

# 憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決協同意見書

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）為由其在臺獨任，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<sup>1</sup>。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

---

<sup>1</sup>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。

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 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<sup>2</sup>，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，並將幼女送出國境，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

---

<sup>2</sup>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。

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<sup>3</sup>。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

---

<sup>3</sup>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。

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<sup>4</sup>，兒童在從其被非法帶走或扣留之日起算不滿 1 年者，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。

---

<sup>4</sup>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，得停止訴訟程序或者撤銷請求返還該兒童的申請。

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，很快進入青春期的開始發展自主意識，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<sup>5</sup>。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。

---

<sup>5</sup>「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。