

釋字第七一二號解釋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，應給予盡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：國際人權條約所承認之基本權，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）¹ 不論收養係為何種目的或扮

¹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，第 340 頁（2007 年）。

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。該條謂：「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。² 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

² 見本席於釋字第六九二號、第六九三號、第六九六號、第六九七號、第六九九號、第七〇二號、第七〇九號、第七一一號解釋所提出之意見書。

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(如家事事件法第一一五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。³ 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。

³ 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。