

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事件應謀求未成年子女最佳利益之本質（家事事事件法第 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家事事事件法第 1 條規定：「為妥適、迅速、統合處理家事事事件，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之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。