

## Zaunegger v. Germany

### (歧視非婚生子女之生父監護權案)

歐洲人權法院第五庭於 2009/12/3 之裁判\*

案號：22028/04

劉千瑜\*\* 節譯

#### 判決要旨

1. 歐洲人權公約第 14 條係補充公約及議定書之實體規定，其本身無法獨立存在，而是僅於涉及受公約所保障之「權利與自由之享有」時，始有效力。若個案系爭事實未落入一個或數個公約實體權利之保護領域內者，即無歐洲人權公約第 14 條之適用餘地。

2. 歐洲人權公約第 8 條所稱之「家庭」，並不限於以婚姻為基礎的關係，而是包括其他透過當事人婚姻外的同居所形成的事實上「家庭」。於此等關係下出生的小孩，從其出生之始起，基於其出生之不折不扣的事實，即當然屬於該等「家庭」之成員。該等小孩與其父母間，即存有一種相當於家庭生活之束縛。

3. 歐洲人權公約第 8 條中所稱「家庭生活」之存否，原則上是一種事實問題，端視於是否實際存在親近的人身聯繫關

\* 裁判來源：官方英文版。

\*\* 美國紐約大學法學院國際法學碩士，現為美國喬治城大學法學院法學博士候選人。

係，特別是在孩子出生前後，父親對於該孩子所顯露的興趣與為此所作的承諾。

### 涉及公約權利

歐洲人權公約第 8 條 家庭生活應受尊重權、第 14 條 平等權

## 事 實

### I. 本案情狀

1.-7. 原告出生於 1964 年，是一位出生於 1995 年之非婚生女的生父。原告與該非婚生女之生母於 1998 年分居。在此之前，他們的關係持續了 5 年。女兒與原告一直同住到 2001 年 1 月，孩子的母親則搬到同棟大樓的另一間公寓。由於孩子的生父生母並未聲請共同行使監護權，根據德國民法 1626a 條第 2 項，母親獲得獨立行使監護權之權利。2001 年 1 月分，孩子搬到了母親的住處。接著，孩子的雙親因原告與孩子的聯絡而開始產生爭執。同年 6 月在主管機關協助下達成協議。協議中，每星期三下午到星期四早晨、每星期日早上 10 點到星期日早晨，以及每個假日的半天，原告均得與孩子會面交往，這些時間加起來，每年共約有四個月的時間。2001 年，因為孩子的母親不同意共同行使監護權，原告聲請共同行使監護權，但除此之外，父母雙方都很合作地遵守協議。2003 年 6 月 18 日，科隆地方法院駁回原告請求。法院判定原告無共同行使監護權之請求權基礎。德國法規定，非婚生子女雙親的共同行使監護權，只能透過共同協議、婚姻或是民法第 1672 條第 1 項（本規定則須聲請人之對造同意）。科隆地方法院認定民法第 1626a 條合憲，並參照聯邦憲法法院於 2003 年 1 月 29 日作成之指標性判決達成此決定。有鑒於相關法律條文不允許不同之決定，地方法院不認為有必要聽取相關人士親自陳述。原告上訴，科隆

上訴法院於 2003 年 10 月 2 日駁回該上訴。其理由為，因為原告以及系爭子女之生母無婚姻關係，原告共同行使監護權只有在符合民法第 1626a 條時方為可能。不過原告以及系爭子女之生母並無提出該條文認為必要的共同行使監護權宣告。聯邦憲法法院在其 2003 年 1 月 29 日之判決中曾表示，對於 1998 年 7 月 1 日後分居的非婚生子女之父母而言，該條文是合憲的。科隆上訴法院注意到原告以及孩子生母於 1998 年 8 月分居，在此之前，他們曾有一個半月的時間可以作成共同行使監護權之協議。2003 年 12 月 15 日德國聯邦憲法法院裁定不受理原告所提的憲法訴訟。

## II. 相關內國法、比較法與實務(略)

### 理 由

#### I. 關於訴稱違反歐洲人權公約第 14 條結合第 8 條之部分

28. 原告主張，被告法院所作出之否准共同監護的判決，侵害了其受公約第 8 條的家庭生活應受尊重之權利，以及依據公約第 14 條結合第 8 條，德國民法第 1626 條 a 第 2 項對於未婚之父親，相對於離婚之父親而言，已構成基於性別的不當歧視。

歐洲人權公約第 8 條規定：

“1. 任何人皆享有其私人生活、家庭生活、居住與通訊受尊重之權利。

2. 前項權利之行使，不受公權力之侵犯。但基於民主社會中國家安全、公共安全或國家經濟福祉之利益、為防止失序或犯罪、為保護健康或道德，或為保護他人之權利與自由所必要，且依法為之者，不在此限。”

歐洲人權公約第 14 條規定：

“依本公約所享有之權利與自由，不得基於性別、種族、膚色、語言、宗教、政治或其他言論、民族或社會根源、少數民族、財產、出生或其他身分而受到任何差別待遇。”

### 1. 被告政府主張

29. 被告政府主張，民法第 1626 條 a 第 2 項之立法乃植基於個別非婚生孩童出生情狀之差異上，從父子關係完整無缺到父親漠不關心，各有不同。之所以讓在孩童出生之際即已建立身分的母親—此點與父親截然不同—優先享有監護權，目的是在於使監護權利有清楚的定位，以確保法安定性，從而自始即以法規確立法定代理人，以保護系爭孩童。至於生父提出父母共同行使監護權的要求時需要生母同意的這個同意要件，則是考量到無法達成監護宣告之協議的父母雙方，若關於父母監護權行使之特定問題出現爭議時，極可能爆發衝突，進而可能有害孩童的利益。

30. 被告政府進一步強調，聯邦憲法法院要求立法者應密切注意所有的發展，並應查證立法所植基之假設在現實情況中是否站得住腳。為履行此等義務，被告政府採取了諸多措施，例如取得統計資料以及進行調查等。一項關於無婚姻關係父母之共同行使監護權的研究計畫，於 2009 年 3 月開始進行。但是，前述調查尚未有任何明確的結論。

31. 以政府的觀點而言，以明文規定共同行使監護權應取決於母親一方之同意的方式，對父親可能擁有的權利予以干預，乃為追求孩童最佳利益之保護此一正當目的，而為民主社會所必須，即便此一議題上，尚未存有任何「歐洲共識」。雖然大多數會員國對於未存有婚姻關係之父母就共同行使監護權所為之規範，若不是未考慮母親意願，即是至少由法院衡量孩童利益後裁定，但

亦有其他歐洲國家（例如奧地利、列支敦士登、瑞典及丹麥）之規定與德國近似。由於原審法院並未評估抽象的法律立場，而毋寧是衡量系爭規定於特定情境下適用於原告的方式，因此父母間在青少年福利局協助下所達成之協議，亦即同意原告每年約有 4 個月時間與小孩相處，必須被納入考量。從而原告已經有機會高度參與其女兒的生活。他既未因被利於母親的法律規定而遭受歧視，該規定亦未歧視已婚或離婚的父親。父親和母親的處境無法完全相提並論的，因為父母親無婚姻關係的情形下，無法從孩童出生伊始就建立父親身分。雖然應盡可能地考量到所有關係人的利益，但上述民法中的規定絕未連結到性別因素，而是試圖以一種平衡的態度，於孩童出生於非婚生關係中時，調節父母監護權。尤有甚者，德國法規定，與母親共同行使監護權者，均應取得其同意，父母雙方是否結婚在所不問。最後，被告政府主張，本案情形無法排除因命為共同監護而導致父母親間發生衝突的可能性，因而也將違背孩童的最佳利益。

## 2. 原告主張

32. 原告主張，對一位過去就已照顧其非婚生子女的父親而言，非婚生子女之利益並無法作為該父親無法共同行使監護權之正當理由。此外，違反母親的意願而讓父母共同行使監護權必定會損及孩童的最佳利益，只是一個臆測。在現行法下，法律明文規定在未獲得母親同意下，父親無法獲得共同行使監護權的權利，實乃有關當局以及法院並未考量孩童最佳利益所致。進一步言，孩童的意願及想法在本案中沒有被聆聽與納入考量。民法第 1626a 條第 2 項乃植基於非婚生子女的父親，相較於非婚生子女的母親，較不適合行使監護權之考量。本案卻是不同的狀況，蓋事實上是原告對其女兒照顧有加。此外，德國沒有給予充分理由說明為何在本案排除原告行使監護權之權利，而原告是有意願行使監護權的。德國立法者基於社會上指稱的許多非婚生子女與父親

不穩定的關係，就假定了由父親行使監護權是沒有正當理據的，進而忽略了有越來越多無婚姻關係的伴侶有意願共同行使監護權的這個發展趨勢。因此，單單因為有些無婚姻關係之伴侶的關係不穩定就直接否定非婚生子女的生父共同行使監護權的權利是無法令人接受的。又立法者沒有遵守其應盡的義務來審查了解最新的社會發展。

33. 由於原告的父職角色在其非婚生子女一出生時就已經被確認，本案並無法不明確之情形。原告無法認同，僅因非婚生子女的母親生下小孩，就會使她一定比該子女的生父更適合行使監護權的主張。無論如何，現行內國法的缺失，與其說是母親自始取得單獨監護權，還不如說是父親完全無從修正此等決定。即便母親恣意濫權地拒絕與生父共同行使監護權，根據民法第 1672 條第 1 項，父親也沒有機會請求以法院判決來取代等該宣告。此等法律處境，特別是對與子女有相當時間會面交往而且與子女密切相連的父親而言，已侵害其家庭生活應受尊重之權利。就歐洲人權公約第 14 條而言，原告主張現行法並無充分的正當理由下，因原告的性別以及未婚父的身分而歧視原告。基於孩童之利益，不應允許母親否決共同監護權。更何況，原告並無機會以法院裁判來取代該否決。

### 3. 法院判斷

34. 就原告訴稱其因為非婚生子女生父身分而受到歧視一節，法院認定應先以歐洲人權公約第 14 條結合第 8 條規定而予以審查。

#### A. 於本案之適用可能性

35. 法院重申歐洲人權公約第 14 條僅在補充公約其他實質規定。第 14 條規定無法單獨適用，因為其僅於涉及其他條款所保障

之「權利與自由之享有」時，始具效力。雖然歐洲人權公約第 14 條並未以違反該等條款為預設前提—對於該等條款之範圍而言，歐洲人權公約第 14 條之規定是獨立的—，但除非系爭事實落入該等條款之一或更多之保護領域內，否則歐洲人權公約第 14 條即無從適用。 14(……)。

36. 因此，法院必須判定歐洲人權公約第 8 條於本案中是否有其適用。

37. 在此脈絡下，法院重申本條文所稱之「家庭」，並不限於以婚姻為基礎的關係，而是包括其他透過當事人婚姻外的同居所形成的事實上「家庭」。於此等關係下出生的小孩，從其出生之始起，基於其出生之不折不扣的事實，即當然屬於該等「家庭」之成員。因此，該等小孩與其父母間，即存有一種相當於家庭生活之束縛(……)。歐洲人權公約第 8 條中所稱「家庭生活」之存否，原則上是一種事實問題，端視於發展親近的屬人性聯繫關係時，是否實際存在，特別是在孩子出生前後，父親對於該孩子所顯露的興趣與為此所作的承諾(……)。

38. 法院進一步注意到父親或母親與其子女共同享受彼此的陪伴構成了家庭生活重要而基本的元素，即便父母之間的關係中斷，家庭內部阻撓此等享受的措施形成了對歐洲人權公約第 8 條所保護的權利的干預(……)。

39. 法院觀察到本案中，原告的父職從一開始就建立了，而且他與孩子的生母及孩子生活在一起，直到孩子三歲半為止。在該父母雙方於 1998 年離異後，孩子繼續與原告生活超過兩年。從 2001 年起，孩子和媽媽住在一起，同時父親享有許多會面交往權，原告也提供孩子日常生活所需之照護。

40. 法院接著指出本案中內國法院駁回原告對共同行使監護權之聲請，亦即共同行使父母對子女的權利，包括對他的女兒之教育照護以及決定其住所，構成了對原告依照歐洲人權公約第 8 條第 1 項尊重家庭生活的權利之干預。

41. 法院因此認定本案事實屬於歐洲人權公約第 8 條之保護範疇，因此可適用歐洲人權公約第 14 條。

### **B. 以法律為之**

42. 法院強調歐洲人權公約中權利與自由之享受，落實於第 14 條，乃保障相近狀況的人民，在無客觀且合理正當化原因下，免於受到差別待遇(……)。

43. 在此關連下，法院注意到原告以非婚生子女之父親的身分先是控告受到與生母不同的差別待遇，意即在沒有獲得孩子生母同意下，原告無法取得共同行使監護權之權利。其次，原告控告他受到與已婚或離婚父親之差別待遇，因為後者可以在離婚或分居後一樣享有共同行使監護權的權利。

44. 至於在現行法下，婚生父與非婚生父比較的情狀，法院觀察認為現行法律條文含有不同的標準，而且因此產生兩個類別父親之差別待遇。前者從一開始就享有共同行使監護權的權利，甚至到離婚後都可以行使，除非必要情況下，為了孩子的利益可以透過家庭法院限制或中止該權利。法院注意到另一個情況而言，非婚生子女的監護權行使是直接歸屬於生母，除非父母雙方同意要求共同行使之。雖然相關法條並未類別化地排除生父在未來仍可以獲得共同行使親權的權利，德國民法第 1666 與 1672 條規定到家庭法院只能在子女的利益因為生母之疏忽而受到威脅或是父

母一方提出相關聲請而且獲得另一方同意的情況下，將監護權轉給父親。在欠缺這些前提要件下，如同本案事實所現，德國法就親權行使分配給父母雙方共同行駛是否符合子女最佳利益，沒有司法審查的規範。

45. 法院再強調，個別訴訟提起的案件，法院沒有義務抽象檢視內國立法，但是法院必須檢視具體個案中該立法規範適用於原告之情狀，以及該法律適用是否導致原告受到無法被正當化的差別待遇(……)。

46. 轉到本案情狀而言，法院注意到，德國法院基於德國民法第 1626a 條，因為父母雙方沒有做成共同行使監護權的宣告，母親享有獨立的親權，所以駁回原告共同行使監護權的聲請。因此，德國法院在本案採取的立場完全反映了系爭立法。故在內國法沒有其他可能的決定下，內國法院就本案沒有檢視給予共同行使監護權的權利是否會妨害子女福利，或者給予該權利實乃符合子女最佳利益。關鍵在於，當共同行使監護權乃與非婚生子女的生母意願背道而馳時，就直接法定認定此乃不符合子女利益。

47. 科隆地方法院以及上訴法院都參考了聯邦憲法法院於 2003 年 1 月 29 日的判決。聯邦憲法法院就民法第 1626a 條與非婚生子女的生父的家庭生活權利產生的衝突有詳盡的論理分析。聯邦憲法法院認為為了子女的利益著想，須有一位在子女出生時就有一位法定代理人。在每位孩童出生於非常不同的生活狀況下，將獨立監護權的行使交給生母而非生父總體而言是可以被正當化的，因為生父還是可以透過獲得共同行使監護權宣言來行使監護權。

48. 參考上述法院判決以及相關立法，本院有充足的理由認定

就監護權分配而言，非婚生子女父親相較於非婚生子女的生母以及與子女的生母有婚姻關係的生父而言，受到了差別待遇。德國政府主張生父和生母的情況不能完全相提並論，因為母親這個角色在孩子出生時即已建立，而父親這個角色，除非與生母有婚姻關係，否則無法在一開始就建立(……)。

49. 在本院建立的案例法中，歐洲人權公約第 14 條的歧視待遇指稱沒有客觀且合理的正當化原因下所作出的差別待遇，尤其是沒有一個正當的目的或者在手段與目的間沒有合理的比例原則關係(……)。

50. 公約國享有去衡量相近狀況下是否存在著差異性以及此等差異到什麼程度可以正當化一個差別待遇的裁量空間(……)。裁量空間的範圍視情況、所涉事實以及其背景而定；在此方面，其中一個相關的考量因素可能是公約國之間的法律有沒有共同的立法基礎(……)。

51. 不過，法院已經認定，當差別待遇乃基於性別、非婚生或婚生狀況時，必須要有非常充分的理由才可能算是符合公約(……)。這也適用於對於有同居而無婚姻關係中產出的非婚生子女之生父以及婚生子女的生父的差別待遇(……)。

52. 本院注意到內國法院的決定乃基於德國民法第 1626a 條，該條乃透過訂定非婚生子女法定代理人，以避免父母就監護權行使有所爭執損及子女利益，來保護非婚生子女的最佳利益。在歐洲人權公約 14 條之下，這些規定具備合法的目的。

53. 本院承認准許非婚生子女的雙親同意共同行使監護權，構成了立法者嘗試將他們與有婚姻關係的父母放在同一個立足點，

因為這形同於有婚姻關係的父母透過婚姻來表示對彼此負責，也對其子女負責。

54. 法院進一步注意到，子女在父母沒有婚姻關係下誕生的不同情狀，包括沒有建立生父的身分，或者生父不想對該子女負責，以及父親完全參與子女照護養育，意即該子女成長的環境實際上無異於完整無缺的父母婚姻關係。

55. 法院肯認考量到這些不同的狀況，以及在欠缺共同行使監護權的宣言下，為了保護子女利益而視生母為子女的法定代理人是可以被正當化的。

56. 法院進一步接納有實質可採的原因來否定非婚生子女的生父參與監護權行使的情狀，例如父母的爭執或是缺乏溝通有損及孩子的福利的風險。不過，沒有什麼可以證實這樣的態度普遍存在於這些生父與其子女的關係中。

57. 法院觀察到上述考量尤其並不適用於本案。原告的父親身分從一開始就被證實建立，他與生母及孩子生活在一起直到孩子3歲半，而且在與生母分居後又繼續與孩子生活了2年多，總共超過了5年。在孩子搬去跟生母同住後，父親仍想有許多會面交往權而且提供孩子日常生活所需之照護。儘管如此，依照內國法律，原告仍然被排除而無法尋求司法途徑來檢驗共同行使監護權是否符合子女最佳利益，而且也無法透過命令取代母親恣意不同意共同行使監護權的決定。

58. 法院無法被德國政府以及德國聯邦憲法法院的以下論點說服。後者認為如果父母住在一起，但是母親拒絕做成共同行使監護權的宣告，立法者可以正當地認定母親就是有重要的原因拒

絕，而且這原因也是基於孩子的最佳利益。在此脈絡下，本院歡迎政府依照其聯邦憲法法院的要求，持續對此等立法基礎論理是否可被事實支持作研究。不過，法院認為這些研究調查尚未產出清楚的結論，尤其是母親反對的動機，不見得是出於考量子女最佳利益。

59. 有鑒於上述考量，法院不認同與生母意願相悖來共同行使監護權就應視為不符合子女的利益。

60. 當有許多裁量空間，特別是當決定監護權相關事件時，本院也考量歐洲在此方面不斷演進的脈絡，以及無婚姻關係父母數量的增加。法院強調在此關連下，公約乃活的法律，必須以現況詮釋(……)。法院觀察到，雖然歐洲尚未就非婚生子女的生父是否有權利要求共同行使監護權，而不需要生母同意這一點有共識，大多數會員國就監護權分配的出發點，乃基於子女的最佳利益，以及當父母就此分配有所爭論時，應該由內國法院裁量決定。

61. 在此脈絡下，法院沒有被政府的論點說服，意即，德國政府認為本案情狀中，無法排除法院作出共同行使監護權的決定，會導致父母之間的衝突而損及子女最佳利益的可能性。雖然監護權分配的法律程序可能對年輕的孩子帶來不穩定，法院觀察到內國法律就分居狀態而曾經有監護權的父親監護權分配有完整的司法審查規範，可能是因為雙親在子女出生時或出生後有婚姻關係，或者選擇共同行使監護權。在這樣的狀況下，父母雙方保有共同監護，除非在一方父母要求下，法院依照民法 1671 條，基於子女最佳利益將親權完全交付由一方行使。

62. 法院認為政府沒有提出充分的理由解釋為什麼相較於這些情況，本案情狀該允許較少的司法裁量，以及為什麼已經被肯

認為父親且展現父職身分的原告，應該承受與原本有監護權隨後與生母分居或離婚的父親不同的待遇。

63. 基於上述考量，法院作出結論為，關於歧視，通案一體排除司法審查，且一開始就將獨立監護權分配給生母的這個手段，與保護子女最佳利益的這個目的之間，沒有合理的比例原則關係。

64. 據此，本案違反歐洲人權公約第 14 條結合第 8 條之規定。

65. 根據此結論，法院無須單獨審查是否違反歐洲人權公約第 8 條。

## II. 關於損害賠償之歐洲人權公約第 41 條之適用(下略)

基於前述理由，本院：

1. 以 6 比 1 認定本案違反歐洲人權公約第 14 條結合第 8 條之規定；
2. 一致認為無必要單獨審查是否違反歐洲人權公約第 8 條；

(下略)

不同意見書(略)

### 【附錄：判決簡表】

審判庭	第五庭
裁判形式	實體判決與損害賠償
官方語言	英文
案名	<i>Zaunegger v. Germany</i>
案號	22028/04
重要等級	2

被告國家	德國
裁判日期	2009/12/3
裁判結果	違反公約第 14+8 條；非財產上損害賠償
相關公約條文	8；14；14+8；41
不同意見書	有
系爭內國法	民法第 1626a, 1666, 1671, 1672 條
本院判決先例	<i>Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom</i> , judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, §§ 35-36, 71-72 ; <i>Elsholz v. Germany [GC]</i> , no. 25735/94, § 43, ECHR 2000-VIII ; <i>Hoffmann v. Austria</i> , 23 June 1993, § 31, Series A no. 255-C ; <i>Johansen v. Norway</i> , judgment of 7 August 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, pp. 1001-1002, § 52 ; <i>Johnston and Others v. Ireland</i> , 18 December 1986, § 53, Series A no. 112 ; <i>Karlheinz Schmidt v. Germany</i> , judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B, §§ 22, 24 ; <i>Keegan v. Ireland</i> , judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, § 44 ; <i>L. v. the Netherlands</i> , no. 45582/99, § 36, ECHR 2004-IV ; <i>Marckx v. Belgium</i> , 13 June 1979, § 41, Series A no. 31 , <i>Mazurek v. France</i> , no. 34406/97, §§ 48, 49, ECHR 2000-II ; <i>Petrovic v. Austria</i> , 27 March 1998, § 38, Reports of Judgments and Decisions 1998-II ; <i>Rasmussen v. Denmark</i> , 28 November 1984, § 37, Series A no. 87 ; <i>Sommerfeld v. Germany [GC]</i> , no. 31871/96, §§ 63, 86, 93, ECHR 2003-VIII ; <i>v. Austria</i> , 28 October 1987, § 41, Series A no. 126
關鍵字	出生、歧視、家庭生活應受尊重、評斷餘地、比例原則