

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。