

憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決協同意見書

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，但就父對家事法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法官親自

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

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

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為民之旨之嫌。

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！

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。……」。

（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 出自電影「他不笨，他是我爸爸」。

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，

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」。

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。