

釋字第七一二號解釋協同意見書

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 Tönnies)，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—而不再是個人與國家—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，台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，已可構成該台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人格發展，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，中華民國政府在台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入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。