憲法法庭判決

111 年憲判字第 8 號

聲 請 人 甲○○
訴訟代理人 劉繼蔚律師
 聶瑞瑩律師
 高肇成律師

上列聲請人認最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事確定終局裁定等牴觸憲法，聲請裁判憲法審查，本庭判決如下：

主 文

- 一、最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定牴觸憲法，應予廢棄，發回最高法院。 1
- 二、其餘聲請不受理。 2

理 由

壹、相關事實及當事人、關係人陳述要旨【1】 1

一、相關事實【2】 2

- (一) 聲請人甲○○與關係人義大利籍之乙○○無婚姻關係而於中華民國 103 年 2 月 4 日在臺灣生有一女丙○○，由雙方共同行使或負擔對於丙○○之權利義務，嗣甲○○同意乙○○得於 106 年 12 月 20 日至 107 年 1 月 10 日之期間，帶同丙○○至義大利。然乙○○提前於 106 年 12 月 12 日即帶同丙○○至義大利，甲○○亦於同日向臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）請求改定對於丙○○權利義務之行使或負擔，由甲○○獨任之（由同法院 107 年度家親聲字第 212 號受理），並於 107 年 1 月 3 日向臺北地院聲請禁止乙○○將丙○○攜帶出境及將丙○○交付予甲○○之暫時處分。上開暫時處分聲請案，經臺北地院 107 年度家全字第 2 號民事裁定禁止乙○○於改定親權之本案撤回、和解或裁定確定前，在未經甲○○同意下將丙○○攜出或送出境，駁回甲○○其餘聲請。乙○○就該暫時處分裁定不利之部分提起抗告，經臺北地院 107

年度家聲抗字第 17 號民事裁定駁回抗告，乙○○再為抗告，經最高法院 107 年度台簡抗字第 289 號民事裁定廢棄二審裁定並發回臺北地院更為裁定，臺北地院以 108 年度家聲抗更一字第 1 號民事裁定廢棄第一審裁定（107 年度家全字第 2 號），改為駁回甲○○於第一審之聲請，甲○○不服再為抗告，經最高法院 109 年度台簡抗字第 82 號民事裁定駁回再抗告而確定。【3】

- (二) 乙○○就前開改定對於丙○○權利義務之行使負擔事件，亦 4
於 108 年 3 月 19 日向臺北地院聲請暫時處分（即本件憲法審查聲請案之原因案件），經臺北地院於 108 年 10 月 31 日以 108 年度家暫字第 46 號民事裁定（下稱系爭裁定一）：「（一）甲○○應將未成年子女丙○○交付乙○○。（二）於臺北地院 107 年度家親聲字第 212 號改定親權之一審裁定前，乙○○得攜未成年子女丙○○出境至義大利同住。（三）甲○○得自交付未成年子女丙○○後，在子女住義大利期間，每半年與子女在臺灣同住二週，日期由兩造自行協議定之，子女之機票費用由二造各負擔二分之一。（四）未成年子女丙○○住義大利期間，甲○○得於不影響子女日常作息下，與子女以書信，通訊軟體或電話等方式聯絡。（五）其餘聲請駁回。」甲○○對此裁定提出抗告，經臺北地院於 110 年 10 月 27 日以 108 年度家聲抗字第 122 號民事裁定（下稱系爭裁定二）駁回抗告。甲○○再為抗告，經最高法院於 111 年 2 月 23 日以 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定（下稱系爭裁定三，為確定終局裁定）駁回再抗告確定。【4】
- (三) 甲○○復向臺北地院聲請暫時處分（第二次聲請），請求禁 5
止乙○○未經甲○○同意，不得攜帶或使第三人攜帶未成年子女丙○○出境，經臺北地院 110 年度家暫字第 164 號民事裁定（下稱系爭裁定四）駁回聲請。甲○○不服提起抗告，經臺北地院 110 年度家聲抗字第 86 號民事裁定（下稱系爭裁定五）

駁回抗告。甲○○再為抗告，經最高法院 111 年度台簡抗字第 32 號民事裁定（下稱系爭裁定六）駁回再抗告確定。【5】

（四）有關非屬本件憲法審查範圍之改定親權之本案，甲○○於 106 年 12 月 12 日向臺北地院請求改定對於丙○○權利義務之行使或負擔，由甲○○單獨任之；嗣於 109 年 4 月 16 日變更聲明為聲請酌定兩造所生子女丙○○權利義務行使及負擔，應由甲○○與乙○○在臺灣共同任之；乙○○則於 107 年 2 月 1 日提起反聲請，請求酌定未成年子女丙○○權利義務之行使負擔，由乙○○單獨任之。經同法院合併審理後，於 111 年 1 月 6 日以 107 年度家親聲字第 212 號民事裁定：「一、對於兩造之未成年子女丙○○權利義務之行使或負擔，改由乙○○單獨任之。二、甲○○之聲請駁回。三、聲請費用及反聲請費用（含程序監理人報酬）均由甲○○負擔。」甲○○對此裁定抗告，目前由抗告法院審理中。【6】

二、聲請人及關係人陳述之要旨【7】

（一）聲請人陳述要旨【8】

系爭裁定一引用西元 1980 年國際兒童誘拐之民事責任公約（下稱國際兒童誘拐公約）及 1996 年父母保護子女責任之管轄權、準據法、承認、執行與合作公約，作為我國裁判之法理，違反權力分立之憲法原則。改定未成年子女權利義務行使負擔事件中，子女最佳利益原則應優先於不友善父母原則，而子女最佳利益原則首應重視子女之意願，然法官於系爭裁定一至六所進行之程序中俱未曉諭未成年子女該裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會，且未調查丙○○於義大利之生活狀況而逕為裁定，顯已違反憲法正當法律程序，且侵害聲請人會面交往之親權及牴觸憲法維護未成年子女丙○○最佳利益及訴訟權保障之意旨而違憲等語。【9】

（二）關係人乙○○陳述要旨【10】

系爭裁定三已使未成年子女表達意願及陳述意見，又未成年子女之意願是否面臨忠誠議題，甚而已遭離間，係法院基於未成年子

女最佳利益應審慎評估者，系爭裁定三已為未成年子女之最佳利益而為綜合判斷，且所適用之家事事件法（下稱家事法）雖於暫時處分部分，未設有未成年子女陳述意見之規定，惟考量暫時處分之急迫性及未成年子女保護等重大公益，且同法於抗告程序另設有陳述意見規定，又家事事件審理細則中亦就未成年子女之表意權有所保障，是系爭裁定三及所適用之家事法，均未違反兒童權利公約第 3 條、第 9 條、家事法第 108 條、家事事件審理細則第 107 條、憲法第 156 條等規定。再者兒童權利公約第 5 號一般意見書中，另有鼓勵締約國批准其他主要國際人權文書之清單，其中包含國際兒童誘拐公約，故國際兒童誘拐公約應得作為我國法院處理相關問題時之法理。【11】

貳、受理要件之審查【12】

12

一、憲法訴訟法第 59 條第 1 項之確定終局裁判，包含本案及非本案裁判【13】

13

人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項定有明文。按法院所為之民事裁判，固有針對當事人請求事項所為之本案判決與本案裁定，以及針對前開事項以外之其他程序事項所為之裁判（非本案判決或非本案裁定）之區別。然無論何者，均為法院將抽象之法規範（實體法或程序法），宣示於個案之結果，法院所宣示之裁判結果，即為該個案所適用之法律之具體化，所謂「權利是主觀化的法律，法律是客觀化的權利」，即為此義。本案裁判，係直接宣示當事人或關係人應承受之具體權利義務或法律效果，固為此之裁判，即使為非本案裁判，亦有宣示當事人或關係人應承受具體權利義務或法律效果者，或僅就該事件之程序事項為裁判者，然無論何者，均對於當事人或關係人之實體上或程序上權益，發生一定之法律效果或影響。此等使當事人、關係人承受具體權利義務或法律效果或使當事人、關係人程序上權益受影響之裁判，如係確

14

定終局裁判，即為宣示就該裁判事項，其具體應適用之法律為何，並不因其為本案裁判或非本案裁判而異，其是否違背憲法，自均應受憲法審查。是憲訴法第 59 條第 1 項所稱之確定終局裁判，並不限於本案裁判，即使為非本案之裁定，如屬已盡審級救濟之確定終局裁判，亦包含在內。【14】

二、依家事法所為暫時處分裁定，如已盡審級救濟，得為裁判憲法
審查客體【15】 15

依家事法第 85 條第 1 項本文、第 3 項及司法院依同條第 5 項規
定所發布之家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 7 條規定，法
院就父母對於未成年子女權利義務之行使、負擔之家事非訟事件，
得為之暫時處分類型，包含為保全家事金錢債權、特定標的物將來
強制執行之暫時處分（假扣押、假處分）及就爭執之法律關係，為
防止發生重大之損害或避免急迫之危險或其他相類之情形而有必
要，所為之定暫時狀態之暫時處分。此等暫時處分之裁定，均對家
事非訟事件之當事人或關係人之權益有所影響，自屬憲訴法第 59 條
第 1 項所稱之裁判。又暫時處分之裁定，一經法院為之，就該裁定
事項即結束審級，因裁定而權利受侵害之關係人，如有不服，僅得
為抗告（家事法第 91 條及第 92 條規定參照），故為終局裁定。如
該暫時處分之裁定為已盡審級救濟之確定裁定，即得為裁判憲法審
查之客體。【16】 16

三、系爭裁定三之裁判憲法審查，應予受理【17】 17

（一）系爭裁定三為確定終局裁定【18】 18

聲請人對系爭裁定一提起抗告，經系爭裁定二以抗告無理由駁
回，聲請人復對系爭裁定二為再抗告，經系爭裁定三以再抗告無理
由駁回，是應以系爭裁定三為確定終局裁定。系爭裁定三為關於交
付未成年子女之暫時處分之確定終局裁定，依前述一，符合憲訴法
第 59 條第 1 項所稱之確定終局裁判之要件。【19】 19

（二）系爭裁定三之裁判憲法審查，應予受理【20】 20

人民聲請裁判憲法審查案件，於具憲法重要性，或為貫徹聲請 21

人基本權利所必要者，受理之，憲訴法第 61 條第 1 項定有明文。系爭裁定三涉及法院為跨國父母交付未成年子女之暫時處分時，如何根據憲法課予國家對兒童之保護義務規定，判斷未成年子女之最佳利益，以及於此程序中，是否應給予未成年子女如何之陳述意見機會，始符憲法正當程序要求等基本權。又此等問題於往後案件均可能一再發生，且無法從憲法規定文字直接獲得解答，是有澄清必要，因而具憲法重要性。再者，法院酌定或改定父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔之程序，或於此程序中所為交付子女之暫時處分程序，固不必出於父母一方之聲請(民法第 1069 條之 1 準用第 1055 條規定參照)，惟一旦發動該程序，父母及該未成年子女，即為該程序之實質當事人(家事法第 97 條準用非訟事件法第 10 條規定參照)。於父、母之一方對於確定終局裁定聲請憲法審查者，該未成年子女應受憲法保障之基本權，亦在審查範圍內。本件裁判憲法審查聲請，除涉及聲請人受憲法保障之親權外，亦涉及未成年子女丙○○受憲法保障之人格權及人性尊嚴之基本權利。【21】

從而，系爭裁定三憲法審查之聲請，符合憲訴法第 59 條第 1 項 22
及第 61 條第 1 項之規定，應予受理。【22】

四、系爭裁定六之憲法審查聲請，應不受理【23】 23

聲請人另聲請宣告系爭裁定四、五及六違憲部分，查聲請人對 24
系爭裁定四提起抗告，經系爭裁定五以抗告無理由駁回，聲請人復
對系爭裁定五為再抗告，經系爭裁定六以再抗告無理由駁回，是應
以系爭裁定六為確定終局裁定。經核系爭裁定六，法院係駁回聲請
人暫時處分之聲請，對於聲請人或關係人權利義務之現狀，尚不生
影響，依憲訴法第 15 條第 2 項第 7 款規定，應不受理。【24】

參、形成主文第 1 項之法律上意見【25】 25

一、系爭裁定三關於未成年子女最佳利益之判斷，與憲法保障未成 26
年子女人格權及人性尊嚴之意旨，有所抵觸【26】

(一)系爭裁定三之判斷【27】 27

系爭裁定三認為：「原法院以：丙○○由兩造約定共同監護， 28

甲○○前已同意乙○○於106年12月20日至107年1月10日期間帶同丙○○返回義大利，雖乙○○提前於106年12月12日即帶同丙○○出境，惟難認有何不法考量，甲○○於兩造約定返臺日即107年1月10日前之同年月3日即向臺北地院聲請暫時處分（107年度家全字第2號），已與其同意內容有違。至乙○○雖於107年1月10日後仍與丙○○留滯義大利，然兩造仍互有訊息往來聯繫，甲○○為達帶同丙○○返臺之目的，利用乙○○善意配合其赴義大利探視丙○○之機會，以丙○○護照遺失為由，向我國駐義大利代表處申請補發後，逕於108年1月20日攜其返臺，不應被鼓勵。審酌丙○○在義大利、臺灣均能適應良好，兩造與丙○○之親子聯繫及家族系統之支持均佳，有義大利心理醫師出具之訪視報告及照片等可稽，並丙○○在義大利已生活1年，適應良好，義大利已屬其之新慣居地，又兩造關於親權行使方式意見不一，對立嚴重，甲○○曾將審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於丙○○影片，確有以暫時處分訂立依循之急迫性與必要性。因而維持臺北地院所為系爭處分，裁定駁回甲○○之抗告。經核並無適用法規顯有錯誤。」【28】

（二）憲法法庭與各級法院之分工【29】

按法律之解釋與適用，包括事實之認定與構成要件之涵攝，其正確與否，一般而言係屬各級法院及其審級救濟之權責，原則上應不受憲法法院之審查。憲法法院僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。如何判斷是否構成違憲，難有如水晶般透明之標準，基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地，俾能顧及個案特殊情況所需。惟一般而言，當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。至訴訟程序中之指揮進行，原則上屬各級法院權責，惟

若違反憲法正當法律程序之要求者，亦應同受裁判違憲審查。【30】

(三) 維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成年子女人格權及
人性尊嚴之重要內涵【31】

人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維
護人性尊嚴關係密切，應受憲法第 22 條保障。為保護兒童及少年之
身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第 156
條規定參照），應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護
教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障
兒童及少年人格權之要求（司法院釋字第 664 號及第 689 號解釋參
照）。維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成年子女人格權及
人性尊嚴之重要內涵，凡涉及未成年子女之事件，因未成年子女為
承受裁判結果之主體，無論法院所進行之程序或裁判之結果，均應
以未成年子女最佳利益為最優先之考量。又父母與未成年子女間之
親權關係，同受憲法之保障，維持父母與未成年子女間之親權關係，
原則上亦符合未成年子女最佳利益。【32】

(四) 判斷未成年子女最佳利益，應審酌一切有利與不利之因素
【33】

法院酌定父母對於未成年子女權利義務之行使、負擔時，應依
子女之最佳利益，審酌一切情狀，除參考社工人員之訪視報告等外，
尤應注意子女之年齡、性別、人數、健康情形；子女之意願及人格
發展之需要；父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生
活狀況；父母保護教養子女之意願及態度；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；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等情形（民法第 1055 條之 1
規定參照）。所謂「未成年子女之最佳利益」屬不確定之法律概念，
並無明確、具體且固定不變之判斷標準，應由法院於具體個案中，
先查明一切對未成年子女有影響之有利或不利之因素（例如從尊重
子女意願原則、幼兒從母原則、繼續性原則、子女與父母同性別原
則、手足不分離原則、父母適性比較衡量原則、主要照顧者原則、

善意父母原則、家庭暴力行為人受不利推定原則等及其他因素，判斷何者對未成年子女有利，何者不利，以及該有利或不利之程度如何等），再綜合衡量各項有利或不利之因素及其影響程度，判斷未成年子女之最佳利益。【34】

（五）法院為交付未成年子女之暫時處分，亦應以子女最佳利益為前提【35】 35

家事非訟事件之暫時處分，係為因應本案裁定確定前之緊急狀況，避免本案請求不能或延滯實現所生之危害，所採取之暫時性處置。於酌定或改定父母對於未成年子女權利義務之行使負擔事件，法院所為交付子女之暫時處分，性質上屬於定暫時狀態之暫時處分。雖暫時處分之結果，並不影響本案之最終判斷，惟法院一旦為此暫時處分，則於暫時處分有效之期間內，即發生父或母間，應單獨或共同行使或負擔對於未成年子女之權利義務之效果，某程度雖會影響父母親權之行使，但對於未成年子女而言，除非法院另為禁止出境之處分，否則可能發生應隨父或母生活之結果而有重大影響。此於跨國父母間交付子女之暫時處分，更可能因此改變其語言、生活習慣、學校教育及人際關係等生活環境，對未成年子女之影響尤甚，故法院自應本於未成年子女最佳利益之前提，而為暫時處分（家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第7條第2項規定參照）。又交付子女之暫時處分，雖為因應緊急狀況下所為暫時性之必要措置，法院為審酌未成年子女最佳利益所為之調查，未必能如酌定或改定親權之本案一般，有較充裕時間進行嚴格程序及詳細調查，但鑑於交付子女之暫時處分，對未成年子女有前述重大影響，故法院仍應依事件具體情形，於客觀情況所允許下，盡量調查相關資料，不得以暫時處分並非本案裁判，而將有關判斷未成年子女最佳利益之因素，一概置之不論。【36】 36

（六）尊重未成年子女之意願，係保障未成年子女最佳利益之重要原則【37】 37

按基於憲法保障未成年子女之人格權與人性尊嚴，法院於處理 38

有關未成年子女之事件，應基於該未成年子女之主體性，尊重該未成年子女之意願，使其於相關程序陳述意見，並據為審酌判斷該未成年子女最佳利益之極重要因素。【38】

又我國雖非聯合國 1989 年兒童權利公約（適用於未滿 18 歲之 39
未成年人）之締約國，但已於 103 年公布兒童權利公約施行法，明
定：「公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法
律之效力。」「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨
及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋。」（同法第 2 條及第 3 條
規定參照），而依該公約第 12 條第 1 項規定：「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其
意見，其所表示之意見應依其年齡及成熟度予以權衡。」因此，僅
簡單聽取兒童意見尚非足夠，於兒童有能力形成自己之意見時，必
須認真考慮其意見，並說明對其意見是如何考慮，以免聽取兒童意
見流於形式（2009 年兒童權利委員會第 51 屆會議通過，兒童權利公
約第 12 號一般性意見書「兒童表達意見之權利」第 28 點及第 45 點
參照）。【39】

（七）跨國父母交付子女事件之暫時處分，繼續性原則（或維持現 40
狀原則）亦為判斷未成年子女最佳利益之重要原則【40】

按維持未成年子女於固定環境穩定成長，避免因成長環境變 41
動，產生身心適應問題，對未成年子女身心健全發展有極重要利益。
故法院於酌定或改定由跨國父母之一方行使或負擔對於未成年子女
權利義務時，即應特別考慮因慣居地之改變，未成年子女所必須面
臨適應改變後之語言、生活習慣、學校教育及人際關係等問題，作
為判斷未成年子女最佳利益之重要因素。我國雖非國際兒童誘拐公
約（適用於未滿 16 歲之未成年人）之締約國，無從適用該公約有關
締約國間應迅速返還兒童之相關程序，然參諸該公約避免兒童被帶
離其慣居地，以及兒童被拐帶後，兒童已適應於新慣居地，或兒童
已表達拒絕返回原居地之意願者，仍避免違反兒童意願將其帶離新
慣居地（公約第 3 條第 1 項、第 4 條、第 12 條第 2 項及第 13 條第 2

項規定參照)之規定，益見繼續性原則及兒童意願已為定跨國父母交付未成年子女事件，國際公約所共認應特別考慮之原則。【41】

於法院為跨國父母交付子女事件之暫時處分時，因暫時處分僅為本案裁判前，為因應緊急狀況下所為暫時性之必要措置，從而除非基於十分急迫而強烈之必要性（例如現居地之父或母，有虐待、傷害未成年子女，或該父或母失去照護未成年子女之能力，暫時無法恢復，或該現居地發生疫情、戰爭等重大事故，致未成年子女必須暫時性離開現居地等），不能率爾違反繼續性原則甚至違反未成年子女之意願，迫使未成年子女於本案裁定確定前「暫時」離開其原慣居地而移居至他國，否則除對父母親權之行使有所影響外，亦違反憲法保障未成年子女最佳利益之意旨，構成對未成年子女人格權及人性尊嚴之侵害。【42】

(八)系爭裁定三就尊重未成年子女意願及繼續性原則，有應審酌而未審酌之情形，抵觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨【43】

1.就尊重未成年子女之意願言，依系爭裁定一、二之內容觀之，均無審酌丙○○意願之記載。雖系爭裁定二已調取臺灣臺中地方法院109年度司執字第11967號執行事件之筆錄，惟其所審酌者，係「甲○○與乙○○就親權行使方式意見不一、對立嚴重，甲○○並曾將上開審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於未成年子女影片」之事實，而非丙○○之意願。系爭裁定一、二作成時，丙○○已居住臺灣，年齡分別為5歲8月及7歲8月，自應使其有於法庭內、外陳述意願之機會，俾審酌其意見。惟系爭裁定一、二均未使丙○○有陳述意願之機會，亦未說明審酌丙○○意見之情形，即裁定命甲○○必須將丙○○交付乙○○，就未成年子女最佳利益之判斷，明顯有應審酌未成年子女意願而未審酌之情形。【44】

2.就繼續性原則之判斷言，依系爭裁定一、二所認定之事實，自乙○○於106年12月12日將丙○○帶至義大利起，至甲○○於108年1月20日復將丙○○帶返臺灣為止，丙○○居住義大利之期間約1

年，自甲○○於 108 年 1 月 20 日將丙○○由義大利帶返臺灣起，至系爭裁定二於 110 年 10 月 27 日駁回甲○○之抗告止，丙○○居住臺灣之期間約 2 年 9 月（至系爭裁定三於 111 年 2 月 23 日裁定止，居住臺灣之期間約 3 年 1 月），其於義大利及臺灣之生活及就學適應均佳。依此事實，丙○○居住臺灣之期間遠較居住義大利為長，其於臺灣之生活及就學適應亦佳，臺灣可否認為已成丙○○之新慣居地？事涉甲○○應否將丙○○交付乙○○，讓丙○○暫時隨乙○○移居義大利之重大改變，自為法院於判斷丙○○最佳利益時所應審酌之事項。尤其因丙○○年紀漸長，對居住地之改變，更可能有適應之問題，從而使丙○○暫時離開居住生活及就學適應亦佳之臺灣，而移居至義大利，是否符合丙○○最佳利益？為法院所應審慎審酌之事項。然系爭裁定二維持系爭裁定一之見解，仍認為居住 1 年之義大利為丙○○之新慣居地，就已居住 2 年 9 月，且生活及就學適應亦佳之臺灣，是否已為丙○○之新慣居地，並未有所審酌，應認於未成年子女最佳利益之判斷上，有應審酌而未審酌之事項，與憲法維護未成年子女最佳利益之意旨，有所不符。【45】

何況系爭裁定二維持系爭裁定一所為之交付子女之暫時處分，⁴⁶為本案裁判前之暫時性必要措置，除非基於十分急迫而強烈之必要性，不能僅基於暫時性考量，違反繼續性原則，迫使未成年子女離開其原慣居地而移居至他國，否則除對父母親權之行使有所影響外，亦可能因法院裁判見解不同，致未成年子女輾轉移居於不同國家，違反憲法保障未成年子女最佳利益之意旨，構成對未成年子女人格權及人性尊嚴之侵害，已如前述。而系爭裁定二固載：「綜上所述，兩造就未成年子女之權利義務行使負擔既仍由本院審理中（107 年度家親聲字第 212 號），且參卷附臺灣臺中地方法院 109 年度司執字第 11967 號執行筆錄，抗告人與相對人就親權行使方式意見不一、對立嚴重，抗告人並曾將上開審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於未成年子女影片，是本件確有經法院以暫時處分訂立依循之急迫性與必要性。」然解決丙○○父母雙方就親權行

使方式意見不一、對立嚴重，是否應從如何使父母雙方均體認並實踐以丙○○最佳利益為前提，理性討論解決方案，避免因父母就親權行使方式意見不一、對立嚴重，造成對丙○○之傷害著手，而非以無辜之丙○○暫時離開其臺灣現居地而移居義大利為必要方法？縱然使丙○○暫時離開臺灣而移居義大利，是否真能消彌其父母雙方因嚴重對立而對未成年子女不利之影響？又甲○○曾將上開審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於丙○○影片，是否已達對於丙○○造成虐待、傷害或已不適合行使或負擔對於丙○○之權利義務之狀態，而有立即使丙○○暫時離開臺灣之必要性？等，均為法院以未成年子女丙○○最佳利益考量為前提，判斷應否為將丙○○交付予乙○○之暫時處分時，所應審酌之事項。然系爭裁定二就前開事項，亦未見審酌，即為命甲○○應將丙○○交付乙○○之暫時處分，且未禁止乙○○將丙○○帶回義大利，就未成年子女最佳利益之判斷上，有應審酌而未予審酌之情形，且聲請人原得與乙○○在臺灣共同行使負擔對於丙○○之權利義務，亦變為暫時由乙○○單獨為之，其親權之行使因而受影響。【46】

3.依上述 1、及 2、之理由，系爭裁定二就尊重未成年子女意願及繼續 47
性原則等攸關未成年子女丙○○最佳利益之判斷，有應予審酌而未予審酌之情形，牴觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，並因而影響聲請人親權之行使。系爭裁定三依法應對於系爭裁定二是否違背憲法，進行審級監督及審查，於系爭裁定二之判斷違背憲法時，予以廢棄，俾發揮審級制度之功能，並使憲法之意旨得落實於具體個案。然系爭裁定三就系爭裁定二關於未成年子女丙○○最佳利益之判斷，有如上應予審酌而未予審酌之情形仍予維持，所持見解，亦與憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，有所牴觸。【47】

二、系爭裁定三就未成年子女意見陳述權之判斷，亦與憲法正當法 48
律程序之保障，有所牴觸【48】

(一)系爭裁定三之判斷【49】 49

系爭裁定三認為：「按暫時處分之抗告，抗告法院為裁定前， 50
應使關係人有陳述意見之機會。但抗告法院認為不適當者，不在此
限，家事事件法第 91 條第 4 項定有明文。又法院使未成年子女有表
達意願或陳述意見之機會，應依子女年齡等不同情況，以適當方式
為之，非必於法庭內，親自聽取其意見。次按法院核發前項暫時處
分，應審酌未成年子女之最佳利益，並應儘速優先處理之。家事非
訟事件暫時處分類型及方法辦法第 7 條第 2 項亦有明文。查臺北地
院於系爭事件已選任程序監理人王儷穎、林欣儀，以保障丙○○之
權益，又調閱丙○○於臺北（按：應為臺中之誤）地院 109 年度司
執字第 11967 號相對人聲請交付子女強制執行事件中之陳述（見原
審卷(二)第 277 至 278 頁），綜合兩造之陳述，及義大利心理醫師出
具之訪視報告及丙○○之生活照片，縱未於法庭內詢問丙○○，尚
難認有何違反上開規定之情形。」【50】

（二）有關未成年子女之家事非訟程序，均應使未成年子女有陳述 51
意見之機會【51】

尊重未成年子女人格獨立與主體性，為憲法保障未成年子女身 52
心健全發展之重要內涵，已如前述。因此，於有關定對於未成年子
女權利義務之行使負擔之家事非訟程序，應基於尊重未成年子女程
序主體性，使未成年子女有陳述意見之機會，此不但為憲法所保障
審酌未成年子女最佳利益之正當法律程序，且已為我國現行法律所
普遍採行（例如家事法第 76 條及第 77 條第 1 項第 2 款、第 108 條
第 1 項、第 110 條第 2 項、第 113 條、民法第 1089 條第 3 項及第 1097
條第 3 項規定等）。法院使未成年子女陳述意見時，應依其年齡及
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（家事法第 108 條規定參照）。【52】

申言之，有關定對於未成年子女權利義務之行使負擔之家事非 53
訟程序，只須未成年子女有表達意見之能力，客觀上亦有向法院表
達意見之可能，法院即應使其有表達之機會，俾其意見有受法院審

酌之機會。又意見陳述權係基於未成年子女之程序主體權而來，非未成年子女有表達意見之義務，如未成年子女拒絕表達，仍應尊重未成年子女之決定。再者，使未成年子女陳述意見，非僅簡單聽取其意見，於未成年子女有形成自己之意見時，必須認真考慮其意見，並說明對其意見是如何考慮，以免聽取其意見流於形式（其餘參閱參、一、（五）之說明）。【53】

（三）法院為交付子女之暫時處分裁定前，應使未成年子女有陳述意見之機會【54】 54

家事非訟事件之暫時處分，係為因應本案裁定確定前之緊急狀況，避免本案請求不能或延滯實現所生之危害，所採取之暫時性處置，包含以保全日後強制執行為目的之處置（假扣押或標的物假處分性質之暫時處分）及定相對人應為給付或實現本案內容之暫時處分（定暫時狀態之暫時處分）。又暫時處分事件，亦屬家事非訟事件，有關家事非訟程序應有之程序保障，有時固應依暫時處分之類型，適度調整，例如其中以保全日後強制執行為目的之處置，經常須顧及密行性，不適用家事法第75條至第77條有關暫時處分前應通知相對人並使其有陳述意見機會之規定（家事法第186條第2項準用強制執行法第132條第1項規定參照）。然於定暫時狀態之暫時處分，因具有定法律關係狀態甚至命為給付之效力，對利害關係人之權利義務將發生立即改變，除法院認為不適當者外，自應於裁定前，依家事法第75條至第77條規定通知相對人及利害關係人，並使其有陳述意見機會（另民事訴訟法第538條第4項規定參照）。【55】 55

法院酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，命為交付未成年子女之處分者，法院於裁定前，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（家事法第108條第1項規定參照）。於酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行 56

使或負擔之本案，為命交付子女之暫時處分者，性質上為定暫時狀態之處分，有實現本案之功能，且基於未成年子女仍為該程序之主體，自應依前開規定，於暫時處分前使未成年子女有陳述意見之機會。又法院「使」未成年子女陳述意見，係於審理法院主導下，於法庭內、外向審理法院為之，使其所陳述之意見得受審理法院直接聽取，其目的除在保障未成年子女程序主體權外，並有落實直接審理主義，使審理法院能曉諭裁判結果之影響，直接聽取未成年子女之陳述，以解明事件全般狀況，而得為未成年子女最佳利益之暫時處分功能，此一功能並非調取未成年子女於程序外之陳述內容所得取代。又程序監理人係為受監理人之利益為一切程序行為之人，乃獨立於受監理人以外之程序參與者，其雖可為未成年子女之利益陳述意見，但不得因法院已選任程序監理人，或程序監理人已為陳述，即可取代未成年子女之陳述。換言之，於未成年子女有陳述意見之能力時，應使未成年子女有陳述意見之機會，此時雖不排除程序監理人亦陳述意見，但非謂法院得以程序監理人之意見陳述，取代未成年子女之意見陳述，此乃基於未成年子女程序主體權之當然結論。【56】

（四）就交付未成年子女之暫時處分之抗告程序，仍應使未成年子女有陳述意見之機會【57】 57

暫時處分之抗告，抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。但抗告法院認為不適當者，不在此限，家事法第 91 條第 4 項定有明文。其立法意旨當在保障聲請人、相對人或利害關係人之程序利益，並使抗告法院能判斷原裁定之當否（民事訴訟法第 528 條規定立法理由參照）。就交付子女之暫時處分言，因其性質為定暫時狀態之暫時處分，裁定將對於未成年子女發生重大影響，基於保障未成年子女程序主體權，於法院為暫時處分之裁定前，原即應使未成年子女有陳述意見之機會，已如前述。若原審未使其有陳述意見之機會，除非使未成年子女陳述之障礙尚未除去（例如基於時間之急迫，未及使之為陳述、未成年子女年紀極幼，尚無表達意見 58

之能力、未成年子女居住於國外，一時無法使其陳述，或所在不明，事實上無法使其陳述等），或抗告法院有相當理由認為使未成年子女陳述意見為不適當者外，抗告法院仍應使其有補為陳述意見之機會。縱未成年子女已於原審陳述意見，然為使未成年子女對原裁定是否妥適、正確表示意見，或為了解原審裁定後未成年子女之意見是否已有變更，抗告法院仍應使未成年子女於抗告程序有陳述意見之機會，以確保未成年子女意見受充分尊重與考慮，保障其程序主體權及符合正當法律程序。【58】

（五）系爭裁定三就未成年子女陳述意見之機會，所持法律見解， 59
抵觸憲法【59】

1. 依系爭裁定一所載，丙○○於 107 年 11 月 5 日於義大利接受專家 60
證人訪視時，即有充分陳述意見之能力。於 108 年 10 月 31 日系爭
裁定一作成時，已 5 歲 8 月並入學，於 110 年 10 月 27 日系爭裁定
二作成時，丙○○更已近 8 歲，且返臺已 2 年 9 月，則法院於暫時
處分及抗告裁定前，當有充裕時間，使丙○○有陳述意見之機會。
然系爭裁定一、二卻未踐行此一程序，即分別為甲○○應將丙○○
交付乙○○之暫時處分及駁回甲○○抗告之裁定，侵害丙○○受憲
法正當法律程序保障之權利，並因而影響聲請人親權之行使。【60】
2. 系爭裁定三雖認為：「臺北地院於系爭事件已選任程序監理人王儷 61
穎、林欣儀，以保障丙○○之權益，又調閱丙○○於臺中地院 109
年度司執字第 11967 號相對人聲請交付子女強制執行事件中之陳
述（見原審卷(二)第 277 至 278 頁），綜合兩造之陳述，及義大利心
理醫師出具之訪視報告及丙○○之生活照片，縱未於法庭內詢問丙
○○，尚難認有何違反上開規定之情形。」然法院選任程序監理人，
與程序監理人向法院陳述意見，乃屬二事，縱程序監理人已向法院
陳述其意見，仍不能取代未成年子女之陳述意見之機會，亦如前
述。再者，以抗告法院調取丙○○於強制執行程序中對司法事務官
所為之陳述及非由審判法院徵詢之義大利心理醫師之訪視報告，取
代丙○○向抗告法院之陳述，亦有未合。是系爭裁定三以前開理

由，認為抗告法院已使未成年子女丙○○有陳述意見之機會，亦抵觸憲法保障未成年子女丙○○程序主體權之意旨，及基於此而應享有陳述意見機會之正當法律程序保障，並因而影響聲請人親權之行使。【61】

三、綜上，系爭裁定二關於未成年子女丙○○最佳利益之判斷，有應予審酌而未予審酌之情形，抵觸憲法保障未成年子女丙○○人格權及人性尊嚴之意旨。又未於裁定前使未成年子女丙○○有陳述意見之機會，侵害未成年子女丙○○受憲法正當法律程序保障之權利。系爭裁定三維持系爭裁定二前開見解，亦應認為與憲法維護未成年子女最佳利益，保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨及正當法律程序原則，有所抵觸，且因而影響聲請人親權之行使，系爭裁定三應予廢棄，發回最高法院。【62】

肆、本判決僅就判斷未成年子女丙○○最佳利益時，於尊重未成年子女意願原則及繼續性原則，有無應審酌而漏未審酌之情形，以及使丙○○有陳述意見之機會，就系爭裁定三所持見解進行憲法判斷，並非謂本件聲請案之原因案件（暫時處分），法院應裁定將丙○○交付父或母，何者始符合丙○○最佳利益。故依本判決發回後，法院如何判斷丙○○最佳利益，仍應由法院依憲法保障人民基本權之意旨，本於其權責為之，非在本判決判斷範圍內，應併予敘明。【63】

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日

憲法法庭 審判長	大法官	許宗力		
	大法官	蔡焜燉	黃虹霞	吳陳鐸
		蔡明誠	林俊益	許志雄
		張瓊文	黃瑞明	詹森林
		黃昭元	謝銘洋	呂太郎
		楊惠欽	蔡宗珍	

本判決由呂大法官太郎主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官焯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠、許大法官志雄、黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍
第二項	許大法官宗力、蔡大法官焯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出，詹大法官森林加入。

黃大法官瑞明提出，詹大法官森林加入。

詹大法官森林提出。

不同意見書：林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍共同提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳淑婷

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

詹森林大法官 加入

子女是人不是物，永遠只能是權利主體，不可以是父母（親權）權利之客體；

在定親權事件中，子女最佳利益是王道，子女意願是王道中的王道；只有與子女選擇不相違之法院子女最佳利益判斷，才可能符合「子女」最佳利益原則！

子女之意願為何，應由法官放空，用全心理解、親自確認，這是決定親權裁判之前提及不二途徑；

遠遠超過一般大人的理解，再小的孩子都可能有能力表達其意願，只是大人（法官）看不懂或者不以為需要懂！

本席贊成憲法法庭 111 年憲暫裁字第 1 號裁定所為暫時處分，因為最高法院原准父在本案判決確定前交付子女聲請之裁定（下稱原確定終局裁定），雖然就該親權事件之本案而言，是暫時處分裁定，但就父對家事院所為暫時處分聲請程序（相當於民事事件定暫時狀態假處分程序）言，已是得受本庭違憲審查之終局確定裁定；而且就對本庭所為之暫時處分聲請言，有由本庭為暫時處分之緊急性、必要性之事實很清楚，本庭爰認有應暫停原確定終局裁定執行（暫不應變更原確定終局裁定時子女與其母同住之事實原狀）之必要，即認不應如原確定終局裁定般，未經定親權歸屬本案確定終局裁判即遽爾變更事實原狀（原確定終局裁定准即變更現況，甚至准由其暫時處分聲請人即主張應由其行使親權之父，於本案確定終局裁判前，即先將子女帶離我國法管轄範圍）。¹至於其憲法上之理由，本席係認為至少未由

¹ 這顯然有暫時處分裁定應避免之本案裁判實體效果化之問題。而且除了沒有任何確保父必能依本案確定終局裁判意旨辦理之機制外，因為我國與子女將被帶至之義大利國，沒有司法互助協定，是本案確定終局裁判結果如果不同於暫時處分之決定，本案裁判之執行亦將生重大困難，從而原確定終局裁定有未符司

法官親自確認子女意願一點，已有悖於維護子女最佳利益應行之憲法正當法律程序原則。先予陳明。

本席也贊同本件憲法法庭判決結論及其所已述之大部分理由（法律上論述），本席之看法與本庭所諮詢之多位學者專家之意見也不謀而合，本席無意在此作太多重覆贅述。除了一些憲法法庭未述及之觀點暨可能之是否合憲制度性疑義，認有補充說明以供參考外，本席更想以人子、人母的體驗，為未成年子女發聲：

一、與虐童無關之定親權事件，應不適宜由法院在作定親權歸屬裁判確定前，先准「變更現狀」之暫時處分

（一）因為在虐童之情形，為保護兒童，避免其受虐，故有立即變更現況之必要，需要緊急暫時處分。但是在無關虐童之情形，法院定親權歸屬，只是在兩個親權者之間，以子女最佳利益之維護為本，作選定而已，應無在本案訴訟裁判確定前，立即先以暫時處分裁定為變更現狀之緊急必要情事。當然更沒有理由肯認就此種非虐童情形之聲請，法院得相對降低未成年子女最佳利益之審酌標準或限縮其他程序要求之適用，以便法院「快速」回應暫時處分聲請。這個道理只要以同理心，從被變更現狀的子女角度思考，是再淺顯不過的，不需要高深法理或深度實務專業訓練，就可以明白！應不待贅辯。

（二）至於禁止變更現狀，比如禁止將子女帶離法院所在國家，至少從確保本案確定終局裁判之執行可能言，則有所不同。

（三）類似准變更現狀暫時處分之案例非僅一件，是可能不能以個案有無必要性裁量當否問題視之。如果從保護人民出發，由制度性變革角度思考，就類似情形，未限制排除法院為變更現狀暫時處分之權，沒有違憲疑義嗎？

二、子女是獨立的權利主體，不是如物一般之權利客體

（一）黎巴嫩詩人、哲學家季伯倫在「孩子」一文中所描述的：孩子是獨立的權利主體，不是父母的附屬品，即不是如物一般之任何

其他人之權利包括親權之客體。²

(二) 民法第 6 條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」短短 14 字已然說明凡是人，不論多麼年幼都是權利主體。

(三) 人可以併為其他人權利之客體嗎？人不是物，在民法解釋上應否定，在民主法治國高度保障人性尊嚴，答案當然是「No」。憲法、民法如此，家事事件更是強調未成年子女在家事事件（尤其定親權歸屬事件）之主體性地位，不可能同意子女是父母親權之客體。

(四) 但是說易行難。民法施行近百年，由民法第 13 條第 1 項及第 76 條規定：只能導出父母只是未滿 7 歲子女之代理人；由民法第 13 條第 2 項及第 77 條規定：只能導出滿 7 歲之未成年子女有不完整自主決定權，父母只有允許子女決定與否之權，而無代為決定全權。惟真實世界裡，有多少父母體認自己只是未成年子女之「代理人」或「允許權人」，這表示父母不等於是行為人，即不是「子女本人」？有多少父母從來不曾或常常不以子女是權利主體之角度，逕自由父母觀點以子女名義為行為（可能以愛合理化父母行為，自認為小孩子不懂，自己是為他們好）？為什麼很多人包括法官、專家暢言未成年子女之程序主體地位，但是不認為必然需親自聽取未成年子女意見？這樣的現實與上述最根本的法律規定相背離，很奇怪不是嗎？為什麼大人有看沒有見？因為「見怪不以為怪」，因為父權（權威）思想餘毒未除，潛藏社會慣行因素使然，被自己的下意識蒙蔽而難自覺！

(五) 因為子女不是物，怎麼有「交付子女之訴」甚至執行的問題？「要跟父或母」不是應取決於子女嗎？若父母同意或依法不能妨礙但子女不肯配合，執行法院可以強令子女配合嗎？更何況子女不是交付子女之訴的兩造當事人，該訴之既判力當然及於子女致他們當然受拘束而為被執行對象嗎？如果說家事事件法第 194 條及第 195 條得對子女直接強制的規定，是植基於已以程序主體地位予子女表達意願機會，則

² 季伯倫說：「你的孩子不是你的孩子。他們是生命渴求的兒女，是生命本身的企盼。他們只是藉由你而生……卻不附屬於你。你可以給予他們你的愛，而不是思想，因為他們有自己的思想。……」。

未直接聽取子女意願或與其意願相違之裁判，得對子女強制執行之法理依據又何在？從子女獨立人格保護之觀點，目前的制度沒有違憲疑義嗎？或謂直接強制執行交付子女與虐童無異，非全無道理。

三、在定親權歸屬事件，不論本案審理程序或暫時處分程序，法官都必須緊守子女最佳利益維護原則，這是王道。就此，應無爭議也應不必多所論述。

四、承上，子女最佳利益之維護，應首重子女意願；且唯有經由法官親見子女並放空全心理解聽取其陳述，才可能適切確定子女之意願。

（一）子女最佳利益之維護，應首重子女意願！就此本席以為應不作第二想，但是恐怕不是人人都這麼想。有人會說小孩子「有耳沒嘴！」、「他懂什麼，他不懂啦！」、「爸媽說了算！」、「我愛他呀！為他好呀！」等等說詞否定子女意願，甚至拒絕聽取子女陳述。還常有這樣的說法：定親權事件中，如果父母均有強烈意願，那就比較父母所能提供的客觀環境、父母的教育態度甚至配合訴訟程序之狀況（名之曰善意父母原則）……。這些都是常見的否定或弱化子女意願重要性的因素！

（二）法不入家門！這句老話，仔細思考，不全然沒有道理！想想在定親權事件中，最核心的主體是誰？法官？父或母？都不是！是子女！如果您重視人性尊嚴、尊重個人獨立、自主，您有什麼理由否定子女意願、拒絕聽取子女陳述？法官裁判完，所了結的是案件，但是被裁判決定的不是身外之物的錢財，而可能是被裁判取代的子女自由意志。法院裁判認定的子女最佳利益如果與子女意願相違，那是「子女最佳利益」嗎？還是只是法院自以為的子女最佳利益而已？而且為什麼子女一定要接受法院以為的最佳利益，被裁判決定要過什麼樣日子的是子女，不是法官，他們為什麼不能有較不佳選擇權？為什麼不能選擇環境沒那麼好但比較需要他相依為命的一方？無關虐童的親權歸屬爭議事件，與子女意願相違的裁判能符合裁判「保護人民」的本旨嗎？

（三）金窩銀窩不如我的狗窩！電影中「被強制安置的小女孩

寒夜中偷偷跑去她弱智爸爸家找爸爸」，³這一幕……。請再想想，子女意願才真正重要！

（四）訴訟是最後不得已的解決家事爭議的方法！心平氣和、理性作為，原本就不容易；進入法院訴訟，期待當事人心平氣和、理性作為並完全相信法官一定公正是過度的奢求！在平常生活或定親權歸屬事件中，父母相互指摘不是常見的嗎？我們不也都曾數落別人的不是嗎？這些都是普通的、本來就不完美的人性表現而已！除虐童事件外，父母的教育態度或對法院程序之不配合，所謂的非善意父母行為，不該是法院弱化子女意願重要性的正當考量！

（五）確定子女意願是可能的：

1、小小嬰兒趴在母親胸前安然熟睡，這是很平常的畫面，因為熟悉的心音節奏、味道；媽媽的聲音、腳步聲可以改變嬰兒的哭聲或讓嬰兒停止不哭，應是很多人的共同經驗；

2、我先生不時會提到令他不解也不服氣的經驗：有一晚，婆婆陪公公出門，我也有事，幾個月大的兒子由他照顧數小時。其間，很少哭的孩子哭不停，餵奶沒用、換尿布沒用、抱起來沒用、放小床不行，先生束手無策！我回到家，接過來，兒子立即停止哭泣。他想要媽媽而已。

3、確定子女意願，很難嗎？不是常有作弄還被抱在手上的小小孩子的遊戲：大人們排一排一起伸出雙手，孩子會伸手找誰？他們有能力簡單、清楚地表達自己的意願想要誰！

（六）法官親自確認子女意願是必要的

1、任何其他人的觀察都難免其主觀，且充其量只是法官的助手，不能取代法官自己之親身見聞！程序監理人不是法官之代表，其聽取子女意願不等於法官已聽取子女意願；程序監理人以其專責保護未成年子女之地位，是程序主體，跟家事調查官不同，不是為法官調查事實或依法官要求提出報告。程序監理人係為輔佐、協助子女而設，不

³ 出自電影「他不笨，他是我爸爸」。

論其係相當於「訴訟代理人」或「子女與法院間橋樑」之地位，應均無權反於子女意願為主張。

2、正確理解子女的意願，法官要放空（放下法律、學說，保護兒童的公約包括海牙公約，不要讓它們成為阻礙保護子女真理的玻璃）、⁴放下執著（包括父母資源能力之考量，因為孩子不必然需要，而且可以由較有能力者支付扶養費方式填補），以孩子的角度（高度）全心去感受子女所需要的保護，不應強令子女接受不必要的保護。要找出的是子女想要的甚至可能是痛苦的、他人包括法官眼中比較不好的選擇！不是要替代子女作法官認為比較好的選擇。

3、就無關虐童之事件，親子關係應首重子女意願，任何人不應該替代子女而以外在因素秤斤論兩！甲眼中之最好環境不當然應是乙之最佳選擇！

五、雖然為盡職責、儘可能了解相關事證、避免誤解，憲法法庭已調閱原暫時處分全卷（確認法院未親自聽取未成年子女之意見陳述）及其執行卷、原本案一審卷、所查知原因案件當事人間全部爭訟裁判、不起訴處分書等等，但是因為憲法法庭不直接作成准否暫時處分或定親權歸屬之裁判，不作子女意願之事實認定，因此，本席同意憲法法庭與普通法院不同，於作成憲法法庭裁判前無須直接聽取子女之陳述，併此敘明。

六、愛不是占有！請尊重子女的選擇，即使客觀上或主觀上不是最佳選擇！又季伯倫的「孩子」是對手抱著嬰兒的婦人及大眾說的。他希望所有人尤其為人父母者都理解他講的道理。本席以為這個道理應該被無差別具體實踐，適合法官作為形成判斷決定的哲理，但不是訴訟當事人只在對自己有利時，才選擇用來作訴訟攻防的。如果真的接受這個道理，在子女不選擇自己時，也應該坦然接受。

⁴ 季伯倫說：「學說像窗戶上的玻璃，它讓我們看到真理，但也阻絕了真理」；金剛經說：「若菩薩心住於法而行布施，如人入闇，即無所見。若菩薩心不住法而行布施，如人有目，日光明照，見種種色」。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出
詹森林大法官 加入

一、本聲請案原因事實大要、聲請之理由及本件判決

本件聲請人為中華民國籍女士（下稱甲母）與義大利籍男士（下稱乙父）無婚姻關係在臺灣生有一女（中華民國 103 年 2 月 4 日生，下稱丙小妹），二人原於臺灣約定共同行使或負擔對於丙小妹之權利義務，雙方約定乙父得於 106 年 12 月 20 日至 107 年 1 月 10 日期間帶丙小妹至義大利與其家人共聚，乙父提前於 106 年 12 月 12 日帶同丙小妹出境，甲母於同日向臺北地院請求改定對丙小妹之權利義務之行使或負擔（下稱改定親權）為其在臺獨任，乙父未遵守期限將丙小妹於 107 年 1 月 10 日帶回臺灣交還，甲母至義大利與丙小妹會面交往時，於 108 年 1 月謊報丙小妹護照遺失而補辦護照，將丙小妹帶至臺灣。雙方間為丙小妹權利義務之行使及負擔產生之爭議進行多起訴訟。對於甲母提出聲請改定對於丙小妹親權之訴訟（後變更聲明為請求酌定雙方在臺灣共同任之），乙父亦提出反聲請，臺北地院合併審理後於 111 年 1 月 6 日以 107 年度家親聲字第 212 號民事裁定乙父勝訴，親權之行使由乙父單獨任之。甲母提出抗告，目前由抗告法院審理中。甲母將丙小妹帶回臺灣後，乙父就前開改定對丙小妹親權行使事件於 108 年 3 月 19 日向臺北地院聲請暫時處分（即本件憲法審查聲請案之原因案件），要求法院判令甲母將丙小妹交還給他並得帶至義大利居住等。臺北地院於 108 年 10 月 31 日以 108 年度家暫字第 46 號民事裁定（即系爭裁定一）命甲母應依乙父之要求履行，甲母提出抗告後經臺北地院於 110 年 10 月 27 日以 108 年度家聲抗字第 122 號民事裁定（即系爭裁定二）駁回抗告，甲母提出再抗告經最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定（即系爭裁定三）駁回確定。甲母乃向憲法法庭聲請宣告系爭裁定一、二、三等均違憲並聲請暫時處分。憲法法庭於 111 年 3 月 18 日以 111 年憲暫裁字第 1 號裁定准許暫時處分，命系爭裁定三於憲法法庭就甲母聲請裁判憲法審查案件

裁判宣告前，應暫時停止執行，憲法法庭於 111 年 5 月 27 日以本件判決宣告系爭裁定三違憲而廢棄並發回。

前述憲法法庭准許暫時處分之裁定為 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法（下簡稱憲訴法）施行後第一件准許暫時處分之裁定，而本件判決則為第一件裁判憲法審查判決，並宣告最高法院裁定違憲。因此必然要面對社會大眾以及實務界法官們的審視，大法官抱持著謹慎的心情與態度作成暫時處分裁定及本判決。本席支持本件判決主文，並肯認以系爭裁定三違反丙小妹之人格權及人性尊嚴作為判決之理由之一，提供協同意見如下。

二、系爭裁定二及三違憲之主要理由：忽略幼女與母親長期實際共同生活產生之親密與依賴關係

（一）聲請人主張系爭裁定一、二、三均違憲，本件判決僅宣告最高法院所作之系爭裁定三違憲，是因為憲訴法第 59 條規定人民聲請憲法法庭為宣告法規範或裁判違憲判決之對象，限人民依法定程序用盡審級救濟案件之不利確定終局裁判，故依憲訴法第 62 條規定，憲法法庭審查之標的為確定終局裁判，而系爭裁定三即為乙父所提出暫時處分程序之確定終局裁定，因此以系爭裁定三作為本件判決宣告之對象，然而系爭裁定三主文為駁回抗告，理由是系爭裁定二並無適用法規顯有錯誤情事。審查系爭裁定三有無違憲自應審查系爭裁定二有無違憲情事，如有，而系爭裁定三未加以指摘而致違憲，因此本判決實質審查範圍自應包括系爭裁定二。本判決之理由指出系爭裁定二未考慮臺灣已成為丙小妹之慣居地，以及抗告法院未踐行讓子女至法庭陳述之程序等理由而違憲，因此本判決實體審查之主要對象其實是系爭裁定二。本席認為由系爭裁定二作成之日期及該裁定之理由即可以認定系爭裁定二對涉及未成年子女利益之核心事項漏未審酌。申言之，丙小妹於 106 年 12 月至 108 年 1 月於義大利與乙父居住，甲母於 108 年 1 月 20 日將丙小妹帶回臺灣，乙父於 108 年 3 月 19 日提出暫時處分之聲請，要求法院命甲母將丙小妹交付乙父並得帶至義大利居住。臺北地院於 108 年 10 月 31 日作出系爭裁定一，裁定主文主要

為（一）甲母應將未成年子女丙小妹交付乙父。（二）於臺北地院 107 年度家親聲字第 212 號改定親權之一審裁定前，乙父得攜未成年子女丙小妹出境至義大利同住等。簡言之，該裁定命甲母應於本案一審裁定前將丙小妹交付乙父，且乙父可將丙小妹攜至義大利同住。系爭裁定一係於乙父聲請後 7 個月左右即作出，距離丙小妹離開義大利回到臺灣僅約 9 個月，尚在 1 年之內，讓丙小妹回到其前已生活 1 年多之義大利（106 年 12 月至 108 年 1 月與父親共同生活），應無適應困難。但是當甲母提出抗告後，臺北地院於 110 年 10 月 27 日作出駁回抗告之系爭裁定二，駁回抗告之理由基本上重複系爭裁定一之理由而認定「……原審審酌未成年子女已在義大利生活 1 年，適應良好與義大利親族間之聯繫及系統支持均佳，因而援引海牙公約（按：即西元 1980 年「國際兒童誘拐之民事責任公約」Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction，下稱國際兒童誘拐公約），認義大利屬未成年子女之新慣居地在案，而上開認定亦與客觀事實相符，難認有何違誤。」並以此為主要理由而駁回甲母之抗告，就顯示了系爭裁定二對於自系爭裁定一作成日（108 年 10 月 31 日）至系爭裁定二作成日（110 年 10 月 27 日）這整整二年期間，該未成年子女之成長情形，與父、母之互動，對新環境之適應情況與未成年子女之最佳利益之關聯，均未加以調查、考慮，亦未為任何論述，甚且於理由認為「未成年子女應由何人監護較符合子女最佳利益等各節，實屬本案酌定親權應調查事項，應由本案審理，故抗告人（按：即甲母）猶執前詞指摘原裁定不當，未予廢棄，為無理由，應予駁回其抗告。」即明示該裁定並未就抗告法院應如何裁決始符未成年子女之最佳利益加以審酌。實則抗告法院審理之二年期間正值丙小妹成長之關鍵時期，身心變化極大，法院依家事事件法（下稱家事法）作出交付未成年子女之裁判，絕不應忽略時間之經過對未成年子女身心狀況之影響。

按系爭裁定二與系爭裁定一作出日期相隔二年，這二年期間丙小妹是由甲母單獨照顧，而丙小妹由 5 歲 8 個月成長至 7 歲 8 個月，如

果自丙小妹於108年1月20日返臺起計，則丙小妹受母親獨自照顧之期間，至系爭裁定二作成時已達2年9個月，由4歲11個月成長至7歲8個月，由牙牙學語成長至入小學，一直受到甲母良好照顧，而乙父在此期間並未入境臺灣，僅與丙小妹視訊聯繫。按3至6歲是幼兒語言發展的關鍵期、情緒發展的重要階段、遵守行為規範的關鍵期，也是社會發展變化很大的階段，亦是責任感的關鍵養成期¹。丙小妹受甲母單獨照顧期間由幼兒期成長至入小學階段，包括了前述幼兒發展之重要時期，此期間對幼兒提供安全且舒適之環境絕對重要，而此時期之幼兒與日夜照顧之親人發展出最親密與依賴之關係，即為人類童年甜蜜時光，足為一生之回憶。按幼兒並非行李，可以隨意轉手，而是有血有肉有豐富情緒與敏銳感覺，需要小心呵護之脆弱個體。幼兒最恐懼擔心之事為離開其熟悉之成長環境，與每日照顧之親人隔離，因此所造成之失落感與不安全感，對其心理和情緒之創傷形同虐待。至於迫令父或母與長期日夜照顧的幼兒分離，甚至海外相隔，何時再聚遙遙無期，對該父或母身心之折磨更不待言，應該是人類痛苦指數中名列前茅者。系爭裁定二在甲母獨自照顧丙小妹2年9個月之後迫令母女分離，對母親及幼兒可能造成災難式之後果卻未為任何考慮，系爭裁定三亦未就此考慮而廢棄系爭裁定二（系爭裁定三於111年2月23日作成時甲母獨自照顧丙小妹已達3年1個月），此即為本判決宣告系爭裁定三違憲之主要理由。本判決理由指出系爭裁定二侵害丙小妹之人格權及人性尊嚴並侵害甲母之親權，本席支持。本席並認為親權受侵害時實亦可認人格權和人性尊嚴亦已受侵害。

（二）與司法院釋字第242號解釋意旨相同之處

憲訴法施行前，裁判憲法審查尚無法律明文依據時，大法官亦曾就法院適用法律為判決時，認為判決忽略了人民基本權之重要意義而對裁判適用法律進行憲法審查，最具指標性者為司法院於78年6月

¹ 參見辛宜津，「嬰幼兒心理發展與育兒EQ成長家長/照顧者手冊0-6歲適用」頁77至81，衛生福利部出版，2017年6月。

23 日公布之釋字第 242 號解釋，即對於民法第 985 條第 1 項規定「有配偶者，不得重婚。」違反者得被撤銷之規定（確定終局判決所適用之民法第 992 條，已於 74 年 6 月 3 日修正刪除），大法官認為禁止重婚之法律乃維護一夫一妻婚姻制度所必要，該規定並未違憲，惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第 992 條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序而違憲。依相同之法理，本席認為縱然母親以謊報護照遺失之方式將丙小妹攜回臺灣之行為有所不當²，但丙小妹已由母親單獨在臺灣照顧近 3 年，此階段正值幼兒成長之關鍵期，母親與幼女雙方長期實際共同生活，發展出親密關係與依賴關係之事實，法院加以忽略，而以國家之力量強制母女分離，並將幼女送出境，對於幼女與母親均將造成巨大痛苦，亦嚴重影響其家庭生活及人倫關係，因此本席認為本件判決與釋字第 242 號解釋均具有對長期實際共同生活所產生之人倫關係加以保障之意旨。

三、由家事法、相關規定及國際公約審查系爭裁定二及三

本席認為由家事法、相關規定及國際公約亦可印證並強化上述見解，論述如下：

（一）維護未成年子女之最佳利益，為家事法立法之核心意旨，於家事事件審理程序之每一階段均不應忽略

家事法之立法目的是為「謀求未成年子女之最佳利益」（家事法第 1 條規定參照）因此未成年子女之最佳利益是審理家事事件之程序中每一階段都不可忽略之核心價值。未成年子女每日持續成長，其周遭環境亦隨時變動，法院於審理時自應隨時注意未成年子女當時之情況，以決定其最佳利益，於暫時處分之審理程序亦不應忽略。家事法

² 本席認於判斷善意父母時，亦應對謊報護照遺失之前後緣由一併調查，亦即乙父違背雙方之合意提前將丙小妹帶至義大利，逾期不肯交還時，是否涉有保管丙小妹之護照而不肯交付甲母，以達到將丙小妹繼續留在義大利之目的，一併考量。

第 88 條第 1 項甚至規定「暫時處分之裁定確定後，如認為不當或已無必要者，本案法院得依聲請或依職權撤銷或變更之。」依此，即使暫時處分之裁定已確定，於執行前仍應考量當時未成年子女之最佳利益，而得由法院依聲請或依職權撤銷或變更之。於暫時處分裁定之抗告階段更不應忽略審查，此即本件判決理由所指「不得以暫時處分並非本案裁判，而將有關判斷未成年子女最佳利益之因素，一概置之不論」，即以未考慮未成年子女之最佳利益作為認定系爭裁定二及三違憲之理由之一。

(二) 抗告法院為維護未成年子女之最佳利益應調查並瞭解其於審判當時適應環境之身心狀態

「抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會」家事法第 91 條第 4 項前段明文規定，於交付子女事件，未成年子女自為最重要之關係人，法律要求抗告法院「應」使未成年子女有陳述意見之機會，最重要的理由應該是法院透過親自聽聞未成年子女陳述意見之機會，瞭解該未成年子女之日常生活情況及生理、心理之健康情形，亦即法院應認知審理之對象是活生生的人，不能僅依據前審呈送之卷宗文件即為審判。此即家事法第 108 條特別規定法院就未成年子女權利義務之行使或負擔事件為裁判前，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外以適當方法曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會，此亦民法第 1055 條之 1 規定法院審酌子女之最佳利益，尤應注意子女之意願及人格發展之需要（第 1 項第 2 款）以及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（第 1 項第 5 款）之意旨。系爭裁定二引用義大利醫生之訪視報告作為裁定之理由，但該報告係於 107 年 11 月 5 日作成，距離系爭裁定二作成之日（110 年 10 月 27 日）已經 2 年 11 個月，這近三年期間，該未成年子女成長、生活適應情況如何？未見調查，反而僅引用系爭裁定一已曾引用之證據，而未讓未成年子女有至法庭陳述之機會，已是直接違反家事法第 91 條第 4 項及第 108 條之規定。畢竟孩子每天都在成長，對新環境之適應也是每日有所變化。雖然家事法第 91 條第

4 項但書規定「但抗告法院認為不適當者，不在此限。」賦予法院裁量權，但該但書之立法理由，是為了「避免暫時處分無法達到實際效用」，即使關係人陳述意見，反而無法達到暫時處分之效用時，即不必為之³。例如第一審如果是駁回暫時處分之聲請，到了抗告審，法院如果發現小孩子可能即將被帶出國，則抗告審若仍須踐行應使關係人有陳述意見之機會的話，反而沒有辦法限制子女可能會被帶出國之狀況。在此情形下當然會以急迫處理為優先。在本案並不存在如此之急迫情況，抗告法院未給予未成年子女有陳述意見之機會亦未說明其理由，即有所違誤。為了讓法院得親自聽取未成年子女之意見，家事法第 14 條第 2 項特別規定「滿 7 歲以上之未成年人，除法律別有規定外，就有關其身分及人身自由之事件，有程序能力。」抗告法院作出系爭裁定二時（110 年 10 月 27 日）丙小妹已經滿 7 歲 8 個月，依該條項規定，已具有程序能力，即無理由不聽取其親自陳述。又系爭裁定三理由指稱（按：以下裁判內容及筆錄記載本案當事人及關係人姓名，皆以上述代稱稱之）「調閱丙小妹於臺北（臺中之誤）地院 109 年度司執字第 11967 號相對人聲請交付子女強制執行事件中之陳述（見原審卷(二)第 277 至 278 頁），綜合兩造之陳述，及義大利心理醫師出具之訪視報告及丙小妹之生活照片，縱未於法庭內詢問丙小妹，尚難認有何違反上開規定之情形。」然查第 277 頁至第 278 頁之執行調查筆錄係於 110 年 5 月 7 日在臺中地院之訊問室進行（當時丙小妹已 7 歲 3 個月），在甲母離庭之情況下（按：以下摘錄執行（調查）筆錄一部分）「司法事務官：是否會想回義大利？是否會想念義大利的同學及爺爺？丙小妹：（搖頭）司法事務官：是否會期待與父親見面？丙小妹：（搖頭）司法事務官：爸爸也很愛你，為什麼搖頭？丙小妹：跟爸爸視訊見面就可以了，比較想跟媽媽在一起。」對於丙

³ 家事法第 91 條第 4 項立法理由說明：「為保障關係人之程序權，抗告法院為裁定前應使其有陳述意見之機會。但如抗告法院認為不適當者，抗告法院得予裁量，以避免暫時處分無法達到實際效用，爰規定如第 4 項前段及但書所示。」參見立法院公報第 100 卷第 88 期頁 168。

小妹如此明確表達之意願，系爭裁定二及三均未說明未予採用之理由。

（三）攜帶未成年子女出境之暫時處分應考慮回復之可能性

按司法院少年及家事廳所訂定發布之「家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法」第7條第1項第4款規定：「法院受理本法第104條第1項第1款、第3款、第5款或第113條之親子非訟事件後，於本案裁定確定前，得為下列之暫時處分：……四、禁止關係人或特定人攜帶未成年子女離開特定處所或出境。……」特別就禁止未成年子女出境為規定，此乃因我國之特殊地理與政治環境，未成年子女若出境難以期待經由跨國間之司法協助而得以將未成年子女帶回國。因此依暫時處分之裁定將未成年子女帶至國外，若是本案判決認在臺灣的甲母改定親權之訴訟勝訴，則本國法院並沒有辦法至國外執行，亦難以透過司法互助將未成年子女帶回臺灣，在此情況下暫時處分之執行幾乎就是本案敗訴之強制執行完畢。就此，系爭裁定一主文第3項所定「相對人（即甲母）得自交付未成年子女丙小妹後，在子女住義大利期間，每半年與子女在臺灣同住二週，日期由兩造自行協議定之……」若乙父拒絕讓丙小妹回臺，該裁定內容實難以透過司法執行手段實現，故該裁定主文第3項實僅具有望梅止渴之安慰作用而已，並不能緩解丙小妹被帶出境後母女跨洋相隔之困境。

實則對於跨國之子女交付，仍應考慮未獲親權之父或母與未成年子女維持會面交往之可行性，系爭裁定二及三並未就此有所論述。

（四）適用國際兒童誘拐公約應觀照所有條文規定

系爭裁定一引用國際兒童誘拐公約作為我國裁判之法理，依該公約第12條規定⁴，兒童在從其被非法帶走或扣留之日起算不滿1年

⁴ 1980年國際兒童誘拐公約（即本判決之國際兒童誘拐公約）第12條：

（第1項）遇有兒童被非法帶走或扣留符合第3條的規定時，如果兒童所在的締約國司法或行政機關開始訴訟程序的日期，在從其非法帶走或扣留之日起算不滿一年者，有關機關應命令立即交回該兒童。

（第2項）即使此種訴訟程序是在前款所規定一年期滿之後開始，司法或行政機關也應命令交回兒童，除非能證明該兒童現已轉居於新的環境之中。

（第3項）被請求國的司法或行政機關如有理由相信該兒童已被帶至另一國家時，

者，有關機關應命令立即交還。但若已逾 1 年，則需探查該兒童是否已轉居於新的環境之中。國際兒童誘拐公約之所以規定 1 年內子女要立即返回慣居地，應是推定在 1 年內，子女回到慣居地是最符合其利益。但隨著時間的演變，超過 1 年以上，就要考慮子女跟現在實際上住居地是否已經產生新的連結，也就是所謂的情事變更，這時候要考量的因素就更多了。

綜上，本席認為家事法、相關法規及國際公約已定有許多保護未成年子女最佳利益之規定，如經遵守即可避免產生違憲之裁判。

四、結論與建議

(一) 值得一提的是，乙父於 108 年 6 月間向駐於臺北之義大利經濟貿易文化推廣辦事處申請核發丙小妹之出國文件。該處任命之監護法官，108 年 7 月 2 日派員進行領事訪談，從遠處觀察丙小妹之生活及適應狀況，並至丙小妹住處瞭解其居住環境，且在沒有母親在場之情況下進行訪談，判斷「孩子、母親和外婆之間顯現強烈的情感聯繫。在孩子的問話中她對義大利並沒有特別的懷念，偶爾才提及她的父親，但帶有情感」結論為「該未成年子女呈現極好的身心狀態，並被安置於充滿愛心與熱情的社會和家庭環境中，在此，她似乎融入得很好」，並以該觀察結果作為主要理由而於 108 年 8 月 14 日以 N.05/2019 領事命令拒絕乙父之申請，該命令並提到「考慮到監護人法官的授權規定最終並不是為了解決孩子父母主觀權利之間的衝突，而是為了以符合孩子之利益為前提」並以此作為判斷依據。本席認為該領事命令審查之程序中，親自觀察未成年子女之生活狀況及環境，並脫離父母主觀權利之間的衝突，而以未成年子女之利益為主要考量，並不偏袒其國人，符合前述家事法、相關法規及國際公約有關子女最佳利益考量之意旨，殊值參考。

(二) 本件父母雙方間已長期進行多起訴訟，本判決並非法律戰的終點，未來法律程序可能拖延時日，無論最終裁判結果如何，執行都有

得停止訴訟程序或者撤銷請求返還該兒童的申請。

困難，因此雙方有必要脫離法律層面，構劃出符合未成年子女最佳利益之解決方法。按子女不是父母的資產，而是獨立自主的個體，父母如果真心愛小孩就不應有占有之心，而應想辦法讓小孩在最安全溫暖的環境下健康成長，同時享有父母之親情與照顧，畢竟童年祇有一次，而且稍縱即逝，目前丙小妹已進小學，很快進入青春期開始發展自主意識，至18歲已可算是個獨立自主之個體。父母間情緣已盡而無法共同生活，但是疼愛小孩的心是共同的，子女成長期間若是父母彼此善意對待，各留空間給對方，父或母縱未能與該子女天天相處，仍可維持良好的關係，畢竟父母子女親情天生，無法取代也無法剝奪。但若為了爭奪親權而互動干戈不知止息，所牽動的負面情緒影響，其實是以愛之名而實質傷害小孩⁵。成熟的父、母在此情況下應讓子女在同時與對方維持良善互動關係下成長，這是父母對子女的責任，才是真正為未成年子女最佳利益考量的作法。

⁵ 「照顧者的內在狀態決定了孩子的行為舉止；照顧者的內在是寧靜穩定的，孩子便會沉穩、專注；照顧者的內在是焦慮混亂的，孩子便會躁動、不安。」見註1，頁86。

協同意見書

詹森林大法官 提出

壹、審查標的

一、111 年憲判字第 8 號判決見解

聲請人甲母（下稱聲請人）與關係人乙父之間，就雙方之未成年子女丙（下稱丙）權利義務之行使或負擔，共有不少件法院之暫時處分裁定（參見 111 年憲判字第 8 號判決理由欄，第 2 至 6 段）。111 年憲判字第 8 號判決審查後，將之區分為兩類。

第一類，係乙父於 108 年 3 月 19 日請求聲請人交付丙等。歷審法院（臺北地方法院及最高法院）均認其請求有理由，分別作成第一、二、三審裁定（即 111 年憲判字第 8 號判決所稱之系爭裁定一、二、三）。

第二類，係聲請人於 110 年聲請乙父不得未經聲請人同意，自行攜帶或使第三人攜帶丙出境。歷審法院（臺北地方法院及最高法院）皆駁回其聲請或抗告，分別作成第一、二、三審裁定（即 111 年憲判字第 8 號判決所稱之系爭裁定四、五、六）。

就系爭裁定四、五、六，111 年憲判字第 8 號判決認系爭裁定六乃以聲請人對系爭裁定五之抗告無理由，而予駁回，故系爭裁定六始為憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項所稱之「人民用盡審級救濟所受不利確定終局裁判」。111 年憲判字第 8 號判決並認系爭裁定六係駁回聲請人暫時處分之聲請¹，尚不影響聲請人及關係人乙父權利義務之現狀，是聲請人就該裁定聲請裁判憲法審查，難認有何憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要，爰不予受理（111 年憲判字第 8 號判決理由欄第 24 段）。

至於系爭裁定一、二、三，111 年憲判字第 8 號判決認系爭裁定三乃以聲請人對系爭裁定二之抗告無理由，而予駁回，故系爭裁定三始為憲訴法第 59 條第 1 項所稱之「人民用盡審級救濟所受不利確定

¹ 如以主文而言，系爭裁定四始為駁回聲請人禁止乙父攜帶丙出境暫時處分之請求；系爭裁定五及六，則分別駁回聲請人之抗告及再抗告。

終局裁判」。111年憲判字第8號判決並認系爭裁定三具有憲法重要性，遂受理之（111年憲判字第8號判決理由欄第18至22段）。

二、本席意見：系爭裁定一、二，亦應列為本案之審查標的

（一）大法官適用「司法院大法官審理案件法」見解之繼續援用

如前所述，111年憲判字第8號判決認為，系爭裁定六及三，始該當憲訴法第59條第1項所定之「不利確定終局裁判」；系爭裁定四、五；及系爭裁定一、二，則皆否。

此項見解，顯係延續大法官從前適用「司法院大法官審理案件法」（下稱大審法）第5條第1項第2款所定「確定終局裁判」時，慣用之見解。

詳言之，我國釋憲機關，於111年1月4日變更為憲法法庭，從而適用憲訴法之前，大法官就大審法第5條第1項第2款所持見解為：人民據以聲請解釋之普通法院或行政法院之最後一審裁判，如就該原因案件之實體事項，係以聲請人（即原因案件受不利益裁判之當事人）對前審裁判之上訴或抗告，乃「不合法」為由，而予駁回者，應以該前審裁判，為前揭條款所指之「確定終局裁判」（請看釋字第792號解釋之解釋理由書第1至第5段、第7段）。若該最後一審裁判，就該原因案件之實體事項，係以聲請人對前審裁判之上訴或抗告，係「無理由」為由，而予駁回者，則應以該最後一審裁判，為此之「確定終局裁判」（請看釋字第792號解釋之解釋理由書第6段。）

上開見解，本席以為，背後蘊含盡可能貫徹保障人民權利及維護合憲秩序之考量。蓋關於原因案件之實體事項，如最後一審裁判，以不合法為由，而駁回聲請人之抗告或上訴，則該最後一審之裁判，通常均未就系爭實體事項，適用相關之法規範。此時，即應以前審裁判所適用，且實際上對本案結果有重大影響之法令，為合憲與否之審查客體，以免對人民權利之保障，有所欠缺。

（二）憲訴法施行後，「確定終局裁判」之認定

1. 一、二審法院之裁判，亦得為憲訴法所稱「確定終局裁判」

前述大法官關於大審法第5條第1項第2款所持見解，在憲訴法

施行後，如人民係僅就確定終局裁判聲請**法規範憲法審查**者，原則上，仍可繼續援用。但若人民係就確定終局裁判聲請**裁判憲法審查**者，則可否繼續援用，尚有斟酌餘地。

首應指出者，法規範憲法審查與裁判憲法審查之審查標的不同，前者所審查者為法規範是否違憲，而後者則審查法院之適用法規範所持之見解違憲與否。基於延續保障人民基本權之立場，在人民就其窮盡救濟途徑之裁判，聲請裁判憲法審查時，對於「確定終局裁判」之認定，不應為過度狹隘之解釋，而應以各歷審裁判是否有嚴重違反憲法之情事為依歸。

何況，人民據以聲請解釋之普通法院或行政法院之最後一審裁判，若係維持前審裁判，而駁回該人民對前審裁判之上訴或抗告，則不問其駁回之理由，係上訴或抗告為不合法或無理由，不僅該最後一審裁判為確定終局裁判，其前審裁判，亦因被維持而成為確定終局裁判²。

甚且，若該前審裁判為第二審裁判，且係維持第一審裁判，駁回對該第一審裁判之上訴或抗告，而第一審裁判亦有侵害人民基本權及嚴重違反憲法情形時，則歷審裁判均屬裁判憲法審查之標的³。

其次，憲訴法第 62 條第 1 項前段所稱之「管轄法院」，應係指最適合依憲法法庭廢棄意旨，重新審理原因案件之法院。準此，此處之「最適合重新審理法院」，不必限於原因案件之最後一審裁判法院。

以本聲請案而言，111 年憲判字第 8 號判決係以法院未使丙陳述意見為由，認定系爭裁定三違反憲法上正當法律程序。惟在論述系爭裁定三違反憲法上正當法律程序時，111 年憲判字第 8 號判決指出：「**系爭裁定二關於未成年子女丙最佳利益之判斷，……抵觸憲法保障未成年子女丙人格權及人性尊嚴之意旨。又未於裁定前使未成年子女**

² 當然，在計算憲訴法第 59 條第 2 項之 6 個月不變期間時，仍應以最後一審裁判送達翌日為準。

³ 相同見解，請參閱 Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3 Aufl., 2020, §90, Rn.183f..

丙有陳述意見之機會，……，侵害丙受憲法正當法律程序保障之權利。系爭裁定三仍予維持系爭裁定二前開見解，亦應認為與憲法維護未成年子女最佳利益，保障……正當法律程序原則，有所抵觸，……應予廢棄……」（111年憲判字第8號判決理由欄第62段）。

明顯可見，111年憲判字第8號判決認系爭裁定三之所以抵觸憲法之原因，主要乃因系爭裁定二有違反憲法保障未成年子女人格權、人性尊嚴及正當法律程序情事，且系爭裁定三係在此基礎上維持系爭裁定二，從而在結論上指摘系爭裁定三抵觸憲法。申言之，本判決先從形式上認定僅系爭裁定三屬「確定終局裁判」，卻隨即實質上審酌系爭裁定三之下級審裁定（即系爭裁定二），尚屬迂迴。

2. 從貫徹人民基本權看憲訴法第59條之「確定終局裁判」

貫徹人民之基本權，乃憲訴法有別於大審法而創設裁判憲法審查之立法目的，此觀憲訴法第61條第1項規定自明。

然而，本件聲請案，僅選擇以系爭裁定三為憲訴法第59條所稱之「確定終局裁判」，從而僅廢棄該裁定，不一併廢棄系爭裁定一、二。此種作法，必將發生延滯聲請人及丙基本權之貫徹。

詳言之，111年憲判字第8號判決係以法院於處理本件暫時處分程序過程中，未使丙有陳述意見之機會，而指摘確定終局裁判抵觸憲法。從而，系爭暫時處分裁定經憲法法庭廢棄發回後，受發回之管轄法院即應重啟程序，聽取丙之意見。此時，作成系爭裁定一、二之事實審法院，亦即本案之臺北地方法院（不論第一審或第二審），始有權限直接聽取丙之意見，並儘速重新認定乙父之暫時處分聲請是否應予允許。至於最高法院，則因其為法律審，在本案經發回後，並無權限直接聽取丙之意見。因此，111年憲判字第8號判決廢棄系爭裁定三，並發回給作成該裁定之最高法院後，最高法院僅得廢棄系爭裁定二，發回給作成系爭裁定二之臺北地院，再由臺北地院依最高法院發回意旨辦理。

兩相比較，由本件原因案件之第一審或第二審法院直接依111年憲判字第8號判決意旨，使丙有陳述意見之機會，逕行聽取意見，遠

比最高法院依本判決意旨廢棄第二審裁定並發回第二審法院，再由該第二審法院聽取丙意見，更屬訴訟經濟，並迅速貫徹聲請人及丙之基本權。

3. 小結

綜上，依憲訴法第 59 條第 1 項之文義，系爭裁定一、二、三，均得為該條項所稱之「確定終局裁判」，而可列為本件裁判憲法審查之標的。考量憲訴法第 62 條第 1 項貫徹人民基本權之立法意旨，更應一併廢棄系爭裁定一、二、三，並發回給作成系爭裁定一或二之一審或二審法院，諭知其應使丙有陳述意見之機會，再就乙父於原因案件所提暫時處分之聲請，重為適當之裁定。

貳、本案聲請人應受憲法保障之權利因系爭裁定一、二及三而受限制

本案聲請人為系爭裁定一、二、三所指之相對人；依該三裁定，聲請人應將丙交付於乙父，且丙在義大利居住期間，聲請人每半年僅得與丙在臺灣同住二週；丙不在臺灣而在義大利時，聲請人如欲與丙以書信、通訊軟體或電話等方式聯絡，需不影響丙之日常作息。是聲請人該當憲訴法第 59 條第 1 項所稱「受不利確定終局裁判之人民」，自屬無庸置疑。

然而，或許有人懷疑，聲請人受憲法保障之基本權，有無因系爭裁定一、二及三，而受限制，從而得就該三裁定聲請裁判憲法審查？

應先肯定者，人民依憲訴法第 59 條規定，就其所受之不利確定終局裁判聲請裁判憲法審查，應以該確定終局裁判限制其憲法所保障之基本權為要件。

在本案，聲請人乃丙之親生母親，是依民法第 1084 條第 2 項規定，聲請人對丙有保護及教養之權利與義務。聲請人對丙之保護及教養之權利，卻因系爭裁定一、二及三而明顯受限制。

民法第 1084 條第 2 項所定之「保護與教養之權利」，不僅受民法保障，亦為憲法第 22 條所保障之憲法上權利。一個國家，或許沒有法治國意義下之憲法；但任何國家，絕對不欠缺父母子女間之人倫關係與親情。法治國家之憲法，對於此種人倫關係與親情，不論有無

明定，均應予以保障。

再者，法治國中，法院當然得以裁判限制父母一方甚或雙方保護及教養其未成年子女之權利。但若法院裁判所為之限制，有不符子女最佳利益，而違反憲法正當法律程序等情事時，除對未成年子女構成侵害其受父母保護與教養權，及其人格權等憲法上權利外，亦同時侵害父母保護與教養其未成年子女之憲法上權利。

反之，對於前述有違反憲法情事之法院裁判，若堅持僅該未成年子女之憲法上權利受侵害，至於父或/及母，因非該最佳利益之權利主體，從而父或/及母固為受不利裁判之當事人，但「無權主張其未成年子女之憲法上權利」，是父或/及母自不得聲請裁判憲法審查（參見本案五位大法官提出之不同意見書第[2]至[5]段），則本席除感嘆憲法高度之懸疑莫測外，或許該向一般民眾請問孰是孰非了！

況且，在法院酌定或改定父母對於未成年子女之親權事件中，不論其為暫時處分之裁定或本案之裁判，受裁判之雙方當事人，必然為父母，不可能為未成年子女。因此，一切酌定或改定親權之裁判，不問其為暫時處分裁定或本案裁判，縱有違反子女最佳利益而抵觸憲法基本原則情事，該個案之未成年子女，因非為裁判之當事人，不得對該裁判聲請裁判憲法審查；而依前開不同意見之看法，受不利裁判之父或母，又因「無權主張其未成年子女之憲法上權利」，而亦不得對該裁判聲請裁判憲法審查。

準此，在前開不同意見之下，所有酌定或改定父母親權之法院裁判，縱有違反子女最佳利益而抵觸憲法情事，仍均豁免裁判憲法審查。試問：如此豁免特權，有何憲法依據？

美國著名大法官 Oliver Wendell Holmes, Jr.之傳世名言「法律之生命不在邏輯，而在經驗」(The life of the law has not been logic: it has been experience.)，再度令人警惕。立法者及法官，應隨時切記：法律及裁判，不得與人民之常識認知及真正需求脫節。

參、系爭裁定一、二及三皆有違反憲法正當法律程序情事

依本席看法，111年憲判字第8號判決僅以系爭裁定三為審查標

的，尚待商榷，固如前述。惟本判決以詳盡理由論述系爭裁定三有下列違反憲法情事：（1）關於未成年子女最佳利益之判斷，與憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，有所抵觸（請看本判決理由第 26 至 47 段）、（2）就未成年子女意見陳述權之判斷，亦與憲法正當法律程序之保障，有所抵觸（請看本判決理由第 48 至 61 段），本席均敬表贊同。茲僅就系爭裁定一、二及三，未使丙陳述意見，違反憲法正當法律程序部分⁴，再略為闡述。

法院在裁判父母對於未成年子女權利或義務之行使或負擔時，應以子女之最佳利益為最高準則，經立法者一再耳提面命，不厭其煩明文規定（民法第 1055 條之 1；家事事件法第 1 條、第 106 條第 1 項、第 109 條、第 110 條第 1 項、第 111 條第 5 項、第 194 條）。尤應強調者，隨著觀念改變，未成年子女已非父母得任意處分之「資產」，而係得決定自己權利之「主體」。因此，法院於為前述裁判時，應使未成年子女有表達意願或陳述意見之機會（家事事件法第 108 條第 1 項）。

前開未成年子女最佳利益之準則，在法院就父母對於未成年子女權利或義務之行使或負擔，為本案裁判或暫時處分裁定時，均應絕對遵守⁵。如有違反，則不僅侵害未成年子女之人格權及程序主體權，且妨害父母之親權，從而即有可能構成裁判違憲情事。

在本件暫時處分程序過程中，系爭裁定一、二之承審法院，從未讓丙有陳述意見之機會。對此，系爭裁定三並無任何指摘。

系爭裁定一，作成於 108 年 10 月 31 日。該裁定雖曾參酌義大利檢察機關於 107 年 11 月 5 日指派之兒童神經病學醫生 Dr. Camerini 所提出之訪視報告（參見該裁定，理由四，（三）），但其主要裁判

⁴ 德國聯邦憲法法院亦曾在一般法院裁定親權程序事件中，認該法院因未聽取子女之意見，致其裁判違憲。詳見 *Beschluß des Zweiten Senats vom 29. Oktober 1998- 2 BvR 1206/98, Rn 60.*（參見該院網站：https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/10/rs19981029_2bvr120698.html）

⁵ 此為本案 111 年 5 月 3 日說明會上，憲法法庭邀請之林秀雄、沈冠伶、戴瑀如、林沛君 4 位教授在當日說明時之一致看法。參見該日說明會紀錄。

理由為：「聲請人趁與丙在義大利會見交往機會，以丙護照遺失為由申請補發，逕攜丙返臺，構成1980年「國際兒童誘拐之民事責任公約」第3條所定，及1996年海牙公約第7條第2項所繼受之「不法移送或留置」（即國際兒童誘拐，international child abduction）。」（參見該裁定，理由六，（二）至（五））。

查，Dr. Camerini 訪視時，丙（103年2月出生）僅4歲餘，且在義大利生活僅1年多，在意思能力及語言能力上，能否以義大利文或英文陳述自己之意見，已經十分可疑。縱使置此不問，系爭裁定一主要係從懲罰聲請人立場，為暫時處分之裁定。惟懲罰父母之一方或雙方，顯然並非子女最佳利益所應審酌，故系爭裁定一是否不違反子女最佳利益而牴觸憲法，實可質疑。

系爭裁定二，作成於110年10月27日，距系爭裁定一作成後將滿2年，卻仍僅一再援用系爭裁定一之論述，並泛稱系爭裁定一已衡酌未成年子女利益，即駁回聲請人之抗告。

按家事事件法第94條第1項前段明定：「抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。」丙，即為此之關係人，且其在系爭裁定二作成之前，已經滿7歲，依家事事件法第14條第2項，除法律別有規定外，就有關其身分及人身自由之事件，有程序能力。但系爭裁定二之法院，就有關決定丙親權之暫時處分，仍未使丙有陳述意見之機會。

查，系爭裁定一作成後，該裁定之聲請人乙父立即聲請法院強制執行（臺灣臺中地方法院109年度司執字第11967號執行事件）。在此強制執行程序中，司法事務官曾於110年5月7日詢問丙：「是否會想回義大利？是否會想念義大利的同學及爺爺？」、「是否會期待與父親見面？」丙均以「搖頭」回答。司法事務官又詢問：「爸爸也很愛你，為什麼搖頭？」丙回答：「跟爸爸視訊見面就可以了，比較想跟媽媽在一起。」以上詢問及回答，均係司法事務官先請該執行事件之債務人（即111年憲判字第8號判決之聲請人，亦即乙母）暫先離庭之下所為，此有當日之執行筆錄可稽。

依據前開執行筆錄，明顯可見，丙（當時已滿 7 歲，具備家事事務之程序能力，且華語能力充足），已可在自由意思下陳述意見。系爭裁定二之承審法院，既然曾參酌前開執行筆錄（見該裁定，理由六，（三）），卻就丙向司法事務官所陳之前述意見，全然置之不問，反而機械式地援用系爭裁定一所援引、作成於丙 4 歲時之 Dr. Camerini 訪視報告（見系爭裁定二，理由六，（三））。準此，系爭裁定二有無嚴重違反家事事件法第 94 條第 1 項前段規定表彰之憲法正當法律程序，尚須浪費唇舌爭辯？

至於家事事件法第 91 條第 4 項但書所定：「抗告法院認為不適當者，不在此限」，係指例如未成年子女因年幼或其他原因，致不能親自陳述意見，或為避免暫時處分無法達到實際效用等情形⁶。系爭裁定二就其為何未使丙有陳述意見之機會，並未指明係本於該但書所稱「使丙陳述意見為不適當」，更彰顯該裁定不符同條項前段在酌定或改定子女親權之事件中，為保障未成年子女之基本權，而明定之正當法律程序。

至於系爭裁定三在保障未成年子女陳述意見上，亦有違反憲法正當法律程序情事，業經 111 年憲判字第 8 號判決詳細指明（見本判決理由第 48 至 61 段），本席並無補充。

肆、結論

父母之一方，甚至雙方，為行使對未成年子女之權利，以對方為對造而訴諸法院時，不論法院裁判結果為何，對父母雙方及所涉及之未成年子女，皆為傷害。因為，爭得親權之一方父或母，未必贏得未成年子女之心；喪失親權之他方母或父，則有椎心之痛。未成年子女，更是手足無措；即使當時因係強裸或稚童而不知傷痛，將來仍必懷恨為何欠缺父愛或母愛。

下酌定或改定親權裁判之法官，亦經常處於無奈，甚至隨同痛苦。個案裁判，本席深信，大都恪遵子女最佳利益原則。但當偶爾忽

⁶ 參見本案邀請之專家學者沈冠伶教授 111 年 5 月 3 日說明會之答詢。

略該原則而侵害人民基本權時，例如系爭裁定一、二、三未依循使子女有陳述意見機會之要求，在憲訴法施行後，此類裁判即應接受憲法法庭之審查。

附帶一提，憲訴法施行後，其實不必諱言「裁判憲法審查乃第四審」。但應特別澄清者，此之第四審，並非來者不拒，而係僅在裁判適用法律所持見解，違反憲法而嚴重侵害受不利裁判當事人之基本權時，始會啟動⁷。憲訴法第61條第1項，就裁判憲法審查，設有聲請案件「具憲法重要性，或為貫徹人民基本權所必要之門檻」，可資控管⁸。就此而言，與其稱之為「一般之第四審」，不如視之為「憲法之特別審」。

111年憲判字第8號判決，乃憲訴法施行後，第1件裁判憲法審查案件。又因事涉跨國父母交付子女事件之暫時處分，更是增添許多無謂爭議。本席不敢奢望甲母、乙父及丙間之親權掙扎，將因本判決而圓滿落幕，僅願祈求恩慈重新洗滌三人心靈，並讓傷害降至最低。

⁷ 裁判憲法審查，其類型可分為裁判解釋法律違憲及裁判涵攝事實違憲。前者，如法院裁判對刑法之解釋逾越文義範圍、誤以為民法概括條款與憲法無涉，或未作合乎憲法意旨之解釋。後者，指法院裁判在個案中之事實涵攝不符憲法意旨；例如認定某言論是否構成侮辱時，未就言論自由與名譽權進行權衡。詳見，許宗力大法官，裁判憲法審查—受理標準與比較法案例分析，2021年7月12日，司法院主辦「憲法訴訟制度專題演講」講義第5頁。

⁸ 此項門檻要件，乃仿效德國聯邦憲法法院法第93條之1而定。參見，Lenz/Hansel原著，林明昕等翻譯，德國聯邦憲法法院法逐條釋義，司法院印行，2021年12月初版，§93-1，邊碼32以下。

不同意見書

林俊益大法官
張瓊文大法官
黃昭元大法官
楊惠欽大法官
蔡宗珍大法官
共同提出

本席等認本件聲請案不符憲法訴訟法所定相關聲請要件，應全部不受理；即便部分受理，受理部分之裁定亦未抵觸憲法，本件聲請無理由，應予駁回。對於多數意見所支持之判決主文及理由，均難以認同，爰共同提出不同意見書如下：

壹、本件聲請應全部不受理

[1] 本號憲法法庭判決（下稱本號判決），係因跨國父母就改定對未成年子女權利義務之行使或負擔事件（下稱改定親權事件），聲請人對須交付子女於他方，他方並得於一審裁定作成前，攜未成年子女出境至義大利同住等之暫時處分（臺灣臺北地方法院 108 年度家暫字第 46 號民事裁定，下稱系爭裁定一）不服，提起抗告、再抗告，分別經臺灣臺北地方法院 108 年度家聲抗字第 122 號民事裁定（下稱系爭裁定二）、最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定（下稱系爭裁定三）予以駁回。聲請人遂依憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項規定，就系爭裁定一至三聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。惟本件聲請與憲訴法所定要件不合，應不受理，理由如下：

一、具體敘明其基本權利遭受侵害，乃人民聲請裁判憲法審查之要件

[2] 按憲訴法第 59 條第 1 項規定固未如司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款明文規定，依據該條聲請法規範憲法審查者，應以「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」為要件，惟由該條之立法理由可知，其規定意在擴張大審法第 5 條第 1 項第 2 款僅以法規範為憲法審查對象之憲法保障侷限性，使憲法審查之對象擴及於裁判，而將大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定人民得聲請之法規範違憲

審查，併同裁判同為規定，使侵害人民憲法上權利之裁判亦得受憲法審查。故憲訴法第 59 條第 1 項雖未明文規定應以「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」為要件，解釋上亦當然為人民聲請裁判憲法審查之合法性要件之一。是人民依憲訴法第 59 條第 1 項規定，就其依法定程序用盡審級救濟案件所受之不利確定終局裁判，聲請為裁判憲法審查者，須符合其基本權利遭受該不利確定終局裁判侵害，致抵觸憲法之要件。

[3] 此一聲請合法性要件，固以聲請人主張或釋明其有特定憲法上權利遭受侵害為已足，並不以客觀上之實體證明為必要，惟該等基本權利遭受侵害之情形，依其所訴之事實，須客觀上有形成之可能，而非顯然不成立或得排除其發生之可能性者。聲請人尤不得以不利確定終局裁判違法為由，聲請裁判憲法審查。

二、本件聲請未具體敘明其究有何等基本權利遭受相關裁判之侵害，不合聲請裁判憲法審查之要件

[4] 綜觀本件聲請裁判憲法審查之理由，其中涉及基本權之主張者有二：一為未成年子女之各種憲法上權利，包含其正當法律程序之權利；一為聲請人之訴訟權。

（一）關於主張未成年子女之各種憲法上權利部分

[5] 查聲請人向本院提出之書狀，凡涉及基本權利之主張者，幾乎均著重於未成年子女各種基本權利（人格權、訴訟中陳述意見權或聽審權、受教權、健康權、最佳利益、身心健全發展、身分認同權等）之主張。然而，本件聲請人係以母親身分，聲請改定其未成年子女之親權行使，並進行後續有關暫時處分程序與抗告救濟程序，進而以自己名義提起本件聲請，其未成年子女並非系爭裁定一至三之當事人，亦非本件聲請之聲請人。子女（含未成年子女）於憲法上所享有之各種憲法上權利，尤其具人格權屬性之權利，其權利主體並不擴及子女之父母，是聲請人無權主張其未成年子女之憲法上權利。況親權酌定或改定事件涉及父、母及子女三方之關係，父母任何一方之利益，未必與未成年子女之利益一致，反而不排除有利益衝突之可能，故家事事

件之審理上，尚須輔以社工人員之訪視報告或家事調查官、程序監理人之調查報告，以及警察機關、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（民法第 1055 條之 1、家事事件法第 109 條規定參照），以確保未成年人之利益。由此可知，父或母並不能逕為主張未成年子女之基本權利，並據以聲請裁判憲法審查。

（二）指摘訴訟權受到侵害部分

[6]聲請人於裁判憲法審查補充理由（二）狀簡略提及其受憲法保障之訴訟權亦受侵害，其理由略謂：系爭裁定三認為關於義大利疫情是否適於未成年子女前往是再抗告程序才提出之新證據，非該院得審究，實已罔顧民事訴訟法規定，更已侵害聲請人三級三審之訴訟權益，使聲請人無異只剩下一級一審之程序保障等語。依其所述，聲請人顯然是針對系爭裁定三關於證據事實之認定與評價，且係指摘其違法性，是聲請人以此為由聲稱其訴訟權遭受侵害，其主張顯難以成立。

[7]綜上，本件聲請人未具體敘明其究有何等基本權利遭受相關裁判之侵害，與聲請裁判憲法審查之要件不合，本件聲請應不受理。然本號判決僅以「系爭裁定三為確定終局裁定」以及系爭裁定三合於憲訴法第 61 條規定所稱兩種情形，並自行認定「本件裁判憲法審查聲請，除涉及聲請人受憲法保障之親權外，亦涉及未成年子女丙○○受憲法保障之人格權及人性尊嚴之基本權利」，即認「系爭裁定三憲法審查之聲請，符合憲訴法第 59 條第 1 項及第 61 條第 1 項之規定，應予受理」，其受理之理由，不但嚴重混淆裁判憲法審查聲請之合法性要件審查事項與實體審查事項，於聲請案是否受理之審查時，即逕以憲法法庭依職權認定之實體審查基準（如聲請人並未主張之「聲請人受憲法保障之親權」）為據，論斷聲請案是否合於法定要件，且完全忽略人民聲請裁判憲法審查，應主張其基本權利遭受裁判之侵害而違憲之要求。作為憲訴法修正施行以來第一件裁判憲法審查判決，其對聲請裁判憲法審查之「聲請權能」（Beschwerde-befugnis）之忽視，實令人憂心！

貳、系爭裁定三未違憲，本件聲請無理由，應予駁回

一、本庭於裁判憲法審查之審查範圍

[8] 裁判憲法審查制度，非在使憲法法庭成為各級法院裁判之第四審或超級上訴審，而是為確保人民所享有之憲法基本權利確實受到法院之尊重與維護；正如同人民聲請法規範憲法審查制度下，憲法法庭係致力於確保人民所享有之憲法基本權利，確實受到法規範制定者之尊重與維護。因此，憲法法庭於裁判憲法審查程序所應審查者，係人民已用盡審級救濟案件之確定終局裁判是否抵觸憲法，亦即是否違憲侵害其憲法基本權利。就此而言，個案事實之認定與評價、個案所應適用法規範之解釋與適用、訴訟程序之進行等，原則上為各級法院之職權，非屬憲法法庭所應審查者。憲法法庭於裁判憲法審查所應審查之範圍，毋寧係法院對於相關法規範之解釋與適用，是否漠視或輕忽憲法基本權關聯性，或存有悖離相關基本權保障意旨之觀點或價值取向；且唯有法院就其據以為裁判基礎之法規範所為解釋與適用，包括所為利益衡量，是基於對基本權之意義與保護範圍之根本性錯誤之理解，並因此對系爭個案之裁判造成實質影響時，始達到應由憲法法庭以判決予以廢棄之違憲程度。

二、本庭於本件聲請案應審酌之基本權

[9] 本件聲請人並未有效主張其究有何基本權利遭受系爭裁定一至三之侵害，已如前述。然本件聲請既獲受理，本庭仍應依職權確定本件聲請案應審酌之基本權。由於親權改定事件必然涉及父、母及子女之三方關係，且父母雙方之立場往往存有極大衝突，而父、母及子女本即各基於其權利主體地位，享有相關憲法上權利之保障，從而本庭均應予以審酌論究。

[10] 父母所享有與子女有關之憲法上權利，主要即為受家庭權所保障之父母對未成年子女之教養權。憲法第 22 條所保障之家庭權，除保障父、母與子女有自主組成與發展家庭生活之權利外，亦保障父、母對其未成年子女之教養權。父與母非共同生活時，只要其有與子女建立家庭之意願，即得分別與子女組成與發展家庭生活，並分別享有家

庭權與未成年子女教養權之憲法保障。

[11] 憲法所保障之父母對未成年子女之教養權，其權利主體雖為父母，惟其權利保障內容及其界限，均以追求與實現兒童福祉與未成年子女之利益為最高指導原則。於父母雙方無法共同行使對未成年子女之教養權之情形，基於維護兒童福祉與利益，關於父母親權之行使，即須由立法者立法形成相關規範，包括爭議解決機制。就此而言，民法第 1055 條、第 1055 條之 1 及第 1089 條之 1 就未繼續共同生活達 6 個月以上之父母，關於其未成年子女權利義務之行使或負擔所為規定，性質上即屬對父母憲法上親權衝突調整之具體規定，是個案法官於適用該等規定以酌定或改定未成年子女親權之行使時，即須同時考量父、母雙方之憲法上權利地位、兒童福祉及子女利益等憲法基本權利保障與要求，以為利益衡量決定。此外，於父母雙方就其未成年子女之教養權行使立場不一致時，往往也引動其各自憲法平等權之保障，是平等權之保障亦應納入法院與本庭之審酌範圍。

[12] 就子女而言，其與父母之教養權直接相關之憲法上權利保障，乃亦受憲法第 22 條所保障之子女健全成長與人格發展權。此權利首先係子女針對國家權力之防禦性自由權，然國家亦負有確保其健全成長與人格發展不受第三人（包括其父母在內）之危害，並積極促成其實現之保護義務。此等憲法義務不僅係對立法者之要求，所有國家權力，包括法官在內，均應於行使職權時致力維護與落實其對子女健全成長與人格發展權之義務。

[13] 此外，親權酌定或改定事件係由法院審理裁判，父、母及子女三方均屬利害相關者，其相關程序基本權之保障，如正當法律程序亦應納入考量。

三、本件聲請案之審查標的及範圍

[14] 本號判決所受理之直接審查標的係最高法院針對抗告裁定所為之系爭裁定三（即再抗告裁定），間接審查標的則為受系爭裁定三依法審查之系爭裁定二（即抗告裁定），以及受系爭裁定二依法審查之系爭裁定一（即家事非訟事件之暫時處分）。於裁判憲法審查之情形，

上述裁定均因救濟審級關係而具有牽連關係，均應納為審查標的，非僅侷限於形式上之確定終局裁定，即系爭裁定三。

[15] 就本件聲請案之審查範圍（或稱審查密度）而言，由於系爭裁定二及三係系爭裁定一之抗告裁定，而系爭裁定一則涉及改定親權事件繫屬中之暫時處分核發事件，因此本庭就本件聲請案之審查範圍，即應考量家事事件暫時處分與本案事件間之特殊關係。

[16] 查暫時處分係於急迫情形下，為及時有效確保本案聲請所為之暫時權利保護方法，因此家事非訟事件暫時處分之核發法院及其抗告審查法院，首須考量是否有核發暫時處分之急迫性與必要性；就本件聲請案所涉之暫時處分（即系爭裁定一）而言，即是否有於家事非訟事件本案裁定確定前，就未成年子女之親權行使之父母一方、內容與方法等，為暫時指定之急迫性與必要性。

[17] 由於父或母聲請改定親權事件涉及父母對未成年子女親權行使既定狀態與規則之改變，亦即由父母共同任之改為父母一方任之，或由父母一方任之改由他方任之，因此，現實生活中，往往父母雙方與未成年子女早已未共同生活，甚至已無共同生活之可能。若於改定親權事件之本案程序進行中，父母之一方或雙方均向法院聲請核發暫時處分，以暫定親權行使規則者，通常更意味著父母已無共同任親權行使之可能，基於未成年子女之福祉與其最佳利益之考量，即可能有由法院以暫時處分暫定親權行使規則之必要；其內容通常是就本案裁定確定前之過渡時期，指定父母之一方暫任親權之行使及其方法等。然而，本案裁定確定時間難以預測，時間延宕愈久，隨著未成年子女日益成長與生活秩序之穩定化，暫任親權行使之父母一方，相較於他方，即愈可能與未成年子女建立更緊密甚至具排他性之親子關係與生活秩序，或獲得更有利之獨任親權條件，進而改變足以影響本案程序對子女最佳利益判斷之重要關聯因素。如此一來，法院於作成本案裁定所應優先審酌之未成年子女最佳利益之裁量、判斷空間，即可能無形間減縮，致使本案事件之「未成年子女最佳利益」之判斷基準，可能實質受到暫時處分之牽引與制約。

[18] 基此，改定親權事件暫時處分之核發及其暫時性親權行使規則之指定，法院除應基於兒童福祉與未成年子女最佳利益衡量、判斷未成年子女於本案裁定作成前之過渡時期之最佳利益外，更須為本案程序之未成年子女最佳利益之衡量、判斷，留下最大可能空間，避免為作成暫時處分而直接涉入本案程序對未成年子女最佳利益之評斷，反而導致危害未成年子女之福祉與最佳利益之結果。暫時處分之抗告法院與再抗告法院，亦應本於上開原則，審究親權改定事件暫時處分之合法性。是法院就改定親權事件暫時處分裁定之內容，如已適當考量未成年子女之最佳利益，並充分尊重與照顧到本案程序衡酌子女最佳利益之條件與空間者，其相關裁定（包括暫時處分裁定與抗告裁定）之作成，於此範圍內，即難謂違反憲法對兒童福祉與子女最佳利益之要求。

[19] 是本庭就系爭裁定一至三之審查範圍，應著重於該等裁定對相關法規範之解釋與適用，於父母雙方憲法上之子女教養權存有衝突之情況下，是否充分考量父、母及未成年子女三方之各該基本權立場、就個案中權利衝突之利益衡量，是否充分衡酌憲法上解決或調和該等權利衝突之首要基準，即兒童福祉與子女利益之要求。至於系爭裁定一及二就相關事實之認定與評價，以及對法規範之解釋、適用之見解，原則上非屬本庭審查之範圍。

四、系爭裁定三難認有牴觸憲法

本席等認為系爭裁定三難認有牴觸憲法之處，遑論已達應由憲法法庭以判決予以廢棄之違憲程度；本號判決據以宣告系爭裁定三違憲之主要理由，亟待商榷。理由分述如下：

- （一）系爭裁定一至三就法規範之解釋、適用及利益衡量，難謂存有對父、母及未成年子女基本權利及相關憲法原則之錯誤理解；亦未見有輕忽兒童福祉與未成年子女最佳利益保障之憲法要求之違誤

[20] 首先，系爭裁定三認定系爭裁定二並無適用法規顯有錯誤之違誤；其次，針對再抗告主張，系爭裁定三亦認定再抗告人（即本件聲

請人)所陳意旨,就家事事件法第91條第4項規定之解釋適用部分,難謂有適用法規顯有錯誤之情形,其餘所陳,則屬原法院取捨證據、認定事實當否,及理由是否不備、矛盾問題,均與適用法規顯有錯誤無涉等。由此可知,系爭裁定三無論係就系爭裁定二之審查部分,抑或自為相關法律之解釋與適用部分,均認再抗告無理由。而系爭裁定三自為法律之解釋與適用部分,除提起再抗告之要件規定(家事事件法第94條第2項規定參照)外,主要係針對家事事件法第91條第4項規定。對此,系爭裁定三除強調法院使未成年子女有表達意願或陳述意見之機會,應依子女年齡等不同情況為之外,特別引用家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第7條第2項所定,「法院核發……暫時處分,應審酌未成年子女之最佳利益,並應儘速優先處理之」,指明原法院取用與未成年子女之意願或陳述相關之證據資料等難認有違誤,客觀上可認係系爭裁定三基於未成年子女最佳利益所為評價與判斷;此等評價與判斷非屬憲法法庭審查之範圍,憲法法庭毋寧應予以尊重,更不生評價或裁量錯誤之違憲問題。

[21] 其次,就受系爭裁定三所審查之系爭裁定二而言,亦難認其有違背憲法所要求之未成年子女最佳利益之違憲疑慮。系爭裁定二首先指明其於暫時處分程序不應介入調查審理之事項:「……在改定未成年子女權利義務之行使或負擔事件裁定確定前,認有必要者,法院非不得依聲請或職權,斟酌子女之利益,為適當之暫時處分。至相對人是否有阻撓會面交往、是否非善意父母、未成年子女應由何人監護較符合子女最佳利益等各節,實屬本案酌定親權應調查事項,應由本案審理」。依此,系爭裁定二僅審查法院是否有以暫時處分,訂立本案裁定前,父母對其未成年子女親權行使依循之急迫性與必要性,並指明應斟酌未成年子女之利益,明確將未成年子女應由何人監護較符合子女最佳利益之問題,留待由本案法院審理調查。就此而言,其對暫時處分之核發所應適用法律之解釋,實難謂有漠視或悖離憲法所要求之兒童福祉或未成年子女最佳利益之裁量錯誤或評價謬誤。

[22] 此外,系爭裁定二雖有過度簡化系爭裁定一理由之嫌,惟無疑係

肯定該裁定內容之正當性，而系爭裁定一理由中，法院特別指出：「……本案改定親權事件之程序監理人已完成子女與相對人在臺灣部分之訪視，惟子女與聲請人之親子互動觀察尚未進行，故程序監理人宜於相對人交付子女完成後，赴義大利觀察子女與聲請人在自然情境中面對面接觸之親子互動，並就子女在義大利之生活與就學等環境加以評估，供本案親權裁判之審酌。依此，本院可預見本案一審在參酌雙方之訪視報告後，所為親權行使、主要照顧者及探視方式之裁定，自較本暫時處分更為完備，爰就第二項子女與聲請人同住義大利期間之屆至日定為一審裁定前；迨一審裁定後如有暫時處分之急迫及必要，再行斟酌變更暫時處分內容，俾符子女最佳利益。」明確指明基於子女最佳利益之考量，要求程序監理人應於子女隨同其義大利籍父親暫居義大利生活期間，親自赴義進行相關親子評估，供本案親權裁判之審酌，且明定子女與父親同住義大利之期限僅至一審裁定前，一審裁定後應重行考量是否有暫時處分之急迫與必要，以及斟酌變更其內容，目的應在於動態調整未成年子女最佳利益之判斷，以符合其最佳利益。此外，法院所為暫定親權行使之規劃，亦納入子女與母親之聯絡交往方式以及在臺灣相處時間等。由此可知，系爭暫時處分不但充分考量子女最佳利益而形成暫時處分內容，亦充分尊重與照顧到本案程序衡酌子女最佳利益之條件與需求，實難認系爭裁定一之認事用法存有悖離憲法相關基本權，包括父母家庭權、子女教養權、子女健全成長與人格發展權以及其中所蘊含之兒童福祉與子女最佳利益等保障意旨之錯誤，或對該等基本權利保障內容存有錯誤理解。從而，系爭裁定二維持系爭裁定一之內容而駁回抗告，亦難認有何違憲可言。

(二) 系爭裁定二就未成年子女最佳利益之判斷上，就繼續性原則之適用，以及作成系爭裁定一之暫時處分之必要性，均已本於相關基本權利之適當理解而為衡酌，難謂有本號判決所指摘之違誤

[23] 本號判決係就改定親權事件之暫時處分裁定，所為裁判憲法審查

之判決。依民法第 1055 條第 3 項及第 1055 條之 1 第 1 項規定，行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方得為子女之利益，請求法院改定之；且法院為此等事件之裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意第 1055 條之 1 第 1 項所列各款規定。另依家事事件法第 85 條第 1 項及同條第 5 項授權訂定之家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 2 條第 1 項本文、第 4 條、第 7 條第 2 項規定，就改定親權事件，於本案裁定確定前，法院審酌未成年子女之最佳利益，為確保本案聲請之急迫情形且有必要，得依聲請或依職權為適當之暫時處分。可知，關於改定親權事件之暫時處分裁定，我國實定法亦認應依未成年子女之最佳利益，就是否有為暫時處分之必要性及急迫性，暨暫時處分內容之適當性為審查，符合未成年人主體性及未成年子女最佳利益優先之要求（憲法第 22 條人格權保障及兒童權利公約第 3 條規定參照）。

[24] 又，所謂未成年子女之最佳利益係一不確定法律概念，雖民法第 1055 條之 1 第 1 項規定有明列尤應注意之事項，但依該條項所為「法院……審酌一切情狀，尤應注意……」之規範內容，足知所明列者只是就重要事項為例示，關於未成年子女最佳利益之審酌，仍應由法院就個案之一切情狀綜合判斷之，尚非僅限於法文所明列者。申言之，法院既不得僅依單一事項作為判斷未成年子女最佳利益之標準；並因未成年子女最佳利益之考量，係判斷如何之情狀方屬個案之未成年子女最佳成長環境；且既言成長環境，自包括人、地、事、物，而親權之酌定或改定又極可能涉及原成長環境之人、地、事、物之變動，加以此等事項之變動對未成年子女最佳利益之衡酌，不僅包括對個案之過去及現在相關事實之調查，尚有對未來之預測，而具有相當之個案性，是民法第 1055 條之 1 規定，除於第 1 項賦予法院審酌個案一切情狀之職權外，並於同條第 2 項就法院審酌子女最佳利益之證據調查，為其他專業人士輔助之規範，使法院得多面向了解個案情形，俾得為妥適之綜合判斷。然於法院就未成年子女最佳利益之判斷上，各種判斷未成年子女最佳利益之事項（如學理所稱之繼續性原則、尊重

子女意願原則、善意父母原則、父母適性比較衡量原則等)間，本應依個案具體情事及事件(如親權酌定或改定，本案裁判或暫時處分等)之特質，將各該事實情狀涵攝於上開未成年子女最佳利益判斷事項之內涵，並為不同比重之綜合判斷，而此核屬個案裁判之衡量評價範疇，除有嚴重誤認或悖離國家保護義務，而違背憲法所要求之未成年子女最佳利益之情事外，憲法法庭均應予以尊重。

[25] 系爭裁定二經系爭裁定三所肯認，就屬改定親權之本案，認有以暫時處分訂立依循之急迫性與必要性之理由，主要如下：(1) 本件之父親在對未成年女兒係共同監護下，違反與母之約定，將女兒提早帶返義大利，難認有何不法考量；而母在與父約定之攜女兒返回臺灣之日前，即聲請禁止父攜女兒出境(臺灣)等之暫時處分，暨父與女兒留滯義大利期間，兩造仍互有訊息往來聯繫；以及母藉父親同意其前往義大利探視女兒，以遺失女兒護照為由，逕將女兒帶回臺灣之行為不應被鼓勵。(2) 本件之女兒在義大利、臺灣均能適應良好。(3) 本件之父、母與女兒之親子聯繫及家族系統之支持均佳。(4) 本件之女兒在義大利已生活 1 年，適應良好，義大利已屬其之新慣居地。(5) 本件之父、母關於親權行使方式意見不一，對立嚴重，母並曾將審理中事件訴諸媒體，及在社群媒體公開播放關於女兒影片(詳參本號判決理由第 28 段)。而本號判決多數意見主要係以法院於酌定或改定跨國父母之一方行使或負擔對於未成年子女權利義務，應特別考慮未成年子女因慣居地之改變，所必須面臨之適應問題，作為判斷未成年子女最佳利益之重要因素；且認除非基於十分急迫而強烈之必要性，法院不能僅基於暫時性考量，即違反繼續性原則，為跨國父母交付子女事件之暫時處分。並以系爭裁定二就未成年子女最佳利益之判斷上，有應審酌之事項未審酌，而牴觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨。本席等尚難同意，爰分述如下：

1. 系爭裁定三維持系爭裁定二部分，尚無未審酌繼續性原則情事

[26] 按衡量未成年子女最佳利益之各事項中，學理上所稱之繼續性原則(照護之繼續性原則)，重視的是子女過去以來之照護狀況，即子

女以前原本之照護模式與生活環境能夠繼續維持。查系爭裁定一係於女兒丙○○經母自義大利帶返臺灣之1年內作成，並為義大利係丙○○新慣居地之事實認定。至系爭裁定二距系爭裁定一之作成時間雖相距近2年，然系爭裁定一之暫時處分係不待確定即具執行力，且抗告中亦不停止執行（家事事件法第87條及第91條規定參照），而個案之父乙○○就系爭裁定一亦有聲請法院強制執行（臺灣臺中地方法院109年度司執字第11967號交付子女強制執行事件），惟迄今猶在執行中。換言之，於系爭裁定二裁定時，系爭裁定一之暫時處分，雖經個案之父聲請強制執行，然迄未能執行，此期間女兒仍與母居住臺灣。而就此等事實，系爭裁定二與系爭裁定一裁定時相較，已有情事變更之情。

[27] 然系爭裁定二仍基於（5）部分之事實認定，即個案父母不僅已對親權行使方式對立嚴重，且當時主要照顧女兒之一方親權者即母親，又有不符未成年子女保護之情事，而認為未成年子女最佳利益，在改定親權之本案裁判前，有為暫時處分以供父母雙方遵循之急迫性與必要性；並綜合（1）至（5）之情事，即在考量丙○○在義大利、臺灣均適應良好，且義大利已屬丙○○之新慣居地等情狀下，除考量父母適性比較衡量原則外，並斟酌個案父母分居臺灣、義大利，有衡酌親子最大接觸原則之必要，即未同住親權者之探視及會面交往之酌定（民法第1055條第5項規定參照），而維持系爭裁定一所為暫時處分之諭知（暫時處分之主文參見本號判決理由第4段）。

[28] 綜觀系爭裁定二所持之上述理由，可認關於（1）及（3）部分，應係分別針對個案父、母之保護教養子女態度、意願、能力及支持系統等父母適性比較衡量原則之判斷；另關於（2）及（4）部分則涉及繼續性原則之衡量。且觀諸系爭裁定二有為臺灣臺中地方法院109年度司執字第11967號交付子女強制執行事件執行筆錄之援引，及系爭裁定三所為系爭裁定二有調閱該執行筆錄之認定，應得認系爭裁定二之法院於裁判時，已瞭解甲○○有未依系爭裁定一將女兒交付父親，及於系爭裁定一裁定後，雖經父親聲請法院為交付子女之強制執行，

亦迄未能執行及女兒在上述執行筆錄所表達之意願等事實，惟系爭裁定二仍以女兒在義大利已生活 1 年，適應良好，且與義大利親族間之聯繫及家族系統之支持均佳等由，維持義大利為新慣居地之認定，可認系爭裁定二係於綜合前述（1）至（5）等因素下，降低前述之情事變更事實在繼續性原則考量上之比重，尚無就未成年子女最佳利益之審酌上，未考量繼續性原則之情。

[29] 至系爭裁定二就個案未成年子女最佳利益之考量，關於繼續性原則之衡酌上，雖未就個案有關因未依系爭裁定一履行所致情事變更事實，降低在繼續性原則涵攝比重上之情事，詳予論述，有過度簡化系爭暫時處分裁定理由之嫌，但尚難謂存有悖離國家基於人格權保障而生之保護義務觀點，而有違反憲法所要求之未成年子女最佳利益之裁量錯誤或評價謬誤。故本號判決多數意見以系爭裁定二未考量系爭裁定一作成後之情事變更事實，而認其就繼續性原則，有應審酌而未審酌之違反未成年子女最佳利益情事一節，實質上已具認定事實後代為涵攝判斷之嫌，而有是否逾越裁判憲法審查界限之疑慮。

2. 系爭裁定三維持系爭裁定二部分，尚無就暫時處分之必要性，未審酌未成年子女最佳利益情事

[30] 按「法院就已受理之家事非訟事件，除法律別有規定外，於本案裁定確定前，認有必要時，得依聲請或依職權命為適當之暫時處分。」
「第一項暫時處分，得命令或禁止關係人為一定行為、定暫時狀態或為其他適當之處置。」家事事件法第 85 條第 1 項本文及第 3 項分別定有明文，而家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 4 條則規定：「暫時處分，非有立即核發，不足以確保本案聲請之急迫情形者，不得核發。」可知，關於改定親權事件之暫時處分，依我國目前之實定法規範，其暫時處分內容，既無不得准未成年子女隨一方親權人暫時離開原居住地之規定，至就應否准暫時處分之要件，雖有急迫性、必要性及適當性之要求，但亦無如為未成年子女隨一方親權人暫時離開原居住地之暫時處分，另須符合「十分急迫而強烈之必要性」之規範。此外，如本件之改定親權事件之暫時處分，係應依未成年子女最

佳利益，就是否有為暫時處分之必要性及急迫性，暨暫時處分內容之適當性為審查，已詳述如前；至繼續性原則，核屬綜合判斷未成年子女最佳利益之多種事項之一，且依前開關於未成年子女最佳利益內涵之說明，於具體個案之衡酌上，尚無某一事項之考量係具絕對重要性地位，始符國家基於對未成年子女之人格權保障所生保護義務之要求，加以依前述民法第1055條之1第1項規定之立法體例，及增列同條項第6款之立法理由，益證於我國實定法上，亦無法院為未成年子女最佳利益之審酌時，繼續性原則應具絕對重要性地位之意旨。是本號判決多數意見未說明有何憲法上之依據，即謂：除非基於十分急迫而強烈之必要性，不能僅基於暫時性考量，違反繼續性原則，使未成年子女離開原慣居地而移居他國，否則即屬違反憲法保障未成年子女最佳利益之意旨（詳見本號判決理由第42段），實難以贊同。

[31] 此外，如上所述，系爭裁定二係因認個案之父母，不僅對親權行使方式對立嚴重，且當時主要照顧女兒之一方親權者即母親，又有不符未成年子女保護之情事，乃認於改定親權之本案裁判前，有以暫時處分暫定未成年子女之親權行使內容，以供父母雙方遵循之急迫性及必要性；亦即系爭裁定二維持系爭裁定一之暫時處分，不僅已說明何以有為暫時處分之急迫性及必要性，且其所以認有以暫時處分，酌定雙方親權人行使親權之依循方式，更是基於未成年子女最佳利益之考量。惟本號判決多數意見以繼續性原則在交付未成年子女之暫時處分上，具絕對重要性地位為前提，認系爭裁定三維持之系爭裁定二，有應審酌而未審酌個案父母對立嚴重及母親之公開播放未成年子女影片等情事，是否已至須使未成年子女暫時離開現居之臺灣而移居義大利，始符子女最佳利益之必要性一節，實質上已係介入具體個案相關事實與未成年子女最佳利益應審酌之各種事項間，應如何涵攝，始合於該個案未成年子女最佳利益之暫時處分必要性之要求，亦有是否逾越裁判憲法審查界限之疑慮。

（三）系爭裁定三有關正當法律程序之法律見解及適用結果並未違憲

[32] 本號判決多數意見認為系爭裁定三就家事事件法第 91 條第 4 項所定，暫時處分裁定之「抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。」（在本案即未成年子女陳述意見之機會），所持法律見解，與憲法正當法律程序之保障，有所抵觸，並據以為宣告系爭裁定三違憲之理由之一。本號判決理由書第 56 段引用家事事件法第 108 條第 1 項規定，認為其所要求之法院應「使」未成年子女陳述意見，「係於審理法院主導下，於法庭內、外向審理法院為之，使其所陳述之意見得受審理法院直接聽取，……不得因法院已選任程序監理人，或程序監理人已為陳述，即可取代未成年子女之陳述。……於未成年子女有陳述意見之能力時，應使未成年子女有陳述意見之機會……」

[33] 本席等認為：上述判決理由所稱「於未成年子女有陳述意見之能力時，法院應直接聽取未成年子女陳述意見」之要求，不論是在法律或憲法解釋上，均非正當法律程序所必然要求之規範誠命，而難以成為宣告系爭裁定三違憲之憲法依據。

[34] 先就法律解釋而言，本號判決多數意見所引用之家事事件法第 108 條第 1 項規定法院應「以適當方式」，使子女有陳述意見之「機會」，並未強制要求法院必須直接、親自聽取子女之陳述意見，與同法第 91 條第 4 項但書之立法意旨相近。顯見立法者亦明文容許，並授權法院得斟酌個案情形，而為最適當之處理，以免損及子女最佳利益。換言之，縱使引用家事事件法第 108 條第 1 項規定，亦無從導出同法第 91 條第 4 項所定之抗告法院有「親自並直接聽取」子女陳述意見之程序義務。系爭裁定三認抗告法院「縱未於法庭內詢問丙○○，尚難認有何違反上開規定之情形」，從而維持抗告法院之二審裁定，實無違法之處，更無違憲可言。

[35] 退一步而言，縱使如多數意見所稱，家事事件法第 108 條第 1 項規定確係要求「於未成年子女有陳述意見之能力時，法院應直接聽取未成年子女陳述意見」，因此同法第 91 條第 4 項於適用時亦應為相同解釋。就解釋方法而言，這其實是以體系解釋的方法，協調並整合家事事件法第 91 條第 4 項與第 108 條第 1 項規定之解釋，難以稱

得上是憲法解釋。而如此解釋結果也只是法律所定之程序要求，並不當然即屬憲法上正當法律程序之必然要求。

[36] 再就憲法解釋而言，憲法上正當法律程序原則之核心內涵固包括當事人之陳述意見及事後救濟。但有關陳述之方式、時間、地點等具體安排，或事後救濟之機關及審級等，則多容許立法者有以法律為第一次決定之適當形成空間。本庭向來亦認為：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之適當程序」（司法院釋字第 689 號、第 710 號解釋參照），亦屬同旨。

[37] 以司法救濟所應遵循之正當法律程序而言，則應區別民事、刑事或行政訴訟等不同類型，而有不同密度之正當程序保障。一般而言，刑事訴訟因涉及被告之生命、自由、財產等重要權利，其程序保障密度最高，例如刑事被告於事實審之最後（言詞）陳述權。就涉及私權爭議之民事訴訟程序而言，其受憲法拘束之程序保障密度相對較低，而容許法院有一定之權衡空間，未必一定要直接並親自聽取當事人之言詞陳述，甚至得考量效率、成本等因素而為迅速之決定。至於憲法訴訟，不論是過去大審法或現行憲訴法，亦均未將本庭應直接聽取當事人以言詞陳述意見列為憲法訴訟之正當程序要求，自不待言。

[38] 特別是在具有緊急性之保全程序，其程序密度自不可能與一般訴訟程序完全相同，而應有較大之程序彈性及個案權衡空間。因此不論是民事訴訟法第 538 條第 4 項就定暫時狀態之處分，或家事事件法第 91 條第 4 項就家事非訟程序暫時處分之抗告，固均規定應使當事人或關係人有陳述意見之機會，但也都設有例外規定，容許「法院認為不適當者，不在此限。」又如本庭於作成本件 111 年度憲暫裁字第 1 號暫時處分裁定前，亦不曾使因此受有不利之父方有任何以言詞或書面陳述意見之機會，而僅以書面審查程序，並依一方之陳述，即據以作成上述裁定。此亦係本庭考量程序之急迫性等因素後所為之決定，應為憲法正當法律程序所許。

[39] 就涉及子女之親權改定事件而言，其程序是否正當，則應考量子女最佳利益。然有關應否及如何使子女陳述意見，始符合子女最佳利益之權衡判斷，更涉及事實審法院之事實認定，並非單純之法律解釋或憲法解釋問題。縱使未成年子女看似已有陳述意見之能力，但如為避免子女於各審級法院反覆陳述，或避免子女被迫要在陌生的法官面前就其父母選邊站，致有忠誠義務之兩難，或需由專業人士協助確保並確認子女之陳述係出於其真實、自主意志，並未受到父、母或其他人之誤導或片面影響，或依專業人士之建議，不適合由法院親自並直接聽取等情形，本即應容許法院於權衡上述各項事實因素後，有一定的個案裁量餘地，始可能作出正當且適當之程序決定。

[40] 查本案所涉未成年子女丙○○於系爭裁定一作成時約 5 歲半，系爭裁定二作成時約 7 歲 8 月大，系爭裁定三作成時剛滿 8 歲。如以最後事實審之系爭裁定二為基準時，該未成年子女於當時是否確有陳述意見之能力及意願？如何排除他人對該未成年子女之可能不當影響，以確保其陳述確屬其真實自主之意見？由法院直接親自聽取其言詞陳述，是否反會對其最佳利益造成負面影響？在在均涉及事實認定，應由事實審法院綜合個案情形，而為最符合子女最佳利益之判斷。此實非法律審之系爭裁定三法院或憲法審之本庭，所應或所能取而代之並自行認定之事項。

[41] 再者，於 108 年 10 月 31 日作成之系爭裁定一早已命母方交付該未成年子女予父方，此裁定並有執行力。與該未成年子女實際生活之母方是否願冒上述被執行之風險，而攜其子女於法官面前直接陳述，亦屬當時審理法院所面對並需考量之因素。按臺灣臺北地方法院就本號判決原因案件之親權改定本案程序，於 111 年 1 月 6 日作成之 107 年度家親聲字第 212 號民事裁定即明確指出：甲○○（即母方）帶丙○○回臺後，「一度連法院都無法知悉丙○○去向，甚而連法院裁定甲○○應交付丙○○予乙○○後，迄今仍未遵守法院裁定交付子女」。是作成系爭裁定二之法院當時之所以未直接聽取該未成年子女之言詞陳述，實已涉及諸多複雜之事實因素，而非單純之法律或憲法

規範之解釋適用問題。對於此等事實基礎，本庭實應尊重事實審法院之認定，不宜取而代之，甚至逕行假設事實且據以為憲法判斷。

[42] 以本案而言，本席等認為：縱認未成年子女之陳述意見機會受憲法正當法律程序之保障，然此項子女權利是否當然屬本件聲請人（母方）本身之憲法上權利，而得據以為聲請判決之依據，已不無疑問。在憲法解釋上，更難逕從憲法正當法律程序原則推導出多數意見所持：於未成年子女有陳述意見之能力時，法院就必須「直接」、「親自」聽取其「言詞」陳述，始屬合憲之結論。本號判決多數意見之上述結論，無異是將法律所定子女陳述意見之「機會」，提升為絕對性的憲法要求，不僅嚴重壓縮甚至完全排除子女最佳利益原則所需之個案權衡空間，也等於是宣告家事事件法第 91 條第 4 項規定但書之「法規範」違憲，而不只是系爭裁定三之「裁判」違憲。

[43] 又家事事件法第 16 條第 2 項規定：「程序監理人有為受監理人之利益為一切程序行為之權，並得獨立上訴、抗告或為其他聲明不服。程序監理人之行為與有程序能力人之行為不一致者，以法院認為適當者為準。」同條第 3 項更明定：「選任之程序監理人不受審級限制。」可見程序監理人在家事事件程序之特殊地位。本號判決多數意見在理由書第 56 段卻認為：「……不得因法院已選任程序監理人，或程序監理人已為陳述，即可取代未成年子女之陳述。……」並據以為宣告系爭裁定三違憲之理由之一。如此見解，無異同時質疑甚至宣告上開家事事件法第 16 條第 2 項及第 3 項規定實質違憲，而不只是宣告系爭裁定三違憲而已。本號判決多數意見之上述見解，對於現行家事事件法之整體規範架構及實務運作，勢必有超越本案原因案件之廣泛、嚴重之不利影響。

[44] 綜上，本號判決多數意見有關係爭裁定三違反憲法上正當法律程序原則之見解，就法律解釋而言，顯然已背離家事事件法相關規定之立法意旨；又逕以本庭之法律解釋取代最高法院於系爭裁定三就此爭點所持之法律見解，因而不當干預家事法院於審理個案時之法律解釋權；甚且以事實審法院自居，先自行認定子女已有陳述意見之能力，

且無其他不適合直接陳述之情事，因此要求審理本案原因案件之最終事實審（即系爭裁定二）法院必須直接聽取未成年子女之陳述意見，更是間接干預家事法院於個案解釋適用上述規定時所須先為之事實認定，從而混淆憲法法院與各級法院間之權限分際。再就憲法解釋而言，多數意見以僅具法律位階之家事事件法第 108 條第 1 項規定為其憲法解釋之依據，進而要求法院必須踐行上述程序義務，並據以宣告系爭裁定三違憲，實已剝奪家事法院於審理時應有之個案權衡空間，過度干預家事法院之個案裁判結果。而多數意見所創設之上述毫無彈性之程序義務，實在是本席等所不認識，也不確定是否正當的法律程序要求。

[45] 又以多數意見所持之違憲理由觀之，本號判決除了宣告系爭裁定三之「裁判」違憲外，其實也幾近於同時宣告家事事件法第 91 條第 4 項但書、第 16 條第 2 項及第 3 項有關程序監理人地位規定之「法規範」均實質違憲。其對家事事件相關制度所造成之衝擊與破壞性效果之鉅，實令人憂慮。