

釋字第七一二號解釋協同意見書

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¹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²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³。國家機關之憲法上行為，若未達

¹ 本院釋字第六一八號與本號解釋則稱明顯重大瑕疵。

² 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。

³ 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，

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⁴。

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⁵。

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⁶，二是姑稱為「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

分別定其法律上效果。」

⁴ 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。」

⁵ 釋字第四一九號解釋理由書參照。

⁶ 係間接使用重大明顯瑕疵用語。

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。」⁷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⁸。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⁹之謂。其判斷基準重要的並非該瑕疵牴觸特定之法規範，

⁷ 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。

⁸ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7., Aufl., 2000, § 44, Rn. 7.

⁹ München BayVBl. 1994, 53.

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¹⁰。

(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¹¹。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¹²，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，

¹⁰ Vgl. BverwG DVBl. 1985, 624.

¹¹ 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，〈基本權利對國庫行為之限制〉，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。

¹² Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19 Aufl. Rn. 492 ff.

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，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¹³），即立法機關之立法行為、總統提名副總統與行政院長之權限行使、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釋字第七一二號解釋。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。

¹³ 係間接使用重大明顯瑕疵用語。

- (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¹⁴。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¹⁵。

¹⁴ 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。

¹⁵ 參考陳春生，從法治國角度西論大法官解釋中「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。