

# 論台灣地區大法官“釋憲”對兩岸關係的影響

李曉兵\*

大法官“釋憲”是台灣地區“憲法”實施和發展的基本模式，也是台灣“憲法”實踐的重要內容。隨着台灣民主化、法治化進程的展開，大法官通過“釋憲”逐漸介入到台灣政治、經濟、社會生活的方方面面，其作為促進台灣社會變遷和民主化、法治化進程走向深入的基本推動力量，日益顯示出其在台灣社會轉型過程中的重要意義和價值。從 1949 年 1 月 6 日“大法官會議”作出釋字第 1 號解釋到 2013 年 7 月 31 日的釋字第 711 號解釋。<sup>1</sup> 今天，大法官“合憲性審查”或“釋憲”以其創造性的實踐已經成為台灣具有頑強生命力和富有活力的法治文化的一部分，大法官以“憲法守護者”和公民權利保護人的基本定位在台灣社會扮演日益關鍵和重要的角色。這一方面源於大法官過去六十多年“憲法”實踐經驗的積累和人民對於司法者“釋憲”的接受和尊重，另一方面也得益於大法官對於自身社會角色的超越和社會認同的不斷強化。

由於兩岸關係對於台灣政治、經濟、社會生活方方面面的影響廣泛而深遠，不僅關涉公權力的正常運作，而且關涉私權利的基本保障，因此，不管是在台灣“解嚴”之前還是在其後，大法官在“釋憲”過程中都無法對此主題簡單地予以迴避。不論是夫妻因國家遭遇重大變故隔離相聚無期之情況下之重婚關係的確定與撤銷(釋字第 242 號，1989 年 6 月 23 日)，還是國家領土範圍之界定(釋字第 328 號，1993 年 11 月 26 日)，亦或人民團體法對主張共產主義、分裂國土的團體不予許可設立的爭議(釋字第 644 號，2008 年 6 月 20 日)，等等，都可能引發大法官“釋憲”。

其中 1999 年 12 月 3 日的大法官釋字第 497 號解釋、2006 年 11 月 3 日的大法官釋字第 618 號解釋和 2013 年 7 月 5 日的第 710 號解釋，都是因為與台灣居民結婚的大陸居民在台灣居留生活期間的基本權利問題而引發大法官“釋憲”，都涉及到對於“國家統一前規範台灣地區與大陸地區間人民權利義務的特別立法”——《台灣地區與大陸地區人民關係條例》(以下稱《兩岸人民關係條例》)<sup>2</sup> 相關條款的“合憲性審查”，大法官對於涉案的相關法律規定分別做出了“合憲”與“違憲”的裁決。

本文即在對上述大法官釋字第 497 號、釋字第 618 號解釋和第 710 號解釋進行分析、評價的基礎上，對大法官“釋憲”過程中對有關兩岸關係的議題所做出的解釋進行整體的研究，並就大法官“釋憲”對兩岸關係的影響做出評價。

## 一、大法官釋字第 497 號解釋及其影響

### (一) 大法官釋字第 497 號解釋的緣起

此號釋字源於台灣地區居民林榮喜的大陸配偶范偉貞女士在台灣居留期間未按期離境<sup>3</sup>(因旅行社遲誤而超期一日)而遭受行政處分。1994 年 12 月 2 日，台灣地區居民林榮喜作為聲請人於代其大陸配偶范偉貞女士檢具居留申請書、保證書及相關資料文件，請中國災胞救助總會函轉內政部警政署入出境管理局辦理赴台居留。後來，范偉貞女士於 1995 年 7 月 17 日赴台探親，因旅行社遲誤而於 1995 年 10 月 17

\* 南開大學法學院副教授

日始離境，內政部境管局對其做出了“1996年不予許可入境”以及“原居留申請案不予許可”的雙重制裁性行政處分。聲請人認為此舉嚴重影響其基本權利，於是就依法定程序提起訴願、再訴願、行政訴訟，卻都被依上述行政命令的規定而予以駁回。聲請人認為“行政院”85年度判字第2677號判決所適用內政部訂頒的《大陸地區人民進入台灣地區許可辦法》第17、18條，及《大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法》第13條規定，違反《中央法規標準法》第5、6條所確立的法律保留原則，及平等原則、法律優越原則、比例原則、一事不二罰等公法原則，與“中華民國憲法”第7、10、15、23條存在衝突。於是，依據《司法院大法官審理案件法》第5條第1項第2款的規定聲請大法官解釋“憲法”，並對有關法律規定進行“合憲性審查”。

此案的爭議點在於：“內政部”依《兩岸人民關係條例》第10條及第17條的授權所制定的《大陸地區人民進入台灣地區許可辦法》及《大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法》，明文規定大陸地區人民進入台灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，是否違反“憲法”？

## (二) 大法官釋字第497號解釋的基本裁決

大法官釋字第497號解釋文對於涉案的法律規定做出了確定的“合憲性”判斷：“台灣地區與大陸地區人民關係條例係依據八十年五月一日公佈之憲法增修條文第十條(現行增修條文改列為第十一條)‘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’所制定，為國家統一前規範台灣地區與大陸地區間人民權利義務之特別立法。內政部依該條例第十條及第十七條之授權分別訂定‘大陸地區人民進入台灣地區許可辦法’及‘大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法’，明文規定大陸地區人民進入台灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，係在確保台灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無抵觸。”

大法官釋字第497號理由書中指出：“人民有居住遷徙之自由，固為憲法第十條所保障，惟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必要，得以法律限制之，憲法第二十三條亦有明文。又八十年五月一日公佈之憲法增修條文第十條(現行增修條文改列為第十一條)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。’八十一年七月三十一日公佈之台灣地區與大陸地區人民關係條例係依上開增修條文所制定，為國家統一前確保台灣地區安全與民眾福祉，規範台灣地區與大陸地區人民間權利義務之特別立法。再者，法律授權訂定命令，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容固須符合具體明確之要件；若法律僅為概括授權時，則應就該項法律整體所表現之關聯意義以推知立法者授權之意旨，而非拘泥於特定法條之文字(參照本院釋字第三九四號解釋)。內政部依該條例第十條‘大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入台灣地區’(第一項)、‘經許可進入台灣地區之大陸地區人民，不得從事與許可目的不符之活動或工作’(第二項)、‘前二項許可辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定後發佈之’(第三項)，第十七條第一項‘大陸地區人民有左列情形之一者，得申請在台灣地區居留：一、台灣地區人民之配偶，結婚已滿二年或已生產子女者。二、其他基於政治、經濟、社會、教育、科技或文化之考慮，經主管機關認為確有必要者’，同條第七項(現行條文為第八項)‘前條及第一項申請定居或居留之許可辦法，由內政部會同有關機關擬訂，報請行政院核定後發佈之’，及同條例第十八條第一項第二款，進入台灣地區之大陸地區人民，經許可入境，已逾停留期限者，治安機關得逕行強制出境等規定，於八十二年二月八日以前內政部台(八二)內警字第八二七三四六六號令發佈‘大陸地區人民進入台灣地區許可辦法’、台(八二)內警字第八二七三四五九號令發佈‘大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法’，明文規定大陸地區人民進入台灣地區之資格要件、許可程序、定居或停留期限及逾期停留之處分等規定，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必

要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無抵觸。”

### (三) 大法官釋字第 497 號解釋評價

此案發生在 20 世紀 90 年代中期，正值剛剛預熱的兩岸關係出現重大變化和曲折之際，大陸居民到台灣生活尚存在諸多的障礙和困難。《兩岸人民關係條例》作為“國家統一前規範台灣地區與大陸地區間人民權利義務的特別立法”，其第 10 條規定：“大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入台灣地區。”

“經許可進入台灣地區之大陸地區人民，不得從事與許可目的不符之活動。”“前二項許可辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定之。”第 17 條第 1 項規定：“大陸地區人民有左列情形之一者，得申請在台灣地區居留：一、台灣地區人民之配偶，結婚已滿二年或已生產子女者。二、其他基於政治、經濟、社會、教育、科技或文化之考慮，經主管機關認為確有必要者”；該條第 7 項(現行條文為第 8 項)規定：

“前條及第一項申請定居或居留之許可辦法，由內政部會同有關機關擬訂，報請行政院核定後發佈之”。《大陸地區人民進入台灣地區許可辦法》及《大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法》就是由台灣當局的“內政部”依《兩岸人民關係條例》第 10 條及第 17 條的授權而制定的。

“中華民國憲法”第 23 條即所謂的“比例原則”條款，因為在台灣逾期停留超過一日，而被處以“1996 年不予許可入境”以及“原居留申請案不予許可”的雙重制裁性行政處分，似屬於過度反應之舉，不僅有失公平，不利於涉案的夫妻雙方的生活，也不利於其他的兩岸人民之間的正常交流。大法官在解釋文中稱，這些法律規定“係在確保台灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無抵觸。”

全面的審視這一釋字，可以發現大法官做出“釋憲”的理由明顯存在不充分，說服力不足。但是囿於當時的政治環境，大法官無法做出完全獨立的判斷來實現兩岸人民交往的正常化，而是對於既存的兩岸人

民之間交往的障礙和困難抱一種聽之任之的態度，貌似審慎、中立、獨立，但更顯示出其在兩岸關係問題上的一種消極立場。

事實上，不論是基於法理的分析，還是比較、參酌其他國家和地區的法律規定，亦或是考慮兩岸人民之間的手足之情和人之常情，都應該、亦完全可以有所作為來消除兩岸人民交往過程中的法律障礙，擯除兩岸人民交往困難之情勢。一個例證就是，《兩岸人民關係條例》歷經多次修改，一些不符合人權保障和“憲法”原則的規定已經被修改和調整，比如，《兩岸人民關係條例》第 18 條第 1 項第 2 款曾規定，進入台灣地區之大陸地區人民，經許可入境已逾停留期限者，治安機關得不待司法程序之開始或終結，逕行強制其出境。現在，該項規定已經調整為：“進入台灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意……”。

## 二、大法官釋字第 618 號解釋及其評價

### (一) 大法官釋字第 618 號解釋的緣起

此號釋字由台北“高等行政法院”第三庭提起，其原因是因為該法院受理的一件行政訴訟案件，事關《兩岸人民關係條例》的解釋。在該行政訴訟中，原告為謝○梅，1971 年 4 月 8 日出生於南京市，1991 年 12 月 13 日與台灣地區人民結婚，1996 年 10 月獲准到台灣居留，並於 1998 年 10 月 29 日獲准定居並設戶籍登記於台北縣，依“中華民國憲法”第 3 條規定為中華民國國民，依《兩岸人民關係條例》第 2 條第 3 款規定即為台灣地區人民。後來，謝○梅於 2001 年 2 月參加該年度初等考試筆試及格錄取，經行政院人事行政局分發至台北市士林區社子國民小學任書記職缺，實務訓練期滿後由考試院核發考試及格證書，取得委任第一職等任用資格。但是，台北市政府人事處卻於 2002 年 3 月 12 日以北市人壹字第 09130100700 號函，引據《兩岸人民關係條例》第 21 條第 1 項規定，以原告原為大陸地區人民，在台設籍未滿 10 年，不得擔任軍公教或公營事業機關(構)人員

為由，拒絕對其辦理派代送審作業，並進而令其離職，致其依“中華民國憲法”第15條保障之工作權及第18條保障的服公職權等基本權利無法實現。謝○梅不服提起訴願，經遭台北市政府91年5月30日府訴字第09105863900號訴願決定駁回，接着，又向台北高等行政法院提起行政訴訟。

台北“高等行政法院”第三庭認為，按照《兩岸人民關係條例》第2條規定：“本條例用詞，定義如左：……三、台灣地區人民：指在台灣地區設有戶籍之人民。四、大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍之人民。”故本條例第21條第1項前段規定：“大陸地區人民經許可進入台灣地區者，非在台灣設有戶籍滿十年，不得登記為公職候選人、擔任軍公教或公營事業機關(構)人員及組織政黨”，屬於以本國人民的原始設籍地別作為差別待遇的標準，此種基於原籍地的立法歧視與“中華民國憲法”第23條比例原則及第7條平等原則之規定有違憲疑義。於是台北“高等行政法院”第三庭向“司法院”大法官聲請解釋“憲法”。

“司法院”大法官釋字第497號解釋，其爭議點是《兩岸人民關係條例》第21條第1項前段關於大陸地區人民經許可進入台灣地區者，非在台灣地區設有戶籍滿十年，不得登記為公職候選人、擔任軍公教或公營事業機關(構)人員及組織政黨等規定是否“違憲”。

### (二) 大法官釋字第618號解釋的基本裁決

在“司法院”大法官釋字第618號解釋的解釋文中，大法官認為：“八十九年十二月二十日修正公佈之《兩岸人民關係條例》第二十一條第一項前段規定，大陸地區人民經許可進入台灣地區者，非在台灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分，乃係基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考慮國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保台灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，

其目的洵屬合理正當。基於原設籍大陸地區人民設籍台灣地區未滿十年者，對自由民主憲政體制認識與其他台灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他台灣地區人民予以區別對待，亦屬合理，與憲法第七條之平等原則及憲法增修條文第十一條之意旨尚無違背。又係爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在台灣地區設有戶籍滿十年，作為擔任公務人員之要件，實乃考慮原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入台灣社會需經過適應期間，且為使原設籍大陸地區人民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，係爭規定以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所為之斟酌判斷，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。”

### (三) 大法官釋字第618號解釋評價

此號釋字做成於2006年11月3日，正值兩岸關係經歷一個曲折反覆之後開始有所恢復之際，儘管綠營執政期間並未擯除和解決兩岸關係發展所存在諸多的障礙和困難，但是，經歷了緊張和危機之後的兩岸關係開始出現企穩的態勢，兩岸政治精英和各界人民對於兩岸關係開始有更為理性和嶄新的思考。

大法官在釋字第618號解釋文中對於《兩岸人民關係條例》的“法律地位”進行了分析，即該條例“為國家統一前規範台灣地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務處理之特別立法”。大法官還特別提到了“中華民國”80年5月1日制定公佈之“憲法”增修條文第10條(86年7月21日修正公佈改列為第11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。”

另外，至大法官釋字第618號做出之日為止，《兩岸人民關係條例》已歷經9次修改<sup>4</sup>，但是，正如大法官理由書中所言，“八十九年十二月二十日修正公佈之該條例第二十一條第一項前段規定，大陸地區人民經許可進入台灣地區者，非在台灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分(與八十一年七月三十一日制定公佈之第二十一條規定相同)”。大法官對

於這一規定給予了合理化的解釋，即“基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考慮國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策，並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保台灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當。”

另外，大法官還提出了其他的理由來為這一規定進行辯護：首先，“基於原設籍大陸地區人民設籍台灣地區未滿十年者，對自由民主憲政體制認識與其他台灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他台灣地區人民予以區別對待，亦屬合理，與憲法第七條之平等原則及憲法增修條文第十一條之意旨尚無違背。”其次，“係爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在台灣地區設有戶籍滿十年，作為擔任公務人員之要件，實乃考慮原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入台灣社會需經過適應期間，且為使原設籍大陸地區人民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，則係爭規定以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內。”最後，大法官更為明確地表達了對於其他政治機關(即立法機關)的充分尊重。大法官認為“至於何種公務人員之何種職務於兩岸關係事務中，足以影響台灣地區安全、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，係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。”

另外，在本號釋字中，大法官首先對於平等的價值進行了肯定，“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。”不過，大法官同時也指出，合理差別的合理性：“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，本院釋字第二〇五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。”但是，這些解釋“憲法”的理由與大法官所表達的對於平等價值肯定的說法存在着內在的不一致。儘管，大法官在解釋文中還特別指出“惟兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考慮與判斷，對於代表多元民意及掌握充分信息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。”但這一切更是難以掩蓋其“憲法”解釋背後對於兩岸關係複雜性的基本判斷，因此，司法自制和司法謙抑亦難以使得大法官在此重大問題上自圓其說。事實上，這一號釋字在台灣社會各界引發了極大的爭議，法學界諸多學者對此號釋字內在的邏輯和基本立場都發表文章予以批評。關於大法官釋字第 618 號解釋的評價和討論的文章有很多，從網絡上不完全搜索所查找到的有些文章有：《隱藏不住的偏見——評釋字第 618 號解釋》、《沒有公民權的公民》、《評論“冷漠麻木的大法官 618 號解釋”》、《對人的烙印就是歧視——試評司法院釋字第 618 號解釋》、《以平等權檢視兩岸關係條例之族群歧視——兼論大法官釋字第 618 號解釋》、《從大法官釋憲第 618 號看大陸配偶人權的現況》等。<sup>5</sup>

### 三、大法官釋字第 710 號解釋及其評價

#### (一) 大法官釋字第 710 號解釋的緣起

此號釋字同樣是由於大陸配偶的權益問題而引發。大陸地區人民梁○於 2003 年 3 月與台灣地區人民王○明結婚，因此得以“依親居留”名義申請赴台團聚，停留期滿後離境然後再申請入境累計已達三次。2007 年 5 月，梁○第四次以依親居留名義申請赴台，獲准先行入境後，“內政部入出國及移民署”於同年 9 月 17 日通知聲請人進行“二度面談”，以“聲請人與依親對象之說詞有重大瑕疵”為由，依《大陸地區人民申請進入台灣地區面談管理辦法》第 10 條

第3款及第11條規定，撤銷其入境許可，並註銷其入出境許可證件，同時依《兩岸人民關係條例》第18條第1項第1款(對“未經許可入境”之大陸地區人民，得逕行強制出境)及同條例施行細則第15條，直接作成“強制出境”處分。同時，根據《兩岸人民關係條例》第18條第2項(強制大陸地區人民出境前，得暫予收容)及《大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法》第5條第4款(其他因故不能立即強制出境者，得暫予收容)之規定，自2007年9月17日註銷入出境許可證起，至2008年1月21日強制出境止(暫予收容達126日)。

2008年12月16日，梁○再次赴台，以前揭暫予收容違法拘禁其人身自由，並違法強制出境導致損害為由提起國家賠償訴訟。經台灣高雄“地方法院”98年度國字第22號民事判決及台灣“高等法院”高雄分院99年度上國易字第2號民事判決(即終局判決)駁回。2010年10月，梁○根據上述的終局判決所適用的各項法規抵觸法律保留原則、法律授權明確性原則、正當法律程序及比例原則等疑義，向“司法院”大法官聲請解釋“憲法”。

此案的爭議點在於：兩岸條例就強制大陸地區人民出境，未予申辯機會；又就暫予收容，未明定事由及期限，是否有“違憲”之嫌疑？強制出境辦法所定收容事由未經法律明確授權，是否有“違憲”之嫌疑？

## (二) 大法官釋字第710號解釋的基本裁決

大法官釋字第710號解釋文對於涉案的相關法律規定做出確定的“違憲”的判斷：2003年10月29日修正公佈的《兩岸人民關係條例》第18條第1項規定<sup>6</sup>，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人實時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違“憲法”正當法律程序原則，不符“憲法”第8條保障人身自由之意旨。又同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違“憲法”第23條比

例原則，亦不符“憲法”第8條保障人身自由之意旨。前揭第18條第1項與本解釋意旨不符部分及第2項關於暫予收容之規定均應自本解釋公佈之日起，至遲於屆滿2年時失其效力。

《台灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則》第15條<sup>7</sup>及第11條規定<sup>8</sup>均未逾越2003年10月29日修正公佈的《兩岸人民關係條例》第18條第1項之規定，與法律保留原則尚無違背。

1999年10月27日訂定發佈之《大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法》第5條規定：未經法律明確授權，違反法律保留原則，應自本解釋公佈之日起，至遲於屆滿2年時失其效力。<sup>9</sup>

## (三) 大法官釋字第710號解釋評價

此號釋字做成於2013年7月5日，這距離大法官釋字497號解釋做出已經有近15年，距離大法官釋字618號解釋也有近7年。兩岸關係在過去的這些年裏可以說發生了“三十年河東，三十年河西”的變化，隨着藍綠陣營執政在2008年實現輪替，藍營還2012年大選中獲勝得以連任，兩岸關係終於在經歷風雨之後不但穩定下來，而且正在不斷深化。兩岸人民的交流日趨活絡頻繁，政治、經濟、社會各個層面的溝通、對話、協商次第展開，並不斷有所突破，兩岸關係已經邁上了一個新的台階。值此兩岸關係深化之際，第710號釋字所釋放出來的信號和展示的內在意蘊更值得深入的挖掘和分析。<sup>10</sup>

大法官釋字第710號理由書中首先肯定了“憲法”所保障的“人民身體之自由應予保障”(“憲法”第8條第1項)和“人民有居住及遷徙之自由”(“憲法”第10條)，對於“人民身體之自由”，大法官認為，“國家剝奪或限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始符合上開憲法之意旨。”“憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考慮，由立法者制定相應之適當程序”。對於，“人民有居住及遷徙之自由”，大法官認為，這使得“人民

有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利”。

關於《兩岸人民關係條例》，大法官一方面重複“憲法”增修條文前言中關於“為因應國家統一前之需要”的規定，以及“憲法”增修條文第 11 條的授權，再次肯定《兩岸人民關係條例》“即為規範國家統一前，台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”。大法官再次還特別提及參照其以前所做出的釋字第 618 號解釋。大法官認為，《兩岸人民關係條例》第 10 條第 1 項所規定的“大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入台灣地區。”是在兩岸分治之現況下，大陸地區人民入境台灣地區之自由受有限制。在這裏，大法官則特別提及參照其以前所做出的釋字第 497、558 號解釋。

至此，鋪墊基本完成，大法官在其理由書中話鋒一轉，提出以下的理由：“惟大陸地區人民形式上經主管機關許可，且已合法入境台灣地區者，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巨，更應審慎。”

在此基礎上，大法官鄭重提出：2003 年 10 月 29 日修正公佈的《兩岸人民關係條例》第 18 條第 1 項的規定<sup>11</sup>，2009 年 7 月 1 日修正公佈同條例和第 18 條第 2 項固增訂的內容<sup>12</sup>存在問題。即“惟上開第十八條第一項規定就因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分以外之情形，於強制經許可合法入境之大陸地區人民出境前，並未明定治安機關應給予申辯之機會，有違憲法上正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨”。因此，“此規定與本解釋意旨不符部分，應自本解釋公佈之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。”

另外，對於 2003 年 10 月 29 日修正的《兩岸人民關係條例》第 18 條第 2 項所規定的暫予收容<sup>13</sup>，大法官認為，“按暫予收容既拘束收容人於一定處

所，使與外界隔離，自屬對人民身體自由之剝奪”。暫予收容之事由爰應以法律直接規定或法律具體明確授權之命令定之，始符合法律保留原則；法律規定之內容並應明確，始符合法律明確性原則。《兩岸人民關係條例》第 18 條第 2 項僅規定大陸地區人民受強制出境處分者，於強制出境前得暫予收容，其文義過於寬泛，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，與法律明確性原則不符。

此外，大法官還指出，《兩岸人民關係條例》“關於暫予收容之期限未設有規定，不符合‘迅速將收容人強制出境’之目的，並有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則，亦不符第八條保障人民身體自由之意旨”。因此，“相關機關應自本解釋公佈之日起二年內，依本解釋之意旨，審酌實際需要並避免過度干預人身自由，以法律或法律具體明確授權之命令規定得暫予收容之具體事由，並以法律規定執行遣送所需合理作業期間、合理之暫予收容期間及相應之正當法律程序。”如果，“屆期未完成者，前揭兩岸人民關係條例第十八條第二項關於‘得暫予收容’部分失其效力”。

關於 1999 年 10 月 27 日訂定發佈的《大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法》第 5 條的規定，大法官認為，“惟暫予收容乃剝奪人身自由之處分，其事由應以法律或法律具體明確授權之命令定之；如授權以命令定之，授權條款之明確程度應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。而《兩岸人民關係條例》第 18 條第 6 項(98 年 7 月 1 日修正公佈改列第 7 項)僅授權內政部訂定強制出境辦法及收容處所之設置及管理辦法，並未明確授權主管機關以前揭強制出境辦法補充規定得暫予收容之事由。因此，該強制出境辦法第五條(現行第六條)的規定未經法律明確授權，抵觸法律保留原則，應自本解釋公佈之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。”

就大法官釋字第 710 號解釋的解釋文和理由書來看，其“憲法”上的理論依據不外乎“正當程序”、“法律明確性原則”和“比例原則”，而這些原則在前面的兩號釋字中，當事人提起“釋憲”聲請的時候也有所提及，其提請“釋憲”的基本思路都是主張

《兩岸人民關係條例》的有關規定及下位的法律規定與這些“憲法”原則相違背。但是，大法官“釋憲”的解釋文顯得格外的審慎，似乎不願越雷池一步，不肯觸及與兩岸關係有關規定的“合憲性”問題。但是，在第710號解釋中，大法官比較大膽地表達了自己的立場和觀點。不少大法官甚至還在其個性化的意見書中特別提及了兩岸關係的轉變和發展的勢頭。<sup>14</sup>這對於兩岸關係的發展無疑是一個正面的回應，當然，其理論的基礎依然是“憲法原理”，其所採用的方法依然是富有邏輯的“憲法解釋”的方法。當然，由於這一問題自然地觸及到兩岸關係，即便是大法官想要避免政治因素對於司法過程的影響，也是無法擺脫的。<sup>15</sup>也有大法官對於此號釋字背後的核心問題更是大膽命中，比如，大法官陳春生在其“部分協同暨部分不同意見書”中就指出：“本席認為，在中華民國憲法秩序下，對大陸地區人民之權利保護範圍與程度未必一定是比外國人寬或嚴，其委諸立法者於不同領域為適當之規範，例如人身自由、財產權及其他權利保護。但同時，立法者之立法考慮也並非毫無限制，仍須受憲法及增修條文相關規定之制約。因為即使是修憲，仍有其界限(本院釋字第四九九號解釋(註一)參照)，更何況立法或修法。”<sup>16</sup>

#### 四、大法官“釋憲”及其對兩岸關係的影響

##### (一) 大法官“釋憲”中有關兩岸關係主題的釋字梳理

除了上述大法官釋字第497、618、710號解釋之外，梳理起來，大法官“釋憲”中有關兩岸關係主題的還有如下的一些重要釋字：大法官釋字第31號解釋、第85號解釋、第117號解釋、第150號解釋、第242號解釋、第261號解釋、第265號解釋、第328號解釋、第329號解釋、第454號解釋、第467號解釋、第475號解釋、第479號解釋、第481號解釋、第499號解釋、第558號解釋、第644號解釋。<sup>17</sup>對於這些釋字，可以進行總體上的分析，特別可以對於其對兩岸關係的影響作出評估。大體上，這20個釋字可以分為如下的幾類進行認識：(1)直接涉及兩岸關

係主題的釋字；(2)釋字主題關涉人民基本權利和自由，但解釋文和理由書內容間接地涉及兩岸關係；(3)為台灣本土“憲法”實踐提供合理化解釋或合法化基礎的釋字。

##### 1. 直接涉及兩岸關係主題的釋字

大法官在過去六十多年間解釋“憲法”的諸多釋字中，有一些直接涉及兩岸關係主題的釋字，比如，涉及“中華民國領土範圍”及其“固有疆域”問題的釋字第328號解釋，關於國際條約的內容及其形式的釋字第329號解釋，涉及《兩岸人民關係條例》的釋字第475號解釋和釋字第618號解釋，涉及大陸地區人民入境、定居台灣地區問題的釋字第497號解釋等。

以直接觸及兩岸關係敏感神經的釋字第328號為例，其產生的背景就和台灣“綠營”的政治主張密切相關，當時，立法院在進行1993年年度中央政府總預算審查，有部分“立法委員”提出對於“中華民國領土範圍”的疑義，因為如果“中華民國領土範圍”僅僅包括某些“立法委員”所稱的“及於台灣、澎湖、金門、馬祖、綠島、蘭嶼、及其他附屬島嶼，而不及於中華人民共和國及蒙古共和國之領土”，那麼職司大陸事務的“行政院”大陸委員會應該裁撤或併入“外交部”亞東太平洋司或透過修改“外交部組織法”的方式單獨成立一個“中國司”；職司蒙古、西藏之行政及各種興革事項的蒙藏委員會也應因其所負責的工作乃他國的內政事務而應予裁撤。如果這樣的話，則這兩個機關所獨立編列的預算應該由“立法院”全部刪除。另外，“立法院”的司法、法制、內政委員會聯席會議已經開始審議“台灣地區與大陸地區人民關係條例修正案”，與會的“行政院”陸委會與“立法院”就該條例施行細則將蒙古人民共和國納入此條例的適用範圍內的條文，發生嚴重的見解歧異，致使審查工作無法順利進行，此係因立法、行政兩機關對“憲法”第4條有關“中華民國領土”的認知差距所致，行政機關對此“憲法”條文的解釋為“中華民國的領土範圍”包括中國大陸與外蒙古。“立法院”一些“立法委員”認為上述三領域分別屬中華人民共和國及蒙古共和國的領土範圍，因此除主張修改施行細則第3條的規定，排除外蒙古對

本條例的適用，在此基礎上，部分“立法委員”甚至提出修改母法第 2 條關於適用範圍的規定，並將此條例正名為“中國關係法”。另外，從長期來看，應該廢止此類特別法規，關於台灣、中國間之事務比照一般對外關係來進行處理。

上述各項爭議的焦點都關係到“中華民國領土範圍”的理解。1993 年 3 月 26 日，立法院委員陳婉真、呂秀蓮、張俊雄等 18 人，聲請“司法院”大法官解釋“中華民國憲法”第 4 條規定“中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之”中的“中華民國領土的範圍”。大法官在釋字第 328 號解釋文中稱：“中華民國領土，憲法第四條不採列舉方式，而為‘依其固有之疆域’之概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。”大法官解釋所持的基本理由為：“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。我國憲法第四條規定，‘中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之’，對於領土之範圍，不採列舉方式而為概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱‘固有之疆域’究何所指，若予解釋，必涉及領土範圍之界定，為重大之政治問題。本件聲請，揆諸上開說明，應不予解釋。”

1993 年 12 月 24 日，“司法院”大法官做出釋字第 329 號，在其解釋文對於條約進行解釋：“憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協議，包括用條約或公約之名稱，或用協議等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協議等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協議，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。”大法官在其理由書中則進一步指出，“台灣地區與大陸地區間訂定之協議，因非本解釋所稱之國際書面協議，應否送請立法院審議，不在本件解釋之範圍”。

在諸多涉及兩岸關係主題的釋字中，不少的解釋都和《兩岸人民關係條例》的規定有關，因為，該條例是立法院於 1992 年根據憲法增修條文的規定而制定的“國家統一前規範台灣地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務處理之特別立法”，由於內容龐雜，很多規定可能都會引發“釋憲”。比如，大法官釋字第 475 號解釋，其爭議點是“台灣地區與大陸地區人民關係條例，關於民國三十八年以前在大陸地區發行之國庫債券，於國家統一前不予處理之規定，是否違憲”，大法官解釋文稱：“國民大會為因應國家統一前之需要，制定憲法增修條文，其第十一條規定：‘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。’政府於中華民國三十八年以前在大陸地區發行之國庫債券，係基於當時國家籌措財源之需要，且以包括當時大陸地區之稅收及國家資產為清償之擔保，其金額至巨。嗣因國家發生重大變故，政府遷台，此一債券擔保之基礎今已變更，目前由政府立即清償，勢必造成台灣地區人民稅負之沉重負擔，顯違公平原則。立法機關乃依憲法增修條文第十一條之授權制定《台灣地區與大陸地區人民關係條例》，於第六十三條第三項規定：一、民國三十八年以前在大陸發行尚未清償之外幣債券及民國三十八年黃金短期公債；二、國家行局及收受存款之金融機構在陸撤退前所有各項債務，於國家統一前不予處理，其延緩債權人對國家債權之行使，符合上開憲法增修條文之意旨，與憲法第二十三條限制人民自由權利應遵守之要件亦無抵觸。”<sup>18</sup> 對於這一號釋字，台灣學者王泰升就認為，在“司法院”大法官釋字第 475 號解釋中，大法官會議係以“大陸地區之稅收及國家資產”並未為“台灣地區人民”承受作為提前，始能給予“債券擔保之基礎今已變更”，推論出若該項債務竟由“台灣地區人民”以賦稅來負擔有所不公的結論。所以至少其已肯定 1949 年之前與之後的“中華民國”，在“國家資產”及“人民”這兩方面是不同的。只不過，面對此一事實，仍不願意與規範上承認已出現一個新的國家。他還進一步提出，從該釋字可看出中華民國法體制，事實上已傾向於把台灣當成一個不同於舊中華民國(1912-1949)的“新國家”，但在法理的構成上仍被

舊思維困住。<sup>19</sup>

此外，上述的大法官釋字第497號、第618號和第710號解釋亦屬於此類釋字。

## 2. 釋字主題關涉人民基本權利和自由，但解釋文和理由書內容間接地涉及兩岸關係

大法官“釋憲”，不少釋字是基於人民基本權利和自由保障而引發的爭議，但是其解釋文和理由書的內容會間接地涉及兩岸關係的主題。比如，釋字第454號解釋是關於國人入境的問題，大法官解釋中提到了“關於居住大陸及港澳地區未曾在台灣地區設籍之人民申請”；釋字第558號解釋是關於國安法就人民入出境須經許可的規定引發違憲的爭議，大法官在其理由書中提到“大陸地區人民進入台灣地區”；釋字第644號解釋關於人民團體法對主張共產主義、分裂國土之團體的規定引發的爭議。這些釋字的主題雖然是關於台灣人民基本權利和自由(遷徙自由、結社自由與言論自由等)，但是無疑在客觀上會對兩岸關係產生影響，即間接地影響對於兩岸關係的法律判斷。

“司法院”大法官釋字第558號解釋，其爭議點是：國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點，關於居留否准、戶籍撤(註)銷、限期離境之規定是否違憲。大法官解釋文稱：“憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利。對人民上述自由或權利加以限制，必須符合憲法第二十三條所定必要之程度，並以法律定之。中華民國八十三年四月二十日行政院台內字第一三五五七號函修正核定之《國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點》第七點規定(即原八十二年六月十八日行政院台內字第二〇〇七七號函修正核定之同作業要點第六點)，關於在台灣地區無戶籍人民申請在台灣地區長期居留得不予許可、撤銷其許可、撤銷或註銷其戶籍，並限期離境之規定，係對人民居住及遷徙自由之重大限制，應有法律或法律明確授權之依據。除其中第一項第三款及第二項之相關規定，係為執行國家安全法等特別法所必要者外，其餘各款及第二項戶籍登記之相關規定、第三項關於限期離境之規定，均與前開憲法意旨不符，應自本解釋公佈之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。關於居住大陸及港澳地區未曾在

台灣地區設籍之人民申請在台灣地區居留及設定戶籍，各該相關法律設有規定者，依其規定，並予指明。”

司法院大法官釋字第558號解釋，其爭議點是：國安法就人民入出境須經許可規定是否違憲。大法官解釋文稱：“動員戡亂時期國家安全法制定於解除戒嚴之際，其第三條第二項第二款係為因應當時國家情勢所為之規定，適用於動員戡亂時期，雖與憲法尚無抵觸(參照本院釋字第二六五號解釋)，惟中華民國八十一年修正後之國家安全法第三條第一項仍泛指人民入出境均應經主管機關之許可，未區分國民是否於台灣地區設有住所而有戶籍，一律非經許可不得入境，並對未經許可入境者，予以刑罰制裁(參照該法第六條)，違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害國民得隨時返回本國之自由。國家安全法上揭規定，與首開解釋意旨不符部分，應自立法機關基於裁量權限，專就入出境所制定之法律相關規定施行時起，不予適用。”大法官的理由書中進一步闡釋道：

“人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外。於台灣地區設有住所而有戶籍之國民得隨時返回本國，無待許可，惟為維護國家安全及社會秩序，人民入出境之權利，並非不得限制，但須符合憲法第二十三條之比例原則，並以法律定之，方符憲法保障人民權利之意旨，本院釋字第四五四號解釋即係本此旨趣。依現行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，是法律就大陸地區人民進入台灣地區設有限制，符合憲法上開意旨(參照本院釋字第四九七號解釋)。其僑居國外具有中華民國國籍之國民若非於台灣地區設有住所而有戶籍，仍應適用相關法律之規定(參照入出國及移民法第三條第一款、第五條第一項、第七條規定)，此為我國國情之特殊性所使然。至前開所稱設有戶籍者，非不得推定具有久住之意思。”

“司法院”大法官釋字第644號解釋，其爭議點是：“人民團體法對主張共產主義、分裂國土之團體不許可設立規定是否違憲”，大法官在其解釋文中稱：“人民團體法第二條規定：‘人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。’同法

第五十三條前段關於‘申請設立之人民團體有違反第二條……之規定者，不予許可’之規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民‘主張共產主義，或主張分裂國土’之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公佈之日起失其效力。”

### 3. 為台灣“憲法”實踐“在地化”提供合理解釋或合法化基礎的釋字

在 1947 年“中華民國憲法”被帶到台灣之後，一直面臨的一個困難和問題就是，如何將這部在大陸制定、適用於整個中國的“憲法”繼續在台灣這塊土地上適用。一些大法官釋字的主旨就是限縮 1946 年“憲法”的適用範圍，或改變 1946 年“憲法”文本的原意，實現“憲法”實踐的本土化，為台灣本土的“憲法”實踐提供合理解釋或合法化的基礎。比較重要的有以立法委員、監察委員的任期為主題的大法官釋字第 31 號解釋，以國民大會代表總額計算標準為主題的大法官釋字第 85 號解釋，以第一屆中央民意代表任期為主題的大法官釋字第 261 號解釋，以及關涉國民大會代表、立法委員延任問題的大法官釋字第 499 號解釋。

比如，司法院大法官釋字第 31 號解釋，其爭議點是：值國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉並集會、召集以前，第一屆立法委員、監察委員得否繼續行使其職權？大法官的解釋文中說：“憲法第六十五條規定立法委員之任期為三年；第九十三條規定監察委員之任期為六年。該項任期本應自其就職之日起至屆滿憲法所定之期限為止，惟值國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉時，若聽任立法、監察兩院職權之行使陷於停頓，則顯與憲法樹立五院制度之本旨相違，故在第二屆委員，未能依法選出集會與召集以前，自應仍由第一屆立法委員，監察委員繼續行使其職權。”

“司法院”大法官釋字第 85 號解釋，其爭議點是：國民大會代表總額之計算基準為何？大法官的解釋文稱“憲法所稱國民大會代表總額，在當前情形，應以依法選出而能應召集會之國民大會代表人數為

計算標準。”其理由書為：“本件准行政院及國民大會秘書處先後以國民大會代表不能改選，其出缺者亦多無可遞補，國民大會第三次會議行將集會，即需依據國民大會代表總額計算集會人數，對於國民大會代表總額之計算標準發生疑義聲請解釋，查憲法及法律上所稱之國民大會代表總額在國民大會第一次會議及第二次會議時雖均以依法應選出代表之人數為其總額，但自大陸淪陷國家發生重大變故已十餘年，一部分代表行動失去自由，不能應召出席會議，其因故出缺者又多無可遞補，而憲法所設立之機構原期其均能行使職權，若因上述障礙致使國民大會不能發揮憲法所賦予之功能，實非制憲者始料所及，當前情況較之以往既顯有重大變遷，自應尊重憲法設置國民大會之本旨，以依法選出而能應召在中央政府所在地集會之國民大會代表人數為國民大會代表總額，其能應召集會而未出席會議者，亦應包括在此項總額之內。”

司法院大法官釋字第 261 號解釋，爭議點是“第一屆中央民意代表得否不受任期限制繼續行使職權”。司法院大法官解釋文中稱：“中央民意代表之任期制度為憲法所明定，第一屆中央民意代表當選就任後，國家遭遇重大變故，因未能改選而繼續行使職權，乃為維繫憲政體制所必要。惟民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑，而本院釋字第三十一號解釋、憲法第二十八條第二項及動員戡亂時期臨時條款第六項第二款、第三款，既無使第一屆中央民意代表無限期繼續行使職權或變更其任期之意，亦未限制次屆中央民意代表之選舉。事實上，自中華民國五十八年以來，中央政府已在自由地區辦理中央民意代表之選舉，逐步充實中央民意機構。為適應當前情勢，第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權，並由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運作。”

“司法院”大法官釋字第 499 號解釋，爭議點是“1999 年第五次憲法修改的程序是否符合公開透明原則，其中關於延長第三屆國民大會代表、第四屆立法委員任期等方面的規定是否違憲”。司法院大法官

解釋文中稱：“憲法為國家根本大法，其修改關係憲政秩序之安定及全國國民之福祉至巨，應由修憲機關循正當修憲程序為之。又修改憲法乃最直接體現國民主權之行為，應公開透明為之，以滿足理性溝通之條件，方能賦予憲政國家之正當性基礎。……上開增修條文第一條第三項後段規定：‘第三屆國民大會代表任期至第四屆立法委員任期屆滿之日止’，復於第四條第三項前段規定：‘第四屆立法委員任期至中華民國九十一年六月三十日止’，計分別延長第三屆國民大會代表任期二年又四十二天及第四屆立法委員任期五個月。按國民主權原則，民意代表之權限，應直接源自國民之授權，是以代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權須遵守與選民約定，任期屆滿，除有不能改選之正當理由外應即改選，乃約定之首要者，否則將失其代表性。本院釋字第二六一號解釋：‘民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑’亦係基於此一意旨。所謂不能改選之正當理由，須與本院釋字第三十一號解釋所指：‘國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉’之情形相當。本件關於國民大會代表及立法委員任期之調整，並無憲政上不能依法改選之正當理由，徑以修改上開增修條文方式延長其任期，與首開原則不符。而國民大會代表之自行延長任期部分，於利益迴避原則亦屬有違，俱與自由民主憲政秩序不合。”

## (二) 大法官“釋憲”對兩岸關係的影響評估

總體上來分析，大法官早期的一些“釋憲”活動在客觀上為台灣當時的政治過程與憲政體制進行了合法化的解釋，維持中華民國法統的延續性。這在某種意義上保持了台灣與大陸之間在法律上的聯繫，這有其積極的一面，但是從另外一個方面看，大法官“釋憲”也容易被獨立勢力所借用。在憲法修改或重新制憲不能實現的情況下，通過憲法解釋塞入其對於“憲法”的解讀，特別是關於“一個中國”的理解。以舊瓶子裝新酒的方式，採用借屍還魂的策略，通過緩慢而不易覺察的過程實現其引導與操縱民意的目的，這是獨派勢力可能會依賴的基本操作。因此，不論是從大法官“釋憲”自身來看，還是從其他國家憲法實踐的經驗來進行比較分析，大法官“釋憲”對於

兩岸關係的發展既有可能起到積極的促進作用，也有可能產生一定負面的影響。“憲法”本身所確定的“一個中國”的底綫，可能被做擴張解釋，也可能被做狹義解釋。這一切都要看當時的政治環境與社會情勢，以及參加“釋憲”的大法官成員的基本立場和對於統獨問題的基本認識。現在，根據新的法律規定，大法官“釋憲”過程中還要公開其異議意見，這無疑為大法官“釋憲”本身增加了更多的不確定因素。今日有法律效力的“釋憲”，在將來完全可能被摒棄或推翻，今日在異議意見中的解釋將來也可能被多數大法官接納而成為主流的“憲法”認識。在這個問題上，大陸與台灣的有識之士和決策層必須要有全面而清醒的認識和準備。

不過，結合已經作出的“憲法”解釋，就大法官“釋憲”的思路來看，在事關兩岸關係的問題上，基本上還是守住了一個中國的底綫，即1946年“憲法”及其增修條文所肯定的“一個分裂、分治的中國”。蘇永欽教授就指出，“憲法”到底該如何解讀，最後決定於獨佔“釋憲”權的大法官。而歷屆大法官對於兩岸統獨這樣高度敏感的議題，儘管一向戒慎恐懼，不像對人權爭議那樣問一答十，但在這漫長演變的過程中，大體上仍相當忠實的依各階段“憲法”意旨去就相關爭議作成解釋，即使只是微言大義，也沒有留下太多模糊的空間。比如在第四次修改臨時條款以前的第一個階段，大法官所作的第31、85、117等號解釋，都在為維繫中華民國政府的全國代表性提供正當性。到了第二個階段，雖未放棄全國統治權，但已響應台灣民主化的呼聲對國會結構做了調整，大法官的第150、259、260等號解釋，也發揮了過渡、催生的功能；第261號解釋更比國民大會先着一鞭的解除了第一屆中央民意機關的終生代表資格。再早一年作成的第242號解釋，則適時的為開放兩岸人民交流後衍生的家庭問題解套。民國80年修憲以增修條文取代臨時條款，而走入分裂國家的第三個階段後，大法官也刻意在第329號解釋理由書中強調兩岸的協議非“國際書面協議”。另外就領土主權問題，第481號解釋明確區分“事實上”能實施自治(治權所及)與不能實施自治(治權所不及)的省，認定福建為所謂“轄區不完整”的省，也就是實然(治權)與應然(主權)間

有相當落差的地區。就國民主權問題，第 454 號解釋檢驗大陸地區與港澳地區人民入境所受限制的合憲性，是以“遷徙自由”為其“憲法”基礎，顯然也把大陸地區人民當成“中華民國”人民。兩號解釋都是站在增修條文的“一國兩區”立場：即中華民國已經在統治權上分裂，但還是只有一個國家。大法官作為最高的“憲法”維護者，可以說亦步亦趨的闡明了“憲法”上的國家定位。<sup>20</sup> 但是從另外一個方面來看，對於未來兩岸關係發展的方向，大法官在“釋憲”中並未非常明確地表示其政治傾向性，這可能也是基於司法自治的立場和司法獨立的原則，使得大法官不便於在政治敏感性頗高的兩岸問題上置喙多言。

另外，在可能會影響兩岸關係的法律問題上，大法官還表現出了對於人民基本權利和自由保障優先原則的堅持，即人民的基本權利和自由在國家和社會發展過程中應得到充分的保障，國家的發展包括兩岸的統一不應該以限制人民的基本權利和自由為代價，這一觀點和立場不僅在上述的三個釋字中有或多或少的體現，在充滿爭議的大法官釋字第 644 號解釋中表現的更為突出，大法官在解釋文中稱：“主管機關關於許可設立人民團體以前，得就人民‘主張共產主義，或主張分裂國土’之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公佈之日起失其效力。”這一釋字所堅持的立場有其值得質疑之處，但其所提出的理由對於未來兩岸憲政秩序的協調與

建構也有重要的啟示，即兩岸關係的走向和兩岸統合進程必須要有一個底綫，那就是不能讓人民的權利和自由受到損害。其實，這和大陸方面堅持的“寄希望於台灣人民”的提法和作法是有相通之處的。從不同的層次來分析，這一立場都是有重要的意義和價值的。一方面，兩岸的統一不是終極的目標，統一是為了讓兩岸人民過上幸福、尊嚴的生活，兩岸人民及其子孫後代的福祉是處理兩岸關係問題必須考慮的基本而重要的因素。兩岸關係的走向必須尊重兩岸人民的意志，必須關注兩岸人民利益的保障。另一方面，由於兩岸憲法理念、憲政體制及憲政實踐都有很大的差異，因此，必須充分地考慮到對方的特殊要求，不可推己及人，要更多地站在對方的立場上考慮統一問題，而不可一廂情願地將自己的價值觀強加給對方。在這個問題上，大陸和台灣都需要重新認識對方的憲法和憲法實踐，特別是將各自的憲政秩序與當下兩岸政治、經濟、法治和社會發展現實相結合，在此基礎上，將二者進行協調以化解對立和衝突。在必要的情況下，也可以考慮以新的制度構建來連接或涵蓋兩岸的憲政秩序。

[本文是作者承擔的 2011 年國家社科基金重大攻關項目《中國特色人權發展道路研究》(項目號 11&ZD072)和 2010 年教育部人文社科研究項目《台灣“大法官釋憲”與法理台獨研究》(項目號 10YJCGAT001)的階段性研究成果。]

## 註釋：

<sup>1</sup> 早期，規範和指導大法官“釋憲”實踐的基本法律文件是《司法院大法官會議規則》(1948-1958 年)，其後為《司法院大法官會議法》(1958-1993 年)，當前為《司法院大法官審理案件法》(1993 年至今)。2005 年 12 月 28 日公佈的《憲法訴訟法》(草案)是對大法官過去幾十年“釋憲”實踐經驗進行總結，同時也對於大法官的合憲性審查制度的發展和完善，但此草案至今仍然未獲得通過。最新的大法官釋字第 711 號解釋做成於 2013 年 7 月 31 日，其主要爭議點是“藥師法第 11 條規定藥師執業處所應以一處為限，是否違憲？兼具藥護雙重資格者執業場所應同一處所為限之函釋，是否亦違憲？”大法官對於上述兩個問題都作出了違憲的判斷。

<sup>2</sup> 《兩岸人民關係條例》第 1 條即開宗明義，提出了其基本的立法定位：“國家統一前，為確保台灣地區安全與民眾福

祉，規範台灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件，特制定本條例。本條例未規定者，適用其他有關法令之規定。”

- 3 根據《兩岸人民關係條例》及依該條例第 10 條授權訂定的《大陸地區人民進入台灣地區許可辦法》，目前，大陸地區人民進入台灣地區探親，停留期間不得逾 3 個月，必要時得延期一次，期間不得逾 3 個月，每年總停留時間不得逾 6 個月；停留期間自入境之日起算，係依該許可辦法第 18 條第 1 項第 1 款之規定。
- 4 《兩岸人民關係條例》大法官釋字第 618 號做出之日前的這九次修改的時間分別是：1993 年 2 月 3 日，1994 年 9 月 16 日，1995 年 7 月 19 日，1996 年 7 月 30 日，1997 年 5 月 14 日，2000 年 12 月 20 日，2002 年 4 月 20 日，2003 年 10 月 29 日，2006 年 7 月 19 日。在其後，《兩岸人民關係條例》又經歷了五次修改，時間分別為：2008 年 6 月 25 日，2009 年 7 月 1 日，2010 年 6 月 15 日，2010 年 9 月 1 日，2011 年 12 月 21 日。現在，此條例正在醞釀著進行新的一次修改。
- 5 有學者指出：依據“中華民國憲法”第 3 條及《兩岸人民關係條例》第 2 條第 2 款規定，則原籍大陸人民一旦獲准定居設籍，就是“台灣地區人民”，得否以其原本來自大陸地區，對之所為的不利差別待遇，僅須非出於恣意，即得以正當化？增修條文規範的是“自由地區與大陸地區人民權利義務關係”，而本條例規範對象卻僅涉及(已經定居的)“自由地區人民”，是否逾越？大法官是否認為“憲法”可以將某一種類之“國(公)民”(“來自大陸”的台灣地區人民)完全排除於平等保障之外？有無違反“憲法”第 7 條所謂“種族”平等？本條例是否係“移民歧視”或“種族歧視”之立法？有無形成甚或強化種族(或族群)壓迫的效果？每個國家對於是否給予“公民身分”，都有裁量權。而能夠“依法”“定居”台灣者，其實早已在台灣居留多年，絕非全然未接觸“自由民主憲政”，及“融入台灣社會”的適應期間。本案例是否認定台灣的考試制度與重重身家忠誠調查只是虛文？大法官僅以“憲法”第 7 條的平等權，進行極寬鬆的審查。“拒絕基本公民權”或“承認次等公民之存在”，是否已經超越了“憲法”第 7 條之規定，而到了違反“憲法”“主權屬於國民全體”規定的地步？見吳真真：《憲法平等權案例分析》，屏東科技大學。
- 6 《兩岸人民關係條例》第 18 條第 1 項規定：“進入台灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。……”(該條於 2009 年 7 月 1 日為文字修正)除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情外，對於經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違“憲法”正當法律程序原則，不符“憲法”第 10 條保障遷徙自由之意旨。同條第 2 項規定：“前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……”(即 2009 年 7 月 1 日修正公佈之同條例第 18 條第 3 項)
- 7 《台灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則》第 15 條規定：“本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內。”2004 年 3 月 1 日訂定發佈之《大陸地區人民申請進入台灣地區面談管理辦法》第 10 條第 3 款規定：“大陸地區人民接受面談，有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：……三、經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。”(即 2009 年 8 月 20 日修正發佈之同辦法第 14 條第 2 款)
- 8 《台灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則》第 11 條規定：“大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入境許可證件，逕行強制出境或限令十日內出境。”(2009 年 8 月 20 日修正發佈之同辦法第 15 條刪除“逕行強制出境或限令十日內出境”等字)。
- 9 《大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法》第 5 條規定“強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容。一、前條第二項各款所定情形。二、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境者。三、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件者。四、其他因故不能立即強制出境者。”(2010 年 3 月 24 日修正發佈移列為同辦法第 6 條：“執行大陸地區人民、香港或澳門居民強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境。二、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或

- 澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件。三、其他因故不能立即強制出境。”)
- <sup>10</sup> 大法官湯德宗在其“協同意見書”中就指出，“本件解釋歷經三個多月審查，稿經十易始成，為本席到司法院服務以來所僅見。”
- <sup>11</sup> 2003年10月29日修正公佈的《兩岸人民關係條例》第18條第1項規定：“進入台灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：一、未經許可入境者。二、經許可入境，已逾停留、居留期限者。三、從事與許可目的不符之活動或工作者。四、有事實足認為有犯罪行為者。五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞者。”(本條於2009年7月1日修正公佈，第1項僅為文字修正)
- <sup>12</sup> 2009年7月1日修正公佈同條例第18條第2項固增訂：“進入台灣地區之大陸地區人民已取得居留許可而有前項第三款至第五款情形之一者，內政部入出國及移民署於強制其出境前，得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。”
- <sup>13</sup> 2003年10月29日修正公佈的《兩岸人民關係條例》第18條第2項規定：“前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……。”(即2009年7月1日修正公佈之同條例第18條第3項)。
- <sup>14</sup> 大法官羅昌發在其“部分協同部分不同意見書”中就指出，“兩岸分治現況下，對大陸地區人民強制出境、收容、面談等措施，涉及憲法增修條文對大陸地區人民之定位、大陸地區人民在憲法下所應享之人身自由保護、大陸地區人民與台灣地區配偶之團聚與夫妻之隱私及尊嚴等問題。本號解釋有其重要性。多數意見雖對於大陸地區人民所應享之居住遷徙自由、人身自由及正當法律程序等基本權利，已有相當之釐清；惟本席認為，多數意見對大陸地區人民基本權利保護之宣示，尚有未周。”
- <sup>15</sup> 大法官湯德宗在其“協同意見書”中就指出，“而今而後，衷心祈願：法官所思所見，首先是(且主要是)“人”，而後才是“甚麼人”(台灣人民、大陸人民、外國人民……)。”如果將此號釋字放在歷史之中進行考察和評價，湯德宗大法官的主張不失為是法律人對於司法過程中立性和獨立性理性的思考。
- <sup>16</sup> 大法官陳碧玉在其“協同部分不同意見書”中就指出，“兩岸雖在分治狀態，然強制出境及暫予收容之處分，攸關經許可合法入境大陸地區人民之居住、遷徙、人身自由暨婚姻家庭等基本人權之保障。相關法令仍應回歸規範該事項之本旨。”大法官陳新民則在其“部分不同意見書”中就指出，“縱不論前揭多號解釋作成時，兩岸關係之和緩與今日已非可同日而語，但隨著兩公約(聯合國公民與政治權利公約、經濟社會文化權利公約)成為我國國內法後(兩公約之施行法於民國九十八年四月二十二日制定公佈)，上述容忍立法者自由裁量差別立法的情勢已遭到衝擊。對此本號解釋解釋理由書第二段也援引聯合國公民與政治權利公約第十三條規定，認定強制經合法入境之大陸地區人民出境，必須履行正當法律程序。此說明了憲法對於立法者的自由裁量之授權，其容忍度應有日漸萎縮之趨勢，這是值得鼓勵的現象。”
- <sup>17</sup> 1946年“中華民國憲法”頒佈實施之後，大法官會議在大陸時期曾作出了釋字第1號、第2號，此兩號解釋雖然是司法院大法官在大陸地區時作出，但是因其並未關涉到兩岸關係的運作，因此，並未將其統計在內。
- <sup>18</sup> 司法院大法官釋字第475號解釋理由書稱：“國民大會為因應國家統一前之需要，依據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，制定憲法增修條文。其第十一條規定：‘自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其它事務之處理，得以法律為特別規定’。政府於中華民國三十八年以前在大陸地區發行之國庫債券，係基於當時國家籌措財源之需要，且以包括當時大陸地區之稅收及國家資產為清償之擔保，其金額至巨。嗣因國家發生重大變故，政府遷台，此一債券擔保之基礎今已變更，目前由政府立即清償，勢必造成台灣地區人民稅負之沉重負擔，顯違公平原則。人民之自由權利固受憲法之保障，惟基於公共利益之考慮及權衡個人私益所受影響，於符合憲法第二十三條之要件者，立法機關得以法律為適當之限制；又憲法於一定條件下明確授權立法機關制定法律為特別規定時，法律於符合上開條件範圍內，亦不生抵觸憲法問題。民國八十一年七月三十一日公佈施行《台灣地區與大陸地區人民關係條例》，即係依據憲法增修條文第十一條授權而制定，該條例第六十三條第三項規定：一、民國三十八年以前在大陸發行尚未

清償之外幣債券及民國三十八年黃金短期公債；二、國家行局及收受存款之金融機構在大陸撤退前所有各項債務，於國家統一前不予處理，其延緩債權人對國家債權之行使，係因情事變更，權衡國家情勢所為必要之手段，無違上開憲法及憲法增修條文之意旨，與憲法尚無抵觸。”

<sup>19</sup> 王泰升：《中華民國法體制的台灣化》，載於王泰升：《台灣法的斷裂與連續》，台北：元照出版社，2002年，第184、192頁。

<sup>20</sup> 蘇永欽：《分裂國家的主權和公投問題》，載於《法令月刊》，第55卷第1期，2004年。