

憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決

協同意見書

詹森林大法官提出

111 年 5 月 27 日

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

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。

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**

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..

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，有所牴觸，……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牴觸憲法之原因，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牴觸憲法。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牴觸憲法。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牴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牴觸憲法情事，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。

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。參見該日說明會記錄。

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）。在此強制執行情序中，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，具備家事事件之程序能力，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

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。

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

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。

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。

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。