

被告子女最佳利益作為量刑之 首要考慮因素

——評最高法院111年度台上字第700號判決



謝如媛

政治大學法學院教授

摘要

對兒童最佳利益之考量，除兒童本身有違法行為或有遭遇被害之情形外，是否及於父母（或主要照顧者，以下皆同）有違法行為之兒童？最高法院在這方面之意見並不一致。這個問題一方面牽涉到兒童權利公約相關條款之解釋，另一方面，由於近年來有不少研究顯示父母被監禁對其未成年子女將造成多重負面影響，也吸引了各國更多的關注。在量刑階段如何兼顧被告子女之最佳利益、與刑罰目的能否相容，都值得進一步加以檢討。

目次

壹、事實摘要

貳、爭點

參、法院見解

肆、裁判評析

伍、結論

有許多研究顯示，父母（或主要照顧者，以下皆同）受到監禁會對受撫養之子女造成多重負面影響，例如可能導致兒童反社會行為、犯罪、心理健康問題、藥物濫用、學業失敗和失業，以及其他創傷、污名或社會和經濟壓力等¹。除了關懷攜子入監（監獄行刑法第12條）相關議題外，實有必要針對量刑階段如何兼顧被告子女之最佳利益，進行更多的檢討與改善。最高法院111年度台上字第700號刑事判決（下稱「本判決」），對量刑時應如何審酌被告子女的兒童最佳利益提出了明確的觀點。本文將以該號判決所涉及的相關問題進行分析與檢討。

壹、事實摘要

被告曾有五段與不同伴侶的親密關係，並於每段親密關係中依序生有甲童、A童、B童、C童、D童。甲童因被告不當管教，經某市家庭暴力暨性侵害犯罪防治中心（下稱「家防中心」）進行安置，並已由甲童生父家屬接回照養；其後家防中心獲報發現A童（本案被害人）因被告不當管教而渾身是傷，經緊急安置後，法院亦數次裁定延長安置；B童亦遭遇與A童類似的情況而受安置。被告及其現任配偶同住，照養C、D童，對C、D童並未發現類似程度的體罰行為。

貳、爭點

量刑時是否應考量被告子女之最佳利益？兒童最佳利益之考量是否限於兒童本人為犯罪被害人或為違法行為者？在考量被告子女之最佳利益時，有何參考指標或方向？被告子女最佳利益之考量對刑罰種類之選擇及其必要性應發揮何種作用？

參、法院見解

各審法院在論罪方面並無太大爭議，皆認定被告對A童所採取之懲戒手段已構成凌虐，不僅不具積極正面之教育意義，並逾越合理必要之範圍，構成（修正前）刑法第286條第1項妨害幼童發育罪。各審主要的分歧

¹ Carnelley, M. M., & Epsein, A. (2012). Do not visit the sins of the parents upon their children: sentencing considerations of the primary caregiver should focus on the long-term best interests of the child. *South African Journal of Criminal Justice*, 25(1), pp. 113-114；林慈偉，被告子女之兒童最佳利益與量刑政策，政治大學法律學系博士學位論文，2023年6月，114-116頁。

是在科刑方面，一審判處被告有期徒刑4年²。經被告上訴二審法院，二審判決維持原罪名，但主張法院於決定刑罰時，也應考量被告子女之利益，以衡量有無刑罰必要性或選擇刑罰種類及期間。二審法院並以量刑不當為由撤銷原判決，自行判處有期徒刑2年，緩刑5年。緩刑期間內付保護管束，禁止實施家庭暴力行為，並應完成加害人處遇計畫，且應於本判決確定之日起1年內，完成8堂法治教育課程³。檢察官不服而上訴最高法院，最高法院在本判決中，以兒童權利公約為主要依據，明白表示應在量刑中審酌被告子女之兒童最佳利益，對於審酌的依據、範圍、方法均有所闡釋，足以作為今後符合兒童權利公約之量刑判斷參考，以下分述之。

一、量刑時應否審酌被告子女之最佳利益

在刑事案件中應否考量被告子女之最佳利益？被告子女為直接被害人或並非該案直接被害人，其最佳利益是否皆應作為量刑因素或須區分處理？對於被告子女即為該案直接被害人時，由於被害情形原本即為論罪判刑之依據，加上被害人訴訟參與制度的建立，該被告子女之情形不至於完全受到忽視，但有無調查個案具體情形並以子女之最佳利益為判斷準據，則又是不同問題。而被告子女非該案直接被害人時，則更容易產生爭議。

在本案一審判決中，並未明確檢討被告子女之最佳利益。該判決之量刑理由指出，被告身為被害人直系血親且與被害人同住，卻罔顧親情加以凌虐，加上被害人在偵查中表示不想再見被告，因為被告一直打伊，被害人不想與被告同住等情，可見被告所為均對被害人身心健全發展有所妨害，實值嚴厲非難，又考量被告之「犯後態度、犯罪之動機、手段、對被害人造成之危害，兼衡被告於本院審理中表示其國中肄業之智識程度、從事網拍之生活狀況（見本院108年度訴字第1022號卷第287頁）等一切情狀」，量處有期徒刑4年。由判決內容可知，法院雖然對於被害人在偵查中表示因為被打而不想再見被告、不想同住之意見加以斟酌，但係用於認定被告行為對被害人「身心健全發展」之妨害情形，並據以判斷被告行為構成（修正前）第286條第1項之「凌虐」；一審法院選擇之刑罰，偏向該罪之重度刑，但對於刑罰種類之選擇與執行將對被害子女的家庭生活、經濟情況、親子關係等造成何種影響，在判決中未見著墨且亦未關注被告其他子女B、C、D童之利益，其審酌是否有失周全？，亦值檢討。

² 臺灣新北地方法院108年度訴字第1022號刑事判決。

³ 臺灣高等法院110年度上訴字第118號刑事判決。

二審法院則認為「法院於決定刑罰時，也應考量該刑罰本身是否會波及兒童之權利，作為選擇刑罰種類及必要性之裁量根據」⁴。主要的依據是具國內法效力之兒童權利公約第3條規定兒童最佳利益應優先保障、第6條規定應盡最大可能確保兒童之生存與發展、第9條規定除特定因素外，禁止兒童與雙親分離等。法院認為被告為與A童同住之母親，係A童之父母，且依新北市政府兒童保護事件延長安置法庭報告書所載：「案母（即被告）向案主（即被害人）承諾不會再以責打方式管教。會面期間案主主動分享近況並表達未來再會面之期待，結束時，亦開心與案母及案外祖母逐一道別，故此次會面對案主而言，為正向經驗」，足見被告與A童仍有親情之依附關係，況且被告為C、D兩名幼童之主要照顧者，考量上述未成年子女之最佳利益並綜合其他量刑因子而做成緩刑判決，並附加保護管束以及可提升親職能力之應遵守事項。亦即，二審判決顯示，非本案直接被害人子女之最佳利益也應在考量之列，而不限於直接被害人A童。

三審最高法院首先肯認原判決所述，量刑時應考量刑罰是否波及兒童之權利，並據以選擇刑罰種類與必要性等。最高法院明確指出，「兒童權利公約（下稱公約）內國法後，兒童最佳利益原則於我國司法裁判已具有規範之普遍適用性，各級法院之裁判若對兒童產生影響者，均須恰如其分地納入且始終貫徹兒童最佳利益（公約第3條第1項、聯合國兒童權利委員會《下稱童權會》第14號一般性意見第14段(a)、第19段、第27段解釋參照）」，並援引111年憲判字第8號判決，主張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。

由於本案涉及主要照顧者對其子女之凌虐，本案最高法院判決因而指出，「於兒童為被害人而有公約第19條『兒童免遭一切形式暴力侵害之權利』規定之適用時，童權會第13號一般性意見第3段(f)解釋亦表明，必須尊重兒童使自己的最佳利益在一切涉及和影響兒童事務，以及一切預防措施中作為首要考慮的權利；該號意見第54段解釋並強調，司法介入之決策目的應為保護涉案兒童，擴展其最佳利益（如行為人可能再犯，則也包括其他兒童的最佳利益）。故法院之量刑結果，依個案情節，倘勢必影響兒童關於公約所保障之權利或利益者，恰如其份地將兒童最佳利益納入量刑審酌因子，並做出合義務性之裁量，即屬無可迴避」（底線為筆者所加，以下同）。

⁴ 臺灣高等法院110年度上訴字第118號刑事判決。

值得注意的是，除了考量本案直接被害人A童之利益外，由於被告目前亦為C童與D童之主要照顧者，最高法院明確表示，根據童權會第14號一般性意見第28段，於刑事案件中考量兒童之最佳利益，並不侷限在兒童本人為被告或確認為違法、或作為被害人或證人的情形，也包括「因家長觸法而受影響」之兒童。亦即，除了直接受害的A童外，現正受被告照顧之C、D童，以及因被告科刑判決致影響其受保障權益的B童之最佳利益，皆必須同受考量。

二、最佳利益的內涵與評估

本案最高法院判決引用司法院111年憲判字第8號判決以下內容：「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。」不僅肯認兒童利益之優先性，也彰顯出維護親權關係是兒童最佳利益的重要內涵。

進而，若被告之罪責已達監禁而應使之與兒童分離之程度，本判決認為：「法院之量刑則應具有維護兒童最佳利益之目的性，且必須合乎必要性及最後手段性，並充分考慮到不同刑期對單一兒童或若干兒童的最佳利益所造成的衝擊，復顧及家庭環境因此而受到剝奪的兒童，是否能獲有替代方式之照護。」本判決之依據是公約第9條第1項（父母與兒童不分離原則）、第18條（父母共同養育兒童原則）、第20條（剝奪家庭環境之兒童照護與安置）之規定，以及童權會第14號一般性意見第61段、第69段之解釋。

本判決進一步指出，對於兒童最佳利益之評估判斷，應特別注意以下與案情或個別兒童有關之事項：「（一）兒童之意見與溝通、（二）兒童的身分、（三）維護家庭環境與保持關係、（四）兒童的照顧、保護和安全、（五）弱勢境況、（六）兒童的健康權、（七）兒童的受教育權等要素，並依個案類型、情節等有利不利兒童之具體情況，賦予上開相關要素不同比重之評價，再予整體評判。（參照童權會第14號一般性意見第52段至第80段、第89段的解釋）」

此外，若當事人等對於兒童最佳利益之評判有爭執，而有調查釐清之必要時，最高法院認為應視個案需求，委由與兒童心理、發展等相關領域之專業人員或機關、團體實施鑑定，以取得與兒童最佳利益要素有關的事

實、資訊與鑑定意見，而得作為評判及量刑之重要參考依據⁵。

肆、裁判評析

一、被告子女之最佳利益應作為量刑因子

如同本判決所示，童權會第14號一般性意見第28段明白指出，於刑事案件中考量兒童之最佳利益，並不限於上述以兒童本身為主體或為客體之案件，亦應包括「因家長觸法而受影響」之兒童。

但在實務上，也有判決持不同見解，認為被告子女在父母觸法之案件中並無表意權，並據此否定了辯護人的主張，包括應慮及上訴人與未成年子女之生活狀況，及判決結果對該未成年子女之影響。該判決雖肯認兒權公約第12條保障兒童之表意權，應使兒童有機會在影響到其之任何司法與行政訴訟中，以符合國家法律之訴訟規則的方式，直接或透過間接代表或適當機構陳述意見，且對於其所表示之意思應依其年齡大小與成熟程度予以權衡（第1項），但對於其中所謂「在影響到兒童的任何司法和行政訴訟中」之涵義，則有限定：「仍以涉及兒童本身主體之監護、教養、安置及觸犯法律，或是兒童成為被害客體之刑事犯罪、性虐待、暴力或其他形式虐待的受害者等案件為主。尚難因此即謂兒童監護人之父母犯罪案件亦包括在內」（底線為筆者所加）⁶然而依該案上訴理由所指出者，不僅是原審未賦予兒童表達意見之機會，還包括判決未考量被告之未成年子女的最佳利益，則最高法院之所以未明白針對後者加以回應，似乎意味著在排除兒童表意權的同時，也排除了在量刑中考慮被告子女之最佳利益？若是如此，恐怕未能明辨被告子女之表意權與兒童最佳利益保障之間的關係。

另一最高法院刑事判決亦採取類似見解，認為從童權會第12號一般性意見第32、33段之舉例，以及第34段要求對兒童參與之程序及環境應該經過特別設計，可以得知仍「是以涉及兒童本身為主體之司法及行政程序賦予兒童發表意見權」，擔任兒童監護人之父母涉及之犯罪案件不包括在

⁵ 在本判決之前，洪當興案之更一審法院（臺灣高等法院臺南分院108年度矚上重更一字第18號刑事判決）已採取以鑑定取得與兒童最佳利益相關事實的方式，委託了熟稔家事案件的專家籌組鑑定專業團隊，進行鑑定。該判決主張對於兒童可能與其父母分開的情形，必須就兒童的最佳利益及衝擊做出充分之評判，並且應確保兒童表達意見之機會及權利。關於洪當興案判決之詳細分析，請參照林慈偉，同註1，94-98頁。

⁶ 最高法院108年度台上字第411號判決。引用此判決者，例如臺灣高等法院臺南分院108年度矚上重訴字第971號刑事判決。

內，因此「上訴人之原審辯護人主張：應給予上訴人之未成年子女陳述意見之機會，及應為上訴人之未成年子女進行最佳利益鑑定，並透過鑑定陳述意見之機會等語，並非可採且無必要。」⁷

上述兩判決之看法，亦有其脈絡可循。因為從童權會第12號一般性意見對於「(b)關於司法和行政訴訟的特殊義務」的說明看來，除了民事訴訟中的義務之外，有關兒童在刑事司法訴訟中的表意權，從57段到64段的內容涉及的是「兒童罪犯」以及「兒童受害者和兒童證人」，並沒有明文提到因父母觸法而受影響的兒童。不過，沒有提到，是否就代表不須保障這個權利呢？恐怕不是如此。

首先，童權會第12號一般性意見第32、33段，強調「在對自己有影響之司法及行政程序中」要特別提供機會讓兒童表達意見，且這一規定不受任何限制地適用於所有影響到兒童的相關司法訴訟。該意見雖舉出各種情況加以說明，應只是例示，而非限縮性的列舉⁸。而第34段要求須特別設計兒童參與之程序及環境，並不必然導引出兒童本身必須為程序之主體，該項要求毋寧是為了透過符合兒童特質與需求的環境設計，讓兒童得以安心並充分表達自己意見，主旨並不在於限縮兒童的表意權。

其次，進一步考量到兒童表意權與兒童最佳利益的關係，應可以得到更清楚的答案。正如最高法院111年度台上字第700號判決所示，根據童權公約第14號一般性意見，對於兒童最佳利益之考量也包括「因家長觸法而受影響」之兒童。由此衍生出的問題是，在承認童權公約第3條第1項的情況下，在具體個案中能否否定該被告子女表意權之存在？童權公約第3條最佳利益保障和第12條表意權之間的關係究竟為何？

也許有些意見會認為，兒童的意見有時會違背他們自己的最佳利益，其表意權應受到限制。但童權會認為，這兩個條文之間並不存在緊張關係，而是兩項一般原則的互補：第3條第1項規定了實現兒童最佳利益的目標，而第12條則規定了以何種方法聽取兒童意見。事實上，只有遵循第12條才能正確適用第3條。同樣的，第3條強化了第12條的功能，促進兒童在影響其生活的所有決策中發揮重要作用（童權會第12號一般性意見書第74段）。簡而言之，委員會將第12條和第3條解釋為相輔相成：在聽取和考

⁷ 最高法院109年度台上字第3696號刑事判決。

⁸ 相同意見：林慈偉，論兒童最佳利益在對父母或主要照顧者被告量刑中的考慮：兼談憲法法庭111年憲判字第8號判決之啟示及影響，臺大法學論叢，51卷特刊，2022年11月，1049-1051頁。

慮兒童意見的情況下，將促進兒童的最大利益。相反地，剝奪兒童表達意見的機會似乎違反了第3條規定⁹。而從第12號一般性意見第2段來看：「所有兒童表達意見並得到認真對待的權利是《公約》的基本價值觀之一。兒童權利委員會（委員會）將第12條確定為《公約》的四項基本原則之一，其他三項原則分別是不受歧視的權利、生命權和發展權、以及首先考慮兒童最佳利益。這種強調該條款的做法不僅確定了一項權利，而且在解釋和行使所有其他權利時也必須加以考慮」。由上述各個因素看來，為衡酌被告子女之兒童最佳利益，聽取兒童之意見應屬必要，兩者缺一不可¹⁰。

二、兒童最佳利益應作為量刑之首要考慮因素（a primary consideration）

刑事司法制度往往容易忽略監禁判決對被告子女的實質影響，很大程度是因為刑事司法重視的是應報、隔離無害化、威嚇和社會復歸，聚焦在國家和犯罪行為人之關係，而作為第三方之被告子女的需求或利益，頂多是附隨在其他量刑因素之下¹¹。對法院而言，在量刑時必須兼顧對被告的懲罰、被害人所受的影響、司法公正和社會安全的公共利益，就已經相當複雜，況且若加入被告子女最佳利益的因素，很可能招來大眾對司法不公的疑慮（因為被告剛好有小孩要扶養，就可以得到比較輕的刑罰），或是對於被告可能將小孩作為迴避懲罰的藉口有所顧忌¹²。

例如有法院認為，被告因法院科刑判決之執行而入監服刑，服刑期間必將對被告之家庭成員有所影響，但此為「刑事審判及執行制度必然所生之附隨結果」；「被告為其未成年子女之主要照顧者，本院認此屬被告之

⁹ 參照加拿大司法省對於童權公約第12條與第3條關係之解釋：https://www-justice-gc-ca.translate.google.com/rp-pr/other-autre/article12/p2.html?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=zh-TW&_x_tr_hl=zh-TW&_x_tr_pto=sc。

¹⁰ 亦有研究對於這兩項權利之間的關係表達了類似的看法，其主張兒童意見表明權並非指兒童表明的內容必須直接被接納，而是保障一個機會，讓兒童在作成關於自己重要的決定時，根據其成長發展的進度而獲得必要的資訊，並在理解此資訊的基礎上表達自己的意見；此外，必須確保有適當的人際關係存在讓其能安心的表達意見。接下來，成人在理解兒童本身的意見後，檢討什麼樣的支援最有利於兒童的成長發展，並且與兒童溝通、盡可能得到兒童的接納，然後才進行支援。這是落實兒童權利公約第3條「兒童的最佳利益」的過程。參照：謝如媛，少年健全成長之概念內涵與法制架構——從日本少年法制近年之動向談起，收錄於：主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，2020年6月，296頁。

¹¹ Donson, F. and Parkes, A. (2016) 'Weighing in the balance: Reflections on the sentencing process from a children's rights perspective', *Probation Journal*, 63(3), pp. 332-333.

¹² 臺灣高雄地方法院108年度訴字第556號刑事判決：「作為父母者，應謹記兒童為父母保護之對象，而非其違法行為之保護傘」。

生活及家庭狀況，而應列為量刑考量原因，惟仍應綜合考量其他量刑因子，而為妥適之量刑。尚難僅以被告之生活及家庭狀況，即遽謂原判決之量刑不當。」¹³然而，有研究者提出「共生危害」觀點，說明父母監禁對其子女影響重大，該影響程度無法以量刑上的「附隨」效果一筆帶過¹⁴。

固然在現行法的架構下，或許只能妥適地運用刑法第57條作為調節。例如將被告子女所受之影響，作為刑法第57條第4款「犯罪行為人之生活狀況」加以考量¹⁵。亦有判決主張，可透過刑法第57條關於科刑時並「審酌一切情狀」之樞紐，將涉及被告科刑之兒童權利公約規定，以及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋等相關規範，涵納在整體量刑審酌之事由或情節之中，並授予事實審肆應個案具體情況而為刑罰之裁量¹⁶。然而，無論是將被告子女所受影響納為第57條「被告之生活狀況」，或作為「審酌一切情狀」之對象，而未作為獨立事項來考量，是否足以符合童權公約第3條第1項規定的要求，亦即：所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應將兒童最佳利益列為首要考慮因素？

根據第14號一般性意見第IV解釋兒權公約第3條第1項第4款，關於「應列為首要考慮因素」（shall be a primary consideration），一方面，「應當」一詞對各國施加了強烈的法律義務，意味著各國不得對於是否評估兒童最佳利益行使裁量權，並賦予兒童最佳利益適當的權重，以在所採取的任何行動中將之作為首要考慮因素；另一方面也意味著兒童的最佳利益與所有其他考慮，並非處於同等的份量級別，兒童的具體境況：依賴、成熟程度、法律地位，以及往往無發言權的狀況，係成立此強勢地位的理由。與成人相比，兒童更難維護自身的利益，而那些參與作出影響兒童之決定的人們，必須明確了解兒童的利益。如果不突顯兒童的利益，他們很容易被忽視¹⁷。

在本文選評之111年度台上字第700號刑事判決中，最高法院明確地從兒童主體的觀點出發，凸顯出兒童最佳利益是一項必須獨立考量的因素，並非只是附隨於父母諸多量刑因素中的一小部分，可說是落實了作為「首要考慮因素」的意旨：「法院於量刑時有義務留意到兒童最佳利益之意義

¹³ 臺灣高等法院107年度上重訴字第43號刑事判決。

¹⁴ 林慈偉，同註1，117-122頁。

¹⁵ 臺灣高等法院臺南分院108年度曠上重訴字第971號判決。

¹⁶ 最高法院110年度台上字第1610號刑事判決。

¹⁷ 此處參照第14號一般性意見英文版。

與目的，並不表示允許犯錯的父母或家長等主要照顧者可無故逃避適當的懲罰，相反地，是要求法院在這類情況下，應盡可能地保護無辜兒童免於受到可避免的傷害」。而緊接其後的論述，則闡釋了親子關係與家庭功能對兒童的重要性，並嘗試從犯罪預防的角度說明減輕刑罰的正當性：「又於兒童最佳利益及其影響之調查、評估與回饋，即可檢視已弱化的親子關係、家庭功能得否有所修復、重建或提升，倘審酌結果認係朝正向發展，即可節省刑罰之懲罰份量，避免刑罰之過剩，畢竟較穩固、健全的親情依附、理解與支持，一直是通往刑罰預防目的之康莊大道，不論對加害成人或無辜兒童之未來均然。」

兒童利益的考量與父母承擔刑事責任之間，並不是一種零和關係。毋寧說，在考量兒童最佳利益的前提下，於適度的範圍內，應透過監禁的替代選項，以及教育、諮商等更為建設性的方式，以提升父母的能力。正如研究者在分析南非憲法法院之判決時指出，對於兒童獲得父母照顧之權利以及兒童最佳利益的考量，重點並不在於應否允許父母以他們的孩子為藉口逃避他們自己責任，而是在「確保父母成為其後代最直接的道德榜樣」，使父母向他們的孩子展示如何看待問題，如何作出道德選擇、承擔責任、面對挫折、完成艱難的決定¹⁸。

三、兒童最佳利益與家庭的聯繫

考量被告子女之最佳利益時，維護家庭的聯繫是核心要素。即使被告之罪責已達監禁之程度，但在可選擇的範圍內，仍須在有必要藉由與父母分離以確保兒童最佳利益的情況下，才應判處監禁。

兒權公約第9條第1項規定：「締約國應確保不違背兒童父母的意願而使兒童與父母分離。但主管機關依據所適用之法律及程序，經司法審查後，判定兒童與其父母分離係屬維護兒童最佳利益所必要者，不在此限。於兒童受父母虐待、疏忽或因父母分居而必須決定兒童居所之特定情況下，前開判定即屬必要。」而CRC第13號一般性意見中之第56段進一步闡釋，只有在符合兒童最佳利益的情況下，才能作出將兒童帶離其父母或家庭環境的決定（第9條和第20條第1項）；但如果暴力案件中犯罪者是主要照顧者，上述兒童權利保障措施中，視情節嚴重及其他因素，以社會和教育手段為主的干預措施，及恢復性質的方法，通常好於單純的懲罰性司法

¹⁸ 林慈偉，同註8，1040-1043頁。

措施。換言之，在本案的情況下，即使被告凌虐其子A童，在決定被告之刑罰時，仍須依據足夠的調查甚至鑑定以判斷A童與被告分離是否符合A童最佳利益，並以社會和教育手段為主的干預措施為佳。

曾有判決指出：「本公約第9條其目的不在於完全禁止兒童與父母分離，而於（一）具備正當理由；（二）以前揭正當理由作出之公平決策；（三）兒童於分離後，仍保有與其父母聯繫之權利時。仍得違背兒童父母之意願而使兒童與父母分離」¹⁹。從上述公約規定及CRC第13號一般性意見來看，確實如判決所言，並沒有排除與父母分離的選項。然而，這並不代表父母對於兒童為傷害、虐待時，直接將兒童與父母分離「即屬維護兒童最佳利益所必要」，也不是說只要在「制度上」已建立對受虐兒童之責任通報、保護安置機制及家庭處遇計畫、有替代性照顧之存在、及相關利於兒童措施之建立與介入，即能適時彌補兒童與父母分離造成之缺憾。重點仍在於必須從兒童最佳利益的觀點，深入了解該個別案件及具體情況，聽取兒童之意見（惟須注意表明意見是兒童的權利而非義務），並從較為長期的觀點來判斷：與父母分離對於該兒童在心理上、實際上、經濟上和其他方面有何負面影響？監禁是否不可避免？或是可採取「以社會和教育手段為主的干預措施，及修復性的方法」？

正如研究者所指出，如果可能的監禁對兒童有害，那麼天平必須傾向於非監禁判決，除非案件嚴重到完全不合適；在可用的量刑選擇範圍允許的情況下，透過將照顧者留在家庭中，可為兒童的權利提供優勢。如果法院認為監禁是唯一合法的做法，那麼法院必須確信兒童將得到適當的照顧，並得透過命令來盡量減少對兒童的負面影響²⁰。

本號判決亦採取上述類似見解。如前所述（參照本文參、二、最佳利益的內涵與評估），本號判決認為對於被告之罪責若已達監禁而應使之與兒童分離之程度者，法院之量刑應具有維護兒童最佳利益之目的性，且必須合乎必要性及最後手段性，「並充分考慮到不同刑期對單一兒童或若干兒童的最佳利益所造成的衝擊，復顧及家庭環境因此而受到剝奪的兒童，是否能獲有替代方式之照護。」因而在本案當中，本判決要求原審調查並釐清相關事實，以具體審酌被告子女A童（本案被害人）以及B、C、D童最佳利益之評判與維護，應屬的論。

¹⁹ 臺灣高雄地方法院108年度訴字第556號刑事判決。

²⁰ Carmelley, M. M., & Epsein, A., *supra* note 1, p. 115.

伍、結 論

在2022年完成的兒童權利公約第二次國家報告國際審查結論性意見第42段明確指出，雖然我國法院或執行刑後處分的檢察官對於刑事案件被告得酌情採取替代監禁刑罰的措施，但對於育有未成年子女者，缺乏量刑指南。該結論性意見並要求政府制定專門針對此類案件的量刑指南，這些指南應謹記兒童在這種情況下的權利及最佳利益，並建議法院僅在少數例外情況下判處監禁，以避免兒童與其受刑的父母（監護人）分離以及可能被安置在替代性照顧的環境中²¹。

在上述指南制定之前，本號判決指示的方向應值參考。首先，兒童最佳利益的考量不限於民事或家事案件，亦及於刑事案件；同時，不限於兒童本身為被告或確定觸法、或作為被害人或證人的情形，也包括因父母觸法而導致兒童之權利或利益受影響者。被告子女之兒童最佳利益，在刑罰之選擇時應作為首要考慮因素，而其核心部分乃兒童與其家庭之聯繫。只有在符合兒童最佳利益的情況下，才能違反父母之意願將兒童與父母分離；並且應在適當範圍內優先採取教育、諮商或修復性質的措施，而非懲罰性的手段。監禁必須合乎必要性及最後手段性，並應充分考慮不同刑期對單一兒童或若干兒童的最佳利益所造成的衝擊，並顧及家庭環境因此而受到剝奪的兒童，是否能獲有替代方式之照護²²。在判斷兒童最佳利益時，每個案件都需要進行基於事實的詳細調查，以確保重點仍然放在監禁對兒童的影響上；光是替代照顧者的存在並不足夠，仍應兼顧其他面向，並確認替代照顧者所提供的照顧是否適當。

值得注意的是，兒童表意權的確保是實現兒童最佳利益所不可或缺的一環，兩者相輔相成。對於兒童的意見，並不是單純的聽取，必須因應其年齡和成熟程度，對這些意見給予應有的重視。在做出涉及其父母自由的決定時，應直接或間接考慮兒童的意見²³，因為這一決定將不可避免地對兒童的生活產生重大影響。♣

 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

²¹ 兒童權利公約第二次國家報告國際審查結論性意見（中文版），<https://crc.sfaa.gov.tw/Document/Detail?documentId=2BF473B4-5CAF-48DA-BB15-CC5F42124690&AspxAutoDetectCookieSupport=1>。

²² Carnelley, M. M., & Epsein, A., *supra* note 1, pp. 115-116.

²³ *Supra* note 11, pp. 331-346.