

憲法法庭 公告

發文日期：中華民國 112 年 2 月 10 日

發文字號：憲庭力字第 1122000021 號

附件：如主旨



主旨：茲公告憲法法庭程序裁定 2 件。

憲法法庭
審判長 許宗力

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 4 號

聲 請 人 臺北高等行政法院第二庭

上列聲請人為審理臺北高等行政法院 110 年度訴字第 522 號戶政事件，聲請解釋憲法。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、本件聲請意旨略謂：聲請人因審理臺北高等行政法院 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認應適用之戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條出生登記規定及第 21 條、第 46 條變更登記規定（下合稱系爭規定），就有關性別認定事項完全未為規定，主管機關內政部為解決立法不作為之現象，以內政部 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令（下稱系爭令）要求應檢附經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除男（女）性性器官之手術完成診斷書，始能辦理性別變更登記，有牴觸憲法第 15 條、第 22 條、第 23 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項規定之疑義，依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋聲請解釋。
- 二、按憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文。次按各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋者，須確信系爭之法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，並應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯

錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋闡釋甚明。

三、查本件聲請人係於中華民國 110 年 12 月 7 日聲請解釋憲法，受理與否據上開規定所示，應依司法院解釋所定之聲請要件審酌之。核聲請意旨所陳，就系爭規定部分，聲請人尚難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之論證或具體理由；就系爭令部分，司法院釋字第 216 號解釋釋示：「法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束……」聲請人既自承，系爭令係屬主管機關所訂定之行政命令，且認其有違憲情形（聲請書第 3 頁及第 18 頁參照），自可不予引用，尚無聲請解釋憲法之餘地。是本件聲請，核與前揭司法院解釋所定之聲請解釋要件不合，爰裁定不受理。

中 華 民 國 112 年 2 月 10 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳鏗

蔡明誠 林俊益 許志雄

張瓊文 黃瑞明 詹森林

黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

大法官就主文所採立場如下表所示：

同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
許大法官宗力、蔡大法官焜燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、	謝大法官銘洋

黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	
---	--

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。
詹大法官森林提出。

不同意見書：謝大法官銘洋提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 戴紹煒

中 華 民 國 112 年 2 月 10 日

憲法法庭 112 年憲裁字第 4 號裁定協同意見書

黃虹霞大法官提出

本件聲請人為法官，不是為原因案件當事人之人民，二者釋憲聲請之要件不同。

人民得聲請宣告違憲之法規範包括法律及命令，法官則僅得針對立法院通過、總統公布並已生效之法律位階法規範，於確信其違憲時，才能聲請宣告該法律違憲。是 1、法律如未違憲，而僅是可能保護不足，此種情形，若即許法官聲請宣告該法律違憲，則與憲法三權分立原則下第 80 條法官依據法律審判，即法官有適用法律義務之規定，不盡相符。2、至於命令性質之法規範，本無拘束法官之效力，法官有權拒絕適用違憲之命令；即就命令性質之法規範，法官如認其違憲，應逕依職權不予適用，不得為釋憲聲請（憲法訴訟法第 55 條規定參照）。

本件聲請聲請人法官既係主張：其審理原因案件時，1、所應適用之戶籍法第 4 條第 1 款等規定，就有關性別認定事項完全未為規定云云，則就此法律規定部分之聲請而言，充其量係主張上開法律保護不足，依上說明，已尚難認其得為釋憲聲請。2、相關內政部 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令違憲云云，惟如上說明，法官不得以命令違憲為由聲請釋憲。3、更何況性別自主認定，屬自由權性質，應在憲法第 22 條規定保障範圍；而經查並無任何法律位階法規範對上開自由權為限制，本件原因案件所涉充其量僅是行政命令所規定之性別變更登記聲請應備之證明文件內涵當否之問題而已，本件與法律保護不足情事亦屬有間。是本件聲請應不受理，本席爰贊同之。

又由本件釋憲聲請書內容觀之，聲請人法官既認上開命令違憲，自應本其職權，逕自為合於憲法意旨之裁判，且經查行政法院實務，就類似案情，非無自行裁判之先例。是本件應無另聲請釋憲之必要，即本件在無法律限制法官審判之情形，聲請人如認相關命令違憲，應逕本其確信，自為合憲之處理及裁判。

憲法法庭 112 年憲裁字第 4 號裁定

協同意見書

詹森林大法官提出

112 年 2 月 10 日

壹、緣由

聲請人為臺北高等行政法院第二庭法官，為審理該院 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認其所應適用之法令有違憲疑義，向司法院聲請解釋。

原因案件事實略為：原告乃具男性外部性別特徵，且於我國戶籍出生登記為男性，惟自 106 年起，陸續經精神科醫師診斷性別不安，並於 108 年間，本於其美國護照，依美國外交事務手冊 (Foreign Affairs Manual, FAM) 有關國外出生者護照變更性別之相關規定，持相關證明資料，向美國聯邦政府申請變更護照登記為女性，而經准許。

嗣於 109 年 11 月 20 日，原因案件原告檢附醫院診斷證明書及其美國護照等件，向原因案件被告臺北市中正區戶政事務所申請變更戶籍性別登記為女性¹。

原因案件被告依內政部所訂定 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令 (下稱系爭令)：「有關戶政機關受理性別變更登記之認定要件，重新規定如下，自即日生效：一、申請女變男之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除女性性器官，包括乳房、子宮、卵巢之手術完成診斷書。二、申請男變女之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫

¹ 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書貳部分。

療機構開具已摘除男性性器官，包括陰莖及睪丸之手術完成診斷書」之意旨，認原因案件原告未檢附合格醫療機構開具已摘除男性性器官之手術完成診斷書，不符戶政機關受理性別變更登記要件，故以 109 年 11 月 24 日北市正戶登字第 1096008936 號函否准原告之申請。原因案件原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂向臺北高等行政法院提起行政訴訟²，經分案由聲請人審理。

聲請人因而認所應適用之戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條出生登記規定及第 21 條、第 46 條變更登記規定（下併稱系爭規定），就有關性別認定事項完全未為規定，主管機關內政部為解決立法不作為之現象，以系爭令要求應檢附經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書，及合格醫療機構開具已摘除男（女）性性器官之手術完成診斷書，始能辦理性別變更，有抵觸憲法之疑義，依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋向司法院聲請解釋憲法³。

貳、不受理決議

本件聲請經憲法法庭 112 年 2 月 10 日憲裁字第 4 號裁定認「就系爭規定部分，聲請人尚難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之論證或具體理由；就系爭令部分，司法院釋字第 216 號解釋釋示：『法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束……』聲請人既自承，

² 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書貳部分。

³ 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書前言部分。

系爭令係屬主管機關所訂定之行政命令，且認其有違憲情形（聲請書第3頁及第18頁參照），自可不予引用，尚無聲請解釋憲法之餘地」為由，認本件聲請與前揭司法院解釋所定之聲請解釋要件不合，不予受理。

參、本席意見

本件裁定關於系爭規定部分，本席敬表同意。至於系爭令部分，鑑於法官之聲請程序要件，本席僅得勉予同意亦不受理之結論，惟對系爭令之合憲與否，確存有高度質疑，爰提出本協同意見。

誠如德國聯邦憲法法院於其與性別變更相關之多號裁判中所言：個人之性別係可改變，法律上決定個人性別之歸屬，最初雖以出生時外部之生理性別特徵而斷，惟該特徵並非唯一之判斷準據，個人心理認知及持續自我性別認同，亦為重大決定因素⁴。當個人本於內在自我之理解與認識，展現於外之性別傾向，與法律上之歸屬不一致時，即須顧及當事人基於人性尊嚴連結人格權保護之性別自主決定（sexuelle Selbstbestimmung）之權利，使其心理認知之性別與出生時法律登記之性別歸屬得具一致性；從而個人依據自我認同之性別生活，方不至於因與法律上彰顯之性別產生衝突，致其私密領域無保留地暴露在公眾下⁵。又，因該性別自主權係屬基本法第1條第1項人性尊嚴結合第2條第1項人格自由發展基本權所保障之重要領域，國家如干預該領域，須有特別重

⁴ BVerfGE 115, 1 <15>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008 - BvL 10/05 - Rn. 38.

⁵ BVerfGE 116, 243 <264>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn. 56.

要之公益，始得為之⁶。德國聯邦憲法法院前開見解，對我國審理性別變更案例，甚具參考價值。

依系爭令之要求，在臺灣，如欲變更個人出生時之性別登記，僅有透過接受侵入性之性別重置手術一途，始能達成。然，縱不論前述手術所需花費之金額極高，並均須自付，不得由健保給付；且性別重置手術對於人民身體完整性所造成之永久侵害，及手術之風險與副作用，對健康帶來之危害，眾所周知。何況，隨著性別轉換相關專業知識之進步，性別轉換者即使未進行侵入性之性別重置手術，亦能證明其有穩定且不可逆轉地以自我認同之性別長久生活之可能⁷。是本席認為以如此嚴苛之門檻，作為人民變更性別登記之必要條件，殊難通過比例原則之檢驗⁸，實有侵害人民性別自主權、甚至人性尊嚴之虞⁹。

進一步言，因歐洲人權法院之裁判及相關專業知識之強

⁶參見 BVerfGE 49, 286 <298>; 115, 1 <14>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008 - BvL 10/05 - Rn. 37.此項審查標準，相當於我國所指之嚴格審查標準。

⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.68.

⁸ 就系爭令何以違憲，臺北高等行政法院第七庭於審理與本案類似之變性案件時，有精彩之論述，詳參臺北高等行政法院 109 年度訴字第 275 號判決事實及理由五、(二)部分。

⁹ 德國聯邦憲法法院亦曾明白表示，絕對且無例外地要求，以進行侵入性之性別重置手術達成無生育能力為要件，證明個人得依其認同之性別，穩定且不可逆轉地持續長久生活，乃屬過苛之要求。相關論述，詳參 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.68.

化，近年國際趨勢之發展，如法國¹⁰、英國¹¹、西班牙¹²、奧地利¹³及德國¹⁴等就其有關人民變更性別之要件，多已揚棄以侵

¹⁰ 法國最高法院 (the Court of Cassation) 於 1992 年針對變更出生證明上之性別建立五大要件，包括(1)必須有性別認同不安、(2)必須基於治療目的，進行精神和外科方面的治療、(3)已去除生理性別的性特徵、(4)擁有欲變更性別之外觀、(5)以欲變更性別之身分為社交生活。2012 年法國最高法院第一民事庭判決進一步闡述，欲變更其法定性別之申請人，必須證明確實遭受性別認同之不安，以及外觀改變已為不可逆之要件。歐洲人權法院 A.P., Garçon and Nicot v. France. 之指標性案件，涉及 3 名法國籍之跨性別者，出生時具有生理男性之性徵，然而其性別認同為女性，請求變更性別及姓名，但因皆未滿足變更法定性別之要件，而遭到法國歷審法院拒絕，遂向歐洲人權法院提起訴訟。歐洲人權法院在 2017 年作出判決，認定要求強制性別重置手術作為變更法定性別之要件，違反歐洲人權公約第 8 條規定，而性別不安證明之要件則未違反公約。惟，在 A.P., Garçon and Nicot v. France. 繫屬於歐洲人權法院時，法國已在 2016 年修法取消性別重置手術作為變更法定性別之要件，規定成年人或已脫離父母而獨立生活之未成年人 (emancipated minors)，若能提出充分事證，足徵其認同之性別與出生證明文件上之性別不相符者，即得申請變更其性別。詳參 Law of 18 November 2016, Civil Code, Article 61-5 to 61-8。

¹¹ 英國於 2004 年通過之性別認同性法，亦係回應歐洲人權法院判決而生。該法規定，性別重置者申請變更性別登記，不須完成一部或全部性別重置手術。有關英國性別認同性法之立法背景及詳盡介紹，敬請參閱張宏誠，法律的眼中，「我是誰？」－性別認同障礙與變更性別登記立法芻議，全國律師第 14 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 69-76。

¹² 西班牙於 2007 年制訂變更性別登記法規定，性別重置者欲變更其性別登記時，不須以進行性別重置手術為要件。有關此部分之立法背景及詳盡介紹，亦請參閱張宏誠，法律的眼中，「我是誰？」－性別認同障礙與變更性別登記立法芻議，全國律師第 14 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 76-78。

¹³ 奧地利憲法法院於其相關判決中，明白指出變更性別絕非須以重置手術為前提，詳參 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. Dezember 2009 - B 1973/08-13 -, S. 8 ff.

¹⁴ 德國聯邦憲法法院第一庭於 1978 年 10 月 11 日作成該國第一件有關變性人之裁定，其後促成德國聯邦眾議院於 1980 年通過「特別案例中更改名字與確認性別認同性法 (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen)」，簡稱「變性法 (Transsexuellengesetz - TSG)」。該法對於因生理與心理性別認同不一致，而欲更改官方文件上之姓名者，分別提供兩種選擇，其一為不須進行侵入性性別重置手術之小解決方案 (kleine Lösung)，另一則是須進行侵入性性別重置手術之大解決方案 (große Lösung)。有關德國變性法之立法背景及簡介，詳參張永明，德國變性人法案與著名憲法裁判簡介，台灣法學雜誌第 118 期，2008 年 12 月，頁 54 至 57。德國聯邦憲法法院並在其後變性法之裁判中一再重申，依據新的科學認知，性別重置手術已非變性所必要，詳見 BVerfGE 115, 1 <21>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.71。

入性之性別重置手術作為變更性別之必要條件，是系爭令是否不違憲，更值高度懷疑。

肆、結語

正值憲法法庭審理本案之際，今年2月6日香港終審法院於其涉及跨性別者更改身分證性別登記之判決中，指明：香港現行須「接受完整性別重置手術是更改香港身份證性別標記的唯一可行、客觀及可核證的準則」並非合理，違反《香港人權法案》第14條保障性別認同權及身體完整權，遂撤銷香港人事登記處拒絕上訴人申請更改身分證性別之決定¹⁵。

香港終審法院上開見解，實值贊同。本席期盼我國之執法者與審判者，均能以此為念，將心比心，同理跨性別者之處境，創造對其更友善與溫暖之社會氛圍。

¹⁵ 相關報導請參見，香港終審法院：「女跨男」改身分證性別不須完整性別重置手術，自由時報，2023年2月8日，<https://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/4205279>（最後瀏覽日：2023年2月10日）；港變性人「Henry」纏訟6年終勝訴 持舊身分證曾「男女兩邊不是人」，ETtoday新聞雲，2023年2月8日，<https://www.ettoday.net/news/20230208/2436033.htm#ixzz7sni6KRL5>（最後瀏覽日：2023年2月10日）。

憲法法庭 112 年憲裁字第 4 號裁定不同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件為變更性別登記事件，聲請人是臺北高等行政法院第二庭，因為審理 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認為戶籍法有關出生登記與變更登記，就有關性別認定事項之立法不作為部分，依其合理確信認有牴觸憲法，並認為內政部所為之函令要求變性手術為變更登記之唯一許可要件，牴觸憲法，因而停止訴訟程序，聲請解釋憲法。本件經審理後，多數大法官的意見認為應不予受理，就此本席並無法贊同，爰提出不同意見。

一、相關規定

本件聲請審查之標的有二：

(一) 戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條及第 21 條、第 46 條（下合稱系爭規定）

1. 關於身分登記

- 戶籍法第 4 條第 1 款：「戶籍登記，指下列登記：一、身分登記：(一)出生登記。(二)認領登記。(三)收養、終止收養登記。(四)結婚、離婚登記。(五)監護登記。(六)輔助登記。(七)未成年子女權利義務行使負擔登記。(八)死亡、死亡宣告登記。(九)原住民身分及民族別登記。」

2. 關於出生登記

- 戶籍法第 6 條第 1 款（出生登記）：「在國內出生未滿十二歲之國民，應為出生登記。無依兒童尚未辦理出生登記者，亦同。」

3. 關於變更登記

- 戶籍法第 21 條：「戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記。」
- 戶籍法第 46 條：「變更、更正、撤銷或廢止登記，以本人為申請人。本人不為或不能申請時，以原申請人或利害關係人為申請人，戶政事務所並應於登記後通知本人。戶政事務所依職權為更正、撤銷或廢止登記，亦同。」

聲請人主張應適用之系爭規定就有關性別認定事項之立法不作為部分，依合理之確信認有牴觸憲法之疑義。其認為該等規定，未就性別認定、登記暨變更之內容、要件及程序事項為規範，違反法律明確性原則；又性別自主決定乃維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之基礎，涉及憲法第 22 條所保障之身體權、健康權及資訊隱私權，此立法不作為已造成人民基本權明顯受到侵害，且侵害已達迫切之程度，有違國家保護義務。

（二）內政部 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令（下稱系爭命令）

內政部於 97 年發布系爭命令，其內容為：「有關戶政機關受理性別變更登記之認定要件，重新規定如下，自即日生效：一、申請女變男之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除女性

性器官，包括乳房、子宮、卵巢之手術完成診斷書。二、申請男變女之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除男性性器官，包括陰莖及睪丸之手術完成診斷書。」

聲請人主張系爭命令以變性手術為性別變更之唯一許可要件，增加法律所無之義務，嚴重侵害憲法第 22 條所保障之身體權、健康權，以及人性尊嚴及人格權核心保障範圍，違反法律保留原則、比例原則及平等原則。

二、法官得否就立法不作為聲請憲法審查

(一) 法規範不足之情形，應容許法官聲請釋憲

雖然憲法訴訟法第 55 條明文規定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」是以法院只要對其所應適用之法律位階法規範，有合理確信，認已牴觸憲法，且必將直接影響裁判之結果者，就可以聲請釋憲。

惟所謂法律位階的法規範有無牴觸憲法，應該是以人民受憲法所保障的基本權利是否因該法律之規定而受有侵害為斷。因法律而受侵害，應可區分為「積極侵害」與「消極侵害」兩種，前者係既有的法律規範內容或規範不當，致侵害人民受憲法保障之權利；而後者則是指既有的法律規範不足，致人民於憲法上的基本權利無法得到保障，此種規範不足之情形，應包括法律雖然有所規範，但涵蓋不足以致於產生保護上之漏洞，以及法律未為規範，而使人民權益完全無法受有保障。在法律規範不足的消極

侵害情形，不論是因涵蓋不足而有法律規範上的漏洞，或是因未為法律規範（立法不作為）以致於規範不足，都會使法官於審判上因欠缺適當法律可資適用，致憲法上的人民基本權利無法得到保障，都應容許法官提出釋憲之聲請，始符合憲法保障人民權益之意旨。

再者，若謂法官應不得就立法不作為部分聲請釋憲，其理由在於：此舉將混淆了司法與立法之界限，有違權力分立原則等。惟法官依據「法律」獨立審判，自是指實證（定）法之法律而言，縱少數例外存有法官造法之情狀，從事審判工作之法官仍須嚴守法律內的法律續造之基本原則，而非可自行創造法律外的新法律而為裁判，蓋此將混淆司法與立法之界限，有違權力分立原則等憲法原則，本屬當然。但就法官得否就立法不作為部分聲請釋憲而言，僅係法官認其審判之原因案件，發生有例外規範不足之情狀，而此規範不足將嚴重造成人民基本權利之侵害，進而聲請憲法法庭為違憲之宣告。負責審判工作之法官，僅是暫時停止個案審判程序而提起聲請憲法法庭為違憲宣告，亦僅是提出釋憲聲請書於憲法法庭，並非自行創造新法律而就個案為裁判，並無混淆司法與立法界限之問題，亦無違反權力分立原則。

（二）釋憲實務上之先例

又法官得否就立法不作為聲請憲法審查，過去釋憲實務非無前例。例如司法院釋字第 477 號解釋聲請人之一即為法官，其主張戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條適用對象，限於受內憂、外患罪之無罪判決確定前曾受羈押或刑

之執行者，屬立法疏漏而違憲，並請求大法官宣示立法院應盡迅速補充立法。司法院釋字第 477 號解釋宣示戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條適用對象，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上重大瑕疵，與憲法第 7 條平等原則有所牴觸。

（三）立法不作為將使人民於憲法上之權益無法獲得保障

有關歷來司法裁判之變更性別登記事件，本件並非首例。先前臺北高等行政法院第七庭許麗華、楊坤樵、梁哲璋法官就與本件案例事實相似之另案（臺北高等行政法院 109 年度訴字第 275 號判決），於 110 年 9 月 23 日判決撤銷訴願決定及原處分，並判決被告（桃園市大溪區戶政事務所）對原告於 108 年 10 月 23 日提出戶籍身分登記性別應予變更之申請，認被告應作成原告性別登記變更為女性之行政處分。其後，該案被告桃園市大溪區戶政事務所未上訴而判決確定。據報載，原告亦已辦妥性別變更登記，成為臺灣首名未提交變更手術證明，而成功變更性別登記的跨性別女性。

本件聲請人之所以未如另案臺北高等行政法院第七庭自為判決，而向司法院聲請解釋之原因之一，應該是對戶籍法第 21 條及第 46 條規定得否作為人民請求性別變更登記權利之法律依據，有所質疑。換言之，北高行第七庭認為

戶籍法第 21 條及第 46 條直接可作為人民請求性別變更登記權利之法律依據；然而，聲請人則認為戶籍法對於性別變更事項完全沒有明文規定，無法找到賦予人民性別變更登記請求權之法律依據，因而提起本件聲請。

惟無論系爭規定（尤其是戶籍法第 21 條及第 46 條）得否可作為人民主張性別自主權（包括性別變更登記請求權）之主觀公權利之法律依據，或者系爭規定本身是否規範不足，致人民有無此主觀之公權利尚屬未明，此本身即屬重要的憲法爭議，為解決此重大憲法問題，應容許法官提起釋憲聲請，並藉由釋憲促請立法機關儘速修法或立法解決此一問題。否則即便如同先前臺北高等行政法院第七庭所為戶政機關應作成原告性別登記變更為女性之行政處分，然而未來戶政機關究竟應在如何之條件下才可以准許人民為變更性別登記？是否仍需要進行變性手術始得申請變更？或者必須經過醫師為如何程度之鑑定與診斷始得申請變更？這些均不清楚，將使人民與行政機關均無所適從，人民於憲法上之人格自由發展及性別自主權亦將無法獲得落實與保障。

三、系爭命令具有重要關連性，應可併予審理

再者，法官是否可就行政命令聲請法規範憲法審查？就系爭命令而言，憲法訴訟法第 55 條所規範法官聲請法規範憲法審查之客體文義上僅限於法律位階之法規範，不包含行政命令。而依司法院釋字第 137 號、第 216 號解釋之意旨，法官對於各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，自得表明不同之見解，並不受其拘束。似否定法官就

行政命令聲請憲法審查之可能性。惟過去釋憲實務上亦非無法官聲請行政命令憲法審查並作成解釋之案例，例如：司法院釋字第 755 號解釋聲請人之一為法官，就監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款聲請釋憲，大法官予以受理並為違憲宣告即為適例。縱使認為法官不得就行政命令聲請解釋，然而系爭命令為戶政機關性別變更登記准許與否之重要憑據，且對申請變更性別者要求必須摘除性徵器官，不僅嚴重侵害人民身體自主權與健康權，且似已逾越授權範圍增加法律所無之限制，且其目的（性別身分歸屬變更與否之判斷）與手段（要求性別重置手術移除外性徵器官）間是否符合比例原則，致侵害身體健康之完整性、人性尊嚴及人格權，尚非無疑，是以系爭命令對於法院審判上具有重要關連性以及憲法原則重要性，亦應得為釋憲客體（本院釋字第 558 號解釋理由書參照），而併予審理。

四、本件聲請案具有憲法原則重要性，應予受理

根據聯合國消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW 公約）或兩公約所進行的定期國家報告審查，國際人權專家已明確於審查意見中強調性別認同為基本人權，並建議我國應廢除手術作為性別變更之要件。觀諸前開定期國家報告審查所揭櫫之國際潮流趨勢，各國逐漸對於性別認定事項等制定相關法律，並已逐步廢除性別變更手術作為變更法定性別之要件。

且若干國家憲法法院及歐洲人權法院就跨性別者之性別認同案已經作出不少重要的裁判，並因而促使立法者訂

定或修改相關規範之情形。例如：歐洲人權公約 1980 年於 Van Oosterwijk v. Belgium 一案首次處理有關跨性別者權利保障議題之後，迄今已做出為數甚多的相關判決。歐洲人權法院 2002 年 7 月於 I v. United Kingdom 案及 Christine Goodwin v. The United Kingdom 案，判決英國政府侵害聲請人受歐洲人權公約第 8 條保障私人生活和第 12 條保障之締結婚姻關係之權利與家庭生活，英國因而於 2004 年通過「性別認同性」。另歐洲人權法院 2007 年 9 月於 L. v. Lithuania 一案認為立陶宛未能即時制定有關變性人於變性手術後如何變更其法律上性別登記，係侵害變性人受歐洲人權公約第 8 條所保障之私人生活，甚至以會員國之不作為而未及時制定法律人民權利而受有侵害者，應給予損害賠償等等。

此外，德國聯邦憲法法院於 1978 年變性人第一案宣示性別變更之管制存有法律漏洞，從基本法第 2 條第 1 項人性尊嚴結合第 1 條第 1 項人格自由發展，個人性別自主性應受保障，在任何情況下不得有該立法漏洞。為了確保法安定性，建議立法機關有必要對變性人之個人地位及其影響問題為相關規定。德國聯邦議會隨即於 1980 年 9 月 10 日制定通過「變性人法」。在變性人法通過後 40 年間，德國聯邦憲法法院持續不斷做出有關變性者權利保障之判決。例如：2011 年同性者變性人結婚案中，聯邦憲法法院宣告原變性人法第 8 條第 1 項第 4 款規定變性手術為性別變更登記要件之一，抵觸基本法第 2 條第 1 項與第 2 項連結第 1 條第 1 項規定，應停止適用。

反觀台灣，據監察院調查報告指出，自民國 87 年至

106年4月30日止，性別變更登記計有693件（惟統計包含跨性別及雙性人，並無各別統計資料），凸顯出跨性別者之性別變更登記並非零星偶發之個案，只是跨性別者之權益保障從未受到應有的關注。對此內政部於104年陸續召開研商會議，並已進行相關委託研究，仍未完成法制化之工作；法務部亦於109年7月7日法律字第10903510750號函復內政部，認已體認到性別變更登記是無可迴避之重要議題，足徵本件聲請案極具憲法原則重要性，具有受理的價值。

參考歐洲人權法院及德奧憲法法院實務見解，本席認為，個人持續自我的性別認同應為憲法第22條保障人性尊嚴、人格自由發展以及人格權核心之保障範圍。當個人所認同之心理性別，與依據外部生理性別特徵有所不符時，基於保障其人格自主決定，應肯認其個人的身體自主權。過去大法官對跨性別之性別認同是否受憲法所保障，少有討論，如予受理並作出判決，不僅能夠進一步推進立法者儘速就性別認同之重要法制事項之框架性立法，也可促使臺灣與國際間憲法法院及歐洲人權法院所關切之性別認同議題幾近於同步發展。

綜上所述，本席認為本件具有憲法重要性，應予受理。本件因多數大法官認為不予受理，是以只能等待日後承審法官駁回其審理之案件並確定後，由人民提出聲請釋憲，方有機會為多數大法官受理。惟此種情形對人民而言，只是徒增訟累與折磨，且繫於未來是否真可成為大法官之多數意見而受理，仍不可知。是本席並無法贊同本件不受理，爰提出不同意見如上。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 5 號

聲請人一 A01

聲請人二 A02

共 同

訴訟代理人 楊佳陵律師

趙文魁律師

上列聲請人因聲請停止親權事件，聲請法規範及裁判憲法審查暨暫時處分，本庭裁定如下：

主 文

- 一、本件法規範及裁判憲法審查之聲請，均不受理。
- 二、本件暫時處分之聲請駁回。

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：(一)就裁判憲法審查部分：臺灣桃園地方法院 108 年度家親聲字第 380 號民事裁定（下稱系爭裁定一）、110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定（下稱系爭裁定二）及最高法院 111 年度台簡抗字第 60 號民事裁定（下稱系爭裁定三），於事實審程序中，未給予未成年子女直接表達意願或陳述意見之機會，就未成年子女最佳利益原則之判斷未採納慣居地原則、繼續性原則等標準，且未依聲請傳喚證人等，侵害未成年子女受憲法第 15 條、第 16 條、第 21 條、第 22 條所保障之生存權、聽審請求權、調查證據請求權、受教育權、人格權等，應受違憲宣告，廢棄發回。(二)就法規範憲法審查部分：家事事件法第 108 條規定（下稱系爭規定），未賦予未成年子女直接向法院表達意願或陳述意見之權利，應予違憲宣告並限期修正等語。(三)就暫時處分部分：本庭於中華民國 111 年 12 月 22 日收受由聲請人

一及二具狀之暫時處分聲請書，其主張原因案件相對人（下稱原相對人）已向臺灣桃園地方法院聲請強制執行，請求於本件聲請作成判決宣告前，裁定暫時停止系爭裁定三之執行。

二、按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；又聲請案件須具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，始受理之。憲法訴訟法第 59 條第 1 項、第 61 條第 1 項及第 2 項前段定有明文。

三、查：（一）本件聲請原因案件未成年子女（即聲請人二）之父母，於離婚時約定對於雙方所生未成年子女權利義務之行使或負擔，由父方單獨任之。嗣父死亡，聲請人一（即聲請人二之祖母）提出聲請，依民法第 1090 條、兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項規定，聲請宣告停止原相對人（即聲請人二之母）之親權，及另選定聲請人一為聲請人二之監護人。原相對人以聲請人一並非親權人，提起反聲請，請求聲請人一交付聲請人二予原相對人。

（二）系爭裁定一以並無證據足資證明原相對人對未成年子女有疏於保護、照顧情節嚴重或有濫用親權之行為，聲請人一於原因案件之聲請為無理由，應予駁回。且認該擔任行使親權之人對未成年子女負有維持生活、保護、教養及監督之責，自有與未成年子女共同生活之必要。原相對人基於親權關係提起反聲請，請求妨害原相對人行使親權之聲請人一於裁定確定後，將未成年子女交付予原相對人行使親權，為有理由，應予准許，並命聲請人一應於交付未成年子女同時，將未成年子女之護照、台胞證、健保卡等證明文件交付予原相對人。（三）聲請人一就系爭裁定一提起抗告，經系爭裁定二以抗告無理由予以駁回，聲請人一不服提起再抗告，經系爭裁定三以再抗告不合法予以駁回，因已依法定

程序用盡救濟，是系爭裁定三應為確定終局裁定。惟其屬抗告不合法之程序裁定，本庭就本件聲請爰併予審酌系爭裁定二。

四、次查，未成年人聲請憲法訴訟，原則上應由其法定代理人為之，於本件之情形，聲請人二既係未成年人，其聲請憲法訴訟，本應由依法成為聲請人二之唯一親權人之母親（即原相對人）為法定代理人提出。然本件原因案件係涉及針對原相對人聲請宣告停止親權之事件，如聲請人二聲請憲法訴訟，仍應一律由其法定代理人為之，聲請人二之相關權利即難獲得有效之保障。於此特殊情形，參酌家事事件法第 14 條第 2 項規定，聲請人二於憲法訴訟程序中既已年滿 7 歲，就有關其身分及人身自由之事件，應有程序能力；且原因案件之裁判亦涉及聲請人二受保護照顧之事項，聲請人二為權利可能實質受影響之人，自應例外得以自己名義，據聲請人一所受不利確定終局裁判，逕向本庭聲請為法規範或裁判憲法審查。

五、再查：

（一）系爭裁定二略以：1、第一審囑託桃園市社會工作師公會進行訪視、並命家事調查官調查訪視（均包括聲請人二之訪視部分）。家事調查官認長期以觀，由原相對人擔任親權人較為妥適。2、聲請人一雖主張為聲請人二選任程序監理人，惟原相對人離婚後，於聲請人二會面期間，相處過程自然親暱，情感自然流露，第一審以家事調查報告為據，難謂有所缺漏，無再選任程序監理人及請社工再訪視之必要。

（二）於現行民法親屬編規範架構下，對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之；父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機

構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部，民法第 1089 條第 1 項、第 1090 條定有明文。且依兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項等相關規定，以行使負擔權利義務之一方有未盡保護教養之義務，或對未成年人有不利之情事時，得請求法院宣告停止親權或監護權之全部或一部，或得另行聲請選定或改定監護人。是依系爭裁定一所認，聲請人一協助其子擔任聲請人二主要照顧者多年，固於各方條件適合擔任監護人，然有關停止親權程序及相關案件事實所應審究者，乃在原相對人是否有「疏於保護、照顧情節嚴重」或有「濫用其對於子女之權利」之情事，而非在審酌具有監護意願人間何者較適合擔任監護人之判斷。且依系爭裁定二所認，聲請人二與聲請人一同住，由聲請人一及其夫共同照顧，彼此感情緊密，但仍無礙原相對人於聲請人二之父親死亡後，成為聲請人二唯一親權人之事實；縱然聲請人二受聲請人一照顧情形良好，但聲請人一為聲請人二之祖母，並非母親，依現行民法親屬編規定，無優先於原相對人行使親權之依據；且就原相對人所提出之反聲請，法院首應審酌者，乃聲請人一對於聲請人二有無監護權，於肯定聲請人一得對聲請人二行使監護權後，於數親權人間或數監護權人間方有進一步考量未成年人子女最佳利益問題之餘地。聲請人一未能證明原相對人對聲請人二有疏於保護、照顧情節嚴重或不利於聲請人二之情事，法院亦查無原相對人有何不適任親權人之情形，以聲請人一之抗告為無理由予以駁回。是本件系爭裁定二既認原相對人無停止親權之情事，仍為合法親權人，即無使聲請人二就關於對其權利義務之行使或負擔等問題陳述意見之必要。至聲請人一於歷審程序所主張之原相對人就聲請人二有涉及「濫

用其對於子女之權利」或「疏於保護、照顧情節嚴重」情事之事實，均發生於聲請人二之襁褓時期（聲請人二於 103 年 11 月 28 日出生，其父母於 105 年 4 月 28 日離婚），聲請人二客觀上實無從就該等法定事實之存否，為意見之陳述。就此而言，法院未令聲請人二陳述意見，亦難謂其程序指揮之相關法律見解有何牴觸憲法之處。

（三）本件聲請之前提爭執，係祖母與母親間之停止親權爭議，在我國現行法制下，父親無法行使親權時，母親係唯一親權人，祖母尚無主張親權之餘地，除非母親有法定停止親權事由，並經依法宣告停止者，否則祖母依法尚難逕行主張以未成年子女最佳利益來考量由誰行使親權，其與本庭 111 年憲判字第 8 號判決係關於因父母之間就未成年子女所生親權爭議之案情有所不同。是本件裁定之見解，與上開 111 年憲判字第 8 號判決之見解並無扞格之處，併此敘明。

六、綜上，核聲請意旨所陳，就聲請人一及二憲法上所保障之權利而言，尚難謂系爭規定及確定終局裁定暨系爭裁定二究有如何憲法上之違誤以致侵害其基本權利，亦難謂有何憲法重要性，爰裁定均不受理。又本件法規範及裁判憲法審查之聲請既均不受理，有關其暫時處分之聲請即失所依附，應予駁回。

中 華 民 國 112 年 2 月 10 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳銀

蔡明誠 林俊益 許志雄

張瓊文 黃瑞明 詹森林

黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

大法官就主文所採立場如下表所示：

同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
蔡大法官烟燉、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 張大法官瓊文、黃大法官昭元、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	許大法官宗力、黃大法官虹霞、 許大法官志雄、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎

【意見書】

不 同 意 見 書：許大法官宗力提出，黃大法官虹霞、許大法官志雄、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎加入。

黃大法官虹霞提出，詹大法官森林加入。

黃大法官瑞明提出，詹大法官森林加入。

詹大法官森林提出。

呂大法官太郎提出，許大法官志雄、詹大法官森林、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 蔡尚傑

中 華 民 國 112 年 2 月 10 日

憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定不同意見書

許宗力大法官提出

黃虹霞大法官加入

許志雄大法官加入

詹森林大法官加入

謝銘洋大法官加入

呂太郎大法官加入

以未成年子女為本的祖母親權

一、緣起：長期實際養育孫子女之祖母與生母爭奪子女親權

本件聲請人一於聲請人二甫滿兩歲，其生父（即聲請人一之子）與陸籍生母離婚，依協議取得對於聲請人二權利義務之行使或負擔（即親權，一般謂監護權）後，即擔綱母職，實際擔任對聲請人二之主要照顧者，並於聲請人二兩歲 11 個月時攜聲請人二自對岸返台生活迄今。聲請人二現約 8 歲，這段期間均由聲請人一以奶奶身分實際養育聲請人二。聲請人二於 4 歲 10 個月時其生父死亡，其已再婚之生母開始在對岸爭取親權。聲請人一認聲請人二之生母過去曾對生父家暴，且其已實際養育聲請人二多時，二人間感情深厚，台灣並已成為聲請人二長久居住之慣居地，乃為聲請人二之最佳利益，依民法第 1090 條及兒童及少年福利與權利保障法第 71 條第 1 項規定，聲請法院宣告停止聲請人二生母之親權，選定聲請人一為聲請人二之監護人，並駁回聲請人二生母反聲請交付聲請人二及其相關身分證件等。

一審法院以社工訪視及家事調查官二次調查評估結果報告，聲請人一「於各方條件雖適合擔任」聲請人二之親權

人，然停止親權程序在於判斷父母有無「疏於保護、照顧情節嚴重」或有「濫用其對於子女之權利」之事實，「而非在審酌具有監護意願人間何人較適合擔任親權人」，無須為聲請人二選任程序監理人，事實調查結果既無法證明聲請人二生母有疏於保護、照顧情節嚴重及濫用親權之行為，即無停止其親權之必要，而於臺灣桃園地方法院 108 年度家親聲字第 380 號家事裁定（下稱系爭裁定一）駁回聲請人一請求宣告停止聲請人二生母對其全部親權，並命聲請人一應交付聲請人二及其身分證件於其生母。

聲請人一不服提起抗告，二審法院綜合相關事證及參考訪視報告與家事調查官之意見，認雖然聲請人二目前與聲請人一同住並受其照顧，彼此感情緊密，「但無礙」聲請人二之生母因其生父死亡而成為「唯一親權人」之事實，縱然聲請人二受良好照顧，但聲請人一既非聲請人二之生母，「自無優先於相對人行使親權之理，否則任何第三人主張其提供之撫養條件優於本生父母，即得主張停止父母親權改由其監護他人子女，親子人倫將難以維繫」，於臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定（下稱系爭裁定二）認定聲請人一抗告無理由而駁回。聲請人一提起再抗告，經最高法院 111 年度台簡抗字第 60 號民事裁定以不合法而駁回。多數意見認聲請人一已依法定程序用盡審級救濟程序，而以上開最高法院民事裁定為確定終局裁定，然因其屬再抗告不合法之程序裁定，而就本件聲請爰併予審酌系爭裁定二。

聲請人一及二乃向本庭聲請法規範及裁判憲法審查，主張一審法院未依聲請人一聲請，為聲請人二選任程序監理人，二審法院未通知聲請人二到庭陳述意見，侵害其受憲法保障之訴訟權，違反正當法律程序原則；並主張家事事件法第 108 條第 1 項規定（下稱系爭規定）未賦予有意思能力之

未成年子女有直接向法院表示意願或陳述意見之權利，亦屬違憲等語。

本件不受理裁定多數意見就聲請人一主張系爭規定及確定終局裁定暨系爭裁定二違憲部分，於重申歷審法院裁定理由後，認定聲請人一因「尚無主張親權之餘地」，而認為本件聲請與本庭 111 年憲判字第 8 號判決案情不同，「除非母親有法定停止親權事由者，否則祖母依法尚難逕行主張以未成年子女最佳利益來考量由誰行使親權」，因此，系爭裁定二之見解，與本庭上開判決見解「並無扞格之處」，乃認聲請人一之聲請尚難謂已具體敘明其憲法上權利究遭受如何不法之侵害，而裁定不受理其聲請。

顯然，多數意見不受理本件聲請人一之聲請的關鍵理由在於聲請人一，亦即祖母，並「無可主張之親權」。然本件聲請人一果真如多數意見所認，並不享有憲法所保障之親權行使地位，從而導致其聲請自始不適法？其實非無商榷餘地。本席基本立場：本件生母即使沒有法定停止親權事由存在，然聲請人一，亦即長期實際養育孫子女之祖母，仍享有憲法所保障之親權行使之地位。系爭裁定二之見未及於此，視生母為唯一親權人，以致未能在子女最佳利益下將祖母之親權與生母之親權進行權衡，影響所致，其適用相關法律時即不無可能出現「未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生基本權法益應權衡而未權衡」之違憲瑕疵。是依本席所見，本件聲請不僅符合受理要件，並具憲法重要性，應予受理，爰提出不同意見書。理由如下。

二、親權為家庭權之一環，同屬應受憲法保障之基本權

實際對兒童擔綱母職的祖父母可否主張享有受憲法保障之親權，要從親權本身是否受憲法保障談起，畢竟我國憲

法並未明白提起親權這個概念。而親權是否受憲法保障，則須與關係密切之家庭權一併觀察。按人民組織家庭，其透過生育或收養子女，對於未成年子女，應負有身為親長(家長)的責任與義務，包括撫養、保護、照顧及為其最佳利益協助其行使相關權利義務之權利，一般稱為「親權」(parenthood, parental rights, the right to be parents)或監護權(custody)。親權雖未見於憲法保障基本權利清單之中，然基於「家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎」(司法院釋字第712號解釋參照)，凡於家庭親子關係中，無論生育或收養，皆是藉此形成親長與子女間「教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係」，對雙方彼此間身心發展與人格之形塑具有重要功能。親權行使固然著眼於親長地位，然其權利基礎，並非僅屬親長之主觀權利，毋寧是親長與子女共同享有之基本權利，如司法院釋字第712號解釋所稱「人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之人格自由發展」。從另一個角度，也可以說親長之親權是一種利他的基本權，也就是以未成年子女最佳利益為本的親權。

本庭於111年憲判字第8號判決亦明白揭示：

「為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務……，應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒童及少年人格權之要求……。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……。」(第32

段)

是親權或監護權應屬於人民受憲法保障家庭權之一環，受憲法第 22 條所保障，應無疑義。

三、長期實際養育孫子女之祖母亦得主張憲法保障之親權，確定終局裁定未衡酌此一受憲法保障之重要法益，應屬本庭裁判憲法審查之範疇

本件聲請涉及聲請人一於原因案件中是否具有親權，而得基於該權利請求法院就其對聲請人二之親權與其生母之親權歸屬一併審酌、權衡。

查民法第 1089 條第 1 項前段對於未成年子女之權利義務，規定原則上由父母共同行使或負擔之；同法第 1090 條規定：「父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部。」並於「未成年人無父母，或父母均不能行使、負擔對於其未成年子女之權利、義務時」，始應置監護人（同法第 1091 條規定參照）。是我國現行民法對於親權行使之規範，仍著眼於有生育或收養關係之親長（即父母）為主，僅於「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務或父母死亡而無遺囑指定監護人，或遺囑指定之監護人拒絕就職時」，始得依特定順序定其監護人（同法第 1094 條規定參照）。

此種規範架構固基於一般既存家庭型態所設，然對於例外情形，如本件聲請之原因案件，則未有一語道及，是法院謹守上開民法規定，以聲請人一僅為聲請人二之祖母，聲請人二生母尚存，而認定聲請人二生母為其唯一親權人，似非無據。惟從憲法保障家庭權與親權等基本權利之意旨，聲請人一既於聲請人二出生甫滿兩歲後即有撫育、照顧及保護等

事實存在，即便不具血親關係，亦早如家庭親子關係，遑論聲請人一及二具有直系血親之祖孫關係。於此種情形下，聲請人一及二彼此間，自己具有親權之聯繫，聲請人一對聲請人二之親權行使之基本權利，應受憲法保障。

本庭對是否受理裁判憲法審查聲請之判斷標準，於 111 年憲判字第 8 號判決中即明白指出：

「當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，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之情形，即可認定構成違憲。」（第 30 段）

於本聲請案之原因案件，基於法院所為聲請人二之生母並「無不利未成年人之情形」之事實認定，固不容否定生母之親權，但在民法未能規定長期實際養育兒童之祖母應有地位之情形下，法院即應以憲法之高度，上溯憲法保護基本權之精神，進行「補位」或「補漏」，即根據憲法第 22 條保障家庭權、親權之意旨，承認並一併審酌聲請人一之親權人地位，進而在子女最佳利益下與生母之親權進行權衡。即使權衡結果，仍認生母親權優先於祖母親權，但亦可能在維護子女最佳利益之前提下，或裁判未成年子女權利義務之行使或負擔，由生母與祖母共同任之，並以生母為主要照顧者，或將未成年子女權利義務之行使或負擔單獨判歸生母，但祖母仍有與未成年子女一定之會面交往權利¹，維持祖孫間既有家

¹ 值得注意並參考者，德國民法第 1685 條第 1 項之規定，祇要對未成年子女有利時，子女之祖父母或兄弟姊妹有與子女會面交往之權利。又依同條第 2 項之規定，曾與子女長期共同生活或其他曾長期照顧子女之密切關係人（enge Bezugspersonen）亦得與子女會面交往。另依瑞士民法第 274 條之 a 之規定，於

庭親屬關係與感情，以兼顧未成年人子女對生母、祖母雙方親權之聯繫。但如果一概否認聲請人一之親權人地位，將其比擬為「任何第三人」，則姑且不論單獨取得監護權或主要照顧者之機會自始就被排除，可能連最起碼之會面交往機會亦一併被剝奪殆盡，有長期親密感情之祖孫間總有一天恐會真的形同陌路，成為真正的「任何第三人」。這樣真的符合子女最佳利益嗎？遺憾的是，系爭裁定二直接以聲請人二生母經調查並無停止親權事由，而為聲請人二之唯一親權人為由，未作此法益衡酌，逕以聲請人一不具親權地位而駁回其聲請，即係對於聲請人一是否具有親權之基本權利有無之判斷，構成對「基本權根本上錯誤之理解」，該錯誤實質影響原因案件中，法院本應辨識聲請人一及聲請人二生母間親權衝突，「致發生應權衡而未權衡」之情形。因此，本庭對於本件聲請，並無不予受理之空間。

四、結語：「生的請一邊，養的恩情較大天。」

人之生死無法自己決定，婚姻關係之存續，外人也無從干涉，任何不幸的婚姻或家庭關係，總有不同原因。聲請人一之子即聲請人二生父婚姻無法幸福而離異，聲請人一為其子祖代母職，從小撫育聲請人二；後其子不幸意外身故，於喪子之痛之餘，尚得以年邁之軀照顧聲請人二，其所給予聲請人二之養護與親情，並不亞於生母。用白話說，聲請人二身體裡流的，何嘗不是聲請人一的血，聲請人一看見聲請人二，便如同看見自己早逝兒子，這種親情血脈的連結，就在日夜看顧聲請人二「一暝大一吋」中，如同生母。

然而，系爭裁定二就聲請人一請求停止聲請人二生母親

特殊情況，且有助於未成年子女之利益時，其他第三人，尤其該子女之親屬，亦得請求與子女會面交往。

權，並選定其為聲請人二之監護人事件中，未確實衡量聲請人一於此情形下受憲法保障之親權，逕以生母為聲請人二之唯一親權人，甚至將聲請人一比擬為「任何第三人」。其後果除侵害聲請人一之親權，進一步連鎖引發的可能更大違憲疑慮是，未能以子女最佳利益來妥適考量親權的歸屬及其內容之具體形成，導致實體上可能侵害子女的身心健全發展權利，以及程序面未在此基礎上踐行聽取切身利益受影響之子女的意見而出現可能的違憲瑕疵。

臺灣人說：「生的請一邊，養的恩情較大天。」傳統法律規範與法院審理程序中，對於親權行使之歸屬，重視甚至以血緣關係為唯一依據，在面臨當代社會與家庭結構鉅變的今日，例如隔代教養（如本件聲請）、同性伴侶收養子女或人工生殖等情形，均涉及是否以血緣或生身關係作為判斷未成年子女親權歸屬與行使之唯一判斷標準，抑或應一併考量因為實際養育而實質具有親權之可能性，如何解釋憲法保障人民基本權利之真諦，應作如是觀。

本件應否受理，進而判斷確定終局裁定暨系爭裁定二是否合憲，關鍵當係在於是否承認長期實際養育孫子女之祖母亦擁有憲法所保障之親權行使之地位。多數意見過不了這一關，採取否定見解，最終導致不受理的命運，本席只能尊重卻不免感到遺憾。本席理解，血統優先原則向為親子法的主流見解，外國立法例亦大都如此，但在血統優先原則下，已有若干國家實務見解在子女最佳利益的最高指導原則下容

許例外，例如美國²、加拿大³與歐洲人權法院⁴就已經有承認

² 美國法對於雙親以外直系血親尊親屬如祖父母與孫子女間的親權行使地位，各州規範不盡相同（See Grandparent rights: State by state, available at <https://www.hellalife.com/blog/family/grandparent-rights-united-states/> (last visited Feb. 10 2023))，對於未成年人監護權行使順序，原則上仍以雙親優先，但並不排除祖父母得與未成年人之雙親之一爭取監護權之地位。例如於 *Graves v. French* 一案中，阿肯色州最高法院對於未成年人因雙親離異，由生父取得監護權後從軍，即由祖父母照顧，之後生父戰死，再婚之生母爭取未成年人之監護權，州最高法院即以未成年人從小由祖父母照顧，不能單純因為生父死亡，即將監護權移轉給生母，仍須審酌何人行使監護權始對未成年人具最佳利益。See *Graves v. French* 209 Ark 564, 191 SW2d 590 (1946).

³ 於加拿大最高法院 *B.J.T. v. J.D.* 一案，其原因案件涉及的是子女之父母因家暴而離異，母親當時已懷有身孕。其後母親獨自於 2013 年 10 月生下該名子女，並且由其與外祖母共同養育近 2 年的時間。然而母親因精神健康問題，自 2017 年 8 月起拒絕外祖母繼續接觸該子女，兒福主管機關於是介入並同意由外祖母為暫時之寄養親權（foster parenting）行使人。父親則於 2019 年 2 月經兒福機關通知而知悉該子女存在，遂於同年 6 月要求與子女會面，兒福機關准許後變更原先將外祖母定為寄養親權人的決定。針對該名子女的永久監護權（permanent custody），即牽涉子女最佳利益之判斷，究應歸於已實行養育照顧責任的外祖母，抑或是具有較近血緣關係的父親。初審法院將永久監護權交由外祖母，認為其較父親更願意促進子女與其他家人之間的互動關係，並且指出兒福機關忽略了外祖母作為子女主要照護者的可能性。然而上訴法院予以撤銷，以自然血緣作為重要因素，將監護權改判給父親。加拿大最高法院最終維持了初審法院的判決，使外祖母擁有該案之監護權。在判決理由中，最高法院明確指出自然血緣並非作為子女最佳利益之優先考量因素，甚至指摘上訴法院過度偏重自然血緣的見解錯誤。See *B.J.T. v. J.D.*, 2022 SCC 24.

⁴ 歐洲人權法院雖然基於尊重會員國形成內國親子法之判斷餘地，並未直接明白承認未成年人雙親以外之直系血親尊親屬享有「同等」之親權行使地位，但於特定情形判斷未成年人之親權歸屬時，仍認應斟酌雙親以外直系血親尊親屬如祖父母得行使親權之可能性。例如於 *T.A. and Others v. Moldova* 一案中，歐洲人權法院第二庭雖然尊重 Moldova 民法第 31 條規定，對於子女親權原則僅由雙親行使，然而本案聲請人二（即聲請人一 T.A. 及 A.A. 二人之女所生未成年子女 N.）於一出生便由其祖父母（即聲請人一）照顧，因為難產，聲請人一之女生產後十餘日便死亡，聲請人二因為早產而有先天疾病，其生父 A.C. 為籌醫藥費而遠赴俄羅斯工作，其間固然數次返國探視，但原則上仍由聲請人一照顧並行使監護權。不久，A.C. 以基因檢驗報告向法院聲請認領聲請人二，獲法院認可後便聲請移轉聲請人一對聲請人二之親權。聲請人一反對，便主張 A.C. 未能履行照顧撫養聲請人二之義務而應終止其對聲請人二之親權。內國法院基於該國民法對未成年子女親權原則由雙親行使之規定，認為聲請人一未能舉證證明何以 A.C. 取得對聲請人二之親權後未能妥善照顧具有先天疾病的聲請人二，何以之前 A.C. 未盡對聲請人二

長期實際養育孫子女之祖父母亦擁有憲法所保障之親權行使地位，進而根據子女最佳利益與生父（母）之親權進行衡量，甚至最後將親權判給祖父母的先例，相信未來可以看到我國憲法法庭與家事法庭改變見解的一天到來。

之照顧撫養義務等等，駁回聲請人一請求終止 A.C.對聲請人二之親權之聲請。二審及三審法院亦駁回其上訴。歐洲人權法院第二庭一方面承認聲請人一得以自己名義及為聲請人二之利益而具有代其聲請之當事人適格；二方面認為，聲請人二其 5 歲生活中均與聲請人一共同度過，並且由聲請人一負擔全部照顧義務，聲請人一及二之間具有濃烈的情感連結，反之，A.C.與聲請人二幾乎沒有共同生活，內國法院卻單純假設 A.C.即生父負擔對聲請人二之親權，而對聲請人二最佳利益之判斷上，完全忽視聲請人一及二之事實上生活情感與照顧關係。內國法院在判斷聲請人二的最佳利益時，卻未一併衡酌聲請人一受歐洲人權公約第 8 條所保障之家庭生活，以及由聲請人行行使對聲請人二之監護權，特別是聲請人二具有先天疾病，多年均由聲請人一照顧之情形，一旦將聲請人二之親權移轉由其生父 A.C.行使，對聲請人二之身心健康而言，是否較為符合其最佳利益等理由，認定內國法院裁判侵害聲請人一受歐洲人權公約第 8 條保障之家庭生活。*See T.A. and Others v. Moldova*, Application no. 25450/20, decided on 30 Nov. 2021, paras. 31-37, 53-54, 57 & 63. Available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213716> (last visited on 10 Feb. 2023). 本件判決與本庭本件聲請案事實有高度相似之處，歐洲人權法院之見解值得重視。

憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定不同意見書

黃虹霞大法官提出

詹森林大法官加入

今年春節好冷，北極渦旋發威！感謝最高法院即時裁定，廢棄臺北地院命○小妹妹（憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決當事未成年子女）應於大年初一上飛機前往義大利的強制執行裁定，避免司法成為冷凍庫。

司法當然應該有熱度；冷冰冰，不該是司法的因子，予人溫暖才應是司法的特質之一！又未成年子女之最佳利益不可強予分割！

本件未成年子女久居臺灣為慣居地，確定終局裁判改變其監護事實現狀，而未由法官直接聽取其意見，不必考量其最佳利益，不符合憲法意旨！

子女恆為權利主體，不是親權之客體！

壹、本席在去年中，本庭 111 年憲判字第 8 號判決協同意見書之首，寫了這一段話：

「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！」

此一感想在本案亦無二致。而且本席想進一步說：未成年子女之最佳利益不可違反其意願強予分割，使孩子在成長過程中必須因父母分居兩地（國）作空中飛人、兩地遊蕩。

貳、在上開意見書本文中，本席也寫到：

「……

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。¹

（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

¹ 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。……」。

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！

（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」，²這一幕……。請再想想，子女意願才真正重要！

……

（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

² 出自電影「他不笨，他是我爸爸」。

「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）、³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！」

參、上述這些理由對於本案也應值得重視採擷。但是非常遺憾，才不到一年，大法官竟反於本庭 111 年憲判字第 8 號判決意旨，認為本件聲請應不受理，就只是一票之差，就這樣推翻了原來的多數意見？雖然未必如此（本件不受理裁定理由五（三）稱本件與本庭 111 年憲判字第 8 號判決之案情不同，無扞格之處），但本件不受理的結論實在難以接受。而且兩相對照，仍必然予人司法反覆、甚至無所適從之感！爰不能已於言，除了重申本席在本庭 111 年憲判字第 8 號判決之看法如上外，並針對本案多數意見提出質疑，及補充不同意見如下：

一、僅因前案是父母間親權爭議，而本件是母親與祖母間親權爭議，兩案裁判結果就應該不同嗎？

³ 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」。

1、本席以為不然。

2、民法第 1091 條及第 1094 條第 1 項固分別規定：「未成年人無父母，或父母均不能行使、負擔對於其未成年子女之權利、義務時，應置監護人。」及「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務……時，依下列順序定其監護人：一、與未成年人同居之祖父母……」，看起來似乎肯定「親權」之「權利」性質。惟由民法第 1092 條規定：「父母對其未成年之子女，得因特定事項，於一定期限內，以書面委託他人行使監護之職務。」亦可知：通稱為親權之民法第 1084 條第 2 項規定：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。」本質是一種監護，且父母固為最優先順序之法定監護人，但所稱「親權」，不但不應是一般理解之「權利」，而且與其說是權利，由「監護職務」用語觀之，毋寧應解為「保護教養未成年之子女之義務與責任」，此觀諸兒童及少年福利與權益保障法相關規定尤其第 3 條（稱父母對兒童及少年應負保護及教養責任等）及罰則等規定甚明。是除了如上開意見書所述，未成年子女僅應是權利主體，不是任何他人（含其父母）之權利（含所稱親權）之客體外，上開民法父母親權相關規定充其量只應被解讀為父母為「第一順序義務人」，其目的僅在保護未成年人，不是為保障任何人（含父母）之權利（含所稱親權），就此而言，也就是由保護未成年人角度出發，前案父母間親權爭議與本件母、祖母間親權爭議，其判斷準據應沒有本質上差異。

3、又如果所稱親權，確應是義務與責任本質，則其「權」一語，恐應是曩昔「父權（權威）思想殘餘」，時至今日除不應再被解讀為「權利」外，為免誤解，實有再思考修正必要。因為如果揚棄「親權」用語，當有助於法官正確掌握兒童及少年保護本旨，不但本件聲請原因案件法官比較可能可以擺脫民法第 1084 條及第 1089 條規定係父母「權利」規定之無形束縛，大法官也可能作出不同結論之裁判（因為如果是義

務責任，法官要考慮的當是誰比較適合保護教養未成年子女，從而能由未成年子女角度出發，真正落實未成年人之保護)。

4、另多數意見認依現行父母當然為第一順序，其對未成年子女親權之行使負擔，恆優先於祖父母之民法規定，故本件原因案件在不改定監護之情形，不必審酌未成年子女利益，也無須使未成年子女有陳述意見之機會部分：(1)、近百年前，此等民法規定當時，應尚無尊重未成年子女獨立人格權，其自為權利主體暨保障未成年子女最佳利益之理念，是在重視人格尊嚴及未成年人照護教養之今日，從保障未成年子女最佳利益觀點出發，由憲法之高度，所稱父母應否仍當然解讀為僅指未成年子女己身所從出之自然意義之父母，還是應該另作解讀為實際擔負照護教養責任之監護者，實值再審酌，且為落實未成年子女之最佳利益保護，相關民法規定非無思考修正之必要；(2) 本件多數意見亦認本件聲請人二（未成年子女）於襁褓中即已非由其居住中國之母監護，至今多年來係由聲請人一（其居住臺灣之祖母）照顧教養。則由監護之事實狀態觀察，誰才應是法律上行使負擔照護教養未成年子女義務之所稱「父母」？在本件母親事實上未為照護教養之情形，確定終局裁定認監護應回歸母親，顯然變更未成年子女受監護之現狀，而且與本庭 111 年憲判字第 8 號判決同，係涉及跨領域之重大變更，怎會無涉未成年子女之最佳利益，不必由法官直接聽取其意見呢？

5、此外，目前常見割裂未成年子女時間，認部分時間與父、部分時間與母同住，比較符合未成年子女最佳利益之想法及作法，可能是大人自以為當然是的迷思，似可再審酌。

二、「聽取未成年子女之意見」不應只是程序上行禮如儀而已，它與「考量未成年子女最佳利益」互為表裡，是一體之兩面：

1、未成年子女最佳利益之保護已具體規定在民法親屬編及家事事件法很多條文中(如民法第 1055 條之 1、第 1055 條之 2、第 1079 條之 1、第 1080 條、第 1081 條、第 1089 條、第 1094 條及家事事件法第 1 條、第 106 條、第 109 條、第 110 條、第 111 條及第 194 條等規定參照)，本庭於 111 年憲判字第 8 號判決中亦予肯定；應由法官直接聽取未成年子女意見，亦同。家事事件法也強調未成年子女之程序主體權、程序參與權及陳述意見權等(如家事事件法第 68 條、第 77 條、第 108 條、第 109 條、第 118 條等規定參照)。

2、查未成年子女最佳利益係未成年子女保護之實質指標，未成年子女意見陳述係確定未成年子女最佳利益之有效方式，因此，二者互為表裡，是程序與實質一體之兩面(兒童權利公約第 12 條及其一般性意見書第 20 點參照)。如果形式上聽取未成年子女之意見，但實質上背離未成年子女之意願，不能認為裁判結果無違未成年子女最佳利益規定。

三、本件未成年子女應有獨立釋憲聲請權，而且已提出釋憲聲請：

1、多數意見幾經周折後，終於肯定本件聲請人二(未成年子女)為程序主體及釋憲聲請當事人適格，即有獨立釋憲聲請權，此點值得肯定。但是既然一方面肯定原因案件之裁判涉及聲請人二受保護照顧之事項，聲請人二為權利可能實質受影響之人(本件裁定理由四)，但另一方面又拒絕受理其釋憲聲請，且在聲請人二之受監護事實狀態將因確定終局裁判而有重大改變，顯然非全無侵害聲請人二權利可能之情形下，竟無隻字片語說明為何聲請人二之權利未受侵害，顯然本件判決之理由前後矛盾且不備，難昭折服。

2、此外，家事事件中，未成年子女自為程序主體，其意見陳述乃其本有之法定權利，不是以證人地位為親身見聞事實之義務性質陳述，則聲請人二於襁褓中離開其母之事實，

與是否可不給予聲請人二陳述意見權利之判斷，根本無關，乃多數意見竟以聲請人二年幼即離開母親之事實為據，由之推論認未予聲請人二陳述意見之機會未違憲（本件裁定理由五（二））。多數意見顯然混淆未成年子女之陳述意見權與作證義務。

3、又本件聲請人二不足1歲，即已因父母離婚且其母自承無扶養聲請人二能力，而先由父監護（其間也多由祖母在臺灣照顧）、父逝後繼由祖母實際監護。由以上事實觀之，聲請人二之母反訴請求交付未成年子女，欲變動監護現狀，使其離開久居慣居地及長期照護之祖母，那麼當然不生濫用親權問題嗎？未成年子女之照護，對包括父母在內之監護人毋寧是相當甚至沈重之負擔，本件爭議應非單純，背後應另有隱情，是聲請人二「懷璧其罪」嗎？作為以保護人民為職責之法官，能不查明，即當然認長久未實際執行其法定監護責任之母親沒有濫用親權嗎？僅從認事用法觀點，確定終局裁判亦難昭折服。

四、本件也是跨境親權爭議，從對為我國人民之未成年子女有效保護觀點，亦應作特別考量：

本件與本庭111年憲判字第8號判決同，均涉及跨境親權爭議。因為監護事實現狀變動後，涉及為我國法權所不及之他國法權，及我國法權對未成年子女權益保護之無法或難以有效管控之客觀明顯事實，故本席以為就此等案件應從對為我國人民之未成年子女有效保護之觀點，就是否符合未成年子女最佳利益作深入特別考量。尤其因為需要理解未成年子女對變動後人生地不熟之恐懼、適應可能之困難等，故法官更有特予直接聽取其意見陳述之必要。

五、法院可以違反未成年子女之意願，以裁判強制未成年子女離開現居慣居地嗎？本席以為不可以。因為：

1、本件原因案件包含交付未成年子女（聲請人二）之訴，

觀諸確定終局裁判主文即知。依確定終局裁判意旨，將可能改變聲請人二之長久以來受其祖母在臺灣監護之現狀，則單就交付子女之訴部分言，多數意見未進一步說明，即認不必由法官直接聽取其意見陳述，當然沒有審酌其最佳利益必要，當然沒有違憲問題！本席深深不以為然！

2、本席在上述本庭 111 年憲判字第 8 號判決所提協同意見書中已說明，如聲請人二之未成年子女是人不是物，是權利主體，不是親權之客體，是其是否當然為確定終局裁判既判力所及，顯有疑問。

3、又可以以任何裁判強制任何非因犯罪而被拘提之人如聲請人二離開現居慣居地嗎？亦值得再想想。本席以為當然不可以，因為侵害人格尊嚴及其衍生之人身自由、行為自由等受憲法保障之作為人之基本權。

憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定不同意見書

黃瑞明大法官提出

詹森林大法官加入

一、本件聲請案之原因事實大要及聲請意旨

本件聲請人為祖母甲及其孫乙小弟，乙之父即甲之子丙男與大陸籍丁女於民國 103 年 7 月結婚，於 103 年 11 月生乙，丙男與丁女於 105 年 4 月調解離婚，協議親權由父親丙行使。乙於父母離異後定居臺灣由祖母甲照顧，僅每隔 3、4 個月至大陸地區與母親丁同住幾天。父親丙於 108 年 4 月死亡，祖母甲主張母親丁有濫用親權情事而依民法第 1090 條請求宣告停止母親丁之親權，及另選定聲請人甲為未成年人乙之監護人。母親丁主張其為乙之唯一親權人，提起反聲請，請求甲交付乙。聲請人甲敗訴確定後主張相關裁定違憲，並認為法院於審理時未聽取未成年子女之意見，因此主張家事事件法第 108 條規定未賦予未成年子女直接向法院表達意願或陳述意見之權利等而違憲。

二、多數意見決議不受理之理由及本席不同意之處

多數意見決定不受理本件聲請案，其理由於不受理裁定之理由五（三）稱「本件聲請之前提爭執，係祖母與母親間之停止親權爭議，在我國現行法制下，父親無法行使親權時，母親係唯一親權人，祖母尚無主張親權之餘地，除非母親有法定停止親權事由，並經依法宣告停止者，否則祖母依法尚難逕行主張以未成年子女最佳利益來考量由誰行使親權，

其與本庭 111 年憲判字第 8 號判決係關於因父母之間就未成年子女所生親權爭議之案情有所不同。」為理由之一，本席對該理由無法同意，乃提出不同意見書。

本席認為父母離婚，取得未成年子女親權之一方死亡後，他方是否取得親權或另定監護人，仍應依當時之情況以子女最佳利益為考量。按法定停止親權事由依民法第 1090 條之規定係「父母之一方濫用其對於子女之權利」¹，及依兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒福法）第 71 條第 1 項規定係「疏於保護、照顧情節嚴重」或其他不利行為（與本案較無關係，故不在討論範圍）²，而於離婚期間未取得親權之一方，既未與未成年子女共同生活，即難認有機會構成濫用權利或疏於保護、照顧情節嚴重之情事。如未有法定停止親權事由存在，即可取得親權，形同他方可當然取得親權且得主張交付子女，而無需另行考量是否由長期照顧者擔任監護人，始符合未成年子女最佳利益。本席認為如此之見解不符家事事件應謀求未成年子女最佳利益之本質（家事事件法第 1 條規定參照）³。依此見解施行之結果，可能對未成年子女造成無法回復之傷害。

¹民法第 1090 條規定：「父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部。」

²兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項規定：「父母或監護人對兒童及少年疏於保護、照顧情節嚴重，或有第四十九條、第五十六條第一項各款行為，或未禁止兒童及少年施用毒品、非法施用管制藥品者，兒童及少年或其最近尊親屬、直轄市、縣（市）主管機關、兒童及少年福利機構或其他利害關係人，得請求法院宣告停止其親權或監護權之全部或一部，或得另行聲請選定或改定監護人；對於養父母，並得請求法院宣告終止其收養關係。」

³家事事件法第 1 條規定：「為妥適、迅速、統合處理家事事件，維護人格尊嚴、保障性別地位平等、謀求未成年子女最佳利益，並健全社會共同生活，特制定本法。」

本席認為民法第 1089 條第 1 項：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。」之規定於父母離婚後取得親權之一方死亡，他方是否取得親權時，不應僵化適用，致認由他方當然取得親權。按離婚後未取得親權之他方在離婚期間可能與該未成年子女已疏遠，該他方雖未達「濫用親權」「疏於保護、照顧情節嚴重」之法定停止親權事由之程度，但仍有可能構成其他不適合回復親權之情事，此時即可能構成「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務」之情形，而依民法第 1094 條之規定定監護人。與未成年人同居之祖父母，即為第一順位之監護人選。至於他方是否適合回復親權，即應以未成年子女最佳利益為考量標準。本席認為自家事事件法公布之後，為未成年子女最佳利益之考量應為所有涉及未成年子女之家事事件之核心，於父母離婚後，有親權之一方死亡時，亦不例外。在離婚率高的今天，本聲請案涉及之法律問題並非獨特個案，因此有必要受理審理，以探討相關裁定是否違憲，抑或民法第 1089 條及其他相關條文是否有規範不足導致父母離婚後，有親權之一方死亡，對未成年子女之保護不足而涉違憲之處。

三、確定終局裁定及其前審裁定之見解：祖母適合擔任監護人，但父母離婚取得親權之一方死亡後，依民法第 1089 條之規定他方當然取得親權，因此未裁定祖母取得監護權

(一) 原因案件第一審裁定即臺灣桃園地方法院 108 年度家親聲字第 380 號家事裁定 (下稱 380 號裁定) 於裁定理由認定⁴: 「綜觀上開事證及調查訪視報告可知, 聲請人因協助其子丙照顧未成年子女乙, 而擔任主要照顧者多年, 固於各方條件雖適合擔任未成年人乙之監護人, 然本件停止親權程序所應審究者, 乃在相對人對於未成年人是否有『疏於保護、照顧情節嚴重』或有『濫用其對於子女之權利』之情事, 而非在審酌具有監護意願人間何人較適合擔任親權人。……本件並無證據足資證明相對人對未成年子女乙有疏於保護、照顧情節嚴重或有濫用親權之行為, 則聲請人依前揭規定, 請求宣告停止相對人對未成年人乙之全部親權, 顯無理由, 應予駁回。」於裁定中認祖母甲適合擔任乙之監護人, 但仍裁定駁回聲請人停止丁之親權之請求, 本席認為如此之見解有所矛盾, 不符未成年子女最佳利益考量之核心價值。

(二) 甲抗告後, 臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定 (即確定終局裁定) 認定: 「綜合上開事證及參考訪視報告、家事調查官之意見, 審酌抗告人之子丙與相對人所生未成年子女乙現與抗告人同住, 由抗告人夫妻共同照顧, 彼此感情緊密, 但無礙相對人因丙死亡, 成為乙惟一親權人之事實, 縱然乙受照顧情形良好, 但抗告人為乙之祖母, 並非乙之母, 自無優先於相對人行使親權之理。」等理由而駁回聲請人之抗告而確定, 其見解與 380 號裁定理由相同, 亦認母丁成為乙唯一親權人而未為未成年子女最佳利益之考量。

⁴ 以下裁定內文引號內文字以本意見書代稱甲、乙、丙、丁替代姓名。

(三) 380 號裁定指出「按對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之，民法第 1089 條第 1 項前段定有明文。查，本件未成年人乙權利義務之行使或負擔雖原約定由父親丙任之，惟丙已於 108 年 4 月 8 日死亡，揆諸前開規定，於丙死亡後，未成年人丙（按；應為乙）即當然由相對人單獨監護。」該裁定認「當然由相對人單獨監護」，而未為未成年子女最佳利益之考量。確定終局裁定駁回抗告之理由有相同之意旨：「依前揭規定及說明，未成年子女乙權利義務之行使或負擔，於原任親權人之丙死亡後，應由乙之母即相對人任之，惟抗告人為乙之祖母，聲請停止相對人之親權，並選定抗告人為乙之監護人，則應以行使負擔權利義務之一方即相對人有未盡保護教養之義務，或對未成年人有不利之情事，始有必要，倘行使負擔未成年人權利義務之一方，並無未盡保護教養之義務或對未成年人有不利之情事，自無改定行使親權之人必要。」該確定終局裁定理由所指「依前揭規定及說明」，即是指依據民法第 1089 條第 1 項之規定，且仍不脫民法第 1090 條及兒福法第 71 條第 1 項所規定之法定停止親權之事由，而尚未為未成年子女最佳利益之考量。

由上可知，確定終局裁定及其前審之 380 號裁定均係因為民法第 1089 條第 1 項、第 1090 條以及兒福法第 71 條第 1 項之規定而裁定維持母親丁之親權，而無法讓已長期照顧未成年孫子乙之祖母甲成為監護人。此二裁定均僅審酌母丁有無「疏於保護、照顧情節嚴重」或「濫用其對於子女之權利

」之法定停止親權事由情事，性質上係就不利於未成年子女之消極事由是否存在為審查，而未進行未成年子女最佳利益之考量，就有利於未成年子女之積極事由為審查。本席認為上開二個裁定適用民法第 1089 條之見解，與本件不受理決定之見解，均可能對未成年子女造成無法回復之傷害，而與憲法保護未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨不符。

四、本席之見解：夫妻離婚，取得親權之一方死亡，他方是否取得親權，仍應視當時之情況，依未成年子女之最佳利益為判斷，理由如下

(一) 按父母離婚後未成年子女與取得親權之父或母生活時，可能與協力照護者（如外公/婆、舅舅、阿姨、表兄弟姊妹等或祖父/母、伯伯、叔叔、姑姑、堂兄弟姊妹等；如離婚後再婚者，其繼父或繼母以及再婚所生之子女等）形成穩定且安全溫暖之成長環境。相反地原無親權之另一方於離婚期間若與未成年子女疏於會面交往，可能雙方感情淡薄，有可能已再婚而另組家庭，甚或有其他不適合行使親權之情事，例如因犯案或吸毒而甫出獄等。因此擁有親權者死亡，由原本協力照顧者接續照顧而取得監護權，維持其既有之穩定成長環境，比起直接回復他方之親權而大幅度變動其生長環境，有可能較符合未成年子女之最佳利益。如此安排並不排除未成年子女可同時與離婚後未能行使親權之他方持續或增強會面交往並漸次培養更親密關係。若未為未成年子女最佳利益之考量，將未成年子女交付給不適合的他方，實無異羊入虎口。不僅於交付時強令未成年子女脫離熟悉之環境已構成

傷害；交付後若待他方有虐待、家暴、強制性行為，甚至其他更惡劣之情事時，始以他方「疏於保護、照顧情節嚴重」或「濫用其對於子女之權利」等理由而依民法第 1090 條或兒福法第 71 條第 1 項之規定請求停止親權，可能已經緩不濟急、為時已晚。如此之情節並非聳人聽聞，而是在社會上現實存在之事例。

故夫妻離婚，約定子女由一方行使親權，該方死亡後，若由他方當然回復親權，而未考慮在離婚後，未成年子女與未取得親權一方間關係之親疏遠近，以及未成年子女在有親權一方已建立之人際關係及已習慣之生活環境等因素，強制其脫離慣居地，而進入陌生之環境，即可能對未成年子女造成傷害。尤其是涉及跨國之子女交付，於子女被送出境後發生他方有濫用親權或疏於保護照顧情事，擬透過我國司法跨海救援之困難度極高，此為不應忽略之現實考量。

(二) 有關夫妻離婚後對子女權利義務行使之規定（民法第 1055 條及第 1055 條之 1），於有親權之一方死亡時，仍應適用，以決定子女之親權或監護權誰屬。

1、民法第 1055 條規定，夫妻離婚時，對未成年子女權利義務行使或負擔原則上依雙方之協議，但是賦予法院相當大的介入權，於「未為協議或協議不成」（第 1 項）「協議不利於子女」（第 2 項）「行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者」（第 3 項）之三項情形，法院均「得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法」（第 4 項）可見於父母離婚時為未成年子女之利益，法院有相當大

之介入之權力。得請求法院酌定權利義務之行使者包括夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人（第 1055 條第 1、2 及 3 項規定參照）可見得關照未成年子女之利益者，不限於父母，而包括國家機關、社會福利機構及其他利害關係人，範圍極廣，已認為是國家及社會共同的責任，而非僅父母之權利或義務。如此之規定已超越往昔視子女為父母財產之落伍見解，可說是符合社會進步思潮之立法。至於何謂「子女之最佳利益」，民法第 1055 條之 1 第 1 項規定法院應「審酌一切情狀」，特別規定了 7 款「尤應注意」之事項，可稱詳盡。其應審酌之範圍包括對子女有利之積極事由之審查，遠遠大過於法定停止親權時所應審酌之「濫用其對於子女之親權」或「疏於保護、照顧情節嚴重」等限於消極事由之情事。故於離婚後有親權之一方死亡，縱他方主張親權，仍應依當時情形，考慮是否符合「父母均不適合行使權利之情事」，由法院為子女之最佳利益並依據民法第 1055 條之 1 有關最佳利益之規定，以決定他方是否回復親權，或依民法第 1055 條之 2 選定適當之人為子女之監護人。

- 2、本席認為民法第 1055 條及第 1055 條之 1 之規定於離婚後有親權之一方死亡時，仍應繼續適用，以決定回復他方之親權或認符合「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務」之情形，而依民法第 1055 條之 2 及第 1094 條規定之順序選定監護人。與未成年人同居之祖父母即為第 1094 條規定第一順位之人。於有親權之一方死亡，原無親權之父或母在酌定親權時可獲較優先之考量，但

並非當然取得親權，而仍應審酌一切情狀，始符未成年子女之最佳利益之考量，否則可能對未成年子女造成無法回復之傷害，已於前述。父母離婚後，一方死亡，認他方可當然取得親權之見解不啻回復子女為父母財產之落伍想法，而且是將子女視為可在父母間任意轉手宛如行李般之粗糙作法，不符合親子事件應以未成年子女為利益主體之原則。

五、違憲審查：確定終局裁定違憲？抑或民法第 1089 條之規定因未考慮未成年子女之最佳利益而違憲？

依上討論，本席認為本件應受理以審查確定終局裁定違憲，抑或民法第 1089 條之規定，因未考慮未成年子女之最佳利益而違憲。就此，本席意見如下：

甲：對確定終局裁定之審查：

（一）確定終局裁定並非未考慮「他方」即母丁之情況而無條件地將親權判屬母丁。按確定終局裁定於決定親權歸屬於母丁時，曾審究母丁保護教養子女之意願及態度，確定終局裁定理由四（三）認「綜合 108 年度家查字第 147 號、109 年度家查字第 32 號家事事件調查報告及本調查報告之調查內容，兩造均具有經濟基礎、家庭支持系統、親職能力、監護意願，評估兩造均具獨立監護未成年子女乙之能力，抗告人雖在經濟能力、照顧經驗、互動關係等方面表現較具優勢，惟相對人亦在未成年子女之照顧環境、教育規劃、醫療規劃、會面交往等方面用心甚益」依此，確定終局裁定並非僅考慮有無法定停止親權事由，而已將考量範圍擴張至照顧意

願及照顧能力等，亦即事實上已為子女最佳利益作了部分之考量，可認已將第 1055 條之 1 第 4 款規定「父母保護教養子女之意願及態度」列入考慮，但其範圍有限，而未涵蓋民法第 1055 條之 1 所定子女最佳利益所應考量之全部規定。

例如第 1055 條之 1 第 2 款「子女之意願及人格發展之需要」顯受忽略；第 5 款「父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」亦未受充分審酌。於涉及跨國境子女交付時，更應考量回復之可能。確定終局裁定並未明文適用民法第 1055 條之 1 之規定，且其實質審查範圍僅及於第 1055 條之 1 之部分規定，故其裁定之結論及理由可認未充分考慮未成年子女之最佳利益。

（二）確定終局裁定理由認祖母甲適合擔任監護人，已如前述，但又認「抗告人為乙之祖母，並非乙之母，自無優先於相對人行使親權之理」（裁定理由四（六）參照），其論理即為倒錯。按民法第 1089 條未規定離婚後有親權之父母死亡時，應以未成年子女之最佳利益為考量，以決定親權，而係規定「由他方行使之」，就該條文僵硬適用之結果，生存之父或母即取得親權，故依法有優先權的是父或母，祖母並無主張優先行使親權之餘地，祖母於本案（以及其他所有主張監護權之第三人相同）得主張監護權之依據均不脫因為長期照顧所產生之親密感情，以及子女慣居地所形成之環境等因素，也就是為子女最佳利益之考量所應審酌之一切情狀，而非主張有優先權。當然有優先地位的是父或母，則法院應該審究的是僅依最近血緣而有優先地位的父或母是否即可當然超越次親近血緣關係之祖父母長期照顧所形成之感情

及環境，而仍然優先取得親權。確定終局裁定並未就此為審查，為合理化其認為祖母無優先行使親權，而提出反面論證，「否則任何第三人主張其提供之撫養條件優於本生父母，即得主張停止父母親權改由其監護他人子女，親子人倫將難以維繫。」其論證亦非合理。按本案主張監護權者，並非「任何第三人」，而是已長期照顧該子女之祖母，不僅符合民法第 1055 條所稱利害關係人之身分，更是民法第 1094 條定監護人時居第一順位者，該裁定所指「撫養條件優於本生父母」並不明確，若該裁定所稱之撫養條件僅指經濟條件，固有道理，確實不能僅因第三人提供較佳之經濟條件，即可優先於本生父母取得親權，此為常理，無待論述批判。但若該裁定所稱之「撫養條件」是指綜合考量各種因素後「符合子女最佳利益」之條件而言，則該見解明顯摒除子女最佳利益之考量而以血緣親等為主要之考慮因素，如此見解或係依法判決不得不然，但可認對未成年子女憲法上之權利保障不足而涉違憲。

（三）另本件裁定之原因案件之爭議包括「定對於未成年子女權利義務之行使負擔事件」「交付子女事件」以及「宣告停止親權或監護權及撤銷其宣告事件」等內容而分屬家事事件法第 3 條就家事事件分類中戊類之 8、9、10 三款。就該類事件於親子關係相關事件，法院應通知所涉之子女參與程序（同法第 74 條、第 76 條及第 77 條規定參照）如此強制法院應通知子女之要求，應係認為法院為謀求未成年子女最佳利益之審酌時，應親自聽取未成年子女之意見。本件確定終局裁定及其前審審理程序中均未通知未成年子女乙到庭參

與程序，如此審理程序之缺失亦可認為對於未成年子女之程序參與權及陳述意見權利之保障不足而涉違憲。

乙：對民法第 1089 條規定之審查

確定終局裁定或係因民法第 1089 條規定未賦予法院審查未成年子女最佳利益之權力以致於未能充分地考量未成年子女最佳利益之一切情狀而為裁定，因此有必要就相關法規範為審查。按民法第 1089 條對於未成年子女之權利義務之行使負擔規定「父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。」於父母離婚，約定行使親權之一方死亡時，即依該規定而將親權交由他方行使，可能造成對未成年子女不利之結果已如前述，就此而言，民法第 1089 條之規定未考慮到父母離婚，約定親權之一方死亡，由長期照顧之近親接續照顧是否較符合未成年人利益之問題，即有可能產生對於未成年子女保護不足而違憲。本席認為解決之道亦可以將民法第 1089 條規定作合憲性限縮解釋，即認該條規定並不適用於父母離婚之情形，因為父母離婚時，對於子女親權之行使，已有民法第 1055 條及第 1055 條之 1 為詳盡之規定。於離婚後有親權之一方死亡之情形，仍應持續適用第 1055 條及第 1055 條之 1，以決定未成年子女之監護權。此時並可審酌是否已符合民法第 1055 條之 2 及第 1094 條所稱「父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務」之情形而定監護人。另外當然亦可宣示第 1089 條因未考慮父母離婚之情況而違憲，要求立法機關重新修法。例如規定於此情況下可以重新規定未成年子女與原無親權之父或母會面交往之方式及期間，讓未成年子女可以不必脫離其慣居地的方式同時增強其與在世

之父或母之感情。

六、最高法院 69 年度台上字第 3676 號民事判決之個案並無普遍性，且其見解已不合時宜，不應再予援用

確定終局裁定理由引用最高法院 69 年度台上字第 3676 號民事判決意旨(裁定理由三參照)作為裁定依據，本席認為該判決之原因事實與本件有相同之處，且該判決之見解與本件不受理之理由相近，故有討論之價值。按該判決相關見解之全文為「夫妻之一方，對於未成年子女之監護權，不因離婚而喪失。因離婚而約定子女由一方監護，僅他方之監護權一時停止而已。倘任監護之一方死亡，對於未成年子女保護教養之權利義務，當然由他方任之。」按該判決之原因案件為未成年子女於出生後一個多月後父母即離婚，父取得監護權，但於離婚後一年二個月死亡。故此時該子女僅一年三個月大，尚為嬰兒期間，法院判令監護權當然歸屬其母親，對於在襁褓中之子女身心衝擊不大。但如此之案例不具普遍性，並非對所有離婚後有親權之一方死亡之案例皆可適用。因為父母離婚後其未成年子女可能已經脫離嬰兒期，而已成為青少年，亦可能多年與無監護權之一方未有所接觸，雙方關係已疏離，該判決認行使監護權之一方死亡，他方當然取得監護權，忽略考慮未成年子女與具監護(親)權之一方共同生活時已建立之生活環境，以及驟然終止該生活環境對未成年子女之衝擊與傷害；亦未考慮他方與該未成年子女間之關係，以及他方之條件是否適合行使監護(親)權等，亦即未考慮未成年子女最佳利益。究其原因，該判決係於 69 年 11 月

19日作成，而家事事件法係於101年1月11日始制定公布，目前被視為理所當然之觀念，例如「謀求未成年子女最佳利益」之家事事件法之立法意旨，當時尚未普及。對離婚時子女之監護權歸屬於85年修正民法第1055條時為詳細規定，而對子女之最佳利益為詳細指示性規定的民法第1055條之1係於85年時制定（現行條文係於102年修正），均係於上開最高法院判決後多年始修法制定。自民法第1055條及第1055條之1此二法條以及家事事件法相繼制定之後，離婚後子女之監護，法院即應依據該二條文以及家事事件法以決定未成年子女之親權或監護權。上開最高法院判決係以親近血緣作為決定監護權之唯一條件，而完全未考慮未成年子女之最佳利益，係當時時空環境下所作之判決，不必苛責，但亦不應再予考慮援用。

七、最高法院102年度台簡抗字第123號民事裁定始具參考價值

自家事事件法公布施行之後，與本件爭議性質類似之父親主張親權與祖母主張監護權之爭議中，最高法院102年度台簡抗字第123號民事裁定適用家事事件法第78條第1項「法院有依職權調查事實及必要之證據」以及第108條⁵應讓未成年子女有表達意願與陳述意見之機會等規定，認為父親既多年未照顧及扶養其子女，將子女之權利及義務酌由父親

⁵家事事件法第108條第1項規定：「法院就前條事件及其他親子非訟事件為裁定前，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會；必要時，得請兒童及少年心理或其他專業人士協助。」

行使，能否謂無違反該子女之意願及符合其最佳利益？且法院對父親假釋後之交友狀況如何，對未成年子女人格發展有否影響，事實未臻明瞭，因此撤銷對父親有利之原審判決。本席認為該裁定認事用法乃與時俱進，具參考援用之價值。

憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定

不同意見書

詹森林大法官提出

112 年 2 月 10 日

本件憲法訴訟，聲請意旨已有具體指摘，而聲請人一、二據以聲請裁判憲法審查之確定終局裁定，有侵害該案聲請人一之親權之虞，更有明顯侵害聲請人二（未成年子女）之訴訟權（憲法第 16 條）、親權及人格權、人性尊嚴（111 年憲判字第 8 號判決參照）情形。憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定（下稱系爭憲裁）卻不予受理，本席實難苟同，爰提出不同意見書。

壹、程序部分

一、聲請人二聲請本件法規範及裁判憲法審查，符合憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項規定

本件憲法訴訟，共有兩位聲請人，聲請人二乃原因案件確定終局裁定¹所指之未成年人，聲請人一為聲請人二之內祖母²。

¹ 系爭憲裁，將原因案件之最高法院 111 年度台簡抗字 60 號民事裁定，認定為本件憲法訴訟之確定終局裁定，但又鑑於該 60 號裁定係以聲請人一之再抗告不合法為由而予以駁回，遂併將該再抗告程序之前審裁定，即臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定，一併審酌（見系爭憲裁理由三）。

² 所謂「內祖父、母」、「外祖父、母」，與英文所指之「paternal grandfather, paternal grandmother」、「maternal grandfather, maternal grandmother」相同，二者僅具血統及語言上之區分，而無法律上當然之差異。此由民法第 1094 條 1 款及第 3 款，就因該條所稱事由，而定祖父母為未成年孫子女之監護人時，從民國 20 年 5 月 5 日施行起，即不以「內、外祖父母」為區別，而係以「是否與未成年子女同居」為依歸，即可明瞭。民法第 1114 條至第 1116 條，及第 1117 條、第 1118 條所定之扶養權利與義務關係人，於一方為孫子女、他方為祖父母時，亦不區分「內、外祖父母」。祖父母依民法第 1131 條第 1 項第 1 款及第 2 項，出任親屬會議成員，若有差異，係因其是否與孫子女「同居」，而非因其為「內或外祖父母」。民法第 1138 條第 4 款規定，祖父母為孫子女之法

依憲訴法第 59 條第 1 項規定，得聲請法規範憲法審查或裁判憲法審查之人民，必須曾經「受不利確定終局裁判」。聲請人一係原因案件確定終局裁定之當事人，且其在該確定終局裁定程序之請求被駁回，故據確定終局裁定聲請法規範及裁判憲法審查，自屬合於憲訴法第 59 條第 1 項規定。

至於聲請人二，並非確定終局裁定之當事人，則其亦據該裁定聲請本件憲法訴訟，是否符合憲訴法第 59 條第 1 項規定，應先釐清。

查，在原因案件，聲請人一請求法院宣告停止聲請人二之母親對於聲請人二之親權，聲請人二之母親則反請求聲請人一交付聲請人二。因此，該原因案件乃家事事件法第 3 條第 5 項第 10 款（宣告停止親權）及第 9 款（交付子女）所稱之戊類家事事件，而此二請求，均攸關聲請人二之親權，聲請人二自屬因裁定而權利受侵害之關係人，故得依家事事件法第 74 條、第 92 條第 1 項規定，對於法院之裁定為抗告。

此項特別允許非裁判當事人得對裁判為抗告之法理，與一般民事訴訟僅著重於訴訟兩造利益，大相徑庭，具有實質維護因裁定而權利受侵害者之意旨³。該意旨在牽涉家事事件法第 74 條所稱丁類及戊類家事事件之憲法訴訟程序中，當然應予援用，始能確保未成年人得為貫徹其基本權（憲訴法第 61 條參照），而就不利自己之確定終局裁判，依憲訴法第 59 條第 1 項規定，聲請法規範及裁判憲法審查。

定繼承人，亦不區別「內或外祖父母」。

³ 家事事件法第 92 條第 1 項之立法理由為：「因家事非訟事件之本案裁定而權利受侵害之人，雖非聲請人或相對人，應許其得提起抗告，以維護其權益，例如繼承人、遺產債權人對選任遺產管理人裁定如有不服，應得抗告，爰訂定第 1 項」。此外，該條第 2 項規定：「因裁定而公益受影響時，該事件相關機關或檢察官得為抗告。」亦揭示家事事件法不同於一般民事訴訟之立法設計。

準此，聲請人二在原因案件中，雖非當事人，亦未以關係人身分聲請參與該家事事件程序（家事事件法第 77 條第 3 項參照）⁴，仍當然得以自己名義，依憲訴法第 59 條第 1 項，聲請本件之法規範及裁判憲法審查。系爭憲裁理由四所謂聲請人二「自應例外得以自己名義，據聲請人一所受不利確定終局裁判，逕向本庭聲請為法規範或裁判憲法審查」（見系爭憲裁理由四），不但殊嫌保守，更屬未能體認「未成年子女在家事事件法所受之程序保障，於憲法訴訟程序中，不得有任何減損」之誠命。

二、聲請人二在本件憲法訴訟程序以自己名義委任律師，亦屬合法
次應探討者，聲請人二在本件憲法訴訟程序，以自己名義委任律師（見憲法法庭於 111 年 9 月 5 日收受之聲請人二憲法訴訟陳報所附之兩份委任狀），是否合法？

委任律師，乃契約行為。因此，未成年人委任律師，不論有償或無償，應經法定代理人允許（事先同意）；否則，應經法定代理人承認（事後同意），始生效力（民法第 79 條）。

在本件，聲請人二迄今仍為未成年人，其原法定代理人（父親）業已過世，且原因案件之確定終局裁定，駁回聲請人一所為宣告停止聲請人二之母親親權之請求，並認定其母親得行使對於聲請人二之權利與義務。

然而，就民法之法理而言，依確定終局裁定，聲請人二應「被交付」於其母親，而聲請人二就該確定終局裁定聲請法規範及裁判憲法審查，顯見聲請人二不服該確定終局裁定，且係以其母親為本

⁴ 本件原因案件之歷審法院未依家事事件法第 77 條第 1 項規定，依職權通知聲請人二參與程序，或係因聲請人二於該歷審程序進行中，尚未滿 7 歲而無程序能力。此外，歷審法院亦未依同條第 2 項規定，依職權通知相關主管機關（例如桃園市政府主管兒少福利之該府社會局）參與程序。

件憲法訴訟之「潛在」利害相對人⁵。因此，自難期待聲請人二之母親，就聲請人二委任律師聲請本件憲法訴訟，予以允許或承認⁶。換言之，聲請人二之母親，雖經原因案件之確定終局裁定，而得行使對於聲請二之親權，但本件之特殊問題為：聲請人二與其母親之間，就本件憲法訴訟，存在利害完全相反之情形。此種情形，與民法藉由法定代理人之同意保護未成年之規範類型，完全不同。從而，在本件憲法訴訟，應透過目的性限縮方法，排除民法第 79 之適用。是聲請人二委任律師聲請本件法規範及裁判憲法審查，雖未得其母親之承認，亦屬合法。

此外，就家事事件法之法理而言，聲請人二出生於 103 年 11 月 28 日，則於 110 年同月日，即年滿 7 歲；自該日起，依家事事件法第 14 條規定，在家事事件程序，有獨立之程序能力。為貫徹未成人之基本權，得就其與法定代理人間之權利義務爭議，針對不利於己之確定終局裁判，聲請法規範或裁判憲法審查，在憲法訴訟程序上，前開家事事件法第 14 條規定，仍應予準用。是聲請人二於 111 年聲請本件憲法審查時，已具有憲法訴訟之程序能力，而聲請人二據本件確定終局裁定聲請憲法審查，與憲訴法第 59 條第 1 項規定，並無不合，業如前述。從而，聲請人二縱不委任律

⁵ 稱「潛在」，係因聲請人二之母親，形式上，並非本件憲法訴訟之當事人。其實，法院處理家事事件時，經常應依職權通知關係人參與程序。憲法法庭於處理有關家事事件之憲法訴訟時，亦然。準此，處理本件憲法訴訟時，憲法法庭未依職權通知聲請人二之母親參與程序，即作成系爭憲裁，嚴格而言，不無瑕疵。但就此瑕疵，或許得以「結論上，本件聲請既然未經受理，聲請人二母親之基本權，自未受有侵害，則過程中，未通知其參與本件程序，即屬無礙」而交代之。

⁶ 就此而言，系爭憲裁理由四稱：「如聲請人二聲請憲法訴訟，仍應一律由其法定代理人為之，聲請人二之相關權利即難獲得有效之保障」，尚可贊同，惟該理由，係僅針對聲請人二得以自己名義聲請本件憲法訴訟，所為之論述而提。至於聲請人二得否在本件憲法訴訟自行委任律師，系爭憲裁並無隻字片語。但系爭憲裁將聲請人二委任之楊律師及趙律師列為聲請人一、二之「共同訴訟代理人」，可見系爭憲裁並未否定兩位律師代理聲請人二之權限，故可推論系爭憲裁亦肯認，聲請人二無須經其母親同意，即得授與兩位律師訴訟代理權。

師，原得自行從事憲法訴訟之程序行為，則其為更有效伸張在憲法訴訟程序所得主張之權利，遂委任律師代為程序行為（提出書狀、到場陳述意見等），自無不可。反之，若將聲請人二得否委任律師代為憲法訴訟之程序行為，繫於其母親是否同意聲請人二委任律師，無異根本掏空家事事件法第 14 條之立法目的，自不可採。

當然，為更符合家事事件法之法理，憲法法庭應準用家事事件法第 15 條第 1 項第 3 款所定「為保護有程序能力人之利益認有必要」，依職權為聲請人二選任程序監理人，以代理其進行憲法訴訟。

貳、實體部分

一、聲請意旨

聲請人一、二之聲請意旨為⁷：（一）關於裁判憲法審查部分，原因案件之法院，於事實審程序，未給予聲請人二直接表達意願或陳述意見之機會；且其所為裁定，未依慣居地原則及繼續性原則，侵害聲請人二受憲法保障之第 15 條、第 16 條、第 21 條分別保障之生存權、聽審請求權、受教育權，及憲法第 22 條所保障之人格權，應受違憲之宣告。（二）關於法規範憲法審查部分，家事事件法第 108 條，未賦予未成年子女直接向法院表達意願或陳述意見之權利，應予違憲宣告並限期修正（見系爭憲裁理由一）。

二、審查基準

按憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決業已指明：「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

⁷ 聲請人一、二，於本件憲法訴訟，就確定終局裁定命聲請人一交付聲請人二於其母親部分，併聲請暫時處分。惟系爭憲裁以本件法規範及憲法裁判審查之聲請，既不予受理，該暫時處分之聲請，即失所依附，遂予駁回。

願，使其於相關程序陳述意見，並據為審酌判斷該未成年子女最佳利益之極重要因素。」(見該判決第 38 段)、「繼續性原則及兒童意願已為定跨國父母交付未成年子女事件，國際公約所共認應特別考慮之原則。」(見該判決第 41 段)、「法院所為裁定，關於尊重未成年子女意願及繼續性原則，有應審酌而未審酌之情形者，即為牴觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨。」(該判決第 43 段至第 47 段參照)。

準此，判斷本件憲法訴訟之聲請應否受理，除應依憲訴法第 61 條第 1 項，審查本件聲請是否具憲法重要性，或為貫徹聲請人一、二基本權所必要外，其另應特別注意者為：關於(一)聲請裁判憲法審查部分，應探究確定終局裁定及其前審裁定，為何未使聲請人二陳述意見？原因案件歷審裁定之內容，是否未依慣居地原則、繼續性原則，致有違憲之虞？關於(二)聲請法規範部分，應檢視家事事件法第 68 條，是否侵害未成年子女有於影響其權利之家事事件上，直接向法官表達意願或陳述意見之憲法上權利？⁸

三、系爭憲裁審查情形

系爭憲裁之多數意見決議不受理本件聲請，其理由要旨略為(參看系爭憲裁理由五(二))：

1. 於現行民法親屬編架構下，民法第 1089 條第 1 項(後段)明定，父母之一方不能行使對於未成年子女之權利時，由他方行使之。

⁸ 按原因案件第一審程序開始時(108年)，聲請人二(103年11月生)，已經將近滿5歲。第一、二審裁定作成時(109年12月31日、110年11月24日)，更分別已滿6歲及將近7歲。但因原因案件之歷審法院，就聲請人二之陳述意見，誤解為僅具證詞效力，遂未通知其陳述意見。據此，已足見確定終局裁定顯有違反子女最佳利益情事，本件聲請自應受理。從而，確定終局裁定是否因違反慣居地原則、繼續性原則而亦屬違憲，及家事事件法第 68 條是否違憲，已對本件聲請應予受理，不再具影響力。

2. 依民法第 1090 條、兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項等規定，請求法院宣告停止父母親權之全部或一部，以父母之一有濫用其對於未成年子女之權利，或行使負擔權利義務之一方有未盡保護教養之義務，或對未成年人有不利之情事為限。而聲請人一在本件原因案件，未能證明聲請人二之母親有疏於保護、照顧情節嚴重或不利於聲請人二之情事，法院亦查無聲請人二之母親有何不適任親權人之情形，致聲請人一之請求被駁回。
3. 聲請人一主張該母親濫用對於聲請人二之權利，或疏於保護、照顧，且情節嚴重之事實，均發生於聲請人二之襁褓時期，故不能以法院未令聲請人二就有無該事實陳述意見，而指摘法院程序指揮之法律見解有何牴觸憲法之處。

四、本席意見

(一) 系爭憲裁就聲請標的關於交付子女部分，漏未裁判

本件原因案件歷審裁定，不僅就聲請人所為宣告停止聲請人二母親之親權（下稱停止親權部分），予以駁回，而且另依該母親之反請求，命聲請人一交付聲請人二（下稱交付子女部分）。

就上開二部分，聲請人一及二均請求法規範及裁判憲法審查。是交付子女部分，亦為本件憲法訴訟之標的，憲法法庭應予審查。就此，111 年憲判字第 8 號判決所指：「法院為交付子女之暫時處分裁定前，應使未成年子女有陳述意見之機會。」（該判決理由第 54 段），得為完善之審查基準。

查，本件原因案件歷審程序中，法院既未為聲請人二選任程序監理人，亦未使其有陳述意見之機會。

就此而言，確定終局裁定關於交付子女部分，不符 111 年憲

判字第 8 號判決要求，而有該判決所稱牴觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴意旨之嫌。聲請人一、二據以聲請裁判憲法審查，洵有理由，應予受理。

詎料，系爭憲裁僅在論述停止親權部分，認為原因案件歷審法院雖未使聲請人二陳述意見，但不影響聲請人一不能證明聲請人二之母親有濫用親權，或疏於保護照顧且情節嚴重之事實，故難謂法院之程序指揮相關法律見解有何牴觸憲法（系爭憲裁理由五（二）參照）。

明顯可見，關於交付子女部分，就聲請人一、二所提「確定終局裁定因未使聲請人二陳述意見而違憲」之指摘，系爭憲裁完全置之不問，顯屬裁判脫漏。

（二）系爭憲裁誤解並踐踏「家事事件中應使未成年子女陳述意見，以尊重其意願」之憲法重要性；但針對 111 年憲判字第 8 號判決，系爭憲裁並未持不同見解

家事事件中，法院所為未成年子女親權之裁定，攸關未成年子女人格權，甚至關係其人性尊嚴；在法院裁定交付未成年子女之情形，尤然。

有鑑於此，111 年憲判字第 8 號判決再三強調，家事事件中，應使未成年子女陳述意見，以尊重其意願，俾保障未成年子女之人格權及人性尊嚴。

強調「尊重其意願」，係因未成年子女得藉由陳述意見，而就「應由何人（父母之一方、其他親屬、社會福利機關等）取得親權」、「未取得親權之父或母，得為如何之探視（包含探視時間、地點、方式等）」，及「其他關係未成年子女未來人格發展之重要事項」，表示其意見，俾法官得在「子女最佳利益」原則下，定最妥

適之親權具體內容。就此而言，未成年子女得藉由陳述意見，共同決定攸關其自身之權利義務及未來之生活與發展。

豈料，系爭憲裁竟將「使未成年子女陳述意見」，直接貶抑為「認定事實之證詞」。系爭憲裁並因而僅於審查確定終局裁定關於停止親權部分，應否受理本件裁判憲法聲請時，以「聲請人二不能證明聲請人一主張聲請人二之母親有濫用親權，是否屬實」為由，而認原因案件歷審法院雖未使其陳述意見，仍不得據以指摘確定終局裁定有何牴觸憲法。

「家事事件中，應使未成年子女陳述意見」之憲法重要性，竟遭系爭憲裁嚴重誤解及無情踐踏至此程度，本席實感無奈。

話雖如此，系爭憲裁以併予指明方式，指出：「本件聲請之原因案件，係祖母與母親間之停止親權爭議，……其與本庭 111 年憲判字第 8 號判決係關於因父母之間就未成年子女所生親權爭議之案情有所不同。是本件裁定之見解，與上開 111 年憲判字第 8 號判決之見解並無扞格之處。」（見系爭憲裁理由五（三））。

由是可知，姑不論系爭憲裁所謂本件聲請原因案件之案情，不同於 111 年憲判字第 8 號判決，是否正確⁹；其應再三提醒者為：「系爭憲裁對於 111 年憲判字第 8 號判決，並未持不同看法。」

（三）系爭憲裁完全忽視，民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條亦應接受憲法審查

系爭憲裁另應受詬病者，在於其直接適用民法第 1089 條第 1

⁹ 關於未成年子女親權之爭議，在「子女最佳利益」原則下，不因其爭議係存在於「父、母之間」（111 年憲判字第 8 號判決），或「祖母與母親之間」（系爭憲裁），甚或「養父母與親生父母間」、「血親與姻親間」、「親戚與非親戚間」等，而當然應為不同處理。蓋對個案之未成年子女而言，均涉及「因親權人變更，而衍生迄今生活之轉變及未知將來之降臨」。因此，法官皆應使未成年子女有陳述意見之機會，並親自聽取，始得妥適定其親權之歸屬。就此而言，系爭憲裁在本件所為之「案例區別」，亦有錯誤。

項及第 1090 條規定，即逕行不受理本件聲請。換言之，系爭憲裁係適用民法，而非適用憲法，而為不受理之裁定。

從前述系爭憲裁審查情形之 1、2(參見系爭憲裁理由五(二))，並對照原因案件歷審裁定，顯然可見，系爭憲裁於單純援引該歷審裁定據以駁回聲請人一在原因案件聲請之理由後，隨即以本件聲請未指摘確定終局裁定有何牴觸憲法為詞，而不予受理。

此由系爭憲裁先堅稱：「且依系爭裁定二¹⁰所認，聲請人二與聲請人一同住，由聲請人一及其夫共同照顧，彼此感情緊密，但仍無礙原相對人¹¹於聲請人二之父親死亡後，成為聲請人二唯一親權人之事實；縱然聲請人二受聲請人一照顧情形良好，但聲請人一為聲請人二之祖母，並非母親，依現行民法親屬編規定，無優先於原相對人行使親權之依據」(系爭憲裁理由五(二))；又重申「在我國現行法制下，父親無法行使親權時，母親係唯一親權人，祖母尚無主張親權之餘地」(系爭憲裁理由五(三))，即可得知。

判斷本件憲法訴訟應否受理，當然應具備所謂之憲法高度。系爭憲裁，卻單純著墨於民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條之解釋，而完全漠視憲法之要求。

亦即，聲請人一、二既然具體指摘確定終局裁定之前審裁定(臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定)依民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條定本案之親權，有違憲疑義，憲法法庭即應檢視該二條文是否符合未成年子女之最佳利益，及有無侵害祖父母對於未成年孫子女之親權，而非自我拘泥於此二條文之當然解釋。否則，即難謂無負釋憲者之職責。

按，民法親屬編就父母對於未成年子女之權利、義務，於 20

¹⁰ 即原因案件之臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定。

¹¹ 即聲請人二之母親。

年 5 月 5 日甫施行時，以第 1089 條規定：「除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之；父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之；父母之一方不能行使權利時，由他方行使之；父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。」

前述規定中段（父權優先條款），明定父親享有優先於母親之親權，理由顯然在於傳統「父權思想」及「男（父）尊女（母）卑」。此項立法思維，在兩性平等觀念興起後，當然被揚棄。司法院大法官於 83 年 9 月 23 日作成釋字第 365 號解釋，宣告前開規定不符憲法第 7 條性別平等及憲法增修條文第 9 條第 5 項消除性別歧視之意旨。立法院並依前開解釋要求，於 85 年 9 月 6 日，將本條修正為「（第 1 項）對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。（第 2 項）父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時，得請求法院依子女之最佳利益酌定之。（第 3 項）法院為前項裁判前，應聽取未成年子女、主管機關或社會福利機構之意見。」

應併注意者，立法院 85 年 9 月 6 日通過之民法親屬編條文，同時增訂第 1055 條之 1 及第 1055 條之 2，明定法院因夫妻離婚而定對於未成年子女權利義務之行使相關事項時，應依「子女最佳利益」原則。

111 年憲判字第 8 號判決之指導思想，亦為「子女之最佳利益」。

由是足見，關於未成年子女之親權，與依隨社會變遷而產生之跨國婚姻頻繁、隔代教養遽增、同性婚姻合法、少子世紀來臨等，具有高度關連性，一般法院法官於適用相關法規時，應保持開放思想。釋憲者更不得拘泥窠臼，於有爭議時，應基於「子女最佳利益」

原則，審查現行相關法規有無因時代改變、觀念演進，而有侵害憲法保障之基本權情事。父母之一方不能行使對於未成年子女之權利時，不問具體情事，毫無條件移由他方父母行使，不無可能違反子女最佳利益原則，從而侵害未成年子女受憲法保障之人格權、人性尊嚴等基本權。

準此，民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條，及適用該二規定所為之確定終局裁判，並非絕對不生憲法疑義而得根本豁免憲法審查¹²。加拿大最高法院於 2022 年 6 月 3 日之裁定中強調，「身為生父或生母，並非決定未成年子女親權爭議之關鍵因素」(Being a birth parent is not a tiebreaker in a custody dispute)，遂在父親與外祖母間關於未成年子女之親權爭議案件，裁定外祖母為親權人¹³。

系爭憲裁卻機械式地適用前述民法二規定，且視之為金科玉律、不容挑戰，遂逕行呼應確定終局裁定，而完全忽視該二規定，及適用該二法規範之確定終局裁判，皆應接受憲法審查。就此而論，系爭憲裁，毫無憲法高度。對照釋字第 365 號解釋所顯示之開放及進步，系爭憲裁，能不汗顏？

參、結論

關於定未成年子女親權及交付子女之憲法訴訟，憲法法庭作成 111 年憲判字第 8 號判決，乃 111 年 1 月 4 日開始施行之憲訴法引進德國裁判憲法審查制度後，第一件裁判憲法審查判決。該判決以詳盡理由，確認「維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成

¹² 就此，許宗力大法官及黃瑞明大法官對系爭憲裁提出之不同意見書，論述甚詳，可資贊同。

¹³ <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-supreme-court-canada-child-custody-ruling/>。最後瀏覽日：2023 年 2 月 10 日。該裁定耙梳加拿大各級法院就爭議問題之歷來裁判，十分值得細讀、品嚐。

年子女人格權及人性尊嚴之重要內涵」、「尊重未成年子女之意願，係保障未成年子女最佳利益之重要原則」、「有關未成年子女之家事非訟程序，均應使未成年子女有陳述意見之機會」，闡述子女最佳利益原則，並從憲法角度保障「未成年子女陳述意見」之權利，意義深遠。將該判決比擬為臺灣憲法法庭所為之 Marbury 裁判，實屬正當。

系爭憲裁，並未否定 111 年憲判字第 8 號判決所持見解，卻就同屬定未成年子女親權及交付子女之憲法訴訟，僅重複確定終局裁定要旨，即不予受理。

以「主文殘酷、理由冷漠」形容系爭憲裁，要不為過！

憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定不同意見書

呂太郎大法官提出
許志雄大法官加入
詹森林大法官加入
謝銘洋大法官加入

本席認為本件應有受理價值，簡述理由如下：

一、未成年子女不是父母可隨時打包帶走的行李

人的權利能力始於出生，終於死亡，雖然規定於民法（民法第 6 條規定參照），但這樣的規定，目的在嚴正宣告：「人生而獨立，任何人都不屬於其他人」的法律原則，因此雖然是民法的規定，但已成為現代法治國家最重要的法律原則之一。這樣的法律原則，即便在父母與未成年子女之間依然適用，子女一旦出生，即有權利能力而有獨立人格，既不從屬於父母，更不是父母可隨時打包帶走的行李。

二、本庭 111 年憲判字第 8 號判決的效力射程，尚不能完全涵蓋本件原因案件

於親子非訟程序，應使未成年子女有陳述意見的機會，是未成年子女受憲法所保障的權利，固然經本庭 111 年憲判字第 8 號判決闡述明確。但本件聲請的原因案件，是有關停止親權、選定監護人及交付未成年子女事件，與 111 年憲判字第 8 號判決的原因案件，為法院於酌定父母親權時所為命交付子女的暫時處分事件，並不完全相同。何況本件原因案件，除有關未成年子女陳述意見的保障外，尚有未成年子女請求法院選任程序監理人以保護其利益，是否為憲法要求的問題，尚非本庭

111 年憲判字第 8 號判決所能完全涵蓋，有另為憲法判決以進一步闡述的必要性。

三、親子非訟事件，未成年子女為實質當事人，有參與程序的權利

憲法第 16 條規定保障人民訴訟權的最基礎內涵不外乎：「人民未參與訴訟者，不受裁判效力的拘束，人民應受裁判效力拘束者，應有參與訴訟的權利。」憲法雖使用「訴訟」一詞，但不以訴訟程序為限，一切法庭程序，都包括在內。關於親子非訟事件，不論是酌定父母親權行使或停止親權、監護人的選任、變更或停止監護權、交付子女、扶養或終止扶養等，未成年子女都是法院裁判結果的承受者，依前述憲法保障人民訴訟權的內涵，當然應該使其有參與程序的機會，於未成年子女有陳述意見的能力及意願，而且客觀上陳述意見為可能時，應使其有向法院陳述意見的機會。即使是現行家事事件法，也是基於前述憲法的要求，將親子非訟程序中的未成年子女，等同實質當事人看待，因而規定未成年子女應以關係人的身分受聲請書狀的送達（家事事件法第 76 條、第 75 條第 3 項第 2 款及第 3 款規定參照）、受法院通知參與程序或聲請參與程序（家事事件法第 77 條第 1 項第 2 款、第 3 項規定參照）、於程序中表達意願或為陳述（家事事件法第 108 條規定參照）及對法院的裁定不服時，得為抗告（家事事件法第 92 條規定參照）。

對照少年保護事件程序，被害人既非程序當事人，更非承受程序結果的人，但司法院釋字第 805 號解釋，仍認為被害人於少年保護事件陳述，是被害人受憲法所保障的權利（本席針對該解釋是持不同意見），怎會於親子非訟程序中，就為實質當事人且承受法院裁定結果的未成年子女，却認為憲法並不保

障其陳述意見的權利？其間反差之大，豈可以道里計？

四、憲法是保障未成年子女有陳述意見的權利，而不是課其有陳述事實的義務

（一）民事程序當事人所為意見陳述，有截然不同的二種性質。其一，為本於程序主體地位，受憲法保障程序權所具體化的各種意見陳述；其二，為健全審判制度的運作，由法律課予協助法院發現真實的義務。這二種意見陳述，在憲法上的地位完全不同，在討論是否受憲法保障的層次上，必須有明確分辨。在親子非訟事件未成年子女為實質當事人，因此，前述類型的分辨，一樣適用於未成年子女於親子非訟程序所表達的意見。再申述如下：

1. 首先，當事人本於程序主體地位所為的意見陳述，是為建構法院據以裁判的訴訟法律關係，所為的程序行為。程序法中規定當事人可以做的或應該作的行為。例如管轄合意、仲裁契約、訴訟委任、選定當事人、本案聲明（如訴之聲明、追加、減縮、反訴、上訴、抗告聲明等）、捨棄、認諾、撤回、和解、調解、非本案聲明（如證據聲明及程序違法的異議）、聲請、通知、事實上或法律上的主張、提出攻擊或防禦方法、言詞辯論等等，除了後述以類似證人地位所為的陳述外，都包含在內。

2. 其次，為了協助法院發現真實，法律乃規定當事人也有將其所知悉的事實，向法院陳述以作為法院認定事實的證據，也就是居於類似證人的地位，陳述一定事實。

3. 上開兩種陳述，在憲法上的保障上，顯然不同。前者，是憲法保障人民的訴訟權的具體化，例如基於處分權主義，未經當事人以起訴或上訴聲明的事項，法院不得審判；基於辯論主義，未經當事人陳述的事實，法院不得據為裁判依據，當事

人雙方不爭執的事實（如自認），法院應受拘束，不得進行證據調查；未經合法通知當事人到場，法院不得為一造辯論判決。當事人基於當事人地位所為陳述或不陳述，原則上僅作為全辯論意旨的一環加以斟酌；後者，為使法院發現事實真相，法律所課予當事人協力的義務，情況類似第三人有作證的義務，是基於司法權運作的必要以法律課予人民的義務。但為避免過度影響當事人基於程序主體的陳述權，所以必須由法院認有必要時，才依職權發動，並依當事人訊問的程序進行（民事訴訟法第 367 條之 1 以下規定參照）。依照當事人訊問的程序所為陳述，是證據方法之一，以當事人的陳述充當證據，當事人具結而為虛偽陳述足以影響裁判結果者，法院得科以罰鍰，相關訊問程序亦多準用證人程序。因此，如果依據其他證據，待證事實已明確者，法院即無訊問當事人必要，就如同此種情形下，法院不必就當事人聲請訊問的證人為訊問一樣（民事訴訟法第 286 條規定參照）。

（二）在採辯論主義的事件，當事人依當事人訊問程序所為的陳述，僅為證據資料，仍然須經當事人（包含他造當事人）本於程序主體地位予以援用或表示意見，始能成為訴訟資料而作為法院認定事實的依據。即便原因案件是職權探知事件，所有證據資料，仍應使當事人有陳述意見的機會。換言之，當事人基於程序主體地位所為陳述，具有引導、甚至拘束法院審理方向的效力，此一陳述，其內涵當然可以包含請求法院調查證據的聲明、對證據調查必要性與真實性的意見等，法院於依調查證據結果，判斷待證事實真偽（包含對他造為當事人訊問）前，必須先經當事人本於程序主體地位，就該證據調查有關程序及結果表示意見，若以事實已明確為由，拒絕當事人本於程序主體為陳述，該程序即違法。

(三) 法律規定在親子非訟事件，應使未成年子女有陳述意見的機會，是在貫徹憲法保障未成年子女程序主體權及人格尊嚴，屬於第一類型的陳述，而非以未成年子女的陳述作為證據。換言之，於親子關係的非訟事件，未成年子女為實質的當事人，保障其有陳述意見的機會，是保障其基於當事人地位的陳述機會，而非課予未成年子女有陳述意見的義務，並以其陳述供法院據為認定事實的證據方法。故不能以事實已經明確，認為沒有使未成年子女陳述意見的必要，就如同一般民事訴訟事件，法院不能以事實已明確，即禁止當事人於言詞辯論到場陳述一樣，否則就完全混淆了前述二種不同的陳述性質，並剝奪了當事人受憲法保障的訴訟權。

未成年子女所受陳述意見權的保障，即使在判斷因父母是否濫用親權或未盡保護教養義務等（民法第 1090 條、兒童及少年福利與權益保障法第 71 條規定參照）停止親權聲請案，也無不同。此時未成年子女的意見，可以包括針對法院所調查的證據（包含證人之證言、物證或其他證據），表示贊成、反對的態度，甚至請求法院調查其他證據或其對父母一方的行為的感受（是否已達濫用親權）的意見等。這些意見都不是以未成年子女的陳述，作為判斷事實的證據，而具有指引、建議法院如何進行證據調查或認定事實的意見，是在法院判斷有無濫用親權之前所應進行的程序，除非未成年子女客觀上不能陳述或不願意陳述，否則必須經過這一個程序，法院才能進一步判斷有無濫用親權的事實。若將未成年子女的陳述，定位為與事實認定有關，實已誤解憲法保障未成年子女意見陳述權之意旨。

五、就原因案件停止親權、選任監護人的聲請及交付子女

的反聲請，均直接影響聲請人二的利益

原因案件有停止親權、選任監護人的聲請事件及交付子女的反聲請事件，基於家事事件應統合解決的基本原則（家事事件法第 1 條規定參照），法院於審理停止親權聲請的同時，也必須同時就選任監護人的聲請案及交付子女的反聲請案一併聽取當事人及未成年子女的意見。因為一旦法院認為相對人有停止親權的事由時，即必須為停止親權並選任監護人的裁定。反之，如法院認為相對人並無停止親權的事由，即必須就聲請人一是否應交付聲請人二予相對人的反聲請為裁定。法院不能等到停止親權的聲請有無理由確定後才就選任監護人的聲請案或交付子女的反聲請進行審理，否則即違反家事紛爭統合解決的立法意旨。因此，本件原因案件的審理，必須使未成年子女即聲請人二，同時就停止親權、選任監護人及交付子女的聲請及反聲請，均有陳述意見的機會，自屬當然。本裁定多數意見認為停止親權部分，聲請人二無利害關係之見解，尚難贊同。

六、未成年子女即使未參與原因案件的程序，也不妨礙其憲法 審查聲請權

（一）按未成年子女的最佳利益，是未成年子女受憲法保障的權利。因此，於親子非訟程序，固然應該讓未成年子女有參與程序及陳述意見的機會，但並非謂未成年子女有參與程序或陳述意見的義務，法院不得以未成年子女未參與程序或未於程序中陳述意見，即為不利於未成年子女的裁定。縱使未成年子女未參與程序且未於程序中陳述意見，仍得於裁判後，視裁判結果是否符合其最佳利益，決定是否提出抗告（家事事件法第 92 條規定參照）。因為未成年子女可能隨著年齡增長，無法

自始即參與非訟程序，但不能因此剝奪其對不利的裁定提出不服的權利。另一方面，強制要求未成年子女於非訟程序即必須參與，亦形同強制將未成年子女自始捲入父母間的紛爭，對未成年子女而言並非有利。因此，與其強制未成年子女自始即須參與程序，不如賦予其得依裁定結果，再決定接受該裁定或對之不服而提起抗告的機會。基於同一法理，縱使未成年子女未參與原因案件的程序，仍不能排除於原因案件終結後，得針對該原因案件的裁定及所適用的法規，聲請憲法審查。

(二)本裁定多數見解肯定未成年子女縱未參與本聲請案的原因案件，但仍可以對原因案件的終局裁定即最高法院111年度台簡抗字第60號民事裁定(系爭裁定三)聲請憲法審查，此一結論固值贊同。然本裁定多數意見認為未成年子女聲請憲法審查，原則上仍由其法定代理人為之，但因本聲請案的原因案件，涉及聲請宣告停止其親權，如仍應一律由其法定代理人為之，聲請人二相關權利即難獲得有效保障，於此特殊情形，准許該未成年子女即聲請人二得以自己名義聲請憲法審查。本席針對此一見解，則難贊同。

蓋本於未成年人具有獨立的人格，關於其自身身分及人身自由事項，應尊重其獨立自主的意思的法律原則，除法律另有規定外，未成年人就其身分及人身自由事件，只須能獨立以法律行為負義務或滿7歲或有意思能力，即有程序能力(家事事件法第14條規定參照)，可以該未成年人自己名義進行家事事件程序，無須法定代理人代理之。只有在未成年人無程序能力，且其法定代理人得行使代理權又無利益衝突之虞的例外情形下，始由其法定代理人代理。換言之，若未成年人無程序能力，但其法定代理人不能行使代理權或行使有困難，或有利益衝突之虞時，即應選任程序監理人為未成年人的利益，為一切

程序行為，不由其法定代理人代理（家事事件法第 15 條規定參照）。因此，與有關未成年人身分或人身自由事件，原則上是由該未成年人或程序監理人為之，而非其法定代理人。

要言之，與未成年子女身分與人身自由有關的家事事件，法律保障未成年子女有其獨立自主的決定權，因此其對於家事事件所表達的意見，可以與聲請人或相對人任何一方相同或不同，也可以表達與聲請人及相對人雙方均不同的意見。所以由未成年子女以自己名義進行程序是原則，由未成年人的法定代理人代理為程序行為，才是例外。

上述應由未成年子女以自己名義進行家事事件程序的原則，在家事事件程序終結後，就該程序的確定終局裁定聲請憲法審查時，亦應維持，如此方能貫徹憲法保障未成年子女人格獨立的意旨。

七、本件有值得受理的憲法重要性

具憲法重要性是人民聲請憲法審查的受理要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照），所謂憲法重要性，指個案所涉的憲法問題，有予以澄清的必要，或個案所涉及的憲法問題，有超越個案的普遍性而言。本件聲請人一於法院審理中一再請求法院應聽取未成年子女的意見並為其選任程序監理人，但法院均認為無必要，聲請人一並據以為向最高法院再抗告的理由，而系爭裁定三，認為聲請人一之抗告理由，僅為原審證據取捨及認定事實的問題，非適用法令有錯誤，不能作為再抗告第三審的理由。可知系爭裁定三是將未成年子女的陳述，定位為證據方法，以其陳述內容作為認定事實的證據。然而，這樣的見解，與最高法院向來所持的見解，凡原審未使子女有陳述意見的機會者，即將原審裁定廢棄（例如最高法院 102 年度台簡抗

字第 123 號、104 年度台簡抗字第 191 號及 110 年度台簡抗字第 31 號等民事裁定)，重點在未成年子女陳述意見機會的保障，而不在未成年子女的陳述，其證據價值如何，有所不同。因此，本件有透過憲法法庭的判決予以釐清的必要性，而具有憲法重要性。

八、本件聲請為貫徹聲請人基本權利所必要

按聲請是為貫徹聲請人基本權利所必要，為憲法審查的受理要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照）。

就聲請人一而言，法律既允許其得為原因案件中聲請停止親權及選任監護人的聲請人，以及交付子女的反聲請的相對人，參與聲請及反聲請程序並承受裁定的結果，其於該程序中應有的程序保障，自然是憲法第 16 條規定所保障訴訟權的內涵。聲請人一既主張於原因案件的程序中，未受充分的程序保障，即為不利的裁定，若能經憲法裁判審查而獲得有利判決並將系爭裁定三廢棄，其受憲法保障的訴訟權，即能貫徹。從而應認為聲請人一聲請本件裁判憲法審查，是為貫徹其基本權利所必要，而應予受理。

就聲請人二而言，原因案件審理的結果，攸關其實際生活環境是否將發生重大改變，與其利益有直接關係。原因案件審理的結果，如是違反聲請人二的意願，聲請人二本得依法聲請不服（家事事件法第 92 條第 1 項規定參照）。因此，對於違反其意願的系爭裁定三，聲請裁判憲法審查，應認為是貫徹其基本權利所必要。申言之，在選任監護人的聲請及交付子女的反聲請部分，審理結果可能改變聲請人二的監護人或生活環境，對聲請人二的利益有重大影響，本不待言，即使於停止親權的聲請，如聲請有理由，法院即須選任監護人，聲請人二即面臨

監護人的改變；如停止親權的聲請無理由，則相對人交付子女的反聲請，可能即有理由，如此，聲請人二即須離開其現在生活地，隨其母親到中國大陸生活。因此無論是停止親權、選任監護人的聲請，或交付子女的反聲請，對於聲請人二而言，都有重大影響，基於聲請人二為實質當事人，應尊重其為程序主體及人格尊嚴的憲法要求，自應使其於原因案件的程序，有參與程序及陳述意見的機會。然系爭裁定三維持下級審見解，認為無使聲請人二為陳述意見必要，而為其不利的裁定，已然侵害其受憲法所保障之訴訟權及人格尊嚴，僅能經由裁判憲法審查，將系爭裁定三廢棄，始能貫徹其受憲法保障的基本權利。是聲請人二為本件憲法審查的聲請，確為貫徹聲請人二基本權利所必要，應予受理。