



發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 712 號

解釋日期：民國 102 年 10 月 04 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1665 期 1 版

司法院公報 第 55 卷 12 期 1-63 頁

司法院大法官解釋（三十一）（103 年 7 月版）第 189-282 頁

法令月刊 第 64 卷 12 期 159-160 頁

相關法條：中華民國憲法 第 5、7、22、23、27、63、73、174 條

中華民國憲法增修條文 第 11 條

行政程序法 第 7、44、110、111、113、114、116 條

憲法訴訟法 第 5、8、13 條

民法 第 1073、1074、1079、1079-1、1079-2、1122 條

民事訴訟法 第 444、481、495-1 條

非訟事件法 第 21、45、46、115 條

國籍法 第 10 條

藥師法 第 11 條

臺灣地區與大陸地區人民關係條例 第 10、10-1、16、17、21、65、95-3 條

大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法 第 34 條

兒童及少年福利與權益保障法 第 18 條

家事事件法 第 106 條

解 釋 文： 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第一款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。」其中有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可部分，與憲法第二十二條保障收養自由之意旨及第二十三條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

理 由 書： 基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（本院釋字第六八九號解釋參照）。婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第三六二號、第五五二號、第五五四號及第六九六號解釋參照）。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。而收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的



之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是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，應受憲法第二十二條所保障。

憲法增修條文前言明揭：「為因應國家統一前之需要，依照憲法第二十七條第一項第三款及第一百七十四條第一款之規定，增修本憲法條文如左：……。」憲法增修條文第十一條亦明定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」而臺灣地區與大陸地區人民關係條例即為規範國家統一前，臺灣地區與大陸地區間人民權利義務及其他事務所制定之特別立法（本院釋字第六一八號、第七一〇號解釋參照）。該條例第六十五條第一款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。」（下稱系爭規定）是在兩岸分治之現況下，就臺灣地區人民已有子女或養子女而欲收養大陸地區人民者，明定法院應不予認可，對臺灣地區人民收養大陸地區人民之自由有所限制。

鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重（本院釋字第六一八號解釋參照）。惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

立法者鑑於臺灣與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許臺灣地區人民依民法相關規定收養大陸地區人民，而無其他限制，將造成大陸地區人民大量來臺，而使臺灣地區人口比例失衡，嚴重影響臺灣地區人口發展及社會安全，乃制定系爭規定，以確保臺灣地區安全及社會安定（立法院公報第八十一卷第五十一期（上）第一五二頁參照），核屬維護重要之公共利益，目的洵屬正當。系爭規定就已有子女或養子女之臺灣地區人民收養大陸地區人民時，明定法院應不予認可，使大陸地區人民不致因被臺灣地區人民收養而大量進入臺灣地區，亦有助於前揭立法目的之達成。

惟臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，將有助於其婚姻幸福、家庭和諧及其與被收養人之身心發展與人格之形塑，系爭規定並未就此種情形排除法院應不予認可之適用，實與憲法強調人民婚姻與家庭應受制度性保障，及維護人性尊嚴與人格自由發展之意旨不符。就此而言，系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當，與憲法第二十三條比例原則不符，而牴觸憲法第二十二條保障人民收養子女自由之意旨。於此範圍內



，系爭規定與本解釋意旨不符部分，應自本解釋公布之日起失其效力。

為減少干預人民收養子女之自由，相關機關對臺灣地區人民收養大陸地區人民之其他相關規定，仍應考量兩岸政治、經濟及社會因素之變遷，適時檢討修正，併此指明。

大法官會議主席 大法官 賴浩敏  
大法官 蘇永欽  
林錫堯  
池啟明  
蔡清遊  
黃茂榮  
陳 敏  
葉百修  
陳春生  
陳新民  
陳碧玉  
黃璽君  
羅昌發  
湯德宗

#### 協同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋認定臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸條例）第六十五條有關收養限制的規定，其第一款未將臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女的情形排除，與憲法第二十二條保障收養自由的意旨及第二十三條比例原則不符，應立即失效。就結果而言，本席並無異議，但相關基本權的論述實在有欠周延，簡單補充意見如後。

#### 一、護佑人格自由發展的家庭權

本件解釋最重要的問題，就是應從何種基本權切入，作為審查有關收養限制規定的憲法基礎。在窮盡列舉的基本權都找不到適當者後，當然還可以憲法第二十二條的概括規定為基礎，思考有沒有什麼人民排除國家干預的法律地位，不僅社會對其普遍存在正當的共識，而且和列舉的自由權利一樣有其跨越時代、從而可以穩妥控制多數決的基本性，而和既有的基本權共同形成更完整的價值秩序。不論從本院歷來解釋背後的思維，或國際人權公約發展的趨勢來看，家庭權都會是比較適當的選擇。

人類社會從來就是家族群居的社會，在我國傳統法制，家庭更是高度制度化

的組織，但此一傳統法制下的家庭，還完全沒有實現個人人格發展的理念，個人的存在和努力反而都是為了傳宗接代，乃至光宗耀祖。本院從釋字第二四二號解釋以來所談到的家庭，則已經反映了我國家庭制度在上個世紀所經歷的社會變遷，是一種以個人為本的家庭，就此本件解釋在理由書中首次對家庭所做的闡釋也很清楚的點出：「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。」只是這樣的描述顯然略過了家庭在社會學考察上的重大改變，如果和工業化較早的西方社會放在一起而以兩個世紀來觀照，個人和家庭主客倒置，表現出來的另外一面，是這個初級團體的結構調整，其主軸從大家庭轉向核心家庭，而這又只是家庭高度去功能化的自然結果。家庭不再是和公權力銜接，在國家之下唯一具有諸多社會功能的次體系（「同心圓」），基本上學校取代了它的文化傳承功能，企業取代了它的經濟營生功能，國家取代了它的供養福利功能，甚至慰藉心靈的功能，也大部分被社團、媒體、網路給取代了。功能的轉變隨著組織的調整而生——從 Gemeinschaft 到 Gesellschaft（Ferdinand Tonnies），人們實際上是通過各種組織的防衛傘來對抗國家的不當干預，並通過組織的內部運作來壯大自我。因此家庭仍然和其他的社會組織一樣有這樣的基本功能，但正確的說，去功能化後家庭已經變成人類最私密的組織，不同於這些以平等個體為基礎，具有高度功能、目的性的組織，家庭為生活整體的結合，除了基於自由意志的進入退出，其組成更建立於生育血緣之上；其成員間的互動，除以自由人格為前提外，更多時候正是為形塑成熟的人格、為走出社會面對競爭而準備。這種全人、私密、初始、養成的組織，反而是它與一般營利、非營利組織主要區隔之處。換言之，現代社會的家庭已經成為個人與社會一而不再是個人與國家一鏈接的主要環節，就憲法保障人格自由發展的中心意旨而言，以家庭建構公權力所不及的私密空間，消除傳統家庭個人淪為客體的「餘毒」（家庭暴力、重男輕女等），乃至保留其結構調適空間以回應社會新的改變，都應成為本院解釋相關問題的重心，在基本權價值秩序的形成上，具有一定的「戰略」重要性。

確認人民對於家庭享有組成及自主運作的自由，也就是家庭權，而不僅僅是肯認家庭在憲法上應受到制度性保障（以落實人民的人格自由發展），在累積了許多與家庭有關的解釋（釋字第三六二號、第五五二號、第五五四號及第六九六號解釋）後，現在應該已經是最好的時機了。尤其相對於家庭所鏈接的社會組織，憲法都已經通過結社自由，包含所有營利、非營利的社團，也包含結合其他基本權而有特別社會功能的工會、政黨、教會等，明確肯認其基本權的地位，使人民對於家庭享有足以直接對抗國家的家庭權，應該沒有什麼不妥。事實上家庭從國法下的自治體到開始強調國家的干預保護，再到以個體為目的的主觀權利化，正是許多國家的憲法呈現的共同軌跡，把家庭權放進人權清單的已經不少，比如



瑞士憲法第十四條規定「人民有婚姻權與家庭權」，德國基本法第六條第一項雖然寫的是：「婚姻與家庭應受國家秩序的特別保護」，但自始即被解釋為人民有主觀的家庭權。二次大戰後的國際公約如公民與政治權利國際公約（ICCPR）第十七條第一項、第二十三條第一項、第二十四條第一項，經濟社會文化權利國際公約（ICESCR）第十條都規定了家庭對國家的消極防衛權與國家對家庭的積極保護義務，歐洲人權公約（ECHR）則在第八條第一項的家庭生活應受尊重以外，另在第十二條明文規定：「適婚年齡之男女均有依據其內國法結婚與組織家庭之權利。」可供參考。

## 二、現代家庭制度下的收養關係

本件解釋雖肯定家庭應受制度性保障，並如前述闡明了家庭保障人格自由發展的功能，但接著即以「收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是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，應受憲法第二十二條所保障。」也就是以憲法第二十二條為基礎，認定人民有收養自由的基本權，對於涵蓋收養為其「一環」的家庭，是否屬於人民的基本權，如果是的話，和收養自由又有什麼關係，反而略而不論，在過去不少解釋已經使家庭權呼之欲出的現階段，這樣的基本權續造方式恐怕只會使家庭在憲法上的定位變得更模糊，有點像法國大革命以後出現的幾個自由主義憲法，解放了婚姻的自由，卻因為大家庭組織的反個人主義色彩而對於家庭的權利化有所保留。本件解釋捨整體而僅就其中一環去續造一個新的基本權，當然不存在此類過時的顧慮。但如前所述，在列舉的基本權都可從其權利系譜的功能流變清楚看到社會變遷的歷史軌跡，而具有一定的完整性、基本性，德國基本法以一般行為自由來補其餘，背後的體系預設即是任何不入此「百寶箱」者必然是一個足以昂然獨立的基本權，而非任取一片，提不出什麼清楚的社會、歷史或比較借鑑的論述即給予基本權的定性，以致看起來更像是只為方便司法審查者干預立法而直接從法律權利升格為憲法上的權利，我們將會見到有如螞蟻雄兵的許多片段基本權，供司法者使喚，當然會大大削弱了司法審查的民主正當性。我國也已肯認了一般行為自由的存在（釋字第六八九號解釋），則通過憲法第二十二條創設新的基本權，方法上也應該儘可能滿足這些要件。

回顧本院操作憲法第二十二條的實務，尚不能說已有很清楚、合理的方法，若干先例確實予人片段化的感受，比較明顯的是所謂性行為自由（釋字第五五四號解釋）與契約自由（釋字第五七六號解釋），這些必須預設不少前提，而並無特別重大的理念（如性行為自由），或其理念實可依附於其他基本權從而僅有工具意義的自由（如財產法上契約自由的正當性主要還是植基於財產權與工作權）

，可由一般行為自由包攝，似無必要抽離成為一個新的基本權。但也有些先例，表面看起來似乎可以包攝於一個基本權，顯然是考量其內涵仍過於寬泛，而寧可個別定位，如可以同屬於人格權的姓名權（釋字第三九九號解釋）、隱私權（釋字第五三五號解釋）、子女獲知血統來源（釋字第五八七號解釋）等（未來或可加上本席曾經提過的健康權，參見釋字第七一一號解釋意見書），本院雖多次點出其人格權的共同定位，但並不特別闡明人格權的內涵，反而有意的「列舉」這些特殊人格權，並詮釋其精義。就此而言，則尚無不妥。

最值得分析，也和本案最有關係的，則是結婚自由（釋字第三六二號解釋）。傳統的家庭都是以婚姻為起始點，在締結婚姻的自由未形成社會共識以前，個人的主體性仍無法從家庭中解放出來，因此婚姻自由可說是解放傳統家庭的咽喉要道，在社會解構和重構上具有極大的意義，這也是結婚自由很早就錨定於許多國家人權清單上的原因，甚至早於家庭權。而肯認家庭權的國家，並不因此吸納結婚自由——雖然它顯然是家庭制度的一環——，一個很重要的原因，也正是要凸顯它的關鍵地位。此一體系的安排，很類似我國憲法在列舉的權利中，把言論自由與講學、著作、出版並列，另外又把言論自由延伸出去的集會自由，依其「集體」特徵和結社自由放在另一個條文，而不全部包攝於言論自由內，道理很清楚是在彰顯言論自由在人類文明發展過程中無可倫比的重要性，而又不能不把幾種曾經對於學術、文化和民主政治起到關鍵作用的言論表現（不是內容）自由，獨立標示以與彰顯內容不受干預的狹義言論自由區隔。因此依憲法第二十二條續造的基本權如果是類此的「並列」，在方法上應該也還是穩妥的。另外值得一提的是，瑞士憲法、德國基本法及歐洲人權公約把婚姻和家庭權並列，到了這個世紀，面對家庭制度的再次丕變——指的是在核心、主幹、擴展這三種二十世紀的「傳統」家庭類型外，單親、無子女、重組、隔代、事實婚、同性伴侶等新型家庭的比例都快速增加——，又開啟了新一層的意義，而逐漸從涵蓋式並列走向脫鉤式並列。以前述去功能化的現代家庭而言，若能通過家庭權概念的調適而把這些同樣可以完全或部分滿足全人、私密、初始、養成等功能的新興家庭，也如不少國家那樣納入憲法的保護（比如德國聯邦憲法法院第一庭於西元二〇一三年二月十九日的判決就指出基本法第六條第一項也包含了較廣義的家庭共同體，強調這種「社會性家庭」可與法律上的親屬身分脫鉤，使家庭權的保護範圍又外擴了一大圈），當然是一個極為重要的課題，此處僅先帶過一筆。

本件解釋單列收養自由，在方法上有點類似結婚自由。但此一「以創設親子關係為目的之身分行為」在憲法的價值序列上真的可以和結婚那樣以創設配偶關係為目的的身分行為等量齊觀嗎？或者這樣一個必須從家庭權去理解，並從家庭權整體內涵去思考定位的法律制度，應該受到保護的範圍和強度，其實並不適合成為一個獨立的基本權，就如我們不會認定人民有一個加入社團自由或指紋隱私

權一樣。至少到目前為止，答案是很清楚的，我們也還從來未曾在那個憲法或公約的人權清單中看到過收養自由基本權。收養這種身分行為作為家庭制度的一環，在重要性上當然不能與結婚相提並論，其社會功能在我國傳統家庭偏於傳續香火，在西方國家則偏向一種進階的慈善，也就是通過納入家庭組織，而不是留在社會機構，更有利於被收養人的人格形塑，不論何者，無疑應該都在家庭權的保護範圍，也只有置於家庭組織權的脈絡下理解，才能顯示其補充（「加入」），而非如結婚那樣居於核心（「成家」）的地位。因此我們很難想像國家對於結婚在非常形式的效力要件以外，作任何進一步的控制而可以不違反比例原則，但收養就不一樣了，從民國七十四年修正民法親屬編時，增訂收養認可制度的一段立法說明即可見其不同：「歐西法制，關於收養，不僅定為要式行為，且多由國家機關予以積極的干涉與統制。我國社會間有收養養女使其為婢或娼之惡習，倘不由國家機關積極加以干涉，不易杜絕其弊害。爰增設第四項，規定收養子女應聲請法院認可。」我們在對收養限制作比例原則審查時，從家庭權的角度切入，和從收養自由的角度切入，當然會很不一樣，肯認收養自由而且真要認真對待的話，別說像本件解釋的系爭規定那樣擴張不予認可的範圍，就是民法本身的認可制度，如何合理說明沒有過當，恐怕都不容易。反之，如果從家庭權的角度切入，其限制即可視所涉者為核心部分或非核心部分而採不同的審查標準，對於非核心部分的收養，其限制如果正是基於保護家庭的考量，則先就應該從家庭整體去思考是否構成家庭權的限制，然後才好展開比例原則的審查。

本席認同本件解釋的結果，也就是針對原因案件之一所呈現的事實類型，臺灣地區人民的配偶另有大陸地區子女並不能因此婚姻而成為同一家庭的成員，已可構成該臺灣地區人民基本權的限制，但與其說是收養自由的限制，不如說是家庭權因被剝奪其藉收養法的工具追求更大的圓滿而受到限制。理由書在此形成違憲認定的論述，其實也是把重點放在家庭的保護：「臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，將有助於其婚姻幸福、家庭和諧及其與被收養人之身心發展與人格之形塑，系爭規定並未就此種情形排除法院應不予認可之適用，實與憲法強調人民婚姻與家庭應受制度性保障，及維護人性尊嚴與人格自由發展之意旨不符。」只是形式上仍然回到收養自由，儘管純從收養本身來看，果真要放大為一憲法位階的基本權，則可能在系爭規定不合比例的違犯之前，民法上的認可規定即先已違反。同樣的，解釋理由最後籲請相關機關為減少干預人民收養子女的自由，仍應適時檢討修正兩岸收養的其他規定，如果不從保障家庭權的角度思考，相關機關恐怕也抓不到檢討的正確方向。

由此可見，基本權如何做好正確的體系定位，以免剪不斷理還亂，本件解釋可說提供了很好的反思題材。

### 三、兩岸人民關係的基本權保障



最後，本案處理的既是有關兩岸人民關係的法律爭議，在基本權的保障上也有若干看法值得提出。

最根本的問題應該是：依憲法增修條文第十一條的意旨，在國家統一前，兩岸人民關係得以法律作特別的規定，這裡所謂的特別規定，從基本權保護的觀點來看，究竟是大時代創造的一種新型的兩岸人民特別權力關係，基本上排除有關基本權保護相關原則的適用，包括訴訟救濟、法律保留、正當程序、平等原則、比例原則等？或者只是一種特別權利義務關係，像任何特別於普通的法律關係，一般法律規定端視特別規定排除了多少都仍然有其適用？前一解釋路徑讓人質疑，兩岸人民關係的去法治化，是否有利於兩岸的和平、互利發展，從而是否符合修憲的真意？後者則不免令人質疑，如果就只是特別法優於普通法，有沒有第十一條的憲法增修條文規定，結果豈不完全一樣，第十一條不成了贅文？

本院有限的實務（釋字第四七五號、第四九七號、第六一八號、第六九二號、第七一〇號解釋），其實已經回答了這個問題。簡言之，兩岸人民間的關係，並不因為雙方統治權不及於對方而成為赤裸裸的權力關係，中華民國政府在臺灣地區實施的法律制度在其統治權所及範圍完全可以適用於兩岸人民關係，當然包括憲法的基本權規定及相關的保障原則，惟憲法增修條文第十一條既已保留特別立法的空間，依其意旨本有賦予立法者較一般情形因人、事、時、地、物差異而得為特別規定更大的空間。此一空間的具體展現，即在本院依聲請為保障人民基本權而對國家法令進行審查時，原則上採取較寬鬆的標準。本件解釋特別援引釋字第六一八號解釋重申此一立場，自有特別的意義：「鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重（本院釋字第六一八號解釋參照）。惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求。」但從釋字第七一〇號解釋即知，此一憲法審查的放寬並非全無限制，在該號解釋涉及大陸人民依法強制出境及收容的制度，憲法可容許的底線何在，解釋理由書就限制人身自由的收容部分，明確採用釋字第七〇八號解釋的相同標準，並無任何調降，其理由即可從該解釋的一段話清楚得知：「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。」釋字第七一〇號解釋雖未特就兩岸人民關係重申此意旨，但明確援用釋字第七〇八號解釋，應該已無疑義。強制出境部分涉及的是非屬基本人權的入境權，但該解釋又特別提到了：「尤其強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應審慎。」婚姻及家庭關係是另外一個公認的具有普世性的基本人權，因此本院在這部分的審查也沒有降低標準。



我們似乎可以這樣說，基本權的定位在兩岸法的違憲審查中至為關鍵，可以給立法裁量較大尊重的是非基本人權的公民基本權，比如釋字第六一八號解釋涉及的服公職權，乃至工作權，不能差別對待的則是普世性的基本人權，比如釋字第七一〇號解釋涉及的人身自由和婚姻家庭權，本席對於此一實務逐漸清晰的走向原則上是贊同的，用在本件解釋，又再次印證了基本權定位的重要。規範兩岸人民關係的立法者如果要對家庭事務作一定的規範，因為其基本人權的定位，應該要非常小心，比如我們很難想像，兩岸條例對於兩岸人民通婚或生育作這樣那樣的限制乃至管制，就此即使把人口政策的考量放進去，也很難合憲化，更不要說兩岸條例本來就有人口總量管制的嚴密機制（兩岸條例第十條、第十條之一、第十六條及第十七條等規定參照），此類考量根本無法通過實質關聯的測試。但非屬家庭權核心部分的收養行為，其限制就不必適用和結婚一樣高的門檻。其結果和本件解釋以收養自由為審查的基本權，因其非基本人權而一概採寬鬆標準，最後雖可得到相同的結論，但論述上的殊途，如果不能更嚴謹的去作抉擇，就很難說下次還能不能同歸了。

協同意見書

大法官 黃茂榮

大法官 陳碧玉

就本號解釋：「臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第一款規定：『臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。』其中有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可部分，與憲法第二十二條保障收養自由之意旨及第二十三條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」本席雖敬表贊同，但因認其論據尚有補充說明的必要，爰提出協同意見書，敬供參考。

#### 一、收養權應受基本權利層次之保障

親子型態之生活關係為感情及經濟之重要支柱。親子雙方對於親子關係互有需要。老人院與孤兒院之情境可為其需要之清楚寫照。在親子關係之初始階段，父母因有子女，而在生活上有綿延不絕之無限想望，因該想望，而使父母在工作、生活上遭受之一切磨練，值得；子女因有父母，而在教養上有確實之知識經驗、經濟及精神的依靠，可幫忙其克服將來難以預測之挑戰。在子女成長後，子女可轉為父母之生活照顧及精神撫慰的憑藉。此攸關人性尊嚴之維護，是收養人用來建立親子關係之收養權，應透過肯認收養權為憲法第二十二條保障之自由權利，提供憲法上之制度性保障。

#### 二、限制基本權利之法律應符合比例原則

關於憲法規定之價值，立法機關雖有具體化之優先權，且依其具體化之結果，所制定之法律，原則上亦推定為合憲。但當立法機關制定法律限制人民之基本

權利時，司法院仍得審查，為達成其合憲之規範目的，其規定之限制是否必要，以確保其符合憲法第二十三條所定之比例原則。

按有差別待遇時，必然使受差別待遇者，獲得利益或遭受不利益。自因此而受不利益之一方觀之，差別待遇對其受憲法保障之權利自然構成限制。所以，在有差別待遇之規定的制定，除應符合憲法第二十三條所定之目的（為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益）外，其限制必須是為該目的之實現所必要。是故，在法律之限制規定是否違反平等原則之審查，應先審查其是否有差別待遇之情形存在，而後再審查其差別待遇是否符合比例原則（註一）。

中華民國憲法增修條文第十一條規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」基於該規定之授權，關於自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，如以法律為特別之規定，固不需要再審酌依該規定所制定之法律，是否符合憲法第二十三條所定之目的（為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益）。但其規定仍必須以達到其限制之目的所必要者為限。

### 三、收養之一般限制規定

按收養為親屬法所定成立親子關係的方式之一。收養的結果，對於養父母及養子女皆有其親子生活之創設的重要意義。該意義因人而異，極具主觀性。就收養，民法並無養子女之最高年齡的絕對限制，而只有收養者與被收養者年齡之差距之相對限制。就此，民法第一千零七十三條規定：「收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上。但夫妻共同收養時，夫妻之一方長於被收養者二十歲以上，而他方僅長於被收養者十六歲以上，亦得收養（第一項）。夫妻之一方收養他方之子女時，應長於被收養者十六歲以上（第二項）。」被收養者如為成年人，民法第一千零七十九條之二規定：「被收養者為成年人而有下列各款情形之一者，法院應不予收養之認可：一、意圖以收養免除法定義務。二、依其情形，足認收養於其本生父母不利。三、有其他重大事由，足認違反收養目的。」被收養者如為未成年人，民法第一千零七十九條之一規定：「法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女最佳利益為之。」（相同意旨規定如兒童及少年福利與權益保障法第十八條第一項：「父母對於兒童及少年出養之意見不一致，或一方所在不明時，父母之一方仍可向法院聲請認可。經法院調查認為收養乃符合兒童及少年之最佳利益時，應予認可。」家事事件法第一百零六條第一項：「法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見、請其進行訪視或調查，並提出報告及建議」）。是故，除有特定事由，可懷疑其無真正成立親子關係之意思，或沒有能力經營合宜之親子關係外，公權力機關難為介入。

此外，民法第一千零七十九條第一項規定：「收養應以書面為之，並向法院

聲請認可。」同條第二項規定：「收養有無效、得撤銷之原因或違反其他法律規定者，法院應不予認可。」此為民法對於法院之認可裁量權的法定限制事由。這些限制都具有一般性，對於所有收養行為都有適用。

有疑問者為，得否在以上規定之外，再提出以被收養人所來自之地區別為理由，給予差別待遇。

#### 四、被收養人為大陸地區人民之特別限制

針對臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸關係條例）第六十五條規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第一千零七十九條第五項規定外，有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。二、同時收養二人以上為養子女者。三、未經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證收養之事實者。」該規定雖以法院為其規範對象，但究其規範效力導致之結果，事實上增加臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女的消極要件（註二）。當此要件不適用於臺灣地區人民收養大陸地區以外之任何地區人民為養子女時，則：（1）該規定之目的係為公共利益，或為養子女最佳利益？（2）該規定之內容，是否因對於收養大陸地區人民為養子女有特別限制，而違反平等原則？

#### 五、地區不適合作為絕對的消極條件

按兩岸關係條例上開規定，僅針對收養大陸地區人民為養子女，而不及於收養大陸地區以外，任何地區之人民為養子女。由此顯現，係以親子關係以外事由為考量。其手段對於所要達到之目的，因欠缺實質關聯，而非必要，既違反比例原則，亦違反平等原則。

是，本號解釋認為，僅在「有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可部分，與憲法第二十二條保障收養自由之意旨及第二十三條比例原則不符」，使收養其配偶之大陸地區子女以外之大陸地區人民部分，無例外的還是依然受該款之差別待遇的限制，是否允當，值得商榷。

#### 六、不認可收養大陸地區人民之正當理由

為使符合未成年養子女之最佳利益（民法第一千零七十九條之一），收養者應有扶養能力。過大的養育負擔，不利既有之子女或養子女及其預計新收養之養子女。以扶養能力之有無為限制要件有其合理性（依兩岸關係條例第十七條第九項規定訂定之大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法第三十四條第二項第四款規定：「大陸地區人民申請定居，有下列情形之一者，得不予許可：……四、大陸地區人民未成年，為臺灣地區人民之養子女、孫子女，且其依親對象無管教撫養能力。」有相同意旨之規定）。

另因臺灣地小人稠，能夠接納之移民有其一定之數量上的限度，所以對於因收養而發生之移民，自需有一定之管制。此外，如因臺灣地區人民有相當數量與

大陸地區人民有血親關係，而擔心其收養事件超過收養其他地區之人民太多，影響適當之人口結構，亦得由移民配額管制之移民政策著手。

若無移民政策人口結構上的顧慮，養父母亦無養育之財務及非財務的困難，則單純直接以被收養者為大陸地區人民，不予認可，其限制臺灣地區人民收養大陸地區人民，便欠缺正當理由。

#### 七、入境之相關限制規定

兩岸關係條例，除有第六十五條第一款關於收養之認可的限制外，並另有基於其大陸地區人民身分之入境的限制規定。當容許在一定的要件下例外收養大陸地區人民，如不同時例外許可其入境，而要求其尚須依對於大陸地區人民之入境的規定申請入境許可，則認可收養後，可能發生養子女不能與養父母共同生活的情境。這與認可收養之決定的意旨顯然不符。所以，認可收養原則上應含其入境之許可，方始合理。

#### 八、人口結構與收養之認可

臺灣地區人民與非臺灣地區人民結婚，或收養非臺灣地區人民為養子女，會因人種、語言、生活習慣、政治觀點及文化之差異，而有適應與融合問題是可以理解的。因此，其收養必須從移民政策的面向加以規範。當基於移民政策對於臺灣地區人民與非臺灣地區人民間之收養加以限制，引起移民政策與收養之基本權利間的衝突。該衝突之處理，從移民政策，必須按人口結構、新移民之消化能力等因素加以考量。這當中，移入人口數、地區分布、人格特質、政治信仰、教育程度及職業能力等都是重要的考量因素。

地區雖是一項重要的考慮因素，亦得以數據為權衡，對於人口結構之影響的相對關係，但不適合過度簡單，以地區別為絕對的因素，給予差別待遇。

擔心由於大量收養大陸地區人民，導致人口結構失衡，限制已有子女或養子女者，收養大陸地區之人民為養子女，固有不得不然之的人口政策上的正當考量，但鑑於大陸地區未成年人民因其父或母，至臺灣與臺灣地區人民結婚，以致成為留在大陸之無父或無母，或甚至父母皆無之孤兒，其境堪憐。所以，今既已接納其父或母移民來臺，與臺灣地區人民結婚，自當容許臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女來臺，共享天倫。由於有前開情境之大陸地區人民終究有限，將之列入移民之總額管制中，列為優先容許移民的對象，其收養之認可，當不至於影響前開人口政策之達成。是兩岸關係條例第六十五條前開關於一律不認可有子女或養子女之臺灣地區人民收養其配偶在大陸地區之未成年子女的規定，尚非必要，有違憲法第二十三條所定之比例原則。

註一：司法院釋字第 618 號解釋：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而



言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第○五號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第二十三條規定比例原則之要求。」

註二：司法院秘書長 89.11.23.（89）秘台廳民一字第 21179 號函：「依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款之規定，已有子女或養子女之臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女者，法院應不予認可。惟認可收養之裁定確定後，如有無效之原因，當事人得另訴確認收養關係不存在。至於戶政機關是否據以辦理相關戶籍登記，應由戶政機關本於職權自行審查決定之。」

#### 協同意見書

大法官 陳春生

本號解釋認為，兩岸關係條例第六十五條第一款，有關臺灣地區人民若已有子女或養子女，而收養其配偶之大陸地區子女為養子女者，法院應不予認可之規定，與憲法第二十二條保障收養自由之意旨及第二十三條比例原則不符，應自解釋公布之日起失其效力之意旨，本席敬表同意。其中有關憲法第二十二條保障收養自由，以及解釋理由援引本院釋字第六一八號解釋指出，「鑒於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重……，惟……仍應符合憲法比例原則之要求」見解部分，謹述協同意見如下。

#### 壹、肯定收養自由之意義

本號解釋理由書指出，「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。而收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是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，應受憲法第二十二條所保障。」

此段解釋意旨顯示，人民收養子女，究竟是法律上所保護之權利或憲法上之基本權利問題，大法官宣示係屬基本權利之收養自由，而非只是法律上權利。而其依據並非來自婚姻家庭之受憲法制度性保障，而是直接來自憲法第二十二條。大法官向來解釋中援引憲法第二十二條所保障之自由權利包括隱私權、契約自由、一般行為自由等，本號解釋則進一步揭示亦包含收養自由。大法官對於憲法第二十二條之援用，類似德國基本法第二條，值得肯定。但稍有不同，例如本院釋字第五三五號及第六八九號解釋從一般行為自由推導出行動自由。本號解釋從人格自由推衍出收養自由。

本號解釋肯定人民有收養自由，其根據援引憲法第二十二條，而非來自於家

庭權或組織家庭權或婚姻與家庭之制度性保障，此一見解，本席亦表贊同，因為一方面，家庭權或組織家庭權之內涵尚未有定論，此概念目前學界、實務界尚難有共識，另一方面，在現在與未來社會趨勢，收養未必皆須與家庭聯結不可。例如我國在現行法秩序下尚未承認同性婚、同居伴侶制度等，承認收養自由直接來自憲法第二十二條，對其人格自由發展，將更有保障。

本號解釋關於收養自由直接來自憲法第二十二條，應予肯定。

## 貳、大法官之重大明顯瑕疵理論（註一）之運用

### 一、意義

本院有關重大明顯瑕疵理論之適用，係針對國家機關（註二）之憲法上行為之瑕疵，而用以判斷其是否違憲及其效力之基準的理論（註三）。國家機關之憲法上行為，若未達到重大明顯瑕疵之程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。亦即有重大明顯瑕疵者違憲無效、無重大明顯瑕疵者合憲有效外，尚有因瑕疵程度不同而介於其中之「與憲法不符但未宣告無效」、「違憲但在一定期間之後失效」、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範（所謂「警告性宣示」）等（註四）。

而所謂「重大」係指違背憲法之基本原則，諸如國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障，或對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度等而言；所謂「明顯」係指從任何角度觀察皆無疑義或並無有意義之爭論存在（註五）。

### 二、重大明顯瑕疵之類型

從本院釋字第三四二號解釋始至本號解釋為止，本院以重大明顯瑕疵作為審查基準者，共有六號解釋，可分成兩種類型觀察，一是姑稱為「憲法中具本質之重要性，而為規範秩序成立之基礎」型的本院釋字第三四二號、第四一九號、第四九九號及第五二〇號解釋（註六），二是姑稱為「涉及基本權利本質內容之限制」型，此一類型之審查，須同時合乎無重大明顯瑕疵，與合乎比例原則之要求，因為其必須審查是否對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度，如本院釋字第六一八號及第七一二號解釋（即本號解釋）。詳言之，第一類型之釋字第三四二號解釋，乃關於國安三法立法的程序有無違憲，大法官認為這種立法除非有重大明顯瑕疵，釋憲機關原則上要予以尊重；釋字第四一九號解釋關於副總統兼任行政院院長的爭議，這兩個職務是否相容？憲法並未禁止，亦未明文准許；釋字第四九九號解釋涉及修憲機關透過修憲程序來延長法定任期，有無違憲？大法官在解釋理由書採「明顯重大瑕疵」之用語；釋字第五二〇號解釋涉及核四預算停止執行爭議，解釋理由書也提及重大明顯瑕疵的理論；釋字第六一八號解釋則是涉及兩岸關係條例的特別規定，大法官認為相關規定無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。釋字第七一二號解釋則是涉及

兩岸關係條例之特別規定，大法官認為相關規定雖無明顯而重大之瑕疵，但仍未通過憲法第二十三條比例原則之審查。

### 三、重大明顯瑕疵作為違憲審查基準之根據

- (一) 此一「重大明顯之瑕疵」審查基準，很顯然來自於公法上或行政法上行政處分效力問題之判斷基準，即如我國行政程序法第一百十一條所定，無效之行政處分，係指該條各款情況，其中第七款規定，其他具有「重大明顯之瑕疵」者無效。大法官將只具行政位階之行政處分無效之判斷基準，作為憲法位階之審查根據為何，法理上是否容許？
- (二) 依行政程序法本條之立法例，主要係參考德國行政程序法第四十四條（另亦參考奧地利行政程序法第六十八條第四項），並依立法之理由說明中指出，「按無效之行政處分任何人及任何機關原則上均自始、當然不受其拘束，故為確保行政機能有效運作，維護法之安定性並保障人民之信賴，行政處分之瑕疵須達特別重大，且依一般人合理之判斷甚為明顯而一目了然者，始為無效。至瑕疵是否臻重大且甚為明顯，適用上不免有所爭議。故為減輕法律適用上之困難，並提高法之安定性，特列舉六種行政處分無效之原因，以供遵循。凡行政處分具有本條第一款至第六款所列之瑕疵者，即原該瑕疵已臻重大且明顯之程度，均為無效。」（註七）比較法上，德國行政程序法第四十四條關於重大明顯之瑕疵有明文規定，而該法第四十四條乃有關行政處分效力之規定。第一項規定行政處分具有重大明顯之瑕疵者無效，此一重大明顯之瑕疵及根據所謂明顯理論（Evidenztheorie），用以區別行政處分效力之無效與得撤銷。亦即行政處分之瑕疵若已達重大（Schwere）明顯（Offenkundigkeit）之瑕疵時，行政處分無效。本項規定須與同條第二項與第三項一起觀察，第四十四條第二項乃六類行政處分之形式與內容方面具體之重大明顯瑕疵，第三項則只是得撤銷之情況，因此第一項關於重大明顯之瑕疵之規定，應屬從屬性質，亦即只有當行政處分之效力非屬第二項與第三項適用範圍時再探討是否屬第一項之適用對象（註八）。相反地，當第二項或第三項之特別規定解釋上有疑義時，則應依第一項原則加以解釋。依德國學界、實務界見解，特別之重大瑕疵指該瑕疵嚴重牴觸現行有效之法秩序，以及基此法秩序存在於社會上之價值觀念，若貫徹此瑕疵行政處分所欲發生之法效力，將令人非常難以忍受（註九）之謂。其判斷基準重要的並非該瑕疵牴觸特定之法規範，而是牴觸法秩序以及以此法秩序為基礎，所內含之目的概念與價值觀念，特別是內含之憲法原則與牴觸法秩序與目的概念及價值概念之程度（註十）。
- (三) 大法官於前述諸號解釋中揭櫫重大明顯瑕疵（或明顯重大瑕疵）之審查基準，應屬妥當，因為此一審查基準雖來自行政法學上，但同時應可適用於憲法位階，其理由為： 1、不少憲法上之重要原則，當初亦是從行政法學上之原則發展

出來，例如比例原則（註十一）。2、從法治國角度，其重要原則之一為「排除國家機關恣意行為」之精神，於違憲審查位階援引此一理論，作為違憲審查基準，與法治國原則，亦相一致。3、權力分立原則之權力劃分與制衡（註十二），為法治國之重要原則，而使用重大明顯之瑕疵理論作為憲法位階之審查基準，從權力分立與制衡角度，具有意義。

#### 四、重大明顯瑕疵審查基準聯結因瑕疵程度不同，而產生不同效力

前揭六號解釋，共通特點為以重大明顯瑕疵為違憲審查基準，分別因其有無瑕疵，以及因瑕疵程度不同，而產生相異之效力。詳言之，釋字第三四二號解釋認為立法機關之立法過程，在程序上未達「明顯重大瑕疵」，因此釋憲機關不應介入，亦即合憲；釋字第四一九號解釋認為，副總統兼任行政院院長，憲法並無禁止之明文規定，又未違反權力分立原則，從兩種職務性質而論，復無顯然不能相容或有利益衝突之處，而此一兼任問題，各方仍有仁智之見，則其兼任尚難認為瑕疵重大而明顯，已達顯然違憲程度。」換言之，不具重大明顯之瑕疵，但又指出，副總統兼任行政院院長「與憲法設置副總統及行政院院長職位分由不同之人擔任之本旨未盡相符。」因此，即使未以「重大明顯瑕疵」為由宣示為違憲無效，仍可能依情況如大法官所舉之「與憲法不符但未宣告無效」方式為之；釋字第四九九號解釋，針對國民大會修憲之程序，大法官認為具有「重大明顯之瑕疵」，因此其行為違憲無效；釋字第五二〇號解釋關於行政院對於核四預算不執行，雖未明示使用「重大明顯之瑕疵」之基準，但從其將預算執行區分成三類，其中第一類即「維持法定機關正常運作及其執行法定職務之經費」構成違法，而本案爭執之核四預算執行雖執行過程瑕疵，卻是屬可以補行之程序者云云文字，採取者似為「警告性宣示」。

釋字第六一八號解釋則認為，兩岸關係條例系爭規定，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則；釋字第七一二號之本解釋，則認為雖無重大明顯瑕疵，但仍未通過比例原則之審查而違憲無效。

#### 五、重大明顯瑕疵理論之定位－從屬性

依德國學界見解，於重大明顯瑕疵之定性，應屬從屬性質，亦即只有當行政處分之效力非屬行政程序法第四十四條第二項與第三項適用範圍時再探討是否屬第一項之適用對象。相反地，當第二項或第三項之特別規定解釋上有疑義時，則應依第一項原則加以解釋。在我國司法院於違憲審查，援引重大明顯瑕疵理論時，亦應同樣適用，換言之，當國家機關行為牴觸憲法明文規定時而無效，則依各該憲法條文為審查基準，而不須用重大明顯瑕疵理論為審查基準，即各該憲法條文之重大明顯違反，固包括於意涵較廣之重大明顯瑕疵概念中，但只有當未有明確之憲法條文牴觸，但卻顯然違反法治國之憲法一般原則、憲法之價值秩序與社會一般觀念時，則依情況可援用重大明顯瑕疵基準，因此應定位為從屬性格，但



並不否認其具有高位階。

前述第一類型，其常適用於從屬（補充）之地位，亦即釋字第四一九號解釋所述：「判斷憲法上行為之瑕疵是否已達違憲程度，在欠缺憲法明文規定可為依據之情形時，亦有上述瑕疵標準之適用。」

前述第二類型，即使無重大明顯瑕疵，但仍應受比例原則之審查。是以本號解釋理由書指出，「鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重（本院釋字第六一八號解釋參照）。惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求。」相對地，釋字第六一八號解釋指出，「至於何種公務人員之何種職務於兩岸關係事務中，足以影響臺灣地區安全、民眾福祉暨自由民主之憲政秩序，釋憲機關對於立法機關就此所為之決定，宜予以尊重，系爭法律就此未作區分而予以不同之限制，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。」此乃呼應釋字第四一九號解釋之「所謂重大係指違背憲法之基本原則，諸如……對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度等而言；所謂明顯係指從任何角度觀察皆無疑義或並無有意義之爭論存在」之意旨。

#### 六、重大明顯瑕疵理論用於違憲審查之評述

- （一）重大明顯瑕疵理論本身即表示大法官違憲審查權之界限，換言之，若相關案件（即本文所述第一類型案例）未達重大明顯瑕疵程度，則大法官並不宣示其違憲；若有瑕疵，而瑕疵未達重大明顯時，則因瑕疵程度不同而以「與憲法不符但未宣告無效」、「違憲但在一定期間之後失效」、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範（所謂「警告性宣示」）等方式為之。
- （二）大法官一開始運用重大明顯瑕疵理論，主要用於政治性高者（如前述第一類型之「憲法中具本質之重要性，而為規範秩序成立之基礎」型之釋字第三四二號、釋字第四一九號、釋字第四九九號及釋字第五二〇號解釋（註十三）），即立法機關之立法行為、總統提名副總統與行政院院長之權限行使、對行政院重大政策變更程序與對國民大會修憲行為之審查，尤其集中於國家機關憲法上行為中之程序瑕疵行為。其後之用於兩岸關係條例則屬「涉及基本權利本質內容之限制」型，即釋字第六一八號與第七一二號解釋。第二類型之審查須同時受比例原則之審查。原先適用於國家機關之憲法上行為之程序瑕疵方面，後來之釋字第六一八號、第七一二號解釋則適用於立法行為之實體瑕疵方面。
- （三）值得注意者為，釋字第四九九號解釋，將重大明顯瑕疵理論亦適用於對修憲機關之修憲行為，即大法官以「依憲法修改程序制定或修正憲法增修條文須符合

公開透明原則，……俾副全國國民之合理期待與信賴。」為據，認為國民大會以無記名投票方式，通過系爭憲法增修條文，乃具有重大明顯瑕疵，不生其應有之效力。此為外國較少見之例子。

（四）釋字第三四二號、第四一九號及第五二〇號等三號解釋，均有政治上之少數，企圖於國會之外另闢第二戰場，將大法官捲入以求翻案之跡象（註十四）。而本院援引重大明顯瑕疵理論作為違憲審查基準，與美德日之明白性理論不完全相同，卻對於我國憲政爭議能適時妥切地解決（例如釋字第三四二號、第四一九號、第四九九號及第五二〇號解釋），堪稱本土發展出來之違憲審查基準，值得肯定。

（五）大法官於釋字第四一九號及第五二〇號解釋所用之「與憲法不符但未宣告無效」、警告性宣示，究竟其效力如何？各方解讀有極大之歧異，有主張將此種方式廢止者，本文則肯定此二效力類型之存在，惟本院仍須繼續致力於對未達重大明顯之瑕疵行為，如何「視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。」類型化或提出一些標準，此為重要課題（註十五）。

註一：本院釋字第六一八號與本號解釋則稱明顯重大瑕疵。

註二：凡國家機關行為包括行政院、立法院、總統與（過去）國民大會行使職權之行為，司法院、考試院與監察院亦包括在內。

註三：即本院釋字第四一九號解釋所述「憲法上行為是否違憲與其他公法上行為是否違法，性質相類。公法上行為之當然違法致自始不生效力者，須其瑕疵已達重大而明顯之程度（學理上稱為 *Gravitaets-bzw.Evidenztheorie*）始屬相當，若未達到此一程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。」

註四：同上述釋字第四一九號解釋：「是故設置憲法法院掌理違憲審查之國家（如德國、奧地利等），其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。」

註五：釋字第四一九號解釋理由書參照。

註六：係間接使用重大明顯瑕疵用語。

註七：法務部版行政程序法草案，八十三年四月，第一百十四條說明。

註八：Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7., Aufl., 2000, § 44, Rn. 7.

註九：München BayVB1. 1994, 53.

註十：Vgl. BverwG DVBl. 1985, 624.

註十一：關於比例原則之適用，參考陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，收於氏著《憲法基本權利之基本理論（上）》，1996，頁 181 以下；許宗力，〈基本權利對國家行為之限制〉，收於氏著《法與國家權力》，1994，頁 1

以下；蔡宗珍，〈公法上之比例原則初論－以德國法的發展為中心〉，《政大法學評論》第 62 期，1999，75 頁以下。

註十二：Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19 Aufl. Rn. 492 ff.

註十三：係間接使用重大明顯瑕疵用語。

註十四：釋字第三四二號解釋，如果少數黨派有把握於國會獲得多數支持，則再依程序翻案即可。釋字第四一九號解釋於總統選舉或立法院行使同意權時透過民主程序儘可加以封殺。釋字第五二〇號解釋則又有少數政府欲避開國會監督之企圖。大法官即使不介入，政治上自然會解決，否則如釋字第五二〇號解釋，似乎核四建或不建影響我國能源政策與經濟發展，其成敗要由大法官承擔，似乎對大法官過度期待。

註十五：參考陳春生，〈從法治國角度析論大法官解釋中「重大明顯瑕疵」審查基準之適用〉，收於《法治國之權力保護與違憲審查》，新學林，2007 年，頁 473 以下。

部分協同、部分不同意見書

大法官 葉百修

本件解釋聲請人分別為：一、汪少祥與前妻育有三名女兒，均已成年；後於中華民國九十二年間與大陸地區人民劉茜結婚。聲請人為收養其大陸配偶當時尚未成年之大陸地區子女，向臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）聲請認可收養，臺北地院家事法庭法官以聲請人已有子女，不符臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸關係條例）第六十五條第一款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。……」（下稱系爭規定）而予以駁回。聲請人不服，提起抗告，復經同院裁定駁回。聲請人提起再抗告，經原法院（臺北地院）認應行許可再抗告並添具意見書，以被收養人為其配偶之子女，與「單純收養大陸地區人民之情形有所不同」，於此情形下，是否應將系爭規定「予以目的性之限縮解釋，恐尚非無研求之餘地」。惟經臺灣高等法院以九十七年度非抗字第七〇號民事裁定（下稱確定終局裁定一），認系爭規定「並未經司法院大法官會議解釋為違憲，是原裁定適用上開規定不予認可收養，亦無違反現存解釋之可言」，而予以裁定駁回。聲請人認確定終局裁定一所適用之系爭規定有違憲疑義，聲請本院解釋。二、聲請人李依風原為大陸地區人民，於大陸地區與前夫育有一子並歸其前夫撫養，幾無往來；後改嫁至臺灣，並已取得中華民國國籍，而為臺灣地區人民。離婚後欲收養臺灣地區人民未果後，轉而收養大陸地區之孤兒，於大陸地區辦妥收養程序後（註一），向臺灣板橋地方法院（現為臺灣新北地方法院）聲請認可收養，經該院家事法庭司法事務官以不符系爭規定而予以駁回；聲請人不服，提起抗告，復經同院裁定七日內補正非訟代理人之委任狀後，向臺灣高等法院提起再抗告，經該院以

一〇一年度非抗字第三一號民事裁定（下稱確定終局裁定二），認「系爭規定於立法草案說明指出收養人已有子女或養子女之情形，為顧及臺灣地區人口壓力及國家安全、社會安定，有加以限制之必要，其未區分收養人在臺灣地區或大陸地區是否有子女而有不同之規定，實寓有國家安全、社會安定政策之考量，未逾立法裁量範圍，並非恣意，系爭規定與憲法平等原則、家庭權、比例原則及國際人權兩公約保障兒童精神無違」，而以無理由裁定駁回。聲請人認確定終局裁定二所適用之系爭規定有違憲疑義，聲請本院解釋。本院以二件聲請案均涉及系爭規定有無違憲之疑義而合併審理並作成本件解釋。

本件解釋多數意見以系爭規定涉及者為憲法第二十二條所保障之人民收養子女之自由，並以憲法第二十三條比例原則予以審查，卻僅就臺灣地區人民收養其「配偶之大陸地區子女」部分，認「系爭規定並未就此種情形排除法院應不予認可之適用」，論以「對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當，與憲法第二十三條比例原則不符，而牴觸憲法第二十二條保障人民收養子女自由之意旨。」本席對於多數意見此部分違憲之結論敬表贊同，惟對於本件解釋之解釋範圍、所涉及憲法權利基礎之認定及其審查標準之判斷，以及多數意見所採比例原則審查標準之適用，均無法贊同，爰提出部分協同、部分不同意見書如后。

一、多數意見限縮系爭規定解釋範圍之理由隻字未提，與本院職司憲法解釋制度不符，不具正當性

細繹本件解釋所涉及系爭規定對於人民憲法權利之限制，分別為：限制之權利主體係「臺灣地區人民」為收養人；被收養人為「大陸地區人民」；收養人有無子女或養子女等三個變相。其適用系爭規定之結果，略以下表示之。

		收養人：臺灣地區人民	
		有子女或養子女	無子女或養子女
被收養人	大陸地區人民	法院不予認可	無限制
	臺灣地區人民		



	非大陸		
	地區人	無限制	無限制
	民		

註：影底部分即為系爭規定之限制範圍。

亦即對於構成系爭規定之限制，須以收養人為臺灣地區人民，被收養人為大陸地區人民，且臺灣地區人民已有子女或養子女者，除既有我國民法對於收養之相關規定之適用外，由系爭規定限制法院對此情形均不應予以認可收養關係。然而本件解釋多數意見於毫無理由說明之情形下，逕自限縮本件解釋之範圍，僅以臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女於適用系爭規定之範圍為限，認定此情形下未設合理必要之例外規定而判斷與憲法比例原則有無牴觸，完全脫離對於系爭規定本身條文規範上抽象解釋之原則，而以系爭規定於具體情形下之適用有無牴觸憲法規定予以審查，與本院解釋憲法之制度意旨即有所不符。

固然本院就聲請人之具體情事而適用法律有無牴觸憲法之疑義，並非全無事例，本院於釋字第70一號解釋即屬近例。因此，本件解釋以聲請人汪少祥之具體情事而限縮解釋範圍，尚非全無理由；然而本件解釋既合併審理聲請人李依風之聲請，則對於其適用系爭規定之情形，即非臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區人民之情事，本件解釋多數意見未置一詞，其逕自限縮解釋範圍，對於聲請人李依風則情何以堪？是以解釋範圍之限縮部分認定違憲，則其他部分即屬合憲？本院解釋得為如此之含渾籠統？此亦關乎本件解釋所涉及之憲法權利依據究竟為何之關鍵性問題。本件解釋多數意見僅以人民收養子女之自由屬憲法第二十二條規定之保障範圍，而以憲法第二十三條比例原則加以審查系爭規定該限制之合憲性，卻完全忽略聲請人關於系爭規定牴觸憲法第七條平等權保障之聲請意旨，亦有解釋理由不備之虞。況系爭規定如此明顯之差別待遇，多數意見避重就輕、因小失大，造成本件解釋論理基礎之薄弱，恐將削弱本院解釋憲法之正當性與解釋之權威性。

## 二、本件解釋為本院審理兩岸關係條例相關規定合憲性之第三件解釋，亦為第三種審查標準：寬鬆與嚴格審查基準間的擺盪

本件解釋是本院歷來處理臺灣地區與大陸地區關係及事務相關解釋之第三件，卻是論理最為混亂、論據最顯薄弱的一件。

本院釋字第618號解釋涉及大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員，本院基於其對「自由民主憲政體制認識」與「融入臺灣社會需經過適應期間」，於「擔任公務人員時普遍獲得人民對其所行使公權力之信賴，尤需有長時間之培養，若採逐案審查，非僅個人主觀

意向與人格特質及維護自由民主憲政秩序之認同程度難以嚴密查核，且徒增浩大之行政成本而難期正確與公平」，上開限制以設籍期間，區分大陸地區人民與其他國家人民，並與之其他原籍臺灣地區人民間所為區別對待，並以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內。由於「何種公務人員之何種職務於兩岸關係事務中，足以影響臺灣地區安全、民眾福祉暨自由民主之憲政秩序，釋憲機關對於立法機關就此所為之決定，宜予以尊重」，上開限制未做區分，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第七條規定之平等原則及第二十三條規定之比例原則。由於釋字第六一八號解釋涉及之憲法權利是人民服公職權利，本質上屬工作權之保障，此項設籍十年之限制，已屬對於工作權的客觀限制，依據本院歷來解釋意旨，當以較嚴格之審查基準判斷之；此外，以設籍十年之限制，亦屬以出生地或原國籍等非人力所得改變之特質為分類基準，其所為之差別待遇，亦應以較嚴格之審查基準為之。然釋字第六一八號解釋以「兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關即宜予以尊重」而降低對於工作權與平等權之審查基準，僅以寬鬆審查基準為之，凸顯涉及兩岸事務相關法律與命令規範上，本院介入違憲審查的強度即予以減弱。

從釋字第六一八號解釋所採取之寬鬆審查基準，本院於釋字第七一〇號解釋則擺盪至嚴格審查基準，對於「大陸地區人民形式上經主管機關許可，且已合法入境臺灣地區者，其遷徙之自由原則上即應受憲法保障（參酌聯合國公民與政治權利國際公約第十二條及第十五號一般性意見第六點）。除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分者外，強制經許可合法入境之大陸地區人民出境，應踐行相應之正當程序（參酌聯合國公民與政治權利國際公約第十三條、歐洲人權公約第七號議定書第一條）。尤其強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應審慎。」換言之，對於人身自由之保障，本院釋字第七一〇號解釋既引聯合國公民與政治權利國際公約第十二條及第十五號一般性意見第六點為依據，即認人身自由之保障，具有普世價值，而對於涉及人身自由之限制，無論是臺灣地區人民或大陸地區人民，均應同受我國憲法之保障，對於人身自由限制所應遵循之正當法律程序，亦無分臺灣地區或大陸地區人民或外國人（註二）。

無論是釋字第六一八號解釋或第七一〇號解釋，所涉及之權利限制主體均為大陸地區人民及其相關兩岸事務，對於臺灣地區人民權利之限制，本院於釋字第六九二號解釋中，對於臺灣地區人民為納稅義務人，其子女滿二十歲於大陸地區未經我國教育部予以認可之學校就學者，不得列報扶養親屬免稅額之財政部相關函釋，則並不因其涉及兩岸事務而放寬審查基準，仍以該函釋牴觸租稅法律主義而宣告違憲不予適用，其原因則在於該限制之權利主體為臺灣地區人民，且對於

租稅法律主義之適用，本院歷來解釋則多以嚴格標準認定之。此又與釋字第六一八號及第七一〇號解釋有所不同。以此標準而言，則本件解釋所涉及之權利限制之主體，既為臺灣地區人民，則其所為限制即應與釋字第六一八號解釋所採寬鬆標準有所區隔（註三），下一個判斷標準始為限制之權利之類型為何而有不同之審查基準。

### 三、憲法比例原則審查基準之多元還是錯亂？

縱認本院解釋無須就聲請人之聲請意旨一一回應，則本件解釋多數意見以比例原則審查系爭規定適用於臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女之情形，其標準亦背離本院歷來解釋所建立之標準，形成在釋字第六一八號解釋與第七一〇號解釋之外第三種審查標準。若本件解釋多數意見認定系爭規定所涉及之憲法權利，如同釋字第六一八號解釋中之服公職權，則系爭規定對於臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女之限制，即屬合理審查基準為之，尚難得出違憲之結論；反之，若多數意見認定該限制已如人身自由之重要性，則依據釋字第七一〇號解釋，其審查標準即應提高至嚴格或者較嚴格之審查基準。

按本院歷來解釋有關比例原則之適用，固然有德國及美國兩國學說與實務見解的引用背景，而形成兩國對於比例原則之適用差異在本院歷來解釋上的比附不一（註四）。然而，從德、美兩國甚至於其他國家或法院對於比例原則的詮釋與適用，實際上最主要的原理原則並非截然迥異，而有異曲同工之處。本院對於比例原則之適用乃至於確立比例原則在憲法規範架構與違憲審查制度的地位，亦非全然憑空而生。對於比例原則在憲法上的依據，雖然是晚近解釋中始明白使用該字眼，然而從憲法第二章保障人民權利的架構而言，憲法第二十三條所稱「必要」，實際上就是比例原則的具體內涵，而適用於違憲審查之判斷上（註五），例如於釋字第一〇六號解釋，本院即有「對於債權行使及債務履行，所加限制之範圍，雖應按實際情形處理，難有具體標準，然應以達成該法所定任務之必要者為其限度」之闡釋，其意旨應即寓有比例原則之精神。及至學者引進德國公法學上關於比例原則之討論，漸漸將憲法第二十三條所稱「必要者」，內化為比例原則之適用，例如本院釋字第四〇九號解釋從行政法上比例原則之適用，已帶有提升至憲法層次之意涵，及至釋字第四一四號解釋則將比例原則認為憲法上基本原則而加以適用。之後於釋字第四二八號、第四六二號及第四六五號解釋，則逐漸形成比例原則適用之內涵，而於釋字第四七一號解釋，便認「對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當之關係，俾貫徹現代法治國家保障人身自由之基本原則」而架構比例原則之適用基準，而於釋字第四七六號解釋將之具體文字化為「對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比



例原則」，與德國學說與實務見解接軌（註六）。

值得注意的是，本院關於比例原則之適用，並非全然依據釋字第四七六號解釋所揭示之三原則加以審查，例如於釋字第五七七號解釋，本院即以「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊」作為憲法比例原則適用於違憲審查之判斷標準，此項解釋所適用手段與目的間關聯性之判斷，似又與美國學說與實務見解對於違憲審查基準之操作雷同（註七）。然而本院歷來解釋關於比例原則之適用，實際上也非在美國與德國兩套審查基準間涇渭分明，而是視不同憲法權利保障類型，以及各別解釋之需求而有平行或交替適用的情形（註八）。無論如何，比例原則是一項司法機關判斷國家行為有違侵害人民權利的標準，舉世皆然，不僅美國、德國如此適用，歐洲人權法院或歐盟法院，亦將比例原則適用於認定有違牴觸歐洲人權公約或歐盟條約之判斷上（註九）。其操作固然在各別要件或原則上有不同說法，卻不離對於目的、手段與兩者間關聯性或涉及公私利益衡量間之最基本內涵。本院對於比例原則之適用，固然無須僵化地非黑即白、非德即美，重要的是如何在審查基準上建立一定的適用步驟與判斷標準，繼而維持違憲審查的可預見性與論理的完整性，建立本院解釋的正當性基礎，毋寧是對於比例原則適用上最重要的「原則」。

然而本件解釋多數意見對於比例原則於系爭規定限制人民收養子女自由之判斷上，一方面認為，基於憲法對於人性尊嚴、個人主體性與人格自由發展以及婚姻與家庭之制度性保障，收養既為家庭制度之一環，人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之身心發展與人格形塑而具重要性，應屬憲法第二十二條規定之保障範圍，換言之，本件解釋即應屬釋字第七一〇號解釋之相同類型，該限制適用比例原則之審查，應以嚴格或至少較嚴格之審查基準為之，即應就系爭規定是否追求重要之公共利益，其所為限制之手段是否為最小侵害之手段，手段與目的間是否具有實質關聯，或者所追求之公共利益與限制人民憲法權利所造成之侵害利益間，兩者衡量有無過當而認定其合憲性。然而另一方面，多數意見援引釋字第六一八號解釋後，對於系爭規定有無逾越憲法比例原則之判斷，看似從釋字第六一八號解釋之寬鬆審查基準，轉換至釋字第七一〇號解釋之嚴格或較嚴格審查基準，卻於實質適用上，跳脫本院歷來解釋所建立之上開基本原則，僅以「系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當」一語帶過，無疑增加既有判斷基準之變數，無益於解釋基準之一致性與適用之可預見性。多數意見僅以公益與限制人民權利所形成之損害兩者間予以利益衡量，而迴避比例原則其他審查要件之判斷，無疑將使得憲法權利保障之判斷，淪為釋憲者之喜好（註十），亦有侵害立法



者之判斷而有牴觸憲法權力分立原則之虞。

四、多數意見以侵害「收養子女之自由」作為本件聲請審查之憲法權利基礎，不但是「掠人之美」，同時亦是本院歷來對「婚姻與家庭制度性保障」相關解釋之倒退：從收養人之收養自由到確立收養人及被收養人之家庭權保障

從系爭規定所侵害憲法權利形式上而言，多數意見認定系爭規定侵害人民收養子女之自由，言之成理，繼而以比例原則加以審查，並認為對限縮解釋範圍內，系爭規定對於已有子女或養子女之臺灣地區人民，收養其配偶之大陸地區子女，法院應不予認可，無助於人民「婚姻幸福、家庭和諧及其與被收養人之身心發展與人格之形塑」，而與「憲法強調人民婚姻與家庭應受制度性保障，及維護人性尊嚴與人格自由發展之意旨不符」。從本院歷來解釋保障人性尊嚴與人格自由發展及婚姻與家庭受憲法制度性保障之意旨出發，對於人民收養子女以組織家庭之權利予以保障，並承認人民有組織家庭之權利，本應順理成章；且於多數意見以收養為家庭制度之一環，並認收養對收養雙方之身心發展與人格形塑具有重要功能，則承認組織家庭權應可於憲法第二十二條之規範導出而加以保障，本亦呼之欲出。然而多數意見強調收養行為與家業傳承等我國傳統文化上人倫關係之關聯性，並以之推論系爭規定於收養配偶子女之限縮解釋範圍內，過度將收養自由與婚姻制度掛勾，恐與當代人類社會對於收養制度內涵的認知不符（註十一）。實際上，人民收養子女，是否真有助其婚姻幸福或家庭和諧，均應非憲法或立法者所應加以過問；憲法保障人民收養子女之自由，則應在最大限度內，由人民自由行使該權利，而一旦立法者建立一套制度用以供人民行使該權利，則該制度便不應有不合理之差別待遇。

誠然我國傳統文化對於宗族傳承的重視，收養與多數意見所稱家業傳承有一定關聯性，甚至是我國收養制度最重要的意義；然而當收養逐漸成為社會制度中，家庭組成的一種方式，以及收養雙方彼此情感與照顧的聯繫與認同，而不再強調親緣與傳承的意義時，對於人民收養子女之自由，國家介入干涉的目的與程度，必然應隨之有所調整。如同收養制度中，並不僅限於具有婚姻關係之人始得為收養，單身收養之權利亦受承認與保障。再者，當國家將人民收養子女之自由與婚姻制度掛勾時，實際上是以婚姻制度為出發點而組織家庭，對於當代各國社會普遍存在婚姻制度以外的多元家庭型態，隱含某種國家或立法者的價值判斷，而因此形成對於人民收養子女自由之限制，實際上也因其限制所形成之差別待遇而有歧視之虞。

對於系爭規定而言，多數意見捨棄本院歷來解釋關於人性尊嚴家庭制度性保障之意旨，未能在此基礎上繼續發展憲法權利之理論、充實憲法權利保障之內涵，將人民組織家庭權涵括於憲法權利清單之中加以保障，反而僅著眼於人民收養子女之自由，而於本件解釋中又與婚姻制度相連結，亦將有人民收養子女之自由

僅於婚姻制度中始受憲法保障之不當聯想。

單純收養子女之自由，本院遠自釋字第十二號、第三十二號、第五十八號、第八十七號、第九十一號乃至晚近第五〇二號解釋，實際上都隱含有人民收養子女之自由應受憲法保障之意旨，因此本件解釋多數意見形式上正式宣告人民收養子女之自由受憲法第二十二條保障，實質上並無進一步具體內涵之闡釋。由於人民收養子女之自由，本質上屬於人民私人間之法律行為，僅因其創設法律上親子關係，始有國家予以介入之必要；然而當國家以法律規範人民收養子女之制度時，實際上便形成某種限制及差別待遇。如同釋字第五〇二號解釋對於收養人與被收養人年齡差距二十歲之限制。除了收養子女之自由本身之限制，更重要的是，因為制度本身限制所形成之差別待遇，是否亦能符合憲法第七條保障之平等權意旨，毋寧是更應受到釋憲者重視的議題，此亦本件解釋中，多數意見完全不願碰觸的爭議。

再者，本件解釋固然基於臺灣地區人民收養子女之自由受到限制而判斷系爭規定之合憲性，然而，人民收養子女之自由之著眼點，晚近世界各國法律制度與司法實務的潮流，已漸漸從「收養人」自由權利保障之觀點，移轉至「被收養人」亦即被收養之子女，其獲得親職地位（parenthood）照顧的「家庭權」的平等保障（註十二），於本件解釋多數意見亦毫無闡釋。

##### 五、多數意見對於系爭規定有無牴觸平等權之審查完全棄守

歸根究柢，系爭規定所為之限制，係以收養人有無「子女或養子女」及被收養人是否為「大陸地區人民」為分類基準，並對有子女或養子女之臺灣地區人民，收養大陸地區人民形成差別待遇；復以上開兩項分類基準，係以非人力所得控制之特質作為分類基準，依據本院歷來關於平等權審查基準之意旨，本件解釋即應以較嚴格之審查基準，判斷系爭規定所為之差別待遇是否合憲，亦即其目的是否為追求重要公共利益、其手段是否為最小侵害之手段以及手段與目的間是否具有實質關聯性等要件加以判斷（註十三）。然而多數意見就此洞若觀火的憲法疑義，竟可視而不見，並透過限縮解釋範圍而對於系爭規定與憲法平等權最不相符之部分一語帶過，本席深感不解。本席認為，系爭規定以上開兩項分類基準，一方面對於有子女或養子女之臺灣地區人民，其收養大陸地區人民之自由，未考量被收養人是否為其配偶子女或有其他例外情形而形成過度涵括（over-inclusive）；另一方面對於有子女或養子女之臺灣地區人民，收養其他國家人民而與所欲追求之重要公共利益有無同樣限制必要而形成涵括不足（under-inclusive）之情形，而構成其限制手段與目的間不具實質關聯性，與憲法第七條保障平等權之意旨不符，應屬違憲。

如同多數意見所稱，系爭規定之立法目的在於立法之初，鑑於臺灣與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許大陸地區人民大量來臺，將使臺灣地區人口

比例失衡，以致臺灣人口發展及社會安全遭受嚴重影響。是系爭規定之立法目的在於維持一定之人口發展政策，確保臺灣地區安全及社會安定，可稱其目的正當，所欲追求者亦屬重要之公共利益。

然從系爭規定以收養大陸地區人民僅限收養人無子女或養子女始得為之，其限制之手段並非最小侵害之方式，且該手段與收養大陸地區人民之比率或可能性而達成上開立法目的間，未有一定之事理或實證數據足認具有實質之關聯性。以臺灣地區目前收養子女之數據而言，臺灣地區人民收養大陸地區人民，自中華民國八十二年至九十七年，總計為六千四百七十件，平均每年四百零四件，相較於收養其他國家人民總計一百三十九件、平均每年九點三件，高出四十三倍（註十四）。主管機關雖基於倍數而恐生臺灣地區人民大量收養大陸地區人民之趨勢，使大陸地區人民大量移入臺灣地區而形成人口壓力及社會不安云云。然查有關大陸地區人民進入臺灣地區之管制，兩岸關係條例第十條、第十條之一、第十六條及第十七條等規定作有諸多人境許可之設計，諸如來臺性質類別、主觀要件、程序、數額、頻率及期間等條件限制。主管機關並依據上開條例第十條第三項、第十條之一及第十七條第六項、第九項規定之授權，就入境及居留許可事務分別訂定大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法、大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法、大陸地區人民按捺指紋及建檔管理辦法、大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法及大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留及定居數額表。大陸地區人民被臺灣地區人民收養後，仍須依據上開條例及相關辦法之規定申請來臺，每年並有總額管制（註十五）。是鑑於臺灣地區人民收養大陸地區人民，依據主管機關提出之數據，其數量尚非過於龐大而有嚴重影響臺灣地區人口政策與社會秩序之程度，則系爭規定限制人民收養行為，難謂能有效減少大陸地區人民來臺。且禁止有子女或養子女者收養大陸地區人民，對其組織家庭權影響重大，為減少大陸地區人民來臺，尚有直接管制入境程序以有效控制實際來臺人數，而未對人民組織家庭權發生限制或侵害之其他手段可資選擇。是系爭規定以有無子女或養子女為要件而限制臺灣地區人民收養大陸地區人民，核非直接有效達成入境管制並減少大陸地區人民來臺之手段，與立法目的間並無實質關聯。

又主管機關並稱臺灣地區人民收養大陸地區人民，若未如系爭規定之限制，將有假藉虛偽收養來臺之虞。惟依我國現行民法收養法制，尚有法院就個別事件是否符合認可要件加以審查，足資杜絕虛偽收養情事。設若涉外收養行為將引發被收養人之親屬連鎖來臺效應，則應就整體涉外收養事件制定一般收養要件以外之限制；又查現行相關規定，除限制收養大陸地區人民之系爭規定外，其他涉外收養事件並無相類之法令規定。況依中國大陸現行法制，被收養人以未滿十四歲之未成年人為限，故收養大陸地區人民未必發生其親屬連鎖來臺之效應。至就僅



限制收養大陸地區人民之手段，而未限制收養其他地區或國家人民，而對總入境人口為整體管制，與達成臺灣整體人口政策、維持社會安全之立法目的間，亦難謂有實質關聯。是以系爭規定以有無子女或養子女以及被收養人是否為大陸地區人民而限制臺灣地區人民收養子女之自由，其手段並非最小侵害，手段與目的間亦不具實質關聯性，與憲法第七條保障平等權之意旨並不相符。

#### 六、結論：兩岸關係下虛幻的語彙與憲法保障人民生活真實的權利

臺灣地區與大陸地區人民交流日漸頻繁已是不爭的事實。基於我國主權與國家社會安全，於目前兩岸分治之下，國家以法律限制臺灣地區及大陸地區人民之自由權利，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，本院固然宜予以尊重；然維護人民受憲法保障之基本權利，亦為本院職司違憲審查最重要的功能之一。對於人民受憲法保障的權利，不能在「兩岸關係」的語彙中被無限上綱，本院亦不能在維護人民憲法基本權利的判斷上輕易地退讓。

系爭規定限制已有子女或養子女之臺灣地區人民，於收養大陸地區人民時，法院亦應不予認可，無疑是剝奪人民在法律上獲得親職地位的權利，形成對人民收養子女、組織家庭之限制，亦造成收養人及被收養人受憲法保護之組織家庭及其家庭生活受到嚴重限制；再者，系爭規定針對已有子女或養子女之臺灣地區人民，收養大陸地區人民時，法院不應予以認可，而對於同樣情形收養其他國家人民時卻無相同限制，將使得所有來自大陸地區之被收養人，其自身以及社會一般大眾，對於其家庭型態與其他養子女家庭的家庭型態，相較之下屬於次等或較不受尊重的偏見與刻板印象（註十六）。此又何嘗不是系爭規定隱而未言的真正目的？在虛幻的語彙與真實人民生命間，本院選擇站在哪一邊，答案應該是非常清楚的了。

註一：由於大陸已完成出養程序，導致該名孤兒已不獲原孤兒院收容，致使聲請人於兩岸間奔波。

註二：本院釋字第 708 號解釋參照。

註三：湯德宗大法官於釋字第 692 號解釋所提出之不同意見書，即認為應採寬鬆審查基準，尊重立法者於此兩岸事務上之判斷。

註四：第 6 屆大法官及 92 年提名之不分屆大法官所作解釋中，涉及比例原則之適用等議題之討論，可見黃昭元，〈大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化〉，《臺大法學論叢》，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 215-258。

註五：吳庚前大法官即謂：「比例原則是從法治國原則中引導出來的原則，無待憲法明文規定。」參見吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，2013 年 9 月，初版，頁 147。



- 註六：從德國學說與實務見解發展比例原則的派生原則或次原則有適合原則、必要原則與狹義比例原則，許宗力前大法官認為「多了『目的正當性』之要求，但仍少了適合原則。」參見氏著，〈比例原則與法規違憲審查〉，《法與國家權力（二）》，2007 年 1 月，初版，頁 85；吳庚前大法官則分為適當性原則、必要性原則及衡量性原則（又稱狹義的比例原則），前揭書，頁 147。此德國法上比例原則之內涵，亦具體化於我國行政程序法第 7 條之規定。
- 註七：美國法上關於法院對行政行為比例性的司法審查標準，分別有合理性標準、平衡原則及最不激烈手段原則，參見法治斌，〈比例原則〉，輯於氏著，《人權保障與司法審查：憲法專論（二）》，1994 年 1 月，頁 335 以下。
- 註八：近例如本院釋字第 689 號解釋參照。兩種類型的操作分析比較，參見許宗力，〈比例原則之操作試論〉，輯於氏著，前揭書，頁 122 以下。
- 註九：See generally NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW (1996) .
- 註十：參見許宗力，前揭書，頁 134。
- 註十一：See generally CLARE MCGLYNN, FAMILIES AND THE EUROPEAN UNION (2006) ; CARLOS A. BALL, THE RIGHT TO BE PARENTS: LGBT FAMILIES AND THE TRANSFORMATION OF PARENTHOOD (2012) .
- 註十二：例如於今（2013）年 2 月 19 日，德國聯邦憲法法院及歐洲人權法院均分別作出基於被收養人之角度而承認多元家庭下，人民收養子女之自由應予平等保障。參見德國聯邦憲法法院第 1 庭 2013 年 2 月 19 日判決（BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.2.2013, Absatz-Nr. (1-110) , [http://www.bverfg.de/entscheidungen/1s20130219\\_1bvl000111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/1s20130219_1bvl000111.html)）以及歐洲人權法院大法庭 X and Others v. Austria (application no. 19010/07, 2013.02.19) 一案判決。
- 註十三：本席於釋字第 694 號解釋提出之協同意見書參照。
- 註十四：行政院大陸委員會 98 年 6 月 8 日陸法字第 0980011446 號函參照。
- 註十五：例如大陸地區人民之親生子女，為現在婚姻關係存續中之臺灣地區人民收養，且年齡在 20 歲以下者，每年至多 60 人，內政部 101 年 11 月 23 日台內移字第 1010934064 號公告修正之大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留及定居數額表參照。
- 註十六：參見前揭德國聯邦憲法法院 2013 年 2 月 19 日判決，編碼第 73 。

部分協同部分不同意見書

大法官 羅昌發

臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第一款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女

或養子女者。」（下稱系爭規定）多數意見認其中有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予許可部分，與憲法第二十二條保障收養自由之意旨及第二十三條比例原則不符，本席敬表同意。然多數意見對收養對象為非其配偶之大陸地區子女，而法院亦應不予許可部分，並未一併宣告違憲，本席認有商榷餘地；另收養自由與家庭權之間之關係，多數意見並未釐清，本席認有進一步闡述之必要。爰提出本部分協同及部分不同意見書。

#### 壹、收養權與家庭權關係之釐清

一、多數意見以人性尊嚴與人格自由發展，以及對婚姻與家庭之制度性保障等兩類憲法基本保障作為肯定憲法上收養權之基礎：多數意見之理由為：「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，乃提供個人與社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。而收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。」（見本號解釋理由書第一段）

二、本席認為，收養權確應屬憲法保障之權利，然其與家庭權應有所區隔；兩者雖各均受憲法保障，然其分別受法律限制之程度明顯有異。不應將收養權附庸於家庭權之下：

（一）家庭權係在保護配偶之結合及其所營造之有形無形私人空間及隱私；但不包括收養權：按家庭權為諸多國際公約所明文承認。例如公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights，簡稱 ICCPR）第十七條第一項：「任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得加以任意或非法干涉……。」（No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence……）第二十三條第一項：「家庭為社會自然且基本之團體單元，並應受社會及國家之保護。」（The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.）經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）第十條：「對作為社會之自然與基本單元之家庭，特別係對於其建立與其當負責照顧與教育未獨立之兒童時，應給予儘可能廣泛之保護與協助……。」（The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children.）歐洲人權公約（The European Convention on Human Rights）第八條第一項規定：「任何人就其私人與家庭生活、其家園及

其通訊，均有受尊重之權利。」(Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.) 第十二條規定：「適婚年齡之男女均有依據規範其權利行使之內國法而結婚與組織家庭之權利。」(Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.) 故國際人權公約所保護之家庭權，係包括要求國家尊重配偶的結合（家庭之組織）及其所營造的有形與無形之私人空間及隱私。其內涵並未包括收養權。

- (二) 家未必包括子女；配偶的結合未必負有具有繁衍、教育、經濟、文化等功能：家庭成員雖常包括子女（在有未獨立生活之兒童之情形下，國家更應給予廣泛之照顧與保護），然子女並非組成家庭之必要成員。民法第一千一百二十二條規定：「稱家者，以永久共同生活為目的而同居之親屬團體。」在此定義下，家之組成型態包括有子女之家庭及無子女之家庭。有子女之家庭，包括雙親家庭、單親家庭、隔代教養家庭等。其因配偶雙方之抉擇，或因經濟理由或其他無法選擇之因素，而維持無子女之家庭，亦所在多有。故子女雖可能為家庭之重要成員；但並非組織家庭之必要成員。多數意見認為，家庭制度「具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能」。其對家的界定過於狹隘。且其以收養權附庸於組織家庭權之下，亦無法說明子女之存在並非組織家庭的必要要件及諸多無子女家庭之情形。
- (三) 收養行為應受公權力介入；其與家庭權應受較高程度的保障有所不同：國際人權公約所承認之基本權，有較高程度的神聖不可侵犯性及無條件性。國家原則上不得對基本人權為不當介入、干擾或限制。就家庭權（包括組織家庭及維持家庭的隱私）而言，國家對其自應不得為過度介入。例如，法律雖可規定近親不得結婚，但卻不得規定結婚對象之適當與否須受公權力審查。然收養則並未受國際公約承認為基本人權。此係由於收養關係之建立，不僅涉及收養者之自由意志，亦涉及被收養者之意願與福祉。國際人權公約不但未直接承認收養者有收養之基本人權；反而設有諸多規定，強調收養之規範應考量子女最佳利益；且強調公權力介入之必要性與正當性，以確保被收養者之最佳利益。各國法律亦均允許且要求公權力介入，以確保被收養者甚至原生家庭之利益。例如，在我國民法下，收養必須經由法院認可（民法第一千零七十九條第一項）；被收養者為未成年人時，如法院認為收養違背養子女最佳利益，得不予認可（民法第一千零七十九條之一）；被收養者為成年人時，如有意圖以收養免除法定義務、足認收養對其本生父母不利、有其他重大事由足認違反收養目的者，法院亦得不予認可（民法第一千零七十九條之二）。又例如一九九三年跨國收養保護兒童及合作公約（Convention on the Protection of Children and

Co-operation in Respect of Intercountry Adoption) 於第一條強調，該公約目的在建立防護制度，以確保跨國收養情形係符合兒童之最佳利益，並使其在國際法下之基本權受到尊重 (to establish safeguards to ensure that intercountry adoptions take place in the best interests of the child and with respect for his or her fundamental rights as recognized in international law)。倘若將收養權納入組織家庭權之一環，將產生家庭權保障程度之混淆：一方面公權力對於人民組織家庭之基本權應予尊重，而不應介入，另一方面公權力卻又可（且應）介入組織家庭權一環之收養行為。其結果，有開啟公權力介入人民行使組織家庭權之巧門之疑慮。

三、收養不僅為法律上權利，且應為憲法第二十二條下之獨立權利：

- （一）國際條約雖基於允許國家以公權力介入收養行為以確保兒童之最佳利益，而未承認收養之基本權，然此並非表示各國不能承認收養為憲法上權利。人民是否有憲法上收養權，自應以各國本身之憲法架構與規定為依歸。
- （二）憲法第二十二條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」本條規定之範圍甚廣，凡不妨害社會秩序與公共利益者，均應以憲法保障之。收養在早期社會，較大的考量係在「為宗族」及「為家」，主要目的係藉由收養立嗣，以傳承家族。此種原因在現代社會已經較為淡薄。取而代之者有「為親」之目的（增加勞力或養子待老）或「為子」之目的（例如收養孤兒；此有協助解決社會問題之功能）。（註一）不論收養係為何種目的或扮演何種功能，在符合法定條件之情形下（包括符合子女最佳利益的條件下），均不妨害社會秩序；甚至許多收養係對公共利益有相當正面之功能。故收養符合憲法第二十二條之文義與內涵，屬該條所保護之自由權利，而非僅屬法律上權利，應可確認。多數意見所引婚姻家庭之保障為收養自由之論述基礎，此部分本席尚有保留，然其以憲法第二十二條作為收養權之憲法上依據，本席就此部分敬表贊同。
- （三）收養權列為憲法第二十二條之其他基本權利的一種，對於豐富該條之內涵，甚有助益。雖其結果可能導致第二十二條下的權利較為龐雜，甚至較為細瑣，然憲法第二十二條之制定，並未以該條應侷限於可類型化之重要基本權（如組織家庭權）為前提；且本條之規範意旨亦確有發揮承接漏洞之功能，使憲法對於人民基本權利之保障臻於全面。本席認為，關於是否屬於所謂其他基本權利之判斷，應以「不妨害社會秩序公共利益」作為審查重點，以決定是否將人民自由權利納入第二十二條之下，始屬忠實落實該條之意旨。

貳、系爭規定應屬全部違憲，而非一部違憲

- 一、多數意見認為系爭規定僅就臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院不予認可部分違憲。系爭規定之其他部分（即臺灣地區人民收養非其配偶之子女之其



他大陸地區人民，而法院亦應不予許可部分），多數意見認為並未違憲，僅於解釋理由書末段附帶要求相關機關適時檢討修正。就此，多數意見所持理由包括就兩岸事務立法審查標準為須具有「明顯之重大瑕疵」、系爭規定目的洵屬正當、系爭規定對「人民收養其配偶之大陸地區子女之限制」部分已屬過當等（然其並未論述系爭規定不許可「人民收養非其配偶子女之其他大陸地區人民」部分是否過當）。本席就此持不同意見。

二、多數意見援引本院釋字第六一八號解釋意旨，以「兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重」（見本號解釋理由書第三段）。然基於如下理由，本席認為不應在憲法第二十三條之外創設「明顯重大瑕疵」之標準：

- （一）此項「明顯重大瑕疵」之要件，究竟是否為憲法第二十三條「公共利益」之要件或「必要」之要件之判斷基礎，抑或屬憲法第二十三條以外之獨立判斷基礎，多數意見並未加以論述。該「明顯重大瑕疵」要件，在解釋憲法之地位與功能上，甚為混淆。
- （二）如以「涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷」、「代表多元民意」及「掌握充分資訊」等標準作為判斷基礎，則不僅兩岸事務之立法符合此等標準，多數其他法律亦完全符合此等標準。以此等標準作為尊重法律規定及限於「明顯重大瑕疵」始得宣告違憲之理由，豈非職司法律違憲審查之釋憲機關，幾乎均須以「明顯重大瑕疵」為審查基準；且豈非放棄或迴避依據憲法第二十三條從事審查之職責？
- （三）憲法第二十三條之「增進公共利益」及「必要」之要件，已足以將「涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷」、「代表多元民意」及「掌握充分資訊」等因素納入考量。蓋「涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷」屬於系爭規定之立法是否為達成公共利益之目的的問題；「代表多元民意」及「掌握充分資訊」等因素，則涉及代表多元民意之機關是否確實依其所掌握之充分訊息，制定對人民權利形成最小限制手段，以達成所欲追求之公共利益。是憲法第二十三條已經提供相關的考量因素及審查彈性；應無針對兩岸立法，另行創造額外審查標準之餘地。

三、本席雖說明收養權在各國均受較大程度的公權力介入，其理由主要在於保護被收養人之最佳利益，然此並非謂職司釋憲之機關對於收養權之限制規定，不得加以審查。憲法所設定之明確審查標準為第二十三條之規定。該條調：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」系爭規定是否違憲，自應以該條為審查基準。本席在以往所提出之意見書中多次闡述該條之適用：依該條規定，對人

民基本權利之限制，須以法律為之（某些情況下，亦得以法律明確授權之命令為之）。如非以法律為之，無論其理由如何正當，均無法通過憲法第二十三條之檢視。在確定有法律或法律授權作為基礎之前提下，尚須進一步確認有無「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之情形。如其情形非為此等目的之一，則顯然無法通過憲法第二十三條的檢視。在通過此項檢視之後，則應再進一步依該條所規定「必要」之要件，予以審查。而「必要」與否的認定，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程（a process of weighing and balancing a series of factors），包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性，該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。此種分析方法不但較符合我國憲法體制，且容許釋憲者依據客觀因素進行實質的價值判斷與利益衡量，而有其客觀性。（註二）本件情形，系爭規定於形式上雖屬法律之限制而符合憲法第二十三條之法律保留要件；且系爭規定雖有「增進公共利益」之重要目的（見本號解釋理由書第四段所提及人口政策、臺灣地區安全及社會安定等公共利益）；然系爭規定未為本號解釋宣告違憲之部分（即法院不應許可臺灣地區人民收養非其配偶之子女之其他大陸地區人民部分），應無法通過如下標準之檢視：

- （一）有關「系爭規定對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能」之要件：多數意見認為立法者制定系爭規定係「鑑於臺灣地區與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許臺灣地區人民依民法相關規定收養大陸地區人民，而無其他限制，將造成大陸地區人民大量來臺，而使臺灣地區人口比例失衡，嚴重影響臺灣地區人口發展及社會安全，乃制定系爭規定，以確保臺灣地區安全與社會安定」，故目的正當，且限制許可收養要件將「使大陸地區人民不致因被臺灣地區人民收養而大量進入臺灣地區，亦有助於前揭立法目的之達成」（見本號解釋理由書第四段）。然收養除受民法所定條件之限制外，尚有其他法律之諸多限制（如家事事件法第一百十五條所規定審查收養人職業、健康、資歷、訪視調查與評估報告等）；有能力從事收養之臺灣地區人民，並有意願收養大陸地區人民，且可獲得法院認可者，應非「大量」；此其一。收養大陸地區人民（特別是收養兒童），對語言文化衝擊更小。且多數臺灣地區人民之祖先或父祖輩或自身係由大陸移居來臺，血統、語言、文化相近，更易使被收養者融入家庭與社會。反而應較無人口衝擊或失衡問題；此其二。大陸地區對其人民受境外收養，亦設有嚴格之年齡及其他限制規範；此其三。換言之，限制收養大陸地區人民與人口發展、臺灣地區安全及社會安定之關係，並無明顯關聯。系爭規

定對於目的之達成所可提供之貢獻，並不明確。

(二) 有關「客觀上是否存有較不侵害憲法權利的措施存在」之要件：我國現階段已有相當嚴密之入境管理機制；而大陸地區人民進入臺灣地區，在條件及數量上均受相當限制。(註三)如顧慮大量或虛假之大陸地區被收養人來臺，則應以入境、停留或居留之規範管理，始能達成限制大陸地區人民進入臺灣之目的。系爭規定客觀上既非無較不侵害收養權之措施存在，應認其全部均屬違憲。

註一：戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《親屬法》，第 340 頁(2007 年)。

註二：見本席於釋字第 692 號、第 693 號、第 696 號、第 697 號、第 699 號、第 702 號、第 709 號、第 711 號解釋所提出之意見書。

註三：參見大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法、大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法規定，及內政部所發布之數額表。

部分不同意見書

大法官 陳新民

若養育子女只是為了繁衍後代，那即使是禽獸亦懂得傳宗接代，一代代繁衍下去。但養育子女所能帶來的回憶、所彰顯的功德與偉大，則是人類所特有也。

—英國哲學家·培根·《談父母與子女》

本號解釋多數意見認定：臺灣地區與大陸地區人民關係條例(下稱兩岸關係條例)第六十五條第一款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。」(下稱系爭規定)，其中有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可部分，與憲法第二十二條保障收養自由之意旨及第二十三條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力。針對不能收養大陸地區配偶子女的部分，認為違憲；對於系爭規定本身，多數意見仍持不違憲之見解。質言之，憲法第二十二條保障人民收養子女之自由，對已有子女(包括養子女，下同)之國民，只保障收養大陸地區配偶(以下簡稱陸配)之子女，不及於其他大陸地區人民。此種僅許可「親上加親」—許可收養陸配之子女，以及不准「親外加親」—不准收養大陸地區其他人之子女，是否出於合憲的公共利益？有無違反比例原則以及平等原則？在在令人質疑。

本席認為：誠然多數意見認定系爭規定部分違憲，對現行制度的違憲性稍作修正，踏出了人權保障的一步，然此立論卻不能洞見系爭規定漠視憲法所保障人民最珍惜的家庭權與人倫價值，況其所附麗之立法目的—擔心大陸地區人民藉此大量移民而形成氾濫，以致影響國家安全及社會安定，乃失偏之過慮也。多數意見既不能從嚴檢驗過時之立法目的，又自我限縮釋憲權之範圍，只採行上述「切香腸式」的「小善」詮釋方式，本席歉難贊成。爰提出部分不同意見書，略抒己意。

一、治絲益棼的解釋方法—對憲法第二十二條收養權作出過度狹隘的詮釋

多數意見雖然肯認家庭制度基於人性尊嚴、個人主體與人格發展，並受憲法制度性保障的範圍所及，且收養為我國家庭制度之一環，具有重要的人倫關係。故收養人民之自由攸關收養人及被收養人之人格自由發展，應受到憲法第二十二條所保障。復強調收養與家庭制度法益的重要性，肯認收養自由具有普世價值，以及應當為國民所能享有的人權。否則無庸將人性尊嚴、個人主體性及人格自由發展的崇高理念，作為驗證收養自由的重要性，並「登堂入室」，進入憲法第二十二條所保障的範圍之內（解釋理由書第一段參照）。

惟多數意見所保障能享受此些人權的「主體」，卻並不是慷慨的，而是極度限縮後的極少部分國民！此見乎本號解釋的原因案件並非單一（已有子女之國民收養陸配之子女），而另有一件（已有子女之國民欲收養大陸地區孤兒），本都遭到法院援引系爭規定加以駁回。多數意見援引憲法第二十二條確認人民擁有收養子女的自由權利，卻只能發揮其防禦效力於第一件案件之上。易言之，本號解釋的聲請人，本欲主張平等權遭到侵犯作為釋憲之理由－為何已有子女的國民，可以自由收養臺灣、甚至全世界各地區的人民，卻單單不能夠自由收養大陸地區人民，難道非歧視乎？但多數意見對此問題尚未妥善解決，又導引出另外兩個問題：

首先，依本號解釋的結果，對已有子女之國民其擁有收養大陸地區人民的基本權利，首先須有大陸地區配偶、且該陸配須已有子女，最後收養的對象也僅限於該子女而已。經過三個關卡，方能實踐此憲法保障的收養基本權利。因此憲法第二十二條所賦予人民的收養權利，並沒有充分的選擇收養對象的自由，僅能在「極端壓縮」要件下，有限度的選擇罷了。

此情形豈無異於實施報禁或黨禁時代，國民只能夠強迫閱讀有限的報紙、與加入有限的政黨一樣，能稱為受到憲法充分保障的新聞自由與（政黨）結社自由乎？其理甚明矣！

多數意見對憲法第二十二條所採取如此狹窄的收養權利觀，顯然很難令人信服。憲法保障的家庭權，也及於養子女的保障上，因此就養子女享受憲法保障的資格而言，並不應有親屬、血緣關係等差別，這也是憲法對家庭權與收養權保障應有的詮釋（註一）。

本號解釋對於收養大陸地區子女作出兩種不同結論，又引發更多爭議，乃一波未平一波又起，豈非治絲益棼？

## 二、本號解釋審查基準－典型的「司法退縮論」

### （一）明顯重大瑕疵理論的適用

為何多數意見會對憲法第二十二條權利採行如此狹隘的見解？多數意見在解釋理由書第三段，認定系爭規定基於憲法增修條文第十一條所獲得授權之特別立法，導引出其對人民收養自由權利可為嚴格限制，乃是事出有因，已可見



端倪矣！多數意見的理由的確十分堂皇，吾人試觀之：

「鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關，固宜予以尊重（本院釋字第六一八號解釋參照）。惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求」。

多數意見在此提出了對立法者兩岸事務的裁量權是否正確與有無濫用，採取最高度尊重的立場，亦即採取最寬鬆檢驗標準－所謂「具有明顯重大瑕疵理論」外，否則應認定立法者的兩岸事務裁量權皆屬合憲。

這是一個令人遺憾的「司法退縮論」，也是釋憲機關過度自我節制，達到接近「自我矮化」的程度！的確對於審查法規範是否合憲的問題，釋憲權如果退縮到只在審查是否具備明顯重大瑕疵為標準，亦非不可能，然只有在最狹隘的情形下，方有例外許可之餘地也。首先不妨先檢討此理論是否足以作為本號解釋採行「司法退縮論」的有利依據。

按所謂的「明顯與重大瑕疵理論」，乃是德國的公法學理。雖然簡稱為「明顯理論」（Evidenztheorie），但經常出現的用語則是「特別重大瑕疵」（besonderer schwerwiegende Fehler）理論。這裡出現了意義上的差異：到底是強調明顯或重大？如以「明顯理論」的用語，則以瑕疵的明顯性為主，容易以外表明顯瑕疵為論斷的依據；反之由後者而論，則無異為「嚴重論」（Schwertheorie），以違法與法益侵害的嚴重性為論。

這可能影響到審查密度的問題（註二）。在公法學上並非陌生。但應注意，其在行政法與憲法領域，特別是運用在釋憲實務上，並不完全一致。

在行政法學的領域，本理論主要適用在論定一個行政處分是否具備無效的事由。一個行政處分作成後，原則上是承認具備合法性，只有在例外的情形才被認定為無效，而自始不生效力，如同未曾作成該處分，即「白忙一場」。故為了推翻一個行政處分具有合法性之「假定」，才創設出此理論。德國行政法的「無效論」，認為一個行政處分在具備下述情形時，可認定為自始無效：一個行政處分出於無管轄權之行政官署、明確違反憲法與上位法規、違反法治國最重要的價值判斷、內容完全不明確以及根本在法律上不可能等（註三）。此在德國聯邦行政程序法第四十四條第一項之立法例，我國行政程序法第一百十一條也有類似的規定（註四）（特別是第七款明白概括規定：行政處分具有其他明顯重大之瑕疵者，無效），在行政法上針對行政處分是否具備無效理由所採取的判斷標準，當是一個客觀存在的審查對象－瑕疵是否已達到重大與明顯。雖然應由主管機關依職權確認，但行政處分相對人或利害關係人有正當理由時，亦可請求主管機關確認（行政程序法第一百十三條），最後訴請行政法院

審查之（行政訴訟法第六條確認行政處分無效之訴）。

至於上述瑕疵是否重大與明顯，存在於形式面或實質面，皆非所論。在形式面（行政處分的欠缺合法性，如出於不具管轄權之機關）的爭議比較明顯，在實質面上的爭議可能更多，而所牴觸的法規範也未必明確，例如行政處分內容違背公共秩序、善良風俗（行政程序法第一百十一條第五款），便可能各抒己見，而不易獲得一個「一望而知」的結論。

在構成要件上，也必須同時具備瑕疵的重大性與明顯性。之所以要求具備瑕疵的重大性，乃因微小的瑕疵可以透過補正的方式來治癒或轉換（行政程序法第一百十四條、第一百十六條）；至於「瑕疵明顯性」，使行政處分相對人以平常注意程度（否則是重大過失），即可得知行政處分具備有效性的瑕疵，從而減低了信賴利益損害的風險。故行政法上作為判定行政處分是否為無效的「明顯與重大瑕疵理論」，自應是以極端且嚴格的要件為其特徵。

至於本號解釋多數意見提出「明顯與重大瑕疵理論」，將之適用在釋憲實務上，顯然將之作為是否「發動」審查權的判斷基準，針對標的是否具有「特殊性」，來決定大法官是否加以審查，此種見解頗值商榷。

行政法上適用此原則來斷定行政處分的目的，只有一種－判斷行政處分為無效與否的問題。但在釋憲層次上則迥然不同，釋憲機關對法規範所作的違憲審查，如果認定已違憲，並不當然只採取宣告無效一途，尚有各種方式宣告之，最和緩的則是無拘束力之修法建議，以及進一步警告性裁判（同見釋字第四一九號解釋）（註五）。可見得釋憲機關對法律違憲的「瑕疵論」，重心應在「重要性」，而非「明顯性」。

至於「明顯性」要件只不過讓有違憲之虞的聲請案，更易受到釋憲機關的青睞，而跨入受理的門檻而已。這也是德國聯邦憲法法院對一九七六年制定的「企業參決權法」（Mitbestimmungsgesetz）所作出的判決中，宣示釋憲機關對於立法者的判斷與預測，首先會進行所謂的「明顯瑕疵」的審查，立法目的是否明顯地無理由或站不住腳（註六）。至於違憲情形嚴重與法益侵害的大小，才是決定法規範命運的決定因素。故法規範具有明顯與重大瑕疵，是使其受到審查及獲得無效結論的高度可能性，但並非作為決定釋憲機關應否啟動審查權的判斷基準（註七）。

若大法官只選擇具有違憲之明顯與重大瑕疵的案件才進行審查，則無異放棄其釋憲與保障人民權利的職責。只在同樣基於憲法高度法益，例如權力分立原則、法治國原則等情形下，而要求釋憲權節制的情形，方可例外允許之。這種情況最明顯的是屬於涉及國會自律與政治問題，以及我國釋憲實務常出現，但爭議頻生的「兩岸事務」相關事件上。茲分別闡述之：

#### 1. 國會自律的釋憲節制

基於權力分立的原則，釋憲機關對於立法機關的審查，主要在其「結果」—即法律等規範而言。至於如何形成立法結果，則屬於國會自治的領域。此領域可由國會以內規方式規定並執行之，可稱為「國會自律」（Parlamentautonomie）。釋憲機關對於立法過程的尊重，表現在惟有產生明顯與重大瑕疵，亦即出現立法程序的缺失，才可以介入審查。大法官很早便承認此原則：

例如在釋字第三四二號解釋中（國安三法相關爭議）（註八）便認為，立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法之重大瑕疵者，必須瑕疵已達足以影響法律成立之重大程度（如未經憲法第六十三條之議決程序），若尚有爭議，有待於調查者，則屬於事實尚未明顯，不得認為無效。

釋字第四一九號解釋復對此問題有進一步說明（註九）。該號解釋提出所謂瑕疵的「重大」，乃是違背憲法之基本原則，諸如國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障，或對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度等而言；所謂「明顯」係指從任何角度觀察皆無疑義，或並無有意義之爭論存在。該號解釋將違憲瑕疵的法益侵犯，所謂的國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障及違反比例原則的基本權利限制都包括在內，似乎已和釋憲機關審查一般法規範違憲並無任何差異也。

再者，釋字第四九九號解釋中，對於國大修憲的合憲性，也與釋字第三四二號解釋極為類似，就不待調查的重大形式瑕疵，而導致議事程序喪失正當性（註十），宣示國會自律，也必須受合憲性原則的拘束（註十一）。

由上述大法官在釋憲實務所承認的「明顯重大瑕疵理論」，大法官只針對極少數的立法態樣—由立法過程引發的爭議，是否侵犯到憲法所維繫的重要法益，例如國民主權、人權的核心價值、民主法治國原則等，才會導入此原則，作為司法退縮的立論依據。易言之，大法官所尊重者是涉及國會自治的事項，而非國會行使立法權的結果—法律。在國會行使立法權的過程中—有無遵守法定的程序，大法官且由早期的尊重國會自行調查是否有程序不備之處（釋字第三四二號解釋），到明白否認國會可以國會自律為擋箭牌，而認為國會違反議事程序之立法行為（修憲行為）為無效（釋字第四九九號解釋），顯示出大法官雖尊重另一個憲法機關享有形成意志的自由，但也強調其必須遵守程序的合法性（註十二）。大法官在此可採為檢驗的標準（法治國原則、國民主權原則）以及檢驗密度上，都可看出不一定非採取退縮的態度不可。

## 2. 政治問題的釋憲節制

當公法爭議，涉及「政治問題」時，也是大法官應當退縮、節制釋憲權的場合，為此大法官在釋字第三二八號解釋，特別舉出：「國家領土之範圍

如何界定，純屬政治問題；其界定之行為，學理上稱之為統治行為，依權力分立之憲政原則，不受司法審查。」（註十三），同樣地在釋字第四一九號解釋，第二度援引此原則，認定總統如何處理行政院院長「禮貌性辭職」，乃總統裁量之權限，屬於統治行為之一種，非可作為合憲性審查的事項。

釋憲機關援引所謂的「政治問題」作為自制的原則，首先要將政治問題的概念加以界定，亦即涉及憲政機關權力運作，特別是總統、行政機關或立法機關依法定權限所為，主要援引權力分立之精神，對於不涉及侵犯法治國家原則、人民基本權利之事項，不宜由不具民意基礎的釋憲機關加以置喙也。

憲法既然具有「政治之法」的特徵，任何公權力的行使，即使不涉及人民基本人權侵犯的案件，都可能涉及權力分立的運作模式（釋字第四一九號解釋案例參照）及追求更優質法治國家的可能，因此很難摒除司法審查的必要性。釋憲機關對此自我限縮，顯然也放棄了擔任「憲政維護者」角色。

故歐洲國家普遍設立的憲法法院，不僅可審查法規範是否違憲外，對於學說上常常列入政治問題的外交（包括條約）、宣戰、媾和程序、甚至元首的人事權，均列入違憲審查的範圍。故政治問題原則是否仍可適用？學術界早已持否定態度也（註十四）。舉例來說，德國聯邦憲法法院便認為，類似議決條約之行為（兩德統一條約），主要是應由政治意志形成的國會去負責，釋憲機關對國會判斷，乃採取「純粹明顯瑕疵的審查」（bloße Evidenzkontrolle），但並非放棄審查的權力（註十五）。

本席要特別呼籲，所謂的政治問題原則，不可無限上綱，認為高度政治爭議的法律，即表彰立法者高度的政治判斷，均可納入政治問題的範疇。須知所有的立法結果，都是立法機關對價值判斷的決定，當涉及到人民之基本權利遭受侵犯時，更是具有高度的政治性，釋憲機關豈能自卸盔甲而退縮之？

在涉及政治問題事件時，大法官所採取的對應乃「拒絕審查」，而非如涉及國會自律之適用「明顯與重大瑕疵理論」，採行「司法退縮論」的審查標準，故有退縮程度的大小之分。

### 3. 兩岸事務的釋憲退縮

本院釋憲實務上，對於涉及國會自律以及屬於政治問題範疇的事件，採行退縮之態度，畢竟政治問題乃淵源自歐美憲法學的理論，尚可獲得學術界的支持。但對一個既不涉及政治問題，也未具有立法過程爭議，而只對法律內容是否有違憲之虞，所提出的釋憲案，竟會以該事件涉及某些特殊領域，讓釋憲機關自行打退堂鼓，則是從釋字第六一八號解釋才首開其例，為我國釋憲實務所自創。該號解釋與本號解釋同樣涉及到大陸地區人民其基本人權



限制，也是明顯重大瑕疵理論「擴張適用」的開端。

到底「兩岸事務」具有何種的「嚇阻力」，才讓釋憲機關「束手」？亦或是釋字第六一八號解釋誤將「高度性政治判斷」的案件，比附為「政治問題」，才採取退縮的立場？值得再一步探究之。

## （二）運用釋字第六一八號解釋立論的商榷

多數意見提到本案的審查基準時，明白將系爭案件的「屬性」定位為涉及兩岸關係，具有高度的政治性。先於本號解釋理由書第二段中明言，兩岸關係條例係源於憲法增修條文的特別立法。復於解釋理由書第三段強調：「鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定……釋憲機關固宜予尊重。」

多數意見作出此結論顯然有二：第一、兩岸關係條例乃憲法的特別授權，讓立法者擁有較大的彈性與政策形成空間；第二、立法者似乎獲得特別授權的尚方寶劍，所決定者屬於高度政治判斷，需要多方資訊與智慧，非釋憲機關所能越俎代庖，顯然更明顯地採擷自「政治問題理論阻卻釋憲權」的立論。

上述兩種見解是否妥適，值得加以檢討。最主要的癥結點是對兩岸關係條例的定位－該條例係憲法特別授權，卻非「自由授權與概括授權」。

憲法增修條文第十一條雖特別授權立法者對兩岸事務得為特別立法，很容易使人誤解憲法增修條文係將大陸地區人民的人權保障，以及我國國民涉及大陸地區與大陸地區人民關係，所牽涉的基本人權保障之範圍，完全授權由立法者來決定，讓立法者能夠「審時度勢」來決定兩岸的事務。

這種誤解，似乎早見於釋字第六一八號解釋，復重現於釋字第七一〇號與本號解釋，根源於對憲法文義的僵硬解釋所導致。憲法解釋之方式有多種，何以獨鍾此詮釋之方式，而誤「大義」乎？

首先，憲法對大陸地區人民的基本權利，亦負有「保障者」的角色。從而憲法增修條文違背此基本精神，也會牴觸憲法而無效（釋字第四九九號解釋參照），從而憲法增修條文第十一條不能授權立法者掌握背離此原則的完全立法權限。

本席在釋字第七一〇號解釋部分不同意見書已經再三指陳憲法增修條文第十一條的定性，僅是「價值中立」的憲法委託，讓立法者能夠審時度勢，衡酌兩岸關係的情勢（包括可能瞬時產生的情勢變化），制定出最符合立法目的的規範。但猶不能侵犯法治國家與基本人權最重要的原則，諸如人性尊嚴、權力分立、法律明確性、正當法律程序、禁止空白授權等。

憲法增修條文第十一條規定只扮演「加強區別待遇正當性」基礎，方有值得一述的價值。涉及兩岸關係的立法，幾乎每個條文都有牴觸平等原則的爭議，為了避免國家公權力，包括釋憲機關，遭到質疑及聲請檢驗平等原則的不勝

其擾，該條文才賦予立法者得為特別區別待遇的憲法基礎，以破除憲法第七條所禁止之針對人民所來自、與所處「地域」差異而採取差別待遇的禁令。

其實，基於國家限於分裂之現實，在國家權力所不及地區之人民，本即與生活在國家公權力統治下的國民，可以透過立法者為不同對待，此即「事物本質」（Natur der Sache）所當然。因此在憲法增修條文第十一條未公布前，立法者對涉及大陸地區人民的事務，制定許多規範，並不因此而有違憲之虞。依本席之見，憲法增修條文第十一條的制定，僅不過發揮「杜悠悠之口」、避免頻生牴觸平等原則爭議之作用罷了，不增訂此條文，也不妨害立法者採行差別待遇的手段。只要立法者妥善、出於可說服的公共利益，並採行符合比例原則訂定差別待遇的手段或措施，也無庸制定該條文也。

憲法增修條文第十一條並未賦予立法者有無上的「尚方寶劍」，來延緩我國憲法所追求優質法治國家的腳步。大法官更當體認此種精神，並作為監督兩岸立法的基本態度。

然而，本席這種理想不免為現實所摧折：試觀乎兩岸關係條例仍處處瀰漫「概括授權」的陰影。特別是規範國家行政行為，俾使國家行政公權力運作能符合正當法律程序之原則，並維護法律明確性與可預測性，所制定的行政程序法，卻被兩岸關係條例第九十五條之三明文排斥不予適用。顯示出立法者仍不能正視兩岸人民間所衍生之法律關係具有平常之民事、刑事與行政法性質，而偏要將之推入類似軍事威脅之攸關國家安全與利益的事項，本席在釋字第七一〇號解釋部分不同意見書也對此表達頗為遺憾與不解之意。

令人遺憾的是，本號解釋卻未能夠澄清過往對憲法增修條文第十一條將「特別授權立法」，無限上綱擴張成「特別完全授權立法」的質變現象，才會創造出釋憲機關自願拱手放棄審查的定調與結論。

### （三）法益分量的差異

本號解釋在提出採行尊重立法者的立法裁量時，幾乎一字不漏完全援引釋字第六一八號解釋的立論，顯示出多數意見對之亦步亦趨的信服。縱不論該號解釋是否妥適以及能否繼續沿用至今的問題（註十六）。先觀之本號解釋所涉及法益之重大，就遠非釋字第六一八號解釋可比，應可阻卻全盤援引該號解釋之立論。

釋字第六一八號解釋涉及到大陸地區人民入籍後服公職的權利，是否遭到兩岸關係條例的歧視，引發違反平等權的問題。該號解釋面臨兩方法益的衝突與平衡，一方乃工作權與服公職權，另一方是限制該等人權所帶來的公共利益。大法官在該號解釋中居然未有一字論及聲請人服公職權的重要性，更未提及工作權的侵犯問題，反而全力闡明擔任公職必須具備的要件以及限制措施所符合的公益考量。

由釋字第六一八號解釋的論點，明顯可得知大法官並不在意聲請人的人權分量。大法官這種完全倒向公共利益，而未斟酌人民工作權與服公職權之重要，甚至沒有在比例原則上費心探究，難謂無偏頗之嫌（註十七）。

但無論如何本號解釋所涉及到的法益侵犯一家庭權所連結的人性尊嚴、人倫秩序、人格自由發展，甚至受到憲法制度性保障的宏偉與莊嚴之重大法益，都遠非釋字第六一八號解釋的工作權所可比擬，釋憲者當不可輕忽之。

尤其涉及家庭權之法益，已經提升到國際人權典範所肯認，而成為普世價值時，例如世界人權宣言之序言第一句便指出：「鑑於對於人類家庭所有成員的固有尊嚴及其平等、不移的權利之承認，乃是世界自由、正義與和平的基礎」；該宣言第十六條也規定：「家庭是自然的與基本的社會單元，並應受社會及國家的保護（註十八）。」

雖然釋字第七一〇號解釋，在承認憲法增修條文第十一條屬性上，仍持較陳舊的見解。但對於同樣涉及到兩岸關係的事務上，卻也極開明地承認人身自由權為普世價值，即使大陸地區人民進入臺灣地區後，也應當享有此權利，並給予即時救濟的訴訟權（註十九）。可見得一個重要的基本人權只要能提升到普世人權的層次，即使是兩岸關係條例也不能降低應受高度保障的資格也。就此而言，本號解釋比起釋字第七一〇號解釋有「不進反退」的現象。

### 三、方法論上的缺憾

#### （一）應以平等權為審查原則

本號解釋聲請人針對系爭規定是否違反平等權，而提起釋憲，惟多數意見卻捨棄審查平等權，改採以比例原則來審查。確如聲請人指陳的：為何系爭規定僅禁止有子女的國民，自由收養大陸地區人民，而不及於收養其他地區之人民？此限制的確涉及收養對象的歧視，理應以平等權來審查之。

過去大法官在涉及到兩岸人民關係的相關案件中，頗多以平等權作為審查標準，例如釋字第六一八號解釋，便是基於平等權來審查大陸地區人民來臺擔任公職的限制，是否有違憲之問題。本號解釋多數意見採取司法退縮論時，既已全部援引該號解釋之立論，但為何卻捨棄其所採取的檢驗標準？

然而「歪打正著」，多數意見意圖規避使用平等權，而運用比例原則以代之，但實際結果與運用平等原則來檢驗也不會有差異。質言之，由於比例原則與平等原則都會涉及到手段的運用，即使立法目的已具有正當性，其追求手段目的的區別，手段必須符合比例原則。

因此，不論美國或德國的憲法學理論，都已經明白提及此原則。德國平等權檢驗與適用比例原則的問題，本席已經在釋字第六八二號解釋不同意見書詳細提及，在此再簡述一二。

德國聯邦憲法法院對於立法者裁量是否違反平等原則時，已經由最早期對

立法者裁量採取寬鬆審查的「恣意模式」(Wilkurformel)——亦即一旦立法者無法找到一個合理、符合事理，且具有說服性的理由來合理化其所採之差別待遇，否則應承認立法者判斷是正確；嗣後歷經一九八〇年的改採「嚴重與否論」——即使採取差別待遇雖有理由，但無論就差別待遇的種類與分量，或對不利者是否造成嚴重侵害，都必須進行檢驗，以求符合正義。易言之，此所謂的「新模式」，已經與比例原則相接近，特別是強調比例原則第三個子原則「均衡性」，相去不遠。最後在一九九三年德國聯邦憲法法院更提出了「修正新模式」的理論，將合憲性的檢驗矛頭指向造成區別對待的立法目的，有無符合正義觀。特別是提出來的「因人而異」與「因事而異」的不平等判斷基準，更契合了本號解釋的標的——針對收養大陸地區人民所為的特殊限制。

依德國聯邦憲法法院所操作「因人而異」而為的差別待遇 (personenbezogene Ungleichbehandlung)，是指針對法規適用對象的年齡、身分、教育背景、來自地域及職業區別等，而採取差別之待遇。這是最容易造成侵犯平等權的類型，應當適用嚴格的標準，此時即應運用比例原則，予以進一步檢驗。

至於「因事而異」的差別待遇 (sachbezogene Ungleichbehandlung) 是指因為客觀存在事實的不同，而作出的差別待遇。德國聯邦憲法法院曾舉出一例：德國民事訴訟法對於判決未有上訴途徑與教示期間之規定，而行政訴訟與刑事訴訟之判決則有此規定，如此一來，民事訴訟法的欠缺規定會否牴觸平等權？德國聯邦憲法法院認為這種「因事而異」的案件，許可立法者有較大的裁量權，而無庸必須援引比例原則予以檢驗。易言之，仍採納最早的「恣意模式」之檢驗標準。

至於美國聯邦最高法院在處理平等權問題特別涉及來自地域差異，例如種族歧視，或是性別歧視，都是採行「嚴格審查標準」(Strict Scrutiny Test)，似乎都已成為定律（註二十）。

由上述德國聯邦憲法法院歷經整整三十年的平等權檢驗過程以及美國聯邦最高法院運作，可知對於「因人而異」的平等權爭議，必須採用最嚴格的標準與運用比例原則。而本號解釋的原因案件正屬於此類的案件，何不仿效此進步的檢驗模式？故多數意見捨棄審查平等權，但即使審查平等權，亦應適用比例原則，不論以平等權或比例原則為審查基礎，都會導出應以嚴格標準作為審查密度。

## （二）適用比例原則方式的商榷

本號解釋多數意見值得讚許之處，雖然承認釋憲權對兩岸事務的立法裁量，採取退縮的立場，仍保留可依據比例原則作為檢驗系爭規定是否合憲的唯一手段。而多數意見卻也劍及履及，提出了「可收養大陸配偶子女」為例外的結



論。

多數意見這種操作比例原則的方式似顯粗糙，不僅未對系爭規定的立法目的及公益性質是否已經過時，而喪失理智及說服力，進行檢驗；復未對是否仍有最和緩措施的可能性加以探究，便立即「跳躍」到法益均衡的判斷，導出應有例外規定的結論。這種跳躍式的思考，前後論理斷裂，不無甚大的瑕疵存在，可分述如下：

#### 1. 立法目的的妥當性審查，並未進行：

適用比例原則乃是目的與手段間的審查，主要在探究採行之手段是否能達成立法目的以及必要。此前提當然必須有限制人權的公共利益存在，其次才是檢驗限制的手段是否「真正」能夠達成目的。因此首先要探究立法目的到底存在否，亦即立法者限制人民收養自由，所要追求的公共利益是否確實存在、有無誇大，以及是否還具「現實性」，而沒有過時落伍之嫌。

這也就是釋憲權之所以能節制立法權，避免立法者恣意、羅織虛幻不實的公益目的，來限制人民基本權利。釋憲者這種獨立判斷立法目的與公益的存在與分量，並不因為立法者擁有立法裁量，而有必然的退縮與否之定律；反之，釋憲者必須採行「重要性理論」，而非「明顯論」，甚或「明顯重大瑕疵理論」，來承擔此職責。凡是侵犯人權種類的層次越高，例如生命權、人身自由、人倫秩序與家庭權，甚或人性尊嚴，則釋憲機關檢驗立法裁量的範圍更廣、密度更高。

也唯有針對較低度的法益者，立法者獲得釋憲機關信賴的裁量空間才會較寬，從而不免彰顯釋憲機關怠惰的「明顯重大瑕疵理論」，方有適用的餘地。就此而言，釋字第六一八號解釋立論，也才有勉強獲得部分學界支持的理由。

吾人檢驗系爭規定的立法理由，乃是：「鑑於臺灣與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許臺灣地區人民依民法相關規定收養大陸地區人民，而無其他限制，將造成大陸地區人民大量來臺，而使臺灣地區人口比例失衡，嚴重影響臺灣地區人口發展及社會安全，乃制定系爭規定，以確保臺灣地區安全及社會安定……」（解釋理由書第四段）。明顯可知立法目的在避免人民收養過多大陸地區人民，以致於造成氾濫。因此「人口政策」的考量，被系爭規定提升到「確保臺灣地區安全及社會安定」的重要公共利益。好沉重與莊嚴宏大的「重量級」公共利益也！果真如此耶？

這種立法考量的確令人驚訝！需注意的是，立法者在此考量，並非基於「防弊」的因素－防止人民濫行收養權利，例如利用人頭來虛偽收養，使之達到入境臺灣的目的，正如同本院釋字第七一〇號解釋是針對濫行結婚自由（虛偽婚姻），達到「真移民」的目的所作之解釋。質言之，系爭規定係將

人民即使誠意、本於需要來收養大陸地區人民的自由，一併加以禁止，無庸顧慮是否有濫行收養權之實。同時，其剝奪了法院在個案審酌真正收養事實與需要的裁決權力，而採行「羈束」處分式的立法規定—法院應不予許可，足見立法者強力貫徹立法意志的決心。

這種立法的動機將人民收養自由、並組成家庭，以維繫人倫秩序的限制，套上了「可能侵犯」國家安全與社會秩序的大帽子，是否太過沉重？這恐怕也是兩岸關係條例制定於民國八十一年七月，距離我國解除戒嚴僅有五年之久，才會有這種充滿戒嚴心態的條款規定。

按被臺灣地區人民收養的大陸地區人民，豈非因收養關係而得到家庭溫暖、臺灣教育制度與社會對其的照顧與發展生涯的機會，而對這片土地懷有好感？儘管不一定會有感恩之心的期待，但想必不會有視之如寇讎，必加害之而後快的心態，當可肯定也！系爭規定立法動機，認為大陸地區被收養人數的增加，會帶來臺灣安全性的危害，是否對臺灣社會的溫暖不具信心，甚且扭曲人性的善良面？這種偏見，實不脫戒嚴時代的心態也。

更有甚者，這種心態也潛伏著極大的危險性：立法目的潛意識裡，仍操持著對大陸入籍者敵視的態度、認為過多的人籍者可能帶來「木馬屠城」的威脅，否則不會將之視為對國家安全之危害。這種隱藏式的敵對心態不免有「惡劣歧視」（invidious discrimination）的因子，已提升到法律層次，更令人感到不安：此豈非為兩岸的安定，以及國內族群的融合與和諧埋下一個隨時引爆的地雷乎？

若要妥善檢視此人口政策，可知脫離現實更遠！我國人口少子化的趨勢，已極為嚴重，斷非二十年前系爭規定制定時所預測的情勢可比；其次若為針對少子化採行對策，則同文同種、語言與文化都一致的大陸地區人民，遠比東南亞或世界其他地區所謂「新移民」，更能融入我國的社會。然此可能的「利多」因素，反而被系爭規定定位為「利空」。尤其是收養關係乃建立親子關係，語言的溝通方便性、文化背景的一致性，都有助於收養關係的和諧進行。故立法者基於過時人口政策而採行的限制收養基本權規定，能否經得起理智性與時效性的檢驗，恐答案為否定也！

## 2. 未對必要性原則進行周詳之審查

多數意見對系爭規定採取的限制手段，是否符合最後手段的必要性原則，並未進行審查。此由理由書第四段只討論目的性，第五段直接討論法益均衡性的問題，明顯地可發覺出已省略了必要性原則的審查。

其實，多數意見實質上進行了必要性的審查，只是在不知不覺中進行矣。此見諸多數意見認定系爭規定部分違憲之處為：「系爭規定並未就此種情形排除法院應不予認可之適用……」。就此而言，系爭規定對人民收養其配偶

之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當」。乍看之下，字句頗令人眼熟！不錯，正是本院前一號解釋（本院釋字第七一號解釋）所採行的檢驗方式與結論。該號解釋論及藥師法第十一條限制藥師於一處執業，而無任何例外彈性規定。大法官則以不論是藥師有支援醫藥資源缺乏之處、參加巡迴義診、或重大災害發生時都有需要藥師專業服務之需，宣示法律雖然規定執業於一處符合公共利益，仍應訂定彈性的例外規定。

同樣是獲得應當有規定彈性的例外許可，但本號解釋未如釋字第七一號解釋般，檢討系爭規定中「未設例外」規定的公共利益，進行深入的探討，以增加說服力。否則連系爭規定的公益性都無法支撐，更無庸論及應否制定例外規定矣。系爭規定公共利益的存在尚存有重大疑慮—勿忘立法者將之提升到保衛國家安全與社會安定的層次，馬上導出應有例外規定的必要性，豈非「皮之不存，毛之焉附」？

既然收養自由已納入憲法第二十二條的保障範圍，即可因為公共利益之需，且在必要的範圍內加以限制。此見諸本院釋字第五〇二號解釋，對於收養人與被收養人必須具有年齡差距要件，該號解釋認為，只要符合我國倫常觀念，為維持社會秩序、增進公共利益所必要，即可由立法者為彈性的規定。

因此規範收養的立法裁量，與一般人民基本權利限制的立法裁量無異，沒有本質上太大的差別，唯有特別重視「我國倫常觀念」矣，但該號解釋的立論，及重視倫常觀念作為特別拘束立法裁量權的意旨，卻未被本號解釋多數意見所採納。推其因，是否因為「兩岸事務」的「魔障」，阻擋了釋憲機關以一般標準審查立法裁量權，及援引倫常價值的職權乎？

持平而論，立法機關應當以平常心與通案的態度，防止虛偽收養的行為發生，不只應當防止「人頭養子女」來自大陸地區，也要防止來自世界其他地區，不單只認定來自大陸地區的養子女即會有高度「虛偽收養」的危險，即可避免產生歧視之虞。

惟有從防弊的角度，針對可能濫用收養權採取防範的措施，才是正道。就手段而言，採行較和緩的方式亦所在多有：得以數量作為管制方法，例如最多只能收養三名；在收養的要件上，要求養子女都已成年確有不孝順及其他感情糾葛的情形；或具備收養理由（例如有照顧大陸親友及家族的子女的約定），並有合理評估機制等（例如除了法院外，讓社工團體參與評判收養的必要性）等，都是立法者可仔細考量後，採行的立法配套措施。

### 3. 未進行真正與無誤的「法益均衡」檢驗

多數意見在理由書提及，其已進行「法益均衡性」的審查：「系爭規定

對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當。」（解釋理由書第五段）然值得注意的是，雖然這裡使用了「顯失均衡」的用語，但並非真正的「法益均衡」之審查。因為既然導出「系爭規定未就此（收養其配偶之大陸地區子女）排除法院應不予認可適用」結論－亦即應開收養陸配子女例外之門（如同釋字第七一一號解釋），顯然在方法上仍屬於「必要性原則」的審查，已於上述，此乃多數意見的不察所致。

其次，法益均衡的審查也有「標的錯誤」之嫌，按法益均衡乃是以系爭規定所限制的所有適用對象的法益損失為一方，而以法規所追求的公益為另一方，兩相權衡後，必須公益的砝碼有超過對方之優勢，方符合均衡性原則。然多數意見卻棄所有的適用對象之人權損失於不顧，只挑選極小部分擁有陸配子女之國民的家庭法益之損失，作為均衡判斷的對象。這種均衡後的受益者竟是極少部分國民，絕大多數的國民反未蒙其利，此利益的均衡也只不過是對部分「幸運」國民所給予的「局部優惠」罷了，根本不能夠稱為能通過真正的「利益均衡」之審查。

#### 四、結論－小民期盼家庭天倫之樂，何忍被冰冷「人口政策」所陪葬

誠然本號解釋在理由書第一段中強調，人民收養子女乃是創設親子關係為目的的身分行為，以組成並實現家庭生活為目的，形成事實上之生活與形成教養與撫育的生活共同體。而此共同體－「家庭」更是社會形成與發展的基礎。此攸關人倫的重大法益，憲法應當給予最高度的保障。但這種最高度的保障，不能只是口惠而實不惠，淪為「空紙保證」，應當在具體的釋憲行為上，顯示出具有最高度保護性，即釋憲機關對於立法者對該法益給予之限制，採行最嚴格的審查標準，方得奏功。

按人民之所以有收養他人子女為螟蛉子，可以肇因各種動機：有出於傳宗接代者，以為香火繼承（釋字第六六八號解釋）；亦有為了家庭溫暖，承歡膝下；亦有基於宗教信仰的慈善心腸，藉著收養窮困子女，以顯現人性光輝（人格發展權）等。除了收養創建之親子關係，可以創造人倫價值與養育功德的至高價值外，更體現「幼吾幼以及人之幼」的偉大情操。

就此而言，英國大哲學家培根的一句名言，便指出了父母養育子女的功德，以及這種關係所帶來令人縈繫心際的感動：

若養育子女只是為了繁衍後代，那即使是禽獸亦懂得傳宗接代，一代代繁衍下去。但養育子女所能帶來的回憶、所彰顯的功德與偉大，則是人類所特有也。

特別是已有子女的國民，其還會興起收養子女的念頭，其動機可能有多重：兒女已經成長且離家，膝下空虛；可能因為工作等因素錯失養育子女的機會；亦不乏屬於「李爾王」式的悲劇－親生兒女不孝或感情不睦……等，都會造成已有



子女之國人興起另行收養子女的動因。這些動因都是光明正大，且無「社會侵害性」（Sozialschadlichkeit），足以被憲法第二十三條引為限制人權的公益理由（註二十一）。

需知收養是創設身分關係的法律行為，伴隨而生許多親屬法上的權利義務，特別是扶養的義務。當臺灣今日逐漸步入高齡化社會時，每個家庭若有子女、養子女來承擔照顧長輩的責任，也讓年長者能獲得家庭溫暖與扶養的照顧，更可減輕國家與社會的負擔，可見收養於私於公，不失為雙贏之舉。

吾人不能再漠視系爭規定的立法者基於過時與落伍的「人口政策」，懷抱著「大陸養子女氾濫論」會帶來國家安全威脅的虛幻與誇張的「自我恫嚇」心態，所制定出來的「收養禁令」，更早應退場。多數意見竟未能大開魄力的力挽狂瀾，敦促立法機關從速修法。不禁令人為之可惜之至也。

特別是居於廟堂之上的君子，一紙條文說出「人口政策」的堂皇大道理，讓無數升斗小民能有子女承歡膝下、驅除心靈空寂，以享受天倫之樂的期盼，卻也隨之陪葬，於人心可忍乎？孟子梁惠王篇第七章「老吾老，以及人之老；幼吾幼，以及人之幼。」及孔子禮運大同篇「鰥寡孤獨廢疾者皆有所養。」所描繪的人間樂土之理想，是否距離我國，已經越來越遙遠乎？悲哉！

註一：參見德國聯邦憲法法院在今年二月十九日關於「同性戀收養子女案」判決中所表示的見解，BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.2.2013, Absatz-Nr. (62)

, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/l1s20130219\\_1bvl000111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/l1s20130219_1bvl000111.html)

註二：Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 532.

註三：Maximilian Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, 2009, § 167; 9, 130.

註四：行政程序法第一百十一條規定：行政處分有下列各款情形之一者，無效：

- 一、不能由書面處分中得知處分機關者。
- 二、應以證書方式作成而未給予證書者。
- 三、內容對任何人均屬不能實現者。
- 四、所要求或許可之行為構成犯罪者。
- 五、內容違背公共秩序、善良風俗者。
- 六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。
- 七、其他具有重大明顯之瑕疵者。

註五：釋字第四一九號解釋：「……若未達到此一程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。是故設置憲法法院掌理違憲審查之國家（如德國、奧地利等），其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞」。

註六：BVerfGE50,290/33；Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rdnr.532.

註七：Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rdnr.530.532.

註八：釋字第三四二號解釋理由書：「法律因牴觸憲法而無效，固不以其內容牴觸憲法者為限，即其立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法之重大瑕疵者（如未經憲法第六十三條之議決程序），則釋憲機關仍得宣告其為無效。然如其瑕疵是否已達足以影響法律成立之重大程度，尚有爭議，並有待於調查者，則事實尚未明顯。依司法院大法官審理案件法第十三條第二項規定，大法官解釋憲法得準用憲法法庭之規定行言詞辯論，乃指法律問題之辯論，與宣告政黨違憲事件得調查證據之言詞辯論，有所不同，即非釋憲機關所能審究，且若為調查事實而傳喚立場不同之立法委員出庭陳述，無異將政治議題之爭議，移轉於司法機關，亦與憲法第七十三條之意旨有違，應依議會自律原則，仍由立法院自行認定之。」

註九：釋字第四一九號解釋理由書：「憲法上行為是否違憲與其他公法上行為是否違法，性質相類。公法上行為之當然違法致自始不生效力者，須其瑕疵已達重大而明顯之程度（學理上稱為 Gravitaets- bzw. Evidenztheorie）始屬相當，若未達到此一程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。是故設置憲法法院掌理違憲審查之國家（如德國、奧地利等），其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。本院歷來解釋憲法亦非採完全合憲或違憲之二分法，而係建立類似德奧之多樣化模式，案例甚多，可資覆按。判斷憲法上行為之瑕疵是否已達違憲程度，在欠缺憲法明文規定可為依據之情形時，亦有上述瑕疵標準之適用（參照本院釋字第三四二號解釋）。所謂重大係指違背憲法之基本原則，諸如國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障，或對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度等而言；所謂明顯係指從任何角度觀察皆無疑義或並無有意義之爭論存在。」

註十：釋字第四九九號解釋理由書：「國民大會於八十八年九月四日三讀通過修正之憲法增修條文，依其議事錄及速記錄之記載，修憲之議事程序實有諸多瑕疵，諸如：（一）二讀及三讀會採無記名投票，（二）復議案之處理未遵守議事規則，（三）散會動議既經成立未依規定優先處理，（四）已否決之修憲案重行表決與一般議事規範不符，（五）二讀會後之文字整理逾越範圍等。第按瑕疵行為依其輕重之程度，產生不同法律效果。修改憲法乃國民主權之表達，亦係憲法上行為之一種，如有重大明顯瑕疵，即不生其應有之效力（參照本院釋字第四一九號解釋理由書，載司法院大法官解釋續編，第十冊，第三三二頁）。

所謂明顯，係指事實不待調查即可認定；所謂重大，就議事程序而言則指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，而違反修憲條文成立或效力之基本規定（參照本院釋字第三四二號解釋理由書，前引續編，第八冊，第一九頁）。前述各種瑕疵之中，無記名投票已達重大明顯之程度。」

註十一：對於釋字第三四二號解釋認為如果議事進行的瑕疵，如仍有未盡明確，則應交由國會調查明確後，方能澄清時，則不能認為已符合「明顯瑕疵」之要件。對此釋字第四九九號解釋理由書有進一步的補充：「一旦發生疑義，釋憲機關自有受理解釋之權限，已見前述；至於相關機關所踐行之議事程序，於如何之範圍內為內部自律事項，何種情形已逾越限度而應受合憲性監督，則屬釋憲機關行使審查權之密度問題，並非謂任何議事程序皆得藉口內部自律事項，而規避其明顯重大瑕疵之法律效果」。

註十二：此尊重另一個憲法機關的獨立判斷而採納的「明顯重大瑕疵論」也可見諸釋字第三一九號解釋：「考試機關依法舉行之考試，其閱卷委員係於試卷彌封時評定成績，在彌封開拆後，除依形式觀察，即可發見該項成績有顯然錯誤者外，不應循應考人之要求任意再行評閱，以維持考試之客觀與公平。」

註十三：本號解釋涉及到領土的界定，雖具有政治爭議，但屬於確認性的聲請，大法官對於現存的狀態理應作出解釋，而非認為乃政治問題而不予受理。吾人試舉一例，倘若將來涉及金門、馬祖或澎湖是否為中華民國疆域之聲請案，大法官豈可不確認之？參見陳新民，《憲法學釋論》，第七版，民國一百年，第 768 頁。

註十四：參見陳新民，《憲法學釋論》，第 767 頁。

註十五：BverfGE 36,1/17；Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rdnr. 532.

註十六：釋字第六一八號解釋認定兩岸關係條例第二十一條規定，大陸地區人民依法進入臺灣，並進一步設籍後，必須滿十年方能擔任一般公務員。但依國籍法第十條之規定，外國人歸化我國後必須滿十年，才能擔任政務官、將官、大使、立法委員及民選公職人員，都屬於高級公職人員。按大陸地區人民許可入籍後，已和外國人歸化我國並無二致，何以有如此巨大的差異？大法官在該號解釋認定乃是基於大陸地區人民的來源地乃實行共產主義之中國大陸，以致於其執行公權力會導致國人的不信賴，故合理化其區別待遇。但同樣來自實行共產主義國家之移民，例如越南、柬埔寨、前東歐與蘇聯各國，為何無此限制乎？這種對於來自地域差異的歧視，顯然牴觸平等原則。參見陳新民，《憲法學釋論》第七版，民國一百年，第 92 頁；大法官在此涉及工作權的限制方面，也放棄了所謂的「三階段理論」中的「客觀資格要件」之限制，應採取最嚴格的審查標準（釋字第五八四號、第六四九號解釋參照），反

而認為是執行職業的限制，而採取最寬鬆的審查標準。可參見本席在釋字第七一〇號解釋部分不同意見書。

註十七：對於該號解釋的批評，可參見廖元豪，〈外人做頭家？－論外國人的公民權〉，刊載：司法院九十五年度學術研討會，民國 95 年 12 月 9 日，第 87 頁以下。

註十八：例如：歐洲人權公約第八條第一項：「任何人均有主張其私人與家庭生活、居住與通訊應受尊重之權利。」；第十二條：「適婚年齡之男女均有依據其內國法結婚與組織家庭之權利。」；公民與政治權利國際公約第十七條第一項：「任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。」；第二十三條第一項：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」；第二十四條第一項：「兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予之必需保護措施，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、民族本源或社會階級、財產、或出生而受歧視。」；經濟社會文化權利國際公約第十條規定：「家庭為社會之自然基本團體單位，應儘力廣予保護與協助，其成立及當其負責養護教育受扶養之兒童時，尤應予以保護與協助。婚姻必須婚嫁雙方自由同意方得締結。」

註十九：釋字第七一〇號解釋雖然也在理由書提到「尤其強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應審慎。」但該號解釋未對人民婚姻與家庭基本權保障，進行更多論述，顯然忽視法益的重心所在。本席也提出不贊成此「法益重心失焦」的現象，參見本席在釋字第七一〇號解釋部分不同意見書。

註二十：參見郭介恆，〈美國性別平等之違憲審查基準〉，刊載：司法院九十五年度學術研討會，民國 95 年 12 月 9 日，第 94 頁以下。

註二十一：陳新民，《憲法學釋論》，第 167 頁。

#### 抄汪少祥釋憲聲請書

謹依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，聲請解釋憲法，並將相關事項說明如後：

#### 壹、聲請解釋憲法之目的：

聲請人因收養配偶劉茜與其前夫所生之子，經臺灣臺北地方法院 96 年度養聲字第 300 號裁定、97 年度家抗字第 11 號裁定及臺灣高等法院 97 年度非抗字第 70 號裁定，因適用臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款規定，以「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第 1079 條第 5 項規定外，已有子女或養子女者，法院亦應不予認可」，駁回認可收養之聲請。

此有違反憲法第 5 條、第 7 條、第 22 條、第 23 條疑義，顯與憲法保障人



民收養子女（尤其是收養配偶子女）之自由權利牴觸，為此聲請 貴院為違憲審查。

## 貳、疑義之性質與經過及所涉及之憲法條文

一、聲請人早年曾有一次婚姻，因妻背叛而離異，育有三名女兒，均已成年在外，聲請人深感孤老無依，因緣際會與大陸人士劉茜相識並於民國 92 年 10 月 17 日結婚，婚後感情甚篤，惟配偶劉茜尚有一子（民國 86 年 8 月 2 日生，目前 11 歲半）在大陸地區乏人照顧扶養（因孩子父親失業離家，孩子祖父年邁多病，祖母病逝），致使聲請人夫婦兩岸奔波，日夜懸念不安；聲請人一心想收養配偶之子，並使其能來臺灣定居求學，除希望晚年能安享一生難得的婚姻幸福與天倫之樂外，更希望給予配偶安定美滿之生活並扶養繼子，使其能與一般孩童一樣，受到正常之照顧及教育。奈何因聲請人已有女兒，均遭一、二審法院以適用臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱系爭條例）第 65 條第 1 款（以下簡稱系爭條文）規定，以「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第 1079 條第 5 項規定外，已有子女或養子女者，法院亦應不予認可」而駁回認可收養之聲請（參見附件一、二），雖經許可再抗告（參見附件三），但三審法院仍以系爭條文未經大法官會議解釋為違憲，駁回再抗告之聲請，確定在案（參見附件四）。

二、本件系爭條文以收養人「已有子女或養子女」之因素，作為收養裁定不認可之法定條件，不僅剝奪有子女者收養大陸地區人民之機會，在被收養人為配偶子女之場合，更是侵害憲法所保障人民收養配偶子女之自由與權利，即屬對收養子女之自由權利所增設之不必要、不平等門檻及限制，亦剝奪法官在收養認可程序中針對個案得以適當裁量之空間，不僅嚴重牴觸收養制度，更發生牴觸憲法第 5、7、22、23 條之疑義。

## □、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

### 一、系爭條文違反憲法第 22 條關於概括自由權之保障

（一）按憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」此為憲法關於概括自由權之保障。而收養子女的自由權利亦為憲法第 22 條所保障之人權自由，收養配偶之子女的自由權利亦當然在憲法第 22 條保障之列。

（二）系爭條文之規定顯與憲法保障之收養子女自由權利及民法收養制度牴觸

按我國民法第 1074 條第 1 款明文，夫妻之一方得單獨收養他方之子女，考其立法目的無非是促進婚姻之美滿及家庭之和諧。又我國收養制度配合現代收養法之立法趨勢，收養之目的力求為養子女之利益，故法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女之最佳利益為之，民法第 1079 條之 1，即揭櫫此意旨。是以收養配偶之子女事件，法院應以上述原則為考量，焉能僅以被收養人為

大陸地區人民，因收養人已有子女或養子女，即應適用系爭條文規定而不予認可？蓋依系爭條文，只要收養人有子女或養子女，不論收養原因，不論被收養人年齡、是否為配偶之子女等情形，一概不予認可。準此，系爭條文之規定，不僅剝奪有子女者收養大陸地區人民之機會，在被收養人為配偶子女之場合，更是嚴重侵害人民收養配偶子女之自由與權利，斷喪人民追求婚姻美滿及家庭和諧之權利；即屬對收養子女之自由權利所增設之不必要門檻及限制，亦剝奪收養監督機關即法院在是類收養裁定之認可程序中針對收養個案得以適當裁量之空間及所能行使之審查職權，徒使所謂為未成年養子女最大利益考量之收養立法美意蕩然無存。

- (三) 本件收養人擬收養配偶之子女雖為大陸人民，但僅為 10 餘歲而無人照養之幼童，且收養之動機純為愛護配偶及配偶之不幸子女，以期建立健全之家庭及父母子女關係，並無任何不法或圖利之目的，殊不知如何能妨害社會秩序、公共利益？又系爭條文之不合理，致使產生荒謬結果，例如本件聲請人夫妻，如央請其他無子女之第三人，提出收養聲請，反而不受此限制；又聲請之子女如為與配偶所生，亦無法收養配偶在大陸之子女，凡此種種均反映，該系爭條文所維護之法益輕重失衡。

## 二、系爭條文違反憲法第 5 條及第 7 條所採之平等原則

- (一) 按憲法第 5 條及第 7 條分別規定：「中華民國各民族一律平等。」「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」此乃憲法關於人民平等權之保障，此一平等原則之規定於立法、司法、行政各權均應受其拘束。而憲法學上通說關於平等原則之定義，通常是「相同之事物，應為相同之待遇；不同之事物，應予合理之差別待遇」，非有合理的正當理由，不得為差別待遇。
- (二) 是以雖同為聲請收養配偶子女之事件，如果配偶之子女為中華民國國籍或大陸以外其他外國國籍者，均依民法收養規定，由法院以收養有無助於婚姻和諧、家庭幸福及養子女之最大利益為考量，決定是否認可其收養，至於收養人本身有無子女或養子女，則非必要之限制條件。反觀如為收養配偶之子女為大陸人民身分者（此種情形下，通常配偶即為大陸籍），法院一律適用系爭條文，造成只要有子女或養子女者，就不能收養配偶（通常為大陸籍）之大陸籍子女，駁回是類收養之認可。

如此之差別待遇，與其立法所追求之目標（查臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款規定之立法理由載：『為臺灣地區人口壓力與國家安全及社會安定』—參見附件五）是否有足夠或合比例的關聯性？令人質疑。試問收養配偶之其他國籍子女（非大陸人民）者，難道就無需考量臺灣地區人口壓力與國家安全及社會安定等因素？其合理性安在？平等性安在？故該條款之規定

，與其說是對被收養人為大陸人民時之必要差別待遇，不如說是對於兩岸婚姻之懲罰或歧視來得貼切；與其說是對於被收養人為大陸人民之必要差別待遇，毋寧說是對於收養人提起裁定認可之訴訟權益的不合理差別待遇。如此歧視性之限制規定，無異是對所有擬收養大陸人民的收養人，不分輕重地予以特殊烙印、蔑視的處置，不但重創自由民主憲政秩序之核心價值，更是與憲法維護人性尊嚴及基本人權之精神背道而馳。

### 三、系爭條文違反憲法第 23 條關於基本權利限制之範圍

（一）按人民之自由權利之行使，並非不得限制，惟應符合憲法第 23 條之要件，並以其「必要」者為限，方得為收養配偶子女自由權利之限制。憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」顯見對於收養配偶之子女的自由權利予以限制，亦必須接受憲法第 23 條之檢驗始可。

（二）系爭條文違反憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性之比例原則

按依系爭條文之規定，在收養人有子女或養子女時，法院即不應認許收養大陸人民，即便該大陸人民為配偶之子女者。蓋此項之限制，若謂有防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要，已為牽強，更遑論有其必要性可言。徵諸我國民法之收養立法目的，係以養子女利益為法律立法之指導原則，而依系爭條文規定，在收養配偶之子女時，不論收養對於養子女是否有利，一概不應認可其收養，其妥當性和必要性已值商榷，且有違以養子女最大利益立法之指導原則。

尤有甚者，關於此項收養配偶子女之自由權利行使，我國民法對於收養制度，亦已採國家監督主義，藉以保障養子女利益及杜絕假藉收養名義所造成之種種弊端；因此在法院認可收養配偶之子女時，實應以收養有無助於婚姻和諧、家庭幸福及養子女之最大利益為考量，至於收養人本身有無子女或養子女，應非必要之限制條件。

（三）特殊之兩岸關係思維下所採取之法律限制，亦應通過憲法第 23 條之檢驗

或謂臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條之規定為我國民法關於收養之特別規定，有其優先適用之地位，或基於特殊歷史因素有其考量；然而法應與時俱進，兩岸時空背景之差異早已是該全面檢討該條例之時候（該條例主管機關陸委會亦不否認系爭條文之缺失－參見附件六），特別是該條例有立法疏漏或明顯違憲時（法院亦認為本件情形有研求餘地－參見附件三許可再抗告意見書），司法院之解釋功能應責無旁貸。查臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款之立法理由僅載以：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，原可依民法有關規定辦理，惟為顧及臺灣地區人口壓力及國家安全、社會

安定，自有加以限制之必要，爰規定已有子女或養子女者、同時收養二人以上為養子女者，法院亦應不予認可」。查系爭條文擬定時，對於被收養人為大陸人民且為我國配偶之子女時，此種特殊之情形，並未明白於立法理由中提及，另考查所有立法過程中立法委員之發言，亦無人觸及此種特殊情形；故在被收養人雖為大陸人民，但亦為我國人民配偶之子女時，是否當然即適用條文之規定，實不無可議。

系爭條文，不論是立法疏漏或有意增加人民收養大陸人士為養子女之門檻，其所採取之限制，所侵害的是人民收養子女之自由與權利，特別是收養配偶子女之自由與權利，進而侵害人民追求婚姻美滿、家庭和諧及建立健全父母子女關係的自由與權利，與其所欲實現之立法目的（顧及臺灣地區人口壓力？國家安全？社會安定？）顯然不成比例？難道收養大陸人民，收養配偶子女為大陸人民者，就要承受如此沉重之使命嗎？臺灣地區的人口壓力、國家安全及社會安定，不該是政府的責任嗎？或者是全民的責任？為何單單是收養配偶子女是大陸人士的這群小眾的責任？特殊的兩岸思維，導致制定出像系爭法條的惡法，惡法亦法下，使聲請人一再被駁回收養之認可，漫漫訟途已經一年又半載，備感無奈。最後誠摯地、不情之請希望 貴院能儘速宣告系爭條文違憲，俾使聲請人完成收養繼子之程序，畢竟，臺灣政府對於收養大陸人士的限制相當多（尚有不勝枚舉之行政法規），就算完成收養，逾 12 歲也無法聲請來臺定居就學，繼子今年 8 月 2 日將滿 12 歲，聲請人夫婦日日面對生離之煎熬，又要分分秒秒飽受時間之壓力，希望正義不會遲來！！

肆、綜上所述，聲請人認系爭條文有違憲之疑義，對此侵害憲法所保障之人民收養子女之自由權利之惡法，懇請儘速宣告系爭條文無效，以保障人民權益，至為感禱。

附件一、臺灣臺北地方法院 96 年度養聲字第 300 號民事裁定

附件二、臺灣臺北地方法院 97 年度家抗字第 11 號民事裁定

附件三、臺灣臺北地方法院 97 年度家抗字第 11 號民事裁定（許可再抗告意見書）

附件四、臺灣高等法院 97 年度非抗字第 70 號民事裁定

附件五、臺灣地區與大陸地區人民關係條例立法說明及院會紀錄

附件六、行政院大陸委員會函

謹 呈

司 法 院

聲請人：汪 少 祥

中 華 民 國 98 年 2 月 2 日

（附件四）



臺灣高等法院民事裁定

97 年度非抗字第 70 號

再 抗 告 人 汪少祥

彭智宇

上列 一人

法定代理人 劉 茜

彭家貴

共同代理人 魏千□ 律師

林俊宏 律師

上列再抗告人因認可收養事件，對於中華民國 97 年 3 月 25 日臺灣臺北地方法院 97 年度家抗字第 11 號第二審裁定，提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

再抗告訴訟費用由再抗告人負擔。

理 由

- 一、按對於抗告法院所為抗告有無理由之裁定再為抗告，僅得以其適用法規顯有錯誤為理由，並經原法院之許可者為限，非訟事件法第 45 條第 3 項定有明文。所謂「適用法規顯有錯誤」，係指原裁定違背法規或現存判例解釋者而言（最高法院 57 年台上字第 1091 號判例參照）。
- 二、本件再抗告人就原法院認其對於原法院 93 年度養聲字第 300 號裁定之抗告為無理由，而駁回其抗告之原裁定，再為抗告，係以：收養配偶之大陸地區子女，不應受臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款規定之限制，原裁定違反憲法關於平等原則及自由權之保障，並違反憲法第 23 條關於基本權利限制之範圍，其適用法規顯有錯誤云云，為其論據。惟按臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第 1079 條第 5 項規定外，已有子女或養子女者，法院亦應不予認可，為臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款所明定。上開規定對於收養配偶在大陸地區子女之情形，並未設有除外規定。經查，再抗告人汪少祥（民國 20 年 8 月 10 日出生）為臺灣地區人民，已有親生女兒三人，欲收養其配偶劉茜在大陸地區之子即再抗告人彭智宇（民國 86 年 8 月 2 日出生）為養子，俱為原裁定所認定之事實。則原裁定適用臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款之規定，不予認可收養，並未違背法規或現存判例解釋。雖再抗告人主張臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款之規定違反憲法第 22 條所保障之家庭權、收養子女自由權及平等原則、比例原則，亦與民法收養制度目的相違，且剝奪法院認可收養之審查權限，應作目的性限縮解釋，即不應包括民法第 1074 條第 1 項所定收養配偶之子女之情形云云。惟查該臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款之規定，並未經司

法院大法官解釋為違憲，是原裁定適用上開規定不予認可收養，亦無違反現存解釋之可言。從而原裁定適用上開規定，駁回再抗告人對於原法院 93 年度養聲字第 300 號裁定之抗告，並無適用法規顯有錯誤之情形，乃再抗告人竟對之再為抗告，自屬不應許可。本院尚不受原法院所具「再抗告許可意見書」之拘束，應認再抗告人之再抗告為不合法。

三、據上論結，本件再抗告為不合法，依非訟事件法第 46 條、第 21 條第 2 項，民事訴訟法第 495 條之 1 第 2 項、第 481 條、第 444 條第 1 項、第 78 條，裁定如主文。

中 華 民 國 97 年 11 月 28 日  
(本件聲請書其餘附件略)

#### 抄李依風釋憲聲請書

謹依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，聲請解釋憲法，並將相關事項說明如後：

##### 壹、聲請解釋憲法之目的：

聲請人李依風擬收養大陸孤兒李林安為養女，經臺灣板橋地方法院 100 年度司養聲字第 72 號民事裁定、100 年度家抗字第 51 號民事裁定及臺灣高等法院 101 年度非抗字第 31 號民事裁定，因適用臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款規定，以「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第 1079 條第 5 項規定外，已有子女或養子女者，法院亦應不予認可」駁回認可收養之聲請。

此有違反憲法第 5 條、第 7 條、第 22 條、第 23 條疑義，顯與憲法保障人民收養子女之自由權利牴觸，為此聲請 貴院為違憲審查。

##### 貳、疑義之性質與經過及所涉及之憲法條文

一、聲請人李依風原為大陸居民，早年曾有一次婚姻，育有一子，後與丈夫離異，該子歸丈夫撫養，幾乎未曾往來。聲請人後改嫁來臺灣，因配偶嗜賭，仍以離婚收場；聲請人雖然情感多舛，但是嚮往臺灣地區自由民主生活方式，註銷大陸身分後定居臺灣，為臺灣地區人民。由於聲請人有正當工作，經濟無虞，有感一人孤單，亦想發揮愛心照顧幼小，收養臺灣地區孤兒院內之孩童，多次接觸均無結果。

由於因緣際會與大陸福建省孤兒院之孤兒李林安十分投緣並在大陸地區辦妥收養程序，因李林安已經被大陸孤兒院視為出養，院方不願予以照顧，致使聲請人兩岸奔波，日夜懸念不安。聲請人原本想收養孤兒，使其能來臺灣定居求學，除希望能體會為人母親之天倫樂外，更希望給予可憐的養女有安全溫暖的家，使其能與一般孩童一樣，受到正常之照顧及教育。奈何只因聲請人已有兒子，均遭第一

、二審法院以適用臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱系爭條例）第 65 條第 1 款（以下簡稱系爭條文）規定，以「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第 1079 條第 5 項規定外，已有子女或養子女者，法院亦應不予認可」而駁回認可收養之聲請（參見附件一、二），雖經再抗告，但法院仍以系爭條文未經大法官解釋為違憲，駁回再抗告之聲請，確定在案（參見附件三）。

二、本件系爭條文以收養人「已有子女或養子女」之因素，作為收養裁定不認可之法定條件，不僅剝奪有子女者收養大陸地區人民之機會，即屬對收養子女之自由權利所增設之不必要、不平等門檻及限制，亦剝奪法官在收養認可程序中針對個案得以適當裁量之空間，不僅嚴重牴觸收養制度，更發生牴觸憲法第 5、7、22、23 條之疑義。

□、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、系爭條文違反憲法第 22 條關於概括自由權之保障

（一）按憲法第 22 條規定：「凡人民其他自由及權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法之保障。」此為憲法關於概括自由權之保障。而收養子女的自由權利當然在憲法第 22 條保障之列。

（二）系爭條文之規定顯與憲法保障之收養子女自由權利及民法收養制度牴觸我國收養制度配合現代收養法之立法趨勢，收養之目的力求為養子女之利益，故法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女之最佳利益為之，民法第 1079 條之 1，即揭櫫此意旨。是以收養配偶之子女事件，法院應以上述原則為考量，焉能僅以被收養人為大陸地區人民，因收養人已有子女或養子女，即應適用系爭條文規定而不予認可？蓋依系爭條文，只要收養人有子女或養子女，不論收養原因，不論被收養人年齡、是否為配偶之子女等情形，一概不予認可。準此，系爭條文之規定，不僅剝奪有子女者收養大陸地區人民之機會，亦屬對收養子女之自由權利所增設之不必要門檻及限制，亦剝奪收養監督機關即法院在是類收養裁定之認可程序中針對收養個案得以適當裁量之空間及所能行使之審查職權，徒使所謂為未成年養子女最大利益考量之收養立法形同具文。

（三）本件收養人擬收養對象雖為大陸人，但僅為 6 歲而無人照養之孤女，收養之動機純為愛護孤兒，給予家庭溫暖，並使聲請人生活更有重心及寄託，絕無任何不法或圖利之目的，殊不知如何能妨害社會秩序、公共利益？該系爭條文所維護之法益究竟為何？令人費解！

二、系爭條文違反憲法第 5 條及第 7 條所採之平等原則

（一）按憲法第 5 條及第 7 條分別規定：「中華民國各民族一律平等。」「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」此乃憲法關於人民平等權之保障，此一平等原則之規定於立法、司法、行政各權均應

受其拘束。而憲法學上通說關於平等原則之定義，通常是「相同之事物，應為相同之待遇；不同之事物，應予合理之差別待遇」，非有合理的正當理由，不得為差別待遇。是以雖同為聲請收養子女之事件，如果被收養子女為中華民國國籍或大陸以外其他外國籍者，均依民法收養規定，由法院以收養有無助於婚姻和諧、家庭幸福及養子女之最大利益為考量，決定是否認可其收養，至於收養人本身有無子女或養子女，則非必要之限制條件。反觀如為收養子女為大陸人民身分者，法院一律適用系爭條文，造成只要有子女或養子女者，就不能收養大陸籍子女，駁回是類收養之認可。

- (二) 如此之差別待遇，與其立法所追求之目標（查臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款規定之立法理由載：『為臺灣地區人口壓力與國家安全及社會安定』－參見附件四）是否有足夠或合比例的關聯性？令人質疑。試問收養其他國籍子女（非大陸人民）者，難道就無需考量臺灣地區人口壓力與國家安全及社會安定等因素？其合理性安在？平等性安在？故該條款之規定，與其說是對被收養人為大陸人民時之必要差別待遇，毋寧說是對於收養人提起裁定認可之訴訟權益的不合理差別待遇。如此歧視性之限制規定，無異是對所有擬收養大陸人民的收養人，不分輕重地予以特殊烙印、蔑視的處置，不但重創自由民主憲政秩序之核心價值，更是與憲法維護人性尊嚴及基本人權之精神背道而馳。

### 三、系爭條文違反憲法第 23 條關於基本權利限制之範圍

- (一) 按人民之自由權利之行使，並非不得限制，惟應符合憲法第 23 條之要件，並以其「必要」者為限，方得為收養子女自由權利之限制。憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」顯見對於收養子女的自由權利予以限制，亦必須接受憲法第 23 條之檢驗始可。
- (二) 系爭條文違反憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性之比例原則

按依系爭條文之規定，在收養人有子女或養子女時，法院即不應認許收養大陸人民。蓋此項之限制，若謂有防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要，已為牽強，更遑論有其必要性可言。徵諸我國民法之收養立法目的，係以養子女利益為法律立法之指導原則，而依系爭條文規定，不論收養對於養子女是否有利，一概不應認可其收養，其妥當性和必要性已值商榷，且有違以養子女最大利益立法之指導原則。

尤有甚者，關於此項收養子女之自由權利行使，我國民法對於收養制度，亦已採國家監督主義，藉以保障養子女利益及杜絕假藉收養名義所造成之種種弊端；因此在法院認可收養配偶之子女時，實應以收養有無助於婚姻和諧、家庭幸



福及養子女之最大利益為考量，至於收養人本身有無子女或養子女，應非必要之限制條件。

(三) 特殊之兩岸關係思維下所採取之法律限制，亦應通過憲法第 23 條之檢驗

或謂臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條之規定為我國民法關於收養之特別規定，有其優先適用之地位，或基於特殊歷史因素有其考量；然而法應與時俱進，兩岸時空背景之差異早已是該全面檢討該條例之時候，特別是該條例有立法疏漏或明顯違憲時，司法院之解釋功能應責無旁貸。

查臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款之立法理由僅載以：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，原可依民法有關規定辦理，惟為顧及臺灣地區人口壓力及國家安全、社會安定，自有加以限制之必要，爰規定已有子女或養子女者、同時收養二人以上為養子女者，法院亦應不予認可」。

系爭條文，不論是立法疏漏或有意增加人民收養大陸人士為養子女之門檻，其所採取之限制，所侵害的是人民收養子女之自由與權利，進而侵害人民追求生活美滿、家庭和諧及建立健全父母子女關係的自由與權利，與其所欲實現之立法目的（顧及臺灣地區人口壓力？國家安全？社會安定）顯然不成比例？難道收養大陸人民者，就要承受如此沉重之使命嗎？臺灣地區的人口壓力、國家安全及社會安定，不該是政府的責任嗎？或者是全民的責任？為何是有心收養大陸孤兒的善心民眾的責任？特殊的兩岸思維，導致訂出像系爭法條的惡法，惡法亦法下，使聲請人一再被駁回收養之認可，備感無奈。懇請 貴院能儘速宣告系爭條文違憲，俾使聲請人完成收養孤女之程序！

四、系爭條文嚴重牴觸人權公約關於基本人權之保障

按「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。」「所有兒童及少年應有特種措施予以保護予以協助，不得因出生或其他關係而受任何歧視。兒童及青年應有保障，免受經濟及社會剝削。」「公民與政治權利國際公約」第 26 條及「社會經濟文化權利國際公約」第 10 條規定甚為明確，系爭法條明顯歧視聲請人有子女之事實，進而剝奪聲請人收養子女之自由、權利，並致使聲請人在大陸地區已經收養之孤女陷於進退維谷、得不到保護及協助之困境！

肆、綜上所述，聲請人認系爭條文有違憲之疑義，對此侵害憲法所保障之人民收養子女之自由權利之惡法，懇請儘速宣告系爭條文無效，以保障人民權益，至為感禱。

附件一、臺灣板橋地方法院 100 年度司養聲字第 72 號民事裁定

附件二、臺灣板橋地方法院 100 年度家抗字第 51 號民事裁定

附件三、臺灣高等法院 101 年度非抗字第 31 號民事裁定

附件四、臺灣地區與大陸地區人民關係條例立法院院會紀錄

謹 呈

司 法 院

聲請人：李 依 風

中 華 民 國 101 年 7 月 2 日

（附件三）

臺灣高等法院民事裁定

101 年度非抗字第 31 號

再抗告人 李依風

代 理 人 楊俊鑫 律師

再抗告人因聲請認可收養事件，對於中華民國 100 年 12 月 28 日臺灣板橋地方法院 100 年度家抗字第 51 號所為裁定，提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

再抗告程序費用由再抗告人負擔。

理 由

- 一、按對於抗告法院之裁定再為抗告，僅得以其適用法規顯有錯誤為理由，非訟事件法第 45 條第 3 項定有明文。所謂適用法規顯有錯誤，係指原法院就其取捨證據所確定之事實適用法規顯有錯誤而言，不包括認定事實不當之情形在內（最高法院 80 年台上字第 1326 號裁判要旨參照）。
- 二、次按收養之成立及終止，依各該收養者被收養者設籍地區之規定。臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第 1079 條第 5 項規定（已於民國 96 年 5 月 23 日修正為第 1079 條第 2 項）外，有下列情形之一者，法院亦應不予認可：
  - 一、已有子女或養子女者。
  - 二、同時收養二人以上為養子女者。
  - 三、未經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證收養之事實者，臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱人民關係條例）第 56 條第 1 項、第 65 條定有明文。人民關係條例第 65 條立法草案說明謂：「一、……。二、臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，原可依民法有關規定辦理，惟為顧及臺灣地區人口壓力及國家安全、社會安定，自有加以限制之必要，爰規定已有子女或養子女者、同時收養二人以上為養子女者，法院亦應不予認可。三、大陸地區幅員廣大，查證不易，收養事實若未經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體調查並予驗證，易滋流弊，爰為本條第三款之規定。」
- 三、再抗告人於原法院聲請意旨略以：再抗告人經大陸地區福州市兒童福利院同意，

欲收養孤兒李林安（原名胡榕青）為養女，為此聲請裁定准予認可收養等語。經原法院司法事務官裁定駁回再抗告人之聲請，再抗告人聲明不服提起抗告，原法院裁定駁回抗告。

四、查，再抗告人欲收養李林安為養女，固據提出再抗告人健康檢查表、戶籍謄本、土地、建物所有權狀、收養聲請書、財團法人海峽交流基金會（100）合字第 023150 號證明書、中華人民共和國福建省福州市公證處公證書、收養登記證、福建省公安廳常住人口登記卡、收養協議書、撿拾證明書、99 年 8 月 24 日福建日報及宣誓書等資料為證（見原法院 100 年度司養聲字第 72 號卷【下稱 72 號卷】第 5 頁至第 15 頁、第 35 頁至第 36 頁、第 40 頁至第 42 頁、100 年度家抗字第 51 號卷【下稱 51 號卷】第 5 頁至第 6 頁），惟再抗告人於原法院調查程序中稱：「我和在大陸的前夫有生小孩，小孩已經很大了」等語（見 72 號卷第 33 頁），並於抗告狀稱：「在大陸有一個孩子」等語（見 51 號卷第 4 頁），是再抗告人於大陸地區既有子女，揆諸前揭說明，再抗告人聲請認可收養李林安，即與人民關係條例第 65 條第 1 款法院應不予認可之規定（下稱系爭規定）相符。

五、再抗告意旨雖略以：我國收養制度配合現代收養法之立法趨勢，於法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女之最佳利益為之。系爭規定之立法理由係慮及臺灣地區人民在臺灣地區已有子女或養子女者，若再收養大陸地區子女，使臺灣地區人民需同時監護二名以上子女，造成臺灣地區人口壓力；反之，若臺灣地區人民在大陸地區有子女而在臺灣地區無子女者，再收養大陸地區子女當非該條立法理由規範之意旨。又我國人口老化及少子化之問題嚴重，人口老齡之現象將衍生眾多社會問題，在臺無子女或子女無法來臺之情況，若不准許收養子女，反將致惡化社會問題，亦非該條立法本旨之所在。是解釋系爭規定立法理由應作目的性限縮，於臺灣地區人民在大陸有子女而在臺灣無子女，且無國家安全、社會安定考量之情形，應排除系爭規定之適用。況系爭規定之立法考量與現今之時空背景不合，而有牴觸憲法第 5 條、第 7 條平等原則、第 22 條家庭權、第 23 條比例原則、國際人權兩公約保障兒童精神之疑義，依司法院大法官釋字第 371 號解釋，法院應聲請大法官解釋，而非機械式適用違憲之法律。是以原裁定否准認可再抗告人收養李林安，不僅剝奪國民收養子女之憲法自由權利，亦剝奪法院在收養裁定之認可程序中所能行使之審查職權，使為未成年養子女最大利益考量之立法形同具文云云。然系爭規定於立法草案說明指出收養人已有子女或養子女之情形，為顧及臺灣地區人口壓力及國家安全、社會安定，有加以限制之必要，其未區分收養人在臺灣地區或大陸地區是否有子女而有不同之規定，實寓有國家安全、社會安定政策之考量，未逾立法裁量範圍，並非恣意，系爭規定與憲法平等原則、家庭權、比例原則及國際人權兩公約保障兒童精神無違。再抗告意旨主張



再抗告人年屆 45 歲，於臺灣並無子女，而在大陸之兒子年滿 20 歲，已超過獲准來臺定居之年齡，再抗告人收養大陸地區人民 6 歲之李林安，並不致發生臺灣人口壓力之問題，系爭規定應作目的性限縮解釋云云，不足為採。是原法院因而維持司法事務官所為駁回再抗告人聲請認可收養之裁定，揆諸首揭說明，於法並無不合。再抗告意旨據以指摘原裁定不當，請求廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件再抗告為無理由，爰裁定如主文。

中 華 民 國 101 年 4 月 6 日

（本件聲請書其餘附件略）