

除了幫助父母做成協議之外，另一個重要的程序機制為廣納其他專業人士之參與，以協助法院 做成較符合子女最佳利益的決定。其中出現較早也可能最為人所知的應為所謂獨立代表人 (guardians ad litem) 制度。自從一九七一年威斯康辛 (Wisconsin) 州率先立法要求在未成年子女親權行使案件中必須設置獨立代表人之後，⁴⁶ 目前全美各州幾乎都設有獨立代表人制度之立法 (Lidman & Hollingsworth, 1998)。所謂的獨立代表人為法院所指派的律師，社工或心理專業人員，其最主要的功能在主張並保護子女最佳利益。其具體的任務不只一端，其可能做為法院的資訊提供者，甚至提出評估或建議報告，也可能在司法程序中擔任未成年子女的代表人。由於其任務與角色並不甚明確，容易與其他專業角色

⁴⁶ Wis. Stat. Ann. § 767.045 (West 1993).

混淆而引發爭議。例如，所謂「獨立代表」未成年子女，是否意味著其即為未成年子女之訴訟代理人 (attorney) (Lidman & Hollingsworth, 1998: 258-260)? 若未成年子女已委任代表律師，則其與獨立代表人所產生之衝突應如何解決 (Ducote, 2002: 123-124)? 另外，當未成年子女明確表達之意見與獨立代表人立場不一時，獨立代表人的角色也可能甚為尷尬 (Ducote, 2002: 106-109)。又當其提供法院資訊或提出建議報告時，該資訊或建議是否應接受雙方律師之詰問 (2002: 128-130)? 上述問題不但引發各界對獨立代表人制度的質疑，也帶動各州在一九九〇年代對該制度的檢討與改革，以對獨立代表人之角色與功能做更明確的界定 (Ducote, 2002: 112-116; Hazlwook, 2004: 1035)。

此外，心理專業人員也在親權爭議程序中扮演重要的角色，以協助法院落實子女最佳利益原則。其參與主要分為兩大類：一為進行個案評估報告，另一為提供當事人與子女各項必要的服務。前者主要是經由法院指定，由心理專業人員對父母與未成年子女分別進行晤談後，做成親權行使之評估建議報告 (custody evaluation)，並將該評估報告呈由法院做為判決的參考 (Schepard, 2005: 187-188)。後者則是專業人員在各項服務機制與方案中提供協助，以利爭議之順利解決與子女利益的維護。此類方案乃由法院為中心設置或整合，當事人與子女在法院要求或建議下參加或利用所需要的服務，做為紛爭解決程序的一環。較常見的方案包括父母親職教育方案 (parent education program)，⁴⁷ 未成年子女所設置的教育與支持方案 (educational and support programs for children)，心理諮詢服務 (counseling programs)，以及前述的調解制度等等。

⁴⁷ 與法院合作設置的父母親職教育方案自從一九七〇年代中期開始發展，迄今全美已約有四十個州利用此制度來協助父母與未成年子女處理父母之間的衝突或與子女之間的互動問題。關於此點，請參見Pollet & Lombreglia (2008: 375)。

由於心理專業人員所做成的評估報告對法院判決具有相當的影響，因此評估的客觀性與內容的明確穩定性就十分重要。有鑑於心理專業人員對於評估的內容或進行的方式常有不同的偏好，例如有些心理專業人員認為評估重點應在於觀察父母子女彼此間的互動，但有些卻可能特別倚重心理測驗 (psychological testing) 的結果 (Bow & Quinnell, 2002: 167-169)，因此美國心理學學會 the American Psychological Association；簡稱APA) 以及家庭與和解法庭協會 (the Association of Family and Conciliation Court；簡稱AFCC) 兩個專業組織已經分別制定未成年子女親權爭議事項評估準則，對評估的程序與內容標準等進行規範，以增進心理評估報告的客觀性與品質。⁴⁸

(三) 司法者角色的再塑造

如前所述，為達到子女最佳利益原則的要求，美國法院在程序面向上做了許多的嘗試與努力。這些制度設計各有特色，卻不見得適合對所有案件一體適用，因此，本文認為，為使多元化的程序能夠發揮最大的功能，達到促進維護子女利益的目的，司法者角色的再塑造扮演著關鍵性的角色。

傳統上司法者最基本的角色是擔任仲裁者，以獨立客觀之地位解決當事人間之紛爭。但是，在未成年子女親權行使爭議問題上，司法者不僅僅做為父母間爭議的仲裁者，更必須能夠保障子女最佳利益，使得司法者必須在仲裁者的角色之外，必須兼顧保護者與個案管理者的角色，以達到子女最佳利益原則的要求。

⁴⁸ 美國心理學學會所制定的準則為“Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings”，而家庭與和解法庭協會所提出的為“Model Standards of Practice for Child Custody Evaluations”。對此進一步的討論，請參見Martindale (2007: 70-90)。

司法者的角色之所以必須重新定位，主要的原因在於子女最佳利益原則在適用上的特殊性與複雜度與傳統法院任務有所不同。法院要做出如此困難的決定，必須仰賴更多元的程序與以法院為中心的各種資源配置，以提供法院各種必要的資訊，並提高當事人解決紛爭的能力與意願。於是，法院一方面必須能夠協助父母子女能夠在爭議解決的過程中，正面、積極、平和的處理，盡量避免未來再起爭議；但同時必須能夠洞察並避免或降低法律程序進行過程中所產生的壓力，或父母子女間既存的權力關係失衡所致的傷害，而使保障子女最佳利益成為可能。為達成此任務，法院必須以其仲裁者的高度，以子女利益的保護為出發點，積極的對個案進行管理。

所謂的積極個案管理，指的是法院面對親權爭議時，為了解決爭議與確保子女利益，在多元的程序及各項資源服務方案中，做靈活的運用，並在專業人員的參與協助下掌控全程。於是，法院在程序進行中可能視情形要求父母接受親職教育課程或心理諮詢服務，以協助父母處理目前的爭議及未來與子女的互動，同時法院也藉此得到更多個案之相關訊息，做為未來判斷的參考。此外，為了避免法律程序激化父母間的對立與敵意，反而傷害子女，法院也應協助父母進行協議，並評估是否要求（或准許）父母進行調解。法院進行評估時應注意特別注意個案中是否有家庭暴力或其他不適合進行調解之情形，以免弱勢一方之當事人與未成年子女在被迫協議的情形下受到傷害。最後，當法院必須對個案進行裁判之時，應考量各種資訊與其他專業意見，避免落入偏見的窠臼，參酌前述各項實體標準，以做出適切的決定。

伍、結論

父母離婚後對未成年子女之權利義務行使負擔的問題，一直都

是美國家庭法制的重要議題。經過了父權原則及幼年原則的洗禮之後，子女最佳利益原則的確立，可說是美國現代家庭法制與兒童權益運動的重要里程碑。子女最佳利益原則的意義不僅在於肯認子女具有獨立人格，以子女利益為判斷之依歸，也賦予法院相當裁量空間以做出適切的個案決定。不過，實際運作的結果，卻發現子女最佳利益原則由於明確性不足，可能造成法院任意裁判與當事人無所適從的問題。在法院的恣意，與父母濫用親權訴訟做為離婚協商籌碼的威脅之下，子女最佳利益原則的本意似乎已經被遺忘或邊緣化。為了回應此一難題，美國的學界與實務界開始了尋找替代標準的旅程。由共同監護原則、主要照顧者原則一直到美國法協會所提出的過去照顧模式原則，都致力於具體明確化子女最佳利益原則，以限縮法院主觀介入的空間。不過，這些替代標準仍各有難解的問題，而未能真正取代子女最佳利益原則。究其原因，本文認為是由於此類替代標準雖然限制了法院恣意的可能性，卻無法顧及法院在處理親權案件時必須有足夠的空間，對個案的特殊性，尤其是各種議題間錯綜複雜的關係，加以綜合評估。另一方面，為了具體落實子女最佳利益原則的要求，美國法制在程序面上的努力相當可觀，也呈現出更多的發展潛力。程序的多元化，包括協助父母解決爭議與以法院為中心的各項服務資源網絡，不僅將關切的重點由法院轉向父母子女，也強化了法院進行綜合判斷的能力。本文認為，對於子女最佳利益原則的落實而言，程序面的發展可能更加值得期待。為了更靈活運用多元的程序與資源，法院在家事案件中的角色有重新塑造的必要與趨勢，在傳統的公正裁決者之外必須兼任個案的管理者與子女利益的保護者，以真正落實子女最佳利益原則。

參考文獻

- 李宏文 (2003)。《論子女最佳利益原則》，台北大學法學系碩士論文。
(Lee, H. W. [2003]. *The best interests of the child principle*. Unpublished master's thesis, Department of Law, National Taipei University.)
- 沈冠伶 (2006)。〈親權及交付子女事件之外國裁判的承認及執行與「未成年子女最佳利益保護」原則〉，《台灣本土法學雜誌》，84: 94-105。(Shen, K. L. [2006]. The recognition and enforcement of foreign judgments on parental rights and the best interests of the child doctrine. *Taiwan Law Journal*, 84: 94-105.)
- 高鳳仙 (1985)。〈試評子女最高利益原則在美國監護法上之適用得失〉，《中美離婚法之比較研究》，頁 94-121。台北：商務。(Gau, F. S. [1985]. A review on child's best interests principle in American child custody law. In F. S. Gau, *A comparative study of Taiwan and U.S. divorce laws* [pp. 94-121]. Taipei: The Commercial Press.)
- 陳昭如 (2007)。〈發現受害者或是製造受害者？——初探女性主義法學中的受害者政治〉，殷海光基金會 (編)，《自由主義與新世紀台灣》，頁 373-420。台北：允晨文化。(Chen, C. J. [2007]. Finding or producing women as victims? Victim politics in feminist legal theories. In Ying's Foundation [Ed.], *Liberalism and the new century Taiwan* [pp. 373-420]. Taipei: Laurel.)
- 彭南元 (2007)。〈祖父母訪視孫子女所引起之爭議——以爭議解決觀點評析美國最高法院 *Troxel v. Granville* 一案之判決〉，焦興鎧 (編)，《美國最高法院重要判決之研究 2000-2003》，頁 449-496。台北：中央研究院歐美研究所。(Peng, N. Y. [2007]. Controversies involving grandparents' right of visitation: An analysis and comment on U.S. Supreme Court *Troxel v. Granville* from a conflict resolution perspective. In C. K. Chiao [Ed.], *Essays on important decisions of the U.S. Supreme Court 2000-2003* [pp.449-496]. Taipei: Institute of European and American Studies, Academia Sinica.)
- 雷文玫 (1999)。〈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〉，《台大法學論叢》，28, 3: 245-309。(Rei, W. M. [1999]. In the name of "the best interests of the Child"—A study of child custody in divorce decisions. *National*

Taiwan University Law Journal, 28, 3: 245-309.)

- 劉宏恩 (1997)。〈夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定——從英美實務看我國民法親屬篇新規定之適用〉，《軍法專刊》，43，12：24-55。(Liu, H. E. [1997]. Deciding the best interest of the child: The applications of Taiwan's new family law from the perspective of british and American experience. *The Military Law*, 43, 12: 24-55.)
- American Law Institute. (2002). *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*. New York: LexisNexis.
- Artis, J. E. (2004). Judging the best interests of the child: Judge's accounts of the tender years doctrine. *Law & Society Review*, 38, 4: 769-806.
- Barlow, B. (2005). Divorce child custody mediation: In order to form a more perfect disunion? *Cleveland State Law Review*, 52, 4: 499-525.
- Bartlett, K. T. (1999). Child custody in the 21st century: How the American Law Institute proposes to achieve predictability and still protect the individual child's best interests. *Willamette Law Review*, 35, 3: 467-483.
- Bartlett, K. T. (2000). Comparing race and sex discrimination in custody cases. *Hofstra Law Review*, 28, 4: 883-894.
- Bartlett, K. T. (2002). U.S. custody law and trends in the context of the ALI principles of the law of family dissolution. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 10, 1: 5-53.
- Blond, B. S. (1984). In the child's best interests—a better way: The case for presumptive joint custody in Missouri. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 52, 4: 567-597.
- Bow, J. N., & Quinnell, F. A. (2002). A critical review of child custody evaluation reports. *Family Court Review*, 40, 2: 164-176.
- Boxer-Macomber, L. (2003). Revisiting the impact of California's mandatory custody mediation program on victims of domestic violence through a feminist positionality lens. *St. Thomas Law Review*, 15, 4: 883-906.
- Brinig, M. F., & Buckley, F. H. (1988). Joint custody: Bonding and monitoring theories. *Indiana Law Journal*, 73, 2: 393-427.

- Bryant, W. M. (2002). Solomon's new sword: Tennessee's parenting plan, the role of attorneys, and the care perspective. *Tennessee Law Review*, 70, 1: 221-249.
- Catania, F. J. Jr. (2001). Learning from the process of decision: The parenting plan. *Brigham Young University Law Review*, 2001, 3: 857-889.
- Cohen, I. M. (1988). Postdecree litigation—Is joint custody to blame? *Family and Conciliation Courts Review*, 36, 1: 41-53.
- Crippen, G. (1990). Stumbling beyond best interests of the child: Re-examining child custody standard—Setting in the wake of Minnesota's four year experiment with the primary caretaker preference. *Minnesota Law Review*, 75, 2: 427-503.
- Crippen, G. L., & Stuhlman, S. M. (2001). Minnesota's alternatives to primary caretaker placements: Too much of a good thing? *William Mitchell Law Review*, 28, 2: 677-695.
- Dore, M. K. (2004). The friendly parent concept: A flawed factor for child custody. *Loyola Journal of Public Interest Law*, 6, 1: 41-56.
- Ducote, R. (2002). Guardians ad litem in private custody litigation: The case for abolition. *Loyola Journal of Public Interest Law*, 3, 2: 106-151.
- Emery, R. E., Laumann-Billings, L., Waldron, M. C., Sbarra, D. A., & Dillon P. (2001). Child custody mediation and litigation: Custody, contact, and co-parenting 12 years after initial dispute resolution. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 69, 2: 323-332.
- Fineman, M. (1988). Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decisionmaking. *Harvard Law Review*, 101, 4: 727-774.
- Fineman, M. (1995). *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*. New York: Routledge Press.
- Fischer, K., Vidmar, N., Ellis, R. (1993). The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases, *SMU Law Review*, 46, 4: 2117-2174.
- Foster, H. H., & Freed, D. J. (1972). A bill of rights for children. *Family Law Quarterly*, 6, 3: 343-376.
- Gagnon, A. G. (1992). Ending mandatory divorce mediation for bat-

- tered women. *Harvard Women's Law Journal*, 15, 1: 272-294.
- Gardner, R. A. (1982). Joint custody is not for everyone. *Family Advocate*, 5: 7-9.
- Gibbons, K. (2006). The ties that bind: Why Texas should adopt a presumption that relocation is not in the best interest of the child. *Texas Wesleyan Law Review*, 12, 2: 555-584.
- Graham, K. (2001). How the ALI child custody principles help eliminate gender and sexual orientation bias from child custody determinations. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 8, 1: 323-331.
- Greenberg, J. G. (2005). Domestic violence and the danger of joint custody presumptions. *Northern Illinois University Law Review*, 25, 3: 403-431.
- Grillo, T. (1991). The mediation alternative: Process dangers for women. *Yale Law Journal*, 100, 6: 1545-1610.
- Hazlewood, M. E. (2004). The new Texas Ad Litem Statutes: Is it really protecting the best interest of minor children? *St. Mary's Law Journal*, 35, 4: 1035-1702.
- Henry, R. K. (1994). "Primary caretaker": Is it a ruse? *Family Advocate*, 17: 53-56.
- Jacobs, S. B. (1997). The hidden gender bias behind "the best interest of the child" standard in custody decisions. *Georgia State University Law Review*, 13, 3: 845-901.
- Johnston, J. R. (2005). Children of divorce who reject a parent and refuse visitation: Recent research and social policy implications for the alienated child. *Family Law Quarterly*, 38, 4: 757-775.
- Kay, H. H. (2002). No-fault divorce and child custody: Chilling out the gender wars. *Family Law Quarterly*, 36, 1: 27-47.
- Kelly, J. B. (2002). Psychological and legal interventions for parents and children in custody and access disputes: Current research and practice. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 10, 1: 129-163.
- Kelly, J. B. (2005). Developing beneficial parenting plan models for children following separation and divorce. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 19, 2: 237-254.
- Levmore, S. (1998). Joint custody and strategic behavior. *Indiana Law*

- Journal*, 73, 2: 429-439.
- Lidman, R. C., & Hollingsworth, B. R. (1998). The guardian ad litem in the child custody cases: The contours of our judicial system stretched beyond recognition. *George Mason Law Review*, 6, 2: 255-306.
- Maccoby, E. E., & Mnookin, R. H. (1992). *Dividing the child—Social and legal dilemmas of custody*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Martindale, D. A. (2007). Model standard of practice for child custody evaluation. *Family Court Review*, 45, 1: 70-90.
- Mason, M. A. (1994). *From father's property to children's rights: The history of child custody in the United States*. New York: Columbia Press.
- Mason, M. A. (1999). *The custody wars: Why children are losing the legal battle and what we can do about it*. New York: Basic Books Press.
- Mercer, K. L. (1988). A content analysis of judicial decision-making—How judges use the primary caretaker standard to make a custody determination. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 5, 1: 1-148.
- Mnookin, R. H., & Kornhauser, L. (1979). Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce. *Yale Law Journal*, 88, 5: 950-997.
- Murray, T. H. (1996). *The worth of a child*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Peskind, S. N. (2005). Determining the undeterminable: The best interest of the child standard as an imperfect but necessary guidepost to determine child custody. *Northern Illinois University Law Review*, 25, 3: 449-482.
- Pollet, S. L., & Lombreglia, M. (2008). A nationwide survey of mandatory parent education. *Family Court Review*, 46, 2: 375-390.
- Ramsey, S. H. (2001). Constructing parenthood for stepparents: Parents by estoppel and de facto parents under the American Law Institute's principles of the law of family dissolution. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 8, 1: 285-301.
- Rhode, D. L. (1989). *Justice and gender: Sex discriminations and the*

- law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Schafran, L. H. (1990). Gender and justice: Florida and the nation. *Florida Law Review*, 42, 1: 181-208.
- Schepard, A. (2005). Mental health evaluations in child custody disputes. *Family Court Review*, 43, 2: 187-190.
- Schneider, E. (1986). The dialectic of rights and politics: Perspectives from the women's movement. *New York University Law Review*, 61, 4: 589-652 .
- Schulman, J. & Pitt, V. (1982). Second thoughts on joint custody: Analysis of legislation and its implications for women and children. *Golden Gate University Law Review*, 12, 3: 538-43.
- Singer, J. B., & Reynolds, W. L. (1998). A dissent on joint custody, *Maryland Law Review*, 47, 2: 497-523.
- Ver Steegh, N. (2005). Differentiating types of domestic violence: Implications for child custody. *Louisiana Law Review*, 65, 4: 1379-1429.
- Wagner, D. M. (2001). Balancing "parents are" and "parents do" in the supreme court's constitutionalized family law: Some implications for the ALI proposals on de facto parenthood. *Brigham Young University Law Review*, 2001, 3: 1175-1187.
- Wallace, M. H. (2007). Child support savings account: An innovated approach to child support enforcement. *North Carolina Law Review*, 85, 4: 1155-1192.
- Williams, G. I. (2005). Looking at joint custody through the language and attitude of attorneys. *Justice System Journal*, 26, 1: 1-31.
- Woodhouse, B. B. (2002). Talking about children's rights in judicial custody and visitation decision-making. *Family Law Quarterly*, 36, 1: 105-133.
- Yaeger, K. (2005). An examination of relocation law in Massachusetts, Connecticut, and Rhode Island: Successful trends toward determining the best interests of the child. *Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy*, 10, 2: 153-172.
- Zapata, R. (2003). Child custody in Texas and the best interest standard: In the best interest of whom? *Scholar: St. Mary's Law Review on Minority Issues*, 6, 1: 197-217.

Resolving Child Custody Disputes after Divorce — The Development of the Best Interest of the Child Doctrine in America

Li-Ju Lee

School of Law, Department of Financial & Economic Law,
ChungYuan Christian University
No. 200, Chung Pei Rd., Chung Li, Taoyuan 32023, Taiwan
E-mail: lijulee@cycu.edu.tw

Abstract

The problem of child custody after divorce is one of the most important yet difficult issues in American family law. Since the 1970s, the “Best Interest of the Child” doctrine has been guiding courts in determining custody cases in the United States. The BIC doctrine is reflective of social and legal commitments to promote the welfare of children. However, the BIC doctrine is criticized heavily for being vague, and thereby permitting arbitrary judicial decisions in the name of the interests of the children.

Discontent with the BIC doctrine, the American legal community has begun looking for another test to clarify or even replace the troubled doctrine. This essay argues that the proposed alternative tests do not live up to expectations because they fail to resolve the problem of vagueness while raising still more questions regarding the interests of the child. The essay also suggests that an effort to build a court-centered mechanism, with various procedures and services, would seem to be a more plausible approach.

Key Words: the best interest of the child, friendly parent provision, joint custody, primary caretaker preference, past care-taking standard