

修正「兩岸關係條例」的研究 - 以2009年修正爲主 -

李 相 哲

(法務部 法務諮問委員會 專門委員)

摘 要

「兩岸關係條例」的制定目的在於國家統一前，爲確保臺灣地區安全與民衆福祉，規範臺灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件。由於「兩岸關係條例」處理正對峙之兩岸間交流問題，它本身含着生來的界限，隨着兩岸情勢的張弛變化，同條例也受密切的影響，但與政治情況分離，要處理從兩岸交流過程衍生出來的諸多法律問題的必要性也繼續增加，「兩岸關係條例」從1992年制定以來經過11次的修改，尤其是2008年馬英九就任爲台灣總統，宣示改進兩岸關係，其後2008年6月，2009年6月進行了修改。

其中2009年6月的修正，從形式的角度看，變化幅雖不大、只對6個條文進行修改而已，但更有實質性的意義，包含着不可忽視的內容，在保障大陸配偶的權利方面有了很大的進展。該次的主要特點是保障真實婚姻的大陸配偶在台生活基本權益。修正的具體內容如下。一、放寬大陸配偶在台灣居留要件、取得身分證年限，二、對於獲准在台灣合法居留資格的大陸配偶，保障在台灣工作權，三、有關部門得強制出境大陸地區人民時，改善其程序，即爲保障當事人的權益，其強制出境前，有關部門得召開審查會並給予當事人陳述意見的機會，四、放寬大陸地區人民爲臺灣地區人民配偶，繼承在臺灣地區之遺產或受遺贈時的限制，不適用總額不得逾新台幣200萬元之規定，而且其經許可長期居留，遺產標的是不動產者，不須折算爲價額，得直接繼承該不動產。

「兩岸關係條例」繼續地改善了，雖然有時其幅度窄，有時其步伐慢，而且需要修正的條文還存在着。但台灣政府爲使之適應兩岸關係的變化，把該條例一直採取修正。與兩岸關係不一樣，韓國與北朝鮮間交流歷史時間短，累積的交流經驗亦太嫩、沒有充分的實例，而且到目前爲止，遇到目光短淺的時期，檢討「兩岸關係條例」是好象跟我們毫無關係的、沒有用的。但是兩岸交流過程上大陸和大陸面臨的問題、遇到的困難、解決方式等方面，我們可利用他們社會的經驗，若我們的準備更接近完整，將得避免不必要的試誤。

關鍵詞：兩岸關係條例，大陸配偶，工作權，繼承權，限制繼承額，繼承不動產

【目次】

I. 前言	IV. 大陸配偶繼承, 受遺贈在台灣財產更受保障
II. 放寬大陸配偶取得台灣居留資格要件	1. 限制大陸人民繼承在台灣遺產
III. 擴大保障大陸配偶的工作權	2. 是否抵觸憲法上平等權、比例原則
1. 台灣最高行政法院 90,判,315 判決 (案例 1)	2.1. 問題所在
1.1. 案情	2.2. 大法官解釋
1.2. 各方當事人的主張	2.2.1. 案情
1.3. 法院判決	2.2.2. 司法判斷結果
2. 台灣最高行政法院 95,判,2123 判決 (案例 2)	2.2.3. 檢討
2.1. 案情	3. 大陸配偶的繼承、受遺贈權進一步改進
2.2. 各方當事人的主張	V. 結束語
2.3. 法院判決	參考文獻
3. 檢討	

I. 前言

中國和台灣¹⁾雖屬分斷國家、政治對立，可兩岸在一定範圍內早已進行了由民間主管的交流。尤其是在經濟方面，大陸需要台灣的投資、先進技術、企業經營能力，反此台灣也需要先占大陸廣大市場、以利用大陸之豐富的勞動力和資源而謀求提高企業生產性。不僅兩岸各自相符其利害，而且他們畢竟是一個民族、只是由政治原因而隔絕而已，於是兩岸交流逐漸擴大，大量的台胞以探親、投資、貿易等目的去大陸。人員交往自然地日益頻繁，與此同時，交流領域也不止經濟方面，擴大于文化、體育、教育等多方面，在此過程當中，台灣和大陸都遇到多樣的法律、社會問題。由此台灣表出更積極的態度，制定了專門規律兩岸關係的規範。

1991年4月台灣〈國民代表大會〉廢止了「動員戡亂時期臨時條款」²⁾，與此同時訂定「憲

1) 台灣海峽兩岸各個政府的正式名稱是“中華人民共和國”和“中華民國”。在本文，把“中華人民共和國”簡稱為“大陸”或“中國”，“中華民國”簡稱為“台灣”。

2) 國民政府於1947年頒布了「中華民國憲法」，但在抗日戰爭剛結束的同時，中國共產黨軍隊的勢力逐漸擴大。於是蔣介石在7月4日向南京國民政府第六次〈國務會議〉提交了“厲行全國總動員，以戡共匪叛亂”的動員令，並於次日公佈，從此全國進入了“動員戡亂時期”。

法增修條文」，此增修條文第10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。³⁾ 根据此條項台湾立法院1992年7月17日制定「台灣地區與大陸地區人民關係條例」(以下簡稱「兩岸關係條例」)，從同年9月18日起施行了。⁴⁾

同條例第1條表明立法目的，國家統一前，為確保臺灣地區安全與民衆福祉，規範臺灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件。

考慮到大陸和台灣處於對峙的分斷狀況、有相異的政治、法律體系，把兩岸之間交流不能單純地理解為「國內問題」，而且不可同視與不同國家之間的「國際問題」。基于此特点產生的「兩岸關係條例」當然包含着特殊、綜合性的性格，具有着民事法、行政法、刑事法，還有國際私法之性格。⁵⁾ 「兩岸關係條例」以6個章而構成，共有96個條文，第1章是總則，第2章是行政，第3章是民事，第4章是刑事，第5章是罰則，第6章是附則。

到上个世紀80年代中半，應對大陸的統一原則，台灣政府宣布與中國不接觸、不談判、不妥協的所謂“三不政策”，與中國交流實際上處於禁止狀態。不管“三不政策”，兩岸經香港民間交流、間接貿易不斷進行，國內企業家和海外華僑向台灣政府提出至少民間層次進行的交流、接觸合法化的意見。台灣政府受到民間日益增加的要求改善兩岸關係的壓力。1985年7月，台灣政府發表了與大陸交易有關三大基本原則，即“不與中共直接通商、廠商不得與中共之機構或人員直接接觸、不干預轉口貿易”，禁止政府層次的交流，可視為默許從事間接方式之民間交易。⁶⁾ 最終於1987年，中華民國紅十字會代表政府與大陸的中國紅十字會接觸，作為兩岸溝通的窗口。經兩岸紅十字會協商后，同年12月台灣政府開放台灣居民赴大陸探親，此措施是兩岸關係發展歷史上的一個標誌性的轉折點。其后台灣逐步擴大民間方面的人員、物資交流措施，大陸也採取對應之一系列放寬措施，借此之機，兩岸間民間交流和協力快速地發展、深化。⁷⁾

1948年4月，召開第一屆國民大會第一次會議，721名國大代表聯名提出了制定「動員戡亂時期臨時條款」一案。4月18日，大會正式通過該案，並於5月10日實行，直到1991年經國民大會決議及總統公告才於同年5月1日廢止，共施行43年之久。「動員戡亂時期臨時條款」是「中華民國憲法」的附屬條款。該條款規定總統在動員戡亂時期，為避免國家或人民遭遇緊急危難，或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議，為緊急處分，不受「憲法」所規定程序之限制。

於民國80年4月22日，國民大會於是作成決議並廢止「動員戡亂時期臨時條款」，咨請總統明令廢止，李登輝總統乃依照國民大會之咨請，於民國80年4月30日明令宣告動員戡亂時期於中華民國80年5月1日零時終止。

- 參照Wikipedia 中文網 (<http://zh.wikipedia.org>)。

3) 1997年7月18日修正全文時改列為第11條。

4) 張萬明，『涉台法律問題總論』，法律出版社，2003年，125-126頁。

5) 「中國與台灣交流協力法制研究」，法務部(韓國)，2008年，405頁。

6) 「台灣加入WTO五周年-回顧與展望」，中華經濟研究院(台灣WTO中心)，特刊 第1期，2007.1. 20頁。

- 中華經濟研究院電子報 (<http://taiwan.wtocommerce.org.tw>)。

7) 「中國與台灣交流協力法制研究」，前揭書，18-19頁。

然而，「兩岸關係條例」處理正對峙之兩岸間交流問題，它本身含着生來的界限，隨着兩岸情勢的張弛變化，同條例也受密切的影響，但與政治情況分離，要處理從兩岸交流過程衍生出來的諸多法律問題的必要性也繼續增加，「兩岸關係條例」從1992年制定以來經過11次的修改。

特別2008年馬英九就任台灣總統，宣示改進兩岸關係，其後2008年6月和2009年6月進行了修改。其中2009年的修正，從兩岸關係改善角度看，更有實質性的意義，本稿集中檢討該次近進行修正的內容。

隨着兩岸交流日益深化、頻繁，台灣人民與大陸人民結婚的事情也并不罕見。根據台灣行政院大陸委員會的統計，截止2010年3月，經海峽交流基金會的大陸配偶婚姻公証驗證的歷年累計已達到315,900件，大陸配偶在台灣內政部戶政司進行結婚登記數累計275,548件。⁸⁾

為進一步保障大陸配偶在臺生活之各項權益，有改善現行大陸配偶有關制度之必要。大陸配偶在台灣已經定居者，即取得台灣身份證的數近50,000人，尚有98,000多人等待定居，平均需要等候10以上才能取得身份。反而大陸配偶以外的外籍配偶更容易地取得台灣身份證，對大陸配偶而言，有明顯的差異。⁹⁾

按照台灣「國籍法」第四條，外國人或無國籍人為中華民國國民之配偶，具有年滿20歲並依中華民國法律及其本國法均有行為能力、品行端正·無犯罪紀錄等一定要件下，于中華民國領域內，每年合計有183日以上合法居留之事實繼續3年以上，得申請歸化。

而且台灣的馬英九總統所提出「婚姻移民人道待遇及工作權保障」之移民政見及台灣人口政策白皮書，台灣當局採取更多元包容之移民政策，對於尊重人權、融合多元文化及合理保障移入人口各項權益等層面，規劃完整之移民政策。另「九十七年至一百四十五年人口推計」報告亦提出政策建議，對於以長期居留為目的之移入人口，應予包容尊重，提供必要之照顧輔導，建構多元文化社會。¹⁰⁾

基于這樣背景，行政院大陸委員會表示，為落實馬英九總統移民政見，及進一步保障大陸配偶之基本權益，大陸委員會以「主動承擔、積極協調」之態度，並秉持「反歧視」、「民主國家的法治原則」、「保障真實婚姻的大陸配偶在台生活基本權益」及「假結婚嚴

8) 「99年2月份兩岸交流統計比較摘要」，行政院大陸委員會，99年(公元2010年)3月31日，3頁。- 參照台灣行政院大陸委員會->兩岸統計->社會交流統計 (www.mac.gov.tw/public/Data/041416304371.pdf)。

9) 外籍配偶在台灣係泛指與台灣國籍人締結婚姻的非台灣國籍人，1990年代以後，台灣外籍配偶人數漸增，台灣主流媒体在縮短新聞標題的壓力之下，有時更會將上述名稱簡化為「印娘」、「越娘」、「陸娘」等等。事實上，台灣官方都以外籍配偶稱呼之，例如「印尼配偶」、「越南配偶」、「大陸配偶」等。
- 參照Wikipedia 中文網 (<http://zh.wikipedia.org>)。

10) “台灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案總說明”，立法院第7屆第2會期第14次會議議案關係文書 - 行政院函請審議「台灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案」案，院總第1554号-政府提案第11526号，28頁。

格杜絕在外」等4項原則，提出「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」部分條文修正草案，¹¹⁾ 2009年6月9日¹²⁾修正了。主要變化如下：

- (一) 放寬大陸配偶在台灣居留要件、取得身分證年限，
- (二) 對於獲准在台灣合法居留資格的大陸配偶，保障在台灣工作權。
- (三) 有關部門得強制出境大陸地區人民時，改善其程序，即為保障當事人的權益，其強制出境前，有關部門得召開審查會并給予當事人陳述意見的機會。
- (四) 放寬大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，繼承在臺灣地區之遺產或受遺贈時的限制，不適用總額不得逾新台幣200萬元之規定，而且其經許可長期居留，遺產標的是不動產者，不須折算為價額，得直接繼承該不動產。

關於這些點，尤其是對(一)、(二)、(四)的事項，在下面詳細地檢討。

II. 放寬大陸配偶取得台灣居留資格要件

修 正 前	修 正 后
<p>第十七條</p> <p>大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，得依法令申請進入臺灣地區團聚；有下列情形之一者，得申請在臺灣地區依親居留：</p> <ul style="list-style-type: none"> 一、結婚已滿二年者。 二、已生產子女者。 <p style="text-align: center;">～ 中 略 ～</p> <p>經依前二項規定許可在臺灣地區長期居留者，居留期間無限制；長期居留滿二年，並符合下列規定者，得申請在臺灣地區定居：</p> <ul style="list-style-type: none"> 一、在臺灣地區每年合法居留期間逾一百八十三日。 二、年滿二十歲。 三、品行端正，無犯罪紀錄。 	<p>第十七條 (申請居留)</p> <p>大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，得依法令申請進入臺灣地區團聚，經許可入境後，得申請在臺灣地區依親居留。</p> <p style="text-align: center;">～ 中 略 ～</p> <p>經依前二項規定許可在臺灣地區長期居留者，居留期間無限制；長期居留符合下列規定者，得申請在臺灣地區定居：</p> <ul style="list-style-type: none"> 一、在臺灣地區合法居留連續二年且每年居住逾一百八十三日。 二、品行端正，無犯罪紀錄。 三、提出喪失原籍證明。 四、符合國家利益。

11) 賴幸媛，「開放陸配工作權，就是支持26萬個台灣家庭的生存權」，2009.5.21。 - 行政院大陸委員會->重大政策措施->關懷大陸配偶 (<http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=60298&ctNode=5615&mp=1>)。)

12) 修正于6月9日，公布于7月1日，8月14日起施行。

修正前	修正后
四、提出喪失原籍證明。 五、有相當財產足以自立或生活保障無虞。 六、符合國家利益。 (新增)	~ 中略 ~ 本條例中華民國九十八年六月九日修正之條文施行前，經許可在臺團聚者，其每年在臺合法團聚期間逾一百八十三日者，得轉換為依親居留期間；其已在臺依親居留或長期居留者，每年在臺合法團聚期間逾一百八十三日者，其團聚期間得分別轉換併計為依親居留或長期居留期間；經轉換併計後，在臺依親居留滿四年，符合第三項規定，得申請轉換為長期居留期間；經轉換併計後，在臺連續長期居留滿二年，並符合第五項規定，得申請定居。

第17條規定大陸地區人民為台灣人民的配偶在台灣居留的事項。大陸地區人民在台居留形式有團聚，依親居留，長期居留，定居之四個階。其中，團聚屬於過度階段，實質上在台灣居留方式是依親居留，長期居留，定居。

團聚是指，大陸地區居民為台灣居民的配偶，為家人團聚申請來台居留。此時，主管機關經審查後得核給一個月停留期間之許可；通過面談准予延期後，得再核給五個月停留期間之許可。通過面談，受五個月停留期間之大陸地區人民申請再次入境，經主管機關認為無婚姻異常之虞，且無依法不予許可之情形者，得核給來臺團聚許可，其期間不得逾六個月。¹³⁾

依親居留是比團聚相比，更進一步的在台居留的初步階段，其下一階段是長期居留，定居是在台居留的最后階段。以前，來台申請團聚的大陸配偶只有結婚滿二年或已生產子女才得申請依親居留。依親居留者具備一定要件，得申請長期居留，長期居留者具備一定要件，始得申請定居。可是2009年修正「兩岸關係條例」時，取消上說之依親居留要件，而將團聚期間大幅縮短，把團聚調整為大陸配偶申請來台之過度階段。

按照修改后的現行規定，大陸配偶進入臺灣地區團聚，經許可入境後，得申請在臺灣地區依親居留。經這一次修改，大陸配偶得早已具有依親居留申請資格，得縮短融入台灣社會的

13) 「大陸地區人民進入台灣地區許可辦法」第4條。

期間，這有助于有大陸配偶的台灣家庭能過着安定的生活，也有好處整個台灣社會的和諧。

兩岸人員交往角度來看，由于大陸和台灣，經濟能力、生活水平、國土面積、人口數等方面居然存在着很大的差距，因此探親、旅游等短期訪問而言，從台灣去大陸的人數更多，反而以長期居留、定居為目的去對岸之人數，從大陸進入台灣的數大得多。由此1988年7月28日台灣內政部入出境管理局表達了，離開大陸在國外或第三地區繼續居留5年以上，並且在台灣地區有直系血親和配偶，得入境台灣而定居，從此台灣政府逐漸擴大其定居範圍。

但是考慮台灣的地理環境，遏制過度人口集中，為維持社會安定，加以嚴格的要件，並予以限制其數額，據此台灣政府1994年1月1日起施行了「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」，經過幾次修正，2007年9月4日台灣內政部修改了「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」，對依親居留，從前沒有數額限制，經這次修正時，加每年12,000人數額限制。

馬英九當選為總統以後修正了「兩岸關係條例」，然後2009年8月12日，關於居留數額再次進行調整，從前依親居留數額限制為12,000人而修正為不設限制，對長期居留，台灣地區人民之配偶，經許可在台灣地區依親居留滿四年，且每年居住逾一百八十三日者，從前不限，可這次修正時加15,000人之數額限制。但是修正的「兩岸關係條例」2009年8月14日施行之前，已符合長期居留規定，或施行後，經轉換並計符合長期居留規定者，數額不限。另外定居，台灣地區人民之配偶，經許可在台灣地區長期居留滿二年，且每年居住逾一百八十三日並符合定居條件者，每年數額不限。

還有第17條第五項規定申請定居的要件，和以前要件相比，刪除年滿20歲和有相當財產足以自立或生活保障無虞之兩個項目。在台灣地區依親居留滿四年，且每年在台灣地區合法居留期間逾一百八十三日者，取得申請長期居留。另外對政治、經濟、社會、科技、文化等方面有突出的大陸人才，台灣當局得專案許可長期居留。長期居留者符合一定要件，得申請在台灣定居，這些人隨同之未成年子女亦得基於社會考量，專案許可在台灣長期居留，可是依從前規定，年滿20歲始得申請定居。於是帶同未成年子女之大陸人民要決心移居台灣社會時，這要件有可能起障礙的作用。因此為避免影響專技人士移居之願意，刪除有關申請定居需年滿20歲的規定。¹⁴⁾

另外又刪除「有相當財產足以自立或生活保障無虞」之要件，這事情不僅基於撤消不必要的門檻，而且也與大陸人民工作權有關。由於這次修正時，也修改了第17條之一，保障在台灣依親居留或長期居留之大陸人民在台灣能工作，故此在財產有關不一定要求有足以自立的財產。

14) “台灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案總說明”，立法院第7屆第2會期第14次會議議案關係文書－行政院函請審議「台灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案」案，院總第1554號-政府提案第11526號，30頁。

還有本次修正之前已許可來台之大陸配偶，其每年在台灣合法團聚的期間逾183日者，得并計轉換為依親居留、長期居留定居期間，縮短取得定居資格。

關於大陸人民的在台灣工作權，在下面仔細地檢討。

Ⅲ. 扩大保障大陆配偶的工作权

修正前	修正后
<p>第十七條之一</p> <p>經依前條第一項規定許可在臺灣地區依親居留者，得向主管機關申請許可受僱在臺灣地區工作。</p> <p>主管機關為前項許可時，應考量臺灣地區就業市場情勢、社會公益及家庭經濟因素；其許可條件、程序、方式、限制、管理、撤銷或廢止許可及其他應遵行事項之辦法，由行政院勞工委員會擬訂，報請行政院核定之。</p> <p>經依前條第三項或第四項規定許可在臺長期居留者，居留期間得在臺灣地區工作。</p>	<p>第十七條之一</p> <p>經依前條第一項、第三項或第四項規定許可在臺灣地區依親居留或長期居留者，居留期間得在臺灣地區工作。</p>

依從前規定，對於大陸配偶在台工作台灣政府採四個階段辦理，(1) 團聚停留：不可工作，不能申請工作許可證。(2) 依親居留：須申請許可證始可受僱在台工作，條件嚴苛。

(3) 長期居留：可立即工作，不須申請工作許可證。(4) 定居：與台灣地區人民相同，可以隨時工作。大陸配偶結婚滿二年或已生產子女，得申請依親居留，在此居留中，向主管機關¹⁵⁾申請許可在台灣工作。主管機關考量台灣地區就業市場情況、社會公益、家庭經濟等因素決定與否予以許可。該許可有關具體的事項由「大陸地區配偶在台灣地區依親居留期間工作許可及管理辦法」來規定。按照該辦法，大陸配偶要獲在台工作許可的話，需要提出有關文件證明全戶收入扣除大陸地區配偶收入后之平均每人每月所得，以其戶籍所在地之稅務當局出具其最近年度之個人所得資料加總平均計算，符合中央主管機關公告之每人每月所得標準以下之證明等要證明事情之一。(同辦法第3條)

但是對於大陸配偶許可在台工作制度遭遇一些問題，引發了訴訟。檢討兩個案件。

15) 主管機關是在中央為行政院勞工委員會。- 「大陸地區配偶在台灣地區依親居留期間工作許可及管理辦法」第2條。

1. 台灣最高行政法院 90,判,315 判決(案例1)

1.1. 案情

① 原告跟大陸配偶吳○○結婚，替她向內政部警政署入出境管理局(本件的被告)申請在台灣居留，吳○○于1998年3月來台探親(在本稿使用公元年度)。

② 由于吳○○的台灣丈夫因老患病而不能工作，夫妻生活陷于极度困難，因此吳○○同年4月起從事打掃清潔工作。

③ 台灣警察同年5月因「非法打工」的罪名查獲吳○○而強制遣返，且不予許可吳○○在台居留申請。

④ 原告不服該處分而提起行政訴訟。

1.2. 各方當事人的主張

(1) 原告的起訴意旨

① 兩岸人民均為中華民國人民，憲法第15條保障人民之生存權、工作權。¹⁶⁾

② 「大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法」¹⁷⁾ 第13條第1項規定對於從事與許可目的不符之活動或工作者，于所申請定居或居留案不予許可。然而夫妻有共同生活、患難相雇、疾病相扶之義務。因夫有病而家庭生活處于困窘，妻被迫從事最低工資的工作，以謀自救。這并不是違背許可目的，正符探親的目的。

③ 同辦法第13條第2項規定，從事與許可目的不符之活動或工作之情節重大者，其定居或居留申請案，除依前項規定不予許可外，並自其出境或事後查覺之翌日起二年內，不得再申請。

所謂「情節重大」顯見系指從事與許可目的不符之非法活動或非法工作而情節重大者，并不包括合法之活動或工作在內。

④ 從事環保勞務工作不可說屬於情節重大之違法行為，故而被告所作強制遣返及不予許可所請居留須重再行申請之處分，均毫无法律依据。

16) 第十五条 (生存權、工作權及財產權)

人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。

17) 中華民國九十三年(公元2004年)三月一日內政部台內警字第 0930079894 号令修正發布名稱及全文47條，現行名稱是「大陸地區人民在台灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法」。

(2) 被告의抗辯

① 「大陸地區人民在台湾地區定居或居留許可辦法」系依据「兩岸關係條例」及憲法增修條文授權訂定，違憲或違法的主張并不合适。

② 大陸地區人民申請來台、停留期間、非法工作之處置等事項在相關法令有明文規定，此為大陸地區人民進入台灣地區探親、探病、停留所應遵循。

③ 因原告的大陸配偶吳○○以探親目的來台，從事与許可目的不符之活動，而被告的處分无違法、无不當之處。

1.3. 法院判決

最高行政法院認為「大陸地區人民在台湾地區定居或居留許可辦法」由「兩岸關係條例」授權而規定。吳○○于探親期間從事非法工作，雖其所得供夫妻共同生活之用途，惟已從事与單純探親之許可目的不符之活動或工作。被告否准吳○○來台居留之申請是无違誤、无不合的。

2. 台湾最高行政法院 95,判,2123 判決(案例2)

2.1. 案情

① 上訴人跟大陸配偶結婚有3名子女，于2003年7月9日及9月29日以書面向臺北縣蘆洲市公所（以下簡稱蘆洲市公所）申請列入低收入戶照顧，經審查后蘆洲市公所下結論不符合低收入戶，乃函轉台北縣政府(本案的被上訴人)審核。

② 台北縣政府判定上訴人家庭是否屬于低收入戶時，上訴人家庭之總收入應計算人口數為上訴人夫妻及子女共計五人，上訴人90年度總收入為新臺幣（下同）366,283元，平均每月收入為30,523元。

③ 另上訴人的大陸配偶以無固定工作薪資以最低工作薪資每月收入為15,840元計算，合計上訴人家庭總收入平均每月為46,363元，已超過全家最低生活費標準42,130元。

④ 被上訴人通知于臺北縣蘆洲市公所，上訴人家庭由上述的理由而不符合低收入資格要件。

⑤ 上訴人不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

2.2. 各方當事人的主張

上訴人的起訴意旨如下。

大陸配偶在台未依法取得工作權前無法從事工作，沒有收入。但是台北縣政府查是否符合低收入資格時，這大陸配偶包含了應計算家庭人口之範圍內，且以最低生活費用標準15,840元為計算她的收入。這事情與普遍常識判斷不符。因為一般來說，大陸配偶在大陸期間難以取得收入每月平均工資15,840元，¹⁸⁾且在台灣停留期間沒有任何所得的大陸配偶列入應計算家庭人口之例是不妥當的，應排除應計算人口範圍。

被上訴人如此辯論。

有關外籍新娘或大陸配偶列入家庭總收入計算人口，係依據內政部89年11月7日台內社字第8930370號函釋，應依上該規定將非本國籍配偶之收入納入家庭總收入應計算範圍之列。又外籍配偶以無固定工作併入家庭總收入，係依內政部91年9月24日台內社字第09100617421號函之91年度社會救助業務主管會報紀錄，92年度最低生活費標準每人每月8,426元，依行政慣例低收入戶之審查係依據財政部財稅中心提供最近一年之所得及財產資料為佐證。

2.3. 法院判決

上訴人申請列為低收入戶時，上訴人之大陸配偶尚不得在台灣地區工作，這屬事實。對於家庭成員中有工作能力而無工作權之大陸配偶應如何計算人口範圍及工作收入，於上訴人申請列入低收入戶照顧時，「社會救助法」並無詳細規定，而同法第45條授權內政部訂定之社會救助法施行細則第2條第1項第1款規定，工作收入依據其戶籍所在地直轄市政府或行政院勞工委員會訂定之各項職業收入計算標準核定之。

2005年1月19日修正「社會救助法」第5條，就計算家庭總收入人口，已將不得在臺灣地區工作之大陸配偶予以明文排除，¹⁹⁾但是此修正之前該條規定計算家庭總收入應計算人口範圍當然包括與上訴人互負扶養義務之上訴人的大陸配偶在內。

上開法條業已授權主管機關依規定計算工作收入，尚難謂有欠具體明確根據而增加法律所無之限制而違反法律保留原則。雖被上訴人認有工作能力與有工作權尚屬有別，且因當

18) 按2010年4月27日的匯率，相當於RMB3,450元。據北京市統計局資料，2005年北京地區在崗職工的每年平均工資是RMB34191，每月2,849元左右。- 參照北京市統計信息网(www.bjstats.gov.cn) -> 統計數據 -> 年度數據 -> 2009 -> 北京統計年鑒 -> 三 -> 人口與就業 -> 3-18.

19) 第五條

② 前項各款人員有下列情形之一者，不列入應計算人口範圍：
一、不得在台灣地區工作之非本國籍配偶或大陸地區配偶。

時「社會救助法」第5條第2項第1款尚未修正，遂依內政部有關解釋²⁰⁾將上訴人之大陸配偶之收入納家庭總收入之範圍，并援引被上訴人訂頒之社會救助調查規定第7點規定，以有工作能力之人每人每月基本工資15,840元核計上訴人大陸配偶之薪資，雖不盡妥適，然并非全然無據。且惟此「社會救助法」第5條修正之立法政策考量，基于法律不溯既往原則，被上訴人的處分是無違誤的。

3. 檢討

惟案例1，2009年修改之前的「兩岸關係條例」和其相關規定採取大陸配偶在台灣工作許可制度，自有道理。台灣和大陸之間人均所得差距很明顯，隨着兩岸交流深化，來台找工作的大陸人民越來越多。實際上以虛偽結婚的方式來台后被查獲的事例也不少。²¹⁾此情況下，若沒有任何限制的話，對於台灣社會負面影響不言而喻。

而且台灣政府不是全面禁止大陸地區人民從事在台工作，對依親居留的大陸配偶安排一條，若他們獲准許可而可工作，且在台長期居留者，其居留期間得在台灣地區工作。即大陸人民而言，在台灣工作的事情并不是不可能的，就是有法律上繁瑣程序而已。再加上，該限制基于法律依據而設置，于是具備程序合法。

也許有人認為從頭以違法目的而來台的情形和來台后不得已從事工作的情形相比，雖沒獲得工作許可而從事工作的違法后果相同，可是兩者的違法性截然不同，後者的可非難性更低，其制裁強度也應有區分。原告主張她的大陸配偶從事工作盡到夫妻互扶義務，有利于社會良好風氣，且她在台從事的工作不是賣淫等什麼非法行為，而就是每日工資只不過是新台幣600元(相當于韓幣21,288元)之清潔打掃的最低工資工作。²²⁾

筆者認為上說的意見有一點道理，可判斷是否違法時，應注重有關規範的立法宗旨、要進行客觀地評價。作該抵觸法行為之動機是什麼？或因該違法行為而所得多少？這么主觀的事情或違法行為的后果并不是判斷有無違法性的考慮因素，就是責任衡量時要斟酌的事由而已。

台灣當局採取大陸人民在台工作許可制度的原因在於防止大陸人民入台后任意地從事工作招致侵害台灣就業市場的秩序，維持台灣社會安定，有效地控制，而不在于導致來台大陸人民從事‘合法’的工作。這樣的立法目的是否妥當屬於立法政策性問題，在這兒暫且不

20) 民國1989年(公元2000年)11月7日台內社字第8930370號函釋。

21) 截止2010年2月，經緝獲之收容人數歷年累計是51,997人，遣返人次年累計是50,640名。-「99年2月份兩岸交流統計比較摘要」，行政院大陸委員會，99年3月31日，3頁。- 參照台灣行政院大陸委員會->兩岸統計->社會交流統計 (www.mac.gov.tw/public/Data/041416304371.pdf)。

22) 截止2010年4月27日匯率兌換。然台灣最低工資標準是2007年7月1日起每月17280元。

談，既然「兩岸關係條例」和「大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法」等有關規範有明文規定要獲得工作許可，在案例1原告的大陸配偶沒獲得從事工作構成違法行為。

然而來台團聚、依親居留的大陸人民是台灣居民的配偶、構成家庭成員之一。他們在台停留期間不是幾天，一、兩個星期，而是半年到數年之比較長期，另外他們來台目的是跟家人一起生活，與以旅遊、商務等目的而短期停留者不同。那麼，既然接受把他們台灣社會之成員，認定工作權是更自然、更符合人道精神，且抑制台灣內有大陸配偶的家庭陷入社會、經濟的弱者階層，把其家庭牽引到社會內健全的基層單位。

另外，考慮大陸配偶在台地位，有不合理的地方，我們從案例2所知，尚未獲准長期居留以上之停留資格的大陸配偶而言，沒什麼方法幫助家庭經濟，有的時候，反而成了妨礙。認定低收入戶時，大陸配偶是否包含應計算的人口範圍之列，有關規範的立場不堅定、有變化。雖然有工作的意願、能力，因沒有工作權而不能工作的大陸配偶，應排除應計算人口範圍，這是合理、合情的。

因此，2009年修正「兩岸關係條例」第17條之1，除長期居留者以外，依親居留者也不須獲工作許可而可從事在台工作。其理由基於大陸配偶與外籍勞工不同，其為家庭成員之一，而工作權系其生活之基本權利，考慮到人道及家庭經濟，有必要進一步放寬大陸配偶的工作權。

IV. 大陸配偶繼承，受遺贈在台灣財產更受保障

修正前	修正後
<p>第67條</p> <p>被繼承人在臺灣地區之遺產，由大陸地區人民依法繼承者，其所得財產總額，每人不得逾新臺幣二百萬元。超過部分，歸屬臺灣地區同為繼承之人；臺灣地區無同為繼承之人者，歸屬臺灣地區後順序之繼承人；臺灣地區無繼承人者，歸屬國庫。</p> <p>前項遺產，在本條例施行前已依法歸屬國庫者，不適用本條例之規定。其依法令以保管款專戶暫為存儲者，仍依本條例之規定辦理。</p> <p>遺囑人以其在臺灣地區之財產遺贈大陸地區人民、法人、團體或其他機構者，其總額不得逾新臺幣二百萬元。</p>	<p>第67條</p> <p>被繼承人在臺灣地區之遺產，由大陸地區人民依法繼承者，其所得財產總額，每人不得逾新臺幣二百萬元。超過部分，歸屬臺灣地區同為繼承之人；臺灣地區無同為繼承之人者，歸屬臺灣地區後順序之繼承人；臺灣地區無繼承人者，歸屬國庫。</p> <p>前項遺產，在本條例施行前已依法歸屬國庫者，不適用本條例之規定。其依法令以保管款專戶暫為存儲者，仍依本條例之規定辦理。</p> <p>遺囑人以其在臺灣地區之財產遺贈大陸地區人民、法人、團體或其他機構者，其總額不得逾新臺幣二百萬元。</p>

修 正 前	修 正 后
<p>第一項遺產中，有以不動產為標的者，應將大陸地區繼承人之繼承權利折算為價額。但其為臺灣地區繼承人賴以居住之不動產者，大陸地區繼承人不得繼承之，于定大陸地區繼承人應得部分時，其價額不計入遺產總額。</p> <p>(新增)</p>	<p>第一項遺產中，有以不動產為標的者，應將大陸地區繼承人之繼承權利折算為價額。但其為臺灣地區繼承人賴以居住之不動產者，大陸地區繼承人不得繼承之，于定大陸地區繼承人應得部分時，其價額不計入遺產總額。</p> <p>大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，其繼承在臺灣地區之遺產或受遺贈者，依下列規定辦理：</p> <p>一、不適用第一項及第三項總額不得逾新臺幣二百萬元之限制規定。</p> <p>二、其經許可長期居留者，得繼承以不動產為標的之遺產，不適用前項有關繼承權利應折算為價額之規定。但不動產為臺灣地區繼承人賴以居住者，不得繼承之，于定大陸地區繼承人應得部分時，其價額不計入遺產總額。</p> <p>三、前款繼承之不動產，如為土地法第十七條第一項各款所列土地，準用同條第二項但書規定辦理。</p>

1. 限制大陸人民繼承在台湾遺產

台湾与大陸有不同的政治制度，到目前仍處於對峙狀態，1949年國民黨政府遷到台湾以來，兩岸之間交往似乎斷絕。但1987年台湾政府開放以探親目的而往來之后，兩岸人民的交流也日益頻繁，同時大帶來了許多的法律問題，尤其是兩岸人民之間繼承如何解決是引起注目的熱題。1949年遇到國家變故，在大陸和台湾被隔絕的兩岸人民而言，經過了半个世紀的時間，大部分已身亡或老邁年高，因此繼承問題成為將兩岸關係圓滿、深化發展之關鍵因素。繼承与親屬之間親請和个人財產有密切關係，直接影響当事人的利益。而且兩岸人民之間，因繼承而發生訴訟的話，其提起訴訟、被繼承人的死亡證明、繼承人是否具備資格等事情關係到台湾和大陸當局的對岸政策。²³⁾ 由上述的原因，台湾政府1992年訂定

「兩岸關係條例」第67條規定大陸人民繼承在台灣財產，但是制定此規定時，意見紛紛，引起爭議。

當初第67條有關的爭議是兩個點：一、對於大陸地區人民繼承、受遺贈在台灣遺產設有限制是否違背平等權，有違憲的疑問。二、若限制大陸地區人民在台灣遺產的繼承，可採取的方法是什麼？大陸地區人民得繼承的總額設上限是否妥適？

「兩岸關係條例」第67條採取了大陸人民為繼承人或受遺贈者，對於每人新台幣200萬元的繼承或受遺贈上限之限制。立法該條例當時，提草案者的立法理由如下。²⁴⁾

一、為避免臺灣地區資金大量流入大陸地區，危及國家安全與社會安定。²⁵⁾ 雖然「兩岸關係條例」訂定當時兩岸之間交流已進入到相當的階段，但是以民間部門為主，台灣政府仍然維持「不接觸、不談判、不妥協」的「三不政策」，且兩岸畢竟是敵對關係。在此情況，台灣政府擔憂從台灣流入大陸的大量資金被惡毒地利用。大陸政府始終未放棄武力犯台，復對台灣行統一戰術，且在國際舞台上予以孤立台灣，兩岸仍處於敵對狀態，倘對大陸地區人民繼承或受遺贈在台灣財產上之總額不加限制，台灣地區資金勢必大量流入大陸地區，結果嚴重傷害台灣地區經濟秩序。又此項限制，正可表示政府維護台灣地區社會安定及民眾福祉之決心，具有正面的意義。

二、台灣和大陸40多年來一直隔絕，在台死亡留遺產大陸繼承人大部分是1949年遷移時隨政府來台灣的。隔絕的四十多年被繼承人攢了財產過程當中，在台的繼承人共同分担了喜怒哀樂、已盡較多義務，以他們的努力而形成的財產繼承給他們是很自然的，反而大陸繼承人而言，雖有依法受繼承的資格，但是對遺產沒有做出了任何貢獻，因此大陸繼承人與台灣繼承人享受同等的繼承權是對台灣繼承人而言顯然不公平的。

三、台灣生活費用較高考慮兩岸的經濟水平、生活水準差距，對大陸地區人民而言獲得台幣200萬元有已經不少。

基于以這些理由為依據訂定「兩岸關係條例」第67條，從四處受到批評。

比如，陳歷健、郁慕明、楊雪峰、林正杰等立法委員表示，以大陸方面所得偏低，物價便宜，作為限制依據，過於牽強，兩者並無必然關係。還有遺產如何處理，是人民應有的自主權，繼承乃是家庭內部的問題，政府訂一個法律，而不按照民法的規定，這是對一般人民私權的過度干涉。曾經歷任財團法人「海峽交流基金會」副董事長，台灣著名的律師陳長

23) 王沢鑾，「海峽兩岸人民繼承的若干問題」，律師通訊，第138期，21頁。－ 轉引自何錫欽，「大陸地區人民繼承台灣地區人民遺產問題之研究」，國立政治大學碩士論文，2004年，1頁。

24) 行政部門及立法委員對大陸繼承人每人200萬元總額限制之相關發言紀錄。－ 在行政部門，施主任委員啓揚馬、副主任委員英九謝、副主任委員生富等站着贊成的立場。且李慶雄、張俊雄、黃主文、林鈺祥、吳梓、盧修一等立法委員同意設200萬元限制。

25) 台灣 立法院公報，第81卷 第51期 院會記錄，154頁。－ 台灣 立法院國會圖書館 立法院公報影像系統 (<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttswebq?@0:0:1:/disk1/qr/booktracy!NOTXYZ@.0.207188470690096>)。

文表出，本條規定有歧視性，違反憲法平等權保障制度，悖于國際法揭櫫之人權精神。限制大陸人民繼承權之政策基礎，因兩岸多年交流，主客觀環境變遷而不復在。大陸配偶取得國人身分的期間相當長，此段期間生活于台灣，難認無貢獻。從法律角度來看，該歧視性的限制，不僅違反近十年來台灣地區努力建立的憲法平等權保障制度，也悖于國際法所揭櫫之人權精神。²⁶⁾ 而且與外籍配偶繼承台灣遺產時沒有限制的情事相比，對大陸配偶設限制是不公平的。

此外，基于上說的避免大量資金流入大陸之理由，限制大陸人民繼承總額，但為何台幣200萬元為上限，似乎並沒有相關統計、不基于具體的參考資料，只是制定討論過程上所得之折衷意見而已。²⁷⁾

2. 是否抵觸憲法上平等權，比例原則

2.1. 問題所在

「兩岸關係條例」訂定前後，有些人提出疑問同條例一部條項是否違背憲法精神。大陸配偶繼承在台遺產總額不超過台幣200萬元之規定也是其中之一。可制定當時的多數意見着重于在兩岸仍處對立情形下，台灣地區資金大陸流入大陸地區，可能危及國家安全及社會安定，為兼顧大陸地區人民繼承權的保障及台灣地區整體社會的公共利益而設特別的實體規定。站在考量台灣優先及整體利害的情形下，200萬元限制已超越民法的財產繼承問題，而提升至國家社會安全層面。限制大陸人民的繼承總額起因于台灣海峽兩岸關係的現實，不得已的措施。

雖然有人把第67條看作違憲規定，但到目前為止看，從正面解決此問題的法院判斷似乎沒有。然而「兩岸關係條例」條文中，除了第67條以外，還有幾個條文引起了有抵觸憲法之疑義，引人注目。比如同條例第21條第1款前段規定，大陸地區人民經許可進入台灣地區者，除法律另有規定外，非在台灣地區設有戶籍滿十年，不得登記為公職候選人、擔任公教或公營事業機關（構）人員及組織政黨。即大陸人民而言，來台具備法定要件，取得台灣身份證，却在台灣地區設有戶籍未滿十年，不得擔任公職。

26) 陳長文，「對這些台灣人民摯愛的另一半 還給他們應有的人權和關懷」，聯合報 15版 民意論壇，2002。

27) 林雅芬，「試評「台灣地區與大陸地區人民關係條例」草案關於大陸地區人民來台繼承之規定」，万国法律，民國 81年8月1日，10-11頁。- 轉引自何錫欽，「大陸地區人民繼承台灣地區人民遺產問題之研究」，前揭文，59頁。

2.2. 大法官解釋

2.2.1. 案情

此條項有關，行政法院向大法官曾經聲請釋憲、判斷該條是否違憲，司法院大法官進行審查，2006年以司法院釋字第618号的判決而予以解釋為合憲。該事件的案情如下。²⁸⁾

① 原告係于1971年4月8日出生于大陸的南京市，1991年12月13日与台灣地區人民結婚，1996年10月獲准來台居留，並於1998年10月29日獲准定居並設戶籍登記于台灣的臺北縣，依憲法第3條規定為中華民國國民，依「兩岸關係條例」第2條第3款規定為臺灣地區人民。

② 嗣于2001年2月原告應2001年度初等考試筆試及格錄取，經行政院人事行政局分發至臺北市士林區社子國民小學估書記職缺，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。

③ 臺北市政府人事處卻于2002年3月12日，引据本條例第21條第1項規定，以原告原為大陸地區人民，在臺設籍未滿十年，不得擔任軍公教或公營事業機關人員為理由，拒絕對原告辦理派代送審作業，並進而令原告離職。

④ 原告依憲法第15條保障之工作權及第18條保障之服公職權等基本權利受損之理由，提起訴願而可被駁回，遂提起行政訴訟。

⑤ 行政法院法官審理中違反憲法上「平等原則」、「比例原則」的疑問，而請求大法官解釋。²⁹⁾

2.2.2. 司法判斷結果

司法院大法官解釋如下。

① 中華民國憲法明文規定，中華民國人民在法律上一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基于憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，且其基于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23條所規定比例原則之要求。中華民國「憲法增修條文」第10條（八十六年七月二十一日修正公布改列為第十一條）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。”

② 「兩岸關係條例」即為國家統一前規範臺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。「兩岸關係條例」第21條第1項前段規定，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，不得擔任公務人員部分，乃係基于公務人

28) 中華民國95年(公元2006年)11月3日，院台大二字第0950024283号，司法院 大法官議決积字第六一八号解积。

- 參照司法院大法官望站(www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/)

29) 台灣的大法官解积机制發揮与韓國的“違憲法律審判提請”制度類似的作用。在台灣，司法院依据「司法院大法官審理案件法」第4条担任其職能。

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，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利于國家之行爲與決策。並鑒于兩岸目前仍處于分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，爲確保臺灣地區安全、民衆福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所爲之特別規定，其目的洵屬合理正當。

③ 基于原設籍大陸地區人民設籍臺灣地區未滿十年者，對自由民主憲政體制認識與其他臺灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他臺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。又系爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在臺灣地區設有戶籍滿十年，作爲擔任公務人員之要件，實乃考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入臺灣社會需經過適應期間，且爲使原設籍大陸地區人民于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，系爭規定以十年爲期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所爲之斟酌判斷，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。

2.2.3. 檢討

此解釋公布后，立即引起了各界的多樣意見，其中有人如此強烈地批評，“人權守護者的大法官，竟以不可思議的人權低標，剝奪中華民國公民應考試服公職的公民權，作出了令法律人全體受辱的‘釋字第618號’解釋。”³⁰⁾

關於原籍大陸的台灣居民的權利什麼程度保障，包括大陸配偶在內，台灣內部意見亦不一，其根本原因在於怎麼認識已成爲台灣居民之原籍大陸人民。‘釋字第618號’解釋產生之前，已經有了指責「兩岸關係條例」第21條的違憲性的意見。按照此意見，來自大陸已經設籍于台灣地區並取得台灣身分證的人，並不是憲法增修條文第十一條以及兩岸關係條例中的「大陸地區人民」，而是毫無疑問的台灣地區人民，應該與所有台灣出生的人民一樣，享有完整的公民權利。因此並不符合憲法增修條文第十一條「對大陸人民差別待遇」的授權規定。³¹⁾

另外，對‘釋字第618號’解釋，有人提出意見，對於原籍大陸的台灣公民負公職，這麼担心的話，就不要發國民身分證，反此，對他們既然承認了台灣公民資格，要何必限制其憲法上權利，且予以歧視性的待遇。

筆者認爲這些意見都有一定的道理、值得聆聽之點。可是國民的基本權也有一定的必要

30) 陳長文，“冷漠麻木的大法官解職”，2006年11月9日，中國時報。

31) 廖元豪，“兩岸關係條例第廿一條違憲”，2002年7月5日，中國時報。

範圍內可予以限制。台灣憲法第23條明定，為維持社會秩序或增進公共利益，得以法律限制之。像釋字第618號案件之原告一樣，雖然取得台灣身份證而成台灣居民，但是跟原籍台灣的居民相比，兩者間在文化、社會習慣、政治理解等方面，確實有不同的點。因此判斷「兩岸關係條例」第21條第一項前段規定是否抵触憲法，考慮該規定根據憲法授權而以法律形式限制基本權，目前兩岸仍然存在政治對立之根本性問題，難謂違憲。

然而判斷其限制程度也果然恰當、合憲不是一回事，需要另外進行檢討。限制基本權，雖其立法目的具有正當性，選擇限制手段時，對目的之達成應具有必要性，應採取侵害最小之手段，始合于比例原則。惟此案件，至于行政廳的行政處分是否具備比例原則，筆者的初步想法是否定的。正如有人批評的那樣，國小職員與處理機密的職位不同，擔任國小職員，與忠誠義務、民主認識難以說有不可分的關係，難不成擔心國小職員會國家機密洩露給大陸政府。³²⁾ 因此可說其限制基本權的手段不恰當、違背比例原則。

3. 大陸配偶的繼承，受遺贈權進一步改進

2009年6月9日修正第67條的主要內容大致兩點。一、擴大大陸配偶繼承台灣遺產、受贈台灣財產的權。大陸配偶基于婚姻關係與臺灣配偶共營生活，與臺灣社會及家庭建立緊密連帶關係，有別于一般大陸地區人民。為維護大陸配偶本于婚姻關係之生活及財產權益，其繼承權應進一步予以保障，爰新增列第五項，明定大陸配偶繼承或受遺贈，不適用有關總額不得逾新臺幣二百萬元之限制。二、經許可長期居留之大陸配偶，得直接繼承不動產。從前應折算為價額後繼承，此次修正時，除了該遺產標的之不動產為臺灣地區繼承人賴以居住者以外，大陸配偶得繼承不動產。

第17條之一的修正宗旨與本條的相同，把大陸配偶看作局外者，他們不屬於大陸地區人民，也不完全屬於台灣地區人民。大陸地區看待他們是已變成台灣地區公民、似乎排除其保護範圍內，反而台灣地區看待他們仍然是大陸地區人民、不真正地包容、一定程度上放棄于規範保護領域外。可是面臨跟台灣居民結婚的大陸人數越來越增多，已成為不可忽視的數額的情形，把他們看作台灣社會的構成員，通過予以保障他們的合法權利而謀求固化大陸配偶家庭的經濟、社會基礎，得建立健全的家庭，這有利于整個台灣社會的穩定、持續發展。

32) 陳長文，前揭文。

V. 结 束 语

2009年6月9日修正「兩岸關係條例」，從形式的角度看，變化幅雖不大、只對6個條文修改而已，但實質的角度來判斷，包含着不可忽視的內容，在保障大陸配偶的權利方面有了很大的進展。尤其是在台依親居留的大陸配偶，由此修改，不須獲工作許可，其居留期間在台灣地區得工作。經過此修正，而大陸配偶得更容易地從事工作，有助增加所入，可引向有大陸配偶的家庭圓滿地融入台灣社會。

另外，在本文中沒提及，增訂第18條第2項，大陸地區人民因從事與許可目的不符之活動或工作，或有事實足認為有犯罪行為，或有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞時，治安機關得強制出境。但為保障當事人的權益，其強制出境前，有關部門得召開審查會并給予當事人陳述意見的機會。

還有大陸配偶繼承在台灣地區之遺產、或受遺贈時，沒有台幣200萬元為上限的限制，可繼承或受遺贈超過其金額。而且從前，若遺產標的是不動產，不得繼承其不動產，只是繼承權折算為價額。可經本次修正，經許可長期居留者，得繼承不動產(但該不動產為台灣地區繼承人賴以居住者除外，且繼承的不動產為「土地法」第17條第1項所定的土地的話，應于3年內出售)。不動產有代表性的稀有物資，再加台灣是四處被水圍着的島、國土面積狹小，因此從來不允許大陸人民繼承在台灣的不動產。由此次修正，不僅大陸配偶可繼承或受遺贈新台幣200萬元以上的路，而且可繼承不動產的路都開了。

總而言之，2009年6月修正「兩岸關係條例」的主要特点是擴大大陸配偶的權益。但從原籍大陸的台灣人民立場來看，同條例當然不够完善、還需要改進的地方。比如在前邊說到之第21條第一項前段有關之與否違憲問題，雖司法院大法官解釋下結論是合憲，但有一群的人們心目中仍然存在疑義。

另外，按照「兩岸關係條例」第66條，大陸地區人民要繼承在台灣之遺產，應于繼承開始起三年內以書面向被繼承人住所地之法院為繼承之表示，否則被視為拋棄其繼承權。³³⁾ 本規定之表面上意義是被繼承人死亡時起算三年內為繼承之表示，防止繼承之法律關係長時間不決，影響台灣地區經濟秩序之穩定及共同繼承人權益。³⁴⁾ 但各國繼承有關法律的普遍規定方式是，如果一定時間內不表示承認、拋棄其繼承的意思表示，繼承自動地

33) 第66條

大陸地區人民繼承台灣地區人民之遺產，應于繼承開始起三年內以書面向被繼承人住所地之法院為繼承之表示；逾期視為拋棄其繼承權。

34) 黃明芳，“談大陸地區人民在台繼承權”，地政論壇，2009，145頁。- 參照 台灣 桃園縣 地政資訊網 (<http://www.land.tycg.gov.tw/index.aspx>)。

進行³⁵⁾，非經繼承人自願表示不得推定其放棄繼承權，可「兩岸關係條例」以采取正反的方式，導致大陸人民繼承在台灣之遺產添加了有一個門坎。³⁶⁾

反正，從1992年7月16日制定到2009年6月9日之修正來看，「兩岸關係條例」繼續地改善了，雖然有時其幅度窄，有時其步伐慢，而且需要修正的條文還存在着。但台灣政府為使之適應兩岸關係的變化，把該條例一直採取修正。

像海峽兩岸一樣，對立狀態的韓國而言，值得借鑒，將訂定類似的法律時應十分注意，要周密預備。但兩岸關係與南北韓的關係相比，從表面上的環境來看，兩者都處於隔絕、正在政治對峙着，這些點基本上相同。然而，其實質內容來看，兩者的差距很明顯，韓國與北朝鮮間的交流歷史、進展程度，在事實上、規範上都遠不及兩岸關係。眾所周知，兩岸交流與南·北朝鮮間交流的不同點如下。一、交流的幅度、時間上兩者沒法比。雖兩岸也有時對立的緊張高，但其交流、疏通的一條路一直維持，而且相互間得人員直接交往，其累計數達到幾百萬。加上宣稱改善兩岸關係的馬英九先生當選為台灣總統後，貫徹落實其政策實行一系列放寬措施，兩岸關係已進入到運航着包機的階段。二、制定「兩岸關係條例」當時，無論投資、交易等經濟合作方面，還是旅遊、探親、結婚等人員交往方面，兩岸已經進行着相當程度的交流，制定新規範的環境已成熟了。

由於我們與兩岸不一樣，沒有累積的交流經驗、沒有充分的實例，而且目前正在遇到目光短淺的時期，因此檢討「兩岸關係條例」的內容是好像跟我們毫無關係的、沒有用的。但是兩岸交流過程上台灣和大陸面臨的問題、遇到的困難、解決方式等方面，他們提供給我們很值得經驗，若我們的準備更接近完整，將得減少不必要的試誤。

總而言之，期待着將交流的通道究竟開，那關注兩岸關係、「兩岸關係條例」的變遷，以兩岸的經驗為鑒，以備將來之需。

(논문접수 : 2010. 5. 4 / 심사개시 : 2010. 5. 4 / 게재확정 : 2010. 5. 13)

35) 比如韓國「民法」第1019條第1項，台灣「民法」第1174條第2項也同樣。

* 台灣「民法」第1174條

繼承人得拋棄其繼承權。

前項拋棄，應于知悉其得繼承之時起三個月內，以書面向法院為之。

拋棄繼承後，應以書面通知因其拋棄而應為繼承之人。但不能通知者，不在此限。

36) 李錦明，「海峽兩岸居民互為繼承對岸遺產的法律問題」，中國公証，2005年第8期，29頁。

參 考 文 獻

- 「涉臺法律問題總論」，張萬明，法律出版社，2003年。
- 「台灣加入五周年--回顧與展望」，特刊第1期，中華經濟研究院，2007年。
- “大陸地區人民繼承台灣地區人民遺產問題之研究”，何錫欽，國立政治大學碩士論文，2004年。
- “海峽兩岸居民互為繼承對岸遺產的法律問題”，李錦明，中國公証，2005年第8期。
- “談大陸地區人民在台繼承權”，黃明芳，地政論壇，2009年。
- 「99年2月份兩岸交流統計比較摘要」，行政院大陸委員會，1999年(公元2010年)。
- 「臺灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案總說明」，立法院第7屆第2會期第14次會議議案關係文書。
- 行政院函請審議「臺灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案」案，院總第1554號-政府提案第11526號。
- 立法院公報(台灣)，第81卷 第51期，院會記象。
- 「中國與台灣交流協力法制研究」，法務部(韓國)，2008年。

* 參照网站

- 北京市統計信息网(www.bjstats.gov.cn)
- 台灣 桃園縣 地政資訊網 (www.land.tycg.gov.tw/index.aspx)。
- 台灣 司法院大法官望站 (www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/)。
- 台灣 行政院大陸委員會 (www.mac.gov.tw)。
- 台灣 立法院國會圖書館 (<http://npl.ly.gov.tw/do/www/homePage>)。

개정「양안관계조례」연구 - 2009년 개정을 중심으로 -

이 상 철

(법무부 법무자문위원회 전문위원)

요 약 문

「양안관계조례」는 대만과 중국이 통일되기 이전, 대만지구의 안전과 민중의 복지를 확보하고, 대만지구와 대륙지구 주민 간의 왕래를 규율하며, 그로 인해 파생되는 법률문제를 처리하기 위한 목적으로 대만에서 제정하였다. 「양안관계조례」는 현재 대치중인 양안 간의 교류문제를 처리하기 때문에 그 자체로 일정한 한계를 안고 있으며, 양안정세의 긴장 고조·완화에 따라 밀접한 영향을 받는다. 하지만 정치적 상황과 분리하여 양안교류과정에서 파생된 제반 법률문제를 처리해야 할 필요성 또한 나날이 증대되었기에 동 조례는 1992년 제정 이래 11차례 개정되었으며, 특히 양안관계개선을 정책으로 내세운 마잉지우(馬英九) 총통이 당선된 후에 2008년 6월과 2009년 6월 두 차례의 개정이 있었다.

그 중 2009년 6월 9일에 이루어진 개정은 6개 조문이 개정되어 형식적으로 보면 개정의 폭이 크지 않지만, 실질적 의미에 있어서는 소홀히 할 수 없는 내용을 담고 있다. 특히 대만인과 결혼한 대륙출신의 배우자(대륙배우자로 약칭함)의 권리보장 측면에서 크나큰 진전이 있었다. 개정된 주요내용은 다음과 같다. (1) 대륙배우자의 대만거류요건 및 신분증 취득에 필요한 연한(年限)을 완화하였다. (2) 대만에서 의친거류하는 대륙배우자도 별도의 허가 없이 거류기간 동안 대만에서 근로에 종사할 수 있도록 근로권(원어: 工作權)을 확대 보장하였다. (3) 대륙배우자에게 위법한 정황이 있어 강제송환하기 전에, 당사자에게 의견진술의 기회를 줄 수 있도록 함으로써 당사자의 권익을 보호할 수 있는 절차적인 개선도 도모하였다. (4) 대만주민의 배우자인 대륙지구주민이 대만에 있는 유산을 상속하거나 유증 받는 경우, 대만화폐 200만원 이상을 받을 수 없다는 제한규정이 적용되지 않게 되었다.

그리고 상속목적물이 부동산인 경우 종래에는 직접 상속하지 못하고 가액으로 변환하여야 했으나, 이번 개정으로 상속인이 대만 내에서 장기거류의 허가를 받은 대륙배우자인 때에는 직접 부동산을 상속받을 수 있는 길을 열어 주었다.

『양안관계조례』의 경우 때로는 그 변화의 폭이 크지 않고, 변화의 속도 또한 빠르지 않은 경우도 있으며, 개정이 필요하다고 생각되는 조문도 아직 존재하지만, 대만정부는 양안관계의 변화에 맞추어 계속하여 개정을 하고 있다. 대만-중국 간의 관계와 비교할 때, 한국과 북한의 경우 교류역사가 짧고, 교류경험 또한 일천하며 교류과정에서 불거진 실제 사례 또한 충분하지 않다. 더구나 현재 남북한은 한치 앞을 예상할 수 없는 시기에 놓여 있기 때문에 『양안관계조례』를 검토하는 것이 어찌면 우리와는 아무런 관련이 없고 소용이 없는 것처럼 보일 수도 있을 것이다.

하지만 양안교류 과정에서 중국과 대만이 맞닥뜨린 문제들과 어려움들 그리고 그 해결책을 찾아 가고 있는 그들의 경험은 우리에게 좋은 타산지석이 될 수 있을 것이다. 우리가 충실히 검토하여 보다 완전한 준비를 할수록 장차 우리가 겪게 될 시행착오 역시 줄일 수 있을 것이다.

주제어 : 양안관계조례, 대륙배우자, 근로권, 상속권, 상속액제한, 부동산상속

【 目 次 】

I. 머리말	23. 법원판결
II. 대륙배우자의 대만거류자격 취득요건 완화	3. 검토
III. 대륙배우자의 근로권보장 확대	IV. 대륙배우자의 대만내 재산의 상속·유증 받을 권리
1. 대만최고행정법원 90,판,315 판결	1. 대륙주민의 대만내 유산 상속제한
1.1. 사안의 개요	2. 헌법상 평등권, 비례원칙 위반여부
1.2. 당사자들의 주장	2.1. 문제점
1.3. 법원판결	2.2. 대법관해석
2. 대만최고행정법원 95,판,2123 판결	2.2.1. 사안개요
2.1. 사안의 개요	2.2.2. 사법판단결과
2.2. 당사자들의 주장	2.2.3. 검토
	3. 대륙배우의 상속·유증 받을 권리의 개선
	V. 맺음말

I. 머리말

중국과 대만¹⁾은 분단국가로서 정치적으로 대립하고 있지만 일정 범위 내에서는 일찍이 민간주도의 교류를 진행해오고 있다. 특히 경제방면에 있어서는 대륙은 대만의 투자, 선진기술, 기업경영능력을 필요로 하였고, 반면 대만은 대륙의 넓은 시장을 선점할 필요성이 있고 대륙의 풍부한 노동력과 자원을 이용하여 기업생산성을 높일 필요가 있었다. 이러한 양안 각자의 이해가 부합하였고 또한 결국 양안은 단일한 민족으로서 정치적 원인으로 인해 분단된 것이기에 그들 간의 교류는 점차 확대되었고, 많은 대만 동포들이 친지방문, 투자, 무역 등의 목적으로 대륙을 방문하였다. 상호간의 인적 왕래는 자연스레 증대되었고 동시에 교류영역 또한 경제방면에 그치지 않고 문화, 교육, 체육 등 여러 방면으로 확대되었다. 이 과정에서 대만과 대륙 모두 다양한 법률적, 사회적 문제에 맞닥뜨리게 되었다. 이러한 문제들을 해결함에 있어서 대만은 적극적 태도를 보였고, 전문적으로 양안관계를 규율하는 규범을 제정하였다.

1991년 4월 대만의 ‘국민대표대회’는 「반란진압을 위한 동원시기 임시조항(원어 : 動員戡亂時期臨時條款)」을 폐지하였고 「헌법증조조문」을 제정하였다. 동 조문 제10조²⁾에서는 자유지구와 대륙지구 인민간의 권리의무관계 및 기타 사무의 처리는 법률로써 특별히 규정할 수 있다고 하였다. 동 조항에 근거하여 대만 입법원은 1992년 7월 17일에 「대만지구와 대륙지구 인민관계조례」(이하 ‘양안관계조례’로 약칭함)를 제정하여 9월 18일부터 시행하고 있다.³⁾

동 조례 제1조는 입법목적을 밝히고 있는데, 즉 대만과 중국의 통일 이전에 대만지구의 안전과 민중의 복지를 확보하고 대만지구와 대륙지구 인민의 왕래를 규범하며 여기서 파생되는 법률문제를 처리하기 위해서 조례를 제정한 것이다. 대만과 대륙은 분단상황에 놓여 있고 서로 상이한 정치·법률체계를 가지고 있다는 점을 고려한다면 양안 간의 교류문제를 단순히 ‘국내문제’로 파악할 수는 없었고 그렇다고 하여 상이한 국가 간의 ‘국제문제’로 취급할 수도 없는 어려움이 있었다. 이러한 사정을 기초로 제정된 「양안관계조례」는 자연스레 민사법, 행정법, 형사법 그리고 국제 또는 구제(區際) 사법으로서의 성격들을 모두 가진 특수하고 종합적 성격의 규범이 되었다.⁴⁾ 「양안관계조례」는 6개장(章), 96개 조문으로 구성되어 있으며, 제1장은 총칙, 제2장 행정, 제3장

1) 대만해협을 사이에 둔 각 정부의 공식명칭은 각각 ‘중화인민공화국’과 ‘중화민국’이다. 본 글에서는 편의상 전자를 ‘대륙’ 또는 ‘중국’이라 칭하고 후자를 ‘대만’이라 칭하기로 한다.

2) 1997년 7월 18일 전문개정 시 제11조로 변경되었다.

3) 張万明, 「涉台法律問題總論」, 法律出版社, 2003年, 125-126면.

4) 「중국과 대만의 교류협력법제 연구」, 법무부, 2008년, 405면.

민사, 제4장 형사, 제5장 벌칙, 제6장 부칙으로 이루어져 있다.

1980년대 중반까지 대만은 대륙의 통일정책에 대응하여 중국과는 접촉하지 않고(不接觸), 협상하지 않고(不談判), 타협하지 않는다(不妥協)는 소위 '3不政策'을 선포하였다. 이로써 중국과의 교류는 금지된 상태에 있었지만, 이러한 3不政策'에도 불구하고 양안은 홍콩을 경유한 민간교류와 간접무역이 계속 진행되었고, 대만 내 기업가들과 해외 화교들도 대만정부를 향해 최소한 민간차원에서 진행되는 교류와 접촉은 합법화 해줄 것을 요청하였다. 양안관계 개선을 요구하는 이러한 민간부문의 증대되는 요청을 받은 대만정부는 1985년 7월에 대륙과의 교역 3대원칙을 발표하였다. 즉 중국과는 직접 통상(通商)하지 않으며(不與中共直接通商), 경제인(원어: 廠商)들은 중국의 기관이나 사람들과 직접 접촉할 수 없으며(廠商不得與中共之機構或人員直接接觸), 중계무역에는 관여하지 않는다(不干預轉口貿易)는 것이다. 따라서 정부 차원의 교류는 여전히 금지되었지만 간접방식의 민간교류는 묵인하는 것으로 이해되었다.⁵⁾ 그리고 마침내 1987년 중화민국 적십자회는 정부를 대표하여 대륙의 적십자회와 접촉을 함으로써 양안협상의 창구로 기능하게 되었다. 양안의 적십자회를 통한 협상을 마치고 같은 해 12월 대만정부는 대만주민이 대륙에 친지방문을 위해 갈 수 있도록 개방조치를 취하였다. 이는 양안관계발전사에 있어서 이정표적인 전환점이 되는 중요한 조치라고 할 것이다. 그 후 대만은 민간방면의 인적, 물적 교류를 점점 확대하는 조치를 취하였고, 대륙 또한 이에 대응하여 일련의 완화조치들을 취함으로써 양안 간의 민간교류와 협력은 급속도로 발전되고 심화되어 갔다.⁶⁾

그런데 「양안관계조례」는 현재 대치중인 양안 사이의 교류문제를 다룬다는 점에서 그 자체적으로 일정한 한계를 지녔으며, 양안관계의 긴장국면의 변화에 따라서 동 조례도 밀접한 영향을 받게 되는 문제가 있었다. 하지만 이러한 일면의 이면에서는 정치적 관계와는 분리하여 양안교류과정에서 파생된 제반 법률문제들을 처리해야 한다는 필요성 또한 계속 커져갔으며, 1992년 제정 이래 총 11차례의 개정이 이루어졌다.

특히 양안관계의 개선을 정책으로 내세운 마잉지우(馬英九) 후보가 대만 총통에 취임한 후에는 2008년 6월과 2009년 6월에 2차례의 개정이 있었다. 본고에서는 그 중 양안관계의 개선이라는 각도에서 볼 때 더욱 실질적 의의가 있는 2009년도의 개정내용을 중심으로 검토하기로 한다.

양안관계가 나날이 심화되고 빈번해지면서 대륙주민과 대만주민이 혼인하는 것이

5) 「台灣加入WTO五周年-回顧與展望」, 中華經濟研究院(台灣WTO中心), 特刊 第1期, 2007.1. 20면.

- 中華經濟研究院電子報 (<http://taiwan.wtcenter.org.tw>).

6) 「중국과 대만의 교류협력법제 연구」, 전개서, 18-19면.

더 이상 낮설지 않은 상황이 되었다. 대만 행정원 대륙위원회의 통계에 따르면 2010년 3월 현재, 대만 해협교류기금회의 대륙배우자 혼인공증검증을 마친 누계수치는 315,900건에 달하였고, 대만인과 혼인한 대륙출신의 배우자(이하 ‘대륙배우자’라 약칭한다)가 대만 내정부(內政部) 호정사(戶政司)에 결혼등기를 마친 누계수치는 275,548건이었다.⁷⁾

대륙배우자의 대만 내 생활상의 각종 권익을 보다 보장하기 위해서는 대륙배우자 관련 제도를 개선할 필요성이 있었다. 예컨대 대만 신분증을 취득하여 대만 내에 이미 정주하고 있는 대륙배우자의 수는 50,000여명이고, 아직 98,000여명이 정주허가를 기다리고 있는데, 평균 10년 이상을 기다려야 신분증을 취득할 수 있다. 반면 외국적 배우자(원어: 外籍配偶) 중 대륙배우자를 제외한 기타 지역 출신의 배우자들은 대륙배우자에 비해 훨씬 쉽게 대만 신분증을 취득한다는 점에서 대륙배우자와 비할 때 뚜렷한 차이가 있다.⁸⁾

대만 「국적법」 제4조에 의하면 외국인 또는 무국적자가 중화민국 국민의 배우자로서, 만20세이고 중화민국법률과 그 본국법에 따라서 모두 행위능력이 있으며 품행단정하고 범죄기록이 없는 등 일정 요건을 구비하고, 중화민국 영역 내에서 매년 183일 이상 합법거류한 사실이 계속하여 3년 이상인 자는 귀화신청을 할 수 있다. 그리고 대만 마잉지우(馬英九) 총통이 「혼인·이민자의 인도적 대우 및 근로권 보장(婚姻移民人道待遇及工作權保障)」에서 밝힌 정견과 대만인구정책백서에 따라 대만 정부는 다문화 포용의 이민정책을 취하여, 인권존중 및 이민자의 각종 권익보장 등 측면에서 보다 보완된 이민정책을 계획하였다. 그밖에도 「九十七年至一百四十五年人口推計」 보고서에서는 장기거류의 목적으로 대만에 온 이주인구를 포용·존중할 것을 건의하였으며 이에 필요한 보살핌과 배려를 함으로써 다문화사회를 세운다는 필요성도 있었다.⁹⁾

이러한 배경 하에서 행정원 대륙위원회는 마잉지우 총통의 이민정책을 관철하고 대륙배우자의 기본권익을 보다 더 보호하기 위해서 ‘능동적 책임, 적극적 협조’의 태도로서 ‘차별 반대(反歧視)’, ‘민주국가 법치원칙(民主國家的法治原則)’, ‘진정한 혼인을 한 대륙배우자의 대만 내 생활상의 기본권익보장(保障眞實婚姻的大陸配偶在台生活基本權益)’

7) 「99年2月份兩岸交流統計比較摘要」, 行政院大陸委員會, 99年(公元2010年)3月31日, 3면. - 參照台灣行政院大陸委員會->兩岸統計->社會交流統計 (www.mac.gov.tw/public/Data/041416304371.pdf).

8) 외국적 배우자란 대만국적의 자와 혼인한 비대만국적의 자를 가리킨다. 1990년대 이후 대만내의 외국적 배우자의 수가 점차 증가하였고, 대만 매스컴에서는 이들을 印娘(인도네시아 신부), 越娘(베트남 신부), 陸娘(대륙 신부) 등으로 약칭하였다. 사실상 대만 정부도 외국적 배우자를 ‘印尼配偶(인도네시아 배우자)’, ‘越南配偶(월남 배우자)’, ‘大陸配偶(대륙 배우자)’ 등으로 부르고 있다. - Wikipedia 중문사이트 (<http://zh.wikipedia.org>) 참조.

9) “台灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案總說明”, 立法院第7屆第2會期第14次會議議案關係文書 - 行政院函請審議「台灣地區與大陸地區人民關係條例部分條文修正草案」案, 院總第1554号-政府提案第11526号, 28면.

‘위장결혼 엄격근절(假結婚嚴格杜絕在外)’ 등 4개의 원칙에 입각하여 『양안관계조례』 부분 개정안을 제출하였고¹⁰⁾, 2009년 6월 9일 개정되었다.¹¹⁾

개정된 주요내용은 다음과 같다.

- (1) 대륙배우자의 대만 내 거류요건과 신분증 취득연한을 완화하였다.
- (2) 대만 내에서의 합법거류자격을 획득한 대륙배우자의 대만 내 근로권을 한층 더 보장하였다.
- (3) 대륙지구 주민을 대만에서 강제출경(強制出境)시킬 때 그 절차적 개선을 도모하여, 당사자의 권익보호를 위해 강제출경하기 전에 당사자에게 의견진술의 기회를 줄 수 있도록 하였다.
- (4) 대륙지구 주민이 대만지구 주민의 배우자인 경우 그 대륙배우자가 대만지구 내의 유산을 상속하거나 유증을 받는 때에는 대만화폐 200만 원 이상을 취득하지 못하도록 제한한 규정의 적용을 받지 않도록 하였다. 또한 그가 장기거류의 허가를 받은 경우에는 상속목적물이 부동산인 경우에도 가액변환을 할 필요 없이 직접 그 부동산을 상속할 수 있도록 하였다.

아래에서는 이 중 (1), (2), (4)의 사항에 대해서 상세히 검토하기로 한다.

II. 대륙배우자의 대만거류자격 취득요건 완화

개정 전	개정 후
<p>제17조</p> <p>①대륙지구인민이 대만지구인민의 배우자인 경우에는 법령에 의거하여 대만지구에서의 회합(團聚)을 신청할 수 있다. 다음의 1에 해당하는 자는 대만지구에서의 의친거류(依親居留)를 신청할 수 있다.</p> <ul style="list-style-type: none"> i) 결혼한 지 만 2년이 된 자. ii) 자녀를 출산한 자. 	<p>제17조 (거류신청)</p> <p>①대륙지구인민이 대만지구인민의 배우자인 경우에는 법령에 의거하여 대만지구에서의 회합(團聚)을 신청할 수 있고, 허가를 얻어 입경한 후 대만지구에서의 의친거류(依親居留)를 신청할 수 있다.</p>

10) 賴幸媛, “開放陸配工作權, 就是支持26萬個台灣家庭的生存權”, 2009.5.21. - 行政院大陸委員會->重大政策措施->關懷大陸配偶 (<http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=60298&ctNode=5615&mp=1>).

11) 6월 9일 개정되어, 7월 1일 공포되었고 8월 14일 시행되었다.

개정 전	개정 후
<p style="text-align: center;">~ 중략 ~</p> <p>⑤전2항의 규정에 따라 대만지구에서의 장기거류를 허가하는 경우 거류기간은 제한이 없다. 장기거류가 만2년이 되고 다음의 규정에 부합하는 자는 대만지구에서의 정주를 신청할 수 있다.</p> <ul style="list-style-type: none"> i) 대만지구에서 매년 합법적으로 183일을 초과하여 거류한 경우. ii) 만 20세인 경우. iii) 품행이 단정하고 범죄기록이 없는 경우. iv) 원적(原籍)상실의 증명을 제출한 경우. v) 상당한 재산이 있어 자립이 충분하거나 또는 생활보장의 염려가 없는 경우. vi) 국가이익에 부합하는 경우. <p style="text-align: center;">(신설)</p>	<p style="text-align: center;">~ 중략 ~</p> <p>⑤전2항의 규정에 따라 대만지구에서의 장기거류를 허가하는 경우 거류기간은 제한이 없다. 장기거류가 다음의 규정에 부합하는 자는 대만지구에서의 정주를 신청할 수 있다.</p> <ul style="list-style-type: none"> i) 대만지구에서 합법 거류한 것이 연속 2년이며 또한 매년 183일을 초과하여 거류한 경우 ii) 품행이 단정하고 범죄기록이 없는 경우 iii) 원적(原籍)상실의 증명을 제출한 경우 iv) 국가이익에 부합하는 경우. <p style="text-align: center;">~ 중략 ~</p> <p>⑩ 본 조례에서 중화민국 98년(서기 2009년) 6월 9일 개정된 조문의 시행 전에, 허가를 얻어 대만에서 회합(團聚)을 한 경우 매년 대만에서 합법적으로 회합한 기간이 183일을 초과하는 자는 의친거류기간으로 전환할 수 있다. 대만에서 이미 의친거류하거나 장기거류한 자가 매년 대만에서 합법적으로 회합한 기간이 183일을 초과하는 때에는 그 회합 기간은 각각 의친거류 또는 장기거류 기간으로</p>

개정 전	개정 후
	<p>전환하여 계산할 수 있다. 전환하여 계산한 후 대만에서 의친거류한 기간이 만 4년이고 제3항에 부합하는 경우에는 장기거류기간으로의 전환을 신청할 수 있다. 전환하여 계산한 후 대만에서 연속하여 장기거류한 기간이 만 2년이고 제5항에 부합하는 경우에는 정주를 신청할 수 있다.</p>

제17조는 대륙지구 주민이 대만주민의 배우자로서 대만에 거류하는 사항을 규정하고 있다. 대륙지구 주민이 대만에서 거류하는 형식은 團聚, 依親居留, 長期居留, 定居의 4개 단계가 있는데, 그 중 團聚는 과도적 단계이기 때문에 실질적으로는 依親居留, 長期居留, 定居의 3개 거류방식이 있다.

團聚는 대륙지구 주민이 대만주민의 배우자로서 가족회합을 위해 대만에 와서 거류하는 것을 신청하는 것이다. 이 때 주무부서는 심사를 진행한 후 1개월의 체류기간을 허가하며, 면담을 하여 통과한 경우에는 그 기간을 연장하여 다시 5개월의 체류기간을 허용한다. 면담을 한 후 5개월의 체류연장을 받은 자가 재차 입경하는 경우에 주무기관이 혼인의 이상이 있을 우려가 없다고 인정하고 또한 허가를 하지 않을 법정 정황이 없으면 대만에 와서 團聚하도록 허가할 수 있다. 그 기간은 6개월을 넘지 못한다.¹²⁾

依親居留는 團聚에 비해서 진일보한 대만거류의 처음단계이고, 그 다음 단계가 長期居留이며 定居는 대만 거류의 최종단계이다. 종전에는 대만 내에서의 團聚를 신청한 대륙배우자가 혼인 후 만2년이 되거나 혹은 자녀를 출산한 경우에 비로소 依親居留를 신청할 수 있었다. 依親居留者가 일정 요건을 갖추면 長期居留를 신청할 수 있고, 長期居留者가 일정 요건을 갖추면 定居를 신청할 수 있었다. 그런데 2009년 「양안관계조례」를 개정하면서 상술한 依親居留 요건을 없앴고, 團聚 기간도 대폭 단축하여 團聚를 대륙 배우자가 대만지구에 들어오는 것을 신청하는 과도적 과정으로 조정하였다.

개정 이후의 현행 규정에 의하면 대륙배우자가 대만지구에서의 團聚에 대해 허가를 받고 입경 한 후에는 依親居留를 신청할 수 있다. 이번 개정으로 대륙배우자는 조기에 依親居留 신청 자격을 얻게 됨으로써 대만사회로의 융화기간을 단축할 수 있게 되었고,

12) 「大陸地區人民進入台灣地區許可辦法」第4條。

이는 대륙배우자가 있는 대만가정이 이전에 비해 보다 안정된 생활을 영위하는데 도움이 되며 이는 대만사회 전체의 화합에도 유리한 것으로 기능할 것이다.

양안의 인적교류측면의 경우, 대륙과 대만 간의 경제적 능력, 생활수준, 국토 면적, 인구 수 등 여러 방면에서 차이가 크기 때문에, 친지방문이나 여행 등의 단기방문은 대만에서 대륙으로 가는 수자가 훨씬 많으나 장기거류나 정주의 목적으로 상대방으로 가는 수는 대륙에서 대만으로 가는 숫자가 훨씬 많다. 이 때문에 1988년 7월 28일 대만 내정부 입출경관리국은 대륙을 떠나 국외 또는 제3지구에서 계속하여 5년 이상거류하고 또한 대만지구에 직계혈족이나 배우자가 있는 자는 대만에 입경하여 정주할 수 있다는 뜻을 피력한 이래 대만정부는 점진적으로 그 정주범위를 확대하였다.

다만 대만의 지리적 환경을 고려할 때 과도한 인구집중을 막고 사회안정을 유지하기 위해 엄격한 요건을 부가하였고 그 숫자에도 제한을 가하였다. 1994년 1월 1일부터 「대륙지구주민의 대만지구에서의 의친거류·장기거류 및 정주 정원 표(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)」를 시행하였고 수차례의 개정을 거쳐 2007년 9월 4일 대만 내정부는 종전에 정원 제한이 없던 依親居留에 대해 매년 12,000명으로 제한을 가하였다.

마잉지우 총통취임 이후 「양안관계조례」를 개정하고 2008년 8월 12일 거류 정원에 대해서 다시 조정이 있었다. 依親居留 정원을 매년 12,000명으로 제한하던 것에서 제한을 없애는 것으로 변경하였고, 長期居留에 대해서는 대만주민의 배우자로서 허가를 받고 대만지구에서 依親居留한 것이 만4년이고 그 매년 거류기간이 183일을 넘는 경우에는 종전에는 제한이 없었으나 매년 15,000명으로 제한하였다. 다만 개정된 「양안관계조례」가 2009년 8월 14일 시행되기 이전에 이미 長期居留 규정에 부합하거나, 또는 시행 이후에 전환합산을 통하여 장기거류 규정에 부합하는 때에는 정원의 제한이 없다. 그밖에 定居의 경우, 대만주민의 배우자로서 허가를 얻어 대만지구에서 長期居留 한지 만2년이고 매년 183일을 넘게 거류하고 定居요건에 부합하는 때에는 정원제한이 없다.

그리고 제17조 제5항은 定居신청요건을 규정하고 있는데, 종전의 규정과 비교하면 만20세 이상 및 자립할 수 있는 상당한 재산이 있거나 생활보장의 우려가 없어야 한다는 2개 항목을 삭제하였다. 대만에서 依親居留한지 만4년이고 매년 대만에서의 거류기간이 183일을 넘는 경우에는 長期居留를 신청할 수 있다. 그 밖에 정치, 경제, 사회, 과학기술, 문화 등 방면에서 우수한 대륙의 인재에 대해 대만당국은 장기거류를 특별허가할 수 있다. 장기거류자가 일정 요건에 부합하면 定居를 신청할 수 있는데 이들이 동반하는 미성년에 대해서도 장기거류를 특별허가할 수 있었다. 하지만 이전 규정의 의하면 만20세가 되어야 비로소 定居를 신청할 수 있도록 함으로써 미성년자녀를 가진

대륙지구주민이 대만사회로 이주할 것을 결심하는데 장애사유가 되었다. 이에 이들 전문인재들의 대만 이주의사에 악영향을 끼치는 것을 막기 위해 만20세가 되어야 비로소 定居를 신청할 수 있다는 요건을 삭제하였다.¹³⁾

그밖에 자립할 수 있는 상당한 재산이 있거나 생활보장의 우려가 없어야 한다는 요건을 삭제한 것은 불필요한 장애를 없애는 의미뿐만 아니라 대륙지구 배우자의 근로종사를 완화한 것과도 일부 관련이 있다고 할 것이다. 즉 이번 개정에서는 제17조의1도 개정하여 대만에서 依親居留 혹은 長期居留한 대륙주민의 대만에서의 근로를 더욱 보장하였으므로 반드시 일정 재산을 요구할 필요성은 완화되었다고 볼 수 있다.

그리고 이번 개정 전에 이미 허가를 받고 대만에 온 대륙배우자가 매년 대만에서 합법거류한 기간이 183일을 넘으면 依親居留·長期居留·定居 기간으로 전환합산할 수 있도록 함으로써 定居 신청자격을 취득하는 기간을 단축하였다.

Ⅲ. 대륙배우자의 근로권보장 확대

개정 전	개정 후
<p>제17조의 1</p> <p>①전조 제1항에 의거하여 대만에서 의친거류의 허가를 받은 자는 주무기관에 대만 지구에서 고용되어 근무하는 것의 허가를 신청할 수 있다.</p> <p>②주무기관은 전항의 허가를 할 때 대만 지구 취업시장의 상황과 사회공익 및 가정 경제 요소들을 고려하여야 한다. 그 허가의 요건·절차·방식·제한·관리·허가의 취소나 폐지 및 기타 준수하여야 할 사항에 대한 관법(辦法)은 행정원 노공위원회(勞工委員會)에서 입안하고 행정원에서 심사·확정한다.</p> <p>③전조 제3항이나 제4항에 의거하여 대만에서의 장기거류허가를 받은 경우, 거류기간 동안 대만지구에서 근로할 수 있다.</p>	<p>제17조의 1 (합법거류의 근로권)</p> <p>전조 제1항, 제3항 또는 제4항에 의거하여 대만에서의 의친거류나 장기거류허가를 받은 경우, 거류기간 동안 대만지구에서 근로할 수 있다.</p>

13) “台湾地区与大陆地区人民關係條例部分条文修正草案總說明”，立法院第7届第2会期第14次会议議案關係文書 - 行政院函請審議「台湾地区与大陆地区人民關係條例部分条文修正草案」案，院總第1554号-政府提案第11526号，30면.

중전 규정에 의하면 대륙배우자의 대만에서의 근로에 대해서 대만정부는 4단계로 나누어 처리하였다. (1) 團聚 : 근로를 할 수 없으며 근로허가증 신청을 할 수 없었다. (2) 依親居留 : 근로허가증 신청을 하여야 비로소 대만에서 근로에 종사할 수 있었으며 조건이 엄격하였다. (3) 長期居留 : 근로에 종사할 수 있으며 근로허가증을 신청할 필요가 없다. (4) 定居 : 대만주민과 동일하게 언제든지 근로에 종사할 수 있다.

대륙배우자가 결혼한지 만2년이거나 또는 이미 자녀를 출산한 때에는 依親居留를 신청할 수 있고 그 서류 중 주무기관인 행정원 노공위원회(勞工委員會)에 대만에서의 근로허가를 신청할 수 있다. 주무기관은 대만지구 취업시장 상황과 사회공익, 가정경제 등 요소를 고려하여 허가여부를 결정한다. 허가와 관련한 구체적 사항은 『大陸地區配偶在臺灣地區依親居留期間工作許可及管理辦法』에서 규정한다. 동 판법에 의하면 대륙배우자가 대만에서의 근로허가를 얻기 위해서는 가구 수입에서 대륙배우자의 수입을 공제한 후 1인당 매월 평균소득이 호적소재지 세무당국에서 발표한 최근년도 개인소득자료와 함께 총평균 계산하여 중앙주무기관이 공고한 1인당 매월소득표준 이하임을 증명하는 관련 문서를 제출하여야 하는 등 요건이 있다(동 판법 제3조). 그런데 대륙배우자가 허가를 얻고 대만에서 근로에 종사할 수 있도록 한 제도와 관련하여 일부 문제가 있었으며 이와 관련된 소송도 적지 않다. 이하 2개의 사례를 보기로 한다.

1. 대만최고행정법원 90,판,315 판결(사례1)

1.1. 사안의 개요

① 원고는 대륙배우자인 오00와 결혼한 대만주민으로서, 배우자를 대신하여 내정부 경정서(警政署) 입출경관리국(入出境管理局, 본 사안의 피고)에 대만 거류를 신청하였고, 오00는 1998년 3월에 친지방문(探親)의 목적으로 대만에 왔다.

② 오00의 대만인 남편은 노환으로 근로를 할 수 없는 자여서 부부의 경제생활은 어려운 상황이었다. 이에 오00는 동년 4월부터 청소업무에 종사하기 시작하였다.

③ 대만 경찰은 같은 해 5월 ‘불법근로’의 죄목으로 오00를 체포하고 강제송환하였으며, 오00의 대만거류신청을 불허하였다.

④ 원고는 행정처분에 불복하여 행정소송을 제기하였다.

1.2. 당사자들의 주장

(1) 원고의 주장

① 양안인민은 모두 중화민국의 인민이며 헌법 제15조는 인민의 생존권과 근로권을 보장하고 있다.¹⁴⁾

② 「大陸地區人民在台湾地區定居或居留許可辦法」¹⁵⁾ 제13조 제1항은 허가목적에 부합하지 않는 활동·근로에 종사한 경우에 정주(定居) 또는 거류의 신청사안에 대해 허가하지 않음을 규정하고 있다. 그런데 부부는 공동생활을 하고 어려움이 있으면 서로 돌보며 질병을 서로 부양할 의무가 있다. 남편이 병이 있어 가정생활이 어려워지자 처가 최저임금의 근로에 종사하여 생활상의 자구책을 도모한 것으로서, 이는 허가목적에 위배하는 것이 아니라 오히려 친지방문(探親)의 목적에 부합하는 것이다.

③ 상기 판법 제13조 제2항은 허가목적에 부합하지 않는 활동·근로에 종사한 사정이 중대한 경우 그 정주(定居) 또는 거류신청 사안에 대해 전항의 불허 이외에도 그 출경일 또는 불법근로가 발각된 익일부터 2년 내에는 재신청할 수 없다고 규정한다. 그런데 소위 '사정이 중대'하다는 것은 허가목적에 부합하지 않는 불법활동이나 불법근로에 종사하여 사정이 중대한 경우를 말하는 것이며, 합법적 활동이나 근로에 종사한 경우는 포함하지 않는다.

④ 청소업무에 종사한 것은 사정이 중대한 위법행위에 속한다고 볼 수 없으므로 피고의 강제송환 및 재차 신청한 거류를 불허한 처분은 아무런 법률적 근거가 없는 것이다.

(2) 피고의 주장

① 「大陸地區人民在台湾地區定居或居留許可辦法」는 「양안관계조례」 및 「헌법중조조문」의 수권에 의해 제정한 것으로서, 위헌이라거나 위법하다는 주장은 적절하지 않다.

② 대륙지구인민의 대만진입의 신청, 거류기간, 불법근로에 대한 처분 등 사항은 관련 법령에 명문 규정이 있다. 이는 대륙지구인민이 대만지구에 친지방문, 병문안, 일시체류 등을 할 때 준수하여야 한다.

③ 원고의 대륙배우자 오○○는 친지방문의 목적으로 대만에 와서 허가목적에 부합하지 않는 활동에 종사하였으므로 피고의 처분은 적법하며 부당하지 않다.

14) 第十五条 (生存權、工作權及財產權)

人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。

15) 중화민국 93년(서기 2004년) 3월 1일 內政部台內警字 第0930079894호 명령으로 명칭 및 전문을 개정한 47개조를 개정하였다. 현행 명칭은 「大陸地區人民在台湾地區依親居留長期居留或定居許可辦法」이다.

1.3. 법원판결

최고행정법원은 「大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法」은 「양안관계조례」의 수권에 따라 규정된 것으로서, 오00는 친지방문 기간 동안에 불법으로 근로에 종사하였다. 비록 부부공동생활의 용도에 사용하기 위하여 종사하기는 하였으나, 단순한 친지방문이라는 허가목적에 부합하지 않는 활동·근로에 종사하였다. 따라서 피고가 오00의 대만거류신청을 불허한 것에는 위법하다거나 불합리한 점이 없다고 판시하였다.

2. 대만최고행정법원 95,판,2123 판결(사례2)

2.1. 사안의 개요

① 상소인은 대륙배우자와 결혼하여 3명의 자녀를 두었고, 2003년 7월 9일과 9월 29일 대북현(臺北縣) 노주시공소(蘆州市公所, 이하 ‘노주시 행정사무소’라 약칭함)에 서면으로 저소득가구 보호신청을 하였으나, 노주시 행정사무소는 일차 심사에서 저소득가구에 해당하지 않는다는 판정을 내리고 대북현(臺北縣) 정부에 전달하고 심의를 맡겼다.

② 대북현 정부는 상소인의 가정이 저소득가구에 속하는지를 판단할 때 상소인 가정의 총수입을 계산하는 가구원 수에는 부부와 3명의 자녀 등 모두 5명이고, 상소인의 2001년도 총수입은 대만화폐 366,283원으로서 월평균수입은 30,523원이다.

③ 상소인의 대륙배우자는 고정수입이 없으므로 그 수입은 최저임금인 매월 대만화폐 15,840 원으로 계산하였다. 따라서 상소인 가구총수입은 매월 평균 46,363원으로 최저생활비 기준인 42,130원을 넘는다.

④ 피상소인은 대북현 노주시 행정사무소에 통지하여 상소인의 가정은 상술한 이유 때문에 저소득가구 요건에 부합하지 않는다고 통지하였다.

⑤ 상소인은 이에 불복하고 행정소송을 제기하였다.

2.2. 당사자들의 주장

상소인의 주장은 다음과 같다.

대륙배우자는 대만에서 법에 따른 근로권을 취득하기 않았으므로 근로에 종사할 수 없고, 수입도 없다. 하지만 대북현정부는 저소득자격에 부합하는지를 조사할 때 이 대륙배우자를 포함시키고, 또한 최저생활비 기준인 15,840원을 그의 수입으로 산정하였다. 이러한 사정은 보편적 상식과는 부합하지 않는다. 일반적으로 대륙배우자는 대륙에

있을 때 매월 평균 임금으로 15,840원을 취득하기는 쉽지 않으며¹⁶⁾, 대만체류기간 동안 아무런 소득도 없는 대륙배우자를 당연계산범위에 포함하는 것은 타당하지 않은 것이며, 마땅히 가족 수에서 제외하여야 한다.

이에 대해 피상소인은 다음과 같이 변론하였다.

외국적배우자를 당연계산범주에 포함하는 것은 내정부 89년(서기 2000년) 11월 7일 臺內社字 제8930370호 해석에 의거하여 외국적배우자의 수입을 가정 총수입 계산범위에 넣은 것이다. 그리고 고정수입이 없는 외국적 배우자를 가정 총수입 산정 시 병산하는 것은 내정부 91년 9월 24일 臺內社字 제09100617421호 서신의 91년도 사회구조업무주관회보기록에 의거한 것으로 92년도 최저생활비 기준인 1인당 매월 8,426원이고, 행정관례에 따라 저소득가구를 심사할 때 재정부 재세중심(財稅中心)에서 제공한 최근 1년의 소득과 재산을 판단자료로 한다.

2.3. 법원판결

상소인이 저소득가구신청을 할 때 상소인의 대륙배우자는 대만지구에서 근로를 할 수 없었음은 사실이다. 가정 구성원 중 근로능력은 있으나 근로권이 없는 대륙배우자가 있을 때 가족 수와 근로수입을 어떻게 계산할지에 대해서는 상소인이 저소득가구지정을 신청할 당시의 「사회구조법(社會救助法)」에는 상세한 규정이 없다. 그리고 동법 제45조의 수권에 따라 내정부가 제정한 「사회구조법 시행세칙」 제2조 제1항 제1관 규정에 따르면 근로수입은 그 호적소재지 직할시 정부 또는 행정원노공위원회에서 제정한 각종 직업수입계산표준표에 따르도록 하고 있다.

2005년 1월 19일 「사회구조법」 제5조를 개정하여 이미 가족 총수입계산 가족 수에 대해서 대만지구에서 근로에 종사할 수 없는 대륙배우자를 명문으로 배제하였다.¹⁷⁾ 다만 그 개정 전에 규정에 의하면 상소인과 상호부양관계에 있는 상소인의 대륙배우자는 당연히 총수입계산 가족원 수에 포함된다.

상술한 조문에서 주무기관에 규정에 의거하여 근로수입을 계산할 수 있는 수권을 한 이상 법률상 명확한 근거없이 권리를 제한하여 법률유보원칙에 위반하였다고는 말

16) 2010년 4월 27일의 환율에 따르면 이 금액은 인민폐 3,450원에 상당한다. 북경시 통계국 자료에 의하면 2005년 북경지구 재직공의 매년 평균소득은 인민폐 34,191원으로 매월 2,849원 정도이다. - 참조 北京市統計信息网(www.bjstats.gov.cn.) -> 統計数据 -> 年度数据 -> 2009 -> 北京統計年鑒 -> 三 -> 人口与就業 -> 3-18.

17) 第五條

② 前項各款人員有下列情形之一者，不列入應計算人口範圍：
一、不得在臺灣地區工作之非本國籍配偶或大陸地區配偶。

하기 어렵다. 비록 피상소인은 근로능력이 있다는 것과 근로권이 있다는 것이 서로 다른 것임을 인정하였으나 당시 「사회구조법」 제5조 제2항 제1관이 아직 개정되기 전이므로 내정부의 관련해석¹⁸⁾에 따라 상소인의 대륙배우자 수입을 가정 총수입범위에 산입하고 피상소인이 제정·반포한 사회구조조사규정 제7호에 의거하여 근로능력이 있는 본건 대륙배우자의 매월 기본수입을 대만화폐 15,840 원으로 계산한 것은 최선이라고는 할 수 없으나 그렇다고 전혀 근거가 없는 것이라고도 할 수 없다. 이에 「사회구조법」 제5조를 개정한 입법정책을 고려한다고 해도 법률불소급 원칙에 따라 피상소인의 처분은 위법이 없다 할 것이다.

3. 검토

사안1의 경우, 2009년 개정 전의 「양안관계조례」 및 그 관련 규정이 대륙배우자의 대만내 근로에 대해서 허가제도를 취한 것은 그 나름의 이유가 있다. 대만과 대륙 간에는 1인당 소득에서 차이가 큰데, 양안교류가 심화되면서 대만에 와서 일자리를 찾고자 하는 대륙인들도 점점 늘어나고 있다. 실제로는 위장결혼을 통하여 대만에 온 후 발각되는 사례도 적지 않다.¹⁹⁾ 이러한 상황에서 아무런 제한을 가하지 않는다면 대만사회에 끼치는 부정적 영향 역시 명확할 것이다. 그리고 대만정부가 대륙지구 인민의 대만 내 근로를 전면 금지하는 것은 아니며 依親居留를 하는 대륙배우자에게는 허가를 받고 근로에 종사할 수 있도록 하는 길을 열어주고 있고, 長期居留의 경우 거류기간 동안 대만지구에서 근로에 종사할 수 있다. 즉 대륙지구주민의 대만 내에서의 근로가 전혀 불가능한 것은 아니며 법률상 거쳐야 할 다소 번잡한 절차가 있는 것이다. 그리고 법률에 의거하여 그러한 제한을 둔 것이므로 절차적 정당성을 위반하였다고 보기도 어렵다.

후자는 처음부터 위법한 목적을 가지고 대만에 온 경우와 대만에 온 이후 부득이 허가 없이 근로에 종사한 경우를 비교할 때, 비록 허가없이 근로한 위법한 결과는 같지만 양자의 위법성은 차이가 있으며, 후자의 경우 비난가능성은 상대적으로 낮으므로 그에 대한 제재 역시 차이가 있어야 한다고 생각할 수도 있다. 원고 역시 자신의 대륙 배우자의 근로종사는 부부 간의 부양의무를 다하기 위한 것으로서 사회의 미풍양속을 해하지 않으며 그 종사한 근로업무 도한 어떤 위법행위가 아니라 1일 임금이 대만화폐

18) 民国1989年(公元2000年)11月7日台内社字第8930370号函积。

19) 2010년 2월까지 체포되어 수용된 누적 수는 51,997명이고, 송환된 누계수치는 50,640명이다. 물론 이 수치가 모두 위장결혼을 의미하지는 않는다. - 「99年2月份两岸交流统计比较摘要」, 行政院大陆委员会, 99年3月31日, 3면. 参照台湾行政院大陆委员会->两岸统计->社会交流统计 (www.mac.gov.tw/public/Data/041416304371.pdf).

600원(대한민국화폐 21,288원 상당)에 불과한 최저임금의 업무였다는 점을 주장하고 있다.²⁰⁾

필자도 상술한 의견에 일리가 있다고 본다. 다만 위법성을 판단함에 있어서는 객관적으로 평가하여야 한다. 당해 위법행위의 동기가 무엇인지? 당해 위법행위로 얻은 소득이 얼마인지와 같은 주관적 사정이나 위법행위의 결과는 위법성을 판단하는 고려요소가 아니며 다만 책임을 판단할 때 참작할 사유이다.

대만당국이 대륙인민의 대만 내 근로에 대해서 허가제를 취한 이유는 대륙인민이 대만 에 온 후 근로에 종사함으로써 대만 내 취업시장 질서를 해치는 것을 방지하고, 대만사회의 안정을 유지하며 효율적으로 통제하기 위한 것이지, 대만에 온 대륙주민들이 ‘합법’적 업무에 종사하도록 유도하기 위함은 아니라고 할 것이다. 이는 그러한 규정이 없어도 당연히 준수되어야 할 가치이기 때문이다. 그러한 입법목적이 타당한지 여부는 입법정책 문제이므로 여기서 논의하는 것은 부적절할 것이다. 『양안관계조례』와 관련 규범에서 명문으로 허가를 받도록 한 이상 사례1의 원고의 대륙배우자가 허가 없이 근로에 종사한 것은 위법한 행위라고 할 것이다.

하지만 團聚, 依親居留를 하는 대륙지구 인민은 대만지구주민의 배우자로서 가장을 구성하는 한 일원이다. 그들이 대만에 거류하는 기간은 하루 이틀이나 1, 2주의 단기간이 아니라 적어도 반년이상을 머무르며, 그들이 대만에 오는 목적은 가족과 함께 생활하기 위함으로서 여행, 상업 등의 목적으로 단기간 머무는 경우와는 다르다. 그렇다면 그들을 대만사회의 성원으로 받아들인 이상 그 근로권을 보장하는 것이 자연스럽게 인도주의에도 부합하며, 대륙배우자가 있는 대만가정이 사회경제적 취약계층으로 떨어지지 않고 건전한 기층단위로 기능할 수 있도록 이끄는 일일 것이다.

그밖에 대륙배우자의 대만 내 지위를 고려할 때 불합리한 부분이 있다. 사례2에서 알 수 있듯이 長期居留 이상의 체류자격을 아직 얻지 못한 대륙배우자의 경우 가정경제에 도움이 되지 못할 뿐 아니라 때로는 일정한 장애가 되기도 한다. 저소득가구 지정시 대륙배우자가 산정범위에 포함되어야 하는 지에 대해서 관련 규범의 입장 역시 고정적이지 않고 변화가 있었다. 근로의지와 능력이 있지만 근로권이 없어서 근로할 수 없는 대륙배우자는 당연히 제외하는 것이 합리적이며 상식에 부합한다고 할 것이다.

따라서 2009년 『양안관계조례』 제17조의 1을 개정하여 장기거류자 이외에도 의친거류자에게도 허가를 얻을 필요 없이 근로에 종사할 수 있도록 하였다. 이는 대륙배우자는 외국적 노동자와 달리 가족구성원의 하나이며 근로권은 생활상의 기본권이라는 점, 인도주의와 가정경제를 고려한 것으로서 대륙배우자의 근로권을 보다 완화할 필요에 근거한 것이다.

20) 2010년 4월 27일 환율에 의함. 한편 대만의 최저임금기준은 2007년 7월 1일부터 매월 17,280원이다.

IV. 대륙배우자의 대만내 재산의 상속·유증 받을 권리

개정 전	개정 후
<p>제67조</p> <p>①피상속인의 대만지구에 있는 유산을 대륙지구인민이 법에 따라 상속하는 경우, 그 얻을 수 있는 재산의 총액은 각 사람 당 대만화폐 200만원을 넘지 못한다. 초과 부분은 대만지구의 동순위 상속인에게 귀속한다. 대만지구에 동순위 상속인이 없으면 대만지구의 후순위상속인에게 귀속한다. 대만지구에 상속인이 없으면 국고에 귀속한다.</p> <p>②전항의 유산이 본 조례 시행 전에 적법하게 국고에 귀속된 경우에는 본 조례를 적용하지 않는다. 법령에 따라 특별구좌에 임시로 예치하여 보관하는 경우에는 본 조례의 규정에 의해 처리한다.</p> <p>③유언자가 대만지구에 있는 재산으로 대륙지구의 인민·법인·단체 또는 기타 기관에 유증하는 경우에 그 총액은 대만화폐 200만원을 초과할 수 없다.</p> <p>④제1항의 유산 중에 부동산을 목적으로 하는 경우에는 대륙지구 상속인의 상속권리를 가액으로 환산한다. 다만 대만지구의 상속인이 거주하는 부동산인 경우에는 대륙지구의 상속인은 이를 상속할 수 없고, 대륙지구 상속인이 마땅히 받을 부분이 있는 때에 그 가액은 유산 총액에 산입하지 않는다.</p>	<p>제67조</p> <p>①피상속인의 대만지구에 있는 유산을 대륙지구인민이 법에 따라 상속하는 경우, 그 얻을 수 있는 재산의 총액은 각 사람 당 대만화폐 200만원을 넘지 못한다. 초과 부분은 대만지구의 동순위 상속인에게 귀속한다. 대만지구에 동순위 상속인이 없으면 대만지구의 후순위상속인에게 귀속한다. 대만지구에 상속인이 없으면 국고에 귀속한다.</p> <p>②전항의 유산이 본 조례 시행 전에 적법하게 국고에 귀속된 경우에는 본 조례를 적용하지 않는다. 법령에 따라 특별구좌에 임시로 예치하여 보관하는 경우에는 본 조례의 규정에 의해 처리한다.</p> <p>③유언자가 대만지구에 있는 재산으로 대륙지구의 인민·법인·단체 또는 기타 기관에 유증하는 경우에 그 총액은 대만화폐 200만원을 초과할 수 없다.</p> <p>④제1항의 유산 중에 부동산을 목적으로 하는 경우에는 대륙지구 상속인의 상속권리를 가액으로 환산한다. 다만 대만지구의 상속인이 거주하는 부동산인 경우에는 대륙지구의 상속인은 이를 상속할 수 없고, 대륙지구 상속인이 마땅히 받을 부분이 있는 때에 그 가액은 유산 총액에 산입하지 않는다.</p> <p>⑤대륙지구인민이 대만지구인민의 배우자인 경우, 대만지구에 있는 유산상속 혹은 수증은 다음의 규정에 따라 처리한다.</p> <p>i) 총액은 200만 TWD를 초과할 수 없다는 제1항 및 제3항의 제한규정을 적용하지 않는다.</p>

개정 전	개정 후
(新增)	ii) 허가를 받고 장기거류(長期居留)하는 경우, 부동산을 목적물로 하는 유산을 상속할 수 있고, ‘상속권리는 가액으로 환산한다’는 전항의 규정은 적용하지 않는다. 다만 부동산이 대만지구상속인이 거주에 이용하는 경우에는 상속할 수 없고, 대륙지구 상속인이 마땅히 받을 부분이 있는 때에 그 가액은 유산총액에 산입하지 않는다. iii) 전항의 상속부동산이 토지법 제17조 제1항 각호의 토지인 경우에는 동조 제2항 단서규정을 적용하여 처리한다.

1. 대륙주민의 대만내 유산 상속제한

대만과 대륙은 다른 정치제도를 갖고 있으며, 현재도 대치상태에 놓여있다. 1949년 국민당 정부가 대만으로 옮긴 이래 양안 간의 왕래는 단절되었다. 단 1987년 대만정부가 친지방문 목적의 왕래를 개방한 이후, 양안간의 주민의 교류는 날로 빈번해졌고 동시에 수많은 법률문제를 초래했고, 특히 양안 주민간의 상속문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 문제는 뜨거운 논쟁을 불러왔다. 1949년 국가적 변고를 당하여 대륙과 대만으로 단절되었던 당시의 양안 주민의 경우 이미 반세기의 시간이 흘러 대부분 사망하거나 노령화 되었다. 따라서 대륙에 친지를 남겨두고 대만에 온 자들의 경우 대륙의 친지에게 상속이나 유증을 하려는 경우가 있으며 이에 상속문제는 양안관계가 원만하고 심화된 발전을 이루어 가는데 있어서 중요한 요소가 되었다. 상속은 친족간의 정서 및 개인재산과 밀접한 관계가 있으며 당사자의 이익에도 직접적인 영향을 미친다. 그리고 양안 인민사이에서 상속으로 인한 소송이 발생하면 소제기는 어떻게 하고 피상속인의 사망증명은 어떻게 하며 상속인이 자격요건을 구비하였는지 등의 문제들은 대만과 대륙당국의 상대방에 대한 정책과 관련되는 문제이다.²¹⁾ 이러한 이유로 대만정부는

21) 王沢鑒, “海峽兩岸人民繼承的若干問題”, 律師通訊, 第138期, 21면. - 轉引自何錫欽, “大陸地區人民繼承台灣地區人民遺產問題之研究”, 國立政治大學碩士論文, 2004年, 1면.

1992년 제정한 「양안관계조례」 제67조에서 대륙인민이 대만의 재산을 상속할 수 있도록 하였지만, 이 규정을 제정할 당시 의견이 분분하였으며 찬반의 논쟁이 있었다.

당초 제67조와 관련된 논쟁은 크게 두 가지이다. (1) 대륙지역 인민이 대만 내의 재산을 상속하거나 유증을 받음에 있어서 제한을 가하는 것이 평등권에 위배되느냐의 여부와 관련하여 위헌의 여지가 있다는 의견이 그것이다. (2) 만약 그러한 어떠한 방법이 가능 한지와 그 한 방법으로 상속할 수 있는 총액을 제한하는 것이 타당한가의 여부이다.

「양안관계조례」 제67조에서는 대륙인민이 상속인이나 유증을 받을 경우, 대만화폐 200만원을 한도로 제한하고 있다. 이 조례 입법 당시 초안자의 입법 이유는 다음과 같다.²²⁾

첫째, 대만지역의 자금이 대량으로 대륙지역에 유입되어 국가의 안전과 사회안정에 위해를 주는 것을 피하기 위해서다.²³⁾ 비록 「양안관계조례」 제정당시 양안사이의 왕래가 이미 상당한 정도에 진입하였다 하더라도, 이는 민간부문 위주였으며, 대만정부는 여전히 “삼불정책”을 유지하고 있었고, 양안관계는 여전히 적대적인 관계였다. 이러한 상황에서 대만정부는 대만으로부터 대륙으로 유입된 대량의 자금이 악용되어질 것을 우려하였다. 대륙정부는 줄곧 대만영토를 회복한다는 통일정책을 포기하지 않고 있었으며, 국제무대에서 대만을 외교적으로 고립시키고 있는 상태에서 대륙인민의 대만의 재산을 상속하거나 유증 받는 것에 대해 만약 총액 제한을 두지 않는다면 대만의 자금이 대륙지역으로 대량유입되는 것은 불문가지이고, 결과적으로는 대만지역 경제질서에 큰 피해를 주게 될 것이었다. 또한 이러한 제한은 대만정부가 대만지역 사회의 안정과 민중복지를 보호하겠다는 결심을 보여주는 것이라는 표면적인 의의도 있는 것이다.

둘째, 대만과 대륙은 40여 년 동안 줄곧 단절되었기에, 대만에서 사망하여 대륙의 상속인에게 유산을 남긴 사람의 대부분은 1949년 정부가 대만으로 올 때 같이 이동한 사람이다. 단절된 40여 년 동안 피상속인이 재산을 모으는 과정에서 대만의 상속인들은 희로애락을 같이 하였고 수많은 의무를 다하였다. 이들의 노력으로 형성된 재산을 그들에게 상속하는 것은 매우 당연한 것이었고, 대륙의 상속인 입장으로는 비록 합법적인 상속 자격을 갖고 있지만, 유산에 대해 어떠한 공헌도 한 것이 없기에 대륙상속인과 대만상속인이 동등한 상속권을 가지는 것은 대만상속인에게는 매우 불공평한 것이다.

셋째, 대만의 생활비용이 비교적 높아 양안의 경제수준과 생활수준의 차이를 고려하면, 대륙지역인민에게 대만화폐 200만원을 허용하는 것도 적지 않은 금액이다.

이러한 이유를 기초로 제정한 「양안관계조례」 제67조는 제정 후 여러 곳에서 비판을 받았다.

22) 행정부문과 입법위원들의 200만원 총액제한에 대한 발언기록 참조.

23) 台湾 立法院公報, 第81卷 第51期 院會記, 154頁。- 台湾 立法院國會圖書館 立法院公報影像系統 (<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttswebq?@0:0:1:/disk1/qr/booktracy!NOTXYZ@0.207188470690096>).

예를 들면, 陳歷健、郁慕明、楊雪峰、林正杰 등 입법위원은 대륙측의 소득이 낮고 물가가 저렴하다는 것을 제한근거로 삼는다는 것은 지나치며, 둘 사이의 필연관계는 없다고 의견을 표명하였다. 또한 유산의 처리방법은 개개인이 가지는 자율권이며, 상속은 여전히 가정 내부의 문제로서 정부가 법률을 제정하여 민법 규정을 준수하지 않는 것은 일반 국민의 사권(私權)에 대한 과도한 침해라고 비판하였다. 또한 재단법인 ‘해협양안교류기금회’ 부이사장을 역임한 대만의 저명한 변호사 진장문(陳長文)은 본 규정은 차별적이며, 헌법상의 평등권보장에도 위반되며 국제법상의 인권정신에도 위배된다고 비판하였다.

이러한 비판은 최근까지도 계속 이어져 대륙주민의 상속권을 제한하는 정책이 시행된 이래 양안이 다년간 교류를 이루어오면서 주관적 환경과 객관적 환경이 이미 변하였고, 대륙배우자가 대만국적을 취득하는 기간이 상당히 길고, 이 기간동안 대만에서 생활하였다면 그 피상속인이나 대만사회에 대해 아무런 공헌이 없다고 말하기는 어렵다는 것이다. 또한 법률적인 측면에서도 이 차별적인 제한은 지난 수십 년간 대만이 평등권을 보장하기 위한 노력에도 위반될 뿐 아니라, 국제법에서 추구하는 인권정신에도 위배된다는 비판을 하고 있다.²⁴⁾ 그리고 외국적배우자가 대만지구의 유산을 상속할 때는 제한을 두지 않는 것과 비교하여도 대륙배우자에게 제한을 두는 것은 불공평하다는 비판도 있다.

그밖에 상술한 대량의 자금유입에 대한 우려를 이유로 상속총액을 제한한 것에 대해서 왜 200만원을 상한으로 했는지에 대해 사실상 아무런 관련 통계도 없으며 어떠한 참고자료에 근거한 것도 아니고 그저 토론과정에서 얻어진 절충적 의견일 뿐이라는 비판도 받고 있다.²⁵⁾

2. 헌법상 평등권, 비례원칙 위반여부

2.1. 문제점

「양안관계조례」 제정 이후 일부에서는 조례상의 일부 조항이 헌법정신에 위배된다는 의견을 피력하였고, 상술했듯이 상속액을 200만원으로 제한한 것도 그 중의 하나이다. 하지만 제정 당시 다수의 의견이 양안이 여전히 대치하는 상황이라는 점에 중점을 두

24) 陳長文, “對這些台灣人民摯愛的另一半 還給他們應有的人權和關懷”, 聯合報 15版 民意論壇, 2002.

25) 林雅芬, “試評「台灣地區與大陸地區人民關係條例」草案關於大陸地區人民來台繼承之規定”, 万国法律, 民國81年8月1日, 10-11면. - 轉引自何錫欽, “大陸地區人民繼承台灣地區人民遺產問題之研究”, 前揭文, 59면.

었고, 대륙지구 인민의 상속권보장과 대만사회의 공공이익을 모두 고려하여 그러한 실체적 규정을 두게 되었다. 대만의 이익이 우선되어야 한다는 점에서 200만원으로 제한한 것은 더 이상 더 이상 민법상의 상속문제만은 아니며 국가·사회의 안전이라는 문제가 되었고 대만해협 양안의 관계를 고려한 부득이한 조치로 이해되었다.

비록 일부에서는 제67조를 위헌적인 규정으로 보지만 현재까지 이 문제를 정면으로 다룬 판결은 없는 것 같다. 하지만 「양안관계조례」 조문 중 제67조 이외에도 기타 몇몇 조문이 위헌성이 있다는 비판을 듣고 있으며 주목을 받고 있다. 예컨대 동 조례 제21조 제1관 전단은 대륙지구인민이 허가를 얻어 대만지구로 들어온 경우, 법률에 달리 규정된 경우를 제외하고는, 대만지구에 호적을 둔 지 만10년이 안될 때에는 공직후보자 등록할 수 없고 군인·공무원·교원·공영사업기관의 직원을 담임할 수 없으며 정당을 조직할 수 없다고 규정한다. 이 조항과 관련한 문제점과 법적 다툼에 관해서는 아래에서 보기로 한다.

2.2. 대법관해석

2.2.1. 사안개요

상기 조항과 관련하여 행정법원은 대법관에게 위헌여부의 해석을 요청한 적이 있으며, 사법원의 대법관은 2006년 司法院釋字 제618호의 판결에서 합헌판단을 하였다. 동 사안을 본다.²⁶⁾

① 원고는 1971년 4월 8일 대륙 남경(南京)에서 출생하였고, 1991년 12월 13일 대만인과 결혼하여 1996년 10월 대만거류를 허가 받았다. 1998년 10월 29일 정주허가를 받고 대만의 대북현(臺北縣)에 호적등기함으로써 헌법 제3조에 의거 중화민국 국민이 되었으며, 「양안관계조례」 제2조 제3관에 따라 대만지구주민이 되었다.

② 그 후 2001년 2월 원고는 2001년도 초등고시에 합격하였고, 행정원 인사행정국으로부터 대북시(臺北市) 사림구(士林區) 사자국민소학(社子國民小學) 서기직을 배정받고, 실무훈련 후 고시원(考試院)으로부터 합격증서를 발급받았으며 제1등급 임용자격을 받았다.

③ 그러나 대북시 정부 인사처에서는 2002년 3월 12일 「양안관계조례」 제21조 제1항에 의거하여 원고는 본래 대륙지구 인민으로서 대만에 호적을 정한지 만10년이 안되었으므로 군인·공무원·교원·공영사업기관의 직원을 담임할 수 없음을 이유로 하여 원고의

26) 中華民國95年(公元2006年)11月3日, 院台大二字第0950024283号, 司法院 大法官議決積字第六一八号解积。
- 參照司法院大法官望站(www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/)

해당 직위 임용 거부하고 원고에게 직위를 떠날 것을 명하였다.

④ 원고는 헌법 제15조의 근로권 보장 및 제18조의 공무담임권 보장등의 기본권 침해를 들어 헌법소원을 제기하였으나 기각되자, 이에 행정소송을 제기하였다.

⑤ 사안을 수리한 대북고등행정법원은 ‘평등원칙위반’, ‘비례원칙위반’을 이유로 대법관 해석을 요청하였다.²⁷⁾

2.2.2. 사법판단결과

사법원 대법관해석은 다음과 같다.

① 중화민국헌법에서는 중화민국국민은 남녀, 종교, 종족, 계급, 당파의 구분 없이 법률상 모두 평등하다고 한다. 여기서 말하는 평등이란 실질적인 평등을 말하며, 입법기관은 헌법의 가치체계에 기초하고, 규범하는 사물성질의 차이를 참작하여 합리적으로 구별하여 대우할 수 있다. 그러한 합리적 구별에 기초하여 인민의 기본권을 법률로서 제한하는 때에는 헌법 제23조의 ‘비례원칙’에 부합하여야 한다. 중화민국의 『中華民國憲法增修條文』 제11조에서는 “자유지구와 대륙지구 간의 인민의 권리의무관계 및 기타 사무의 처리는 법률로서 특별히 규정할 수 있다.”고 규정한다.

② 「양안관계조례」는 국가가 통일되기 이전에 대만지구와 대륙지구 간에 인민의 권리의무관계 및 기타 사무처리를 규범하는 특별입법이다. 「양안관계조례」 제21조 제1항 전문(前文) 규정부분은, 공무원은 국가로부터 임용된 후에 국가와의 사이에 공법상 직무관계 및 충성의무가 발생하며, 그 직무의 행사는 국가공권력에 관련되므로 단지 법령을 준수하는 것 외에도 국가전체이익을 적극적으로 고려하여야 하며, 국가에 유리한 일체의 행위와 결정을 취해야 한다. 그리고 현재 양안은 분할통치 및 대립상태에 있고, 정치·경제·사회 등의 체제에 있어 중대한 본질적 차이가 있다는 점에 비추어 볼 때 대만지구의 안전과 민중의 복지를 확보하고 자유민주 헌정질서를 유지보호하기 위한 특별규정으로써 그 목적은 합리적이며 정당하다.

③ 대륙지구에 원시호적을 둔 자가 대만지구에 호적을 창설한지 만10년 미만인 경우는, 자유민주헌정체제(自由民主憲政體制)에 대한 인식에 있어서 기타 대만지구인민들과 차이가 있으므로 공무담임자격에 있어 기타 대만인민과 차별대우하는 것은 합리적이며 이는 헌법 제7조의 평등원칙 및 「中華民國憲法增修條文」 제11조의 취지에 위배되지 않는다. 또한 대만사회에 융화되기 위해서는 적응기간이 있어야 함을 고려한 것이고, 상기의 자가 공무원으로서 공권력을 행사하는 것에 대해 인민들의 보편적 신뢰를

27) 대만의 대법관해석은 우리의 위헌법률심판제청 제도와 유사한 기능을 한다. 대만 사법원은 『司法院大法官審理案件法』 제4조에 따라 그 직능을 담당하고 있다.

연기 위해서는 장시간의 훈련이 필요하므로 10년을 기간으로 규정한 것은 그 수단의 필요성이 인정되고 합리적 범위 내라고 할 것이다.

이에 대한 입법자의 판단을 참작컨대, 명백하고 중대한 하자는 없으며, 헌법 제23조 소정의 비례원칙에 위반한다고 하기는 어렵다.

2.2.3. 검토

이 해석이 공포되자 즉각 각계로부터 다양한 의견이 개진되었다. 그중에서는 “인권 수호자인 대법관이 불가사의한 인권지표로서 중화민국 국민의 공무담임권을 박탈하였고, 법률가 전체에게 수치를 안겨준 제618호 해석을 내렸다”고 하는 강력한 비판도 있었다.²⁸⁾

대륙에 원호적을 둔 대만주민(대륙배우자 포함)의 권리를 어느 정도까지 보장할지와 관련하여 대만 내부의 의견도 합일을 이루지 못하고 있다. 그 주된 원인은 이미 대만 주민이 된 대륙출신의 자를 어떻게 인식할 것인가에 있는 것으로 보인다. 釋字 제618호 해석이 나오기 전에도 이미 「양안관계조례」 제21조의 위헌성을 지적한 의견이 있었다. 즉 대륙출신으로 이미 대만지구에 호적을 두고 대만신분증을 취득한 자는 「헌법증조조문」 제11조와 「양안관계조례」상의 ‘대륙지구인민’이 아니며 추호의 의문이 없이 대만 지구인민이다. 따라서 그들에게 대만에서 출생한 자와 마찬가지로 완전한 공민권리를 주어 향유하도록 하여야 한다. 따라서 대륙지구인민에 대한 차별대우를 수권한 「헌법증조조문」 제11조의 수권규정과는 부합하지 않는다는 것이 비판의 취지이다.²⁹⁾

그밖에도 釋字 제618호 해석에 대해서 대륙출신의 대만공민이 공직을 맡는 것에 대해 그렇게 우려된다면 국민신분증을 발급하지 말 것이며, 기왕 그들에게 대만공민자격을 인정하였다면 그 헌법상의 권리를 제한하고 차별대우할 필요가 있겠는가라는 비판도 있다.

필자는 이들 의견이 모두 타당한 면이 있으며 경청할 가치가 있다고 판단한다. 하지만 국민의 기본권 역시 일정한 정도에서는 제한할 수 있는 것이다. 대만 헌법 제23조에서도 사회질서유지 또는 공공이익증진을 위해 법률로서 제한할 수 있음을 밝히고 있다. 釋字 제618호 사안의 원고처럼 비록 대만신분증을 취득하였다고는 하나 대만에서 나고 자란 사람과 비교할 때 문화, 사회적 습관, 정치적 이해 등의 방면에서 분명 차이가 나는 것도 사실이다. 따라서 「양안관계조례」 제21조 제1항 전단규정이 헌법에 저촉되는지를 판단함에 있어서, 당해 규정이 헌법상의 수권에 따라 법률의 형식으로 기본권을

28) 陳長文, “冷漠麻木的大法官解”, 2006年11月9日, 中國時報。

29) 廖元豪, “兩岸關係條例第廿一條違憲”, 2002年7月5日, 中國時報。

제한하고 있으며, 현재 양안은 여전히 정치적으로 대립하고 있다는 근본적 문제를 고려한다면 위헌적인 규정이라고 단정하기는 어려울 것이다.

하지만 그 기본권제한의 입법목적이 긍정된다는 것과 기본권 제한의 정도 또한 합헌적이며 타당한가 하는 것은 전혀 별개의 문제라고 할 것이다. 기본권을 제한하는 입법목적이 정당하다고 하더라도 그 수단을 선택함에 있어서는 목적달성에 필요한 것이어야 하며 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택하여야 ‘비례의 원칙’에 부합하는 것이다. 본 사안에서의 행정청의 행정처분이 비례원칙을 구비하였는가에 대해서 필자의 생각 역시 부정적이다. 혹자가 비판한 것처럼 동 사안의 원고가 담당할 공무는 기밀을 다루는 직위가 아니며 충성의무나 민주적 소양과도 불가분의 관계가 있다고는 하기 어려우며, 국가기밀을 대륙정부에 누설할 것을 염려한다는 것도 그 담당하는 직위와 큰 연관이 없다고 보인다.³⁰⁾ 따라서 그 기본권제한의 수단이 부적합하여 비례의 원칙에 위반하였다고 판단된다.

3. 대륙배우의 상속·유증 받을 권리의 개선

2009년 6월 9일에 이루어진 「양안관계조례」 제67조의 개정의 주요내용은 크게 두 가지이다. 첫째, 대륙배우자가 대만의 유산을 상속하거나 유증을 받을 경우 그 권리를 확대하였다. 대륙배우자는 혼인관계에 기초하여 대만의 배우자와 함께 생활을 영위하고, 대만사회와 가정을 건설하는데 밀접한 관련을 맺고 있다는 점에서 일반 대륙지구 인민과는 또 다른 점이 있다. 이에 대륙배우자의 혼인관계에 기초한 생활과 권익을 보호하기 위해서 그 상속권을 한층 더 보장하고자 한 것이다. 이에 제5항을 신설하여 대륙배우자가 대만의 유산을 상속하거나 유증을 받을 경우에는 200만원의 총액제한규정을 적용하지 않음을 명문으로 규정하였다. 둘째, 장기거류의 허가를 받은 대륙배우자가 상속인일 경우 부동산을 직접 상속할 수 있도록 하였다. 종전에는 부동산의 경우 상속권을 가액으로 환산하여 상속받아야만 했으나 이번 개정을 통하여 당해 목적물인 부동산이 대만지구 상속인의 거주에 이용되는 경우를 제외하고는 직접 상속받을 수 있도록 한 것이다.

동조의 개정취지는 제17조의 1의 개정취지와 동일한 맥락이라고 할 것이다. 전에는 대륙배우자를 마치 국외자(局外者)로 보았으며 이들은 대륙지구의 주민도 아니고 그렇다고 온전히 대만지구 주민도 되지 못하였다. 대륙지구에서는 이들을 이미 대만지구주

30) 陳長文, “冷漠麻木的大法官解枳”, 앞의 글.

민으로 보고 사실상 그 보호범위에서 배제하였으며, 대만지구에서 이들을 바라보는 데에는 여전히 대륙지구 주민이라는 잔상이 남아 있어서 진정한 포용을 하지 못하였다. 하지만 대만주민과 결혼하는 대륙인의 수가 점점 많아지면서 이들의 처우문제는 더 이상 소홀히 할 수 없는 사회적 문제가 되었다. 이들을 대만사회의 구성원으로 보고 그들의 합법적 권리를 보장함으로써 대륙배우자가 있는 가정의 경제적, 사회적 기초를 공고히 하고 이를 통해 건전한 가정을 건립하는 것은 대만사회의 안정과 지속적 발전에도 도움이 될 것이라는 것이 바로 이번 개정을 하게 된 취지라고 할 것이다.

V. 맺음말

2009년 6월 9일의 「양안관계조례」 개정은 형식적 측면에서 볼 때 그 변화 폭은 크지 않지만 실질적 의미에서 본다면 소홀히 할 수 없는 내용을 담고 있다.

본문에서 상술하지는 않았지만 제18조 제2항을 증설하여 대륙지구인민이 허가목적에 부합하지 않는 활동이나 근로를 하거나, 범죄행위를 인정하기에 충분한 사실이 있는 등의 사유로 강제출경할 때는 의견을 진술할 수 있는 기회를 줄 수 있도록 하였다.

그리고 대륙배우자의 상속이나 유증을 받는 것과 관련하여 총액제한 규정이 적용되지 않고 부동산도 직접 상속할 수 있는 길을 열어 주었다.

한마디로 요약한다면 대륙배우자의 권익을 확대하는 측면에서 개정이 이루어졌다고 할 것이다. 다만 아직도 동 조례에는 불완전하고 개선되어야 할 부분이 있다고 할 것이다. 예컨대 상술한 제21조 제1항의 진단규정의 위헌성 문제는 대법관해석을 통하여 일단락되었지만 여전히 일부에서는 위헌의 의문을 떨치지 못하고 있기 때문이다.

그 외에도 「양안관계조례」 제66조에 의하면 대륙지구인민이 대만지구인민의 유산을 상속하는 경우에는 상속개시 후 3년 이내에 피상속인 주소지 법원에 서면으로 상속의 표시를 하여야 하며, 기한을 넘긴 경우는 그 상속권을 포기한 것으로 보고 있다. 이 규정은 표면적으로는 피상속인의 사망 시부터 3년 이내에 상속의사표시를 하도록 하여 상속법률관계가 장기간 해결되지 못한 상태로 방치되는 것을 방지하고 공동 상속인의 이익을 보호하고자 하는 규정이다.³¹⁾ 하지만 일반적으로 상속의사표시와 관련한 입법 규율방식은 이 규정과는 반대의 규율태도를 보인다. 즉 일정 기간 내에 승인이나 포기의 의사표시가 없는 한 상속은 자동으로 진행되는 것이 일반적이며³²⁾, 상속인의 자율적

31) 黄明芳, “談大陸地區人民在台繼承權”, 地政論壇, 2009, 145頁。- 參照 台湾 桃園縣 地政資訊網 (<http://www.land.tycg.gov.tw/index.aspx>)。

32) 한국 「민법」 제1019조 제1항, 대만 「민법」 제1174조 제2항도 같다.

의사표시가 없는 한 그 상속권을 포기한 것으로 추정할 수는 없는 것이다. 결국 동 조항은 대륙지구인민의 대만재산 상속에 있어서 또 하나의 장애를 설치한 것이라는 비판을 받고 있다.³³⁾

이러한 문제점이 상존함에도 불구하고 「양안관계조례」가 1992년 7월 16일 제정된 이래 2009년 6월 9일 개정되기까지를 본다면 때로는 그 변화의 폭이 적고 그 속도도 완만하였고 아직도 논란의 여지가 있는 조문이 있지만, 대만정부는 양안관계의 변화에 맞추어 「양안관계조례」를 계속하여 다듬고 보완하여 왔다는 것을 알 수 있다.

대만해협의 양안과 마찬가지로 북한과 서로 대치 상태에 있는 한국의 입장에서 볼 때 「양안관계조례」는 좋은 참고대상이며 우리가 앞으로 이와 유사한 성격의 법률을 제정할 때를 위하여 충분히 주의를 기울이고 주밀하게 살필 필요가 있을 것이다. 다만 양안관계와 비교할 때 남북한의 교류역사나 진전 정도는 사실상으로는 규범적으로나 모두 양안관계에 비할 바가 아니다. 더욱이 「양안관계조례」를 제정할 당시에는 투자, 교역, 친지방문 등의 여러 방면에서 양안 간에는 이미 상당한 교류가 진행되고 있었고 새로운 규범을 제정할 환경도 성숙하였다.

반면 우리의 경우 누적된 경험도 일천하고 충분한 실례(實例)도 불충분하며 더구나 현재는 한치 앞을 내다 볼 수 없는 시기에 처해있다. 따라서 「양안관계조례」의 내용을 검토하는 것이 어찌면 우리와는 아무런 관계가 없고 소용도 없는 것으로 생각될지도 모른다. 그렇지만 양안교류과정에서 대만과 대륙이 직면한 문제와 어려움, 그리고 이를 해결해 가는 방식 등은 우리에게 소중한 경험을 들려주는 것이며, 우리가 이를 참고로 하여 보다 더 완전한 준비를 하면 할수록 장차 직면하게 될 불필요한 시행착오도 줄일 수 있는 길이 될 것이다.

장차 남북한 교류의 통로가 결국 활짝 열리길 기대하며 양안관계와 「양안관계조례」에 관심을 기울이고, 양안의 경험을 참고하여 장래의 필요에 대비하여야 할 것이다.

* 台湾「民法」第1174条
繼承人得拋棄其繼承權。

前項拋棄，應于知悉其得繼承之時起三個月內，以書面向法院為之。

拋棄繼承後，應以書面通知因其拋棄而應為繼承之人。但不能通知者，不在此限。

33) 李錦明, "海峽兩岸居民互為繼承對岸遺產的法律問題", 中國公証, 2005年第8期, 29면.