



兒童權利公約在臺灣家事事件審理程序之實踐

——以兒童意願表明權為中心

魏大曉*

最高法院法官兼庭長

目次	壹、從憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決談起	肆、作為最佳利益判準之意願表明權
	貳、兒童權利公約之最佳利益	伍、最佳利益應審酌之因子
	參、作為程序主體之意願表明權	陸、意願表明權在家事審判實務之實踐
		柒、結 論

壹、從憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決談起

一、原因案件

聲請人因改定未成年子女權利義務行使負擔事件，經關係人乙向臺北地方法院聲請交付未成年子女之暫時處分獲准，聲請人不服，經用盡審級救濟途徑後，主張臺北地院 108 家暫 46 號民事裁定（系爭裁定一）、臺北地院 108 家聲抗 122

號民事裁定（系爭裁定二），及最高法院 111 台簡抗 13 號民事裁定（系爭裁定三）等，有牴觸憲法之疑義，於 2022 年 3 月聲請確定裁判憲法審查。

二、審查客體及受違憲宣告確定裁判

（一）審查客體

本件聲請憲法審查客體，包括系爭

事件「改定親權事件暫時處分案」之各審級法院之系爭裁定一、二、三（合稱系爭裁定），不限於系爭裁定三。主張因各審級法院於審理系爭暫時處分事件，作成系爭裁定前，未使未成年子女有表明意願權，侵害憲法保障之程序主體權，及保障之未成年子女最佳利益。

(二) 受違憲宣告之系爭裁定

憲法法庭受理系爭聲請，本包括各審級系爭裁定，憲判8號判決理由第60段¹、第61段²、第62段³，亦分別對系爭裁定，逐一指摘其違憲事由，判決主文則僅宣告：系爭裁定三牴觸憲法，應予廢棄，發回最高法院⁴。

三、審級救濟與憲法法庭之分工

(一) 憲法審查界線——憲判8號之說明

憲判8號係第一件經憲法法庭宣告確定裁判違憲之案例，釋憲史上意義重大。最受關注的，憲判8號是否意在宣示建構確定裁判憲法審查制度功能，成為具體個案審判之「第四審」？

判決理由第30段，雖劃定憲法法庭與普通法院審判權標準，謂法律解釋適用、事實認定、構成要件涵攝之正確否，屬審級救濟，基本上不受憲法審查，但又謂以下情形，同受裁判違憲審查：甲、法律解釋適用構成違憲。

乙、特殊個案情況，因：1.對基本權根本上錯誤理解，且實質影響個案裁判；2.涉及概括條款之適用，有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌；3.基本權衝突，應權衡而未權衡，或權衡明顯錯誤；4.訴訟指揮，違反憲法正當法律程序之訴訟指揮。

(二) 關於第四審之觀察

1. 觀點一

憲判8號已表達憲法法庭就確定裁判憲法審查之基本立場與組織建構目標，無可懷疑的，確係在建構具體個案實質「第四審」⁵。可從(1)憲判8號之裁判形式（主文廢棄發回系爭三裁定）；(2)理由論述（包括系爭裁定一、二違憲），及(3)如後述採取高密度審查基準，(4)實質審查構成侵害基本權之原因事實，(5)藉用行政裁量恣意或濫用判斷基準方法，包括應審酌因子未予審酌（未含不應審酌因子列入審酌），(6)指摘系爭裁定一、二未使未成年子女有表意權，(7)慣居地原則（事實）尚有未明等，可知其為實質第四審立場。

較特殊的，憲判8號判決就最佳利益，認為普通法院應審酌「一切因子」，其發展結果，凡涉及立法授權法官行使裁量權限之事件，全歸入憲法審查範圍。憲判8號更將(8)不確定法律概念、(9)概括條款之解釋適用（如最佳利益），含括在內。因此，應審酌因子未予審酌，

有違憲可能。加以憲法本身除列舉基本權外，透過第22條、第23條概括基本權規定，任何具體審判事件，均屬憲法問題。憲判8號判決理由第29段，雖謂憲法法庭應與各級法院「分工」，其實分工否，全視憲法法庭態度、立場。

德國1957年愛佛司案、1958年呂特案，為德國聯邦憲法法院實質介入普通法院法律審之二例，也因此使憲法問題與法律問題更難區分，從正面角度思考，固有利於保障基本人權，當然也會衍生其他問題，不待多言⁶。

2. 觀點二

前開甲部分，及乙部分之訴訟指揮，違反憲法正當法律程序，構成違憲，影響基本權時，乃當然之理。不僅訴訟指揮，其實整體訴訟程序實施不合於正當法律程序，均可能構成訴訟基本權侵害，如不影響裁判結果者，應不在此限。但所謂影響否，如何審查？從結論或從過程觀察？憲法法庭應否經言詞辯論程序，以滿足正當法律程序？

又乙之特殊個案情況部分，亦為憲法審查對象。顯然的，憲判8號係藉由基本權審查之名，幾已全面性的就具體個案為憲法審查。此立場及態度，顯與終審法院努力朝將事實認定與法律解釋適用，予以區分方向發展（雖然區分困難），大異其趣。憲判8號審查密度，尤其在「應審酌因子未予審酌」，認為可構成該基本權項目核心領域之侵入，其結

果將使憲法問題、法律問題摻雜著事實問題，並讓事實審、法律審、憲法審組織分工，難以區辨。基本權核心內容劃定，本來就是釋憲者任務及權限，憲法法庭如介入概括條款之解釋適用，及應審酌因子（有事實認定成分）之認定，再加以如採最嚴格審查密度（如後述之德國方法），確定裁判憲法審查無異於實質第四審。

我國釋憲究應採德制或美制，存在爭議，不乏釋憲實務基於權力分立（立法權核心領域），往往採取消極主義，充分尊重立法形成自由，避免造成緊張關係。釋憲權與審判權雖同屬司法權，在組織架構與功能設計制度，如採分工方式，各有所司，誠可節省司法資源，惟其前提，應以普通法院法官豐富憲法意識，且在實際個案審判，有實際操作憲法議題之經驗。否則「第四審」對保障人民基本權，有正面價值，只是如何挑選合適案例而已。

四、憲判8號就實體論述主軸之分析

（一）依循兩條基本權論述

憲判8號判決就系爭事件基本權論述，係循二條主軸脈絡進行：第一、憲法保障之程序主體權。本條脈絡實與憲法第16條訴訟基本權同；第二、憲法保障未成年子女最佳利益。即憲法第22

條、第156條（兒童特別保護義務）保護未成年人之最佳利益（下稱「第22條等最佳利益」）。兩條脈絡均可上綱至人性尊嚴、人格權保障⁷。

釋憲制度最基本功能，無非在劃定各個基本權不容侵入之核心內容。系爭裁定被宣告牴觸前開二項基本權之原因，有二：第一、未給予未成年子女有意願表明權（或機會）；第二、系爭家事暫時處分事件，普通法院（家事法院）判斷最佳利益時，未審酌重要原則——繼續性原則（維持現狀原則）。

（二）分 析

1. 分析一

未成年子女人之主體權與成年人並無不同。主體權係作為一個自然人，本於人性尊嚴，人人有合於自己獨特人格特質發展空間之權（發展權），思想自由、行為自由均為其核心內容。主體權當然不容被剝奪，可分權利主體性及程序主體性。系爭聲請憲法審查之原因事件，係指摘在系爭家事暫時處分事件程序，未使該未成年子女有表明其意願之機會，侵害其程序主體權。而憲判8號所指之主體性地位，所闡述對象，應係程序主體權。

其次，憲判8號判決理由，同時將表意權列入第22條等所保障最佳利益審查客體。認為表意權係判斷是否符合最佳利益最重要應審酌因子，如未列入審

酌，亦牴觸最佳利益。除表意權外，憲判8號另揭示其他重要原則，項目繁多，與系爭裁定較重要且成為系爭裁定牴觸最佳利益之主要原因——慣居地原則，系爭裁定未予審酌。

親權事項，包括親權酌定、改定，變更，及與之相關之家事暫時處分，憲判8號判決理由第34段，認為各審級法院須綜合衡量各項有利或不利之因素，及其影響程度後，資以判斷。惟應審酌有利不利因子，民法第1055條之1已有例示，如均須列入審酌，現實審判實務，不無困難，僅能就當事人有主張或法院認為重要部分而已。

2. 分析二

就家事暫時處分應審酌因子方面。憲判8號判決理由第36段指出，跨國父母交付子女暫時處分，因會改變未成年子女之語言、生活習慣、學校教育及人際關係等生活環境，雖較無充裕時間詳細調查，仍不得以非本案裁判為由，棄置不審酌最佳利益之各有利不利因子。並於判決理由第40段中，將繼續性原則列入判斷未成年子女最佳利益之重要原則。慣居地原則於跨國親權暫時處分事件係重要因子，乃屬當然，但跨國交付子女之暫時處分之各項原則，如與國際相關公約之迅速處理原則⁸，產生衝突時，何一原則優先，該如何處理，方為系爭裁定一與憲判8號所採立場不同之主要原因⁹。

憲判8號涉及層面相當廣泛，主要仍以表意權之欠缺連結2個基本權之侵害，本文先介紹兒童權利公約有關最佳利益，次就憲判8號針對兒童意願表明權作為程序主體及作為最佳利益之判準，分別提出個人淺見。

貳、兒童權利公約之最佳利益

憲判8號依循兩條路徑論述，並引用兒童權利公約第12條、國際兒童誘拐公約（判決理由第38段、39段），認為兒童意見發表權係兒童最佳利益重要原則，未給與發表意見機會，不符未成年子女最佳利益。茲有先就兒童權利公約之最佳利益略作介紹必要。

一、最佳利益之內容

1989年兒童權利公約關於兒童可享有之權利，以一般性原則方式指示四大項。一般性原則多屬原理原則性宣示、抽象不確定法律概念，大多難直接援引為內國法院具體個案審判時之規範依據，而有待具體化。惟公約已授權權利委員會制頒若干「一般性意見」，作為各國履行及實踐兒童權利內容時之具體性規範，且對簽約國有框架拘束力。我國則透過兒童權利公約施行法，明揭斯旨。

兒童權利公約條款本身有關兒童之權利，共有四大項一般性原則。即：第2

條禁止歧視原則¹⁰、第3條第1項最佳利益原則、第6條生命權生存權及發展權¹¹、第12條尊重兒童意願表明權¹²。

二、最佳利益之作用

最佳利益原則。一般性意見第14號導言第1點指出，最佳利益是一項權利、原則、行事（程序）準則。同號一般性意見第6點，也指出最佳利益之概念包含：

（一）實質權利

本原則是社會福利機構、法院、行政當局或立法機構，均應以最大利益為首要原則，其獨立於其他兒童權利。

（二）解釋原則

即以最佳利益作為「解釋性法律原則」，當法律條款存在一種以上的解釋方法時，解釋者應選擇最有效實現兒童最佳利益之解釋方法，而其有作為解釋框架作用。

（三）行事規則

當作出任何影響兒童之決定時，須就該決定對兒童可能帶來的有利與不利影響予以評判。該評判須具備程序性保障。決定之理由須表明業已兼顧最佳利益權利。研究學者認為，最佳利益，也是程序準則，當公約各權利發生衝突時，以之為調整原則，及立法決策準則，

暨評估司法、行政落實最佳利益與否之準則¹³。因此，在兒童權利公約，此原則為最上位原則，公約各項原則以實現最佳利益為中心（座標位置）。

三、最佳利益與表意權關係

兒童權利公約第3條兒童最大利益，與第12條表意權之關係，於第14號一般性意見第43點指出，「評判兒童的最大利益勢必包括尊重兒童表達（他或她）本人意見的權利，並賦予所涉兒童所有相關意見應有的分量。」第12號一般性意見不僅明確確立該觀點，更指出第3條第1款與第12條之間不可分割的關聯性，及互補作用，略謂：前者旨在實現兒童的最大利益，而公約第2條則提供聆聽兒童或兒童群體意見之辦法，以及將該意見列入所有涉及兒童事務之評判最大利益時之方式。若無法達到第12條之要求，就不能認已正確地運用了第3條第1款。

四、兒童最佳利益雙面性

兒童權利公約所謂兒童最佳利益，應包括：兒童有權要求將最大利益列為首要權利，凡涉及與兒童有關之任何決定，都必須保障此項權利，即應符合兒童最佳利益，其為基本權；任何與兒童有關事項之評斷，除不得與之背離外，必須聆聽及列入重要考慮方式。換言之，意願表明權，除是程序主體權外，

亦係兒童最佳利益一環。

兒童權利公約以保障兒童最佳利益為宗旨，保障對象包括權利主體性與程序主體性，而第14號一般性意見所揭，意願表明權係程序主體權，亦係最佳利益之實質權利。憲判8號判決理由論述主軸方向，與之相合。

參、作為程序主體之意願表明權

一、兒童主體權意義及分類

(一) 受保護主體非客體

主體權或主體性源於自然法思維，法實證主義以人性尊嚴、人格權，受憲法基本權保護。兒童不因須受他人保護而失其主體性。主體性，包括權利主體性與程序主體性。研究兒童權利公約學者指出，兒童權利公約所揭之兒童四大核心權利，兒童乃「權利主體」，不能因受保護之故，而成為「保護客體」¹⁴。

(二) 程序主體性

就程序主體地位言，亦不因其年齡等因素，程序實施須受程序保護，而由他人代為實施，因此失其程序主體地位。兒童之意願表明權，為程序主體權內涵之一，該內涵及其他程序主體性，無異於成年人。憲判8號謂，兒童於親權事件係直接承擔裁判結果之主體，因此

無論係訴訟或非訟程序，本於人格權、人性尊嚴，當然享有程序主體地位，係指程序主體權。觀諸判決理由第38段、第52段，「尊重未成年子女……主體性，為憲法保障未成年子女身心健全發展之重要內涵…，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……正當法律程序，且已為我國現行法律所普遍採行……」等語可知。

(三) 意願表明權雙面作用

憲判8號宣告系爭裁定違憲，欠缺意願表明權乃其主因，除違背憲法第22條等所保障之最佳利益外，同時抵觸程序主體權保障¹⁵。可見意願表明權在我國憲法上具有兩個面向。憲判8號判決理由第38段指出，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，乃判斷最佳利益時極重要之判斷因素等語。可見意願表明權在基本權體系位置，有二：1. 人格權、人性尊嚴下之程序主體權；2. 兒童最佳利益基本權。

憲判8號並將意願表明權作為連結二個基本權之首要因素（重要因子），並因系爭裁定一、二意願表明權（陳述意見機會）欠缺，認為將使未成年子女喪

失其主體性，侵害其人格權、人性尊嚴外，並違背最佳利益保護，系爭裁定三未予指正，因而宣告系爭裁定三違憲。

進一步分析憲判8號之論述，係以憲法基本權保護作中心（框架），透過法教義學邏輯演繹法，以意願表明權、慣居地原則為最佳利益最重要原則，逐層檢視系爭裁定是否符合憲法第16條訴訟權保障（程序主體性）、第22條等最佳利益。

二、審判實務關於程序主體性之論述

最高法院112台簡抗117號民事裁定理由，就家事事件審理程序，未成年子女之程序主體權，略有說明。指出，家事非訟事件程序所指之程序主體，除聲請人、相對人外，尚包括受該事件裁定結果影響之法律上利害關係之人，以保障其程序主體地位。至於非訟事件法第10條將利害關係人與聲請人、相對人並列，其重點乃在於彼等均屬於非訟事件關係人之定義範圍，揆諸同法第11條相關準用規定，以及同法第30條之3、第32條規定，在程序參與、到場義務、協力義務及真實義務等，均係以關係人為主體，非僅以聲請人、相對人為主體，即得推得利害關係人在非訟事件之程序保障，乃與民事訴訟當事人之程序保障，較為接近，而與民事訴訟利害關係人之程序保障，未盡相同。故而為確保關係

人（本案關係人兒童）在非訟程序中受獨立及公正程序之保障，應認聲請人、相對人及其他利害關係人，均得準用民事訴訟法第33條第1項規定，有聲請法官迴避之權利。此部分在家事非訟程序，亦應為相同之處理。因此，家事非訟事件程序所指之程序主體，除聲請人、相對人外，尚包括受該事件裁定結果影響之法律上利害關係之人。亦即承認有利害關係之未成年子女乃非訟事件程序之適格性。

另同院112台上字565號民事判決，亦指出未成年子女之程序主體性。

三、程序主體權與實施權之辨

(一) 概念意義不同

程序主體權與程序實施權係二不同概念意涵。前者，係憲法訴訟權保障核心內容；後者，係其衍生權能，指得在具體訴訟中成為當事人，以實施訴訟之權能。訴訟實施權原則上歸屬該訴訟標的法律關係主體（實體上權利義務主體），但訴訟實施權得由主體以外之第三人取得，成為系爭訴訟或非訟程序之適格當事人，並由該權利主體承擔裁判結果。意定訴訟擔當及法定訴訟擔當類型，屬之。訴訟實施權能由他人取得，而由本人承擔訴訟結果，不能謂牴觸憲法所保障之程序主體權¹⁶。足見程序主體性與程序實施權，概念之差別。惟訴訟

主體性既源於人性尊嚴、人格權，並受訴訟基本權保障，自不能被剝奪或放棄。依此，當事人未於法院審判期日到場陳述意見，乃放棄到場陳述意見權，合於法定條件，法院得准一造辯論而為判決，或視為撤回訴訟，不能謂侵害其程序主體權、人格權與人性尊嚴。

(二) 審判實務之見解

親權事件審理程序，未成年子女未親自實施訴訟權能，或因年齡等因素，因保護其程序上利益，由法定代理人代為實施，並不同於剝奪其程序主體權。惟因未成年子女須承擔裁判結果，本於人性尊嚴及人格權，其主觀上有陳述意見之意願，客觀有陳述之可能，其仍為該程序之實質當事人，主體地位不能被剝奪（112台簡抗117號民事裁定）。

惟意願表明權之欠缺，並非等於程序主體地位之剝奪，例外情況，得准許其欠缺。最高法院112台上565號民事判決，引憲判8號判決理由第58段，及參考111年憲裁字第293號裁定，指出基於尊重未成年子女程序主體性，固應使未成年子女有陳述意見之機會。倘存在未成年子女陳述之障礙（例如因時間急迫未及使之陳述、年幼尚無表達意見能力、居住於國外一時無法使之陳述，或所在不明，事實上無法使其陳述等），或法院有相當理由認為使之陳述意見為不適當者，法院未使未成年子女陳述意見，不

能認對該子女程序主體權之保障及正當法律程序有欠缺。

至於個案中未成年子女主觀上是否有表達意見之意願及能力、客觀上有無向法院表達意見之可能、有無上述例外情形，111台抗1050號民事裁定略謂，由各級法院依具體情形認定判斷之¹⁷。

肆、作為最佳利益判準之意願表明權

一、作為兒童最佳利益之判準

如前述，憲判8號判決理由第38段，也將意願表明權定位於憲法第22條等保障未成年子女最佳利益。換言之，意願表明權可作為最佳利益之判準，未給與意願表明權，同時侵害最佳利益。兒童權利公約第12條同有斯旨。

從最佳利益角度觀察意願表明之行使。因涉及未成年人利益之各事物，如何始符合其主觀上之利益（內在主觀意思），須由其表意行為獲知（外在表意）。內在主觀意思與外在表意行為，雖均受限於年齡、所處現實環境等因素影響，至少於主客觀條件允許，或得以排除其障礙情形者，應確保其得自由的將內心主觀意見呈現於外，有權作成決斷者，亦應認真的將其呈現於外之意見，列入最具重要性審酌因素。此係兒童權利公約就兒童表意權行使所關注焦點，且要求各簽約國確實履行該項義務。

二、有關間接行使意願表明權方面

基本權有其核心內容，不容侵入，釋憲者主要功能在劃定該核心，最佳利益受憲法明確保護，須形成法律制度性保障。惟最佳利益本質既有保護性，保護之必要手段難免限制本質內容。因此，在特殊情形，法院不令未成年子女到庭為意願表明，不能遽認背離最佳利益。如前述意願表明權亦係一種程序實施權能，委由適宜之第三人代為實施，及代向有決定權者（如法官）傳達其意願，如更能實現保障其最佳利益者，間接行使方式，應與主體性剝奪或背離最佳利益無關。兒童權利公約及第12號一般性意見，肯認此類表意權行使方式。另憲判8號判決理由第58段，同表達「法院有相當理由認為使未成年子女陳述意見為不適當者」之例外情況。但當該障礙已不存在，或未成年子女之表達意願已有變更者，仍應保障其意願表明權，此種情形，仍屬程序主體權領域。

三、慣居地與最佳利益

(一) 跨國交付子女之慣居地原則

憲法保障兒童最佳利益之具體內容與實踐方法，本難以明確定義或規範，只能隨個案現實須求。系爭裁定乃家事暫時處分，涉及跨國交付子女，慣居地

原則，為重要原則，亦係此類事件須審酌之重要因素。憲判8號判決理由第41段，自然而然的將最佳利益指向繼續性原則，並參諸國際兒童誘拐公約（海牙公約）第3條第1項、第4條、第12條第2項及第13條第2項規定，謂：為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，仍應避免違反兒童意願，將其帶離新慣居地。亦即，「繼續性原則」及「兒童意願」已為決定跨國父母交付未成年子女事件，應列為特別重要之原則。

(二) 憲判8號以新慣居地已否形成為由

慣居地之形成，係時間因素累積，如何決定慣居地，應由自己表達其個人主觀感受與價值評價，非由第三人代為評價。跨國之原慣居地與新居住地，何者為慣居地，與兒童適應新環境能力有關。而有權決定何處為其慣居地時，至少應聆聽其個人意見。憲判8號將慣居地列為重要因素，並無不妥。

然而慣居地之判定，係事實認定問題，憲判8號並未指摘事實審依國際兒童誘拐公約第12條第1項、第2項前段之迅速返還原則之決斷當否，而以「臺灣可否認為已成丙之新慣居地」（第45段），回答暫時處分事件採取迅速性原則之當否，再以系爭裁定一、二，未給予未成

年子女有意願表明機會，判定系爭裁定牴觸程序主體性，及背離最佳利益。

憲判8號雖未直接援引國際兒童誘拐公約有關締約國應迅速返還兒童之相關程序規定，惟國際公約有客觀性價值秩序功用，即使不直接適用於我國，為避免被拐帶兒童在「新居住地」形成「新慣居地」情事，受請求之內國所進行之此類交還子女——尤其暫時處分事件，迅速處理原則，亦係國際社會公認之價值秩序¹⁸。內國法院除非故意忽略表意權，否則如徵詢兒童意願顯有困難，能否僅因表意權欠缺，即認與最佳利益相背離？對此，已有不少研究文獻提出¹⁹。而憲判8號作成違憲判決，除對系爭裁定一、二未使該兒童有陳述意見機會之餘，應否同時調查審認徵詢有無困難及原因，以及排除該原因可能導致與迅速性原則之不能實現，則何者應優先？

(三) 家事事件法應速修法

系爭暫時處分事件，從憲判8號作成時間點，距系爭暫時處分事件發生日，確實已經過相當時日，「或許」新慣居地已悄然形成，回到原慣居地須重新適應新環境，從保護未成年子女利益角度，再審酌慣居地，不能認無此必要。憲判8號直指新慣居地「是否已形成？」有重新調查審認必要，與國際兒童誘拐公約第12條第2項後段「除非能證明該兒童現已轉居於新的環境之中」，並無違背。

有關跨國拐帶兒童事件審理及执行程序，國際兒童誘拐公約，於我國應可被視為係兒童權利公約之衍生公約，應承認其拘束力，且具客觀法價值秩序。當我國成為受請求國法院時，應直接援為法律依據。雖則如此，處理程序仍應依家事事件法相關規定進行，但本法之審理程序與执行程序有繁雜之審級制度等，難以配合跨國交還子女之迅速性原則，而有於本法中增設跨國交還子女事件之特別程序規定必要。

伍、最佳利益應審酌之因子

一、憲判8號所指之重要原則

跨國交付子女暫時處分事件，慣居地係重要原則。另外，憲判8號於第33段指出：當涉及親權事項決定之最佳利益，應審酌一切有利與不利之因素。

(一)最佳利益與其判斷標準

最佳利益係憲法第22條等所保障之兒童基本權，憲判8號第32段指出，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。第34段進一步臚列最佳利益之「判斷標準」。

所謂「判斷標準」係應審酌之因素，如有應審酌未予審酌者，即有牴觸最佳利益之虞。憲判8號判決理由第34段，「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」可知。

(二)採高密度之審查標準

從最佳利益將應審酌因子項目以觀，憲判8號，顯然採取最嚴格審查密度。因此當普通法院具體個案審判，苟有遺漏該重要項目者，即有違憲可能。按行政裁量之裁量濫用或恣意否，應審酌因子未予審酌所作之判斷，屬之。親權事項之決定，如未審酌重要因子，所作決定或有裁量濫用可能，當無可議。然而憲判8號，又直指「一切對未成年子女有影響之有利或不利之因素……，家庭暴力行為人受不利推定原則等及其他因素……」，均應列入審酌，雖有附帶「有影響」因子，仍容易令人誤解為，凡有有關親權事項因子，均須被審酌，並於裁判中逐一說明其採否及對親權決定之影響程度。普通法院如須按此段文字方式，行使裁量權，確有困難，也極度限縮具體個案審判法官，對應否列入審酌因子之判斷空間²⁰。

二、採德國必要性原則審查密度

(一)審查範圍

於說明應審酌因子與最佳利益關係前，就憲判8號判決理由第29、30段，有關劃分憲法法庭與各級法院分工標準，有先予分析探討必要。即「概括條款」、「不確定法律概念」(指最佳利益)之解釋適用，認為若有應審酌之基本權重要事項漏未審酌，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情形，亦構成違憲等語。從此段理由說明，可知審查範圍包括抽象法規範之解釋適用，及應審酌之因子未予審酌在內。其實後者之審查，涉及普通法院有關原因事實及證據取捨判斷。

按抽象性之原理原則本身有法規範特性，相互衝突時，乃生權衡讓步問題，其涉及憲法基本權衝突，本應先由立法者透過「法規範」權衡之，權力分立，執法者擅自排定基本權或法規範先後順序，或衝突讓步空間，會否逾越權力分立分際。但從另一觀點，抽象性法規範，立法者未明確規範其要件，法官行使審判權亦受憲法授權，不能拒絕審判，概括條款、不確定法律概念，亦非無立法授權法官自行判定之意。在此範圍內，該要件之補充判斷，與立法規範形成自由，有同等意義與權力來源，在不侵害基本權核心內容前提下，應如同立法形成空間，釋憲者有容許法官就不確定法律概念、概括條款等，作合憲性解釋空間。換言之，該空間應採取與法規範違

憲審查相同標準與密度。憲判8號，將不確定法律概念、概括條款之適用解釋，連結應審酌因子(其實是事實認定)，以未審酌為由，進行對普通法院就「法規範解釋適用」違憲審查外，同時就事實與證據取捨之當否，列入審查對象，且採下述德國必要性原則之審查密度，法律審與憲法審之分工，即無太大意義。

(二)採最嚴格之審查密度

審查密度與憲法第23條比例原則有關。最寬審查密度，只要手段與目的間有合理關聯即可通過憲法審查，只要不是恣意即足。所謂中間密度，指手段與目的有實質關聯，即合適性原則即可，僅例外特殊情形，可採最嚴格審查標準。最嚴格者，除上述之審查外，尚須符合最小侵害原則(即必要性原則)，否則構成違憲²¹。德國憲法法庭之審查，許宗力大法官於其研究論文指出，德國法規違憲審查，基本上就是循適合、必要與狹義比例原則3個派生原則的順序逐一審查，有時只看到其中一個或兩個派生原則的審查，但不表示未提到的就沒有適用，而是因為各該原則顯無問題，無庸再以文字表達而已。又指出，就如何判斷手段之適合有助於目的達成，難免涉及事實認定或預測，審查是否必要、最小侵害等，難免會作立法事實之調查與判斷等語²²。

與基本權核心內容有關之應審酌因

素未予審酌者，有牴觸基本權核心內容而違憲可能。而基本權核心範圍，乃釋憲者主要職責。此觀諸憲法法庭112年憲判字第4號，即指摘民法第1052條第2項但書，立法者未增訂過苛條款，致當婚姻破綻，已無婚姻實質（形骸化），不准唯一有責者裁判離婚之請求，係牴觸離婚自由基本權，亦即立法者未審酌婚姻形骸化之婚姻情形，仍須保障離婚自由基本權，因而宣告該部分法規違憲。在具體個案審判，普通法院法官如未審酌該婚姻之形骸化，逕行駁回離婚請求，亦有可能構成確定裁判違憲。

觀察憲判8號之審查，顯採德國方法，也涉及應審酌因子之事實認定部分。例如新慣居地是否已形成，及如依系爭裁定一該兒童遭送回原居住地，可能會有適應不良情狀之事實預測。

三、各種原則或因素之價值順序

(一) 衡量因素之優劣比重

憲判8號以列舉及概括方式，詳述民法第1055條之1親權行使負擔及最佳利益判準之「應審酌因素（因子）」，且以「原則」稱之。例如意願原則、幼兒從母原則等。「原則」係抽象性規範，可作為法規範（規則）之上位概念指導原理。因係抽象性原理原則，就如同法規範衝突，當與其他原理原則互相排斥時，何者有優先位置？假設系爭暫時處分事

件，慣居地原則與善意父母原則，或與子女意願表明原則相互排斥時，何一「原則」優先受到維護？

(二) 憲判8號之難題

法律原則正如同利益衡量一般，利益評價正是最困難部分，憲判8號如須自行審酌「意願原則、慣居地原則與善意父母原則」，始能決定系爭裁定一、二、三違憲否，同樣會陷入「當發生各種原理相互排斥或矛盾時，應以何者優先，以及比重」難題。反之，如不予審認，又何能知悉該應審酌之因子係影響或不影響結果之重要因素？

從憲法視線，憲法法庭審理普通法院適用概括條款、不確定法律概念，有無應審酌因子未予審酌情事，亦須明確說明應審酌之因子為何。確定裁判憲法審查，已進入個案違憲審認，除說明有何重要應審酌因子未予審酌外，當關連多數彼此衝突重要原理原則，應具體指示何一原則優先，以利被廢棄發回之普通法院遵循。此部分是最困難任務。但基本權之核心範圍劃定，是釋憲者任務。憲判8號判決理由，指出「慣居地原則」、「意願表明原則」為重要原則，自己劃定最佳利益之核心內容，但「慣居地」如因審理遲滯造成，致牴觸跨國交還子女之「迅速性原則」，或意願表明原則欠缺，係因非友善父母一方造成（與友善父母原則衝突），兒童權利公約意旨

以最佳利益為最優先，但判準之上開原則之衝突，該衝突之原則應如何安排價值秩序順位？

觀諸憲判8號，似也陷入「慣居地」判斷迷障，因為「慣居地原則」，亦係事實判斷。如前述，採德國審查密度——必要性原則，將涉及事實認定與預測。然而，新舊慣居地，並非簡單數學計算，憲判8號判決理由第45段曾作數學統計（兩國居住期間），同時也作價值評價——「在臺灣已就學並融入本地生活」，最終仍以質疑方式，指摘「在臺灣已否形成新的慣居地」之事實不明。

憲判8號作成時之「慣居地原則之判準」，與系爭裁定一以「迅速回復原慣居地」原則為優先考量之判準，兩者除時間落差因素外、有無友善父母原則、家庭支持系統原則、年齡增長已有表達意願及能力等等應審酌因素，兩個法庭間之視線觀點，差異性極大。尤其系爭事件係暫時處分事件，系爭裁定一須迅速處理，而憲判8號掌握憲法高度，以保障基本人權之名，臆測「生米已煮成熟飯」（新慣居地在臺灣），指摘系爭裁定一、二、三。因為最佳利益判準之各個原則、因子，所關涉者，不僅是價值秩序之安排，更涉及會隨時間經過，而使原因事實事過境遷之變動。此類情形，尤其在跨國交還子女之家事暫時處分事件，更易受人為因素操控。

以上說明，可見所謂概括條款、一

般性法律原則、不確定法律概念，及利益衡量，最困難所在，當各價值衝突時之價值順序決定，以及各個應衡量因子之比重難題。此部分，再如下述。

四、利益衡量及其難題

(一)非規範性原則

普通法院漏未審酌應審酌因子，該因子涉及基本權核心且足以影響結果者，即為違憲。苟該論點為真，亦應視各個案例事實之特殊性而定。所謂「一切因子」，於現實個案根本無法實現，等於訓示教諭。審判實務僅能自行判斷挑選最具重要性因子而已。因此列舉「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」，及「一切有利及不利因素」，仍應視個案而定，憲判8號應無訓令各審級法院依無所不包之列示因子一一調查審認，並於判決說明心證理由之意。但如同前述採德國之必要性原則審查方法，不代表憲法法庭不能介入該因子之審查。

其次，最佳利益、主體權係基本權、實體權，惟前揭所揭示之各個原則，係判斷是否符合最佳利益、主體權時應審酌之因子，於大陸法系國家，應審酌之因子，並非法規範本身或上位指導性原

理原則，毋寧係一種判準因子。而各該判準因子，從未成年子女之「利益」角度觀察，如與父母同居較有利於未與父母同住；繼續居住於某地較有利於不時變換居住地，利與不利，依一般經驗即可衡量比較，及排出價值順序。但不同利益（合同種、不同種類）之利益，常生衝突，例如幼子從母原則，與友善父母原則，產生衝突時之最佳利益判準，何者優先、比重，乃利益衡量領域，也是一種難題。

(二)利益衡量之二種方法

1. 規範要因論

法務部2014年訂有「法院依民法第1055條酌定或改定未成年子女之親權人之參考原則」²³，詳列具體審酌因素——「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」(不一一臚列)，審判實務操作模式，大致參考該「參考原則」為之。

上開原則係利益衡量因子，利益衡量面臨的第一個難題，乃前述之利益價值之順序安排。法學方法論，早被提出討論。Larenz對海克利益法學之批評，即提出如何決定利益優先難題²⁴？而第二個難題，不同利益之價值比較衡量。因利益衡量涉及利益比較，比較需有標

準，該如何確保其「合理性及妥適性」，以防恣意。有從法規範出發，主張應藉助於「法律專家」，而非一般社會大眾，但藉助法律專家結果，又須仰賴具一套客觀性規範體系，作為利益衡量「規則」²⁵。

防免決斷者恣意方面，學者恩斯特·A·克來默提出客觀規範性要因說。認為法益順位仍須交由規範決定，立法技術固有其難度，須授權法官衡量，除授權明確性原則外，授權規範密度過寬，將造成法律不確定性；反之，則失其靈活性，法官難按個案須求為取捨。因此主張，法規本身應先訂定考量衡量要因(衡量標準)，否則天平另一方之「重量」，將無從比較，造成或任由法官按自己主觀之權重比較，或自己偏好，進行論證²⁶。憲法法庭如扮演天平另一方之標準值，亦應定出標準值，憲判8號所指新慣居地原則，是否即為新標準值？

利益衡量之規範要因，除作為衡量標準，及提供法官衡量利益比較之依據外，當事人亦可以之判斷要否上訴聲明不服，並供上級審法院審查裁量是否恣意用。

2. 個案利益衡量

晚近學說則提出「由抽象哲學轉到個案實踐」方法。該方法與法社會學方法一致，不從規範出發，而觀察社會現象，為利益衡量。肯定此方法者，認為法律目的，在梳理確認所處系爭社會存

在的各種利益衝突，然後劃定其合理邊界，明確該利益在該社會價值位置。

利益衡量論必須先建立「利益綱目」，以決定利益之優先順序²⁷。因現代社會存在諸多不同性質利益，某些利益在一定範圍內不能避免需被犧牲，例如環境保護與經濟發展，但應劃定合理邊界，明確該被保護之範圍順序。又各種利益之衝突，其性質不是邏輯矛盾，而是事物間的價值衝突，可依實踐理性予以比較、取捨²⁸。利益衡量論者，認為無論如何，抽象性價值等級建構困難，利益衝突矛盾是無解的。因此開始轉換方法，不再循抽象路徑，而轉換到從具體案件現實須求之解決²⁹。例如平等原則之意義及解釋標準，因時空環境不同，無須放諸四海皆準，於具體個案上，可透過對特定群體利益之保護（例如弱勢者），以該特定時空環境背景，作價值或利益取捨，資以解決實際問題即可，無需作抽象哲學難題之解釋³⁰。是以，在一般人知識經驗可接受其結論範圍內，可被認為合法與妥適。其理論如運用到憲法審查，應可採最寬之審查密度。

3. 家事暫時處分之利益衡量

系爭家事暫時處分事件，於作成處分內容決定時，究應有多少利益因子應予審酌，始能符合抽象性的最佳利益。憲判8號之方法，係從憲法高度規範出發，循抽象規範路徑欲建立意願表明原則及慣居地原則之優位重要性³¹，指摘系

爭裁定一、二、三之牴觸憲法。相反的，系爭裁定一似從個案可能存在國際兒童誘拐公約所規範之原因事實，而採取循「立即返還該兒童」於慣居地國程序模式，作成系爭裁定一之暫時處分。兩個法庭間對於自己職責領域（憲法基本權保障與避免新慣居地形成）視線不同外，在利益衡量方法方面，也有不同（抽象規範合法性、個案妥適性），更因所處時空現實環境變遷（系爭裁定一與憲判8時）而有影響。何者以一般人知識經驗所能接受，實無從比較。本文僅提供方法論之比較而已。

陸、意願表明權在家事審判實務之實踐

一、最高法院之基本態度

(一) 強調程序監理人之重要性

法律審之最高法院，就事實審關於親權酌定處分是否符合未成年子女最佳利益，除顯然違背一般人之知識經驗外，通常認係事實審事實認定專權。因法律審功能設計，本不行事實審言詞辯論程序，又因個案之不同特殊性，調閱全卷宗證物，如事實審已斟酌程序監理人、家事調查官或其他社會福利機構之訪視報告，並無缺乏，則介入事實審審認之最佳利益所為裁定，而指摘其違法或失當者，甚少。晚近則對無正當理由，在無程序監理人情形且忽略未成年子女

表意權，而予干預者，已可發現。

例如最高法院111台上1366號民事判決，認為程序監理人屬必要輔助機制，謂：為保護有程序能力人之利益認有必要者，法院得依利害關係人聲請或依職權選任程序監理人（本法第15條第1項第3款、第2項）。其立法理由揭明，程序監理人制度，係在統合家事事件之程序中，為當事人或關係人進程序，保護其利益，並作為當事人或關係人與法院間溝通之橋樑，協助法院妥適、迅速處理家事事件。復為保護有程序能力人之利益認有必要者，有關親權事項，雖其有程序能力而能獨立行使其權利，但因受年齡、教育、心理及精神狀態等影響，事實上無法在程序上行使權利或行使有困難，應為其選任程序監理人。本段強調縱有程序能力，仍須有輔助其親自實施程序權時之輔助人必要。

（二）強調參與保護程序者之夥伴關係

值得一提的，因企業投資機構很少將兒童權利，列入投資調查項目，2021年聯合國兒童基金會（UNICEF）發表新工具（Tool for Investors on Integrating Children's Rights Into ESG Assessment），因兒童權利與許多永續議題，如人權、工作、性別平等、多元包容，有密切關結，且是解決社會問題之關鍵核心。該基金會因此呼籲，應將兒童權利納入環境、社會和治理分析中，一個企業是否

為盡責者，其評鑑指標（盡責指標），應將與其有合作關係、商業夥伴關係者，對兒童權利等人權項目（如童工父母和照顧者的工作條件、兒童保護與安全、對兒童的行銷活動、環境和土地的使用），是否尊重、有無管理及績效等事，列入調查項目，並予揭露³²。

未成年子女親權事件，如何確保兒童最佳利益，以履行兒童權利公約課予國家確實履行義務，在法官、程序監理人、家事調查官，及相對立場之父母、代理人，法律上利害關係人、社會福利機關機構，彼此間之關係該如何扮演角色議題方面。最高法院於112台簡抗116號裁定指出，均應以未成年子女之最佳利益為中心，彼此間其實並非對立立場者，而係共同保護實現該兒童最佳利益之夥伴關係。裁定認為，以保護未成年子女利益為目的之家事非訟事件，無論係在「法庭內或法庭外」，均應以此為主要目的。家事事件承審法官與各參與保護程序事件之代理人，縱因審酌兒童最佳利益，採取如何之處置措施，有所爭議。但家事法庭法官職權特殊需求，與一般民事訴訟以對審程序為主軸，避免法官程序外單方接觸，迥不相同。家事法官因有整合國家機關各部門，包含民間保護機構，完成實現保護未成年子女最佳利益之目的須求，參酌兒童權利公約第5號一般性意見第37點，中央及地方政府各部門和民間社會機構，相互之間

應加強協調，確保兒童權利有效落實之精神，不能因此逕謂法官執行職務有偏頗之虞。

二、意願表明權之實踐方法

具體個案審判，應如何實踐保障未成年子女之意願表明權，最高法院111台上1366號民事判決，即引兒童權利公約、第12號一般性意見，憲判8號等，認為不以直接表達為限，例外可循間接方法為之。

（一）當未成年子女有表達意見之能力，主觀上有表達意見的意願，客觀上有向法院表達意見之可能時，除非有基於情況急迫，不及讓子女陳述、子女年紀幼小，尚無表達意見的能力、子女現在所在不明，事實上無法讓其陳述、或法院認為依個案情形，讓子女陳述為顯然不適當，如子女畏懼表態等例外情形，法院應使其有表達意見之機會，始符兒童權利公約第12條第2項規定。本段文字，憲判8號已有說明。

（二）兒童權利公約第12條第2項規定，應特別給予兒童在對自己有影響之司法及行政程序中，能夠依照國家法律之程序規定，由其本人直接或透過代表或適當之組織，表達意見機會之意旨。

（三）參照福利委員會第12號一般性意見第35點、第36點、第42點前段，兒童在決定發表意見後，還必須決定如

何發表意見，即直接或透過代表或適當之組織發表意見，兒童權利委員會建議，在可能的情況下，兒童在任何訴訟中都應有機會直接陳述意見；代表可以是父母、律師或其他人（特別是社會工作者），然許多情況下，兒童與其最顯而易見的代表（父母）之間，很可能有利益上的衝突；如果兒童透過代表陳述意見，則代表把兒童的意見恰當的轉達給決策者，是最為重要的；應由兒童（必要時由適當的權利機構）根據兒童的特殊情況決定方法的選擇；關於決策進程的各個方面，代表們必須具備充分的知識和瞭解，並且富有與兒童打交道的經驗；又在執行兒童表意權之步驟方面，委員會建議兒童應當在支持和鼓勵的環境下行使其發表意見權，這樣兒童才能確定負責聽取意見的成人願意傾聽並且認真考慮他決定轉達的信息。換言之，並不以直接聽取意見為限。

（四）又如何執行兒童發表意見權之基本要求方面。本件判決並引一般性意見第134點b段，兒童表達意見和參與的過程，絕對不能逼迫兒童表達違背自己意願的意見，並應讓其知道可以在任何階段終止參與。

（五）另未成年子女行使意願表明權之方式，本則判決認為可以「言詞、

文字、舉措或其他情狀」方式為之。

柒、結 論

兒童權利公約揭示兒童權利，以第3條兒童最佳利益最優先，是實體權利、解釋原則，及程序準則。同公約第12條為意願表明權，依第14號一般性意見，當評判最大利益否，包括尊重其表明權。可見兒童最佳利益，除須保障該權利外，於作成各種決斷時，兒童有意願表明權，意願表明權乃程序主體權，亦係最佳利益一環。憲判8號以未給與兒童意願表明權，宣告系爭暫時處分裁定違憲，其理由論述，亦循主體權與最佳利益兩條路徑。

憲判8號採最嚴格審查密度，以系爭暫時處分裁定忽略兒童意願表明權，宣告系爭裁定三違憲，對普通法院履行公約義務，有警示作用。然而系爭暫時處分事件涉及跨國返還兒童請求事物，作為國際社會一員之我國普通法院，國際兒童誘拐公約有關應迅速返還兒童之處理原則，以防新慣居地形成為首要，除非故意忽略，當徵詢兒童意願顯有或已呈現困難，程序實施權之缺席，能否遽認其欠缺即為程序主體權之忽略，或違

背最佳利益，容有疑問。惟兒童因成長因素，徵詢困難原因不復存在，憲判8號以同誘拐公約第12條第2項後段之除外條款為據，指摘普通法院未審認新慣居地及使其有意願表明機會，亦非無據。

憲判8號認為有關親權事項之決定，是否合於最佳利益，應審酌一切有利不利因素，定然面臨各個原則或應審酌因素衝突時之價值順序及比重權衡難題。系爭裁定一作成時間距兒童離開被帶離地時間較短，以迅速交還為處理原則，並作若干細節性探視方法，而憲判8號以判決時呈現之各種主客觀現實因素，從憲法高度切入兒童最佳利益保障核心，各有所本。從積極正面方向思考，系爭裁定受違憲宣告，普通法院法官或有遺憾之感，但確對我國履行兒童權利公約義務，有提醒意義。而跨國交還子女事件之暫時處分程序，為現行家事事件法所欠缺，為建立一套可以與國際公約接軌之處理程序，實有增設特別程序規定必要。附此一提的是，淺見以為，參與兒童權利保護程序者，確應以兒童最佳利益為中心，彼此間抱持著建立夥伴關係，非立場對立者，才是履行兒童權利公約確保兒童最佳利益之行事準則。♣

* 作者同時為政治大學法學院兼任副教授。

1. 第60段，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。
2. 第61段，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。
3. 第62段，系爭裁定二……對未成年子女最佳利益有應予審酌而未予審酌之情形，抵觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴。又未於裁定前使有陳述意見機會，侵害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。

4. ①憲判8號判決宣判前，先依憲法訴訟法第43條規定，以111年憲暫裁1號裁定為暫時處分，諭令於111年憲民192號（即憲判8號）判決宣告前，暫時停止執行系爭裁定。②憲判8號審查客體，包括確定終局裁判之本案及非本案裁判（判決理由第14段）。③108年1月修正憲訴法第59條立法理由說明(四)，本條關於確定終局裁判，係指聲請人已依法定程序用盡審級救濟程序之「最終裁判」而言。因此聲請人雖就系爭裁定一、二、三聲請確定裁判憲法審查，判決主文僅宣告系爭裁定三抵觸憲法。判決理由，具體指明各審級各有違憲情事，應是構成系爭裁定三抵觸憲法原因。④判決主文第2項所指「其餘聲請不受理」，係指另件聲請系爭裁定六（判決理由第24段）。

本文：①從保障人民訴訟權觀點，人民既就系爭裁定一、二為違憲聲請，仍宜於判決主文諭知系爭裁定一、二不受理。因最終審以上訴或抗告不合法裁定駁回該不服，所指之最終審，係指第二審裁判。憲判8號於理由第24段就系爭裁定六（同認系爭五、四非確定裁定）之不受理裁定理由，以不生影響為由，依憲訴法第15條第2項第7款，為不受理。按類似情形，民訴法第496條第3項、第499條第2項，及審判實務就再審客體、管轄法院，已建立較完整制度，有參考價值。②系爭裁定一、二未經憲判主文廢棄，因判決理由已宣告抵觸憲法，經發回最高法院（未編列為更字案），受發回最高法院除基於憲法係一切法規範有效性基礎外，已被宣告違憲之「主要理由」，類推民訴法第478條第4項否定判斷，亦有拘束力。因此受發回最高法院只能承接憲判8號判決理由意旨，再將系爭裁定二廢棄發回第二審（可同時一併廢棄系爭裁定一、二，發交第一審更為裁定）。準此，最高法院就系爭家事暫時處分，已無任何不同於憲判8號之法律形成空間，亦無本於自己法律上確信，採合憲解釋空間，憲法法庭應可同時廢棄系爭裁定一、二，直接發交第一審更為裁定，以免浪費司法資源及當事人勞力時間成本。

5. 確定裁判憲法審查制度，爭議甚多，詳可參閱拙文，「憲法訴願制度引進之合憲性」，收錄於：魏大曉，法學方法、憲法原理實踐，437頁以下。
6. 可參閱魏大曉，同前註，445頁以下。
7. 可參照釋587、釋664號解釋。
8. 至2011年止，已有為數84國簽署1980年《國際擄拐兒童民事方面公約》，該公約係1980年於海牙國際私法會議討論制定，1983年對簽約國生效，目的在保護16歲以下被非法誘拐、扣留之兒童，使其能迅速返回慣常居所地，強調迅速性原則，以免新慣居住地形成，不在終局解決親權或監護權之糾紛。歐洲人權法院亦曾判示，可歸責於內國法院（受請求國）之遲延，造成當事人實體上之主張無法實現時（例如因年齡成長，造成親情漠生等），國家須負賠償責任。此方面文獻，除網頁已有不少介紹外，另可參考南華大學碩士論

- 文（2010年6月），指導教授虞和芳博士，研究生陳詩怡撰寫，「以子女親權為前提之國家介入權——論歐洲與我國之制度規範」碩士論文，117-123頁。
9. 憲判8號判決公布後，關心此議題學術研討會發表論文之學者，對系爭裁定——承辦法官之積極用心，多持肯定看法。
 10. 禁止歧視原則，指不因兒童、父母或法定監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、族裔或社會背景、財產、身心障礙、出生或其他身分地位之不同而有所歧視。
 11. 生命權、生存權及發展權，本文略之。
 12. 第12條，內含兒童表示意見及其意見獲得考量之權利；第13條，兒童自由表示意見之權利。
 13. 參看自張淑慧博士（台灣照顧管理協會理事長），在網路發表之兒童權利公約最佳利益圖示，<https://www.sw.ntpc.gov.tw/userfiles/1100500/files/%E7%B0%A1%E5%A0%B11.pdf>（最後瀏覽日：2023年9月30日）。
 14. 張淑慧博士，前揭網路發表之兒童權利公約最佳利益圖示。
 15. 按憲判8號論述脈絡及見解，與兒童權利公約及一般性意見相契合。質言之，意願表明權係程序主體權及最佳利益保障。
 16. 民訴法第254條第1項，訴訟標的法律關係於訴訟繫屬中移轉他人，成立法定訴訟擔當，債權人代位訴訟擔當，依同法第401條第1項，既判力及於被擔當人。惟法定訴訟擔當，通說認為應保障該權利主體有參與該程序權，使其有陳述意見機會，以保障其程序主體權。
 17. 裁定內容：未成年子女年僅4歲，又因再抗告人迄不攜同返臺，致法院無法囑託社工人員、程序監理人探知未成年子女真實意願，或以其他適當方法使其就本件親權酌定陳述意見，原法院並已具體審酌全部事證，考量最佳利益，酌定其權利義務之行使、負擔方式，縱未聽取其意願，尚難謂違反家事事件法第108條第1項規定或憲判8號裁判意旨。
 18. 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1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1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。
 19. 研究意見多數說，限於篇幅，本文略之。
 20. 大陸法系國家法官受制定法拘束，當面臨法規不明、概括條款，或須行使裁量權之個案時，如何才能合法、妥適，須否逐一調查審認所有相關因子，此與從法規範為中心（法規範出發型），或可以案例為中心（事實出發型）法學方法有關。在大陸法系國家被認為法官在審判上被期待能傳承體系管理師節，即提出有如立法者提出的規則作為裁判基礎，和遵守公認的學理和慣例，作為裁判基礎；反之，美國法官則被期待扮演社會工程師角色，用最小成本有效解決爭端。參考蘇永欽，法學為體、社會為用，收錄於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，法學的想像（第四卷）：社科法學——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集，元照，2022年1月，930頁。
 21. 參看許宗力計畫主持，國科會補助研究計畫研究成果，「從大法官解釋論比例原則與違憲審查」，臺灣大學法律學系暨研究所，2000年8月1日公開於網路版，4、5頁。另本文亦提及林子儀、黃昭元大法官建議，有關審查密度採美國方法，只有在非常重要之政府利益，才採取必要原則概念，否則審查結果，該受審查之法律通常都得到違憲結論，如我國採德國必要性審查態度，則我國沒有任何一個法律可以通過必要性審

- 查。<http://ntur.lib.ntu.edu.tw/bitstream/246246/12808/1/>（最後瀏覽日：2023年9月30日）。
22. 參看許宗力，同前註網路版，4、5頁。
 23. 本參考原則係法務部以法律字第10303500400號該函復立法院司法及法制委員會第8屆第4會期第12次全體委員會議臨時提案決議辦理，於召開研商「訂定法院依民法第1055條酌定或改定未成年子女之親權人之參考原則」會議結論訂定。
 24. 海克利益法學對於價值秩序安排，無論私益與私益間、私益與公益間，何者優先，除未充分說明外，常被質疑：當法益衝突後之價值判斷（實質評價階段），客觀標準何在。詳可參看Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996年版，1頁以下。
 25. 參看自梁上上，利益衡量論第三版，北京大學出版社，2021年版，142-144、158頁。
 26. 參看自梁上上，同前註，26-30頁。另有關於利益衡量衝突之解決原則，亦可參看Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註24，313頁以下。
 27. 美國社會學法學及法律現實主義法學家羅斯科·龐德（Roscoe Pound），是反法律實證主義者，受植物學影響，建立利益綱目列表建構價值等級。利益列表分個人利益、公共利益與社會利益。再分個人、政治團體、整體社會之需求或慾望。然後在不同利益類別下，又列舉更具體之利益類型，形成一完整利益綱目。認為在不同類型利益衝突之解決，須先將相互衝突的利益視為同一類後比較，最後以整個利益綱目內最多數之利益獲得保障。參看自維基百科，<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%BD%97%E6%96%AF%E7%A7%91%C2%B7%E5%BA%9E%E5%BE%B7>（最後瀏覽日：2023年10月7日）。
 28. 梁上上，同註25，76-83頁。
 29. 法律實用主義者，有認為如果無國會立法，法官即有造法權限，如有立法，而法官忽略法律規定，則判決只是法官對個案合理的權宜措施而已。但亦有認為，此種法律實用主義，可能造成人民對法律之理解認識之困擾，及以如何之標準認定什麼是明智的解決方法。就此，法律實用主義者卜斯納法官（Richard A. Posner），認為法官應於判決理由中強化說服力，區分為法律上理由及其他務實之理由，判決書應裝滿常識、同理心、想像、軼事及隱喻。賴英照，立法史料與立法目的，台灣法律人，14期，2023年8月，22頁。
 30. 梁上上，同註25，79-80頁。
 31. 如前述，憲判8號已參考「國際兒童誘拐公約」第12條第2項後段「除非能證明該兒童現已轉居於新的環境之中」之規範意旨。
 32. 參看自由UNICEF發表，黃姿胤、Amy Lin編印，「注意！此刻，投資人的最新選項——兒童權利」網路文章，2021年6月16日，<https://ubrand.udn.com/ubrand/story/12117/5535733>（最後瀏覽日：2023年10月8日）。

關鍵詞：最佳利益、意願表明權、程序主體權、慣居地原則、利益衡量

DOI：10.53106/279069732204

（相關文獻 ● 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析 ● 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）