

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：廖元豪博士



研究生：葉南君 撰

學號：95651036

2011年1月

感謝我最愛的家人、師長及朋友



摘要

在全球化的今天，每一個民族國家都在思考如何有效地規範人員進出國界，使得人的流動不會對其主權及國家安全造成威脅。矛盾的是，當全球化過程中資金、商品流通的跨國障礙正在減少的同時，對人口流動的國界控制卻在增加，限制人的流動正是當代全球化的不一致之所在。除了常態性的，即所謂「合法」的移民／工議題外，近年來關於「非法(illegal／unauthorized)」或者「無證(undocumented)」移民／工現象，已成為最受關注的全球移民／工現象之一。台灣作為亞洲地區主要的移民／工接受國，自然無法自外於上述的全球性現象。根據移民署的資料顯示，台灣目前逾期居留於我國的外國人，逾期居留一年以上者，係以探親為事由入境者為眾；逾期居留一年以上者則以依親居留者最高。不論以停留或居留入境者，已逾期一年以上者的比例均佔逾期居留總數的 51% 以上。

傳統觀點立基於保守的國族主義觀對待生活在台灣境內的「外人」，但這樣的看法在人口遷徙頻繁的全球化時代中，似乎明顯過時，且亦不符合各國國際人權公約的精神。本文擬從保障弱勢者權利的角度觀察無證移民議題，認為在一個自詡為自由民主秩序的民主國家中，對於違反移民法規而成為無證移民者，不能將其等同於罪犯視之（即使是犯罪者，也會給予某種程度的基本權保障），更不能對其生存困境視而不見，建構保障無證移民之理論實屬必要。

本文嘗試提出保障無證移民的主張，並針對可能遭受到的質疑提出回應。而即使在無證移民取得合法身分前，其在法律上是否有哪些應受保障之權利。並參考美國、歐洲給予無證移民合法化的經驗，主張臺灣亦應針對境內之無證移民，於符合一定條件後，給予其取得合法身分之機會。

關鍵字：無證移民、國境管理、移民控制、移民法、權利保障、合法化

目 錄

目 錄.....	1
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
一、問題背景.....	1
二、問題提出.....	2
三、解決方法.....	4
第二節 無證移民（undocumented immigrants）的概念界定.....	5
第三節 研究方法與論文架構.....	7
一、研究方法.....	7
二、論文架構.....	8
第二章 無證移民在台灣.....	11
第一節 國境管理.....	11
一、入出境的概念.....	11
二、一般法理基礎.....	12
三、相關法律.....	12
第二節 無證移民的控制.....	17
一、邊界控管.....	19
二、境內管理.....	24
三、無效的管制，成功的政治（the political success of failing policing）.....	26
第三節 台灣無證移民群體.....	29
一、泰緬孤軍後裔.....	30
二、柬埔寨外籍配偶.....	32
三、在台藏人.....	34
四、行方不明外籍移工.....	36
五、人口販運被害人.....	41
六、黃小妹案（外國籍父母因故失聯）.....	43
第四節 小結.....	44
第三章 德國的移民控制.....	47
第一節 移民過程.....	47
一、移出國家：1950 年以前.....	47
二、客工與其家庭：1955-1989 年.....	49
三、東德人、德裔人及難民：1989-2000 年.....	53
第二節 無證移民.....	57
一、數量.....	57
二、管制.....	57

三、生活條件.....	60
第三節 新移民政策.....	61
一、綠卡計畫.....	61
二、新移民法（Zuwanderungsgesetz）.....	62
第四節 小結.....	64
第四章 美國的移民控制.....	67
第一節 移民過程.....	67
一、移民歷史.....	67
二、客工計畫.....	69
三、移民法與其執行.....	71
第二節 無證移民.....	77
一、歷史與社會脈絡.....	78
二、無證移民的根源.....	79
三、管制.....	80
四、憲法爭議.....	89
第三節 小結.....	96
第五章 現行理論及其不足.....	97
第一節 外國人的憲法地位（constitutional status）.....	97
一、外國人能否主張憲法權利？.....	97
二、對三分法的檢討.....	99
第二節 現行理論對無證移民的適用.....	101
一、保障.....	101
二、不保障.....	108
第三節 現行法律制度之檢討.....	108
一、面談制度.....	108
二、查察.....	110
三、強制出境與收容.....	111
第四節 小結.....	118
第六章 保障無證移民的理論建構.....	121
第一節 以實質關聯作為自動涵納的判準.....	121
一、社群成員資格作為涵納的途徑.....	122
二、定義政治社群的範圍作為自由民主的關切.....	124
三、限制自由民主國家之排拒.....	127
四、對無證移民的排拒.....	132
五、對無證移民的自動涵納.....	134
六、涵納無證移民可能遭受的質疑.....	136
第二節 無證移民的權利.....	140
一、基本人權.....	140

二、兒童權利.....	141
三、與工作有關的權利.....	143
第三節 小結—合法化方案.....	145
一、美國.....	145
二、歐洲.....	146
三、臺灣.....	147
第七章 結論.....	149
參考文獻.....	153



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

一、問題背景

在全球化的今天，每一個民族國家都在思考如何有效地規範人員進出國界，使得人的流動不會對其主權及國家安全造成威脅。矛盾的是，當全球化過程中資金、商品流通的跨國障礙正在減少的同時，對人口流動的國界控制卻在增加，限制人的流動正是當代全球化的不一致之所在。Zolberg 指出，在整個戰後，自由市場的效率被強調，全球各國對跨越國界之經濟活動取得自由化的共識，但與此同時，對人員流動的控制體制不但未見鬆動，並且還有更加嚴格的趨勢。¹Roger Brubaker 在比較法國與德國的移民政策研究中提醒我們，一個國家對其成員與公民身分的定義，形構了該國的移民政策。藍佩嘉進一步強調，這樣的政策制定不僅劃分了公民與外來者之間的界線，也沿著階級、族群、性別等分類，建構了各式各樣的社會界線。²

隨著全球化的腳步，人口的跨國流動已日益頻繁，移民／工議題已引起國際間廣泛的關注。除了常態性的，即所謂「合法」的移民／工議題外，近年來關於「非法(illegal／unauthorized)」或者「無證(undocumented)」移民／工現象，已成為最受關注的全球移民／工現象之一。台灣作為亞洲地區主要的移民／工接受國，自然無法自外於上述的全球性現象。根據移民署的資料顯示，台灣目前逾期停居留於我國的外國人，逾期停留一年以上者，係以探親為事由入境者為眾；逾期居留一年以上者則以依親居留者最高。不論以停留或居留入境者，已逾期一年以上者的比例均佔逾期停居留總數的 51%以上。從以上數據顯示，對無證移民此

¹ 曾熾芬，〈誰可以打開國界的門？—移民政策的階級主義〉，《騷動流移：台社移民／工讀本》，臺灣社會研究雜誌社，2009 年 1 月，頁 140。

² 藍佩嘉，《跨國灰姑娘—當東南亞幫傭遇上台灣新富家庭》，行人出版社，2009 年 3 月，頁 88。

一議題，實有更深入分析與討論之必要。³

二、問題提出

(一) 楔子

2009年1月12日，立法院院會三讀通過民進黨團所提「入出國及移民法第16條條文」，從民國88年5月21日至97年12月31日期間，經教育部或僑務委員會核准自泰國、緬甸地區來台就學或接受技術訓練，未能強制其離台者，入出國及移民署應許可其居留。另外，三讀通過條文同時規定，在上述這段期間，來台的印度或尼泊爾地區無國籍人民，未能強制離台、且經蒙藏委員會認定其身分者，入出國及移民署應許可其居留。⁴

在這之前，有一段幾乎被人遺忘的歷史，而我們通常都是從90年代「異域」這部電影才知道有這麼一批孤軍曾經以血淚為國家奮鬥⁵。數十年後的今天，那批孤軍的後裔卻活生生存在於我們台灣社會中。這群留台泰緬華人，其身份多為當年國共內戰時，國民政府派遣至泰國、緬甸地區作戰祕密軍隊的後裔。隨著戰爭的結束，此支部隊被遺留在泰緬邊境，成為一支不被國民政府承認、亦不為泰緬政府接受的孤軍。實質上，緬甸華人屬於無國籍人士，他們並非緬甸人。儘管他們在當地受華文教育，教唱中華民國國歌，並在政治上認同中華民國，然而中華民國卻並未將其視為國民。沒有國籍的緬甸孤軍後裔，只得花上百萬緬幣（約新台幣三萬元，相當於一般緬甸人工作兩三年的全部薪水），購買假護照，以緬甸國民的假身份來台灣求學。⁶ 辛苦地求學完成後，卻又得面臨居留證到期，但是因當初以假護照離開緬甸，若要返鄉，僅能以偷渡為之；若想留在台灣生活，

³ 夏曉鶄、王增勇，〈逾期居留移民之實證研究〉，《全國律師》，2010年9月，頁5。

⁴ 〈立院三讀移民法 滯台藏人合法居留〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/33760>（last visited：2011.01.01）

⁵ 參：柏楊著，《異域》，遠流出版，2000年。

⁶ 〈「我們要生存！」泰緬華人絕食求居留〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/23150>（last visited：2011.01.01）

卻得面臨不具合法居留身分的難題。

我在因緣際會之下，閱讀到台北地檢署對這樣個案的一份不起訴處分書，其事實是：「…被告○○○為僑居於緬甸之無國籍人，因參加我國僑務委員會之海外聯招考試經錄取，但無緬甸國籍致不能申辦護照來台就學，故於民國 91 年 7 月左右，在緬甸國仰光市，以提供自己照片方式，交由姓名年籍不詳之仲介公司人員製作偽造之緬甸國護照，並於同年 8 月間，明知該護照為偽造，仍提示該偽造護照行使於我國駐泰國經濟文化辦事處之人員，使該公務員將偽造之資料登載於其所執掌之公文書內，並發給被告來台簽證。被告旋於同年 8 月 14 日持用該偽造護照自我國桃園中正國際機場入境台灣。後又於同年 8 月間至台北市政府警察局，行使該偽造護照取得我國外僑居留證，使該管公務員依偽造護照之內容登在於其所掌管之公文書上，並發給被告外僑居留證，均足以生損害於公眾並影響我國管理外僑之正確性…」這並非單一個案，實則，這是在台灣的僑教政策下，由外交部、教育部、僑委會等單位共同促成的結果。⁷

2008 年 7 月 3 日，四百多名泰緬華人聚集在立法院前，震天價響，發出他們壓抑多年來的內心怒吼。發起此次抗議的「泰緬地區華裔難民權益促進會籌備處」的執行長劉小華表示，下午經磋商過後，行政院方面表示有誠意解決，但無法做出任何保證。劉小華哽咽地說，「如果不能合法生存，我身後這四百個小孩，可能就是四百顆炸彈。」「政府寧願讓他們繼續非法居留，也不願意讓他們合法生存。」劉小華宣稱，今晚開始將於自由廣場禁言、絕食，直到政府拿出實際解決方案為止。現場多位群眾亦激動地表示將會隨同絕食，以生命抗議。泰緬華人在台的處境，恐怕跟逃跑外勞相去不遠。身份的非法，使得個人被擠壓進社會的夾縫中艱難地求生。緬甸政府不認他們，心中魂牽夢繫的祖國亦不要他們。電影中的「異域」，主角在戰火交織，對中華民國政府萬念俱灰下，繼續留在泰緬邊

⁷ 在泰緬招生時，未明確告知求學畢業後不能繼續留在台灣、駐外辦事處對於泰緬僑生使用假護照睜一隻眼閉一隻眼、事發後機關間互踢皮球等。

境生存。真實世界的亞細亞孤兒，還在期待台灣政府能給他們一個家。⁸

(二) 發想

前述在台之泰緬地區無戶籍國民，僅是存在於台灣社會中的其中一群無證移民，此外，尚有難以忍受惡劣勞動條件而逃逸之外籍移工、在台的圖博人、⁹當初在複雜的國家主權與不肖仲介的黑心矇騙之下，導致來台居留多年，仍無法歸化取得本國籍之柬埔寨籍配偶¹⁰等等。正因為這些現實存在的狀況，使得我開始思考：為何在台灣這個自詡為人權立國之民主國家中，社會中的某一群人卻得終日生活在被查緝、強制出境的恐懼中？沒有合法的工作資格、沒有醫療保險，更別提社會福利；如果一個國家是以追求自由民主秩序(liberal democratic order)¹¹為目標，則應該要如何回應此一社會現實？是排斥(exclusion)？抑或涵納(inclusion)？此外，所謂的「非法(illegal)」就等同於「罪犯(outlaw)」嗎？再者，無證移民總是社會問題的根源嗎？其對社會造成的負擔真的遠大於其所貢獻的利益嗎？本論文基於此一社會時空背景，嘗試藉由跨領域的探究，思考應如何保障在台灣的無證移民權利。

三、解決方法

- (一) 初步歸納我國無證移民的類型。
- (二) 參考外國實務與理論對於無證移民的控制與保障。
- (三) 檢討我國現行法制對「無證移民」的處理方式，及其背後的理論基礎。

⁸ 前揭註 6。

⁹ 〈沒身分，自由廣場上的圖博人〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/31753> (last visited: 2011.01.01)

¹⁰ 〈「我的媽媽是人球，連阿扁總統也沒輒！」--2800 位柬埔寨配偶成為台灣外交的犧牲品(採訪通知)〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/11969> (last visited: 2011.01.01)

¹¹ 我國大法官解釋中提及「自由民主憲政秩序」的計有 22 則：釋字第 381、445、499、530、567、572、585、588、592、601、603、615、618、626、627、632、633、644、654、656、659、665 號解釋。

(四) 嘗試提出保障無證移民權利之理論，作為設計與適用相關法令之參考。

第二節 無證移民 (undocumented immigrants) 的概念界定

對於違反各種移民法令者，一般稱之為非法外國人 (illegal alien)，但這樣的詞彙並非妥適。從法律人的觀點來看，既模糊亦不精確。有認為這個詞彙是指以不正當管道進入國界的外國人。另有主張此一詞彙亦包含合法入境但逾期居留者。更有見解認為只要是可以驅逐出境的個人，不問其係非法入境、逾期居留或其他原因，都是非法外國人。¹²「外國人」於我國法律中亦有明文，但並不能說非法外國人同樣是法律用語。更重要的是，多數認為「非法外國人」這個詞彙製造了有罪或社會傷害程度所賦予的惡劣印象。¹³再者，一個人的行為舉止才會有合法、非法之區分，但是作為主體的「人」並不能以合法、非法來看待。¹⁴國際爭取非法移民權益之非政府組織，許多使用「無證移民」，即如法文中的「sans papier (缺乏合法證件)」稱之。因此本文亦遵循這樣的概念，對於不具合法居留文件而存在於國境內之非公民以「無證移民」一詞來替代「非法移民」。¹⁵

¹² STEPHEN H. LEGOMSKY, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 1109(3rded. 2002).

¹³ *Id.* at 1110. 此外，研究美墨邊境非法移民之學者 Nevins 對「非法移民」一詞亦提出深刻的反省，他認為「非法」的字眼帶有貶抑、歧視的意味，且使得這類的移民被視為罪犯，「非法」入境活動被認為是個人行為，進而掩蓋了國家中各種作用者及機制在促使/鼓勵「非法」移民流動上所扮演的角色，因此他反對使用「非法移民」一詞，而使用「未許移民 (unauthorized immigrant)」或「法外移民 (extralegal immigrant)」來替代 (Nevins, 2002；轉引自黃惠欣，《跨界流動與邊界管制：台灣性產業中之中國大陸無證移民女性》，台大城鄉所碩士論文，2005年1月)。

¹⁴ Castles&Davidson (2001)、Davis (2000) 和 Sassen (2000, 2001) 也指出，「非法移民 (illegal migrants)」一詞不僅污名化此類跨境遷移者 (transnational migrants)，且因其入境後的行為不必然非法，所違犯的多為移出或移入國的國境管理規範，故而主張使用「無證移民」一詞以涵蓋所有未持或持偽造入出境證件與逾期停留者 (overstayers)。轉引自：趙彥寧，〈親屬連結、社會規範與國境管理：以中國福建省無證移民的研究〉，《臺灣社會學》，第13期，2007年6月，頁131。

¹⁵ 此外，在歐洲亦有使用「非常規移民 (irregular immigrants)」之概念，其範圍被認為較「無證移民 (undocumented immigrants)」一詞更為廣泛，除了因非法入境 (偷渡或假證件)，或逾期居留而持續居住於被宜入國者外，還包括申請政治庇護或其他居留原因遭拒，但尚未 (無法) 遣送出境者。Joseph Carens 則認為，使用「非法移民」或「無證移民」這些詞彙對於所要達到之規範性結論有過多的預設，其認為若要從事真正的探究，很重要的是避免藉由採取暗示特定主張之用語而預斷分析。Carens, J. H., *The Rights of Irregular Migrants*. ETHICS & INTERNATIONAL AFFAIRS, 22: 164(2008).

本文所謂「無證移民」，依我國相關法律之規範對象，主要包含：偷渡來臺之外國人¹⁶/大陸人民；¹⁷持用假護照、假簽證入境之外國人¹⁸/大陸人民；合法入境後因各種原因而逾期停留、居留之外國人¹⁹/大陸人民；²⁰非法入境或無合法居留權之無國籍人。具體尚可細分如下：

1.入境時為合法，但事後因故喪失居留權，卻持續居留於台灣地區者。此亦可分為一

(1)單純逾期居留。

(2)居留權事後被廢止，但尚未遭遣返出境。

2.自始即非法入境者。這又可區分為一

(1)未經國境查驗即入境者。如：偷渡。

(2)持偽造文件證件或以其他脫法方式通過國境查驗者。如：持偽造之護照、結婚證明等。

3.尋求庇護未成功卻未被逮捕或遣返者。

4.無法取得有效證件的無國籍者。

本文無意在此提出具體且詳細的定義，一則係因為相關領域之研究尚屬有限，二則法律上「無證」的類型多種，若深入探討導致「無證」的原因，實更為複雜。²¹因此本文對於「無證移民 (undocumented immigrants)」採取較為寬鬆的

¹⁶ 入出國及移民法第 4 條第 1 項。

¹⁷ 台灣地區與大陸地區人民關係條例第 10 條第 1 項、第 18 條第 1 項第 1 款。

¹⁸ 入出國及移民法第 36 條第 1 項第 2 款。

¹⁹ 入出國及移民法第 36 條第 1 項第 8 款。

²⁰ 台灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 1 項第 2 款。

²¹ 包含：被人口販運者欺騙或強迫來台工作甚或賣淫者；與台灣人結婚但因離婚（或遭夫家惡意對待而離家）而無法更新居留證者；來台就學之僑生（嚴格來說多是中華民國國民）畢業後無法回到僑居地者；來台工作但因雇主剝削而「行方不明」者；在中國大陸遭受迫害而來台尋求政治庇護者等等。而持續留在台灣的原因，則可能涉及政治（難民、庇護）、經濟（工作）與社會（家庭團聚）等。

定義，只要不具備合法居留文件非我國籍人士，皆可納入本文所指稱之「無證移民」。

尚須一提者，「無證移民」不是一個本質上存在的特殊群體，或一定指某些以特定途徑越過邊境的人，它是一個相對而浮動的概念：相對於「合法（即有證）」，「無證」移民指的是未經前往國或居留國允許—也就是說，不合於該國的法律規範—而私自出入國（邊）境或逾期居留之人。「浮動」是指，對於 A 國家而言，某種入境方式是合法的，但到了 B 國家，同樣入境方式卻可能被視為「無證」，²²由此可知，國家力量在建構誰是／誰不是「無證移民」這個問題上的吃重角色。或許可以說，隨著民族國家（nation state）的出現，隨著限制人口流動的政策與入出境管理制度的建立，也就出現了「無證移民」。²³

第三節 研究方法與論文架構

一、研究方法

本論文之研究方法將以文獻分析法（literature review）為主，文獻分析法即將國內、外有關本研究之期刊、論文等資料予以蒐集並彙整分析，作為本研究之參考依據。至於文獻分析的方式，本文擬從三個方面來進行，分述如下：

（一）關於我國文獻

本論文文獻係以國內的社會學與法學期刊、論文及專書為主。因為無證移民議題本非純粹的法學理論之討論，社會學領域之相關實證及理論的資料有極高的參考、引用之價值。法學文獻部分則以外國人基本權利、收容的正當程序等為主。

²² 最簡單的例子就是「簽證」。進入某些國家需要事先取得簽證，某些國家則不需要。

²³ 黃惠欣，前揭書（見註 13），頁 8-9。

(二) 關於外國文獻

至於外文文獻部分，則以美國的法律期刊、專書、條文及判決為主。會以美國為主要的比較法制及政策研究對象，係因美國傳統上為移民國家，且移民議題的探討已有豐富資料可供參考，對於已在境內的無證移民，應受到何種程度的保障，該提供何種政府給付及保護等議題，有著激烈辯論。

德國傳統上雖然自認為非屬移民國家，但其在歷史上因曾採行客工（*guest worker*）制度，其後許多移工留在國內成為無證移民，對於這群人德國政府不敢輕言全部驅逐出境，且法院從信賴保護原則出發，給予無證移民及其後裔某程度的保障，因此相關部分本論文也將德國納入比較、參考之列。此外，亦將參考歐盟於 2008 年公布之「歐洲移民與庇護公約（*European Pact on Immigration and Asylum*）」及會員國遣返無證移民之一般性標準與程序之指令。

(三) 基本觀點

傳統觀點似乎立基於保守的國族主義觀對待生活在台灣境內的「外人」，惟這樣的看法在人口遷徙頻繁的全球化時代中，似乎明顯過時，且亦不符合各國際人權公約的精神。本文擬從保障弱勢者權利的角度觀察無證移民議題，認為在一個自詡為自由民主秩序的民主國家中，對於違反移民法規而成為無證移民者，不能將其等同於罪犯視之（即使是犯罪者，也會給予某種程度的基本權保障），更不能對其生存困境視而不見，建構保障無證移民之理論實屬必要。

二、論文架構

本論文共分為七章，除本章係對本研究之問題意識、研究方法及論文架構做一簡單說明，而第七章為結論之外，其餘各章所探討之內容簡述如下：

首先，於第二章先介紹台灣國境管理之概念、法理基礎及相關法令，其次介

紹台灣邊境管制與境內管理的各種制度，再者，嘗試整理台灣的無證移民群體及其困境，並檢討現行法令與實務對於這些群體造成的不合理。本論文將指出，無證移民的流動與遭受各種因身分非法性而來的壓迫，在在突顯民族國家陳舊的邊界管制，已是一個充滿無效、矛盾與階級性的不義結構，並凸顯臺灣無證移民群體的困境與問題點，作為主張應給於無證移民權利保障的開端。

其次，於第三章、第四章分述德國與美國之移民背景、無證移民之控制及相關問題。之所以選擇德國與美國作為介紹對象，一是因為近年來，移民已經成為西方工業化國家受到重大爭議的社會與政治議題。源源不絕的移民潮引起關注，多數移民離開其母國係因為經濟窮困、政治動亂與內戰。這些移民潮迫使西方接收國修訂現行移民法與政策及制定一套新的法律與政策。結果，在西方工業化國家的移民法與政策近來產生實質的改變。美國與德國正是感受到這股移民壓力的兩個國家，基於這個理由，他們的經驗及其對移民法與政策形式的回應是特別具啟發性的，不僅是對彼此而言，對其他移民接收國也是一樣。其次，德國與美國作為世界上先進民主國家，境內都有為數眾多的外國人口，也同樣有很多無證移民存在，德、美對於無證移民的控制亦皆有其相似或相異之管制政策。除了德、美之外，將附帶提及歐盟近年來對於無證移民所採取的立場及管制措施。藉由理解先進民主國家對於無證移民的政策，可讓我們反思各種移民控制制度是否有效可行，而對於無證移民的保障是否有所不足，以致於是否有必要從理論上發展保障無證移民的論述。

再者，於第五章檢視現行法律理論對於無證移民之適用，在保障的應然面有哪些應遵循之原則，而實然面上究竟哪些原則被遵循，而哪些則否。並檢討台灣現行有關控制無證移民的法律制度，主要針對「面談制度」、「查察」、「強制出境及收容」三個部分。

最後，於第六章嘗試提出保障無證移民的主張，並針對可能遭受到的質疑提

出回應。而即使在無證移民取得合法身分前，其在法律上是否有哪些應受保障之權利。並參考美國、歐洲給予無證移民合法化的經驗，主張臺灣亦應針對境內之無證移民，於符合一定條件後，給予其取得合法身分之機會。



第二章 無證移民在台灣

本章一開始先介紹台灣國境管理之概念、法理基礎及相關法令，其次介紹邊境管制與境內管理的各種制度，再者，嘗試整理台灣的無證移民群體及其困境，並檢討現行法令與實務對於這些群體有哪些不合理的對待。

須在此說明的是，受限於目前國內對於無證移民的實證研究成果有限，¹以及作者本身在能力與時間上之限制，本章對於台灣無證移民群體的介紹，主要針對相關社會學文獻、碩士論文、新聞及網路資源等資料進行整理，而作者從參與一些移民權益工作者的討論中已認識到，個別具體的無證移民案例或許都有其特殊性，在此亦無法一一臚列介紹。但作者仍希望透過本章的介紹與分析，使讀者能對於生活在台灣的無證移民有進一步的了解。

第一節 國境管理

本節首先說明入出境之概念與其法理基礎，並介紹現行主要的移民相關法律。至於邊境控管與境內管理的具體規定則留待本章第二節詳述。

一、入出境的概念

入出境是指一國的公民，為進入另一國家或從另一國家返回本國而通過國界的活動。從人口學與地理學而言，入出境是一種跨越國界的人口流動。²就法律或政治意義上而言，國境是各國領土之區分界限，在此界限之外，若非國際法有特別規定，原則上，亦係國家高權（*Hoeheitsgewalt eines Staates*）行使之中止線。若從安全角度言，國境為國家對外來影響具有一般警示功能。³

¹ 截至目前為止，有關無證移民之實證研究最新且最完整的文獻，為夏曉鶻教授與王增勇教授於2010年9月發表於《全國律師》期刊之〈逾期居留移民之實證研究〉。參夏曉鶻、王增勇，〈逾期居留移民之實證研究〉，《全國律師》，2010年9月，頁5以下。

² 刁仁國著，《外國人入出境管理法論》，中央警察大學出版社，2001年3月初版，頁13。

³ 李震山等著，《入出國管理及安全檢查專題研究》，中央警察大學，1999年8月初版，頁14。

李震山大法官所稱之入出境管理，係指針對入出一國國境之人、物（包括物及交通工具）所施行措施之總稱，⁴但若就整體性而言，入出境管理制度應包括入境前之護照或簽證之核發、入境當時之國境管理、入境後之停留居留管理。此為最廣義的「入出境管理」。而狹義的入出境管理，係指對人的部分所為之措施，並不包括對物的檢查，即僅指入境前之護照或簽證之核發、入境當時之證照查驗、入境後之停留居留管理。⁵

二、一般法理基礎

據李震山大法官之研究，入出國管理之法理基礎，應係植基於以下三項原則，即國家基本權（Grundrechte der Staaten）之維護、⁶人民基本權之保障，⁷以及國際法之信守。⁸然各原則間並非可以截然區分，甚且，在此三角關係間，因衝突、競合，乃衍生入出國之大部分問題，而該問題之核心即為自由之保障與限制之調和問題。在現代民主法治國家，為處理或管理此類問題，皆應要有一套完整法制，且不應自外於國際法原則之拘束。⁹

三、相關法律

（一）入出國及移民法（以下簡稱移民法）

移民法之立法目的係為統籌入出國管理，確保國家安全、保障人權；規範移民事務，落實移民輔導（移民法第 1 條）。其規範對象包括居住台灣地區設有戶籍國民、在台灣地區無戶籍國民及外國人。

其立法源由係因司法院大法官釋字第 454 號解釋指摘，中華民國 83 年 4 月

⁴ 同前註。

⁵ 刁仁國著，前揭書（見註 2），頁 14-15。

⁶ 包括自衛自保權、主權獨立完整性、受平等對待之權。

⁷ 從入出國觀點言，最值得一提的是平等權、遷徙自由及庇護權。

⁸ 包括條約、慣例、一般法律原則、判例、學說及國際組織決議。

⁹ 李震山等著，前揭書（見註 3），頁 1。

20 日行政院台內字第 20077 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」中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，卻無法律或法律明確授權之依據，訂期間宣告其違憲無效。因此立法院於 1999 年 5 月 21 日訂定移民法，將相關行政命令提升為法律位階。

期間歷經數次修正，對移民人權有重大進步者，莫屬移民移住人權修法聯盟（以下簡稱移盟），自 2004 年 4 月起開始密集討論修法及草擬條文，2005 年 3 月，移盟提出民間版「入出國及移民法」修正案，並動員各黨立法委員連署完成提案。歷經三年多的努力，於 2007 年 11 月 30 日立法院三讀通過，對移民及移工有八大項突破性的人權保障進展，包括：防家暴條款、¹⁰家庭團聚權、¹¹反歧視條款、¹²建立正當程序、¹³禁止婚姻媒合商業化和物化女性、¹⁴鬆綁外國人參加集會遊行、¹⁵移工與雇主訴訟期間可延長居留、¹⁶保護人口販運被害人¹⁷等；但與原來的民間版相比，也留下七大項未竟之志的遺憾，包括：婚姻移民女性僅能從夫居或從子居、受暴失婚婦女僅可延長居留而非永久居留、對婚姻移民施以階級歧視、永久居留權空洞化、正當程序未臻周全、反歧視條款規定不足、警察國家侵犯隱私等。¹⁸

（二）國籍法

國籍法之規範者為國籍之取得、喪失、回復與撤銷等變更事項（國籍法第 1

¹⁰ 移民法第 31 條第 4 項。

¹¹ 移民法第 25 條第 8 項、第 18 條第 1 項第 9 款。

¹² 移民法第 62 條、第 81 條。

¹³ 移民法第 28 條、第 36 條。

¹⁴ 移民法第 58 至 61 條。

¹⁵ 移民法第 29 條。

¹⁶ 移民法第 31 條第 4 項第 6 款。

¹⁷ 移民法第 42 條、第 43 條。

¹⁸ 「賀移民法修正三讀通過」：移民法三讀記者會新聞稿，

<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=161&prev=190&next=281&l=f&fid=8>（Last visited：2010.01.12）

條)。其中第 3 條至第 10 條是關於外國人取得我國國籍之規定。傳統見解認為，國籍乃是一主權國家與其國民之間一種法律上之聯繫，使個人之法律地位確定屬於授籍國，而該授籍國對擁有其國籍之國民，則取得管轄之權利並負有保護之義務。換言之，國籍係國家主權之行使，並涉及重要利益之權利義務關係。¹⁹學者黃居正認為，國籍與近代化國家其他徵象文明進程的「可視化」公共建設，包括標準時間、鐵道、醫院與教育機構等，在性質上是相同的，都屬於對確保國家統治高權之合法正當性（legitimacy）所精心設計的媒體手段。國籍之所以應被視同公共建設，是因為它提供給國民的一種最容易彰顯民族表徵、確認自我存在價值的工具。²⁰

然而在全球化（globalization）的趨勢下，雖然全球化本身沒有明確的定義甚或具體內容，卻很清楚地指涉了一個動態的「去國家化（denationalization）」或「去領土化（deterritorialization）」的權力重組過程。²¹在這個趨勢下，「國家」雖然仍是最重要的政治組織，但其重要性已逐漸衰退。至少不再是「唯一」或「永遠」的主角。國際組織、跨國公司，與各種 NGOs，漸漸也成為國際政經拉鋸鬥爭的主體。²²Alfred Aman 亦指出，今日的「全球化公民身分（global citizenship）」包含了「多重身分（multiple identities）」與公民「區分辨識不同層級政府功能角色的能力」。²³左派觀點的「帝國（Empire）」一書即強調：公民身分不再純然基於固定的國族國家主權概念；公民身分的界定，往往奠基於流動、彈性而相互重疊的公共領域間關係。而唯有更功能取向、多面向的途徑，才能正確理解現代公民身分的概念。²⁴簡言之，全球化下，個人的認同不以國籍為限，大至跨國組織，

¹⁹ 馬福美著，《我國移民法制之研究》，台灣師範大學碩士論文，2007 年，頁 52-53。

²⁰ 黃居正著，〈國籍與公民身分——一個跨領域的探索〉，《台灣國際法季刊》，第 1 卷第 4 期，2004 年 10 月，頁 278-279。

²¹ See, ALFRED C. AMAN JR., THE DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM (2004).

²² See, Jan Nederveen Pieterse, *Globalization as Hybridization*, THE GLOBALIZATION READER, Wiley-Blackwell, 3rd (2007).

²³ See, Alfred C. Aman Jr., *The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism, and Democracy*, 31 VAND. J. TRANSNAT'L L. 769, at 855(1998).

²⁴ See, MICHAEL HARDT & ANTONIO NEGRI, EMPIRE 361, 400, 403(2000).

小至地區性團體，都是形塑個人認同的對象，在各種權利義務事項上，若還是以形式上的國籍為區分，似乎有所不足。

（三）台灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸條例）

台灣自 1987 年 11 月 2 日開放民眾赴大陸探親，隨著兩岸互動交流的關係發展，衍生兩岸相關事務及問題增多。在歷史上，兩岸關係有其特殊性，憲法增修條文第 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。」於 1992 年 7 月 31 日制定台灣地區與大陸地區人民關係條例，在國家統一前，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（兩岸條例第 1 條）。

時至今日，兩岸時空背景已有明顯改變，原先基於反共意識所制定的法律，使得大陸配偶較於外籍配偶，一直承擔著更多的敵意、歧視與排拒。經移盟推動修法，終於在 2009 年 6 月 9 日，立法院三讀通過了兩岸關係條例修正條文，稍微還給大陸配偶一點點基本人權。對於剛剛簽署「公民與政治權利公約」及「經濟社會文化權利公約」的政府而言，這可說是第一份成績單。也是自 1992 年制定兩岸關係條例以來，首次對來自大陸的移民與他們的台灣家人，採取保障與尊重的態度。²⁵雖然為德不卒，²⁶陸配依然是次等移民，但至少走出了第一步。²⁷

（四）香港澳門關係條例（以下簡稱港澳條例）

港澳條例第 1 條規定，為規範及促進與香港及澳門之經貿、文化及其他關係，特制定本條例。根據港澳條例第 4 條第 1、2 項規定：「本條例所稱香港居民，

²⁵ 第一，合法入境的大陸配偶均享有工作權；第二，取得身分證的年限縮短為六年；第三，享有較為完整的繼承權；第四，驅逐出境前之審查會。

²⁶ 第一，陸配取得身分證的期間仍遠長於外配；第二，陸配未成年子女來台居留問題；第三，集會結社權；第四，民事關係應回歸人性；第五，取消次等公民規定，入籍就是台灣人。

²⁷ 「五十分的政見，五十分的人權」 --- 「兩岸人民關係條例修法通過」，

<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=675&prev=676&next=670> (Last visited : 2010.01.13)

指具有香港永久居留資格，且未持有英國國民（海外）護照或香港護照以外之旅行證照者。本條例所稱澳門居民，指具有澳門永久居留資格，且未持有澳門護照以外之旅行證照或雖持有葡萄牙護照但係於葡萄牙結束治理前於澳門取得者。」如果不符要件者，就非港澳條例所認定的「香港居民」、「澳門居民」，而是外國人。

港澳條例立法基本精神有五：(1)採用正面管理方式立法，並盡量維持、促進及保障台港澳間關係及港澳人民權利。(2)採用委任立法，以因應港澳情勢之不確定性。(3)採用罰則相對從輕原則。(4)納入國際多邊規範精神。(5)設有情勢變遷條款，以保障台灣地區及人民之安全。

(五) 外國護照簽證條例（以下簡稱簽證條例）

簽證制度，緣起於 19 世紀末葉的歐洲各國，為了更進一步慎重判斷否允許外國人入境，遂要求外國人應先持護照向本國領事申請簽證。雖然伴隨護照制度的衰退，也曾經歷過免簽證的期間，但是一次世界大戰爆發後，基於防止間諜等因素的國防目的，歐洲各國紛紛重新強化了簽證制度。美國出於管制移民而在 1917 年制定移民法時，也要求移民應先行取得簽證，1924 年移民法修正後，進一步擴大至一般外國人。²⁸時至今日，世界各國均以簽證作為事先審核外國人身分、資格及紀錄後，所發給的一種入境推薦證明文件。

若依官方說法，簽證在意義上為一國之入境許可。依國際法一般原則，國家並無准許外國人入境之義務。目前國際社會中鮮有國家對外國人之入境毫無限制。各國對來訪之外國人先行審核過濾，確保入境者皆屬善意以及外國人所持證照真實有效且不致成為當地社會負擔，乃有簽證制度之實施。²⁹

²⁸ 坂中英德・齋藤利男，《出入国管理及び難民認定法逐条解説》，全訂版，第 350-351 頁；轉引自林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政大法研所碩士論文，2004 年 7 月，頁 123。

²⁹ 依據國際實踐，簽證之准許或拒發係國家主權行為，故中華民國政府有權拒絕透露拒發簽證之原因。見外交部領事事務局網站，<http://www.boca.gov.tw/ct.asp?xItem=30&CtNode=266&mp=1>

(六) 國家安全法

國家安全法第 3 條第 1 項規定，人民入出境，應向內政部警政署入出境管理局申請許可。未經許可者，不得入出境。³⁰如有違反，則有同法第 6 條第 1 項之刑事責任。³¹

第二節 無證移民的控制

前已介紹國境管理之概念及臺灣規範入出國之相關法律，並針對本文所欲探討之對象—無證移民—加以定義。以下將進一步介紹臺灣控制無證移民之具體法令規範及制度建構。台灣目前係由內政部入出國及移民署（以下簡稱移民署）負責管制無證移民業務。³²依其業務內容中有關無證移民管理之說明：

「全球經濟快速發展及地球村效應，國際間人士商務往來、旅遊、求學、工作及結婚絡繹不絕於途。加上兩岸關係日趨緩和，人民往來密切，在龐大的跨國性人口移動現象中，衍生逾期停留、居留、非法工作、非法入境、人口走私販運及觸犯我國刑事、行政法令規章等行為，非法移民之存在對於社會治安、經濟、公共秩序及衛生影響甚大，為落實執行非法移民管理工作，分從預防、查處、收容管理及遣送 4 大方向辦理，分述如下：

(Last Visited : 2010.01.17)

³⁰ 其規範目的，可參福建金門地方法院 96 年度簡上字第 9 號判決要旨：「按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，得以法律為特別規定，中華民國憲法增修條文第 11 條揭櫫甚明，基於今日兩岸分治之現實考量，為規範臺灣與大陸地區人民往來模式，確立正常且無危害國家安全之溝通管道，建立適當之入出境管制措施，立法機關藉由臺灣地區與大陸地區人民關係條例及國家安全法等法律之訂立以達前揭目的，大陸地區人民欲前來臺灣或金門等現由中華民國政府統治權所及之地區，如未於憲法所示準則下以法律給予一定程度之限制，勢將有害臺灣地區之安全與民眾福祉，從而規定大陸地區人士如欲入境臺灣地區，應向主管機關先行報請許可，自不存違反憲法之疑義。」另可參考司法院大法官釋字第 558 號解釋針對 81 年修正後之國家安全法第 3 條第 1 項規定違反比例原則的指摘。

³¹ 違反第三條第一項規定未經許可入出境者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣九萬元以下罰金。

³² 移民署之成立歷程，請見移民署網頁：<http://www.immigration.gov.tw/aspcode/menu11.asp>
(Last visited : 2010.01.22)

- 1、預防方面：透過 制定完善移民政策、加強移民輔導、建構面談查察機制、強化入出國境管制查驗，並 加強外來人口停留、居留管理 等措施以達到預防目的。
- 2、查處部分：由本署專勤隊及各治安機關負責辦理查處及遣送事宜。
- 3、收容管理部分：本署收容事務大隊下設 5 個收容所，各縣市專勤隊大部分亦設有臨時收容所，負責辦理收容事務；為落實人道關懷及保障人權，管理人員均以關心、愛心、耐心來服務，使其能安心等待遣送回國。
- 4、遣送部分：由於人權意識高漲，基本人權之保障係為國家進步指標之一，本署除秉持人道與安全之原則外，亦簡化行政程序、思考加速遣送速度以降低平均收容天數，期在合理期限內，儘速完成遣送事宜。

非法移民管理權責，除本署外，還包括外交、海巡、勞政、社政及警察等機關。為確實做好該項工作，除積極加強與各機關間之橫向聯繫，更整合各部會力量，全力為提昇外來人口素質，降低非法移民人數而努力。³³

斜體畫線部分為本文所加，前者是否確實有相關統計資料可以證明，本文存疑，詳細的論述留待第四章再行處理。至於有關人口素質部分，學者曾熾芬即提出加以質疑：「…在人口政策中，人口素質指的是國內既有人口目前所享有的人類發展指標程度 (Human Development Index)，人口中的識字率、平均壽命等指標，指的是『後天』環境的培養資源指標，這也是台灣人口政策中有關人口素質的定義 (參見《中華民國人口政策綱領》，內政部，民國 81 年)。但是在目前移民政策的討論中，人口素質卻被當作本質性的特質…」³⁴此外，警政背景出身之官員

³³ 移民署簡介，http://www.immigration.gov.tw/aspcode/menu11_2.asp (Last visited : 2010.01.22)

³⁴ 曾熾芬，〈誰可以打開國界的門？-移民政策的階級主義〉，《騷動流移：台社移民/工讀本》，台灣社會研究雜誌社出版，2009 年 1 月，頁 153。

往往亦認為，逃逸外勞無法納入管理，顯已成為涉外治安之黑戶，亟需積極查緝，以淨化治安環境。³⁵可見執法者似乎有著「我們」比較優越，不合法的「外人」比較低劣，一旦他們長久生活在「我們」的社會中，會拖垮「我們」的素質之偏見，因而致力於查緝無證移民。

以下，本文將介紹台灣目前國境線上及國內管制的相關法令制度，使讀者瞭解是什麼樣的具體規範建構出臺灣的無證移民。

一、邊界控管

(一) 入境制度

依據國際慣例，入境許可之內容應包括兩層意涵：一為簽證機關發給的入境簽證；二為口岸邊防檢查機關簽發之入境查驗證明。獲得入境簽證，僅係獲得初步許可，不表示一定能獲准入境，尚須邊防檢查機關查驗後確認，才能入境。故後者有最終許可之性質。³⁶

簽證是一種入境證明文件。換言之，即是一個國家對准予入境之外國人，所核發的一種入境證明文件。因此，簽證核發之目的可說是一國基於其領域管轄，對有意入境之外國人，所採取的一項事先審查的行政措施。³⁷質言之，外國人意欲入境台灣，即必須事先申請簽證，台灣即可透過申請人繳交之應具備文件資料，³⁸加以審查，以為准駁的依據。³⁹因此，藉由事前審查，即可依簽證條例規定不予入境許可之外國人，拒發簽證，以達入境管理「篩檢過濾」、發揮「維護

³⁵ 曾國森，〈非法外勞取締技巧及相關法律問題之研究〉，《警學叢刊》，第 27 卷第 2 期，1996 年 9 月。

³⁶ 刁仁國，前揭書（見註 2），頁 65。

³⁷ 劉文章，《證照查驗理論與實務》，中央警察大學出版，1996 年 5 月再版，頁 53。

³⁸ 簽證條例施行細則第 5 條第 1 項：「持外國護照申請簽證，應填具簽證申請書表，並檢具有效外國護照及最近六個月內之照片，送外交部或駐外使領館、代表處、辦事處或其他經外交部授權機構（以下簡稱駐外館處）核辦。」

³⁹ 簽證條例第 4 條：「本條例所稱簽證，指外交部或駐外使領館、代表處、辦事處、其他外交部授權機構（以下簡稱駐外館處）核發外國護照以憑前來我國之許可。」

國家安全」的第一道防線功能。⁴⁰至於簽證之種類則規定在簽證條例第 7 條、⁴¹簽證條例施行細則第 10、⁴²13 條。⁴³

外國人有簽證條例第 12 條⁴⁴規定情形之一，外交部或駐外館處得拒發簽證，故駐外單位在審核外國人之簽證申請時，即可事前確認該外國人是否欲以不實文件取得簽證進入台灣，成為無證移民之可能性，而因此拒絕發給簽證。惟依簽證條例第 12 條第 2 項：「依前項規定拒發簽證時，得不附理由。」且依照行政程序法第 3 條第 3 項規定，簽證程序應不適用相關程序規定。對於申請一般居停留簽證遭拒的外國人，在不明理由下，可能因此難以測度外交機關的真意。既不知是因為形式要件不備，或是實體要件不合，亦不知是否因列入所謂黑名單所致。因此，申請遭駁回之當事人，仍應賦予其要求外交機關說明理由的程序保障。⁴⁵

持有簽證，並不必然可以入國。證照查驗官得要求旅客出示、審核、檢查有關證件，如護照、回程機票、財力等證明文件。此時，若當事人拒不提供證件檢查，除有犯罪嫌疑，並不得強制檢查，充其量，僅得禁止該旅客入出國，此種須

⁴⁰ 刁仁國，前揭書（見註 2），頁 66-67。

⁴¹ 簽證條例第 7 條第 1 項：「外國護照之簽證，其種類如下：一、外交簽證。二、禮遇簽證。三、停留簽證。四、居留簽證。」

⁴² 簽證條例施行細則第 10 條第 1 項：「申請停留簽證目的，包括過境、觀光、探親、訪問、考察、參加國際會議、商務、研習、聘僱、傳教弘法及其他經外交部核准之活動。」

⁴³ 簽證條例施行細則第 13 條第 1 項：「申請居留簽證目的，包括依親、就學、應聘、受僱、投資、傳教弘法、執行公務、國際交流及經外交部核准或其他相關中央目的事業主管機關許可之活動。」

⁴⁴ 1、在我國境內或境外有犯罪紀錄或曾遭拒絕入境、限令出境或驅逐出境者。

2、曾非法入境我國者。

3、患有足以妨害公共衛生或社會安寧之傳染病、精神病或其他疾病者。

4、對申請來我國之目的作虛偽之陳述或隱瞞者。

5、曾在我國境內逾期停留、逾期居留或非法工作者。

6、在我國境內無力維持生活，或有非法工作之虞者。

7、所持護照或其外國人身份不為我國承認或接受者。

8、所持外國護照逾期或遺失後，將無法獲得換發、延期或補發者。

9、所持外國護照係不法取得、偽造或經變造者。

10、有事實足認意圖規避法令，以達來我國目的者。

11、有從事恐怖活動之虞者。

12、其他有危害我國利益、公共安全、公共秩序或善良風俗之虞者。

⁴⁵ 林孟楠，前揭書（見註 28），頁 125。

經相對人同意的檢查，即一般學理上所稱「任意性」行政檢查，⁴⁶惟證照查驗官員在審核旅客之證件，認為其符合入國條件後，在其護照蓋上允許入國章戳，此一行為即發生許可其入國之法律效果，屬許可處分。綜上所述，證照查驗之法律性質，可分為二階段，在證照查驗官員要求檢查階段，應屬行政檢查性質；而在審酌一切情狀後，有所准駁，並在旅客的護照上，蓋印章戳，此一階段，則屬「行政處分（Verwaltungsakt）⁴⁷」之法律性質。⁴⁸

移民法第 4 條規定，入出國應經查驗，未經查驗不得入出國。第 74 條規定：「未經許可入國或受禁止出國處分而出國者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣九萬元以下罰金。」而兩岸條例第 10 條第 1 項亦規定，大陸地區人民非經主管機關⁴⁹許可，不得進入台灣地區。據此，上述法律之相關規定可作為證照查驗工作主要法令依據。至於外國人與大陸地區人民入出國境部分之具體查驗作法，依移民法第 4 條第 3 項所授權訂定之入出國查驗及資料蒐集利用辦法第 8 條、⁵⁰第 10 條⁵¹。

⁴⁶ 行政檢查，或稱行政調查（administrative investigation），係行政機關為達到特定行政目的，因調查資料或證據之必要，依法所採取之蒐集資料或檢查措施之謂。行政調查所及之事件，若為一般性、規劃性者，則以資料蒐集為主要手段，例如人口普查。所及之事件若為具體、規制取締性，則以檢查為主要手段，例如為行政處分之作成與執行所為之檢查。行政法中之調查，大多以後者為主。李震山，《警察法論—警察任務編—》，正典出版文化有限公司，2002 年 10 月，頁 236-237。

⁴⁷ 行政程序法第 92 條第 1 項：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

⁴⁸ 刁仁國，前揭書（見註 2），頁 80。

⁴⁹ 依兩岸條例第 3 條之 1，「行政院大陸委員會」為本條例之主管機關。

⁵⁰ 入出國查驗及資料蒐集利用辦法第 8 條：「

大陸地區人民入國，應備下列有效證件，經入出國及移民署查驗相符，其證件內加蓋入國查驗章戳後入國：

一、有效之入境許可證件。

二、已訂妥回程或次一目的地機（船）票或證明。但依規定免附者，不在此限。

三、次一目的地國家或地區之有效居留證或簽證。

四、填妥之入國登記表。但持有臺灣地區居留證或來臺觀光者，免予填繳。

五、相關身分證明文件。

前項人民經許可在臺灣地區居留或定居者，應持憑入境許可證件及居留證或定居證副本查驗入國。」

⁵¹ 入出國查驗及資料蒐集利用辦法第 10 條：「

外國人入國，應備下列證件，經入出國及移民署查驗相符，且無本法第十八條第一項、第二項禁止入國情形者，於其護照或旅行證件內加蓋入國查驗章戳後，許可入國：

一、有效護照或旅行證件；申請免簽證入國者，其護照所餘效期須為六個月以上。但條約或協

簽證既然僅為入國前審查程序所核發的入國推薦文件，外國人入境時仍應接受入境審查以取得正式入境許可。雖然說由於立法者賦予簽證目的作為決定入境資格的功能，使得入境審查形骸化，成為單純查驗護照與簽證真偽的程序。但一般認為證照查驗官員仍有必要再次確認外國人或大陸地區人民是否合乎入境要件。⁵²換言之，入國審查官員仍可依照移民法第 18 條及大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 19 條⁵³規定，審查當事人是否符合入境要件。⁵⁴

(二) 暫時留置

依移民法第 64 條第 1 項規定：「入出國及移民署執行職務人員於入出國查驗時，有事實足認當事人有下列情形之一者，得暫時將其留置於勤務處所，進行調查：一、所持護照或其他入出國證件顯係無效、偽造或變造。二、拒絕接受查驗或嚴重妨礙查驗秩序。三、有第七十三條或第七十四條所定行為之虞。四、符合本法所定得禁止入出國之情形。五、因案經司法或軍法機關通知留置。六、其他

定另有規定或經外交部同意者，不在此限。

二、有效入國簽證或許可或外僑永久居留證。但申請免簽證入國者，不在此限。

三、申請免簽證入國者，應備已訂妥出國日期之回程或次一目的地之機（船）票或證明。但提出得免附機（船）票證明者，不在此限。

四、次一目的地國家之有效簽證。但前往次一目的地國家無需申請簽證者，不在此限。

五、填妥之入國登記表。但持有中華民國居留證者，免予填繳。」

⁵² 劉文章·刁仁國，〈證照查驗工作之探討〉，前揭書（見註 3），頁 122。

⁵³ 大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 19 條第 1 項：「

大陸地區人民申請進入臺灣地區，有下列情形之一者，得不予許可；已許可者，得撤銷或廢止其許可，並註銷其入出境許可證：

一、現擔任大陸地區黨務、軍事、行政或具政治性機關（構）、團體之職務或為成員。

二、參加暴力或恐怖組織，或其活動。

三、涉有內亂罪、外患罪重大嫌疑。

四、在臺灣地區外涉嫌重大犯罪或有犯罪習慣。

五、曾有本條例第十八條第一項各款情形。

六、持用偽造、變造、無效或經撤銷之文書、相片申請。

七、有事實足認係通謀而為虛偽結婚。

八、曾在臺灣地區有行方不明紀錄二次或達二個月以上。

九、有違反善良風俗之行為。

十、患有重大傳染性疾病。

十一、曾於依本辦法規定申請時，為虛偽之陳述或隱瞞重要事實。

十二、原申請事由或目的消失，且無其他合法事由。

十三、未通過面談或無正當理由不接受面談或不捺指紋。

十四、違反其他法令規定。」

⁵⁴ 關於移民法第 18 條第 1 項各款中有爭議之批評，參林孟楠，前揭書（見註 28），頁 127-129。

依法得暫時留置。」其立法理由指出，國境線上之查驗工作，係以國家安全為主要考量；惟現行實務上並未賦予第一線執行查驗工作人員，於發現可疑之情事時，具有「暫時留置」之權限，恐影響查驗品質及損害國家主權。爰定明辦理查驗工作之人員，於修正條文第一項各款所定之特定要件下，得暫時留置當事人，以進行調查。

(三) 面談機制

依我國民法規定，⁵⁵達法定年齡之男女，僅須具備書面、二人以上證人之簽名、向戶政機關為結婚登記，其結婚即適法有效，此外並無國籍之限制。惟外籍與大陸配偶要來台團聚依親，卻必須通過面談才能獲得許可。⁵⁶其法律規定如下：依外國護照簽證條例施行細則第 5 條第 3 項：「外交部及駐外館處得要求申請人面談、提供旅行計畫、親屬關係證明、健康檢查合格證明、無犯罪紀錄證明、財力證明、來我國目的證明、在我國之關係人或保證人資料及其他審核所需之證明文件。」；移民法第 65 條第 1 項第 1 款規定，外國人在台灣地區申請停留、居留或永久居留時，由由移民署與申請人面談；兩岸條例第 10 條之 1：「大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、按捺指紋並建檔管理之；未接受面談、按捺指紋者，不予許可其團聚、居留或定居之申請。其管理辦法，由主管機關定之。」

⁵⁵ 民法第 980 條、第 982 條。

⁵⁶ 外國護照簽證條例施行細則第 5 條第 3 項：「外交部及駐外館處得要求申請人面談、提供旅行計畫、親屬關係證明、健康檢查合格證明、無犯罪紀錄證明、財力證明、來我國目的證明、在我國之關係人或保證人資料及其他審核所需之證明文件。」；移民法第 65 條第 1 項第 1 款規定，外國人在台灣地區申請停留、居留或永久居留時，由由移民署與申請人面談；兩岸條例第 10 條之 1：「大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、按捺指紋並建檔管理之；未接受面談、按捺指紋者，不予許可其團聚、居留或定居之申請。其管理辦法，由主管機關定之。」

二、境內管理

(一) 查察

依移民法第 67 條規定，移民署執行職務人員於執行查察職務時，認為有違法「事實」、「相當理由」時，得進入相關之營業處所、交通工具或公共場所對有嫌疑之人查證其身分。同法第 68 條則規定查證身分時得為之必要措施。再者，移民署受理因婚姻或收養關係，而申請在台灣地區停留、居留、永久居留或定居之案件，於必要時，得派員至申請人在台灣之住（居）所，進行查察；移民署對在我國停留期間逾三個月、居留或永久居留之臺灣地區無戶籍國民、外國人、大陸地區人民、香港及澳門居民應進行查察登記，為移民法第 70 條第 1 項、第 71 條第 1 項所明定。實際執行查察業務係由移民署下轄之各縣市專勤隊負責。

(二) 強制出境

1、定義

強制出境是指對非法入境與違反法令之外國人，採取一定措施迫使其離開本國。此種措施是一國政府對境內外國人實施管轄的手段之一。⁵⁷

2、法律依據

移民法第 14 條第 1 項⁵⁸係針對「無戶籍國民」之強制出境；對違反移民法令之「外國人」的強制出境，規定於移民法第 36 條第 1 項：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得強制驅逐出國：一、違反第四條第一項規定，未經查驗入國。二、入國後，發現有第十八條禁止入國情形之一。三、違反第十九條第一項規定，未經許可臨時入國。四、違反依第十九條第二項所定辦法中有關應備

⁵⁷ 刁仁國，前揭書（見註 2），頁 104。

⁵⁸ 臺灣地區無戶籍國民停留、居留、定居之許可經撤銷或廢止者，入出國及移民署應限令其出國。

文件、證件、停留期間、地區之管理規定。五、違反第二十條第二項規定，擅離過夜住宿之處所。六、違反第二十九條規定，從事與申請停留、居留原因不符之活動或工作。七、違反入出國及移民署依第三十條所定限制住居所、活動或課以應行遵守之事項。八、違反第三十一條第一項規定，於停留或居留期限屆滿前，未申請停留、居留延期。九、有第三十二條第一款至第三款規定情形，經撤銷或廢止居留許可，並註銷外僑居留證。十、有第三十三條第一款至第三款規定情形，經撤銷或廢止永久居留許可，並註銷外僑永久居留證。」

此外，就業服務法（以下簡稱：「就服法」）中亦針對「外籍移工」之強制出境，於第 74 條第 1 項：「聘僱許可期間屆滿或經依前條規定⁵⁹廢止聘僱許可之外國人，除本法另有規定者外，應即令其出國，不得再於中華民國境內工作。」、第 2 項：「受聘僱之外國人有連續曠職三日失去聯繫情事者，於廢止聘僱許可前，入出國業務之主管機關得即令其出國。」

至於「大陸地區人民」之強制出境，兩岸條例第 18 條第 1 項：「進入臺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。⁶⁰二、經許可入境，已逾停留、居留期限。三、從事與許可目的不符之活動或工作。四、有事實足認為有犯罪行為。⁶¹五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞。⁶²」

⁵⁹ 就服法第 73 條：「雇主聘僱之外國人，有下列情事之一者，廢止其聘僱許可：一、為申請許可以外之雇主工作。二、非依雇主指派即自行從事許可以外之工作。三、連續曠職三日失去聯繫或聘僱關係終止。四、拒絕接受健康檢查、提供不實檢體、檢查不合格、身心狀況無法勝任所指派之工作或罹患經中央衛生主管機關指定之傳染病。五、違反依第四十八條第二項、第三項、第四十九條所發布之命令，情節重大。六、違反其他中華民國法令，情節重大。七、依規定應提供資料，拒絕提供或提供不實。」此外，關於受聘僱外國人須接受健檢制度，學者及社運團體早已大力批判，其係反映國籍-種族、階級與疾病的多重歧視，參廖元豪，〈外人＝異形＝病毒：不必要又歧視的外國人強制健檢〉，<http://mypaper.pchome.com.tw/liaobruce/post/1239482844>（Last visited：2010.02.01）

⁶⁰ 兩岸條例施行細則第 15 條：「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。」

⁶¹ 兩岸條例施行細則第 16 條：「本條例第十八條第一項第四款所定有事實足認為有犯罪行為者，指涉及刑事案件，經治安機關依下列事證之一查證屬實者：一、檢舉書、自白書或鑑定書。二、照片、錄音或錄影。三、警察或治安人員職務上製作之筆錄或查證報告。四、檢察官之起訴書、

(三) 收容

1、定義

收容 (detention) 乃對於違反一國之有關入出境法規的無證移民，於裁決強制出境處分確定前，經由司法或主管機關長官簽發之收容令，拘束其行動自由並禁止其繼續居留活動之行政處分，以為行政遣返措施前之準備處分。⁶³

2、法律依據

關於「外國人」之收容，主要規定在移民法第 38 條第 1 項：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容，並得令其從事勞務：一、受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續。二、非法入國或逾期停留、居留。三、受外國政府通緝。四、其他在事實上認有暫予收容之必要。」此外，針對「外籍移工」，就業服務法第 68 條第 4 項規定：「違反第四十三條規定或有第七十四條第一項、第二項規定情事之外國人，經限期令其出國，屆期不出國者，警察機關得強制出國，於未出國前，警察機關得收容之。」

至於「大陸地區人民」之收容，則規定在兩岸條例第 18 條第 3 項：「第一項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。」

三、無效的管制，成功的政治 (the political success of failing policing)

前述透過簽證、入境許可、國境線上的留置調查制度、面談，其目的無非在

處分書或審判機關之裁判書。五、其他具體事證。」

⁶² 兩岸條例施行細則第 17 條：「本條例第十八條第一項第五款所定有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞者，得逕行強制其出境之情形如下：一、曾參加或資助內亂、外患團體或其活動而隱瞞不報。二、曾參加或資助恐怖或暴力非法組織或其活動而隱瞞不報。三、在臺灣地區外涉嫌犯罪或有犯罪習慣。」

⁶³ 刁仁國，前揭書（見註 2），頁 112-113。

以嚴格法令規定過濾欲進入台灣之非本國人資格及條件，此與民族國家（nation-state）的建構模式有極大關係。⁶⁴如學者 Albrow 所言，民族國家的民族理念將「國家」與「他所統治的民眾」聯繫在一起，並將原本為任意的邊界與管轄範圍，提供了合法性基礎，意即確立了一個明確的國界。⁶⁵「本國」與「他國」間必要性的互斥關係最具體地表現於國境劃分，以及國境管控的機制和方式；換言之，在相當程度上，民族國家此「想像社群（imagined community）」的合法性取決於國境管理的模式與有效性。惟全球化加諸於民族國家的嚴峻課題為：既然人、資本與資訊流通三者往往具有無法分割的關係，那麼各國如何可以一方面開放國界鼓勵跨國資訊、資本與知識的流通，另一方面又閉鎖國界防制境外人口的流入呢？⁶⁶

Davis 於討論美國拉美移民及美墨邊境無證移民的重要研究中，更清晰地揭露了民族國家的國界管理，其結果是不斷強化的歐威爾式管制，與國家故意留下的諸多滲透孔兩者的「巧妙」結合。無證移民跨過國界之後，投入的工作使得他們成為內部階級架構中的最底層，Davis 認為國界管理從來不曾達到它原本所宣稱的目的，反而衍生了許多官僚及警察貪瀆的副作用，為了跨越邊界，無證移民因此要付出更大的代價。故邊界管制之存在實為了重大的政治功能—安全家園的捍衛，本質上可認係「無效的管制，成功的政治」。⁶⁷學者趙彥寧在其對中國福建省無證移民之研究中亦指出，無證出入境不僅早已為當地社會的生活常態，其僭越國/邊境的行動也為雙方國境管理者視為理所當然的「常識（common knowledge）」，而生產此常民知識和慣習的結構性因素，則為二戰結束後因地緣和國共內戰而形成之跨越兩地的社會關係網絡。以數理計量、人口控制和績效誇示為內在邏輯的國境管理實作，不僅無法「遏阻」無證入境，反而促發了無證移

⁶⁴ 顯然是將國籍、主權看做高於婚姻、人權。

⁶⁵ 轉引自：黃惠欣，《跨界流動與邊界管制：台灣性產業中之中國大陸無證移民女性》，台大城鄉所碩士論文，2005年1月，頁12。

⁶⁶ 趙彥寧，〈現代性想像與國境管理的衝突：以中國婚姻移民女性為研究案例〉，《臺灣社會學刊》，第32期，2004年6月，頁62。

⁶⁷ 轉引自：黃惠欣，前揭書（見註65），頁13-14。

民產業的精細分工，移民者投資的金額因此日趨增加、入境的風險也大幅提高，甚至可能成為生死攸關之事（如 2004 年 8 月 26 日苗栗外海的偷渡丟包事件）。⁶⁸

支配我國學界、現行法律及實務的主流見解，認為外國人沒有國際遷徙自由，是否允許其入境、居留或強制出境，乃是國家主權自由決定事項。但是，對於這樣的說法，卻一直沒有人從根本上去思考理論基礎。甚至也沒有助益國際人權條約已經開始有某些轉變，更沒有意識到全球化時代下的國際遷徙潮流，正悄悄侵蝕著以國界為基礎的邊境管制。⁶⁹

或許建構一個民族國家，最重要的關鍵就是在於，它有沒有一個被有效管理的國境。建立／劃分國境，事實上等同於建構國家，國境的確立就是國家的確立。一個沒有邊界的國家，其實是一個不存在的國家。然而，全球化時代下，國家邊界被各種市場、資訊、資本、網路科技等力量不斷穿透，都使得邊境管制的有效性被嚴重挑戰。當國家試圖與全球化接軌，必然面對開放各種領域界限／邊境的挑戰，而矛盾和焦慮便產生於：民族國家如何能夠一方面鼓勵資本與資訊的跨國流動，然而另一方面卻又試圖以各種更嚴密的管制，阻止跨國人口的流動？原因或許在於，國家需要邊境管制負擔一個國界未失守的虛幻意象之生產功能，並同時作為一個氣閥，為國家將全球化帶來的利益極大化，並過濾那些國家所不欲的東西—特別是跨國遷徙的無證移民，同時無證移民因為邊境管制賦予及建構的「非法性」，而變得便宜，在進入移民接收國之後，成為資本家所最樂見的彈性且便宜之勞動力。⁷⁰

穿越國界的無證移民，具有同樣的跨界流動慾望。但在 Intel 前總裁 Barrett 登上三萬英尺高空，於頭等艙悠閒辦公之時，他／她們付出昂貴的代價，只為了幾上一條破船，這是一趟多麼「不一樣」的旅行。當某些人被邀請不斷穿越國界

⁶⁸ 趙彥寧，〈親屬連結、社會規範與國境管理：以中國福建省無證移民的研究〉，《臺灣社會學》，第 13 期，2007 年 6 月，頁 163。

⁶⁹ 林孟楠，前揭書（見註 28），頁 151。

⁷⁰ 黃惠欣，前揭書（見註 65），頁 75。

時，另一群人被國界所排擠與壓迫。查察、強制出境，或者將他／她們當成受害者般的，以保護之名所行的拘禁之實，恐怕不可能解決他／她們的問題，而僅能再次加深其弱勢罷了。⁷¹

收容與強制出境之措施係一般對無證移民之處理手段，然經常涉及基本權利之限制，甚至剝奪，因此必須符合法律保留、正當法律程序、法律明確性、比例原則，並應符合世界人權之標準。除一般規範外國人之法令需要明確性及可預見性之原則，使其之所遵循外，對於違反法令而必須強制出境之無證移民，其手段與程序亦必須明確，並賦予救濟與暫停執行之途徑，以便落實依法行政原則及保障人民基本權利之精神。⁷²

第三節 台灣無證移民群體

本章前已說明控制無證移民的相關法令及具體制度，以下將介紹目前臺灣較為人所知悉的各無證移民群體，並點出他／她們的困境，以凸顯無證移民問題的不可忽略性。2010年9月號的《全國律師》期刊，夏曉鵬教授與王增勇教授發表〈逾期居留移民之實證研究〉，⁷³其針對臺灣逾期居留移民進行初步統計及實證個案研究，並針對成為無證移民的原因歸納出六大類型：(1)依法令政策不盡周延、(2)未完成與本國人婚姻之法規程序、(3)行政瑕疵、(4)無國籍、(5)非法入境者（如偷渡和人口販運受害者）、(6)庇護尋求者（如：來自中國大陸的政治庇護尋求者）。⁷⁴本論文因非採實證研究方法，主要是由網路蒐集而得之新聞、評論，介紹臺灣歷來經媒體報導或較為人知悉的無證移民群體。

⁷¹ 同前註，頁 39。

⁷² 刁仁國，前揭書（見註 2），頁 208。

⁷³ 夏曉鵬、王增勇，前揭文（見註 1），頁 5 以下。

⁷⁴ 同前註，頁 7-9。附帶一提，該研究聚焦於合法入境之長期逾期者，因此針對前四類進行分析，後兩類並非研究主題，因此僅列入類型，而未進行個案蒐集與分析。

一、泰緬孤軍後裔

2008年7月3日，四百多名泰緬華人聚集在立法院前，震天價響，發出他們壓抑多年來的內心怒吼。發起此次抗議的「泰緬地區華裔難民權益促進會籌備處」的執行長劉小華表示，下午經磋商過後，行政院方面表示有誠意解決，但無法做出任何保證。劉小華哽咽地說，「如果不能合法生存，我身後這四百個小孩，可能就是四百顆炸彈。」「政府寧願讓他們繼續非法居留，也不願意讓他們合法生存。」劉小華宣稱，今晚開始將於自由廣場禁言、絕食，直到政府拿出實際解決方案為止。現場多位群眾亦激動地表示將會隨同絕食，以生命抗議。泰緬華人在台的處境，恐怕跟逃跑外勞相去不遠。身份的非法，使得個人被擠壓進社會的夾縫中艱難地求生。緬甸政府不認他們，心中魂牽夢繫的祖國亦不要他們。電影中的「異域」，主角在戰火交織，對中華民國政府萬念俱灰下，繼續留在泰緬邊境生存。真實世界的亞細亞孤兒，還在期待台灣政府能給他們一個家。⁷⁵

這群留台泰緬華人，其身份多為當年國共內戰時，國民政府派遣至泰國、緬甸地區作戰祕密軍隊的後裔。隨著戰爭的結束，此支部隊被遺留在泰緬邊境，成為一支不被國民政府承認、亦不為泰緬政府接受的孤軍。⁷⁶實質上，緬甸華人屬於無國籍人士，他們並非緬甸人。儘管他們在當地受華文教育，教唱中華民國國歌，並在政治上認同中華民國，然而中華民國卻並未將其視為國民。沒有國籍的

⁷⁵ 〈「我們要生存！」泰緬華人絕食求居留〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/23150>（Last visited：2010.02.06）

⁷⁶ 孤軍，是一個令人悲情感傷的名字，是一個國共內戰下的遺留產物，更是一個被世界遺棄的國際孤兒。作家柏楊先生對流落異域的孤軍曾有很貼切形容的一句話：「一群被遺忘的人，他們戰死，便與草木同朽；他們戰勝，仍是天地不容。」民國38年底，國民政府駐雲南部隊兵敗，第八軍和第二十六軍以及滇民從雲南輾轉進入緬甸北部山區，並以此為暫時據點開始擴充改編整訓，成立反共勢力游擊隊，之後更以緬甸景東地區為根據地，招納各地反共力量，正式擴編為「雲南人民反共救國軍」，人數總計約為1萬8千人，由李彌將軍出任總指揮。此後，這批隊伍時常遭到中國和緬甸軍隊雙方面的突襲，又在緬甸向聯合國控訴的國際輿論壓力以及國民政府為保存實力、顧全大局的情況下，孤軍於民國52年和民國50年開始陸續作二次的撤退回台，但在「明撤暗留，等待反攻」的最高指示下，部分軍隊在進入泰北山區後，就在當地駐紮定居下來，而沒有隨部隊撤退的官兵就在緬北邊陲拋棄軍籍標籤及一切相關資料，繼續借土養命，參〈我們為何七三走上街頭——給馬總統的公開信〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/23218>（Last visited：2010.02.06）

緬甸孤軍後裔，只得花上百萬緬幣（約新台幣三萬元，相當於一般緬甸人工作兩三年的全部薪水），購買假護照，以緬甸國民的假身份⁷⁷來台灣求學。⁷⁸辛苦地求學完成後，卻又得面臨居留證到期，但是因當初以假護照離開緬甸，若要返鄉，僅能以偷渡為之；若想留在台灣生活，卻得面臨不具合法居留身分的難題。

2009年1月12日，立法院院會三讀通過民進黨團所提「入出國及移民法第16條條文」，從民國88年5月21日至97年12月31日期間，經教育部或僑務委員會核准自泰國、緬甸地區來台就學或接受技術訓練，未能強制其離台者，入出國及移民署應許可其居留。⁷⁹至於持用假護照回國就學的僑生，內政部表示，經檢察官偵結者，可依立法院98年1月23日修正施行的入出國及移民法第16條3項規定，在台居留3年後，以無國籍人民身分申請在台定居。⁸⁰然又衍生出，檢察官所為之不起訴處分係因「職權」或「罪證不足」而有不同結果，使得內政部當初的承諾變成畫餅。⁸¹

現實是，這些在台的孤軍後裔，大多背負的沈重的經濟壓力，被迫輟學打工者比比皆是。但就算順利完成學業，也因為難以取得台灣的身分證明，在台灣無法工作，一遇上警察臨檢，就會因為逾期居留而遭警方收容，但因為持用的是假護照，無法遣返，只能交由社會團體責付。⁸²他們因為沒有合法的居留身分，不能申請工作證，為了生活，得偷偷摸摸地非法打工，也沒有勞健保。

⁷⁷ 關於緬甸無國籍華人與其身分證件的詳細說明，參〈緬甸華人遷徙史與無國籍華人命運〉，<http://www.wretch.cc/blog/thebesthouse/12641640>（Last visited：2010.02.06）

⁷⁸ 前揭資料（見註75）。

⁷⁹ 〈立院三讀移民法 滯台藏人合法居留〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/33760>（Last visited:2010.02.06）

⁸⁰ 〈內政部修辦法 滯台泰緬國軍後裔可獲居留權〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/39986>（Last visited：2010.02.06）

⁸¹ 泰緬地區華裔難民權益促進會理事長劉小華說，內政部的承諾讓後裔燃起希望，八百五十多人自首，已結近五百案中，職權不起訴不到百人，其餘都是「罪證不足」不起訴。「同樣是不起訴，沒想到『職權處分』與『罪證不足』四字之差，竟阻斷後裔歸化之路」。劉小華表示，各地檢署難以判斷後裔的證件真假，幾乎都以「罪證不足」結案。兩者差別是，「職權處分」是檢察官認定犯罪，即自首者護照是偽造，因微罪不舉，以職權不起訴，後裔可憑此辦歸化；「證據不足」的不起訴，是指無法證明護照是假，不構成犯罪，既然不是假，後裔無法辦入籍，參〈孤軍後裔黑戶 癡等入籍〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/39994>（Last visited：2010.02.06）

⁸² 〈忍教異域兒女 再從樓頂躍下？〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/23254>（Last visited：2010.02.06）

二、柬埔寨外籍配偶

我國從 1995 年開放外籍新娘來臺，在臺灣現在已有 5000 位以上的柬埔寨配偶，其中較早來台的 2000 多人已經拿到中華民國國籍，但是另外 2800 多人現在卻面臨即使居留期滿，卻也永遠無法申請臺灣身分證的窘境。這是因為根據我國國籍法規定，外籍人士入籍中華民國，必須先檢具放棄母國國籍的證明書。⁸³但是由於柬埔寨政府不鼓勵國民為了嫁到海外而放棄國籍，更不承認中華民國，因此不核發相關證明。⁸⁴再加上我國駐柬埔寨代表處早就被柬國政府驅逐，一切文書認證都要到駐越南代表處代辦，因此婚姻仲介業者往往以偽造的文書來取得我方的認證。但是到 94 年 8 月下旬，我國外交部因為發現相關證明文件幾乎都是偽造的問題，因此宣佈不再為柬埔寨配偶辦理文書驗證，幾乎等於從此之後，所有的柬埔寨配偶都不可能取得我國國籍。甚至她們可能將因為柬埔寨護照過期，變成國際人球。⁸⁵

在複雜的國家主權與不肖仲介的黑心矇騙之下，導致她們來台居留多年，仍無法歸化取得本國籍。許多柬國配偶，來台多年，有穩定的工作、生活且育有子女，卻因為台灣與柬埔寨的外交問題，無辜的被作為犧牲品…其中有人，居留證逾期，柬國護照已過期，但卻不敢回母國去申辦，因為一出境可能就再也回不到台灣，見不到孩子；更有人，已經放棄國籍，卻不被台灣政府同意入籍，成為無國籍人。這 1、2 年，她們透過各種管道，向陳水扁總統、總統府、外交部、內政部和移民署陳情，希望以「國籍法」第 9 條的但書規定，比照日本籍配偶，可以不需要提出喪失日本國籍證明，就能入籍台灣，⁸⁶但卻被各部會當作皮球互

⁸³ 國籍法第 9 條：「外國人依第 3 條至第 7 條申請歸化者，應提出喪失其原有國籍之證明。但能提出因非可歸責當事人事由，致無法取得該證明並經外交機關查證屬實者，不在此限。」

⁸⁴ 由於柬埔寨政府核發的國籍證明加註「僅限供中華人民共和國使用」，臺灣政府因此不予承認，也因柬國與中共具有正式邦交，不准當地女子因嫁到台灣而放棄本國籍。

⁸⁵ 〈從柬埔寨新娘看國內的種族主義問題〉，<http://blog.xuite.net/amu390/CYWbcc/10441504> (Last visited: 2010.02.08)

⁸⁶ 南洋臺灣姊妹會秘書長吳紹文說，這根本是大小眼：「如果日本的國民在臺灣可以不用拿放棄國籍證明就拿到身分證，那我們希望外交部不要大小眼，因為這在邏輯上跟嫁到臺灣的柬埔寨配

踢。⁸⁷一般外籍配偶來台四年就可取得身分證，柬埔寨來的阿琳來台即將邁入第七年，還不能當台灣人。還因為擔心證件不被承認，回娘家後就回不了台灣。阿琳無奈說，她實在想不通，像邦交這種連政府都無法解決的事，為何卻要她們承擔苦果。⁸⁸至於為何過去長期以來沒有發現偽造柬國證件的弊端？外交部官員解釋，兩國沒有互設機構，過去我駐越南代表處及駐胡志明市辦事處都是依照「國際慣例」，以間接驗證方式查驗比對柬國駐越南使領館之簽字章戳後，就驗證文件效力，不過，若柬國大使館查證不嚴或刻意放水，駐外單位也無力查核。

對此，擔任移盟顧問的廖元豪教授說，柬埔寨配偶與日本配偶的情況的確不一樣，但是至少對於已經嫁到臺灣、現在被卡在中間的將近三千名柬埔寨配偶，基於信賴保護原則，⁸⁹只要她們能夠證明明確是真的來臺結婚，就還是應該給予她們我國國籍：「我們可以用信賴保護的角度來看：當初政府也沒查出什麼問題，也給了她們合法的許可。她們來到國內也需要生活，只要不是假結婚，基本上我們推定如果是真正合法的婚姻時，那已經進來的，應該用國籍法第9條『有正當理由不能取得證照』來個案處理：當然這種『個案』數量很多，但是既然已經進來了，應該還是要讓她們有生存的餘地。」廖元豪教授表示，或許從柬埔寨配偶與其他外國人在臺灣的不同待遇，可以提供國人一個自我反省的機會：「我覺得這例子是一個鏡子：我們可以回頭看一看，是不是我們腦子裡不自覺的會有階級膚色地區種族的階層？如果是日本或是一些其他白種的女性，有類似情況發生，也許我們很樂於幫助她們處理。可是今天我們觀念裡好像比較低階、收入比較低、膚色比較黑的另一批人，我們就基本上不是很願意把她們當平等的人來尊重。這在臺灣社會我不敢說是共識，但是在主流的政治場域內，這種思維是

偶是一樣的道理。」

⁸⁷ 〈「我的媽媽是人球，連阿扁總統也沒輒！」--2800 位柬埔寨配偶成為台灣外交的犧牲品（採訪通知）〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/11969>（Last visited：2010.02.08）

⁸⁸ 〈2500 柬娘變人球 遲無法入籍〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/353>（Last visited：2010.02.08）

⁸⁹ 行政程序法第8條：「行政行為…應保護人民正當合理之信賴。」關於信賴保護原則，詳參陳敏，《行政法總論》，自版，2007年10月五版，頁90-91。

很嚴重的。我想這是值得我們每一個人反省、一種潛在的種族主義思維。」⁹⁰

三、在台藏人

自 2008 年 12 月 9 日以來已有 110 多位圖博（西藏）難民為了爭取在台居留權，在自由廣場露宿靜坐長達 17 日。25 日台灣圖博之友會及多個人權團體召開記者會呼籲行政院、立法院等各政府機關能正視在台西藏難民居留問題，並希望內政部盡速提出可行之方案。並走遍了包括總統府、行政院、立法院等各政府機關，要求盡快解決他們的身分問題。這群圖博人一直以來，都是靠著有身分證的圖博人接濟；但隨著經濟的不景氣，讓他們連吃飯都有問題，逼不得已才走上街頭。他們甚至做出「自首」的牌子，邀請警察來抓他們，「至少在監獄裡不會餓死」。⁹¹

這群靜坐的圖博難民，目前尚未有合法身份，他們大部分是在 2000 年之後，為了信仰與自由翻山越嶺，從西藏逃到尼泊爾又輾轉來到台灣。目前他們在台逾期居留無法取得身分也不能合法工作，生活陷入困境，只能靠已有合法身分的圖博同胞接濟。⁹²台灣圖博之友會副會長楊長鎮則認為，他們其實是祖國被侵占的無國籍難民，但他們拿的又是印度、尼泊爾得過期護照，政府也不知道如何驅離，於是當他們不存在。⁹³

靜坐逾 18 天的圖博人過的不好，先是 24 日傍晚有一人得盲腸炎，送往仁愛醫院開刀。受不了自由廣場寒風，搭起棚子卻被警察開勸導單，員警堅持，沒有下雨不能搭棚子。在台藏人福利協會會長蔣卡說，現在國外親屬都知道來台灣的下場，已經三、四年沒有圖博人來。政府已承諾發一年期外僑居留證，文件在昨

⁹⁰ 前揭文（見註 85）。

⁹¹ 〈沒身分，自由廣場上的圖博人〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/31753>（Last visited：2010.02.08）

⁹² 〈在台圖博難民爭取居留〉，<http://news.epochtimes.com.tw/8/12/26/101832.htm>（Last visited：2010.02.08）

⁹³ 前揭文（見註 91）。

天下午(25日)送到蒙藏會，下星期一圖博人到移民署辦理登記。根上說：「給那個說實在沒辦法解決問題，我們需要的是工作權力，以前大家躲在裡面，現在經濟不好躲也沒辦法，出來，要死也死在這裡。」蔣卡補充，蒙藏委員會的意思是拿到外僑登記證就離開這裡，到時候我們會再討論作決定。⁹⁴

立法院於2009年1月12日三讀通過修正移民法第16條條文，讓100多位流亡藏人，在台灣取得合法居留身分。⁹⁵立法院同時通過附帶決議，為彰顯台灣捍衛民主自由、維護國際人權，行政院應將難民法列入亟需立法院第7屆第3會期優先審議通過法案。國民黨籍立法委員徐中雄召開記者會表示，修法後，約有107名西藏人士將可申請身分證，解決過去歷史遺留下的「人球」問題。⁹⁶然而，自移民法第16條於2009年1月修法通過後，蒙藏委員會直至11月4日始公布滯台藏族身分認定名單。138位申請者中，經認定為藏族的有78位，其中仍有38位尚未取得居留證與工作許可；其餘56位未取得藏族身分認定，將面臨無法合法居留台灣的問題。蔣卡說，他們決定近期要再度重回自由廣場，「死在中正紀念堂，全台灣、全世界都看得到，快死了，死在鄉下就是誰也不知道，西藏那邊大陸殺了多少人都什麼都不知道，這個是一樣。」他說，他們明白搬到自由廣場也沒有好處，只希望移民署能協調，讓這38位藏胞儘快取得居留證和工作證，不要讓他們再遙遙無期的等下去。部分已被認定有藏族身分的藏人也表示，靠有工作證的同胞照應、一個人養五六個人的日子，已經快要過不下去。對他們來說，只能接受「救助」、「津貼」，無法自立自足、工作養家的生活，無疑二度流亡。⁹⁷

⁹⁴ 〈發外僑居留証 圖博人：沒用，還是不能找工作〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/32822> (Last visited: 2010.02.08)

⁹⁵ 移民法第16條第4項：「中華民國八十八年五月二十一日至九十七年十二月三十一日入國之印度或尼泊爾地區無國籍人民，未能強制其出國，且經蒙藏委員會認定其身分者，入出國及移民署應許可其居留。」

⁹⁶ 〈立院三讀移民法 滯台藏人合法居留〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/33760> (Last visited: 2010.02.08)

⁹⁷ 〈官方作業慢 身份判定難 事隔一年 在台藏人居留仍未解決〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/48202> (Last visited: 2010.02.08)

立委田秋堇、陳節如指出，「蒙藏委員會認定印度或尼泊爾地區無國籍藏族身份作業要點」中對於藏人身份認定要求以下四項證明文件之一：(1) 以書面聲明系本會自印度或尼泊爾地區接運來台升學或訓練之藏人 (2) 本人或其父母之藏族出生證明之文件。(3) 印度政府發給之西藏難民證明文件。(4) 載有 2008 年 12 月 29 日後捐款註記之「流亡藏人自由捐獻手冊」(俗稱綠皮書)。⁹⁸而這 56 位未通過藏族身份認定者，多數均具有綠皮書，但卻無法得到蒙藏會的身份認定。立委田秋堇、陳節如表示，綠皮書是西藏流亡政府核發給流亡藏人正式的身份證明文件，因此蒙藏委員會應以持有西藏流亡政府簽發的綠皮書，來確定他們難民的身份。若蒙藏會無法辨別綠皮書之真偽，應請西藏流亡政府在台的代理機構——達賴喇嘛西藏宗教基金會來協助進行綠皮書之認定，非以「無法認定綠皮書之真偽，無法認定是否為藏人身份」而拒絕核發居留證，把這 56 名活生生的人當作人球，此有違國際人道精神。⁹⁹

四、行方不明外籍移工

(一) 外籍移工的壓迫結構

臺灣對於外籍勞動力的正式開放，始於 1989 年 10 月，首度招募外籍勞動力投入大型國家工程。兩年後，對外籍移工的工作許可逐步擴展到民間部門，主要是營建業及勞力密集的製造業，稍後進一步開放家庭監護工、幫傭。移工進入臺灣，主要是因產業界反映勞力的短缺，弔詭的是，同時期臺灣的失業率也逐步攀升。缺工與失業現象的並存，說明了臺灣不是缺工，而是缺廉價勞工。¹⁰⁰

一直以來，我國外勞政策的思維核心是「興利除弊」(興外勞身上的利，除外勞可能帶來的弊)，最高指導原則是將外勞群體「經濟利益極大化、社會成本

⁹⁸ 蒙藏委員會認定印度或尼泊爾地區無國籍藏族身份作業要點二、。

⁹⁹ 〈救救滯台藏人 蒙藏會應認可西藏綠皮書〉, <http://www.wretch.cc/blog/choosingtien/23422842> (Last visited: 2010.02.08)

¹⁰⁰ 藍佩嘉,《跨國灰姑娘—當東南亞幫傭遇上臺灣新富家庭》,行人出版社,2009年3月三版,頁60-61。

極小化」。質言之，是只要外勞身上的勞動力，卻完全無視外勞作為一個「人」的需求與價值，是以物化的觀點來看待外勞，而非人道的方式對待外勞。就像抽取式面紙一樣，用完即丟、用完再換新（rotation）。因此，即使有限度、選擇性（總量管制、限業限量）開放外勞的引進，但政策心態仍不脫「管制/圍堵/封鎖」的窠臼，使得外勞不僅無法擁有公民權，即使是社會權乃至最基本的勞動權，都顯得支離破碎。¹⁰¹目前主要規範外籍移工之法律為就業服務法（以下簡稱就服法）及勞動基準法（以下簡稱勞基法），¹⁰²以下將就臺灣的外勞政策及法令如何壓迫外籍移工，致使其最終選擇逃走。

1、不得自由轉換雇主

在 2006 年 11 月 3 日以前，依就服法第 53 條第 4 項規定，受聘僱從事第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款規定工作者（即藍領外籍移工），不得轉換雇主或工作，未經許可亦不得受聘僱於申請許可以外之雇主，工作類別應以居留證上註明之工作種類為主，只有具備就服法第 59 條第 1 項各款之一，¹⁰³才可向主管機關申請轉換雇主或工作。由於外勞關懷團體至勞委會陳訴外勞自由轉換雇主之訴求，勞委會遂於 2006 年 11 月 3 日修正發佈外國人受聘僱從事就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款規定工作之轉換雇主或工作程序準則，同意勞雇雙方合意解約後，外籍移工即可依法轉換雇主。

探究 2006 年 11 月 3 日修正後的政策，可發現外籍移工仍須在勞雇雙方的合意下方可轉換雇主，並無法像本地工人擁有單方面轉換雇主的權利，並且外勞在

¹⁰¹ 趙俊明，《老虎鉗下的我國外籍家事工作者勞動人權》，政治大學勞工所碩士論文，2004 年 3 月，頁 12。

¹⁰² 勞基法立法目的旨在保障勞工權益，加強勞雇關係，雇主與勞工所定之勞動條件不得低於本法所訂之最低標準，但目前並非所有類別的外籍移工受雇都適用勞基法，從事「家事工作者類別」的外籍移工之工資、工時、請假、加班等規定，由勞雇雙方於勞動契約中規定，尚未受到國內勞動法保障。

¹⁰³ 1、雇主或被看護者死亡或移民者。
2、船舶被扣押、沈沒或修繕而無法繼續作業者。
3、雇主關廠、歇業或不依勞動契約給付工作報酬經終止勞動契約者。
4、其他不可歸責於受聘僱外國人之事由者。

轉換雇主的次數方面，仍有 3 次的限制，除遭受性侵害等特殊迫害的外籍移工，才不受此限制，對照本地勞工可以自由轉換雇主且無次數限制，外籍移工還是不能稱得上可「完全自由」轉換雇主。一直以來，勞委會始終禁止外籍移工自由轉換雇主的原因即是在於欲透過禁止轉換雇主的政策以利管理，但是這樣的政策確有可能使外勞遇到勞動狀況不良時，因無法自由轉換雇主只好忍氣吞聲或是選擇逃跑，並也可以讓仲介或雇主以遣返為由作為脅迫移工聽話的手段。¹⁰⁴

2、雇主配額制

目前臺灣外勞聘僱政策採用配額制度，申請外籍移工其行業標準與企業規模門檻限制達到勞委會規定的業主，才能申請聘用外籍移工，並非所有需要的雇主都可以申請，而勞委會也用配額制度控制勞工輸出國的來源。但由於配額制度的限制，使有需要的雇主不一定能夠申請到配額，一般小型工廠也無法搶到配額，而符合配額申請資格的企業卻有可能以不足額引進或全不引進的方式佔住配額，這樣的分配不均使得配額一名難求，而仲介公司為了爭奪配額賺取仲介費，就以先有先搶的方式來搶配額，然後在引進外勞後，不管適不適用，把外籍移工轉介到不適任的工廠，再藉故將不適任者遣返，仲介公司即可再向新的外籍移工收取一筆仲介費。¹⁰⁵

在雇主配額制下，再佐以外籍移工不得自由轉換雇主的規定，好比是國家給予雇主的「蘿蔔」，意謂著雇主享有外傭的「專屬權」後，得以行使高度支配性甚或是獨斷性的管理控制權。此外，雇主得以擁「配額」自重，挾「配額」以令仲介。為取得配額，仲介必然會用盡一切手段承歡雇主、滿足雇主，兩者形成管理控制外傭的夥伴關係。同時，雇主在取得外籍移工配額後，國家又賦予雇主一定程度的管理責任，以防止「外勞病毒」擴散、製造社會問題、衍生社會成本。

¹⁰⁴ 吳佳穎，《誰鏢鏑住了移工？—越南移工在台的勞動狀況》，暨南大學東南亞研究所碩士論文，2007年6月，頁38-40。

¹⁰⁵ 同前註，頁40-41。

一旦雇主違犯，則施以「棍子」懲戒，例如一旦外籍移工逃跑，配額即遭到凍結，須等到逃逸外籍移工遭查獲並遣送出境後，才能再聘新外籍移工。為避免外籍移工逃逸帶來的嚴重損害，雇主必然會想方設法、竭盡所能來禁絕外籍移工逃跑。管理方法稍一不慎，則往往變成了控制手段，侵害了外籍移工的人權。¹⁰⁶

3、勞動法令之未受保障及受歧視

家事工作者不問係外籍或本國人，目前未受勞基法之規範，¹⁰⁷故理論上僅廠工得主張勞基法所規定之勞動條件，包含基本工資、¹⁰⁸正常工作時間、¹⁰⁹加班時數及加班費、¹¹⁰休假¹¹¹等。然而，實際上工廠外勞常常是日夜顛倒的工作、動輒連續加班不休假等；家務移工尚未被納入勞基法保障，除了超時工作外，因工作性質必須 24 小時與雇主同住一屋簷下，還需包辦原本看護工作以外的家務，例如原本是要來照顧中風的老人，卻連小孩的生活起居要一併包辦，甚至若是菲籍移工的話，還得兼任雇主小孩的英語家教，¹¹²絲毫不在意勞基法第 57 條第 3 款「雇主不得指派所聘僱之外國人從事許可以外之工作」的規定。

吳佳穎在田野調查後發現，只有少數外籍移工受到與本勞一樣的勞動條件，超時加班、漫無天日、日夜顛倒的輪班，是外籍廠工在台普遍的勞動狀況，探究此現象的原因即是臺灣雇主引進外籍移工的目的是在降低生產成本、獲得利潤，

¹⁰⁶ 趙俊明，前揭書（見註 102），頁 20。

¹⁰⁷ 勞委會於日前提出家事服務業勞工比照勞基法之勞動條件的草案，然仍備受外勞團體批評，〈家事服務法 外傭適用勞基法〉，聯合新聞網，2010 年 1 月 14 日，<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT1/5365650.shtml>（Last visited：2010.02.09）

¹⁰⁸ 勞基法第 21 條第 1 項：「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。」

¹⁰⁹ 勞基法第 30 條第 1 項：「勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每二週工作總時數不得超過八十四小時。」、第 35 條：「勞工繼續工作四小時，至少應有三十分鐘之休息。但實行輪班制或其工作有連續性或緊急性者，雇主得在工作時間內，另行調配其休息時間。」

¹¹⁰ 勞基法第 32 條第 2 項：「前項雇主延長勞工之工作時間連同正常工作時間，一日不得超過十二小時。延長之工作時間，一個月不得超過四十六小時。」、第 24 條第 1、2 款：「…一、延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之一以上。二、再延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之二以上。…」

¹¹¹ 勞基法第 36 條：「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假。」、第 37 條：「紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假。」

¹¹² 藍佩嘉，前揭書（見註 101），頁 104-109。

而雇主為了能達到此目的，便透過壓榨、剝削的手法盡可能達到生產、管理控制的目標，加上外籍移工因為政策的限制，高額仲介費使得外勞在背負鉅額負債的壓力下而不得不漫無天日地加班，這樣不利的結構更有利於雇主加深對外籍移工的剝削跟控制。¹¹³

(二) 離開？我又不能換老闆！

外籍移工逃逸的主因在於「惡劣的勞動條件」與「不安全／不友善的工作環境」兩大因素。試想，若合法外籍移工的勞動條件及工作環境比無證移工好，則逃逸是否還有足夠的誘因？再加上就服法中嚴苛的轉換雇主規定與未開始賺錢即先支付一筆高額仲介費，如此由國家／仲介／雇主的三層壓迫結構成為外籍移工逃逸的幕後推手。趙俊明即強調，逃跑絕非外籍移工來台工作的初衷或預定選項。¹¹⁴在整個外勞體制對其工作及生活處境均極為不利的環境下，被逼到牆角的移工，其大量逃逸並非偶然，而是必然，「逃逸」往往代表其個人對於現狀所能採取最自主與最激進的鬥爭手段和反抗策略。¹¹⁵

在逃跑之後，日常生活中的福利與權益之影響並不大，比較明顯的是健康保險，但移工生小病時通常都是服成藥，上醫院使用健保的情形也不頻繁。所以，影響比較深遠的是對於潛在風險的發生，位居法外空間的移工較法內移工更為害怕與遲疑去尋求法律以及其執行者的保障。所以一般人認為逃跑的外籍移工容易犯罪是個錯誤的刻板印象，其實法外移工與移民比起一般人會更加守法，以避免與法律體系和警察有任何交手的機會。¹¹⁶

¹¹³ 吳佳穎，前揭書（見註 105），頁 70。

¹¹⁴ 「我若想非法工作，一開始就用觀光簽證就好了，省事又省錢。」荻微娜認真分析：「不是逼不得已，不會走上 TNT（菲律賓塔加洛語 Tago Ng Tago 的簡稱，意思是躲躲藏藏）這條路。」顧玉玲，《我們—移動與勞動的生命記事》，印刻出版，2008 年 10 月，頁 146。

¹¹⁵ 趙俊明，前揭書（見註 102），頁 72-76。

¹¹⁶ 藍佩嘉，〈合法的奴工，法外的自由：外籍勞工的控制與出走〉，《臺灣社會研究季刊》，第 64 期，2006 年 12 月，頁 133。

五、人口販運被害人

人口販運議題在 21 世紀隨著全球化浪潮襲擊世界各國，無論是已開發國家或未開發國家無一倖免。由於交通、資訊流通的便利，跨國及跨區域的商業性行為在全球快速擴展，人口買賣這項違法事業也逐漸演變為一連串的國際人口販運。¹¹⁷目前臺灣人口販運被害人，多半藉由販運者經營的地下錢莊、婚姻仲介、人力仲介管道，藉由工作、婚姻移民、探親、觀光、遊學、表演等名義來台或販運至美日等國。全球化時代下資本自由流動，但勞動者的流動卻面臨種種限制。相較於境內移動，跨國移動因觸及各國邊境管制法令之限制，因此更加遽了「非法身分」附加於移動者身上的不可避免性。由於來自東南亞的移工與外配在臺灣國族主義構成的勞工及移民政策中，至少移工只能成為「客工 (guest worker)」，婚姻移民被建構為「低劣的他者」，要成為真正公民需要花上十年時間。¹¹⁸在面對龐大複雜的合法入境限制法令、等待時間冗長及對目的國資訊不足之情況下，只得選擇透過仲介或販運者協助，利用非法身分或合法掩護非法入境臺灣。¹¹⁹

「人口販運」一詞是從英文的 *Trafficking in Persons*、*Trafficking in Human Beings* 翻譯而來。依聯合國人口販運議定書之規定，是指「以剝削之目的，用暴力威脅或使用暴力手段，或用其他形式的脅迫，藉誘拐、欺詐、欺騙、濫用權力或濫用脆弱境況，或用授受酬金或利益取得有控制權人的同意等手段，招募、運送、轉移、藏匿或收受人員。剝削至少包括利用他人賣淫進行剝削或其他形式的性剝削、強迫勞動或服務、奴役或類似奴役的作法、勞役或切除器官。」，對於未滿十八歲之兒童，雖未使用所列之手段，亦視為人口販運。據此人口販運之目的主要在於性剝削及勞務剝削。¹²⁰依我國人口販運防制法於 98 年 1 月 23 日公

¹¹⁷ 林盈君，〈人口販運議題在臺灣〉，《婦研縱橫》，第 77 期，2006 年 1 月，頁 21。

¹¹⁸ 參陳雪慧，《看見臺灣國族論述的新面貌—婚姻移民法令的歧視與排除》，世新大學社會發展研究所碩士論文，2007 年。

¹¹⁹ 周憶如，《誰是劊子手？—遭性剝削東南亞籍人口販運被害人在台灣之處境與困境分析》，世新大學社會發展研究所碩士論文，2008 年 8 月，頁 108-109。

¹²⁰ 王清峰，〈人口販運法律及政策初探〉，《婦研縱橫》，第 84 期，2007 年 10 月，頁 6-7。

布生效，該法第 2 條第 1 款即對「人口販運」作出定義。¹²¹

人口販運的被害人在面對無處可去、無路可逃的困境下，仍選擇待在長期遭剝削的環境中，其中最關鍵的還是因為被害人之非法身分，致其不敢求救。而販運者會切斷她們所有可能的保護與支持來源，使被害人陷入無以抵抗或更危險的處境中。¹²²社會大眾普遍以為來台工作的外籍移民或移工比起在原生國可以獲得相當優渥的報酬。但全球皆然，只要是在被剝削或奴役的勞動環境中，人口販運被害人根本談不上什麼實質獲利。「債務約束」是人口販運者最常使用的手段，逼使被害人更聽話以成為更便宜的性商品以獲取暴利，導致被害人等積欠鉅額款項，迫使其不得不從事賣淫工作，以獲取更高利潤來償還欠款。¹²³被害人不一定會承認自己受害，甚至對加害人有時充滿感激，那是因為加害人維持權力和控制的方法很多，不一定是暴力威嚇或監控，有時也會運用欺騙、柔性哄騙甚至孤立等心理手段。故人口販運受害者不容易被發現的原因即在於，被害人因語言、文化隔閡，及沒有身分證件容易被孤立之下，對於自身非法身分或從事非法工作之事實特別敏感，而被害人常受要脅，會恐懼自己或家人會被報復。另外被害人可能在精神上很依賴加害人，也會害怕無法償還非法的債務約束，更重要的是被害人多數身心嚴重受創，連自己都無法適時求救。¹²⁴

人口販運嚴重侵犯人身自由、徹底摧毀被害人之尊嚴，被害人被查獲時，縱使沒死，也去掉半條命，烙在心靈的傷痕終生難以抹滅，要使生命重新來根本不

¹²¹ 人口販運：

(一) 指意圖使人從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取他人器官，而以強暴、脅迫、恐嚇、拘禁、監控、藥劑、催眠術、詐術、故意隱瞞重要資訊、不當債務約束、扣留重要文件、利用他人不能、不知或難以求助之處境，或其他違反本人意願之方法，從事招募、買賣、質押、運送、交付、收受、藏匿、隱避、媒介、容留國內外人口，或以前述方法使之從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取其器官。

(二) 指意圖使未滿十八歲之人從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取其器官，而招募、買賣、質押、運送、交付、收受、藏匿、隱避、媒介、容留未滿十八歲之人，或使未滿十八歲之人從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取其器官。

¹²² 周憶如，前揭書（見註 120），頁 115-116。

¹²³ 同前註，頁 119。

¹²⁴ 同前註，頁 148-149。

可能。惟因社會認知有限，執法者無通盤的認識，人口販運的被害人既非本國人，又涉及假結婚、偷渡、違法居留、持偽造變造之證件、從事賣淫、變相工作等違法行為，以「非善類」看待，並以犯罪嫌疑人偵辦，實不足為奇。事實上，人口販運的被害人不僅身心受重創，亟需保護及復建，亦是破案與否的關鍵因素。人口販運是相當隱密的犯罪行為，被害人親身經歷全部過程，被害人若不吐實或指認犯人，要將一千人犯繩之以法，將發生困難。但或因被害人可能因離鄉背井、孤立無援，害怕被處罰；身分暴露、無法見容於家庭及社會；害怕自己及家人遭報復；已被洗腦知道如何應付；知識水準低、背景不同、語言有異、表達能力不佳，甚至於為避免拖累人口販子，而消極的不合作或為不實的證言。因此，保護被害人不僅是為維護被害人的人權，也是打擊人口販子的核心因素。¹²⁵

六、黃小妹案（外國籍父母因故失聯）

新竹縣福興國小六年級女學童黃詩寒身世乖舛，印尼籍父母十三年前來台非法打工遭遣返，她因沒有合法身分無法看病，上學也成問題。收養黃小妹的是她的表姑許如亞，廿餘年前從印尼嫁到台灣，婚後育有三名子女。她的表弟鄧秀才來台非法工作，認識滯留在台的印尼籍女子魏珍鳳，兩人同居生下黃小妹，隔年民國八十六年兩人被查獲，先後遭驅逐出境，不到一歲的女嬰托給許如亞照顧。黃小妹出生證明載明母親是印尼人，她等於是非法居留的外國人。依我國國籍法及民法相關規定，無法取得身分證，也沒健保卡看病。黃小妹七年前到了入學年紀，也無法順利就學，成為典型的「無戶籍國籍小人球」。

黃小妹明年就要讀國中了，許如亞心急如焚，今年二月乾脆叫黃小妹寫信給馬總統。黃小妹在信中言辭懇切，「我沒有身分證，生病了只能到外面買成藥吃，也不能升學。總統，可以請您幫幫我嗎？有了身分證，我會用功讀書來報答您的恩情。」此舉果然奏效，內政部移民署新竹縣專勤隊今年五月接獲戶政司發文，

¹²⁵ 王清峰，前揭文（見註 121），頁 17。

就黃小妹個案給予最大協助。¹²⁶ 依國籍法第 2 條第 1 項第 3 款規定，出生於中華民國領域內，父母均無可考，或均無國籍者，屬中華民國國籍。經內政部戶政司專案同意黃小妹妹取得我國國籍並發函新竹縣政府辦理黃小妹妹辦理戶籍手續。至此黃小妹妹在台 13 年苦無身分之問題，終獲解決。

事實上，黃小妹的案例僅是台灣「黑戶跟國際人球」問題的冰山一角，¹²⁷許多底層人民正在台灣僵化、違反國際人權原則的國境控管措施上流離掙扎。龔尤倩、張榮哲即批評，政府官僚系統辦事，不能等到哪個長官又「震怒」了，才知道要「馬上辦」解決個案。檢討政策、落實人權才是根本。從「泰緬無國籍人民」、「流離失所的藏胞」、「黃小妹」與「底層菲僑」，他們的移動，都是窮苦國家藉由遷徙，藉以翻轉原生惡劣的貧窮位置。這些在台灣社會無辜的流離身影，反映出我們的人出國移民法，真需要有更寬廣符合人權的視野。並呼籲政府用大赦來解決「國際人球」，認真面對這些被制度夾殺者的身分問題。¹²⁸

第四節 小結

夏曉鵬教授與王增勇教授在其實證研究中指出，臺灣逾期居留移民之現實處境：缺乏基礎健康醫療保障、脆弱的經濟生活與人身安全、無法享有基礎教育權、行動限制、人際網絡侷限、不可及的社會資源、易受不肖份子詐騙、揮之不去的被抓恐懼、擔心自首後被收容而不敢自首。¹²⁹

黃惠欣指出，跨界的無證移民，超越與挑戰的是民族國家「我國（族）」與「他國（族）」的邊界，無證移民對民族國家提示的關鍵性矛盾—民族國家如何能夠一面對資本與資訊開放國界，一方面又對無證移民關緊大門？在民族國家的

¹²⁶ 〈求救信 馬上辦 印尼小人球 總統助入籍〉，中國時報，2009 年 12 月 30 日。

¹²⁷ 據受媒體採訪的移民署新竹縣專勤隊隊長柳瑞福說，類似黃小妹的個案各縣市都有，礙於法規皆未能順利解套，甚至不乏被遣返的個案。

¹²⁸ 張榮哲、龔尤倩，〈請用大赦來解決「國際人球」〉，苦勞網，2009 年 12 月 31 日，<http://www.cooloud.org.tw/node/49656>（Last visited：2010.02.18）

¹²⁹ 夏曉鵬、王增勇，前揭文（見註 1），頁 27-41。

邊界深受挑戰的今日，與文化、政治、資本、資訊等各種流通形式同脈而生的無證移民，並非國境管理所能阻絕，而無證移民的流動與遭受各種因身分非法性而來的壓迫，在在突顯民族國家陳舊的邊界管制，已是一個充滿無效、矛盾與階級性的不義結構。其主張只要身為「人（human being）」，就應該擁有流動的正當性。¹³⁰林孟楠從國際法古典的再讀，發現主權應受源自於自然法的外國人國際遷徙自由限制，不僅曾是支配學界的通說，更於實踐上主宰了近四百年來國際遷徙潮流。其主張外國人的國際遷徙自由是憲法保障之基本權利，亦主張當外國人已經在東道國長居久住時，其已形成的生活聯繫關係應受到保護，縱然是立法者亦不可任意剝奪。¹³¹

第三節介紹了台灣的無證移民群體，嘗試點出臺灣無證移民的困境與問題點，作為這本論文主張應給於無證移民權利保障的開端。尤這些人的故事中可以瞭解，他／她們來到臺灣有的是為了受更好的教育，有的是為了躲避迫害，但仍可歸納其共同的特徵之一，即為追求更好的生活，因為受限於僵化嚴格的邊境管制法令及本土種族主義的決策者心態，底層人民只能選擇以非法或合法掩護非法的手段入境臺灣，以非法身分居留，沒有工作許可可以致於只能流動在 3D（Dangerous, Dirty, Difficult）性質的工作中，不具合法身分因而沒有健康保險，生病只能吃成藥，其子女亦因而沒有身分，而無法接受基礎教育。¹³²這些群體終日生活在被查緝、強制出境的恐懼中，沒有合法的工作資格、沒有醫療保險，更別提社會福利；如果一個國家是以追求自由民主秩序（liberal democratic order）為目標，則其應該要如何回應此一社會現實？是排斥？抑或涵納？此外，所謂的「無證」就等同於「罪犯」嗎？再者，無證移民總是社會問題之根源嗎？其對社會造成的負擔真的遠大於其所貢獻的利益嗎？

¹³⁰ 黃惠欣，前揭書（見註 65），頁 80-81。

¹³¹ 林孟楠，前揭書（見註 28），頁 152。

¹³² 美國最高法院在 *Plyler v. Doe* 一案中即指出，非法移民子女的受教育權，雖然不是憲法上所賦予的權利（right），但仍強調教育對於維繫社會結構的基本角色之重要性。See, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202(1982).

第三章 德國的移民控制

前一章介紹台灣關於移民的法律規定、移民控制制度與實際生活在台灣的無證移民群體。縱使目前缺乏關於台灣無證移民精確的統計數據，但已足以顯示出此一問題在台灣確實存在且不容忽視。

本章及下一章將分述德國與美國之移民背景、無證移民之控制及相關問題。本章首先依年代順序概述德國的移民歷史，其次介紹德國對其境內無證移民的管制與其生活狀況，接著介紹德國近年來的移民管理政策，最後以德國在新移民政策中忽略無證移民的問題作為小結。

第一節 移民過程

儘管德國官方一向自稱「不是一個移民的國家（kein Einwanderungsland; *i.e.* Not a country of immigration）」，¹事實上，德國確實是一個移民國家，縱使不是法律上的，也是文化上的。自第二次世界大戰以來，大量的移民重塑了德國的社會，尤其是其人口與經濟，更勝於任何其他西方工業化國家。²大戰後重建國家所需的外國勞動力，一直是德國經濟與社會各方面建設的最佳來源，不論是自願性或強迫性的移民讓德國迅速恢復國力，當政府及人民不得不正視移民問題的同時，德國已經成為歐洲移民進入最多的重點國家之一。³本節將分別就德國的移民歷史、移民政策演變及無證移民現象加以介紹。

一、移出國家：1950 年以前

在 1950 年以前，德國是一移出國家，在 1820 年至 2000 年間，6600 萬至美

¹ “The fact that aliens stay here for a long time or permanently does not mean that the Federal Republic of Germany has become an ‘immigration country’.” —Federal Minister of the Interior(January 1991)

² Klaus J. Bade, *From Emigration to Immigration: The German Experience in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, *MIGRATION PAST, MIGRATION FUTURE*, 28(Klaus J. Bade & Myron Weiner eds. 1997)

³ 洪千雅，《德國移民政策之研究》，南華大學歐洲研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 1。

國的移民，其中超過 700 萬人（11%）是來自德國。在 1850 年代及 1890 年代，德國人佔美國移民者的三分之一，在 1830、1840、1870、1880 與 1950 年代，則佔四分之一。在 1980 年的人口普查中，6000 萬美國人，或者說四個當中有一個，有德國人血統。至 20 世紀初，德國由農業國家轉型為工業化國家，當時內部的遷徙較跨越大西洋的移動更為重要。大部分內部遷徙是東西向的，由東普魯士往德國中部城市柏林、萊比錫與德勒斯登，然後再至西德萊茵與魯爾河谷，⁴雖然都是普魯士的公民，但是他們在語言及宗教上皆與當地居民有所不同，且他們面臨的整合的問題。義大利人也被引進到魯爾區的礦場及工廠工作，外國人的數量多達 120 萬，德國 1910 至 1920 年之人口普查顯示其佔總人口的 2%。⁵

工人西進後，原來普魯士的莊園內的工作就由更東邊的遷徙者所取代，這些農業地區會在農忙時禱過渡性地從俄國、波蘭、奧匈帝國等中東歐國家引進替代性的勞力，這些季節性的農工原先只是過渡性的外籍勞工政策，被認為在工作告一段落後會回到他們的家鄉，但伴隨著德國的工業化，礦區、鋼鐵、軍火業等需要更大量的勞動力，所以很多季節性農工都定居下來且與當地整合，就如同其他在德國境內西移者成功與當地整合一樣。⁶這個早期德國的外國工人經驗意謂，留下來定居未被視為是移工計畫的嚴重後果，但是魯爾區與義大利人的整合也沒有帶來移民使德國更富強的感受。⁷

1914 至 1915 年間的德國，乃屬於「強迫性外籍勞工」時期，從第一次世界大戰初起，為了補充因戰爭及經濟需求而短缺的勞動力，德國引進其佔領區的勞工及戰俘，並強迫其工作，直到一戰結束後，德國境內已約有 70 萬的外籍人口。⁸第二次世界大戰期間，德國在其工廠使用佔領國的外國勞動力。在 1944 年 8 月，

⁴ 魯爾區等重工業區，需要大量礦工，礦區為主要的集居地。

⁵ Philip L. Martin, *Germany: Managing Migration in the Twenty-First Century*, CONTROLLING IMMIGRATION, 223(Wayne A. Cornelius, et al. eds, 2004)

⁶ *Id.* At 223; 游茜荻，《德國外籍勞工問題之研究》，南華大學歐洲研究所碩士論文，2004 年 6 月，頁 6。

⁷ *Id.* at 223-25.

⁸ 游茜荻，前揭書（見註 6），頁 6。

有 750 萬這樣的工人在德國的農場與工廠，其中有 200 萬為戰俘，570 萬為民工，他們共同構成總勞動力的三分之一。二戰時雇主處理外國工人的經驗，讓德國在 1950 年代勞動力短缺時，國家領導者有信心複製這樣的過程。⁹

二、客工與其家庭：1955-1989 年

二戰後幾年，因戰爭損失的青壯年階層來不及補充勞動力需求，歐洲各國普遍出現勞力短缺的現象，馬歇爾計畫（Marshall Plan）¹⁰鼓勵勞工過剩的國家（如義大利、荷蘭等）大量輸出勞力到勞工短缺的國家。¹¹在經歷戰後數年的掙扎，德國的經濟在 1950 年代開始迅速發展，導致對於現有人口無法滿足勞動力之需求。德國的經濟奇蹟是西德政府正式聘僱外籍勞工的催化劑。工會起初擔心雇用外籍勞工會降低薪資及勞動條件，且雇用外籍勞工可能會破壞罷工的進行。但後來達成協議，由國家獨佔外籍勞工的雇用，保證客工（guest workers）的薪資、工作條件及各種福利。德國與地中海各國達成雙邊協議：首先是義大利（1955 年），然後是西班牙與希臘（1960 年），土耳其是在 1961 年與 1964 年，摩洛哥（1963 年）、葡萄牙（1964 年）、突尼西亞（1965 年）、南斯拉夫（1968）年。¹²聯邦就業總署（Bundesanstalt für Arbeit, BFA）於各國首都設立駐外辦事處（Auslandsdienststelle），雇主需要外籍勞工時，需向 BFA 申請並付費，BFA 負責外籍勞工的選擇、測驗其職業技能、給予身體檢查並篩檢警方紀律等審核事宜。工人們被成群送至德國，由雇主提供住居，通常是工作場所處的木屋。¹³當德國在 1960 年代對於勞動力的需求大增，其致力於雇用外籍勞工，在 1964 年雇用到

⁹ Martin, *supra* note 5, at 225.

¹⁰ 由美國國務卿馬歇爾在哈佛大學發表，首先提出援助歐洲經濟復甦的方案。馬歇爾提及，當時歐洲經濟瀕於崩潰，糧食和燃料等物資極度匱乏，而其需要的進口量遠超出它的支付能力。如果沒有大量外援，就會面臨嚴重的經濟、社會和政治危機。他呼籲歐洲國家採取主動，共同制定一項經濟復興計畫，美國則用其生產過剩的物資援助歐洲國家。馬歇爾計畫實施期間，西歐國家的國民生產總值增長 25%。馬歇爾計畫是戰後美國對外經濟技術援助最成功的計畫，它為北大西洋公約組織和歐洲經濟共同體奠定了基礎，對西歐的聯盟和經濟的恢復起了促進作用。

¹¹ 游茜荻，前揭書（見註 6），頁 7

¹² Stephen Castles, *The Guests Who Stayed—The Debate on 'Foreigners Policy' in the German Federal Republic*, *International Migration Review*, Vol. 19, No. 3, 518(Autumn, 1985)

¹³ *Id.* at 518-19.

第 100 萬個外籍勞工。至 1973 年，有 260 萬名客工在西德境內，佔勞動人口的 12%。¹⁴

德國選擇雇用客工有四個主要理由，第一，德國勞動力基於人口與社會的理由有所轉變，包含限制婦女勞動力參與的遲延嬰兒潮、教育機會擴張使更多年輕人留在校園及提早退休的較佳補償；其次，當時不願意為脆弱的經濟復甦冒其他的風險，如鼓勵節省勞力之機械化的替代措施。政府在承諾優先雇用德國人且客工會得到相同的薪資與福利後，工會並不反對進口外籍勞工；再者，基於移動自由的歐洲整合，意謂著自 1968 年 1 月 1 日起，任一歐洲經濟共同體/歐盟(EEC/EU)的工人可自由進入其他歐盟國家三個月去尋找工作，若其能找到工作，則地主國有義務給予其工作與居留許可。因此，雇用客工刺激隨後處處可見的勞動力遷徙；最後，在 1960 年代德國與其他歐洲國家，在全世界固定匯率體制下，幣值相對較低，使得歐洲成為投資的重心。當時 1 美元可購買 5 馬克，實際上應該是 4 馬克，本地與美國資本投入並擴廠生產內外銷所需的產品。偏低的匯率結合美國跨國企業的彈性，有法國作者對美國在歐洲投資之威脅提出警告。¹⁵

客工計畫的目的是暫時提升勞動力，但不在於增加人口中的定居者。但在持續性工作中替換客工並不符合雇主與遷徙者的利益，而在政策目標與結果間產生落差。政府與大多數德國人希望雇主在客工工作 1 年後將其送回國，輸出國政府亦認為客工在德國工作存了錢後會回歸他們的家庭。但德國雇主基於重新雇用及訓練新人的成本考量，希望外籍勞工能停留較長的時間。依規定，客工在德國工作 1 年後取得家庭團聚權，有些客工將家人帶來德國，而不是返回其母國。德國雇主亦因前述之成本考量而不反對家庭團聚，且客工的配偶亦能為雇主工作。

¹⁴ "As Germany's need for labor increased in the 1960s, it increased its recruitment efforts, receiving its one-millionth foreign worker in 1964 with open arms. By 1973, 2.6 million guest workers resided in Germany, comprising twelve percent of the employed population." Shannon Roesler, *Who Are "We The People?": The Legal Response To Twentieth-Century Migration in Germany and The United States*, 1 Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L. 92(2001)

¹⁵ Philip Martin, *Guest Workers: New Solution or New Problem?*, 2007 U. CHI. LEGAL F. 289, 304-05(2007)

¹⁶1973年夏天，有人提出警告，認為德國的勞動移民將要失控，在石油危機造成經濟衰退與失業率上升後，德國政府在1973年11月23日宣布，停止雇用非歐盟的非技術工人從事超過90天的工作。¹⁷國家政策開始受到逐漸升高的社會問題與政治緊張的形塑，因此停止雇用非歐盟工人不僅是因為經濟情況，也有政治的考量在內，且一開始受到雇主們的反彈。¹⁸

依德國基本法規定，提供客工部分的基本權保障，其中如家庭權、訴訟權、人格之自由發展等，都要求外國人與德國人享有相同的對待。但有些權利是客工不得享有的，如工作的選擇自由、投票權等。¹⁹之所以有此差異，係因德國基本法中將德國人與外國人之基本權利為區別規定。例如基本法中即明文規定每個人之基本權利（*Jedermann-Grundrechte*）及德國人之基本權利（*Deutschen-Grundrechte*），後者專屬於具有德國人身分者所享有，外國人不得享有，例如公民權。²⁰前者，只要作為人，在基本法效力範圍內皆得享有。²¹至於德國客工具體的權利與社會福利，較重要者為：家庭團聚²²與居留權、²³與德國人相同的勞動條件、²⁴平等對待的社會福利、²⁵受告知權與教育權、工會參與權。^{26·27}

¹⁶ Martin, *supra* note 5, at 228.

¹⁷ *Id.* at 306-07.

¹⁸ Castles, *supra* note 12, at 523.

¹⁹ 游茜荻，前揭書（見註6），頁38-9。

²⁰ 德國基本法除選舉權（第33條第1項）外，尚有集會自由（第8條第1項）、結社權（第9條第1項）、遷徙自由（第11條第1項）、職業自由（第12條第1項）、引渡權（第16條第2項）、服公職權（第33條第3項）等。

²¹ 李震山，〈論移民制度與外國人基本權利〉，《臺灣本土法學雜誌》，第48期，2003年7月，頁58。

²² Article 6(1) of Germany's Basic Law: "Marriage and the family shall enjoy the special protection of the state."

²³ 客工持續合法居留德國超過5年，可取得長期居留許可（*Aufenthaltserlaubnis*），而合法居留8年後，可取得永久居留權（*Aufenthaltsberechtigung*）。

²⁴ 德國給予客工勞動條件與德國人相同的原因，係考量到為了維持社會的安定，避免因客工過低的待遇而造成替代效果，影響本國勞工的權益。

²⁵ 失業救濟、健康保險、年金、住宅津貼等。但入境天數低於45-50天的客工，不能加入社會安全體制，因此一些季節性、計畫性、特殊工作目的客工無法享有這方面的福利。

²⁶ 德國工會對客工的接納是促成客工享有社會福利的主要力量。基本上德國總工會起初反對客工制度，但隨著引進人口的增加，公會認為客工的勞動力，對德國的整體經濟與社會發展具有重要及正面的貢獻，因此主張更進一步整合客工在德國的福利。

在司法審查方面，德國聯邦憲法法院亦曾於 1978 年，一個移工申請延長居留的案件中明揭移民政策的憲法限制。²⁸憲法法院認為該移工的居留受到德國基本法第 2 條第 1 項一般行動自由之保障。而對此自由之限制必須符合法治國家的一般原則（the general principles of a state founded on the rule of law），即明確性的要求（definiteness）、平等原則（equality before the law）、比例原則（proportionality）與信賴保護原則（protection of reliance）。該移工在 1961 年以職業訓練之目的入境，在 1967 年至 1972 年間以建築工作重複更新其居留許可，在其欲申請歸化被拒後，地方主管機關即拒絕給予居留許可的更新，憲法法院認為地方主管機關之前給予該工人居留權更新，已使其對此產生信賴，致其已融入德國社會且與其母國關係更為疏離，因此推翻原來的決定，認為先前持續的居留許可更新，已對持續居留創造了憲法所保障的信賴利益。²⁹這個判決，在遭遇石油危機所造成的歐洲經濟衰退，德國於 1973 年 11 月決定停止雇用非歐盟工人的背景下，有重大的意義。³⁰雖然德國政府沒有一般性的驅逐出境政策，憲法法院的決定對未來聯邦政府的政策選擇已設下限制。³¹

至 1970 年代末，德國境內受雇用的客工減少，但是外國人口仍維持穩定，因失業的客工擔心一旦他們返回母國就無法再獲得德國的入境許可。許多人將家人帶到德國，因此 1980 年時外國人口上升到 450 萬人。1982 年，德國政府由右派 CDU、CSU、FDP 贏得大選，總理 Kohl 提出移民管理政策，大方向為：整合在德國境內的外國住民；限制更多的移民；鼓勵外國人出境。³²在鼓勵出境方面，國會立法給予那些放棄工作與居留許可的定居外國人出境津貼。³³但許多研究顯

²⁷ 游茜荻，前揭書（見註 6），頁 39-41。

²⁸ 49 BVerfGE 168(September 26, 1978)

²⁹ Gerald L. Neuman, *Immigration and Judicial Review in the Federal Republic of Germany*, 23 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 35, 48-9(1990)

³⁰ 當時在德國，有超過 250 萬的外國工人，將近 8%來自非歐盟國家。

³¹ Neuman, *supra* note 29, at 50.

³² Castles, *supra* note 12, at 528.

³³ Gesetz zur Forderung der Rückkehrbereitschaft von Ausländer(law for encouraging foreigners to return home, November 1983).

示，願領取出境津貼的外國人是本來就打算離開德國的那群人，所以該政策的成果僅集中在該措施生效的 2 年內。1981 年時德國境內有 460 萬外國人，1991 年時達到 580 萬，該政策確實失敗。³⁴至 2000 年，德國境內外國人口中，有工作者比例下降，1973 年時，400 萬個外國人中有 260 萬人受雇工作，但 2000 年時，730 萬外國人中僅有 190 萬人受雇工作。此與高失業率、自營比例增加與年輕外國人希望更多小孩等各種解釋有關。惟 1970 年初外國人與工作有關連而今日外國人與工作無關連此一事實，已成為德國人民反對更多的移民的理由之一。³⁵

三、東德人、德裔人及難民：1989-2000 年

(一) 東德人

在前東德瓦解的前後，德國境內有著東西向的遷徙。第二次世界大戰結束後，德國被分為四個部分，分別由法、英、美、蘇佔領。1940 年代末，有 73 萬德國人由蘇聯佔領區遷移到其他地區，且在 1949 年與 1961 年柏林圍牆建立的期間，另有 380 萬人由東德移動至西德。在 1961 年至 1988 年間，有 60 萬東德人向西遷移，其中包含許多取得離開許可的退休者。1989 年 11 月柏林圍牆倒塌開啟了新的一章的內部遷徙。遷徙加速了東德共產體制的失敗，且西德擔心東西向大量遷移而不惜成本採取經濟穩定計畫，以避免變成統一在西德（unification in the west）。1989 與 1997 年間，約 100 萬前東德人移往前西德，其中 1989 年有 39 萬人、1990 年有 39 萬 5 千人。1990 年代由東向西的內部遷移維持緩慢但持續增加的步調。2000 年時，由前東德至前西德的淨移入是 6 萬 1 千人、2001 年是 7 萬人，引發了是否德國應繼續投資前東德已創造就業機會來緩和遷移，或者就讓東德人至西德工作的討論。³⁶

³⁴ Martin, *supra* note 5, at 229-30.

³⁵ *Id.* at 232-33.

³⁶ *Id.* at 233.

(二) 德裔人

德裔人是自 12 世紀開始前往羅馬尼亞與自 18 世紀末進入俄羅斯的德國人的後代，也包含二戰結束時住在德國所佔領國家的德國人。住在東歐與前蘇聯的 300 萬德裔人大多已不會講德語，也無法提出文件證明其為德國人後代。³⁷

德國基本法第 116 條第 1 項賦予德國父母的後代，如果他們是在二戰時因其德國血統受到迫害，其有權取得德國公民身分。³⁸本條是 1949 年制定，當時大部分的德裔人被禁止遷移，然而只要他們能抵達德國就會受到很好的對待。³⁹

1950 至 2000 年，德裔人有二次的遷移至德國。第一次是從 1950 至 1988 年，有 140 萬德裔人，其中 62% 來自波蘭、15% 來自羅馬尼亞，且大部分會說德語。第二次是在 1990 年代末，有 260 萬德裔人，99% 來自前蘇聯，幾乎不太會說德語，人數在 1989 年時的 39 萬 7 千人達到高峰。⁴⁰隨著德裔人移民數量上升，許多人基於經濟的理由要求政府對其前移作更嚴格的限制。⁴¹1990 年 7 月 1 日以後，德裔人在抵達德國前，必須完成一份很長的調查表且證明其為德裔人，再者，若要獲得承認需通過德語測驗，該測驗通常有 30-40% 的人無法通過。⁴²自 1993 年起，每年最多承認 22 萬德裔人，且只有來自前蘇聯的人會被假設因其德國血統而受到歧視。1996 年 7 月，語言測驗變的更加困難，而每年進入德國的德裔人數量也從 1990 年代中的 22 萬 2 千人降至 1990 年代末的 10 萬人，這 10 萬人

³⁷ *Id.* at 234.

³⁸ Article 116(1) of Germany's Basic Law: "Unless otherwise provided by a law, a German within the meaning of this Basic Law is a person who possesses German citizenship or who has been admitted to the territory of the German Reich within the boundaries of December 31, 1937 as a refugee or expellee of German ethnic origin or as the spouse or descendant of such person. (除法律另有規定外，本基本法所稱德國人，係指具有德國國籍之人，或於一九三七年十二月三十一日以後，以難民或被放逐者而具有德國血統之資格，或以其配偶或後裔之資格准許進入前德國(Reich)領土之人。)" 德國基本法第 116 條之起草是基於對因戰爭而受到東歐國家迫害與驅逐之德國人的人道主義回應。

³⁹ Martin, *supra* note 5, at 234.

⁴⁰ 1980 年代末至 1990 年代初，冷戰結束，前蘇聯所建立的鐵幕 (Iron Curtain) 倒了，德裔人能自由地回到德國。

⁴¹ Martin, *supra* note 5, at 234.

⁴² 因該測驗意在辨識申請者是否具有德國血統，因此未通過者不能再接受測驗。

之中，約 7 萬 5 千人為非德國人家庭成員。⁴³

德裔人被核准進入德國後，會被指定至依其血統所屬的邦，一旦通過邦的查驗，就能取得住宅與其他聯邦與地方政府的補助。⁴⁴雖然立法者近來對於德裔人的入境制定一些限制，但他們仍然為最有特權的外國住民群體。⁴⁵

（三）難民

德國有一獨特的難民條款，規定在 1949 年的基本法第 16 條：「基於政治上理由受到迫害者享有庇護的權利。」⁴⁶德國獨特的難民法是為了回應其納粹歷史。基本法的起草者們，許多是在納粹時期被流放海外，認為難民法應超越現存的國際法，以作為救贖與補償的良心行為。難民的憲法權利使得德國成為歐洲的以庇護手段作為移民的主要目標。⁴⁷另一方面，廢除基本法第 16 條的提倡者主張，我們不能讓難民法受到我們過去的罪惡之支配。這兩種基於國家認同深刻分裂的觀點，使得德國的難民爭議更為兩極化且受到情緒的支配。⁴⁸

在 1980 年以前，難民數量不多，⁴⁹當土耳其發生軍事政變且在德國未取消 1973 年停止雇用外籍勞工的政策下，使得許多土耳其人飛到德國申請庇護。在被拒絕後，土耳其人可以繼續上訴，而該程序會花上數年，且大部分的申請者在等待終局決定前被允許工作。寬鬆的法律遭到有心人士的利用，由於政治迫害的定義不明確，受迫害程度亦難以界定，外國人無論是否合法入境，只要是申請庇護者，聯邦難民庇護局即有義務先將之收容，而後才開始進行身分認定程序。所

⁴³ Martin, *supra* note 5, 234-35.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ “The legislature recently enacted some restrictions on the admission of ethnic Germans, but they nevertheless continue to be the most privileged group of foreign residents.” Shannon Roesler, *supra* note 14.

⁴⁶ Article 16 of 1949 Germany’s Basic Law: “Persons persecuted on political grounds shall have the right of asylum.” 給予庇護的外國人取得在德國的永久居留權及家庭團聚權。當被成認為難民者申請家庭團聚時，德國政府主張應仔細查驗申請文件，因為經常有人使用偽造文件進入德國。某些案件中，當對於親屬關係有所懷疑時，會以 DNA 試驗來證明其關係。

⁴⁷ Christian Joppke, IMMIGRATION AND THE NATION-STATE, 85-6(1999).

⁴⁸ *Id.* at 86.

⁴⁹ 1967 年時，難民申請者有 1,737 人，1970 年時有 10,000 人。

以在龐大數量的申請者中，有 90%事實上都不是基於政治迫害而流亡，約有 60% 是被歸類為「經濟難民」，實質非法入境者，常假藉難民名義而享受難民權益造成德國相當大的負擔。⁵⁰1980 年時，土耳其人佔了 11 萬難民申請者的一半以上；德國開始要求土耳其人須申請簽證，且規定難民申請者 5 年內不得工作，庇護申請在 1983 年時下降到 2 萬人。⁵¹

前南斯拉夫種族淨化的內戰所造成的庇護申請遽增，使德國措手不及。1988 年有 10 萬 3 千個難民申請者、1990 年有 19 萬 3 千、1991 年有 25 萬 6 千，在 1992 年達到 43 萬 8 千人的高峰（平均一天 1200 人）。只要難民申請者提出庇護申請，其被分配到各邦與城市，政府給予申請者的住宅與食物，其成本每人每年約 1 萬美金。當德國失業率上升，特別是在前東德地區，難民住所成為反對外國人的德國人攻擊的目標。1992 年時約有 600 件攻擊外國人的事件，攻擊者並不區分是否為難民申請者或其他外國人，外國投資者警告，若德國政府無法停止這樣的攻擊，他們就會停止在德國的投資。⁵²

1990 年代初期，CDU-CSU-FDP 聯合政府主張，難民申請者數量增加的最佳解決方式，即是修訂基本法以減少德國不受限制的庇護權。社民黨與綠黨則強烈反對，並主張若德國對移民者開放合法的管道，尋求庇護的數量就會減少。1992 年 11 月達成協議，保留原來的基本法第 16 條內容，規定在第 16 條之 a，並增訂安全第三國條款。⁵³因為德國已為安全國（safe countries）所環繞，外國人無法再由波蘭或匈牙利入境且尋求庇護，而搭飛機抵達者可透過運送人制裁來處

⁵⁰ 游茜荻，前揭書（見註 6），頁 59。

⁵¹ Martin, *supra* note 5, at 236

⁵² *Id.* at 236-37.

⁵³ Article 16a(2) of Germany's Basic Law: " Paragraph (1) of this Article may not be invoked by a person who enters the federal territory from a member state of the European Communities or from another third state in which application of the Convention Relating to the Status of Refugees and of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is assured. (由歐洲共同體之成員國或由一個保障關於難民法律地位之協約或歐洲人權公約有其適用之第三國入境者，不得主張第一項所定之權利。)"

理。⁵⁴就庇護爭議而言，減少申請者數量至可容忍之程度，似乎使該爭議較為緩和。⁵⁵

第二節 無證移民

一、數量

與美國不同，長期或永久非法居住在德國是非常困難的，因為德國比較小，控制不僅更嚴格且被視為是正當的。因此，德國無證移民與居留的案例大部分是暫時的。⁵⁶德國無證外國住民的數量大約是 15 萬到 150 萬人。⁵⁷此一廣大範圍反映了德國境內不合法居留的外國人包含（1）非法入境；（2）使用偽造文件、未核發的法律文件或基於非法目的的合法文件以表面上合法的方式入境；（3）合法入境但違反工作期限或逾期居留等各種方式，如以觀光或學生簽證入境者。⁵⁸無爭議的是，無證移民的數量由於從東歐來找農業、建築業與服務業工作的工作旅行，在夏天達到高峰，且該無證移民的數量自 1990 年代開始上升。⁵⁹

二、管制

（一）國際合作與邊境安檢

入境以前的執行措施有執行上的困難是因為在該時點前並沒有人對目的國進行違反行為。但目的國可在海岸邊境之前利用封鎖政策並與與來源國及中繼國合作，例如提供合作、訓練、補貼及未來的政治經濟利益。相較於美國，德國更

⁵⁴ Martin, *supra* note 5, at 237-38.

⁵⁵ *Id.* at 239.

⁵⁶ Friedrich Heckmann, *Illegal Migration: What Can We Know and What Can We Explain? The Case of Germany*, INTERNATIONAL MIGRATION REVIEW, Vol. 38 Num. 3, 1110(Fall 2004).

⁵⁷ 之所以會有一倍以上的差距，是因為對於無證移民的定義有所不同所致。有的僅基於居留身分(residence status)，有的還包含雇用身分(employment status)，有的包含驅逐出境(deportable)的但不包含被拘留的難民(detained refugees)，有的則否等等。Holk Stobbe, *Undocumented Migration in the USA and Germany*. UC San Diego: Center for Comparative Immigration Studies(2000). Retrieved from: <http://escholarship.org/uc/item/4xq3c9vj>

⁵⁸ Heckmann, *supra* note 56, at 1105-06.

⁵⁹ Martin, *supra* note 5, at 242.

注重於加強中繼國的邊境控制，其補貼波蘭與捷克，協助建立邊境之控制。⁶⁰德國與波蘭對無證移民採取遣返政策，尤其是難民。任何無證移民由波蘭進入德國會被遣返，而反之亦然。波蘭政府同意採用類似於德國邊境警察所用的邊境監視程式。德國政府則提供金錢與訓練波蘭邊境警察作為回饋。波蘭政府亦允許德國警察在波蘭邊境執勤。而兩國間的公民能不須簽證而基於旅行或經商之目的而往返。⁶¹

據信大部分無證移民是以旅行或其他方式合法入境，因此邊境控制是防制非法遷移的第一道防線。而國內控制部分，如同其他歐洲國家一樣，包含個別住居與雇用控制系統，是德國對於非法居留與雇用的主要查驗。國境長且有顯著的觀光與貿易產業的國家很難預防無證移民跨越綠色邊境（green border），且其亦不希望對於經濟上具重要性的跨界交通造成妨礙。就此，德國與其他 12 個歐盟成員國發展了一套對外邊境控制制度（申根協議⁶²）與共同的資料庫（申根資訊系統），藉此規範簽證的核發與監視外部邊境的移動。⁶³

（二）身分比對與雇主制裁

德國個別的居留登記系統與勞動市場登記系統是為了防止外國人非法居留與工作。外國人的集中登記與外國人主管機關隸屬於邦政府與聯邦內政部，而工作許可登記與勞動檢查是邦政府與聯邦勞工部的責任。⁶⁴德國雇主須將其勞工登記在社會安全部門，不合資格的受雇人或許可以在登記過程中取得一有效的社會安全號碼，但緊接著由電腦化的交叉比對錯誤的社會安全號碼，將不太可能會有偽造的號碼且要偽造文件也很困難。每季全國雇用資料與全國勞動許可資料交叉比對，可標示出社會安全號碼與工作許可不符的外國人，進而通知地方主管機

⁶⁰ Dita Vogel, *Migration Control in Germany and the United States*, INTERNATIONAL MIGRATION REVIEW, Vol. 34, No. 2(Summer 2000), 399

⁶¹ Stobbe, *supra* note 57.

⁶² 申根協議在 1995 年生效，除了愛爾蘭與英國外，其包含所有歐盟會員國。

⁶³ Martin, *supra* note 5, at 242.

⁶⁴ *Id.* at 242-43.

關。⁶⁵

為了減少違法雇用，勞工局負責控制勞動市場。失業且領取社會保險給付的居民會受到經常性的檢查，以確保其未非法工作。對無證移民而言，更重要的是對工作場所的控制與臨檢，尤其是建築業或餐飲業，常常有非法雇用且已為大眾所抱怨。⁶⁶但警察與檢查員常抱怨其人力不足以防止無證移民的居留與雇用。

在德國，外國工人需要工作許可，若工人與其雇主沒有取得工作許可，會遭受罰金或徒刑。1972年，德國立法處罰雇用非法外國工人之雇主。自1975年起，非經合法管道雇用外國工人者最高可處5萬馬克，且在1982年，雇主之制裁包含10萬馬克或者3年徒刑。但事實上，大部分科處的罰金都很少，例如，1983年時有3800件科處罰金案件，而其中85%是不到1000馬克。1972年該處罰提出時，未產生政治上的爭議。主要的雇主與工會團體贊成制裁是基於，需要更多控制以向大眾保證移民現象在控制之中。1970年初期存在的少數移民團體並未對歧視表示意見；某些團體支持透過制裁作為合法與非法移民的區分且避免反移民情緒的高張。⁶⁷

聯邦與邦部門的檢查員主要的任務是執行雇主制裁，但他們承認，縱使合法外國工人的失業率高及有雇用客工之合法管道，罰金的設計仍無法防止30至50萬無證移民尋找工作。⁶⁸由於1990年代德國政府不願對東歐人嚴格執法，因此雇主制裁對於嚇阻無證外國工人較無效果；德國外交政策是不嚴格執行雇主制裁以免危害東歐轉變中的經濟。⁶⁹

⁶⁵ Vogel, *supra* note 60, at 408.

⁶⁶ Stobbe, *supra* note 57.

⁶⁷ Martin, *supra* note 5, at 243.

⁶⁸ 德國雇主制裁的執行主要仰賴雇主、工會及工人的檢舉與受雇者清單的電腦比對。雇主必須為其受雇人登記各種社會保險計畫，而這個清單可以與核發工作許可的清單相對比以標示出有問題者。規避社會保險稅的罰金比雇主制裁的違反還高，最高可達薪資的40%。但若雇主沒有為其受雇人登記社會保險，電腦就無法在核對程序中找出非法的外國人。

⁶⁹ Martin, *supra* note 5, at 244.

三、生活條件

(一) 居住

由於仇外情節與居住登記管制，無證移民幾乎不可能在德國購買不動產，也很難租到房子。因此，無證移民多依靠其社會網絡尋求住所。有些人會使用朋友的文件租屋，有的則是 9 個人擠進非公開出租的兩房公寓中。簽證逾期的居留者通常會在簽證尚為有效時租屋，大部分不會再被受到檢查。再者，有的就和有合法身分的親屬住在一起。無證移民為了不引人注目，通常會在移民人口稠密地區租屋。有時住所則是由僱主所提供。⁷⁰

(二) 公共服務

無證移民無權取得健康保險與其他服務。縱使理論上僱主有義務為其繳納社會保險費，但通常僱主不會這麼做，以免非法雇用被查獲。在柏林的建築工地的工人若受傷，會用貨車載至波蘭邊境的醫院治療，以避免麻煩與高額醫藥費。其他無證移民則是依賴其社會網絡及詢問熟識的醫生或借用家人與朋友的保險卡。而缺乏社會網絡的無證移民則選擇忽視其病痛而經常病死於急診室。⁷¹

德國法律規定，協助、教唆、延續或支持無證移民者會受到處罰。其意謂醫生、護士與其他醫院職員向主管機關通報尋求醫療的無證移民。醫療專業者反對這個較其他歐盟國家嚴格的規定，其他國家給予外國人幫助不須揭露其身分。為了避免這樣的困境且使無證移民能尋求醫療協助，2009 年 2 月，柏林政府提案依個案給予無證移民「匿名保險證 (anonymous insurance certificate)」，由該邦

⁷⁰ Stobbe, *supra* note 57.

⁷¹ *Id.* Frida 是非洲人，其在家鄉生活在奴隸般的條件下，2001 年，她逃到德國，與其姑媽住在一起。她已經胃痛很長一段時間且都吃止痛藥止痛。有一天她昏倒在城市中，救護車送她到醫院。醫生檢查出她有膽結石。兩天後她離開了醫院，因為她無法負擔 500 歐圓的醫藥費。她繼續與疼痛生活在一起，直到援助組織為她安排手術。至此，她的膽囊已經穿孔，若再遲一些也就回天乏術了。Frida 害怕的不僅是負擔不起手術費用，還有擔心警察的追查。*Illegals in Germany Face Similar Problems as Those in US*, DEUTSCHE WELLE, 2006.02.05, at <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1987607,00.html> (Last visited: 2010.03.29)

的福利制度承擔該計畫的成本。⁷²當然，這樣的措施會引起的質疑是，若其他邦沒有採取相似的規定，德國其他地方的無證移民會湧入柏林，柏林高度負債的財政是否能因應將近 100 萬德國的無證移民？

第三節 新移民政策

一、綠卡計畫

該計畫受到很大的注意，是由社民黨—綠黨聯合政府所提出，主要是強調外國專業人士對德國的經濟利益，也是為了回應電腦公司 BITKOM 增加外國工人的要求。總理 Schroeder 同意德國需要更多高科技工人，且其提出的計畫使在德國居住及工作的非歐盟外國人每年可賺至少 4,5000 美元，最長可工作 5 年。基督教民主黨反對該提案，主張德國應該提升出生率且訓練自己的高科技人才，而非從印度進口高科技工人。但這個反對並未成功，2000 年 8 月，德國政府核發首批綠卡，在 20,000 張許可中，約 12,000 張是在 2002 年 4 月核發，主要是給來自印度與東歐的外國人（22%與 14%）。⁷³

德國綠卡與美國的綠卡及 H-1B 簽證不同。美國綠卡是移民簽證，外國人可以在美國境內居住與工作，且在 5 年後可申請歸化為美國公民。大部分美國雇主只要證實其有需要，即可雇用獲得 H-1B 簽證的外國專業人士，且該外國人可以將其家人帶到美國一起生活，最長 6 年。大部分持 H-1B 簽證的外國人都是買單乘機票到美國，其希望美國雇主資助他們取得移民簽證，一旦取得移民簽證後，大部分就會離職。⁷⁴

⁷² *Spotlight Berlin: Illegal Immigrants and the Health Care Dilemma*, DEUTSCHE WELLE, 2009.02.26, at <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4056861,00.html> (Last visited: 2010.03.29)

⁷³ Martin, *supra* note 5, at 241.

⁷⁴ *Id.* at 241-42.

二、新移民法（Zuwanderungsgesetz⁷⁵）

（一）立法過程

2001年8月，德國內政部長 Schily 依其所任命的移民委員會⁷⁶之建議，提出德國第一次控制移民制度的移民法草案。2002年3月1日該案於眾議院通過，隨後在參議院經過一番爭議投票後，於3月底通過。基督教民主黨主張該案的投票方式違憲。⁷⁷中間偏右的聯盟於總統 Johannes Rau 在2002年6月底簽署該法案後，主張違憲者告上聯邦憲法法院。憲法法院在2002年12月18日以程序瑕疵為由，宣告該法案違憲，但並未觸及法案中的實體問題。⁷⁸2003年3月13日，德國聯邦政府再次向議會提出移民法案，經與基督教聯盟達成協商，於2004年7月9日經參、眾兩院批准通過，2005年1月1日實施。⁷⁹

（二）特點

新移民法對現行的外國人法進行了全面的修改，分別對移民的居留許可、工作移民限制、庇護申請、離境義務、家庭團聚、移民整合及成立聯邦移民局等議題訂定詳細的規定。⁸⁰

1、建構未來的移民政策

為簡化複雜的居留名義制度，將現行的5種居留許可方式⁸¹簡化為2種：限

⁷⁵ 德文“Zuwanderung”與“Einwanderung”在意義上有重要的差異，雖然都是翻譯成“immigration”，但那是因為在英文中沒有與“Zuwanderung”直接相對應的詞彙。“Zuwanderung”有表示暫時的意義，即指居住在德國一段時間然後會離開的人。其應被翻譯作“immigration to Germany”。而“Einwanderung”被理解為永久定居，即“nation-building”。Doris Schmidt, *The New German Immigration Law*, ERA-FORUM, Vol.4, Num.2, 21(2003).

⁷⁶ 該委員會是由 Schily 於2000年6月所任命對政策提出建議，其於2001年7月4日提出報告，該報告就是德國議會於2002年3月批准的提案之基礎。Martin, *supra* note 5, at 247.

⁷⁷ Schmidt, *supra* note 75, at 21.

⁷⁸ *Id.* 22.

⁷⁹ 洪千雅，前揭書（見註3），頁56。

⁸⁰ 游茜荻，前揭書（見註6），頁95-6。

⁸¹ Aufenthaltsberechtigung(right of unlimited residence); Aufenthaltserlaubnis(residence permit); Aufenthaltbewilligung(residence title for specific purposes); Aufenthaltbefugnis(residence title for

期居留許可（*befristete Aufenthaltsbefugnis, limited residence permit*）與永久居留許可（*unbefristete Niederlassungserlaubnis, unlimited settlement permit*）。⁸²

新移民法第 1 章⁸³第 20 條規定競爭移民（*Immigration by competition*），此一概念係為控制與管理技術工人、專家之移民。其以積點制度選擇符合最低點數要求的候選人。標準包含候選人的年紀與健康狀況、資格、工作經驗、婚姻狀況、語文知識、與德國的關連性、原始國籍等。⁸⁴

該章第 38 條對於德裔人有新的規範，該條第 2 項要求居住在第三國的德裔人須滿足相當的德語程度始能獲得居留許可。這項對於德裔移民的新規定是根據其整合潛力，只有能與德國社會整合者才能取得德國國籍。⁸⁵

該章第 32 條第 2 項將原本外國孩童能來德國與在德國合法居住的父母親一起生活的年齡從 16 歲降低到 12 歲，超過年紀的孩童須通過德語測驗。但第 4 項另規定，若家庭狀況確實需要團聚或為了孩童利益，18 歲以下未婚孩童能到德國與父母一起生活。⁸⁶

2、落實移民的整合

新移民法第 1 章第 43 至 45 條規範促進外國人與德國社會之整合。這是德國歷史上全新的一頁。移民有權利也有義務參與整合課程。整合計畫提供密集的語言課程、德國法律、社會、文化與歷史的研討。如有需要，國家將提供孩童照護予課程參與者。這些計畫能使移民團體具備語言技術及德國文化的理解而快速整合入德國社會。⁸⁷

exceptional circumstances); *Aufenthalts gestattet*(permission to reside).

⁸² Schmidt, *supra* note 75, at 23.

⁸³ 該章標題為「境內外國人之居留、工作與整合（*Law of Residence, Employment and Intergration of Foreigners in the Federal Republic*）」。

⁸⁴ Schmidt, *supra* note 75, at 24.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.* at 24-5.

⁸⁷ *Id.* at 25.

3、改進庇護申請程序

修法前，庇護程序須花上數年，庇護申請被拒者不會被遣返且停留下來濫用社會安全制度。為了加速程序且避免濫用，有必要在簽證申請程序中強化個人身分識別的確保。這必須結合最佳的資料蒐集與資料傳輸。另一方面，應受保護者或無法驅逐之難民的處境應改進，基於人道義務給予入境並確保停留的權利。此亦包含因特定性別或非政府的迫害而需要受保護的人。德國法首次同意保護因其性別受到迫害之婦女。新移民法改善獲庇護許可者的居留及工作權利。⁸⁸

4、組織、制度與法律條件的貫徹

新移民法設立聯邦移民局（Bundesamt für Migration und Flüchtlinge; Federal Office for Migration and Refugees）以管理永久移民與促進整合。該新組織內部成立一獨立的學術機構。⁸⁹

第四節 小結

在德國，開始有團體提案保障 100 萬無證移民的基本權利，但德國在處理這個議題上，仍遠較其他歐盟國家落後。2005 年 1 月 1 日生效的新移民法所引起的政治爭論中忽略了無證移民議題。但在移民議題稍微平息後，長期為無證移民奔走的天主教會對此議題已經引發新的關注。2005 年 3 月初在柏林的天主教會年度會議中，提出一份超過 370 位著名人士所簽署的聲明，希望喚醒公眾對此議題的認知。致力於移民研究的社會學家 Jörg Alt 說：「非法移民在這個國家還不是一公開的議題。直到現在，仍只是內部爭議且只受到社會工作的邊緣團體與教會組織的關注。」⁹⁰

⁸⁸ *Id.* at 25-6.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *A German Amnesty for Illegal Immigrants?*, DEUTSCHE WELLE, 2005.03.10, at <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1513837,00.html> (Last visited : 2010.03.31)

無證移民問題在德國之所以被放大檢視，是因為移民法規定，公立機構如學校、醫院等有義務將其知悉之無證移民通報給主管機關。而協助無證移民的醫生、神父或社會工作者可能會受到懲罰。也是上述聲明的簽署者之一的反對黨議員 Sabine Leutheusser-Schnarrenberger 即表示：「這對於那些急需醫療照顧但卻擔心被查緝與驅逐出境的無證移民來說是一個很大的障礙。」⁹¹

當德國無證移民的爭議仍然集中在強調無證移民的基本權利方面，其他歐洲國家已經超前了很大一步。2005 年 2 月 7 日至 5 月 7 日間，西班牙境內超過 100 萬無證移民(約 70 萬工人與其 40 萬家庭成員)向政府申請予其移民身分合法化。無證移民需證明：(1) 其至少自 2004 年 8 月 7 日起即住在西班牙；(2) 至少一紙 6 個月的工作合約；(3) 無犯罪紀錄。南歐國家推動無證移民合法化主要是基於勞動市場的根本原因，勞動力需求上升，而無證移民正回應了這樣的需求。⁹² 專家表示，這個改變不僅使那些秘密工作者生活地較容易，也對於地主國有明顯的利益。⁹³ 歐洲移民研究的專家 Karl Kopp 表示：「像西班牙這樣的國家對待無證移民的作法是更為務實的。無證移民會開始挹注社會福利與稅金、填補本地人不願意從事的工作空缺且對於下降的出生率有所貢獻。」⁹⁴

但歐盟在 2008 年通過的「歐洲移民與庇護公約(European Pact on Immigration and Asylum)」，⁹⁵以遣返無證移民作為控制政策，要求無證移民必須離開歐盟會員國，並發佈指令⁹⁶具體化遣返的共通標準與程序。⁹⁷而在邊境管制方面，主要

⁹¹ *Id.*

⁹² Willem Maas, *Explaining Amnesty: Why States Legalize Illegal Migrants*, Prepared for presentation at the American Political Science Association conference, Washington DC, 1(3 September 2005).

⁹³ 西班牙總理 Zapatero 主張，赦免能控制移民及使地下經濟浮上檯面，確保工人之納稅及受到法律的保障。

⁹⁴ *Supra* note 90.

⁹⁵ At <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st13/st13440.en08.pdf> (last visited: 2010.05.07)

⁹⁶ DIRECTIVE 2008/115/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008, at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:EN:PDF> (last visited: 2010.05.07)

⁹⁷ 在遣返無證移民採取兩階段方法，首先是在遣返決定前給予 7~30 天的自願離境期間 (Article 7(1))，如果被遣返者不離境，就會以遣返命令強制其出境。本指令規定最長拘留 6 個月 (Article 15(5))，在特定情況可以再延長 12 個月 (Article 15(6))。如果是自願離境期限逾期後被遣返者要申請重入境會有最多 5 年的限制，如果對公共安全有威脅，期限會更長 (Article 11(2))。對於孩

在強調 Frontex（歐盟外部邊境安全署）的角色，倡議在南歐與東歐各設一獨立的常設指揮機構。Frontex 於 2005 年設在華沙，專責管理歐盟外部邊境安全，公約建議在東歐與南歐成立專業辦公室，主要針對歐盟東境陸路與南境海路的不同安全環境，同時希望在 2012 年歐盟對外發給簽證時能統一使用人體辨識技術（biometric visa）。歐盟目前對於合法化採取不鼓勵的立場，擔心某一會員國對無證移民的合法化會鼓勵無證移民潮，且這些被合法化之移民，能夠遷徙旅遊至歐盟各國，可能產生更大影響。

本章介紹首先敘述德國的移民過程，其次介紹德國關於無證移民的管制及無證移民在德國的生活條件，接著指出在德國新移民政策中對於無證移民議題的忽略及歐盟最近對於無證移民的立場。在在顯示出德國與歐盟在控制無證移民方面的努力，但對於其權利保障卻實有不足，尤其是已經居留一段時間且已和當地社群建立各種關係的無證移民，理論上是否及在何種程度上應受到什麼樣的保障，將為本論文後續探討的重心。

童及家庭成員不能以強迫的措施，且拘留只能作為最後手段（Article 17(1)）。無依的未成年人只有在在其能回到家庭或接收國中的適當接待處所，才能夠遣返（Article 10(2)）。

第四章 美國的移民控制

上一章介紹德國之移民背景、無證移民之控制及相關問題。本章接著介紹美國的部分。相較於德國有關無證移民的文獻資料之欠缺，美國研究無證移民的資料可謂汗牛充棟，當然是因為今日在美國約有 1050 萬至 1300 萬無證移民有關，無證移民議題在美國受到的關注程度在政治上總是名列前茅。美國作為擁有第一部成文憲法的國家，其 20 世紀以來幾個對無證移民影響重大的法案及聯邦最高法院判決，值得我們引為借鏡，當然亦不能忽視各該事件的時空背景因素。

第一節 移民過程

一、移民歷史

美國在歷史上一向被認為是移民國家 (Nation of Immigrants)，「合眾為一 (e pluribus unum)」經常提醒美國人此一事實。¹雖然美國是以移民建國，但從一開始反移民的態度就一直是美國的一部份，綜觀美國歷史，移民一直遭遇到已經在這個國家的人民的敵視。²

美國移民潮呈現波浪曲線：某時期大量湧入後會有一段很少移民的時期。第一波移民潮是在 1820 年開始紀錄每年抵達者以前。基於宗教、政治與經濟理由來到美國的英國移民，在 1790 年代佔了 60%。德國的宗教人士在賓州尋求宗教自由、西班牙人在佛羅里達尋求基督教的歸屬、且清教徒在麻州尋求建立屬於他們信仰成員的社群。³這些早期移民冒著極大的風險，前往美國的人中超過十分之一很可能因為飢餓、疾病與沈船而喪命。這趟旅程的成本相當於英國一個工人 4 至 6 個月的薪資。因為許多移民無法負擔這樣的費用，在 1776 年抵達美國的

¹ Ryan Petersen, *Be Our Guest, But Please Don't Stay: A Comparison of U.S. and German Immigration Policies and Guest Worker Programs*, 14 TULSA J. COMP. & INT'L 87, 90(2006)

² Paul L. Frantz, *Undocumented Workers: State Issuance of Driver Licenses Would Create a Constitutional Conundrum*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 505, 508(2004)

³ Philip L. Martin, *The United States: The Continuing Immigration Debate*, CONTROLLING IMMIGRATION, 62(Wayne A. Cornelius, et al. eds, 2004)

人中有三分之一會因為這費用而簽下契約，他們必須為雇主工作 5 年以償還。⁴

1820 至 1860 年的第二波移民潮配合著美國希望藉人民的協助將國界向後擴展。歐洲農業中被替代的小農與因工業革命而失業的工人希望離開，而汽船與鐵路公司需要乘客，新抵達者寄信鼓勵朋友與親戚加入他們。在 500 萬第二波移民者中，40% 是來自愛爾蘭，該地因馬鈴薯疫病造成的飢荒與貧窮促成人口外移。羅馬天主教主導第二波移民潮，至 1850 年代，雖然各種新教徒的人數超過天主教徒，但羅馬天主教會在當時是美國最大的教派。⁵

第三波移民潮始於 1880 年，該年大約有 46 萬人，終於 1914 年第一次世界大戰前夕的 120 萬人。在這第三波中，超過 2000 萬是南歐與東歐人，大部分到東部或中西部，而數十萬中國人、日本人及其他亞洲勞工定居在西部。在 1882 年抵達的人中，87% 來自北歐與西歐，另外 13% 則來自南歐與東歐國家。至 1907 年時比例則相反：19% 來自北歐與西歐，而 81% 來自南歐與東歐，其中猶太教與東正教人口佔最大量。⁶美國邊境在 1890 年時關閉，大部分新來者在東北部與中西部成市中找到工廠的工作。1910 年時，超過一半的鋼鐵業與肉品業工人是由移民所組成，且外國男性構成紐約、芝加哥、底特律等成市中勞動力的半數以上。⁷根據 1910 年的人口普查結果，外國出生的住民佔美國人口的 15% 及美國勞動力的 24%。移民潮因為第一次世界大戰而大量地停止，但當其自 1920 年代重新開始時，國會對新到者制定數額加以限制。東半球國家每年的限額是基於 1890 年時每個國家來到美國的人數之比例而定，很明顯地是偏好北歐與西歐移民甚於南歐與東歐。在 1930 年代經濟大蕭條期間，移出人口超越移入的人口。美國在第二次世界大戰以後開始鬆綁對移民的限制，但在 1950 年代每年移民維持在 25

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* at 62-3.

⁷ VERNON M. BRIGGS JR, MASS IMMIGRATION AND THE NATIONAL INTEREST 56-7(1992)

萬人。⁸

第四波移民潮是自 1965 年以後開始，當時移民法由給予某些來源國特權轉為給予具家庭聯繫的可能移民或美國雇主希望雇用的外國人。⁹伴隨著歐洲的繁榮，這些轉變使得大多數移民的來源由歐洲轉為拉丁美洲與亞洲。1970 年代，該法生效的第一個十年，美國移民中歐洲人佔不到 20%，單墨西哥的合法移民就幾乎等於全歐洲的移民。¹⁰20 世紀初期與末期間的移民有許多相似性。每年到來的移民數量在高峰期大約相當，都超過 100 萬人。第三、第四波移民潮的來源是之前沒有大量移民美國的國家，因而引發有關語言、宗教與文化的問題，且促使移民政策產生根本上地變革。¹¹

二、客工計畫

當美國在半個世紀多以前開始客工計畫時，無證移民不是關切的重點。在 1940 年代，美國政府雇用墨西哥人到美國工作，一旦移民網絡建立後，客工潮就會開始自我發展，這說明了勞動遷徙的開始遠較其停止為易。客工計畫的優點是，移民到來且填補工作空缺，對經濟情況而言是立即且可見的；這些利益受到雇用客工作為補充性人力的雇主及一些消費者所重視。至於客工的成本則是延展、難以估算且擴散的，例如當客工與其家庭團聚、定居且引入差異性，一些本國人會認為這是成本而有些人則視為是優點。¹²

2004 年在美國的外國人有 3570 萬人，佔總人口的 12%。其中包含 31% 的歸化公民、39% 的合法移民與非移民，如外國學生、合法臨時工、及 30% 的無

⁸ Martin, *supra* note 3, at 63.

⁹ 1965 年通過的美國移民與國籍法 (Immigration and Nationality Act, hereinafter called INA) 修正案，廢除歧視性的數額制度且使得移民美國的數量顯著地增加。Max J. Castro, *Immigration and Integration in the Americans*, 46 THE NORTH-SOUTH AGENDA, 4(2001)

¹⁰ Martin, *supra* note 3, at 63.

¹¹ *Id.*

¹² Philip Martin, *Guest Workers: New Solution or New Problem?*, 2007 U. CHI. LEGAL F. 289, 297-98(2007)

證外國人。¹³無證外國人的數量在 2000 年至 2005 年間增加了 440 萬人，平均每年約 88 萬人。¹⁴約 57%在美國的無證外國人出生於墨西哥，墨西哥裔則佔合法移民的 30%。美墨大規模遷徙的根源是因 1917 年與 1942 年戰爭時開始的客工計畫。這些客工計畫在被美國片面終止前，在 1920 年與 1956 年和平時期達到高峰。¹⁵

1942 年至 1947 年的客工計畫期間，美國政府對於移民與農場主人所簽之契約提供擔保，這是基於墨西哥的要求，因為在一戰期間的客工計畫有積欠工資的問題。1947 年以後，雇主可以個別與客工簽約。這個改變促成廣大的無證墨西哥移民，其不須要在墨西哥境內賄賂官員以取得雇用清單且雇主可避免支付受雇者從雇用地點到工作場所的旅費。¹⁶美國政府發佈一個措施「將濕背扭乾 (drying out the wetbacks)」，使在美國農場被查獲的無證墨西哥工人合法化，這個程序鼓勵了非法的遷徙與雇用。作法是將美國境內發現的無證工人帶到美墨邊境，發給他們證件且讓他們回到原來工作場所變成合法的客工。對於明知為無證工人仍加以雇用的雇主並無任何懲罰，無證移工的數量很快就超過了合法入境的客工。¹⁷

非法遷徙的增加產生幾個結果。1951 年總統委員會建議減少客工的數量，因為客工的存在對於本土農場工人有不利的影響。委員會亦建議政府對明知為無證移工仍加以雇用的雇主施加懲罰。然而美國雇主利用 1951 年韓戰爆發說服國會通過新客工計畫。雖然 1952 年 INA 規定，藏匿非法外國人構成犯罪且處罰金 2000 美元及最高 5 年的徒刑，但該法特別將「雇用」排除在「藏匿」的定義之外。¹⁸

¹³ Jeffrey S. Passel, *Estimated of the Size and Characteristics of the Undocumented Population*, 7(Pew Hispanic Center 2005), available at:<http://pewhispanic.org/files/reports/44.pdf> (last visited Apr. 17 2010)

¹⁴ *Id.* at 2.

¹⁵ Otey M. Scruggs, *Evolution of the Mexican Farm Labor Agreement of 1942*, AGRICULTURAL HISTORY, Vol. 34, No. 3 (Jul., 1960), 142

¹⁶ Martin, *supra* note 12, at 299.

¹⁷ *Id.* at 300.

¹⁸ *Id.* at 300-1.

當客工計畫終止時，許多人預測將缺少足夠工人以維持收穫與生產的速度，然而這樣的預測事後被證明是錯誤的，事實上產生了相反的結果。雇主在面臨勞動力的缺乏時，透過利用機械改進先前靠移民勞動力所作的收穫方式。機械化的結果使得產量上升及農作物價格下降。¹⁹

時至今日，美國有各種允許外國工人透過前門、²⁰側門²¹與後門²²入境的計畫。其最主要的中心思想就是：歡迎高技術勞工定居且定期更換低技術工人。過去與現在客工計畫主要的改變是在於其範圍與目的。以前是從宏觀的角度實施一個主要的計畫，失業率與缺工率對於客工需求的決定扮演了關鍵性的角色。今日的計畫則是微觀的，主要是去填補特定工作的空缺，如看護、資訊科技專業人員或農場工人，整體失業率與缺工率不再扮演重要的角色。允許移民在工作階層頂端與底部的當代客工計畫給予雇主較大的權力決定其所需要的客工。在大多數工業國家中，若雇主認為一個大學畢業的外國人最適合填補空缺的工作，雇用與入境程序是相對簡單。²³客工計畫執行上的結果與當初的期望間之落差，是形成當代美國無證移民的主因，此部分留待本章第二節再進行深入探討。

三、移民法與其執行

在討論移民時，區分「在美國境內人民的移動」與「跨越邊境入境美國之人民移動」具有重要性。美國公民有權在境內遷徙而無特別的限制，換言之，即旅行自由，更具體地說，係在美國境內生活與工作的旅行自由。而美國公民以外的個人若想要合法入境美國，必須遵守嚴格的法律條款。其必須證明其有權入境美國，甚至是美國公民也必須證明其公民身分以入境美國，通常是以提出護照²⁴之

¹⁹ *Id.* at 302.

²⁰ 吸引高技術與經濟移民，給予寬鬆的定居條件。

²¹ 允許基於特定時間與目的的移民，範圍從數日的觀光到數年的工作或就學。

²² 係指非法入境者，或合法入境但逾期居留、從事與許可目的不符之活動者

²³ *Martin, supra note 12, at 308-12.*

²⁴ 護照的兩個主要目的：公民身分的證明與海外身分識別之用。人民的跨國遷徙一般都要求有護照，是由某一國政府發給。See, 8 U.S.C. §1101(a)(30)(2000)(defining passport as “any travel document issued by competent authority showing the bearer’s origin, identity, and nationality if any,

方式為之。護照適用來彰顯「發行國擔保該持有者且請求其他國家給予該持有者協助與保護」的文件。²⁵

美國的移民政策歷經三個階段：自由放任、質的限制、量的限制，以下分別敘述。

（一）自由放任：1780~1875 年

美國的第一個 100 年，1780 至 1875 年間，其對移民採取自由放任政策，允許各州、私人雇主、汽船公司與鐵路公司、及教會去促進移民。美國聯邦政府透過不同的方式鼓勵移民，包含補助鐵路建設，其使私人鐵路公司雇用外國移工。美國政府也維持高關稅阻止歐洲貨物的進口，而因此創造了美國工廠對工人的需求。聯邦政府仰賴移民從軍；1840 年代軍隊中有三分之一是移民，且在各州民兵中甚至佔了更高的比例。²⁶

19 世紀末以前，美國並沒有一個廣泛的聯邦移民法。從 1776 至 1885 年，各州試圖要去規範其境內特定的移民，尤其是罪犯與窮人。²⁷即使如此，當時並沒有一個像今日美國一樣的龐大移民機構及一連串入境、拒絕入境、驅逐出境的複雜標準。這個自由入境制度運作地相當順暢。整個 19 世紀，伴隨著穩定移民潮的協助，美國持續地穩定與發展。²⁸

（二）質的限制：1870 年代~

19 世紀末，嚴重的經濟衰退引發了對於中國移民到西岸的關切。中國移民被認為在 19 世紀末搶走了本土美國人的工作、從事猖獗的犯罪、且降低了美國

which is valid for the admission of the bearer into a foreign country”).

²⁵ Frantz, *supra* note 2, at 509-11.

²⁶ Martin, *supra* note 3, at 64.

²⁷ Gerald L. Neuman, *The Lost Century of American Immigration Law(1776-1875)*, 93 COLUM L. REV. 1833(1993) (分析各州在國會首次制定廣泛的聯邦移民法之前規制移民的努力)

²⁸ KEVIN R. JOHNSON, *OPENING THE FLOODGATES—WHY AMERICA NEEDS TO RETHINK ITS BORDERS AND IMMIGRATION LAWS* 52(2007)

的生活方式之品質。受到經濟不穩定的煽動，種族主義導致一連串的立法，即排華法案（the Chinese exclusion acts）。²⁹由於這些首批的移民法，移民事務由州的管制被移除，由聯邦獨佔移民的規制。聯邦在這個領域具優位性的基礎理由係因，移民牽涉外交關係、國家安全及特殊的全國性影響，因此需要一致性的聯邦管制。³⁰聯邦最高法院在 *Henderson v. New York*³¹案中廢棄紐約州的規定並主張，州法要求抵達紐約州的每個旅客支付州稅是州對商業所加的限制，這與美國憲法及法律相衝突，故宣告其無效。最高法院在宣告入侵移民領域的州法違憲時強調聯邦控制的必要性：「這些法令所涉事務應該是統一的制度或計畫。管制從外國來到美國的旅客之法律，在紐約、波士頓、紐奧良及舊金山都應該是要一致的。」³²最高法院強調，移民事務應歸屬聯邦國會。由於最高法院的判決，今日聯邦政府對於移民事務的規制有充分且排他性的權力。³³

自 1875 年聯邦廣泛地管理移民事務的權力確認後，美國開始了限制移民與確保移民品質之移民法歷史。排華法案就是一系列國會試圖限制入境美國的法律。中國人、窮人、罪犯、賣淫者與失能者是聯邦法中首批拒絕入境的移民。移民法對這些群體標示不受歡迎的烙印，他們在國會與多數美國大眾眼中，若繼續允許其入境將會傷害美國。³⁴1889 年的排華案（*Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581(1889)）可謂古典移民法³⁵的基準，最高法院拒絕廢棄禁止中國勞動力輸入美國的立法，其理由是，如果國會認為不同族群的外國人之存在對於美國的和

²⁹ *Id*; see also Frantz, *supra* note 2, at 514.

³⁰ Johnson, *supra* note 28, at 52.

³¹ *Henderson v. Mayor of New York*, 92 U.S. 259(1875)

³² *Id*, at 273.

³³ Frantz, *supra* note 2, at 513.

³⁴ Johnson, *supra* note 28, at 52-3.

³⁵ 1880 年代限制主義者所闡述的古典移民法是結合了以同意為基礎的義務（consent-based obligation）、強大的主權（strong sovereignty）及限制性的國家社群（restrictive national community）等原則。「以同意為基礎的義務」將政府與外國人的關係形塑為地主與入侵者的私法關係，前者對後者沒有任何義務，除非有明確的同意存在；「強大主權」意謂著政治部門對於外國人的入境、驅逐與歸化有不受拘束的充分權力；強大主權的運用代表「限制性的國家社群」，其主要的區隔線就是種族。

平與安全有危險性，司法部門應無庸置疑地遵循之。³⁶最高法院在排華案中主張，聯邦政府的政治部門對於移民事務有不受拘束的裁量權（the unfettered discretion）—即充分權力（plenary power）。³⁷

（三）量的限制：1920 年代～

1921 年國會對移民設下數量的限制，1924 年的移民法設定每年移民數額最多 15 萬人。此一原始國籍方式規定，東半球任一國家移民的最大數量是依照比例分配。這個數額制度偏好北歐與西歐移民；在 1930、1940 與 1950 年代，超過 80% 的移民簽證是發給這些地區的國家之人民。³⁸這些移民被認為是種族上較優越的。透過數額制度，國會試圖恢復 1890 年時美國尚未有大量南歐與東歐移民的種族人口，不幸地，反猶主義與其他偏見影響制定這些歧視性法律的國會。³⁹

（四）移民與國籍法（the Immigration and Nationality Act, 以下簡稱 INA）的制定與修正

1952 年 6 月 27 日制定的 INA，即一般所熟知的 McCarran-Walter Act，總統杜魯門試圖否決該法，主要是因為該法仍維持原始國籍的數額制度，但該法仍在 1952 年通過。⁴⁰甘乃迪總統接續杜魯門的努力，對移民法提出全面性的改變，要求平等地對待所有國家且優先考慮美國公民的親戚與具特殊技術及能力的人。1965 年，INA 修正後廢棄原始國籍偏好且以基於家庭團聚及技術性勞力為基礎的移民制度替代之。⁴¹

此外，INA 增加了可拒絕入境類別的清單。其保留了大部分以前存在的拒絕

³⁶ Christian Joppke, *A Nation of Immigrants Again: The United States, IMMIGRATION AND THE NATION-STATE*, 44(1999)

³⁷ Johnson, *supra* note 28, at 53.

³⁸ Martin, *supra* note 3, at 65.

³⁹ Johnson, *supra* note 28, at 53.

⁴⁰ STEPHEN H. LEGOMSKY, *IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY* 389-90(3rd ed. 2002)

⁴¹ Martin, *supra* note 3, at 65-6.

事由，並修正一些先前存在的分類，基本方向是朝向擴張其所涵蓋的範圍。其中增加了一些新的分類，包含毒品法律的違反者與吸毒者、從事不道德性行為的外國人、以錯誤文件入境的外國人及協助非法移民的外國人。⁴²

雖然在過去 50 年來，INA 部分有所改進，但其仍然反映了對於每一個想要入境美國的移民存有高度的懷疑。INA 的預設是，非公民除非證明其依法可以入境，否則其沒有資格進入美國。因此，申請入境許可的移民有義務去證明其滿足移民簽證的每一個要求。INA 假定非公民在法律上無權入境是基於下列預設：(1) 入境是稀少且珍貴的資源；(2) 入境事實上可以被實質地限制；(3) 一般而言，越少移民入境越好。⁴³

目前，INA 所規定可拒絕非公民入境的排除事由可分為以下的分類：(1) 健康風險 (Health risks)；(2) 犯罪風險 (Criminal risks)；(3) 安全風險 (Security risks)；(4) 可能的公共負擔 (與可能的社會福利接受者) (Likely public charges)；(5) 工作簽證欠缺勞動證明者 (Those who lack labor certification for an employment visa)；(6) 違反移民法的犯罪 (Those guilty of immigration violations)；(7) 文件有問題者 (Those with document problems)；(8) 無法取得公民身分者 (Those ineligible for citizenship)；(9) 曾被驅逐出境的外國人 (Aliens previously removed from the country)。⁴⁴有些分類或許是合理的，但國會使某些分類的涵蓋範圍過於廣泛，以致於許多非公民就算允許其入境，事實上僅會增加些微風險或根本不會增加傷害的風險者，都被禁止入境。學者 Kevin Johnson 就批評，一個以追求個人權利與自由為信念的國家很難解釋為何在移民法中訂定這麼多排除事由。⁴⁵時至今日，「可能的公共負擔 (the public charge exclusion)」是美國移民當局經常用來拒絕外國人入境的實質理由。其實，公共負擔的排除事由本質上就是要拒絕窮人

⁴² Legomsky, *supra* note 40, at 390.

⁴³ Johnson, *supra* note 28, at 53.

⁴⁴ INA §212(a), 8 U.S.C. §1182(a).

⁴⁵ Johnson, *supra* note 28, at 55.

移民。而無技術者、年老者與失能者之外國人通常都被認定屬公共負擔而被排除。今日，從中國、墨西哥、菲律賓與印度來的移民欲入境時，由於從開發中國家而來的他們缺少在已開發國家中的收入與財富，因此面臨巨大且艱困的門檻障礙。⁴⁶學者 Kevin Johnson 因此認為在美國移民史中，移民法所要排除的移民是那群在美國不受歡迎的群體—婦女、同性戀、失能者與許多其他群體。美國歷史上，在移民法與其執行中明顯地包含「種族」的因素。⁴⁷

（五）20 世紀末的移民立法

20 世紀末全球化的快速變遷影響了遷徙圖像，美國國會為了回應這個變化兵荒馬亂的制定了一連串的法律，包含：⁴⁸

- 1980 年的難民法（The Refugee Act of 1980）

該法採用聯合國的難民定義：因為種族、宗教、國籍、特定社會團體的成員資格、或政治意見而受迫害者。美國設定每年協助 5 萬名難民的目標。

- 1986 年的移民改革與控制法（The Immigration Reform and Control Act (IRCA) of 1986）

主要是透過雇主制裁（employer sanctions）與對無證移民的大赦（amnesty）以減少無證移民的數量。

- 1990 年的移民法

增加每年的移民數量及基於經濟與雇用理由的移民簽證。

- 1996 年的反恐與有效死刑法（The Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996）

⁴⁶ *Id.* at 55-7.

⁴⁷ *Id.* at 50.

⁴⁸ Martin, *supra* note 3, at 66.

該法授權對沒有合法文件抵達機場的外國人及尋求美國給予庇護者快速執行出境程序。

- 1996 年的個人責任與工作機會協調法 (The Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act(PRWORA) of 1996)

該法使得 1996 年 8 月 22 日以後到美國的合法移民無法領取社會福利，除非其係難民、美軍的退伍軍人或已經在美國工作至少 10 年者。

- 1996 年的非法移民改革與移民責任法 (The Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act(IIRIRA) of 1996)

增加邊境巡邏單位的人力，但不包括預防無證外國人非法工作之有效制度。

- 2001 年的強化邊境安全與簽證入境改革法(the Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act(EBSVERA) of 2001)

該法增加移民檢查員與對那些來自被視為贊助恐怖主義的國家者，提高簽證申請的審核標準。

第二節 無證移民

自從美國開始計算合法移民入境美國的數量，大約有 7000 萬人是經過核准的移民 (authorized immigrants)。觀其歷史，許多未經核准的移民也進入美國永久地停留。無證移民潮在 1970 年以後變得尤其嚴重，現今估計約有 1050 至 1100 萬無證移民在美國居留。⁴⁹數量龐大的無證移民 (一般所謂的非法移民) 存在於美國境內再次炒熱無證移民議題，不論是在美國政局、國會與各級政府的公共政策議程上。⁵⁰本節以下將介紹美國無證移民的歷史與社會脈絡，探討其形成的原

⁴⁹ 據統計，2008 年 1 月約有 1160 萬無證移民在美國，因為經濟衰退的關係，1 年後人數下降到約 1080 萬人。Fewer unauthorized immigrants in U.S. in 2009, government says, CNN, 2010.02.10, at <http://edition.cnn.com/2010/US/02/10/illegal.immigrants/index.html> (Last visited: 2010.04.20)

⁵⁰ Michael C. LeMay, ILLEGAL IMMIGRATION—A REFERENCE HANDBOOK , 1(2007)

因，其次介紹美國歷年來針對無證移民的重要管制政策及法令，藉以瞭解嚴格的移民控制是否真能達到預期的目的。

一、歷史與社會脈絡

1960 年代早期以來，移民美國的數量及組成有相當大地改變。首先是 1965 年時 INA 的修正，該次修正廢除了原始國籍的數額制度，將每年的移民上限由 15 萬 8 千人提高到 29 萬人，增加不受數額限制的分類之人數。其次是立法使政治難民更容易入境，尤其是那些來自古巴與中南半島的人。第三是無證移民明顯的增加，這是 1960 年代以來勞動遷徙的全球現象的一部份，大多是由低度開發國家向高度開發國家遷移⁵¹。1965 年法律的變革導致更大量的移民。自 1970 年以後（1965 年修正案生效的 2 年後），每年移民美國的合法移民超過 49 萬人，1950 年代每年是 25 萬 2 千人。在 1978 年，若加上取得合法永久居留的 13 萬 2781 名難民，該年總共有 60 萬 1442 人取得合法入境資格，是自 1924 年以來人數最高的一年。⁵²

自 1965 年以後，合法移民的種族結構也發生改變，從原本以歐洲人為多數變成以亞洲與拉丁美洲為多數。1950 年代時，歐洲人仍佔移民總數的一半以上（52.7%），但自 1970 年以後他們僅剩 15.4%。反之，拉丁美洲的移民在相同時期由 24.6% 上升到 38.4%。亞洲人也在其移民數量上有相當大地增加。這個改變可與 19 世紀末、20 世紀初北歐與西歐移民人口比例下降而南歐與東歐移民人口上升的情形相比較，當時導致本土美國人上升的仇外情緒，其為 1924 年通過原始國籍數額制度的限制性立法的一個因素。現在很類似的，合法移民自 1920 年以來不僅是在數量上更為增加，且相較於其他時期是更為明顯可見的。這個因素

⁵¹ Frank D. Bean, Edward E. Telles, Lindsay Lowell, *Undocumented Migration to the United States: Perceptions and Evidence*, POPULATION AND DEVELOPMENT REVIEW, VOL. 13, NO. 4, 672(Dec., 1987).

⁵² *Id.* at 672-73.

促成移民政策的修訂，諷刺地是更針對阻止無證移民，而不是改變合法移民。⁵³

二、無證移民的根源

基本上，無證移民是從合法移民制度與政策之執行中所產生的問題。今日美國移民政策主要是由 1965 年 10 月 3 日 INA 的修訂所建立。但這基本的法律所建立的合法移民制度與其數次的修正所產生與預期結果的落差，構成了無證移民的本質與範圍。要全盤瞭解無證移民的發展，就必須先理解在 1964 年終止的客工計畫（the Bracero Program）。⁵⁴

1942 年至 1965 年間引進數百萬墨西哥工人至美國西南方各州當臨時工人的客工計畫⁵⁵可視為是當代美國無證移民的起因之一。雖然客工計畫的目的是在提供農場主實質且便宜的勞動力，但其提供墨西哥勞工進入美國勞動市場之管道造成持續性的影響。客工們開始熟悉美國勞動市場，與雇主接觸且學會特定的工作技術（例如實用的英語知識）。該官方計畫的目的最終是希望農場主轉而雇用本土勞動力且採取機械化農業，但因為農場主取得前客工的方便管道使得其以非法勞動力（illegal labor）來替代先前合法的客工。⁵⁶美墨之間的移民，尤其是無證移民，至今日仍是顯而易見的。流動始於早期的移民，通常是從事農業或其他低薪低技術的工作之年輕男性。隨著時間的經過，這些先驅者累積在美國勞動市場的經驗與對新國家的認識。由於這些經驗，越來越多非法遷徙者定居美國而成為無證移民。在作為先鋒的男性定居美國後，家庭團聚的階段開始，他們將妻子、小孩與更多的親戚帶到美國。當移民者的家鄉或城鎮知道遷移的利益後，成熟的移民管道也更擴及到先驅者的朋友、熟人。有些移動是合法的，而有些是非法的；

⁵³ *Id.* at 673.

⁵⁴ LeMay, *supra* note 50, at 3-4. 參本章第一節二、。

⁵⁵ 為解決當時數百萬工人離開農場到大城市從事高薪資的戰爭產品工作所造成的農業缺工。*Id.*

⁵⁶ Jeffrey S. Passel, *Recent Efforts to Control Illegal Immigration to the United States*, 3 (unpublished paper, presented to OECD Working Party on Migration, Paris, June 13-14(1996))

但對許多人而言，非法入境僅是合法遷徙的前奏罷了。⁵⁷

無證移民的文獻汗牛充棟，但重要的社會、經濟與人口爭議都欠缺共識。首先，對於無證遷徙的根本原因就有不同的看法。有些人強調所謂的「推力」因素，即迫使人民離開其國家的因素，包含貧窮、迫害、武力衝突、家庭分裂與其他困難；另外一些人則強調「拉力」因素，即接收國的正面吸引，包含經濟機會、政治自由、個人安全與家庭團聚。移民專家 Passel 指出，客工計畫也刺激了墨西哥勞動力向美國移動。⁵⁸再者，1965 年修正的 INA 也沒有辦法快速地處理數量增加的移民，申請案不斷累積，不願意或無法為合法簽證等待數年的移民就以非法方式入境。⁵⁹

三、管制

(一) IRCA of 1986 以前

無證移民的身分與經驗是由其越界違法者的身分（實際存在的外人）所產生。但無證移民與國家間的關係不完全是政府移民規範與其限制。無證移民有其第二個法律身分，經常被研究地下經濟的理論與政策文獻所忽略，即：無證移民是受限制但真實的民事社會成員。在某些正式與實際的領域中，無證移民是被國家社群所承認的成員。⁶⁰例如，無證移民的訴訟權受到司法實務的承認，其可訴請離婚、請求給付工資及補償。法院強調，移民法的違反並不會使雇用契約成為非法，違反移民法的適當懲罰是驅逐出境而非僱傭權益的喪失。⁶¹德州法亦認為，「雇用無證移民」不屬於 INA 所禁止的「藏匿無證移民」。簡言之，在雇主制裁

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ LEGOMSKY, *supra* note 40, at 1111. See also Congressional Research Service, *Illegal Aliens: Analysis and Background*, U.S. House Comm. On the Judiciary, 95th Cong., 1st Sess.(1977); DAVID W. HAINES & KAREN E. ROSENBLUM (EDS.), *ILLEGAL IMMIGRATION IN AMERICA—A REFERENCE HANDBOOK*(1999); Gerald P. Lopez, *Undocumented Mexican Migration: In Search of a Just Immigration Law and Policy*, 28 UCLA L. REV. 615(1981)

⁵⁹ LEMAY, *supra* note 50, at 8.

⁶⁰ Linda S. Bosniak, *Exclusion and Membership: The Dual Identity of The Undocumented Worker under United States Law*, 1988 WIS. L. REV. 955, 977-78(1988)

⁶¹ *Commercial Standard Fire & Marine Co. v. Galindo*, 484 S.W.2d 635, 636(Tex. Civ. App. 1972)

實施前，移民法僅直接規範邊界與入境；一旦無證移民入境後與其他社群成員所建立的民事關係則不受排除規範的規制。法院認為，無證移民亦適用聯邦勞動保護法令。⁶²

在某些領域法律對無證移民的保護與承認，是由於他們的人格特質與領土的存在，這樣的身分標示出對被承認的社群成員之正式保護。雖然承認無證移民受保護的成員身分之存在很重要，但無證移民尚有很多權利受到剝奪且受到國家排除規範的規制，直接或間接地抵銷了其形式上所享有的保護。⁶³即使無證移民形式上的權利存在，他們實際上行使這些權利的能力是有限的。無證移民害怕受到國家的驅逐，為避免這樣的結果而放棄行使其成員權利。無證移民通常不願意尋求幫助且不想要向法院提起民事訴訟或更進一步領取法律給予的福利。⁶⁴

(二) IRCA of 1986

國會在 1986 年通過 IRCA，規定雇用無工作許可者之行為構成犯罪。IRCA 中有許多重要的條款在處理雇用與赦免。IRCA 禁止雇用無證移民的主要條款與現行禁止無證移民受雇用的規定互相搭配，目的是要防止無證移民入境美國。⁶⁵時至今日，大多數專家皆同意，IRCA 試圖去阻止無證移民的目的並未成功。⁶⁶

1、合法化 (Legalization)

IRCA 中的赦免程序使在美國的無證移民有取得合法身分之管道。今日，許多政治人物、勞工團體、移民倡議團體與行政官員再次呼籲不同程度地對無證移民赦免及立法給某些在此的無證移民合法身分。⁶⁷赦免計畫的支持者主張，數百

⁶² Bosniak, *supra* note 60, at 982.

⁶³ *Id.*, at 983.

⁶⁴ *Id.*, at 986.

⁶⁵ 在 IRCA 立法過程中，委員會報告指出，工作機會吸引非法入境的外國人或使非移民者違反其身分限制而接受雇用。對雇用無證外國人之行為施加刑罰可嚇阻雇主，然後可抑制外國人非法入境或違反其身分尋求工作。H.R. REP. NO. 682(1), 46(1986), *reprinted* in 1986 U.S.C.C.A.N. 5659, 5650.

⁶⁶ Frantz, *supra* note 2, at 519.

⁶⁷ *Id.* at 519-20.

萬無證移民居住在美國，且他們的舉止正如其被要求應達到的：努力工作、不惹麻煩、遵守法律（當然，除了移民法之外）、幫助其家庭與可望獲得合法身分的機會。支持者認為無證移民對國家是有益的、從事美國工人不願做的低薪工作及納稅。若無證移民非法工作將容易受到不正當雇主的剝削。反對者則主張合法化會增加無證移民的數量、促使人口增加及對發展、過度擁擠的學校與西南部缺水問題造成壓力。其認為無證移民消耗了社會福利與公共健康照護制度。⁶⁸

2004 年初，布希總統提出一臨時工人計畫，將有意願的雇主與非公民工人配對。⁶⁹正如 1986 年時的狀況，此時要求赦免是有爭議的：「批評者認為赦免會鼓勵非法且就如 1986 年一樣，赦免僅會鼓勵更多的移民進來。」⁷⁰

IRCA 規定的合法化程序要求：(1)1982 年 1 月以前入境美國或入境許可已經逾期者；(2)無重罪或很多輕罪的紀錄；(3)沒有接受公共協助者。學者 Linda Bosniak 認為規範過於狹隘，此外，忽略了符合資格申請者的家庭成員，以致許多符合資格的申請者，因擔心其配偶、子女與父母受到移民局的注意而不願意申請。再者，移民局對於宣傳與教育的努力亦遠遠不足。且每名申請者 185 美元的申請費用加上其他藥物檢驗、照相、指紋等費用亦使無證移民卻步。⁷¹最後，要求申請者提出其持續居留的證明文件對無證移民而言是非常困難的。因為他們很多人謹慎地生活而不希望留下其存在的紀錄，而有些無證移民經常搬家、換工作，要求其追溯其軌跡尤其困難。雇主亦不協助無證工人，一方面是擔心其會因違反稅法及社會福利法而被追究，另一方面是雇主認為一旦其承認雇用關係，將會受到 IRCA 的懲罰。⁷²實則，在 1986 年 11 月 6 日以前雇用無證移民並沒有法律責任。

⁶⁸ LEMAY, *supra* note 50, at 33.

⁶⁹ 布希總統宣布其提案的四個面向，首先，美國需要控制其邊境；第二，新移民法應該符合美國的經濟需要。如果美國雇主所提供的工作是美國人不願意做的，我們應該歡迎願意填補該工作的人來美國；第三，我們不應在取得公民身分程序中給非法移民不公正的獎勵或不利於那些合法入境者；第四，新法應提供期限屆滿的臨時外國工人永久返回其母國的誘因。

⁷⁰ Frantz, *supra* note 2, at 520.

⁷¹ Bosniak, *supra* note 60, at 1009-10.

⁷² *Id.* at 1011.

對於申請受到批准的人而言，合法化的利益是不容低估的。大多數的人都體驗到其身分在這個國家中的重要進展。然而，該計畫僅使當時三分之一的無證移民取得身分，⁷³灰色的社會底層階級仍存在於美國社會。

2、雇主制裁 (Employer sanction)

IRCA 的雇主制裁條款適用於所有美國雇主，受雇人的部分則包含全職、兼職、不定期或臨時的工作。雇主制裁可以分為實質違反與程序違反。實質違反係指雇主雇用無證移工之行為，或雇主自知悉工人身分後仍繼續雇用之行為。程序違反指雇主未遵守工作文件識別程序。⁷⁴IRCA 對於外國人的違法雇用主要由三個規定構成：(1)知悉該外國人未經許可仍違法雇用；(2)知悉該外國人未經許可仍繼續違法雇用；(3)在雇用程序中未遵循文件查驗要求。⁷⁵該法中對知悉 (knowledge) 的要求是：對於特定事實或狀況，透過合理的注意，能使人相當地注意到某種特定情況 (Knowledge which may fairly be inferred through notice of certain facts and circumstances which would lead a person, through the exercise of reasonable care, to know about a certain condition.)。

關於文件查驗部分，IRCA 對雇主課以在雇用前查證個人雇用資格的義務，⁷⁶若雇主不履行即屬違法。⁷⁷雇主有義務證明該受雇人是美國公民、取得永久居留權的外國人或有權合法在美工作者。⁷⁸IRCA 中規定了 1-9 表格，填寫該表成為雇用程序的必要部分。IRCA 對於未遵守文件查驗規定的雇主施加懲罰。⁷⁹

2002 年時，最高法院在 *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*⁸⁰案中，依 IRCA

⁷³ *Id.* at 1012.

⁷⁴ Stephanie E. Steele, *Deterrence to Hiring Illegal Immigrant Workers: Will The New Employer Sanction Provisions Work?*, 36 GA. J. INT'L & COMP. L. 475, 486(2008)

⁷⁵ 8 U.S.C. § 1324 (2000 & Supp. 2004).

⁷⁶ 8 U.S.C. §1324a(b)(2000).

⁷⁷ 8 U.S.C. §1324a(a)(1)(B)(2000).

⁷⁸ 8 U.S.C. §1324a(b)(2)(2000).

⁷⁹ 8 U.S.C. §1324a(2000).

⁸⁰ 535 U.S. 137(2002). 本案由首席大法官 Rehnquist 主筆多數意見，獲得大法官 O'Connor、Scalia、

之規定拒絕無證移民對積欠工資之請求。本案係因一雇主所雇用的無證移民，其使用不實文件應付雇主依 IRCA 所負的查證義務。⁸¹在開始受雇不久，地區勞工團體對雇主的營業地點進行動員。⁸²該受雇者支持勞工團體且開始組織其同事。結果，雇主解雇了該名員工及其他的同事。該受雇人向勞資關係委員會(the National Labor Relations Board, hereinafter called NLRB) 申訴，並得到積欠工資。⁸³而 NLRB 的決定亦受到上訴法院的支持。⁸⁴但最高法院廢棄原來的決定，駁回無證移民受雇者的請求。⁸⁵

Hoffman 案是最高法院在 IRCA 制定後第一個針對無證移民權益的案件。本案之所以重要，係因當勞動者權利與移民法相抵觸時，移民法所展現的廣度。⁸⁶最高法院依據 IRCA 背後所代表的移民政策立場—即防制美國境內無證移民之雇用—而做成判決。最高法院認為給予無證移民積欠工資將與制定 IRCA 的政策相衝突。基於拒絕給予無證移民積欠工資的立場，最高法院批評 NLRB：「該委員會要求本院允許其發給無證外國人積欠工資，而該工資是無法合法獲得且該工作是透過詐欺取得。」⁸⁷*Hoffman* 案強調：「如同本院以前所闡明的，IRCA 使抑制無證移民的雇用成為移民政策的核心。」⁸⁸*Hoffman* 案重申 IRCA 對雇主所課以的義務，其中包含雇主應在雇用前藉由文件的查核以辨識受雇者的身分與資格，且總結 IRCA 的查證規定之最終效果：「若一外國申請者無法提出所要求的文件，該未受許可之外國人就不能被雇用。」⁸⁹雇用查證之重要性強調了 IRCA 背後的政策，縱使雇主的行為違反聯邦勞動法令—違法解雇受雇人，但 IRCA 背後的政策優先

Kennedy 與 Thomas 之支持。Breyer 大法官撰寫不同意見書，Stevens、Souter 與 Ginsburg 大法官加入 Breyer 的不同意見書。

⁸¹ *Id.* at 140-41.

⁸² *Id.* at 140.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 237 F.3d 639(D.C. Cir. 2001)

⁸⁵ *Hoffman*, 535 U.S. at 140.

⁸⁶ *Hoffman* 案揭示了就防止無證移民的雇用而言，IRCA 勝過 NLRA (National Labor Relations Act)。

⁸⁷ *Hoffman*, 535 U.S. at 148-49.

⁸⁸ *Id.* at 147.

⁸⁹ *Id.* at 148. IRCA 所允許作為身分證明的文件之一就是各州所核發的駕駛執照。關於駕照爭議，留待後述。

於勞動法。*Hoffman* 案呈現了移民法背後的政策思維：雇用無證移民是不被允許且鼓勵這樣的雇用之活動違反 IRCA。⁹⁰

IRCA 原本希望透過雇主制裁遏止無證移民的增加，但其效果受到兩個事實的限制：(1)制裁規定在執行上未落實；(2)縱使執行，雇主有各種策略以降低需負擔的法律成本，且無證工人亦用各種手段規避執行的影響。⁹¹Immigration and Naturalization Service（以下簡稱 INS）對於執行雇主制裁的經費並不足夠，許多 INS 的官員都懷疑他們的單位是否有適當能力去執行這些規定。⁹²其次，對雇主而言，不雇用無證移工的成本遠大於處罰的成本，因此雇主寧願吸收罰金作為經營的成本，尤其是 INS 對第一次違反的雇主之處罰都相當仁慈，使雇主更抱持著投機的心態。再者，即使雇主會因為雇用無證移民而受到刑責，他們知道如何在工廠建立一套將處罰降至最低的作法。例如其雇用無證移民而不留下任何記錄且給付的薪水都不會記入帳內；增加外包的利用以規避責任。⁹³歐洲的經驗顯示，對雇用無證移民的雇主施加處罰不太可能被嚴格執行。儘管法律有所明文，但法院與執法單位明顯不希望將無證移民的雇用視為嚴重的犯罪而課以高額罰金或形式制裁。在美國，執行官員與法院對於這種沒有明確被害人且顯然非犯罪的行為，不願意視其為嚴重的罪行。且針對雇主的執法效果，也會因為法律執行實務須受到司法的控制而降低。最後，IRCA 規定，提出偽造文件的無證移民若因雇主的善意信賴而獲得雇用，該雇主可以之作為積極的抗辯事由。該法創設了廣泛的事由使雇主得以免除刑事或民事責任。⁹⁴

制裁規定的確會對美國的勞動市場持續產生影響，雇主與無證移民都會努力調整以適應新的法律規定。但 IRCA 的本質、執行的模式與國內外的經濟脈絡實

⁹⁰ Frantz, *supra* note 2, at 525.

⁹¹ Bosniak, *supra* note 60, at 1013.

⁹² *Id.* at 1013-14.

⁹³ *Id.* at 1014-15.

⁹⁴ *Id.* at 1015-16.

際上都令人確信，雇主制裁的主要效果並不能明顯地遏止無證外國人的雇用。⁹⁵

(二) IIRIRA of 1996

1996年9月30日，總統柯林頓簽署了非法移民改革與移民責任法(the Illegal Immigrant Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, 以下簡稱 IIRIRA)。⁹⁶ IIRIRA 顯示，共和黨在 1994年期中選舉於參眾兩院取得多數黨的地位後不久立刻完成立法。⁹⁶

IIRIRA 首先處理加強邊境的控制，這部分可能是該法案最熱門的條文。IIRIRA 最立即的影響是邊境巡察單位數量的遽增。在 IIRIRA 通過後的 5 年內會增加 500 個新單位。非法入境美國的處罰明顯地增加。1997 年 4 月 1 日以後試圖違法入境的外國人可處 250 美元，試圖規避高速公路檢查哨的外國人若被定罪，將被處以 5 年有期徒刑後強制出境。⁹⁷

因為 IIRIRA 的制定，入出境美國受到更多的限制。在 2000 年以前，新的跨境識別卡必須發行與應用。新卡會包含外國人的指紋與掌紋。司法部長必須在 2 年內發展出自動化的入出境控制系統。美國將在最多無證移民入境的 5 個外國機場設立事前檢查站。IIRIRA 亦強化了 INS 的境內執法，授權 INS 在接下來 3 年雇用 300 名工作人員，負責偵查外國人走私與外國人的非法工作。隔年，授權 INS 雇用 300 名調查員負責逾期居留者，且 INS 在各州的官員數量必須至少 10 名。允許司法部長與各州簽訂協議讓各州的官員有權執行調查、逮捕與拘留外國人。州政府官員應接受執行聯邦法的訓練。⁹⁸

此外，IIRIRA 亦限縮了移民法官的裁量權限，IIRIRA 擴張了可驅逐出境之犯罪的定義、可溯及既往地適用、及禁止向移民上訴法院上訴。因此，在 IIRIRA 之

⁹⁵ *Id.* at 1019.

⁹⁶ *IIRIRA 96 - A SUMMARY OF THE NEW IMMIGRATION BILL*, <http://www.visalaw.com/96nov/3nov96.html#section 8> (last visited : Apr. 26, 2010)

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

前犯罪正在服刑的外國人，現在會面臨被驅逐出境的狀況。甚至 INS 的官員都批評 IIRIRA 的不合理，且將永久居留的外國人驅逐出境會對其家庭造成破壞性的影響。⁹⁹

(三) 911 事件後的移民法變革

在 911 恐怖攻擊後數週，美國國會提出一連串重要的法案。¹⁰⁰這些法案顯示了聯邦政府在移民事務上優位於各州的權力。或許最有名的法案是 2001 年提供適當工具防制恐怖主義以聯合及強化美國法 (the Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, 簡稱美國愛國者法案(USA PATRIOT Act))¹⁰¹與 2002 年強化邊境安全與簽證入境改革法 (the Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002(Border Security Act))，¹⁰²當然還有其他法案。此外，司法部長在 991 後訴諸 1996 年的 IIRIRA 授權地方執法機關去執行移民法。就移民管制而言，司法部長的行動顯示了聯邦政府優位於各州的權力。

1、USA PATRIOT ACT of 2001

布希總統在 2001 年 10 月 26 日簽署了 USA PATRIOT ACT of 2001，該法是一廣泛的反恐法，其中包含國家移民法的重要改變。該法基於不許可入境與驅逐出境之目的而擴張恐怖主義的定義、¹⁰³對於司法部長認為從事恐怖活動的移民強制拘留、¹⁰⁴增加措施以預防簽證申請者領事館購物 (consulate shopping, 即可能的

⁹⁹ *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act(IIRIRA)*, <http://wapardonprocess.info/IIRIRA.aspx> (last visited Apr. 26, 2010)

¹⁰⁰ Paul L. Frantz, *How the United States Responds to Terrorism: An Analysis of Proposed Changes in the Nation's Immigration Law*(Feb. 22, 2002)(paper presented at Pacific Southwest Academy of Legal Studies in Business Annual Meeting)

¹⁰¹ Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272(2001)

¹⁰² Pub. L. No. 107-173, 116 Stat. 543(2002)

¹⁰³ Pub. L. No. 107-56, §411, 115 Stat. 272, 345.

¹⁰⁴ *Id.* §412, 115 Stat. 272, 360.

移民者比較領事館以尋求最好的結果)¹⁰⁵與保留移民利益給恐怖攻擊的受害者與其他受攻擊影響者。¹⁰⁶ USA PATRIOT ACT of 2001 亦要求司法部長徹底執行與擴張 1996 年 IIRIRA 所創造的外國學生監控制度 (the Foreign Student Monitoring Program)。¹⁰⁷ USA PATRIOT ACT 調整免簽證計畫，限制其僅適用於採用防止護照盜用與竄改措施的國家。¹⁰⁸免簽證國家必須協力執行 USA PATRIOT ACT 的這個規定。

2、Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002(Border Security Act)

911 事件後另一個重要的有關移民之法律是 Border Security Act。¹⁰⁹類似於 USA PATRIOT ACT，本法在本質上是廣泛的，顯示出聯邦政府控制移民事務的廣度。本法包含許多關於邊境議題的條款、移民入境及與墨西哥、加拿大提昇技術合作。¹¹⁰

Border Security Act 要求聯邦執法單位與情報系統更大的合作，授權決定入境資格的資訊之共享。¹¹¹如同 USA PATRIOT ACT，Border Security Act 也修正了免簽證計畫¹¹²及包含處理外國學生監控制度的重要規定。關於外國學生監控制度的條款包含國際學生沒有參與課堂時必須通知移民官員。¹¹³這些規定對教育機構造成負擔，但他們卻沒有獲得額外的補助去追蹤國際學生或與移民官員合作。不遵守的教育機構會有一段時間不能收外國學生，¹¹⁴這呈現出聯邦政府在處理有關移民

¹⁰⁵ *Id.* §418, 115 Stat. 272, 355-56.

¹⁰⁶ *Id.* §423, 115 Stat. 272, 360.

¹⁰⁷ *Id.* §416, 115 Stat. 272, 354.

¹⁰⁸ *Id.* §417, 115 Stat. 272, 355. USA PATRIOT ACT 要求國務院出每年的審核報告以確保這些措施的利用。

¹⁰⁹ 布希總統在 2002 年 5 月 14 日簽署該法案。法案的目的是強化美國的邊境安全及其他目的。

¹¹⁰ Pub. L. No. 107-173, §601-06, 116 Stat. 543, 564-65.

¹¹¹ Pub. L. No. 107-173, §201, 116 Stat. 543, 547. 向國會報告、計畫與技術標準的建立與執行及資訊適當利用的範圍，Border Security Act 都詳細規定。

¹¹² 本法要求要求參與免簽證計畫的國家發給其國民機器可讀的護照。

¹¹³ Pub. L. No. 107-173, §501, 116 Stat. 543, 560.

¹¹⁴ 最少是一年。*Id.* §502, 116 Stat. 543, 563.

事務上影響範圍的廣度。

3、對移民的地方執法

2002 年，根據現行移民法的授權，¹¹⁵司法部長授權州與地方執法官員執行移民法。¹¹⁶在徵得地方執法機關首長的同意下，司法部長授權地方執法官員在非公民大量湧入的時期去行使移民官員的所有權力。雖然國會制定了這個條款且司法部長也同意，地區警察卻明顯地不希望參與移民執法。¹¹⁷授權司法部長的 IIRIRA 條款引發了一個有趣的問題，即是否國會授權各州代理執行聯邦法律會超出國會的憲法權限？有些評論者認為確實如此。¹¹⁸州與地方執法單位代理執行聯邦移民法的意義顯示了聯邦政府對於移民事務有廣泛的權限。

四、憲法爭議

最高法院偶爾會表示，在美國的無證移民亦受某些憲法條款的保護。¹¹⁹最高法院經常提及外籍住民（resident aliens）但卻未澄清外國人是否有某種移民身分或僅是定居的外國人。一般的共識是，雖然包含平等保護條款的憲法規定基於平等保護之目的，或許涵蓋無證移民，但嫌疑分類原則僅適用於合法移民，不包括非移民的合法住民（non-immigrant legal residents, 如外國學生、觀光客）與無證移民。¹²⁰無證移民的憲法保障爭議與兩個重要的議題有關，首先是無證移民案例是在平等保障與聯邦優位間獨立的判例，無證移民在何種程度上應被視為平等的住民？其次，將外國人納入憲法保障範圍的理由為何？無證移民不像合法的永久

¹¹⁵ IIRIRA of 1996, Pub. L. No. 104-208, division C, 110 Stat. 3009-546.

¹¹⁶ 自從移民事務歸屬聯邦控制後，所有移民法都是聯邦立法。

¹¹⁷ Patrick J. McDonnell, *Police Want No Part in Enforcing Immigrant*, L.A. TIMES (Apr.5, 2005), at <http://articles.latimes.com/2002/apr/05/local/me-immig5> (last visited : 2010.04.26)

¹¹⁸ E.g., Sylvia R. Lazos Vargas, "War on Terrorism", and *Immigrants: Legal Challenges Post 9/11*, 67 MO. L. REV. 775, 781(2002)

¹¹⁹ 無證移民在刑事程序上，已經被肯認享有憲法第 4、5、6、8 增修條文之保護。See, *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266(1973)(Fourth Amendment); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228(1896)(Fifth and Sixth Amendments).

¹²⁰ RUTH RUBIO-MARÍN, IMMIGRATION AS A DEMOCRATIC CHALLENGE—CITIZENSHIP AND INCLUSION IN GERMANY AND THE UNITED STATES, 155(2000).

居留外國人，至少在形式上不被接受為國家社群的成員。如此將會自動地把無證移民排除在憲法平等的領域外嗎？如果不是，基於什麼理由仍將無證移民涵納在內？這個爭議的理論意義，對於正經歷無證移民增加的憂慮之州與聯邦政府而言是不容否認的，且其已經開始採取法律措施以抑制這樣的現象，保護大眾免於因無證移民及其孩童接受社會福利與公共服務而造成國家資源的耗盡。¹²¹以下分別介紹美國有關無證移民之憲法爭議的判決與立法。

（一）判決先例

過去最高法院已經有兩次相當直接地處理無證移民的爭議，一是 1976 年的 *De Canas v. Bica*，¹²²另一是 1982 年的 *Plyler v. Doe*。¹²³

1、De Canas v. Bica

在本案中，最高法院審理加州勞動法的一個規定，該規定禁止雇主雇用在美國沒有合法居留權的外國人，若這樣的雇用對於合法居留的工作者會有不利的影響。¹²⁴上訴人並非無證移民，而是合法的農場移工，他對農場勞力承包商起訴是基於，承包商有意雇用無證移民而不願繼續與上訴人續約。

下級法院駁回其控訴，其理由是加州勞動法的那條規定是違憲的，因為其侵犯了國會基於對移民事務排他性的權力所制定的廣泛規制體系。然而，最高法院支持加州法律。最高法院主張，雖然管制移民是屬於聯邦的權限，加州的規定不能被稱作是移民管制，即使其對移民有一些單純推測與間接的影響。¹²⁵最高法院對移民政策提出限制性的解釋，其認為移民政策本質上是在決定誰應不應被允許入境，與合法入境者可以停留的條件。¹²⁶最高法院進一步主張，各州基於其警察

¹²¹ *Id.* at 156.

¹²² 424 U.S. 351(1976).

¹²³ 457 U.S. 202(1982).

¹²⁴ *De Canas*, 424 U.S. at 352(citing Cal. Labor Code Ann. §2805(a))

¹²⁵ *Id.* at 363-65.

¹²⁶ *Id.* at 355.

權有廣泛的權力去規制雇用關係，及禁止無證移民的有意雇用，因為在高失業率的時期雇用無證移民會剝奪公民與合法外國人之工作且無證移民接受不符合最低標準的薪資及勞動條件會嚴重破壞公民與合法外國人的薪資水準與工作條件，以致減弱工會的作用。¹²⁷

雖然最高法院承認，保護重要政府利益的州法不能與首要的聯邦立法相違背，但其並不認為僅從關於入境的一般條件與外國人居留的聯邦法律（如 INA），就可以論斷國會有意排除關於外國人或雇用無證無民的州法。¹²⁸

2、Plyler v. Doe

最高法院在 1971 年的 *Graham v. Richardson*¹²⁹ 案中主張，平等保護條款要求州法對合法移民的分類應採嚴格審查標準。¹³⁰ 其理由是基於外國人身分之分類就如同基於國籍與種族之分類，本質上是有嫌疑的且應受嚴格審查。由於外國人傳統上沒有權力、沒有投票權，因此不能直接影響政治過程，最高法院認為合法外國人是分離而孤立的少數（discrete and insular minorities）之主要例子，因而對其提高審查密度是適當的。¹³¹ 這個判決受到許多移民法與憲法學者的讚許，不僅是因為其保障了政治上弱勢且歷史上受虐待的團體，¹³² 亦因為其承認合法移民對美國社會的貢獻，就如公民在其日常生活之行為一樣。¹³³ 正如最高法院在 *Graham* 案中所述：「外國人像公民一樣繳稅及受兵役徵召...他們在居住很多年、工作及對國家有經濟貢獻。」¹³⁴ 的確，由於公民與合法移民除了其正式身分外，在行為與貢獻上幾乎沒有什麼差異，喬治城大學法律中心主任 Alexander Aleinikoff 將這

¹²⁷ *Id.* at 355-56.

¹²⁸ *Id.* at 358.

¹²⁹ *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365(1971).

¹³⁰ *Id.* at 371-72.

¹³¹ *Id.* at 372.

¹³² Michael Wishnie, *Laboratories of Bigotry? Devolution of the Immigration Power, Equal Protection, and Federalism*, 76 N.Y.U. L. REV. 493, 555(2001).

¹³³ Jason H. Lee, *Unlawful Status as a "Constitutional Irrelevancy?": The Equal Protection Rights of Illegal Immigrants*, 39 GOLDEN GATE U. L. REV. 1, 7(2008)

¹³⁴ *Graham*, 403 U.S. at 376.

樣的移民視為「受訓中的公民（citizens-in-training）」，其應被賦予如完整公民的平等待遇，包含廣泛的經濟與社會權利。¹³⁵

最高法院對無證移民不若其對合法移民給予強大的平等保障，縱使憲法增修條文第 14 條被解釋為適用於美國境內的任何人，包含無證移民，¹³⁶1982 年的 *Plyler v. Doe* 無疑是這個領域最受爭議的判決。¹³⁷*Plyler* 案認為，禁止無證移民接受免費公立教育之 1975 年德州法違反平等保護條款，解決了無證移民是否有權利接受公立教育的問題。*Plyler* 案所引起的爭議是因為德州修改其教育法，拒絕補助公立學校無證移民的教育經費，該法亦授權地方學區要求公立學校拒絕無證移民的註冊。¹³⁸*Plyler* 案是一團體訴訟，由德州某一無證學童為代表以憲法理由提起訴訟。¹³⁹原告在聯邦法院起訴，認為憲法增修條文第 14 條之平等保障條款保護學齡的無證移民，因此主張德州法違憲。¹⁴⁰地區法院認為德州法違反憲法的聯邦優位條款，¹⁴¹第五巡迴上訴法院基於平等保護的理由支持地區法院的結論，但批評地區法院聯邦優位條款之決定有瑕疵。¹⁴²

德州向最高法院主張，無證移民不屬於德州管轄範圍內的人民，如平等保護條款所要求的，¹⁴³因此不受到德州法的平等保障。最高法院反駁這樣的主張，認為第 14 增修條文中的「人（person）」包含無證移民：「外國人，甚至是不合法存在於美國的外國人，一直被承認是第 5、14 增修條文正當法律程序所保障的人。」¹⁴⁴最高法院主張，平等保護就如同正當程序，適用於所有人，甚至是無證

¹³⁵ Alexander Aleinikoff, *The Tightening Circle of Membership*, 22 HASTINGS CONST. L. Q. 915, 921(1995).

¹³⁶ *Plyler*, 457 U.S. at 215.

¹³⁷ *Plyler* 案是一個五比四的判決。大法官 Marshall、Blackmun、Powell 與 Stevens 加入 Brennan 大法官成為多數意見，大法官 Marshall、Blackmun 及 Powell 亦撰寫了協同意見書。大法官 White、Rehquist 與 O'Connor 則加入首席大法官 Burger 的不同意見書。

¹³⁸ *Plyler*, 457 U.S. at 205.

¹³⁹ *Id.* at 205-06.

¹⁴⁰ *Id.* at 208.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.* at 208-09.

¹⁴³ "No state shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws(州不應拒絕在其管轄內之人民法律的平等保障)。" U.S. CONST. amend. XIV, §1.

¹⁴⁴ *Plyler*, 457 U.S. at 210.

移民。¹⁴⁵

在判決中，最高法院反駁德州因有限資源而不能提供無證移民公立教育之主張：「當然，當然，單純保留資源的主張難以正當化用來分配資源的分類…州必須提出更多理由以合理化其故意歧視的表現。」¹⁴⁶今日由有大量無證移民的州所提出的主要關切是，誰應為無證移民的教育買單之問題，這是¹⁴⁷*Plyler* 案沒有處理的。

雖然最高法院不認為教育是憲法中的基本權利，但仍承認公立教育的重要性：「公立教育不僅僅只是和其他社會福利立法無法區分的某種政府利益，教育之重要性在於維持我們基本的制度及剝奪孩童人生所造成的持續影響。美國人民一直視教育與知識的獲得是最重要的事。」¹⁴⁸最高法院認為，雖然無證移民學童並非嫌疑分類（a suspect class），¹⁴⁹但其有權受到憲法的平等保護。雖然承認無證移民學童會被驅逐出境，¹⁵⁰最高法院仍強調，排斥無證移民學童於公立教育之外將對其造成之不利益：「拒絕給予這些孩童基本教育意謂著我們拒絕給予他們在我們公民制度的結構中生存的能力，且阻止了他們能對這個國家之進步做出貢獻的實際可能。」¹⁵¹

最高法院認為，進入無證移民分類是出自自願性的行為，就如非法入境的行為一樣。很明顯地，最高法院沒有考慮到因害怕受到迫害或迫於某種情況而逃離其母國的人，對他們而言非法入境似乎不是真正自願性的行為。¹⁵²根據 Brennan 大法官所述，很難認為外國人的無證身分是「憲法上無關聯（constitutional irrelevance）」，因為這個身分是源自政府管理外交事務及控制入境的憲法權力，

¹⁴⁵ *Id.* at 213.

¹⁴⁶ *Id.* at 227.

¹⁴⁷ *Plyler*, 457 U.S. at 205.

¹⁴⁸ *Id.* at 221.

¹⁴⁹ *Id.* at 223.

¹⁵⁰ *Id.* at 226.

¹⁵¹ *Id.* at 223.

¹⁵² RUTH RUBIO-MARÍN, *supra* note 120, at 158-59.

這個權力不能被否認。¹⁵³一些學者批評這些主張不足以合理化將無證移民由外國人廣泛的嫌疑分類中排除。畢竟，無證移民是居住外國人的一部分，其在政治程序中保護其利益的可能性受到最嚴厲的剝奪，他們不能出現在公共領域及為其利益發聲，因此需要有投票權的社群考慮到他們。由於其外來性而欠缺支持、對於無證移民中某些特定群體之仇恨，而且還有州對於聯邦政府執行移民法不力之不滿，使得無證移民特別容易受到仇恨歧視與虐待。基於此點，無證移民在歷史上一直是被剝削與歧視的受害者，且大部分持續到現在。¹⁵⁴不是出生在美國的無證移民學童更脆弱，因為其不能依靠其父母的事實上代表。最後，不像有資格歸化的外國人，無證外國人的身分無法透過個人意志來改變。承認這點且據此強化對無證移民的保護，不是否認國家控制入境的權力，而是限制會影響已經成為美國社會一部份的無證移民的權力。¹⁵⁵

(二) 加州第 187 號公投 (Proposition 187 Cal. 1994)

1994 年，加州試圖要控制與規範移民，通過了 187 號公投，該案使得無證移民無法獲得公共社會服務、健康照護與教育。187 號公投在加州與全國皆引起很大的關注。¹⁵⁶在經過激烈的選舉活動後，¹⁵⁷加州的投票者以大幅度比例通過本案。¹⁵⁸

187 號公投重啟了關於美國無證移民憲法身分的爭議。此一由公民投票通過的法律措施宣布，無證移民無權獲得公共服務與福利、就讀州立學校與大學、健康照護（緊急醫療協助為例外）。187 號公投發生在一連串移民議題的公共爭議

¹⁵³ *Plyler*, 457 U.S. at 219.

¹⁵⁴ RUTH RUBIO-MARÍN, *supra* note 120, at 159.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ 187 號公投的支持者主張，加州有義務使公共服務僅給予合法入境美國者。支持者主張，他們是反對無證移民接受公共救助，而非反對無證移民族群。支持者視 187 號公投係為納稅者省錢的方法。另一方面，反對者認為 187 號公投並不會幫納稅者省錢，反而會因會紀錄保存與其他要求而花掉更多錢。反對者也認為 187 號公投違反聯邦法且將 40 萬孩童排除於加州的教育之外。

¹⁵⁷ Paul Feldman, *Major Portions of Prop. 187 Thrown Out by Federal Judge*, L.A. TIMES, Nov. 21, 1995, http://articles.latimes.com/1995-11-21/news/mn-5597_1_illegal-immigrants (last visited: 2010.05.06)

¹⁵⁸ 以 58.8%比 41.2%通過。

中，¹⁵⁹反移民組織近來持續地壯大，且民選官員不斷地訴諸嚴厲的修辭與限制性的立法。重要的是，近來很多法案被提到國會以緊縮移民法或使英文成為國家的官方語言，這樣的爭議證明了，在經濟不穩定與困難的時期，就如 19 世紀初期，移民很可能變成攻擊的目標。尤其是無證移民很容易變成代罪羔羊，近來各州致力於禁止其取得公共福利，且其經常被視為犯罪的外國人，或因為其原始國籍、種族文化背景而受到歧視。¹⁶⁰加州最直接受到聯邦政府執行移民法不力的影響，因此，反移民運動始於加州就不足為奇了。¹⁶¹

187 號公投通過後不久，許多團體提出訴訟以阻止該案的實行。所有的起訴合併為 *League of United Latin American Citizens(LULAC) v. Wilson*，聯邦地區法院發佈暫時處分（preliminary injunction），在依法解決前停止 187 號公投中大部分條款的實施。¹⁶²第九巡迴上訴法院支持地區法院的暫時處分。¹⁶³1995 年 11 月 20 日，地區法院對原告部分主張作出簡易判決。¹⁶⁴兩年後，地區法院在 1997 年 11 月 14 日對其餘部分作出簡易判決，其判決部分是基於 Clinton 總統所簽署之 1996 年個人責任與工作機會法（Personal Responsibility and Work Opportunity Act of 1996, 以下簡稱 PRA），¹⁶⁵該法同時將 187 號公投之解決納入考慮。PRA 是在處理移民的公共福利，因此對於 187 號公投之爭議有深刻的影響。在 187 號公投通過三年後，地區法院作出最後的裁決，宣布聯邦法律（包含 PRA）優先於 187 號公投中拒絕給予無證移民公共社會服務、健康與教育福利的條款。¹⁶⁶

LULAC 案的判決是基於聯邦優先權。該案的關鍵是聯邦法優先於州法。法院認為，移民事務專屬於聯邦政府，而 187 號公投的條款已經侵犯了聯邦的權限。

¹⁵⁹ 美國移民爭議在加州比其它地方更為熱烈，因為估計有半數無證移民居住在加州。

¹⁶⁰ 其實，禁止無證移民取得公共服務與社會福利能否遏阻非法入境是值得懷疑的，工作機會與家庭團聚才是非法入境的主要誘因。

¹⁶¹ RUTH RUBIO-MARÍN, *supra* note 120, at 162-63.

¹⁶² 1998 U.S. Dist. LEXIS 3418 at *4. On November 16, 1994.

¹⁶³ *Gregorio T. v. Wilson*, 59 F.3d 1002(9th Cir. 1995).

¹⁶⁴ *League of United Latin Am. Citizens v. Wilson*, 908 F. Supp. 755(C.D. Cal. 1995).

¹⁶⁵ Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105(1996).

¹⁶⁶ *League of United Latin Am. Citizens v. Wilson*, No. CV 94-7569 MRP, 1997 U.S. LEXIS 18776(C.D. Cal. Mar. 13, 1998).

LULAC 案的法院指出：「加州無權制定其規制移民的立法。」¹⁶⁷

第三節 小結

2001 年 9 月 11 日以前，美國移民政策的討論似乎是朝向合法化墨西哥的無證移民，且對墨西哥人開放合法到美國工作的新管道。下列因素促成較自由的移民政策：墨西哥人與其他無證移民在美國失業率低時到美國找工作；平均一天有一個移民在試圖入境美國時死在沙漠中；還有 2004 年的選舉考量。布希總統希望得到更多西班牙裔選民的選票。這些因素被期待使美國移民改革對在美國的無證移民與其他外國人更慷慨。但 991 事件的恐怖攻擊停止了這個方向的移民改革。反之，美國政府開始執行追蹤、拘捕、及追訴或驅逐無證移民，尤其是從中東國家來的。¹⁶⁸美國正面臨深刻的困境：保衛邊境且同時維持歡迎世界各地訪客的自由社會。20 世紀與 21 世紀初，美國歡迎外國人的到來，但也意圖去控制與限制移民這樣的兩難使得美國在 21 世紀繼續關注移民議題。

本章首先介紹美國的移民過程及相關移民立法，其次就無證移民的部分，分別從歷史與社會脈絡、根源、各種管制政策及相關的憲法爭議作說明。雖然無證移民在某些領域中的權利保障在理論上受到承認，但實際上因為害怕曝光而遭驅逐的恐懼使得其大多選擇沈默。美國為了遏止無證移民潮，除了雇主制裁規定外，透過資訊控制系統、加強與鄰國的邊境合作控制及授權地方執行聯邦移民法等措施，希望能減少境內無證移民的數量，但效果似乎並不顯著。對於已經在美國居留一段時間且已和當地社群建立各種關係的無證移民，在理論上是否應受到何種程度的保障？本論文將在下一章為自由民主國家探究建構保證無證移民之理論的可能性。

¹⁶⁷ Paul L. Frantz, *supra* note 2, at 527.

¹⁶⁸ Philip L. Martin, *supra* note 3, at 83.

第五章 現行理論及其不足

本章檢視現行理論對於無證移民之適用，指出對無證移民保障的欠缺，並進一步檢討現行的法律制度。

第一節 外國人的憲法地位 (constitutional status)

一、外國人能否主張憲法權利？

外國人的憲法地位之所以值得討論，係因通說認為，並非憲法中所有的基本權利外國人皆得以主張。學者李建良指出，外國人是否享有本國憲法所保障之基本權利，端視該權利之性質及內涵是否直接涉及「人類」之屬性，抑或與國家主權或與該國特定政治及經濟條件有所關連。前者屬於普遍性之人權，例如「人身自由權」，蓋人身自由乃人民身體自由活動之權利，為享受一切權利之起點，屬於人類與生俱來之「自然權」，並非經由法律所賦予，故不分本國人或外國人，皆應享有之；反之，後者則僅具有國民身分之人民所得享有，例如選舉權、服公職之權利、工作權等。¹

學者廖元豪認為，基本權依照權利性質作區分，部分原因在於臺灣移植德國憲法基本權理論時，也同時移植了德國的基本權利三分法。²因此，通說將基本權利依其性質分為人權、³國民權、公民權三種。⁴其中「人權」係個人以人的資

¹ 李建良，〈外國人權保障的理念與實務〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 48 期，2003 年 7 月，97-8 頁。德國基本法有關基本權利之規定主要可分成二種：一是「人權 (Menschenrechte)」，屬於任何人之權利，包括外國人在內，例如人身自由 (第 104 條)、言論自由 (第 5 條第 1 項)、身體權 (第 2 條第 1 項)、宗教自由 (第 4 條第 3 項)、藝術自由 (第 5 條第 3 項)、秘密通訊自由 (第 10 條第 1 項)、居住自由 (第 13 條第 1 項)、財產權 (第 14 條第 1 項) 等；另一則是專屬於「德國人」之基本權利 (Deutschenrechte)，例如集會自由 (第 8 條第 1 項)、結社權 (第 9 條第 1 項)、遷徙自由 (第 11 條第 1 項)、職業自由 (第 12 條第 1 項)、引渡權 (第 16 條第 2 項)、選舉權 (第 33 條第 1 項)、服公職權 (第 33 條第 2 項) 等。

² 廖元豪，〈移民—基本人權的化外之民——檢視批判「移民無人權」的憲法論述與實務〉，《月旦法學雜誌》，第 161 期，2008 年 10 月，頁 85。

³ 又稱為人類權 (Menschenrechte)、自然權。

⁴ 法治斌&董保城，《憲法新論》，元照，2010 年 9 月四版，頁 150-51；李震山，〈論移民制度與外國人基本權利〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 48 期，2003 年 7 月，頁 57。但學者吳庚在其《憲法的解釋與適用》一書中謂：「我國憲法第七條以次之各種自由及權利，除第十條、第十四條、第十七條、第十八條及第二十四條外國人不能與本國人同等程度享有外，其餘的權利解釋上應認為無分國籍的必要。」即便是其所列舉的權利，也只是「程度」不同，而非主張「外國人不得作

格所享有的權利，是人類與生俱來的權利，為構成人格的要素，並非任何法律所賦予，亦非任何法律所能剝奪，不區分本國人或外國人，皆得享有。例如人身自由、宗教自由等。而「國民權」則為具有本國國民身分之人民始得享有之權利，例如經濟上及教育上的受益權。「公民權」則係只有公民⁵始得享有之權利，涉及國家政策決定或基本認同，如參政權、服公職權。⁶因而，有公民身分者得兼享有人權、國民權與公民權，但只有國民身分而無公民身分者，則只能享有人權與國民權，而在國內之外國人也只能享受人權。

在釋憲實務上，大法官在面對「外國人（自然人或法人）」或地位有爭議的「中國大陸人民」聲請解釋憲法時，從未逕以「外國人非基本權主體」為由予以不受理。⁷釋字第 560 號解釋就是一個例子。⁸由於本案涉及外國人是否為基本權主體、有無享有勞工保護之受益權及平等權，備受注目。該號解釋首先確定勞工保險之目的、性質以及具有國家補助的特性，指出勞工保險條例第 62 條就被保險人之父母、配偶、子女死亡可請領喪葬津貼之規定，兼具社會扶助之性質。從而指出誰可以受到社會扶助制度保障，屬於立法裁量，因此就業服務法第 43 條第 5 項規定符合憲法第 23 條規定之意旨。⁹雖然大法官沒有直接明白肯定外國人

為基本權主體」，似乎對傳統三分法所有檢討。吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004 年 3 版，頁 143。

⁵ 所謂公民，即國民中具有法定條件之人，詳言之，在積極方面需達到一定的年齡，同時在消極方面，需無法定的消極要件。參公職人員選舉罷免法第 14 條規定：「中華民國國民，年滿二十歲，除受監護宣告尚未撤銷者外，有選舉權。」

⁶ 法治斌&董保城，前揭書（見註 4），頁 151；李震山，前揭文（見註 4）。

⁷ 廖元豪，〈平等權：第二講 大法官對平等權之審查基準〉，《月旦法學教室》第 76 期，2009 年 2 月，頁 38。

⁸ 緣於德國人魏曉安為勞工保險之被保險人，1998 年 4 月 14 日向勞工保險局依勞工保險條例第 62 條申請核發其母死亡喪葬津貼。勞工保險局以聲請人係德國籍且其母於德國死亡，屬勞工保險條例實施區域外發生之事故，依勞工保險條例第 78 條及 1992 年 5 月 8 日公布之就業服務法第 43 條第 5 項規定，否准給付。聲請人不服，經訴願、再訴願、行政訴訟程序，均遭駁回確定。因認確定中局裁判所適用之上開就業服務法規定，有違憲疑義而聲請解釋。

⁹ 但 2002 年 1 月 21 日（釋字第 560 號解釋作出以前），立法院已刪除就服法第 43 條第 5 項，從而參加勞保之外籍勞工，其父母、配偶或子女於該法公布生效（2002.1.23）後死亡者，得依勞保條例第 62 條規定申請家屬喪葬死亡津貼給付。立法部門採取較為進步而具全球眼光的腳步時，大法官卻還堅持「外國人的福利給付是立法裁量」之傳統見解。雖說立法者本就可以提供比憲法更多的保障，但大法官在作成這個解釋時，未能參酌最新趨勢，論者評論為「進步立法，退步解釋」，用語雖辛辣，但卻一語中的。參陳長文、劉定基，〈進步立法，退步解釋〉，中國時報，A15 版（2003 年 7 月 15 日）。

為基本權主體，也沒有闡明外國人享有基本權之範圍，但是從大法官接受外國人的釋憲聲請書以及確實運用了憲法第 7、15、23 條檢驗係爭規定的合憲性，外國人作為憲法上基本權主體應屬確定。¹⁰然而，大法官過於尊重立法裁量，顯然未真正意識到外國人的平等保障問題，令人遺憾。¹¹

二、對三分法的檢討

人權、國民權、公民權這套三分法憲法架構鮮少有人提出質疑，然依此，除非某種權利很明確地被公認為「人權」，否則憲法上保障的各項權利，並不是「普世」的。而實務上似乎傾向將模糊地帶一律解釋為「國民權」或「公民權」。尤有甚者，是這種國界、國籍、主權的封閉思維，甚至會用各種細微或粗暴的方式，滲入原本屬於「人權」的範疇。因此，學者廖元豪首先指出，這樣的三分法最明顯的瑕疵就是沒有憲法依據！因為憲法第二章基本權利均以「人民」而非「國民」或「公民」開頭。在憲法沒有明文規定，或是規定範圍頗有爭議時，斷言某些權利僅限於國民或公民所有，本身就有扭曲憲法之嫌。而德國基本法至少明文區分「人權」與「德國人之基本權利」，但我國憲法並無此等規定，若直接援用，似讓人以為「無法律明文依據不得限縮人民權利」、「人權之限制必須從嚴解釋」碰到主權與國界問題就自動讓步。¹²

其次，三分法似乎本質性地預設「人性尊嚴」、「經濟資源」與「政治權力」是不相牽連的三種事物。因此可把憲法權利依序排列：工作權、財產權涉及經濟資源分配，所以外國人沒有資格主張；至於涉及政治權力、主權歸屬的參政權，就更不用說了。然而經濟資源、政治權力與人性尊嚴根本是相互糾結，無法完全區分，經濟政治資源是人性尊嚴的必要條件。試問沒有工作權、財產權者在資本

¹⁰ 林孟楠，〈論外國人的國際遷徙自由〉，政大法研所碩士論文，2004年7月，頁21。

¹¹ 廖元豪，〈「海納百川」或「非我族類」的國家圖像？—檢討民國九十二年的「次等國民」憲法實務〉，《法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集》，元照，2004年5月，頁305-07。此外，關於外國人能否主張我國憲法上之平等權問題，請參李念祖，〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉，《憲政時代》，第27卷第1期，2001年，頁80以下。

¹² 廖元豪，前揭文（見註2），頁86-7。

主義社會能享有什麼尊嚴？¹³政治權力也是人性尊嚴的基礎，在形式民主制度下，沒有選票就很容易被政治體系忽略，其生存權利也不被重視。正因「人性尊嚴」、「經濟資源」與「政治權力」無法簡單切割，「人權」、「國民權」與「公民權」之三分法在論述上也難免左支右絀了。¹⁴再者，主流憲法論述誤將本國人、外國人視為絕對的二分法，而給予截然不同的待遇，但主流理論沒有進一步區分「與臺灣關係密切的外國人」及「與臺灣幾乎關係的外國人」。因此縱使已經在台灣生活很久的外籍配偶仍可能僅因違反社會秩序維護法（如聚賭）被強制出境。¹⁵此外，主流論述的基礎，其實是「國界」、「主權」等奠基於國族國家（nation-state）的概念—經濟資源留給國人，政治決定僅遵循疆域內國民之意見。然而，國界、國家、領土，乃至相關的公民身分或國籍（citizenship, nationhood），其重要性與僵固性，在今日全球化¹⁶時代早就被侵蝕得相當嚴重。強調國家尊嚴、主權至上、族群想像的「國族主義」，就很可能與「全球化」發生緊張關係。質言之，全球化往往會衝擊傳統國族主義所著重的主權、國族、公民等概念，使之逐漸喪失原有的重要性。¹⁷在這樣的背景下，憲法理論家與政治決策者還要堅持只有中華民國國籍者才是「主權者」；而少了一張身分證，無論

¹³ 大法官釋字第 400 號解釋亦謂：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」

¹⁴ 廖元豪，前揭文（見註 2），頁 88。

¹⁵ 廖元豪，前揭文（見註 2），頁 89。林孟楠於其論文中亦指出：「太過於藉助鍊金術（指國籍）以形成國民的凝聚力或同質性，無疑地合理化多數人壓制少數者的權力，自然也強化否定歐國民（非我族類）的人權，甚至陷入情緒性的恐懼排外（xenophobia）。另一方面，在全球化時代下…自由民主成為共通的政治文化形式，人權躍升為強勢的主要語言。人權享有的標準應取決於普遍個人身分（universal personhood），而非國民歸屬（national belonging）。藉由 Habermas 的憲政愛國主義，可以更清楚地指明這一點：只要這個政治共同體本身是實行普遍主義的憲法原則，政治共同體的認同主要依賴根植於政治文化的法原則，而非特定的倫理及文化形式（ethical-cultural form）。依照這種看法，國籍不再是認同的唯一標準，自然也不會是決定人權的絕對標準。」林孟楠，前揭論文（見註 10），頁 28。

¹⁶ 「全球化（globalization）」雖並沒有明確的定義或具體內容，卻很清楚地指涉了一個動態的「去國家化（denationalization）」或「去領土化（deterritorialization）」的權力重組過程。在這個趨勢下，「國家」雖然仍是最重要的政治組織，但其重要性已逐漸衰退。至少不再是「唯一」或「永遠」的主角。國際組織、跨國公司，與各種 NGOs，漸漸也成為國際政經拉鋸鬥爭的主體。See, Jost Delbruck, *Globalization of Law, Politics, and Market—Implications for Domestic Law—An European Perspective*, 1 IND. GLOBAL LEGAL STUD. 9, 11(1993).

¹⁷ Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 447, 456-63(2000).

有多少貢獻與依賴，就都該被鄙視貶抑？這到底是嚴重忽視現實；還是國家尊嚴被貶抑，所以只好找「弱勢外國人」當出氣筒？¹⁸

綜上，學者廖元豪就認為，源自德國的這套基本權思維，現實上早已不切實際。德國在歐洲整合的趨勢下，實際上「國家」與「主權」的概念已經大有變動，我國欠缺同樣背景，卻拿著舊理論硬套在全球化新環境。何況，這套三分法其實建構在德國「族裔中心主義（ethnocentrism）」的國家想像之上，與自始就是移民社會，近年來更走向多元文化的臺灣，在背景上有著重大差異！¹⁹本文認為，在全球化時代下，「國籍」不再是辨識的唯一標籤，應該以「實質的觀點」理解外國人的個別情況及在我國的具體生活形態，據以決定其權利義務。若外國人與我國的關聯性越緊密，越融入我們社群的活動，權利義務就越接近正式的社群成員。既然承認外國人為憲法上基本權主體，即應認為其享有一切的基本權。如欲限制，更必須將「個別外國人的情形」、「與我國間的實質聯繫關係」等因素納入考量，在不違反憲法第 23 條意旨時，始能正當化。

第二節 現行理論對無證移民的適用

暫且不論前開對現行通說的批評，至少主流理論承認外國人享有憲法上地位無疑，外國人得主張基本權之保障（雖然僅僅被限縮於「人權」部分）。本文接著分析，就無證移民群體而言，現行理論對無證移民保障的應然與實然。

一、保障

（一）應然

理論上，同樣是外國人的無證移民，其作為人至少應享有三分法中人權之保障，因為這是屬於每個人之權利，而憲法第 8 條之「人身自由」、「正當法律程序」就是這樣的權利。當然，若涉及對該等基本權之限制，亦應有憲法第 23 條「比例原則」之適用。

¹⁸ 廖元豪，前揭文（見註 2），頁 90-1。

¹⁹ 廖元豪，前揭文（見註 2），頁 101。

1、人性尊嚴

人性尊嚴是基本權的基礎。從近代民主立憲國家基本權的發展史觀察，基本權的爭取其目的無非在爭取作為一個人的尊嚴。²⁰德國基本法第 1 條第 1 項規定：「人性尊嚴不可侵犯，尊重及保護此種尊嚴為國家所有機關之義務。」在德國，人性尊嚴已成為憲法最重要根本精神所在。德國聯邦憲法法院認為，人必須為自己存在，不得作為以及特別不得貶為（或當作）國家統治之客體來處理；也就是說人不得變成物或是一種東西，亦即所謂的「客體理論」。²¹我國憲法增修條文第 10 條第 6 項於 1994 年 8 月 1 日正式引進「人格尊嚴」一詞以前，「人性尊嚴」或「人的尊嚴」一語，已被我國學術界廣泛運用，司法實務界亦常運用之。²²人性尊嚴之保障，不但屬抽象之憲法價值與原則，甚至成為具體基本權。²³

無證移民既然也是人，理論上當然享有人性尊嚴，因為從自然法之觀點，人性尊嚴是先驗的，是先於國家而存在的，不待制定法明文授予即應享有，其固有權利之效力，具有普遍性與永久性，即不問何地、不問何時、不問何人（本國人或外國人），皆能普遍適用。無證移民不應因其違反一國之人出境管理法令，就可以被以違反人性尊嚴之方式對待。

2、人身自由

憲法第 8 條所保障之人身自由係其他自由權利之保障的基礎。人民身體自由為人性尊嚴之外部基礎，若可由國家視為工具任意拘捕，其他之自由皆徒託空言矣。本條是我國憲法各條文中規定最詳盡者，²⁴足見憲法之重視人身自由的保

²⁰ 李惠宗，《憲法要義》，元照，2008 年 9 月四版，頁 82。

²¹ 法治斌&董保城，前揭書（見註 4），頁 209。

²² 例如大法官解釋第 372、400、485、490、550、567 等號解釋主文或理由書中皆提及人性尊嚴或人格尊嚴。

²³ 李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，元照，2005 年 10 月，頁 130。

²⁴ 憲法第 8 條：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。（第一項）人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並遲於二十四小時內移送該管法院審問。本

護。²⁵依憲法第 23 條規定，憲法所保障之自由權利，得概括委由法律限制之，稱之為法律保留。此種概括性侵害保留授權的規定方式，唯一例外就是憲法第 8 條的規範，其由制憲者親自列舉限制人身自由的實體與程序要件，藉以制約根據憲法第 23 條所制定限制人身自由的實定法。此種以憲法保留（Verfassungsvorbehalt）所為「限制之限制（Schranken-Schranken）」，其除具有制約立法權的重大意義外，更彰顯人身自由在憲法基本權中價值之位階秩序。²⁶故大法官在釋字第 588 號解釋中亦明揭：「人身自由乃人民行使其憲法各項自由權利所不可或缺之前提…固屬憲法保留之範疇，縱係立法機關亦不得制定法律而據以剝奪…」。²⁷

據此，無證移民不分國籍，其人身自由在理論上當然應予以保障。若限制無證移民之人身自由，亦應依憲法第 8 條規定，由有權機關踐行法定程序限制之。

3、正當法律程序

所謂正當法律程序，係指國家限制或剝奪人民之基本權利時，非經正當法律程序不得為之。憲法上人權規定涉及正當法律程序內容者，莫過於第 8 條，該條明確指出，人身自由有其憲法保留的程序保障。正當法律程序之觀念起源於 1215 年英國大憲章有關陪審制及人身保護令狀之規定，其後英國並由自然法導出「自然正義（natural justice）」原則，宣稱：任何人不得為自己事件之裁判者及任何決定必須聽取當事人陳述，以確保其「行為之公平（acting fairly）」。²⁸

大法官釋字第 384 號解釋，首開釋憲之例，基於人身自由制度性保障之精神，正式揭示「實質正當法律程序」原則，成為憲法第 8 條第 1 項所稱「法定程

人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。(第二項)法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。(第三項)人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。(第四項)」

²⁵ 李惠宗，前揭書（見註 20），頁 141。

²⁶ 李震山，《警察行政法論—自由與秩序之折衝》，元照，2007 年 9 月，頁 260。

²⁷ 《司法院公報》，第 47 卷第 3 期，2005 年 3 月，頁 1 以下。

²⁸ 李惠宗，前揭書（見註 20），頁 149；法治斌&董保城，前揭書（見註 4），頁 213。

序」之涵義，²⁹且與第 23 條之比例原則均屬憲法上原則，共同構成人身自由之制度性保障。繼 384 號解釋後，正當法律程序首次脫離憲法第 8 條人身自由的保護領域，首推釋字第 396 號解釋，該號解釋由憲法第 16 條保障訴訟權的角度，認公務員懲戒機關應採法院之體制，本於正當法律程序之原則審議懲戒案件，予被付懲戒人充分之程序保障。³⁰釋字第 418、436、446 等解釋續以支持，將正當法律程序的適用範圍由憲法第 8 條人身自由的保障，擴及於第 16 條訴訟權之保護領域中。釋字第 491 號解釋則是首度明文將正當法律程序導入行政程序的例子，認為對於公務人員之免職處分，係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序。³¹接下來，釋字第 535 號解釋針對警察臨檢之行政程序，認為應恪遵法治國家警察值勤之原則，並針對實施臨檢之程序要求，列有詳細的細節指示，亦被認為是正當法律程序在行政程序中之體現。³²

職此，國家要對無證移民之人身自由予以限制時，亦應遵循正當法律程序之原則，如在收容與強制出境程序中，給予各種程序保障，這也是由法治國原則之應然。

4、比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）

比例原則源於德國警察法，旨在強調國家在進行干預行政時，「不得為達目的而不擇手段」。³³比例原則乃對基本權予以干涉時，應遵守的首要原則。簡單講，對人民基本權的限制，只有在維護公益所不能欠缺的前提下，才具有正當性。

²⁹ 「憲法第八條第一項規定…其所稱『依法定程序』，係指凡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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」《司法院公報》，第 37 卷第 9 期，1995 年 9 月，頁 1 以下。

³⁰ 「…懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。…」《司法院公報》，第 38 卷第 3 期，1996 年 3 月，頁 12 以下。

³¹ 「…對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。…」《司法院公報》，第 41 卷第 11 期，1999 年 11 月，頁 49 以下。

³² 法治斌&董保城，前揭書（見註 4），頁 215。

³³ 李惠宗，前揭書（見註 20），頁 111。

比例原則是從法治國原則中引導出來的原則，無待憲法明文規定。³⁴其包含了三個派生原則：³⁵

- a.適當性：要求目的與手段間具有相對應的關係。意即所採取的手段必須能夠達到所欲追求之目的。學理上，亦有稱之為適合性。
- b.必要性：如果合乎適當性的手段有多種可供選擇時，應採取對人民基本權利侵害程度最小的手段。
- c.法益相當性：即使是最小侵害手段，其所欲追求的法益必須要大於所侵害的基本權法益。換言之，乃是對於所追求之法益及所侵害之法益，進行利益衡量。此原則又稱為衡量性或狹義比例性。

比例原則對行政、司法、立法權力之行使皆有其適用。換言之，不但立法者制頒一般抽象規定須依其適宜性、必要性、狹義比例性原則，且行政機關在個別具體案件中，亦須注意比例原則。³⁶因此，在入出境管理事務上，自然應適用比例原則審查。正如 Louis Henkin 所言：「憲政主義意謂著尊重個人權利，而涉外事務一如其他國家事務，也應毫不例外地尊重個人權利。民主主義也應給予這項尊重，而民主的涉外政策也必須重視個人權利。」³⁷本文認為，理論上隨著無證移民與我國聯繫的越加緊密，越融入在地社群的生活，權利義務就愈來愈接近正式的社群成員，限制的正當性就越薄弱。長期居留之無證移民既然已在我國長久和平生活，實質上已近乎完全融入我國社群的運作，那麼任何對其居留權之限制或剝奪的侵害，都應採嚴格審查標準去進行比例原則的檢驗。

³⁴ 吳庚，前揭書（見註 4），頁 162。我國憲法第 23 條規定之「必要」，學者一般均解為包含三個派生原則在內的比例原則之意涵。從而覓得憲法依據。

³⁵ 陳新民，〈論憲法人民基本權利之限制〉，《憲法基本權利之基本理論（上）》，元照，2002 年 7 月，頁 239-50；蔡宗珍，〈公法上之比例原則初論—以德國法發展為中心〉，《政大法學評論》，第 62 期，1999 年 12 月，頁 78 以下。

³⁶ 惟須注意者，比例原則對於行政活動僅在裁量行政範圍始有適用，若係屬羈束行政事項，行政機關就合乎法定構成要件之事實，即應作出一定之行為，並無決定自由，故不生比例原則之適用。

³⁷ LOUIS HENKIN, CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY, AND FOREIGN AFFAIRS, 105 (1990)

(二) 實然

前述在理論上應予以無證移民之保障，在充斥歧視與國族思維的臺灣現行法律制度實務下，卻遭到忽視。就「面談」而言，簽證條例第 12 條、兩岸條例第 95 條之 3 與大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 19 條等規定，充斥著不確定法律概念，使駐外單位與境管單位取得廣泛而不受約束的解釋適用權限，任由行政機關廣泛的裁量權逕行認定其為「虛偽結婚」。在面談時，沒有任何法律明確規定面談的標準、注意事項、標準程序或是問題的種類方向。模糊的法律要件配合上法令中蘊含著歧視與排斥的態度，加上行政片面決定權限，有的問人家昨天有沒有行房？你老婆身上有沒有什麼特徵？她喜歡穿什麼顏色的內衣？你老公穿什麼內褲？「面談」往往成為一個羞辱的過程。暫且不論此侵害隱私權之嚴重性，作為一自由民主之憲政主義國家，卻連最低標準之人性尊嚴都無法滿足，也無視於大法官給予「家庭」與「婚姻」之憲法保障。³⁸為防止無證移民透過虛偽結婚之方式入國之面談手段，不僅無證移民受到排拒與歧視，連真正合法之外籍或大陸配偶都在這樣的過程當中，為求基本之尊嚴都不可得。

其次，再就「強制收容」而論，大法官釋字第 392 號解釋理由書：「所謂『逮捕』，係指以強制力將人之身體自由予以拘束之意；而『拘禁』則指拘束人身之自由使其難於脫離一定空間之謂，均屬剝奪人身自由態樣之一種。至於刑事訴訟法上所規定之『拘提』云者，乃於一定期間內拘束被告（犯罪嫌疑人）之自由，強制其到場之處分；而『羈押』則係以確保訴訟程序順利進行為目的之一種保全措置，即拘束被告（犯罪嫌疑人）身體自由之強制處分，並將之收押於一定之處所（看守所）。故就剝奪人身之自由言，拘提與逮捕無殊，羈押與拘禁無異；且拘提與羈押亦僅目的、方法、時間之久暫有所不同而已，其他所謂『拘留』『收容』『留置』『管收』等亦無礙於其為『拘禁』之一種，當應就其實際剝奪人身（行

³⁸ 釋字第 554 號解釋：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第 362 號、第 552 號解釋）。」《司法院公報》，第 45 卷第 2 期，2003 年 2 月，頁 62 以下。

動)自由之如何予以觀察,未可以辭害意。」收容既然涉及人身自由之限制,除應遵守憲法第 8 條之限制人身自由的實體要件外,亦應遵守憲法第 8 條第 2 項之告知義務、二十四小時限制、提審等程序要件。「收容」本身並非處罰方式,而係強制出境前的保全措施,其目的乃是為了確保強制出境之處分能夠實際執行。但行政部分卻犧牲人身自由此一重要的基本權利,兩者權衡,「收容」所欲維護之公益是否在任何情形下均可優於「人身自由」的法益?是否沒有別的選項以確保強制出境處分?背後更根本的問題是:國家欠缺人力與經費來建構足夠與適當的措施,是否應以無證移民之人身自由與人格尊嚴為代價?

如國家尚有其他同等有效且對人民基本權利侵害較小之手段可採用,仍應優先適用其他較小之侵害手段。若以具保、責付或限制住居等方式代替收容,亦可達到強制出境之目的時,則不必以對人身自由侵害最為嚴厲的收容為手段。就收容對於人身自由之限制而言,絕非最小侵害手段,無法通過比例原則之檢驗。雖然有關收容之法令對於符合事由之無證移民,規定「得」收容之,意即賦予主管機關裁量權限,但未建立任何裁量基準,導致警察機關於個案裁量上,只要查獲後皆一律收容於外國人收容所或各縣市警局附設之臨時收容所等指定處所,而未視個案需求為妥適裁量,採取不同手段,亦已違反比例原則。

再者,從釋字第 384 號解釋可知,收容應經「法院裁決」,此為限制人身自由措施之正當法律程序。我國之收容未納入此要件,有違憲之虞。為符合正當法律程序之要求,收容處分應踐行之正當程序包含迴避制度、組織公正、禁止片面接觸、聽證程序、救濟之教示等。學者李震山即批評,兩岸條例第 95 條之 3 規定:「依本條例處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關之事務,不適用行政程序法之規定。」其排除行政程序之適用,不表示可以完全排除憲法所揭示「正當法律程序」原則。質言之,縱然依憲法增修條文第 11 條授權制定的兩岸條例,仍不得違反憲法第 8 條對人身自由保障之「憲法保留」精神,特別是「法官介入」

制度之引進，否則，即有合憲與否之問題。³⁹

二、不保障

前述理論上本應予以無證移民之憲法保障，實際上卻都有違憲的問題。無證移民連作為人應享有之人性尊嚴、人身自由、正當法律程序與比例原則皆無法享有，遑論其他的基本權利。本文在前面已經提到，現行憲法理論通說認為，外國人是否享有基本權利，會因為權利之性質而有所區別。作為一個人所應享有之人權，如生命權、人身自由，不區分本國人或外國人，一律皆得享有；但涉及國家主權之基本權利，如參政權、結社自由，係只有本國公民始得享有之權利；至於經濟及教育上的受益權，為具有本國國民身分者始得享有。因此，無證移民亦一概被排除在國民權、公民權之外，工作權、受教育權、財產權皆不受保障，實際上僅享有不充分的人權保障。

第三節 現行法律制度之檢討

一、面談制度

第二章第二節(三)已介紹外籍配偶與大陸配偶要來台依親團聚必須通過面談才能獲得許可。這似乎意味著，跨國婚姻的「共同生活」是附有條件的。學者廖元豪即質疑，在相關法律中，各種「許可」與「不許可」的條件，都充斥著不確定法律概念（*unbestimmte Rechtsbegriffe*），⁴⁰使駐外單位與境管單位取得廣泛而不受約束的解釋適用權限。空泛用語如，「在我國境內無力維持生活，或有非法工作之虞者」、⁴¹「有事實足認意圖規避法令，以達來我國目的者」、⁴²「其他

³⁹ 李震山，前揭書（見註 26），頁 276；李震山，〈「正當法律程序」被當真嗎？〉，《月旦法學教室》，第 34 期，2005 年 8 月，頁 26-7；吳志光，〈兩岸人民關係條例—行政程序法的「化外之法」？〉，《月旦法學教室》，第 34 期，2005 年 8 月，頁 28-30。

⁴⁰ 學理上所謂之「不確定法律概念」，係指其內容特別空泛及不明確之法律概念。關於不確定法律概念之詳細介紹，參陳敏，《行政法總論》，自版，2009 年 9 月六版，頁 197 以下。

⁴¹ 簽證條例第 12 條第 1 項第 6 款。

⁴² 簽證條例第 12 條第 1 項第 10 款。

有危害我國利益、公共安全、公共秩序或善良風俗之虞者」、⁴³「有事實足認係通謀而為虛偽結婚」、⁴⁴「有違反善良風俗之行為」⁴⁵等。然而「公共安全」、「善良風俗」認定之標準為何？當夫妻雙方履行民法上結婚之要件後，豈能任由行政機關廣泛的裁量權逕行認定其為「虛偽結婚」？且相關不確定法律概念亦不見主管機關以具體的行政命令清楚地加以界定。尤有甚者，主管機關拒絕許可的行政處分，依簽證條例第 12 條第 2 項、兩岸條例第 95 條之 3 規定，不需要附理由。在這種情形下，法院或公眾難以追究主管官員的法律與政治責任，實際上形同賦予行政機關單獨評價、決定跨國婚姻的權力。⁴⁶

2003 年開始實施對大陸配偶申請入境臺灣的國境線上「面談」機制，其主要目的實在於防堵「虛偽結婚」—所謂的「假結婚真打工」、「假結婚真賣淫」。被面談官認定為「虛偽結婚」者即不予入境，或僅發給一個月的停留期限。然而根據黃惠欣的訪談發現，國境線上的面談機制，賦予面談官認定跨國婚姻者之婚姻是否真實之權力，除了讓行政機關背負太大的責任之外，也根本面臨舉證證明「虛偽結婚」之困難。⁴⁷楊婉瑩與李品蓉亦指出，現在國家實施面談機制與指紋按捺的程序，多是牽涉到恐怖主義的興起，各國政府為顧及國土安全，而在國境線上所做的安全檢驗程序；然而臺灣卻將對付恐怖主義的安全檢查方式，運用在對大陸配偶的入境檢查上，政府將大陸配偶視為威脅國家安全的統戰份子，進而在這些婚姻移民的市民權上加以控管，並從中挑選「行為優良」的「外來者」。⁴⁸

至於在面談時，沒有任何法律明確規定面談的標準、注意事項、標準程序或是問題的種類方向。模糊的法律要件配合上法令中蘊含著歧視與排斥的態度，加

⁴³ 簽證條例第 12 條第 1 項第 12 款。

⁴⁴ 大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 19 條第 1 項第 7 款。

⁴⁵ 大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 19 條第 1 項第 9 款。

⁴⁶ 廖元豪，〈全球化趨勢中婚姻移民之人權保障—全球化、臺灣新國族主義、人權論述的關係〉，《騷動流移：台社移民／工讀本》，台灣社會研究雜誌社，2009 年 1 月，頁 168-169。

⁴⁷ 黃惠欣，〈跨界流動與邊界管制：台灣性產業中之中國大陸無證移民女性〉，台大城鄉所碩士論文，2005 年 1 月，頁 65-66。

⁴⁸ 楊婉瑩、李品蓉，〈大陸配偶的公民權困境—國族與父權的共謀〉，《臺灣民主季刊》，第 6 卷第 3 期，2009 年 9 月，頁 66-67。

上行政片面決定權限，「面談」往往成了外配與陸配感到最羞辱的一個過程。⁴⁹ 然後，如果任何答案不能令詢問者感到滿意，出現一點錯誤或瑕疵，主管機關就可能拿著雞毛當令箭，剝奪跨國婚姻雙方「共同生活」的權利。大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第 14 條第 4 款，⁵⁰甚至將所有的兩岸通婚「推定為假」，要求當事人積極舉證來證明其婚姻為真實，侮辱跨國婚姻，莫此為甚！⁵¹

二、查察

第二章第二節二、(一)關於查察之相關規定，早於移民法修正草案階段，因新增「面談及查察」一章，即遭移民人權團體的批判，學者夏曉鶯即指出：「目前官方版的『入出國及移民法』修正案的第九章面談與查察，不僅擴張原本警察職權行使法賦予的既有權力，使移民署的查察員得以配帶戒具或武器，不需搜索票便可進入民宅查察；而當事人必須於被通知後十五分鐘內抵達居所接受查察，如被懷疑『假結婚』，婚姻移民隨時有被驅逐出國的危險。然而，在移民署不斷擴張權力的同時，卻毫無相對應保障移民人權的機制。」⁵²為什麼是十五分鐘呢？這其實是經過非常巧妙的計算，移民署在立法院遊說這項條文時侃侃而談，為了防杜假結婚，如果是半小時或一小時之前就打電話通知，恐怕假結婚的雙方來得及趕回去假裝住在一起。於是當路人皆知情色產業何在，警察卻無力打擊人蛇集團、跨國人口販運的犯罪結構，政府想到的解決之道卻是藉由頻繁而無謂的面談查察、一再打擾刁難小老百姓。所有的外籍配偶家庭成員，隨時都可能要面對配

⁴⁹ 立委蔡煌瑯於國防及外交委員會質詢外交部領事事務局羅由中局長：「…我剛剛已經講過，如果全部都是假的，就算拒件數百分之百，我們都同意；如果全部都是真的，就算拒率是零，我們也能夠接受，總之，老百姓權益最重要。但面談的部分，到現在都沒有一個機制，有的問人家昨天有沒有行房？你老婆身上有沒有什麼特徵？她喜歡穿什麼顏色的內衣？你老公穿什麼內褲？整個訪談內容，毫無任何標準作業程序。請問這種主觀認知，會不會冤枉一些真正要娶老婆的老實人，然後放縱由人蛇集團或仲介安排來賣淫的假結婚…」，〈立法院第 7 屆第 3 會期外交及國防委員會第 13 次全體委員會議紀錄〉，2009 年 4 月 6 日，頁 12。

⁵⁰ 「無積極事證足認其婚姻為真實」者，不予許可。

⁵¹ 廖元豪，前揭文（見註 46），頁 170。

⁵² 夏曉鶯，〈移民署轉嫁立委「踐踏移民人權」罪名〉，

<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=253&next=251&l=a&fid=9> (Last visited : 2010.01.31)

槍的查察員上門盤查，無論夫婦是否都在外工作、或在買菜、在美容院洗頭、、、總之，查察員電話一來，十五分鐘之內就要衝回家去。如果丈夫睡覺會打呼，也千萬不可分房睡。一切都要小心忍耐，否則就會被看成有假結婚的嫌疑。⁵³

三、強制出境與收容

(一) 強制出境

第二章第二節二、(二) 1、關於強制出境之相關規定，外國人如具備移民法第 36 條的各款事由，即負有出境義務，行政機關可以強制力驅逐其出國，即為一般俗稱之驅逐出境。此外，就服法第 74 條亦規定外籍移工聘期屆滿或有第 73 條情形而負有出境義務。以上為外國人負有行政法上之出境義務，而依刑法第 95 條，⁵⁴驅逐出境亦為保安處分之一。⁵⁵

實務上適用爭議較大者，為第 36 條第 1 項第 2 款：「入國後，發現有第十八條禁止入國情形之一」，得強制驅逐出境。即在一入一出之間，採取的是相同標準，完全忽視外國人的居留權。林孟楠即認為，當外國人已合法入境在台居留，產生社會上、經濟上和其他的內在聯繫，或者已經組成家庭，這種長期居住形成的居留狀態，具有憲法上居留權之位階。⁵⁶而這居留狀態一旦遭到破壞，不僅會對當事人的人格造成極大傷害，甚至也會侵害到家庭團聚、工作、學術等種種基本權。舉一較為極端之例子，一位在台灣出生的越南籍兒童，12 歲時因輸血不幸感染愛滋病。主管機關以患有移民法第 18 條第 1 項第 8 款所定之傳染病為由，

⁵³ 移民／移住人權修法聯盟 2007 年 1 月 23 日記者會新聞稿，〈一二三自由日保障移民人權唾棄警察國家〉

<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=254&prev=256&next=250&l=f&fid=81> (Last visited : 2010.01.31)

⁵⁴ 外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。

⁵⁵ 值得一提的是，我國法院實務上，認為「刑法第 95 條規定外國人受有期徒刑以上刑之宣告，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境者，應僅限於外國人始有適用。倘具有中華民國國籍者，縱同時具有外國國籍，即俗稱擁有雙重國籍之人，若未依國籍法第 11 條之規定，經內政部許可喪失中華民國國籍時，則其仍不失為本國人民，與一般所謂『外國人』之含義不符，自無刑法第 95 條規定之適用。」參 84 年台非字第 195 號判例。

⁵⁶ 關於外國人的國際遷徙自由、憲法位階之居留權的主張，參林孟楠，前揭書（見註 10），頁 89-100。

限令出境。是否能令人接受？這即是以邊境管制思維看待境內外國人可能發生的情形。⁵⁷因此在立法上，除了放棄直接以拒絕入境事由作為限令出境處分之依據外，還應給予永久居留者、長期居留者及家庭團聚等情形特別的保障。⁵⁸林氏係針對合法居留之外國人應該予特別保障，本文進一步認為，縱使是不具合法居留證件之無證移民，若其已在國內居住一段期間，與當地社會產生密切關連，其居留狀態亦應受到權利保障，若逕為剝奪，亦同樣會對其人格產生重大傷害。

現行移民法對於限令出境處分之程序，不適用行政程序法，本身亦無任何程序規定，不得不說是長期忽視外國人權利的重大疏漏。至於依就服法所為之限令出境，從廣義解釋上亦為行政程序法第 3 條第 3 項所排除之對象，問題亦同。再者，外國人負有出境義務並經作成處分確認後，行政機關即可以物理上強制力將當事人逐出我國境外，乃是一種直接強制行為。⁵⁹由於驅逐出境通常會暫時性限制當事人的人身自由，參照大法官釋字第 443 號解釋理由書及釋字第 559 號解釋文⁶⁰意旨，其執行程序應由移民法明文規定。由於現行移民法欠缺相關執行程序規定，而行政執行法又沒有排除適用之條款，尤其行政執行法第 1 條還表明其作

⁵⁷ 廖元豪教授即主張，「邊境管制」與「外國人在我國」這兩個領域，憲法理論上必須盡可能分離，不要讓邊境管制的思維邏輯，不必要地滲透到不相干的領域，參廖元豪，前揭文（見註 11）。

⁵⁸ 林孟楠，前揭書（見註 10），頁 137-138。謝立功、柯兩瑞亦建議，僅將禁止入國的條件中，擇出具體重大違規或嚴重犯罪紀錄者，始得作為強制出境之原因，避免侵害人權；謝立功、柯兩瑞，〈試論外國人之收容及救濟法制〉，《警學叢刊》，第 37 卷第 4 期，2007 年 1 月，頁 154。

⁵⁹ 關於行政執行之直接強制，參陳敏，前揭書（見註 40），頁 874 以下。

⁶⁰ 釋字第 559 號解釋涉及家庭暴力防治法對於保護令之執行程序欠缺明文規範，雖未指出行政執行法之基本法性格，但其論理仍可供參考，謹節錄如下：「基於法治國家之基本原則，凡涉及人身自由之限制事項，應以法律定之；涉及財產權者，則得依其限制之程度，以法律或法律明確授權之命令予以規範。惟法律本身若已就人身之處置為明文之規定者，應非不得以法律具體明確之授權委由主管機關執行之…。家庭暴力防治法第二十條第一項規定保護令之執行機關及金錢給付保護令之強制執行程序，對警察機關執行非金錢給付保護令之程序及方法則未加規定，僅以同法第五十二條為概括授權…。然對警察機關執行上開保護令得適用之程序及方法均未加規定，且未對辦法內容為具體明確之授權，保護令既有涉及人身之處置或財產之強制執行者（參照家庭暴力防治法第十三條及第十五條），揆諸前開解釋意旨，應分別情形以法律或法律具體明確授權之命令定之，有關機關應從速修訂相關法律，以符憲法保障人民權利之本旨。

行政執行法之執行機關除金錢給付之執行為法務部行政執行署所屬行政執行處外，其餘事件依其性質分由原處分機關或該管機關為之（參照行政執行法第四條），依上述家庭暴力防治法規定，警察機關有執行金錢給付以外保護令之職責，其於執行具體事件應適用之程序，在法律未依上開解釋修改前，警察機關執行保護令得準用行政執行法規定之程序而採各種適當之執行方法。」

為基本法之性格，則驅逐出境的執行上，至少仍應遵守行政執行程序。⁶¹

關於大陸地區人民之強制出境，與移民法相同，均有許多不確定法律概念，而職司執行的治安機關也擁有相當的裁量權。理論上，不確定法律概念之解釋，及行政裁量之行使，⁶²都應受到憲法基本權利及行政法一般法律原則⁶³的拘束。尤其「比例原則」更是其中重要之考量。然而，雖然條文明明規定的是「得逕行強制出境」，實務上似均將第 18 條的 5 款規定解釋為「應」意即，只要合乎這五款要件，就當然要強制出境，而未曾視個案情節之輕重，斟酌強制出境的必要性與當事人正當權益之維護，而決定是否、何時，以及如何行使強制出境之權限。⁶⁴既然移民法第 36 條第 1 項、兩岸條例第 18 條第 1 項都規定為「得強制驅逐出國」、「得逕行強制出境」，除係賦予主管機關強制權限外，亦應解為係賦予主管機關裁量權。主管機關仍應依合義務性裁量，考慮下列因素：(1)當事人合法居留之期限；(2)當事人在國內值得保護之人格上、經濟上或其他之關係；(3)強制出境對在國內合法居留並與該當事人營共同生活之家屬之影響；(4)其他法律上或事實上不能強制出境或必須中斷強制出境之原因，或其他有緊急人道上或個人理由，或其暫時繼續留在國內有其重大公共利益等事由。⁶⁵

其次，目前在法律與實務上，強制出境的決定與執行，均由治安機關片面處理，而沒有公正第三人介入審議的機會。事後救濟又往往不切實際一人已經先送走了，行政爭訟在法律上可行，但事實上頗有困難。尤有甚者，由警察人員組成的境管機關，容易將這些非我族類視作潛在的犯罪者而存有敵意。執行上更見嚴

⁶¹ 林孟楠，前揭書（見註 10），頁 138-139。

⁶² 關於行政之裁量，參陳敏，前揭書（見註 40），頁 180 以下。

⁶³ 包含誠實信用原則、比例原則、信賴保護原則、公益原則、明確性原則及平等原則，詳參吳庚，《行政法之理論與實用》，2009 年 8 月十版，頁 56 以下。

⁶⁴ 學者廖元豪所提出之意見。參李震山主持，專題研究報告〈針對大陸地區人民執行強制出境及收容相關法律問題之研究—以臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條為中心〉，行政院大陸委員會委託研究，2005 年 7 月，頁 224。

⁶⁵ 李震山，〈外國人出境義務之履行與執行—德國「外過人法」中相關規定之評釋〉，《警學叢刊》，第 29 卷第 4 期，1999 年 1 月，頁 229；刁仁國，《外國人入出境管理法論》，中央警察大學出版社，2001 年 3 月，頁 189-190。

苛的一面。這亦為前述「濫用裁量」容易發生的原因。因此，強制出境前之事前程序保障，實有訂定更嚴謹規定之必要，例如在某些案件類型（如涉及合法大陸配偶之遣返，或屬人口販運被害人之非法入境者）當事人若提出請求，應給予行政程序法之「聽證」程序以決定是否強制出境（同時配合行政程序法第 109 條「免除訴願與先行程序」）。以程序上的繁瑣嚴謹來避免片面決定與濫權可能，本為法治國家應付出的基本代價。⁶⁶

行政機關實務上曾有出於主權自由決定理論，對強制出境處分能否提起行政爭訟表示懷疑者，學者對此頗有批評。⁶⁷但從目前行政法院受理幾宗有關強制出境處分之停止執行案件，⁶⁸可知對於強制出境處分提起行政爭訟應無疑義。至於正確的訴訟類型則為撤銷訴訟。由於強制出境處分同時也包含未來管制入境之內容，因此縱然已遭驅逐出境，只要在管制期間內，應仍有訴訟利益。⁶⁹

（二）收容

第二章第二節二、（二）2、有關「收容」之規定，除開移民法第 38 條第 1 項第 3 款、第 4 款，「收容」主要是針對「遭強制出境處分但尚未離境者」所為之保全措施。其程序上的共同點是：a.均由行政機關單方、片面作成決定，而非法院；b.收容之期間均無上限。移民法雖有「15 日」之限制，但無「延長次數」的限制，實際上與無限期沒什麼差別；c.收容與強制出境之行政處分，均未設計較為中立、公正之裁決程序，甚至連一般行政處分所適用的極簡單行政程序保障都明文排除；d.受強制出境與收容處分者，事後救濟原則上均僅能循一般的行政爭訟（訴願→行政訴訟）為之；e.收容制度的細節，均以空白授權方式委託主管機關定之。⁷⁰

⁶⁶ 同上註，頁 226-227。

⁶⁷ 刁仁國，前揭書（見註 65），頁 198 以下。

⁶⁸ 台北高等行政法院 93 年停字第 14 號裁定、最高行政法院 91 年裁字第 1461 號裁定。

⁶⁹ 林孟楠，前揭書（見註 10），頁 141。

⁷⁰ 廖元豪，前揭文（見註 46），頁 175-176。

廖元豪教授指出，「收容」本身並非處罰方式，而係強制出境前的保全措施，其目的乃是為了確保強制出境之處分能夠實際執行。但其付出之代價，卻是被處分人的人身自由。兩者權衡，前者是否當然，在任何情形下均可優於後者？是否沒有別的選項以確保強制出境處分？更基本的問題是：國家欠缺人力與經費來建構足夠與適當的措施，是否應以人民（即使是大陸地區人民或外國人）之人身自由與人格尊嚴為代價？⁷¹

邱曉華在其探討「外籍人民強制收容之適法性與其行政救濟程序」碩士論文中，分別從法律保留原則、正當法律程序原則、比例原則檢視收容制度。其首先指出，移民法與就服法雖為法律，但在收容事由之定義上，「受驅逐出國處分而未辦妥出國手續」究指何時點、何手續而言？驅逐出國處分與移民法第 36 條用語「強制驅逐出國」又有些微差異，是否指同一件事，尚屬不明。「非法入國」所指非法程度又是如何？又收容期間對於延長次數並無設限可能造成無限期收容，凡此皆有違法律明確性原則之要求。又移民法第 39 條將「外國人收容管理規則」授權主管機關定之，但外國人收容管理規則第 7 條⁷²又將限制外國人人身自由之「受收容人應遵守事項與處罰標準」再委由主管機關定之，規避國會審查，違反再委任禁止原則。⁷³於行政機關仍在大量濫用其規制權限的今日，欲期主管機關善待被收容之無證移民，實屬不可期待。此觀舊外國人收容管理要點之規定，被收容人之接見通信及其他權利，有過當之限制，如規定接見通信應經檢查、監視、記錄內容等，顯已侵害被收容人之秘密通訊自由，即可明證。⁷⁴

其次，從收容之意義與目的而言，有認為收容無證移民指對於違反國家移民法規或其他有關入出境法令之外籍人士，於裁決強制出境處分前，應依據「司法機關」核發之收容處分書而拘束當事人行動自由並禁止其繼續居留之行政處分，

⁷¹ 同前註，頁 178

⁷² 受收容人入所時，應告知受收容人應遵守之事項；其應遵守之事項，由主管機關另定之。

⁷³ 邱曉華，《外籍人民強制收容之適法性與其行政救濟程序》，台大法律研究所碩士論文，2006 年，頁 85-86。

⁷⁴ 刁仁國，前揭書（見註 65），頁 193。

為遣送出境前階段處置行為。⁷⁵有從德國立法例分析，認為收容係基於法院命令所為剝奪人身自由之措施。均點出收容必須由法院裁決後為之。⁷⁶我國之收容未納入此要件，但從釋字第 384 號解釋⁷⁷可知此為限制人身自由措施之必要正當法律程序。為符合正當法律程序之要求，收容處分應踐行之正當程序包含迴避制度、組織公正、禁止片面接觸、聽證程序、⁷⁸救濟之教示等。⁷⁹

再者，以人身自由之限制促使無證移民履行出境義務，手段可謂極其嚴苛，如國家尚有其他同等有效且對人民基本權利侵害較小之手段可採用，仍應優先適用其他較小之侵害手段。若以具保、責付或限制住居等方式代替收容，亦可達到強制出境之目的時，則不必以對人身自由侵害最為嚴厲的收容為手段。因收容嚴重限制無證移民之人身自由，屬於侵害性較大手段，凡是能以其他方式代替，而能達到相同強制出境之目的，則應採用其他手段。⁸⁰雖然有關收容之法律規定對於符合事由之無證移民，「得」收容之，意即賦予主管機關裁量權限，但未建立任何裁量基準，導致警察機關於個案裁量上，只要查獲後皆一律收容於外國人收

⁷⁵ 劉進幅，《中日兩國外國人居留管理之研究及其比較》，財團法人中日關係研究會，1997 年，頁 362。

⁷⁶ 許文義，〈德國外國人收容法制之研究〉，《警學叢刊》，第 32 卷第 1 期，2001 年 7 月，頁 203。

⁷⁷ 謹節錄釋字第 384 號解釋理由書第一段：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定。該條第一項規定：『人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕，拘禁，審問，處罰，得拒絕之。』係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均包括在內，否則人身自由之保障，勢將徒託空言，而首開憲法規定，亦必無從貫徹。」雖然釋字第 558 號解釋指出：「…除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序…惟刑事被告與非刑事被告之人身自由之限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。」就刑事被告與非刑事被告之人身自由應有區分。收容涉及非刑事被告之人身自由限制，的確不必全套適用憲法第 8 條，但其中司法或警察機關依法定程序發動，及必須由法院介入，則應一律適用。至於是否應於 24 小時內提審，以及實體審理程序，則可視具體情形而定。

⁷⁸ 實務上，只要查獲符合移民法第 38 條第 1 項各款情形之外國人，旋即製作收容處分書交付受收容人或其他關係人，緊接逕送收容地點拘束其人身自由，根本不讓受收容人有所謂聽證或陳述意見之機會。

⁷⁹ 邱曉華，前揭書（見註 73），頁 87-88。

⁸⁰ 同前註，頁 90。

容所或各縣市警局附設之臨時收容所⁸¹等指定處所，而未視個案需求為妥適裁量，採取不同手段，實已違反比例原則。⁸²又就服法中針對外國人從事與許可目的不符之工作，即得廢止聘僱許可後，於強制出國前予以收容。而不區分外國人之身分是否已與我國國民成為配偶或擁有永久居留權者，立法上亦未就個案作不同裁量，導致實務於查獲後一律視為非法外籍工作者而加以收容，續行辦理強制出國，不僅限制當事人之人身自由，亦破壞本國人婚姻與家庭生活之完整，實有悖於比例原則。⁸³

關於是否須一律收容，學者廖元豪舉美國為例，由於收容處所人滿為患，而驅逐聽證的庭期又排的很長，移民官員對於非優先順位的潛在被驅逐者，往往只能給個出庭聽證的通知後，就飭回候傳。雖然明知這些人幾乎都不會出庭，但既然國家沒有足夠的設施，又不能不履行聽證的正當程序，那也只好放他們去。此外，即使對於此類外國人，法律上雖未明定收容的最長期限，又因政治因素無法確定遣返期間，聯邦最高法院亦從人身自由保障之角度，不容許「無限期監禁（indefinite detention）」，而將係爭法律解釋為「收容應限於『合理期間』」。⁸⁴反觀國內現狀：收容處所再擠，也硬要不人道地把等待遣返的無證移民塞在一起；甚至非法拘禁於拘留所或警局地下室者，亦時有所聞。⁸⁵這或許是我們這個習慣戶籍制度、習慣身分證，卻不習慣多元文化的國家，出於對「非法移民」、「外來

⁸¹ 臨時收容所惡劣的環境，據社運團體於 98 年 11 月 27 日參觀後之實際描述：「台北專勤隊的臨時收容所、跟專勤隊辦公室，都設在移民署本部地下室一樓。一進去，一扇上鎖的門後面就是臨時收容所，空間小得不像話，連同柵欄另一邊的戒護人員辦公桌，加起來大概只有 10 坪，基本上，就是一個房間，用水泥架上幾根柵欄，就當成臨時收容所。完全不是我們想像的正規收容所的迷你版，只能用「一個有柵欄的小房間」來形容。男女兩區分開，各有一間衛浴，中間有一台電視，沒有床位，是在水泥地上用木板墊高，放上枕頭跟棉被，大家只能或坐或臥，根本不能躺平。我們去的時候，收容了大概男女各十幾名，據說最多有收容到共 57 名。如果收到這麼多人，根本只能蜷曲著坐。空氣很不好，因為是地下室，兩台空氣清淨機開到最大還是不通風，而且衛浴就在旁邊，水氣也難排出去。臨收理論上是隔天要送走，但是遇假日不算，就要多待兩天，理論上數天以上就要送大型收容所，但在臨收待上好幾天的一定也有。」移盟等社運團體就此於 98 年 12 月 10 日拜會移民署署長謝立功，提供相關意見，
<http://www.immigration.gov.tw/aspcode/shownews.asp?id=1460>（Last visited：2010.02.04）

⁸² 邱曉華，前揭書（見註 73），頁 90。

⁸³ 同前註。

⁸⁴ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678(2001).

⁸⁵ 廖元豪，前揭文（見註 46），頁 179。

者」的無端恐懼。事實上，非常多的研究顯示，所謂的無證移民，對歐美各國經濟貢獻良多。本土種族主義者指控的「破壞社會秩序」、「搶奪本國人工作權」，反而未必有堅強的實證。⁸⁶民族國家是否應對邊界管制完全棄守，尚有很大的辯論空間，⁸⁷但是若將「偷渡客趴趴走」的可能危害無限上綱，反而會造成嚴重忽視人權之後果！

第四節 小結

由上可知，公民身分（即形式上的國籍）是分配公民權的基礎，沒有國籍的外國人僅享有少部分的人權保障，至於非法入境或逾期居留的無證移民，實際上連該少部分的人權保障都難以享有。然如學者廖元豪所批評的，「經濟資源」、「政治權力」、「人性尊嚴」根本是相互糾結，無法完全區分的。任何人若全無工作權或財產權，或是其工作權與財產權可任意被政府限制，他（她）能享有什麼「尊嚴」嗎？在一個資本主義社會，「無力工作者」與「無產者」不是窮無立錐之地，就是被歧視的「福利受領人（welfare beneficiary）」。⁸⁸

再回過頭來看看長期生活在臺灣的無證移民，其事實上已經與在地社群建立實質的聯繫，他們與一般的國民一樣，遵守法令、工作生活，實質上已成為社群之成員。唯一的差別僅在於其先前違反移民控制法令之行為。此一違法行為造成其在日後僅能生活在社會的邊緣，從事本國人不願意從事的低階工作，構成所謂之非正式經濟。而實證研究指出，無證移民對一國之經濟並無顯著的負面影響，其對一國所造成之成本是被反移民群體放大了。實則，不論是合法移民或無證移民，其皆為移入國注入新的勞動力，進而創造財富。⁸⁹無證移民填補了一國經濟的某些需求。從理論上說，這些工作機會本應留給從外國引進的合法勞工，但合

⁸⁶ 同前註。

⁸⁷ Kevin R. Johnson 教授即曾提出開放疆界的主張，*see*, Kevin R. Johnson, *Open Borders?*, 51 UCLA L. REV. 193(2003).

⁸⁸ 廖元豪，前揭文（見註 2），頁 88。

⁸⁹ MICHAEL C. LEMAY, *ILLEGAL IMMIGRATION—A REFERENCE HANDBOOK*, 56-8(2007)

法勞工的簽證手續繁複緩慢，事實上很難滿足需求。如果沒有無證移民，某些行業將感到人手短缺。⁹⁰縱然無證移民違反國境管制法令，但其不法之程度，是否果真比違反交通法規、環保法規更嚴重？是否在查獲後，不細究其已建立之社會關聯及其社會位置，而一律將其收容、強制出境？連最基本的人身自由、正當法律程序、比例原則及人性尊嚴都難受保障。



⁹⁰ 〈調查顯示非法移民對美國經濟影響有限〉，多維新聞，
<http://chinese.dwnews.com/news/2010-05-05/55931008.html> (Last visited : 2010.05.21)

第六章 保障無證移民的理論建構

本章首先嘗試提出保障無證移民的主張，並針對可能遭受到的質疑提出回應。其次說明，即使在無證移民取得合法身分前，仍應給予其在法律上應受保障之權利。最後，參考美國、歐洲給予無證移民合法化的經驗，認為臺灣亦應針對境內之無證移民，於符合一定條件後，給予其取得合法身分之機會。

第一節 以實質關聯作為自動涵納的判準

在北美甚至是歐洲，國際勞動遷徙正透過非法的途徑而發生。這並不是靠歐盟國家對非歐盟國家關閉疆界，或美國執行更嚴厲的移民政策就可以防阻此一受經濟因素影響的勞力遷移。很明顯地，民主體制將無證移民排拒在完全成員身分以外。這不是說無證移民沒有任何權利。通常他們亦享有公民與合法移民擁有的權利與保障。然而，就無證移民而言，政治權利或一些通常給予合法移民的社會及市民權利之欠缺，將其排拒在公民平等之外。而其完全不穩定的居留與工作身分說明了：無證移民被貶抑到社會底層，導致在理論上被賦予的權利，事實上不可能去主張。

就此，學者 Ruth Rubio-Marín 提出兩個主張，一是完全涵納（full inclusion），宣稱為自由民主的國家，應視那些永久居住在領土內、受共同決策之支配及仰賴國家保護與對他們的人格完全發展之承認者，為國家組織化社群的完全成員。另一是自動成員身分（automatic membership），作為一國家公民被涵納入公民平等領域的條件是，永久居留者在居留一段時間後，應自動且無條件地被承認為國家公民。其將此二者稱為「自動涵納（automatic incorporation）」的形式。¹以下，本論文將以 Ruth Rubio-Marín 涵納無證移民的理論為基礎，建構保障無證移民的論述。

¹ RUTH RUBIO-MARÍN, IMMIGRATION AS A DEMOCRATIC CHALLENGE—CITIZENSHIP AND INCLUSION IN GERMANY AND THE UNITED STATES, 20-1(2000).

一、社群成員資格作為涵納的途徑

首先，為了定義相關連的民主政體範圍，自動涵納的主張奠基在社群成員資格的適當性上。Joseph Carens 已提出其主要的規範性論點，其主張：「人民有作為任何社群之公民的道德權利，他們是社群的成員。排拒其社群成員成為公民的國家是錯誤的。」²首先而且最重要的基本觀念是，成員資格是一社會事實，由社會因素所決定，例如生活、工作或扶養家庭與參與社群的社會和文化生活。這個社會事實的道德關連性與其意涵（仰賴社會對於權利保護與有意義生活的發展，及受到共同決策之支配）是完全涵納主張的重要基礎。

因此必須來看社群成員資格的概念。雖然沒有什麼爭議，但並沒有一中性的方式來定義社群成員資格，縱使如此，社會成員資格仍是一個需要被建構的概念。引導搜尋其定義的目標可能決定了結論。³在這種情況下，我們關切的成員資格類別，應被認為是在自由民主國家中有政治關連，或者，換言之，社群成員資格的類別定義了自由民主政體中能主張涵納權利的人民群體。

至於 Ruth Rubio-Marín 所納入的相關概念，長期受一政體中有共同拘束力之決定的支配及依賴和永久居留有關連的社會結構。會在稍後詳細闡述其道德基礎。首先，我們必須定義何謂「居留 (residence)」與何謂「永久 (permanent)」。由居留與 1972 年歐洲理事會之部長委員會所作成「定居 (domicile)」與「居留 (residence)」的區分出發是有實益的。⁴「定居 (domicile)」意指個人與特定法律制度所治理之國家間的法律關係，而「居留 (residence)」僅是由事實標準所決定；其並不仰賴居住的法律權利 (legal entitlement)。定義居留的相關要素是習慣性居留（經常居住在一個地方一段時間，不問其是否出生在那裡）與其他在

² Joseph H. Carens, *Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States*, in *IMMIGRATION AND THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA*, 32(W. R. Brubaker ed. 1989)

³ RAINER BAUBÖCK, *TRANSNATIONAL CITIZENSHIP: MEMBERSHIP AND RIGHTS IN INTERNATIONAL MIGRATION*, 210(1994).

⁴ TOMAS HAMMAR, *DEMOCRACY AND THE NATION STATE : ALIENS, DENIZENS, AND CITIZENS IN A WORLD OF INTERNATIONAL MIGRATION*, 193-4(1990).

個人與其居住地間聯繫的標示，例如工作與職業或學校環境、財產權、社會福利的貢獻與獲得、參與結社、工會與文化生活、家庭及其他情感聯繫類型。⁵

就移民而言，其作為社群成員之資格並不同於法律意義的移民身分，而是指遷徙與生活、工作在一個地方的現實，他們在那裡自然地發展聯繫且在居住一段時間後，可能切實地成為其存在的中心。這是為什麼合法移民與無證移民都包含在 Ruth Rubio-Marín 的主張之中。這也是解釋了為什麼騎所使用的不同詞彙（例如永久居留外國工人、居留外國人、移民）並不指涉任何國家通常用來描述有權無限期居留及工作之移民群體—此一特定法律上定義的類別，而是指正確性與道德關連性有爭議的社會事實。⁶

區分「法律上定居 (legal domicile)」與「事實上居留 (factual residence)」，定義的問題仍未解決。事實上，這樣的問題似乎是無法避免的，因為在我們主要關切的永久居民類別與短期旅居者類別之間，還有一群介於中間的居留者，他們的聯繫與利益依然以其原籍國為中心，但他們正在建立新的連結與利益的過程中。或許只有一件事是清楚的：完全涵納的迫切性根據社會關聯的強度而定，因此通常是指居留的長度。這個規則在判斷某些國家的排拒實務時有其重要意義。作為一個一般性的判準，無論必要的排拒為何，入境前施加之排拒比入境後適當：不論國家限制非公民停留或完全的政治涵納的權力為何，其必須盡快而非留待後期才行使，以避免沒有在合理時間內行使而屆期。⁷

但提出一個大約的時間限制或許有助於我們設定社群成員資格之存在，與據此取得被承認為完全成員之權利的假定。Ruth Rubio-Marín 認為要將標準轉化為時間，對國家之排拒權力設定道德限制，可考慮由西方國家要求取得永久居留（甚至是一開始以客工雇用者）法律地位所需的時間，且加上擁有大量非法移民之國家一般要求符合赦免計畫所需的居留時間。此二者大約 10 年。對西方民主社

⁵ BAUBÖCK, *supra* note 3, at 216; TOMAS HAMMAR, *id.* at 194-5.

⁶ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 22.

⁷ Carens, *supra* note 2, at 42.

會而言，這個時間或許可作為承認起初以客工身分入境及沒有得到體制明確許可而取得社會成員資格者完全成員的一個指標。⁸

誠然，在紀錄個人居留時間也許有實際上的困難，但這些不應被高估（誇大）。對無證移民的赦免計畫是一個常見的作法。其通常僅給予那些已經入境一段時間且持續居住在當地的人合法化。因此持續居留超過 10 年以上這個條件應不難證明，就無證移民也是如此。⁹

有大量非法移工的國家採取了定期赦免的移民政策，甚至在一些不承認本身為移民國家且雇用移民作為客工的歐洲國家，亦沒有對無證移民執行大規模的驅逐。遣返在社會上與經濟上已經整合的移民確實有實際上的困難，這也許解釋了為何那些國家選擇赦免的途徑。然而這些行動也可能證明，至少在某些程度上已經顯示出，西方自由民主國家在這個方向上默示地接受某種道德限制。¹⁰此外，設定一段時間並非意謂著社群成員的同意沒有任何道德關連性。其仍然反應了國家移民與公民身分政策的其他道德主張之來源。畢竟，我們在此所探究者僅是自由民主秩序對於國家權力定義成員資格與分配公民權所施加的可能限制之一。¹¹

二、定義政治社群的範圍作為自由民主的關切

完全涵納永久居留外國人挑戰了只有具備國家公民的法律身分才被視為體制的完全成員之普遍假設。若國家公民身分並非決定民主體制的唯一標準，那其他選擇為何？從自由的觀點，我們如何定義民主體制？要回答這個問題，首先 Ruth Rubio-Marín 主張，一個社群的包容性影響其作為自由民主國家的適格性，因為人民由什麼構成與誰必須被包含在適當建構的人民當中，這個問題對民主體制而言是很重要的。自詡為自由民主體制的國家需要某種程度的包容性，且不僅

⁸ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 23.

⁹ Tomas Hammar, *Legal Time of Residence and the Status of Immigrants*, in REDEFINING THE STATUS OF IMMIGRANTS IN EUROPE, 194(Rainer Bauböck ed. 1994).

¹⁰ Zig Layton-Henry, *Citizenship or Denizenship for Migrant Workers?*, in THE POLITICAL RIGHTS OF MIGRANT WORKERS IN WESTERN EUROPE, 190(Zig Layton-Henry ed. 1990); Carens, *supra* note 2, at 44.

¹¹ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 25.

是對政治程序，也是對體制合法排拒之範圍設下限制。¹²

民主理念對於包容性問題經常沒有明確的答案。民主制度承諾由人民（the people）作主，但民主理論通常未指涉政治成員資格的任何特定安排。¹³在這方面，J. A. Schumpeter 似乎是個例外。他主張必須讓每個國家去自我定義。¹⁴事實上，這是一個普遍看法，認為民主制度假定政治社群的成員身分已經決定。誰可以歸屬於社群這件事本身並非民主國家的問題。¹⁵基於這個觀點，民主並不會創造自己的人民，而是由人民決定給自己國家體制的民主形式。這個觀點認為，只有在社群建立後，才能決定歸屬社群的判斷標準。沒有什麼政治的承諾在基礎上必須有某種程度的包容性。不同國家中涵納的程度與模式之差異，僅仰賴在一般政治程序中，自我決定與定義的主權活動所產生其對自我利益的理解。¹⁶

Robert A. Dahl 向我們說明，欠缺定義民主國家的人民之標準會導致的荒謬。¹⁷他定義了兩種不同的觀點：

制度 X 對其自己的人民（its own demos）是民主的；

制度 Y 對於受到其規範的每個人（everyone who is subject to its rules）是民主的。

原則上，Schumpeter 的民主概念是屬於第一種觀點。然而，Dahl 指出這個觀點令人不能同意的結果。假設一個民族能自由的定義自己，而且民主制度僅要求，自我定義的民族建立民主的治理規則以適用在他們之間，則民主在概念上、道德上與實證上與其他治理形式是無法區分的。¹⁸

¹² *Id.*

¹³ Jamin B. Raskin, *Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings fo Alien Suffrage*, 141 U. PA. L. REV. 1391, 1391(1993).

¹⁴ JOSEPH A. SCHUMPETER, *CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY*, 5th edn.(1976).

¹⁵ F.G. Whelan, *Citizenship and Freedom of Movement: an Open Admission Policy?*, in OPEN BORDERS? COLSED SOCIETIES? THE ETHICAL AND POLITICAL ISSUES, 30-1(M. Gibney ed. 1988).

¹⁶ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 26.

¹⁷ ROBERT A. DAHL, *DEMOCRACY AND ITS CRITICS*, 121-2(1989).

¹⁸ *Id.* at 122.

Rainer Bauböck 在其著作《跨國公民身分 (Transnational Citizenship)》一書中直接面對民主政體的必要涵納程度議題。他正確地指出，這完全取決於我們對民主的理解。如果我們採取他稱之為民主的極簡概念 (minimalist notion of democracy)，意指集合個人偏好作成共同有拘束力的決定之程序，¹⁹就沒有辦法民主地解決公民身分的爭議。若遵循 Dahl 的第二個觀點，我們同意受到規範的人參與其制定，那意謂著他們已經被包含在內，不須要再透過民主程序決定這個問題。若我們僅遵循第一個觀點，沒有任何原則性的方式去決定誰應該被包含在人民中，因為那僅是仰賴政治程序中可能產生的任何結果而已。誰可以作為成員 (或誰被排拒在成員之外)，將僅仰賴被承認的多數在任何特定時刻所決定之結果。因此，我們發現，除非我們準備好接受一個寡頭集團、貴族或甚至極權主義制度可以是民主的，只要其決策制定是基於多數決程序，我們會同意 Bauböck 的看法，解決成員身分的問題必須先於任何民主的審議。²⁰這是為什麼民主體制作為自由民主的必要條件，對於用一些對多數決策的基本限制去限縮排拒的範圍，是如此相關。²¹

然而，主張政治社群的定義並非自由民主的關切，在嚴格意義上來說是普遍的。雖然西方憲政體制視自己遵循自由民主秩序，當其在選擇涵納時，常常視民族國家建構的一般性假設為理所當然，且視之與一個國家對自由民主秩序之承諾無關。在那些假設中，只有國家公民建構的政治社群具有正當性。這些民族主義的假定使人民相信，國家是自然已存在的實體之社群形象、歷史進展的產物、且賦予主權自我定義成員身分事務的權力。²²但這樣的概念不僅忽略民族國家作為

¹⁹ BAUBÖCK, *supra* note 3, at 179.

²⁰ *Id.*

²¹ 只有基於這些基礎我們才能宣稱，西方自由國家現今較雅典時代達到更完美的民主，至少根據其涵納性格。在雅典不只婦女與奴隸被排拒在政治領域外，外國人也是。外國人是自由人，受到雅典所提供的經濟機會所吸引，其中一些也達到良好的社會地位。然而，由於雅典公民身分之取得僅能透過血統的聯繫，外國人被排拒在所有政治權利外，其後代亦同。永久居留的客工與其之相似性是明顯的。See, MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY, 42(1983).

²² RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 27.

政治結構的短暫歷史，且通常與強調種族、文化或語言要素的政治社群概念連結，或者，如 Habermas 所說的，公民身分的族裔文化本質超越了其政治或憲法的結構。²³被貶抑到次要的是民主的可能性，其古老的理想（實際上比民族國家還老）表達了對政治平等的需要作為人類合法政治共存之條件，在任何政治團結作為政治互動的領域中，規範著法律與制度。最後，我們必須牢記，雖然民主體制與民族國家的發展或許終究是平行的，但其並非相同政治理念、利益與聯盟的結果。²⁴

三、限制自由民主國家之排拒

即使同意在自由民主秩序中必須對排拒有所限制，在此仍須說明此主張的規範性立場，是什麼讓「永久居留（permanent residence）」能作為主張在自由民主體制中完全涵納的充分條件。換言之，為何「社會成員資格（social membership）」對實現公民平等（civic equality）具有迫切重要性？

（一）居留與法律規制：隸屬的嚴格意義

當在探討如何定義民主體制中的人民這個問題時，Dahl 提出「法律規制（subjection to the laws）」作為判斷標準。²⁵這樣的判準在現代平等的自由主義（modern egalitarian liberalism）中獲得有力的支持。基於平等道德自主的理念與個人自由，平等的自由主義不能容忍某人的權利基於固有的優越而統治其他人。²⁶政治平等是必要的。每個人的利益被認為是相同的固有價值，且每個人原則上被認為最適合去判斷他／她自己的利益。因此，永遠存在於較少的平等權利中及將人民中一個群體排拒於達成政治平等所必要的某種權利之外，和這樣的要求相抵觸。因此在移民的案例中，由其欠缺最重要的政治權利（例如投票權）與居住

²³ *Id.* at 27-8.

²⁴ HAMMAR, *supra* note 4, at 59.

²⁵ DAHL, *supra* note 17.

²⁶ JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM*, 29(1993); BRUCE ACKERMAN, *SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE*, ch.1 (1980).

安全的事實，及當其依賴必要的保障嘗試去自由與完全地發展其個體性時，相較於國家公民處於不利位置而欠缺平等權利，因此得出對政治上弱勢（*political vulnerability*）及民主正當性的關切。²⁷

顯然，並非一個國家全部的法律都必然會影響所有的居民，且這些法律中一部份也許對臨時工、觀光客，或逐漸增加的外國人影響很大。然而，領土主權（*territorial sovereignty*），在民族國家的世界中仍然是政治組織的基本工具，擬定地理的、制度的與管理的管轄範圍，在特定的社會中透過政治自由定義人際互動的全球條件。因此可以期待，永久生活在這個社會中的個人會共享相同的關切，他們更常且更廣泛地被共同有拘束力的決策（*collectively binding decisions*）所影響。

我們可能透過其他方式嘗試去考量外國人的政治上弱勢。一些公民可能行使其政治權利去表達那些欠缺政治權利者的利益。且居留外國人保留了其國家的公民身分之保護範圍。大量移出的國家可能會對其海外公民表示關切其利益，且與居留國進行協商。最終，雖然身在國外，外國人或許能享有其母國的外交保護，對於母國的政治投注其精力或在居留國從事他們被允許的任何政治活動的形式。然而，移民在這樣的情況下能從其母國的保護、從居留國的其他公民群體、或從政治行動的較小形式之運動中得到的幫助可能是不夠的。暫且不論政治效率問題的實際困難，連結「個人平等關懷與尊重」之「平等保障」要求：在更廣泛地受到政治過程影響的居留地，賦予居留外國人平等政治權利。其亦要求：個人被承認為是其自身利益的最適判斷者，且有能力對其目的負直接責任，此外，他們的保護不會被其他政治行動者或甚至他們自己的國家工具性地利用。²⁸

重要如是，保護一個人的利益與能力被承認是其利益的最適判斷者，並非全部在此都是利害相關的。若單純從民主的保護形式著手當然是必要的。這個民主

²⁷ Rainer Bauböck, *Changing the Boundaries of Citizenship*, in *REDEFINING THE STATUS OF IMMIGRANTS IN EUROPE*, 199(RAINER BAUBÖCK ed. 1994).

²⁸ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, 29.

的形式致力於對個別的自由領域提供最大的保護以對抗政治上組織化的多數之壓迫，且視政治參與係現代民主政治中必要控制技巧之一。²⁹、³⁰據此，民主制度對於平等與自由的道德承諾之體現，在社群致力於人民權利的最大化時被最佳地實現，可理解為人類自然能力的發展。在這些能力中，政治參與（political participation）透過其提供的可能性，對自覺（self-awareness）與自重（self-respect）的發展扮演了重要的角色，讓人民在平等與相互承認的公共領域中接觸。³¹當政治參與被理解為使個人接觸他們的社會環境之溝通過程，使普通物質世界與普通政治語言茁壯成長的社會環境與經驗之分享，對政治參與而言是必要的。

（二）居留與社會整合：深入的被影響性

或許並非每一個自由國家都會同意實質道德的發展模式取徑。即使將自由民主（liberal democracy）當作是達到自由與平等社會之承諾，藉由允許每個人完全發展其個人能力，最佳化地實現這些價值，這個假設可能是有爭議的。因此現在讓我們採取更廣泛被接受的保護模式（protective model）。在此，所謂民主原則的違反可能是更有爭議的。居留外國人在內國的存在（有時甚至是不受歡迎的存在）本質上可以被認為表現其偏好，及自主判斷其最佳利益。若只有長期且普遍的受法律規制會引起民主正當性的關切，允許非國民將自己從領土主權的範圍內移出或許是充分的救濟方式。原則上，當有另一個國家有相應的義務去接納他們（假定他們不是無國籍人）時，非國民有權利這樣做。然而，離開的權利及因此規避國家法律與國家權力的規制，並不等於參與其生產過程（generation process）的權利。在探討為何長期居留（long-term residence）應被認為和設定

²⁹ ROBERT A. DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY, 83(1956).

³⁰ 不只是一般拒絕給予居留外國人的核心政治權（如投票權與任公職）在這方面是必要的。保護居留外國人免於受到多數壓迫，或許還需要一些其他的權利與自由。最明確的是居留權與工作權，這兩者通常僅部分地或有條件地給予居留外國人。短期的居留與工作許可，及延長許可的裁量決定是在地主國移民之政治動員的主要障礙。若造成政府的不悅，他們也對所有法律上與憲法上被承認的其他公民自由的有效運作設定障礙。畢竟，我們不應忘記，「留在國家領土內」是享有社會所提供的任何機會與法律制度所給予的權利與利益之先決條件。

³¹ C. B. MACPHERSON, THE LIFE AND TIMES OF LIBERAL DEMOCRACY, 44-8(1977).

自由民主社群的界限有關連，是因為居留（residence）與通常伴隨之社會整合（social integration），基於正當性目的，有助於界定相關指涉的政治社群，且與社會整合連結，被影響性（affectedness）比受法律之規制（subjection to the laws）有更深層的意義。³²

居留地（residential habitat）通常提供個人一個有意義的生活選擇構想（the conception of meaningful life options）之環境。原則上，自由社會致力於使每個人能平等擁有美好生活的價值觀，他們可以根據新的經驗與資訊，質疑與重新定義之。³³追求善的概念的能力（a capacity for a conception of the good），被包含在定義自由體制中之公民的特徵中，不僅可以形塑，也可以修改或探尋。³⁴若是如此，這些社會應該承認，永久居留外國人有與任何其他社會成員相同的機會，根據其在地經驗去重新定義他們的生活計畫之可能性。且這不是抽象的語彙，而是透過對他們已經發展出的聯繫之保存，及在適當的文化脈絡中對這些聯繫的解釋。至少在充分顯著的程度上，這樣的脈絡可以合理期待是他們已經形成的社會。視部份的人民為不獨立且不同於任何特定的概念，而是視為永久且本質上隸屬於預先定義之目的（無論是經濟或其他性質），違反了這個自由觀念。³⁵將基於在外國工作之目的非國民（non-nationals）無限期地標示為移民（且因此不問其居留的長度、其留下的意願、其社會整合的程度、是否其在這個國家為第一、第二或第三代...等等）的其中一個問題是，其假定與再製將非國民連結到預定目的（即工作、改善經濟條件或賺夠錢回國）之目的論圖像。

維護個人的聯繫之權利需仰賴能繼續留在社群之可能性，這有兩種方式。首先是聯繫在物理意義上無法移除。有一些聯繫無法輕易的拿走。家庭也許較一塊土地或一間房子更具流動性。與學校體系、社團及鄰居與朋友的聯繫無疑是很難

³² RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 31.

³³ WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP*, 81(1995).

³⁴ RAWLS, *supra* note 26, at 19.

³⁵ *Id.* at 30.

拿走的聯繫。此外，一些生活選擇需要長期的投入且我們的生命是有限的。³⁶

或許有人認為這在一定程度上扭曲了真正的爭議。因此主張，在許多案例中，這樣的聯繫不應被當作出發點。當居留外國人明知或可以期待其知悉，其不能依靠建立這樣的聯繫（例如，藉由在居留國發展職業活動）之權利或維護這樣的聯繫（例如，藉由在居留國規劃終身的職業活動）之權利時，尤其是如此。但有關的問題仍是，是否能無止盡地拒絕給予這樣的權利？換言之，我們能合理期待人民被無限期地隸屬於某種目標與目的，且單純地忽視長期居留（不問其如何發生）不可避免地會帶來某種聯繫與美好生活的新概念所顯現之可能性嗎？³⁷

聯繫、依附與更普遍地，生活計畫被認為是社會聯繫的第二種方式，在物質與地理的空間以外，與社會空間（*social spaces*）經常相當於文化空間（*cultural spaces*）之事實有關。這些文化空間通常提供我們解釋生活選擇的價值之工具。³⁸這可以說明，為何選擇離開我們的社會，對我們大多數人而言，不是對法律之自由同意的充分表示。我們應是在我們的文化脈絡中衡量自由與平等，而不應只是用抽象的詞彙衡量自由與平等。

由前面所述，假定應維護懷疑承諾與依附之價值的自由，我們可以得出一個見解：個人不應被強迫放棄承諾與依附的價值，或喪失滿足其意義的社會文化架構。的確，家庭可能較一片土地更具流動性，然而，建立家庭的選擇，在較大或較小的程度上，取決於其居住之社群的更廣泛條件。³⁹

在這更深入且更複雜的方式上，應考量長期居留者在其居留的社群中之利害關係。「受法律的直接規制」證立其參與民主程序的必要性。上述所謂「依賴社會與（或）文化環境」是 Ruth Rubio-Marín 在此稱為「深入的被影響性」之決定條件。其將個人的利害關係建立在整個社會上，且因此在政治制度中形塑與定義

³⁶ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 32-3.

³⁷ *Id.* at 33.

³⁸ KYMLICKA, *supra* note 33, at 84 ff.

³⁹ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 33.

其現在與未來的功能。深入的被影響性之概念亦有助於理解，為何民主制度對受特定爭議同等影響的個人，不僅給予平等政治發言權（例如，為何針對捕魚業的政策之投票權不僅限定給那些對捕魚有特別利益者）。反之，社會政治空間的共享（the sharing of a sociopolitical space）被視為建立一所有成員以更全面的意義所共享的社群關注。體制中共同利益的假設也有助於解釋，為何關於永久居留外國人從事責任政治行為之能力，應慎重考慮。因此，縱使永久居留外國人在理論上可能藉由離境而規避其政治責任，但隨著時間的推移，可以期待他們對居留的需要。⁴⁰、⁴¹

四、對無證移民的排拒

本節前僅概括地討論居留外國人的涵納，在居留外國人中沒有區分不同的類別，僅要求他們是社群成員，且這僅適用於已經住在國家內很多年，成為一個人的個人與社會經驗之中心。但所謂無證移民又是如何呢？他們永久受法律規制與被影響最終是否亦會產生自動與無條件的涵納？一般似乎認為不會。就讓我們來探究為何及是否他們的自動涵納在道德上是正當的。

如果說長期存在受到不平等對待之人民會損害我們的民主精神，則無證移民的涵納較合法移民更為迫切重要。無證移民實際上亦被授予各種權利與保障，通常是接近法院的權利及對驅逐出境表示異議、受到人道對待的權利和一些必要的社會權利，如公立教育或最低限度的醫療照護。畢竟，我們熟知在許多西方民主國家中，這些權利在憲法上是賦予個人（person），而非僅限於公民（citizen）。然而無證移民在公民平等的領域中受到的排拒通常比合法居留的外國人更為嚴重。在無證移民部分，主要不是保留給公民的政治權利之欠缺阻礙了他們的平等，也不是一般給予合法移民的社會權與公民自由之欠缺。反之，是無證移民完

⁴⁰ 即使在海外居留一段時間後，許多移民依然保有返回母國的希望之事實不應被直接解釋為欠缺與居留社會的聯繫。實則，很少人實際上經過很久後返回母國，且許多宣稱有返回意圖的人，關於他們何時及如何執行其計畫返回，無法給予精確的日期。

⁴¹ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 33-4.

全不安定的居留與工作身分使他們處於脆弱與被剝削的位置，因此使得無證移民縱使在理論上享有上述的權利與保障，但在現實上卻無法行使。⁴²眾所周知的是，被發現與被驅逐出境的恐懼使無證移民不敢利用給予他們的利益與服務，且使他們放棄追究民事賠償與刑事責任，以致於使他們永遠受到剝削。

雖然無證移民被嚴重地排拒於公民平等之外，但對於無證移民完全涵納的探討卻很少。在無證移民的法律地位之討論中，經常潛在著只是工具性邏輯。在公共爭議中處理無證移民的居留與生活條件，主要是依據國家是否從他們的存在得到更多利益（例如在一些經濟部分中的勞動力短缺）或損失（當社會利益被認為消耗公共經濟超過無證移民工作與納稅所貢獻時）。公共討論中主張給予無證移民權利與利益最常見的正當理由是，若剝奪無證移民的一些社會權利與服務，如教育或健康服務，也許會影響社會整體的利益（犯罪、公共健康等）。這個更廣泛的利益被認為應優先考量。然而，就此更廣泛的有力利益而言，無證移民自身並沒有被當作是強而有力的主張。換言之，除了無證移民對其所生活的社群產生影響外，他們本身的需要與利益並沒有受到重視。⁴³

公共意見與學說討論對無證移民之涵納不給予同情是可以理解的。這與國家及領土主權的基本預設、根據自由傳統要求相互同意之成員身分觀點有關。⁴⁴在合法移民的案例中，我們已能從自由的觀點去討論，對於他們取得全部或部分公民身分所設定之條件是否適當或公平。事實上，社群中公民的同意透過法律加以呈現。畢竟，合法移民是在國家移民政策的框架下被允許入境的。是法律對其設定歸化的條件或允許其作為永久居留外國人而留在國內。⁴⁵反之，在無證移民的案例，同意至多是片面的且不充分的。再者，非法入境就是違反法律。而國家自

⁴² GERALD L. NEUMAN, STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS, AND FUNDAMENTAL LAW, 185(1996); Layton-Henry, *The Challenge of Political Rights*, in Layton-Henry, *supra* note 10, at 15-6.

⁴³ Gerald P. López, *Undocumented Mexican Migration: In Search of a Just Immigration Law and Policy*, 28 UCLA L. REV. 615, 626, 630(1981).

⁴⁴ Peter H. Schuck, *Membership in the Liberal Polity: the Devaluation of American Citizenship*, in IMMIGRATION AND THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA, 51ff. (ROGERS BRUBAKER ed. 1989).

⁴⁵ *Id.* at 60.

主之維護作為主權領土實體之最低要求是：邊境控管的權力。就此，是一個體制是否有權自己決定有其成員的身分，且會受到的質疑是，涵納無證移民將不利於那些耐心排隊、展現對國家法律之尊重的未來移民。⁴⁶

五、對無證移民的自動涵納

無證移民的現象在數量上逐漸成長，且越來越多國家也產生無證移民的問題。美國就是如此，數百萬無證移民永久定居且積極地出現在勞動市場及公立機構中（例如教育與健康體系）。在這樣的案例中，排拒與不平等的繼續存在重新和自由民主社會之適當關切產生關連性。一方面，於無證移民在新的社會中強化其存在之前，並無任何認真的意圖防止非法入境或驅逐無證移民，所謂欠缺社群公民之同意就變得令人懷疑。畢竟，無證移工在許多方面是理想的可剝削勞動力來源。⁴⁷他們薪水極低、無組織、不敢抱怨。⁴⁸他們的可利用性與不穩定的社會位置使其成為符合勞動市場中勞動力的理想來源。

然而，將外國人地位的爭議侷限在以社群公民同意為基礎的主張上，愈顯不足。如我們所見，在人民中對於權利地位的區分，當適用在融入、貢獻、參與及依靠國家的社會與機構處於相似情況的個人時，這樣的區分受到很大的質疑。且這樣的考量逐漸適用到大規模無證移民產生的社會現實。下述主張（曾經被用來關切合法定居的外國人）適用於很多社會中的合法移民與無證移民：⁴⁹

[他們]的確是國家的成員，參與勞動及居住市場，納稅、養育家庭且送他們的小孩去上學…他們貢獻且接受社會福利，且參與其在地社群的社會文化生活。⁵⁰

⁴⁶ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 83.

⁴⁷ NEUMAN, *supra* note 42.

⁴⁸ Catherine Wihtol de Wenden, *The Absence of Rights: the Position of Illegal Immigrants*, in Layton-Henry, *supra* note 10, at 42.

⁴⁹ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 83-4.

⁵⁰ Zig Layton-Henry, *Citizenship and Migrant Workers in Western Europe*, in THE FRONTIERS OF CITIZENSHIP, 108, 118(U. VOGEL and M. MORAN eds. 1991). 類似的主張，*See, Carens, supra* note 2, at

正如在此所提出的涵納主張，將爭議限定在雙方同意理性(*consensual rationality*)的主要問題是，當這樣做的時候，同意方一般是被假定的，而非被討論或有正當理由的。很清楚地，我們接受國家的存在與正當性作為個別且有區隔的個體，我們就會承認國家有權決定其未來的涵納。然而問題是誰應歸屬於這樣的國家及這個決定在道德上是否受拘束。在此所提出的主張是，至少那些永久受法律規制且被政治程序深入影響者應自動且無條件地被涵納。作為社群成員，永久居留的移民(不問其被合法承認的身分)有資格作為完全的民主成員身分。換言之，我們可以說，無證移民與合法居留外國人共享充分重要的道德理由，主張其作為未來的同意者(*consenter*)的一部份而非被同意者(*consented*)。若我們不先解釋與證明誰是同意方，僅主張在自由政體中涵納的同意必須是互相的並無法解決問題。⁵¹

Ruth Rubio-Marín 主張的主旨是，只要自動涵納是道德上與憲法上所要求的，是否移民擁有合法或非法身分，或是否他們遵守法定歸化條件就都不具關連性。但這不是說合法移民與無證移民被放在完全相同的立足點上。合法居留者或許有其他的根據能強化或促進其完全涵納的主張。他們仍想要質疑一些歸化條件的正當性或這些條件被適用的現況。儘管如此，合法移民與無證移民被排拒在公民平等領域外在時間上仍然應該有限制。因此，Ruth Rubio-Marín 建議，其長度的計算是以「西方國家要求接納合法外國人作為永久居留者的居留時間」加上「非法入境之合法化通常要求的期間」。換言之，定出一個時點作為分水嶺，在那之後法律就不能再利用國家公民身分或移民身分的標準，在權利的承認上作合法的區別。⁵²若移民符合作為社群成員的資格，並不是因為法律上定義的移民身分。反之，這反映了人民遷徙到一個地方生活與工作，在此他們自然地發展出聯繫，經過一段長時間後，那個地方實際上成為他們生存的中心。這是為什麼涵納的判

44.

⁵¹ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 84.

⁵² *Id.* at 84-5. 類似見解，*See*, Hammar, *supra* note 9, at 190, 196.

準（受法律規制與深入的被影響性）亦適用於定居為社群成員的無證移民。⁵³

六、涵納無證移民可能遭受的質疑

（一）無證移民對國家沒有任何貢獻

反對涵納的批評一般並非聚焦於無證移民沒有對社會福利做出足夠的貢獻之事實，而是針對他們完全沒有任何貢獻的事實。因此，一般的主張是無證移民實際上是混亂的因素，他們不歸屬於社會合作體制（social scheme of cooperation）。若他們得到一些權利並不是因為他們應得的，而僅是因為不這樣做會使得一般社會變差。

許多人認為，討論無證移民的權利是奇怪的，因為他們沒有權利出現在國家內，或至少是不能工作。其他人需等上數年才被合法接受，他們卻不遵守規定。再者，他們因規避移民控制而構成刑事責任，且/或未經許可而工作。作為一違法者，為何違反法律的他們，能對那個政府在道德上主張權利？⁵⁴這說明了為什麼在關於無證移民接近公共利益與服務的政治爭議中，他們常被描繪成「當然地外來者，不屬於社群的一部份」。⁵⁵

然而，在公共爭議中亦可發現支持無證移民的貢獻之主張。無證移民經常被描述為積極的資源：從事本國工人不願從事的不受歡迎、低薪工作。他們通常守法且獨立的，他們不敢請求被賦予的福利，且他們很可能透過納稅而有所貢獻。⁵⁶問題是，這個貢獻持續下去，是否不應給予非法移民以公平性為基礎去主張完全的經濟與政治涵納？

關於無證移民對社會是否有貢獻的問題並不容易解答，且要處理這個爭議應

⁵³ *Id.* at 85.

⁵⁴ See, Stephen H. Legomsky, *Immigration, Federalism and the Welfare State*, 42 UCLA L. REV. 1453, 1468(1995).

⁵⁵ See, Kevin R. Johnson, *Public Benefits and Immigration: The Intersection of Immigration Status, Ethnicity, Gender, and Class*, 42 UCLA L. REV. 1509, 1531, n.83, 1538(1995).

⁵⁶ *Id.* at 1538; Wenden, *supra* note 48, at 42.

納入考量的要素會因個案而有所不同。但一般而言，我們應該注意到，無證移民的存在相關的危險與成本，在公共爭議中通常被誇大及預設，而不是完整地探討，這是常見的。例如，前述提及的無證移民引起不穩定及使體制去正當性之論述。藉由一再地被指涉為「罪犯（outlaws）」或「違法者（lawbreakers）」，無證移民成為全球犯罪。⁵⁷且無證移民違反移民法的事實並不意味著他們會繼續犯罪的人生。誠然，無證移民違反移民法就如同許多人違反了其他法律一樣（例如：稅法）。但這並非意謂著他們應該整體被描述成罪犯（criminals）或法外之徒（outlaws）。

我們亦應記得，我們要維護正當性與有效性的法律秩序，其通常不會僅聚焦於非法行為的處罰。在許多國家，非法行為的處罰或犯罪行為的追訴應該要有時效限制之概念是普遍的。⁵⁸時效原則是指，在經過一段時間後，一個刑罰不能被執行或一個犯罪不能被追訴。與我們的關切有密切關係的兩點在此必須被提及。第一是與維護最低限度的法律安定性有關。簡言之，違法者在一段長時間後會產生一個非法行為未被追訴之期待，而這樣的期待應該被納入考慮。換言之，後者不應無限期地被期待去承受明知終究會因為過去所違犯的行為受到處罰之不確定性。當這個處罰會對一個人的生活產生巨大衝擊時，這尤其相關—在驅逐出境的案例—且—發生在移民法的違反—這個犯罪行為並沒有對最重要的法律價值造成冒犯，例如人類的生命生存或完整性。事實上可以認為，在經過這樣長的時間後受處罰的威脅及必然伴隨著的不確定性，這對一個人的違法行為已經是一個足夠的懲罰了。尤其這適用在無證移民的案例中，如我們所知，這種「懲罰」在整個社會經常利用無證移民的不合法去對其制度性的剝削之事實下，很可能更為加遽。⁵⁹

⁵⁷ Johnson, *supra* note 55, at 1531; Gerald L. Neuman, *Aliens as Outlaws: Government Services, Proposition 187, and the Structure of Equal Protection Doctrine*, 42 UCLA L. REV. 1425, 1441(1995).

⁵⁸ Hammar, *supra* note 9, at 16.

⁵⁹ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 88-9.

另一個時效原則的理由要我們去考慮，處罰所要達成的社會目的與在違法行為發生很長一段時間後再加諸懲罰是否仍能達到該目的。就此而言，我們不應忘記，懲罰犯罪的一個主要目的是犯罪行為的一般性嚇阻（the general deterrence of criminal conduct）。因此在我們的案例中，處罰無證移民也許會嚇阻其他未來的無證移民。然而，若驅逐出境是在一段很長的時間後才被執行，則嚇阻的目的是否能達到？或者其他將來的移民會冒著永遠不被抓到或很久以後才會被抓到的風險？換言之，移民法的執行不力削弱了嚇阻的力道，因此無法達到原本設立的目的？若如此，誰應就制度的去正當化而被指責？⁶⁰

（二）涵納無證移民損害國家自我定義成員資格的權力

如果我們從接受國的觀點來看，我們會發現在合法移民與無證移民案例間一些重要的差異。合法移民至少已經克服了一些選擇過程：控制誰可以進入國家與定義誰有權能在國家內建立其住所。這些決定很可能被有意識地作成，意謂著對社會未來組成的一個選擇。因此，接受國在這個階段能嘗試去確保新來者不會對自由國家與其制度的吸收能力造成過大的壓力。基於這個目的，未來的移民經常被要求提出其現在與未來經濟無虞的證明（例如適當的專業技能）與其政治性向（例如無犯罪紀錄）。而無證移民不同的是，其未通過這個初步檢驗。因此，無證移民自動且無條件的涵納會更深刻地質疑社群關於成員身分之自我決定權（the community's right of self-determination concerning membership）（包含社會的與政治的）。其亦會使社群朝向更大程度的開放，伴隨著更難以預見的結果。因此讓人擔憂，其顯然意謂著對自由國家的社會及民主制度之健全（the health of the social and democratic institutions of the liberal state）有更大的威脅。⁶¹

這樣的擔憂似乎是有根據的。維持有界空間的能力（the capacity to remain

⁶⁰ 時效原則的另一個理由是聚焦在程序而非實質的理由，且質疑保證被追訴者公平審判的可能性，由於案件的相關證據會隨著時間而消失或減弱，考量到很大的司法錯誤風險。

⁶¹ RUBIO-MARÍN, *supra* note 1, at 93.

bounded spaces) 對自由民主國家的功能而言是很重要的，無證移民的自動涵納顯然意謂著更嚴重的威脅。再者，它實際上鼓勵了其他未來的移民，基於在適當時候他們也會取得作為平等成員的完全承認之認知，不受拘束地加入社群。因此，關於成員身分的集體自我定義權力會被嚴重地限縮，且選擇在文化上、經濟上與政治上對社會與政治凝聚、理解與團結加諸較小的威脅之新來者的能力，亦同。⁶²

嚴重如是，應澄清的是，當完全涵納的主張適用於無證移民時，並非質疑國家自我定義的權力，而僅是其範圍。國家仍有權制定新加入的標準與優先性之移民政策。其可以具正當地採取強制措施執行這樣的政策。另一方面（且這也是主張之作用），這樣的特權終究應有所限制。被其影響的不僅是被承認的公民，還有越來越多不被承認的成員，他們同時建立根基與社會整合。換言之，兩個極端是不被接受的：「完全否認國家執行其移民法的權力」與「讓無證移民無止盡地生活於不穩定與受剝削的條件」。⁶³

所謂鼓勵效果是怎麼樣呢？原則上，基於只要入境國家（即使違背其明確的意願）之個人就能取得公民身分之認識，的確會使非法入境更有吸引力。另一方面，就業機會是社會中有大量無證移民的主要拉力因素。完整的社會權利與福利或伴隨公民身分的投票權能改善被影響的移民之生活條件。但這並不意謂這些實際上對無證移民有很大的吸引力，尤其是在和有機會謀生的重要性相較之下。再者，我們不應忘記，無證移民取得這些權利與福利被延後且只有在大約十年後才會取得平等。然而，涵納對於未來大規模移民提供誘因之可能性和決定無證移民納入之形式有關。因此，我們要分辨集體大赦（collective amnesties）與個別合法化（individual regularization）間的差異。當大量無證移民已經建立起來且呈現嚴重的社會與經濟問題時，集體大赦是必要的。但其負面後果是相當多的。其對

⁶² *Id.* at 93-4.

⁶³ *Id.* at 94.

未來的無證移民提供誘因或提供緊縮移民控制的機會。而當合法化是持續的且需在居留一段時間後，這些效果會大大減弱。諷刺的是，西方國家傾向採取重複集體大赦的作法，而不是設定一段時間，在時間經過後非法入境不再被當作是驅逐出境的理由或權利承認的差別。實則，後者對於達到正義的要求與最小化無證移民之涵納可能引發的成本，是較佳的選擇。⁶⁴

第二節 無證移民的權利

Ruth Rubio-Marín 在前面提出涵納無證移民之標準，即以「西方國家要求接納合法外國人作為永久居留者的居留時間」加上「非法入境之合法化通常要求的期間」。在那個時間點之後法律就不能再利用國家公民身分或移民身分的標準，在權利的承認上作合法的區別。無證移民在那個時間點之後應該被國家涵納作為完全的社群成員，享有與其他社群成員相同的權利保障。而在涵納的時點之前，本文認為，在法律上亦應給予境內之無證移民的權利。

一、基本人權

只要處於國家的管轄權內之人，不論其是否經過許可或是否遵守法律，都應該擁有各種的法律權利。這些權利不僅是公民與合法居留者擁有，旅行者及暫時觀光客也有。無證移民亦同。首先是人身安全與財產權。畢竟，警察被認為必須要保護無證移民不被搶奪或殺害。無證移民不會因為其存在未受許可而喪失保護個人安全及財產的權利。其次是接受公平審判的權利。如果無證移民被控犯罪，他們亦如同其他刑事被告擁有相同的權利。

雖然流行的政治修辭將無證移民因為其違反移民法，而將其描述成違法者（lawbreakers）及罪犯（criminals）。但大部分自由民主國家認為移民法的違反及刑事法的違反有很大的不同。我們可藉由比較無證移民被控刑事犯罪所得到的程

⁶⁴ *Id.* at 94-5.

序保障與其違反移民法所得到的程序保障知道，大部分自由民主國家認為移民法令是行政事項，且因此提供被控違反移民法者相較於被控刑事犯罪較薄弱的程序保障。這不是因為無證移民的身分的關係，如前述，無證移民在通常刑事程序中作為被告擁有與公民及合法居留者一樣的權利（有權請律師，若有必由由國家付費；上訴權利；證據法則等等）。若非如此，將違反最基本的法治原則、正當程序及公平審判觀念。提供違反移民法者較少的保障正可說明移民法的違反不是刑事犯罪，且居留及驅逐出境不是刑事處罰。基於這個理由，不能對無證移民貼上罪犯的標籤。

再者，緊急醫療照護也是一個國家在道德上有義務應該提供予在其管轄權內的所有人。如果無證移民發生車禍或心臟病，其應有權得到救命的醫治。同樣地，無證移民擁有如宗教自由與言論自由這樣的基本權利。由無證移民擁有人權之事實顯示，移民控制的手段仍應受自由民主的規範與標準之拘束。雖然從控制的觀點而言，給予無證移民權利會增加使其入境及停留的誘因，然而，這樣的效果並不足以作為拒絕給予基本人權的正當理由。

無證移民雖然擁有上述權利，但問題是其因為被發覺或被驅逐出境的恐懼而不敢行使權利。一個可行的方法是國家應該建立移民執法與基本人權保障間的防火牆。國家應確保由負責保護及實現基本人權所取得之資訊不會被用在移民執法的目的上。國家應保證行使其權利的無證移民不會因此使自己被逮捕與驅逐。例如，若無證移民是犯罪的被害人或證人，他們應該能到警察局報案或作證而免於被逮捕及驅逐出境的風險增加；如果無證移民需要緊急醫療照護，其應能向醫院尋求幫助而不須擔心醫院會向移民執法當局報告其身分。如果沒有移民執法與權利保護之間的防火牆，無證移民所享有的基本人權保障將僅是有名無實。

二、兒童權利

無證移民兒童是特別弱勢的一個群體，因此，其在道德上應被給予某種無證

移民成人所沒有的法律權利，最重要的就是免費公立教育的權利。美國聯邦最高法院在 1982 年的 *Plyler v. Doe* 案中承認這個權利，且大部分其他民主國家也建立了類似的權利。在民主國家中，基礎教育對於所有合法居留的兒童是強制的。此一法律要求即顯示教育在形塑兒童及其所生活之社會的未來有不可或缺的重要性。

持反對意見者認為，第一，無證移民兒童不是社會未來的一部分，如果他們的父母被驅逐出境，他們也會被驅逐出境，提供無證移民兒童免費公立教育只會加深隨後驅逐的難度；第二，提供無證移民兒童免費公立教育會誘使其他無證移民的加入；第三，提供無證移民兒童免費公立教育將增加接受社會的財政成本；第四，免費公立教育不是那種只要在境內之人就享有的基本人權；最後，反對者觀點認為兒童的無辜並不重要，其父母不被允許入境卻非法入境，如果無證移民兒童無法受教育，這是他們自己的錯誤而不是國家的錯誤。

實則，免費公立教育的權利應被視為一基本人權，就像緊急醫療照護，其是國家在道德上有義務提供予在其管轄權內的所有兒童，不問其移民身分。現代社會中未受教育的兒童其未來幾乎沒有任何希望，因此基本教育是最重要的需求。若兒童居住在一國的管轄權內，該國家就必須提供能發展其人生的教育，不問該兒童是否是合法居留。不能因為無證移民兒童之後可能被驅逐出境而不給予接受教育的權利，一則是這可能不會發生，二則即使他們離境了，接受基本教育比完全沒有受教育對他們而言是有利的。拒絕給予現代社會中的兒童受教育將迫使其人生受到極大的限制。國家不能用責怪父母及認為兒童不要來這裡就不會受到這樣的對待來逃避國家應負的責任，因為是國家，而不是父母，掌控了學校制度及接受或排拒兒童的權力。至於給予無證移民兒童受教育可能會增加接受國家的成本及吸引更多無證移民的到來，但當考量無證移民也會納稅時，無證移民兒童受公立教育的淨成本估計會有很大的不同。再者，僅計算提供教育的成本忽略了創造一群未受教育、邊緣化將來會成為這個社會的成人之兒童此一可預測且更重要

的成本。如果成本與誘因的確是重要的，這或許有理由厲行減少無證遷徙之道德上允許的政策，但其不能作為拒絕給予基本人權的理由。

如同基本人權，免費受公立教育的權利要有效果，必須在教育服務的提供與移民執法之間建立防火牆。若學校職員被要求或允許傳遞有關學生的無證身分給移民官員，或移民官員能到學校檢查紀錄、審問學生，那麼此一權利亦僅是有名無實。

三、與工作有關的權利

公民、合法的永久居留者享有與工作有關的法律權利，而合法的短期移工也享有大部分與工作有關的法律權利。問題是，無證移民是否應享有這樣的權利呢？相較於無證移民是否應享有基本人權，這個問題的答案更受爭議。而給予無證移民與工作有關的權利似乎直接削弱國家對於入境條件之控制，畢竟，國家是不可以不允許觀光客、臨時參觀者工作。若這些外國人享有與工作有關的權利，不就打擊了國家權力的核心？使之徒具形式？

首先要討論的是，無證移民是否有權利請求其工作應得之工資？有些人主張，原則上國家不應強制履行無證移民與其雇主間之僱傭契約，因為無證移民未被授權工作。所違反的是兩造間之僱傭契約本身，而不是他們執行的特定工作。但這個主張基本上是有誤解的。反對無證移民有請求工資的權利最主要是其在概念上及法律上將以工作為目的之非法遷徙與犯罪活動做連結，這忽略了社會現實。無證移民所從事的工作經常是骯髒（dirty）、困難（difficult）且危險的（dangerous），但其為正當的工作。無證移民得到的報酬不是以非法取得之方式；他們是靠勞力賺取的。若國家聲稱雇主能任意取得無證移民的勞力給付，然後拒絕給付已承諾之工資，這是道德上錯誤的。當然這在實際上常常發生，但國家不應為拒絕無證移民請求工資的法律權利背書。若國家拒絕給予無證移民請求工資的權利，其實際上拋棄了使無證移民免於剝削之責任。若請求給付工資的權

利被視為是基本的人權，前述防火牆之主張亦應適用在此。若雇主拒絕給付工資，無證移民應能在不被移民主管機關知悉的狀況下尋求法律救濟。

此外，無證移民之工作條件經常未達到國家設定的最低標準，這是為什麼無證移民被描述為是邊緣化且被剝削的。是否應給予無證移民在道德上被認為須提供的工作條件（最低工資、最高工時、休假、加班費等）？答案很明顯為是。每一個當代民主國家對其管轄權內之市場功能設定限制，雖然全球化使國家管制內部市場條件更加困難，但所有民主國家都建立基本工作條件之限制。這些限制反映了民主國家的最低標準概念，在這之下境內經濟活動應被加以管理。因此這些標準應適用於所有勞工，包含合法工作者及無證移民。或許有人會主張這些標準僅適用於社群成員—公民與永久居留者。對這點，一個重要的回應是，無證移民在許多方面是社群的成員，其居住在社會中、其納稅，其以不同的方式參與社群生活。但更重要的因素是，無證移民是內國勞動力的成員，規定與管制的目的是在民主社群的管轄權內設定最低可接受的工作條件。移民執法是一回事，使無證移民享有最低標準的工作條件是另一回事。既然國家對於合法工作者保障其工作條件，其亦應保障無證移民之工作條件。另外一個支持給予無證移民相同法律權利之重要因素是，國家保障其公民與合法移民最低工作標準之能力在某種程度上取決於其保障無證移民相同標準之能力。這些規定對使雇主的成本增加，使其有誘因規避最低標準。然而，如果法律被適當地設計，尤其是保護勞工使其免於受到雇主通報其違反法令之報復，法律的執行就會比較容易。若最低標準不適用於無證移民，則雇用無證移民的雇主就不用擔心違反通常工地標準之處罰。當然，雇主仍然得擔心雇用無證移民之處罰，但這些法律更容易被規避，因為無證移民本身不會去舉報雇主雇用無證移民的違法，就如同其不會去舉發雇主不遵守最標工作標準的違法。因此，拒絕給予無證移民如同公民與合法移民之最低工作標準，將使得維護公民與合法居留者的權利更加困難。

另有人主張給予無證移民這種保障將誘使更多無證移民進入工作場所。但諷

刺的是，這種主張將使雇用無證移民的雇主創造相對的利益，因此更誘使雇主雇用無證移民且增加其需求。而無證移民經常不敢去挑戰雇主違反勞動條件，是擔心雇主會向移民當局舉發。再一次，無證移民的弱勢使雇主能廉價地雇用他們。因此藉由限制勞動條件以遏阻非法遷徙很可能得到反效果。前述防火牆的主張在此亦應適用。要有效確保無證移民有最低勞動條件的權利，需要在這些權利的執行與移民執法間建立一堅固的關卡。這樣的防火牆同樣使公民及合法移民受惠，降低雇主藉由以較低工資及勞動條件雇用無證移民得到經濟利益之可能性。

第三節 小結—合法化方案

一、美國

美國在 1986 年的移民改革與控制法（IRCA），⁶⁵其中有許多重要的規定即是在給予無證移民合法化。要符合 IRCA 的合法化計畫，首先，外國人必須證明其是在 1982 年 1 月 1 日以前入境美國，且他／她自該時起持續以無證身分居留在美國至申請提出日；⁶⁶其次，外國人必須證明在 IRCA 通過後至合法化申請提出前，持續現實的居留，除了短暫、臨時與不可歸責的出境。⁶⁷IRCA 的大赦條款對於農場工人規範的更為寬鬆，農業工人於 1985 年 5 月至 1986 年 5 月間，在美國從事季節性農業工作超過 90 天，符合合法化的資格，法律對於這些農業工人並不要求必須持續現實的居留。⁶⁸

⁶⁵ 關於 IRCA 的說明、爭議及學者批評，請參本論文第四章第二節三、(二)。

⁶⁶ “The alien must establish that he entered the United States before January 1, 1982, and that he has resided continuously in the United States in an unlawful status since such date and through the date the application is filed under this subsection.” INA §245A(a)(2)(A), 8 U.S.C. §1255a(a)(2)(A).

⁶⁷ “The alien must establish that the alien has been continuously physically present in the United States since November 6, 1986.” “An alien shall not be considered to have failed to maintain continuous physical presence in the United States for purposes of subparagraph (A) by virtue of brief, casual, and innocent absences from the United States.” INA §245A(a)(3)(A) and (B), 8 U.S.C. § 1255a(a)(3)(A) and (B).

⁶⁸ “Performance of seasonal agricultural services and residence in the United States The alien must establish that he has - (i) resided in the United States, and (ii) performed seasonal agricultural services in the United States for at least 90 man-days, during the 12-month period ending on May 1, 1986. For purposes of the previous sentence, performance of seasonal agricultural services in the United States for more than one employer on any one day shall be counted as performance of services for only 1

DREAM Act 是一被期待已久的移民法案，在 2009 年 3 月 26 日被提出於美國國會，該法案提供好幾年來被遺忘在州法與聯邦法造成之灰暗地帶、畢業於美國高中的移民兒童，取得永久居留權的機會。新的立法提供移民利益予 16 歲以前來到美國，且其在該草案制定為法律前已至少在美國持續居留 5 年之兒童。若該法案通過，符合標準之移民基本上有機會取得永久居留權。這意謂著將發給學生 6 年期的暫時居留，條件是要符合某種教育或軍事要求。在 6 年的暫時居留期間，符合資格的學生必須念大學且至少取得兩年制的學位或在美國軍隊中服役 2 年。一旦在 6 年有條件的期間經過後符合所有條件，即可取得永久居留權，以致於將來可歸化為美國公民。然而，若學生未遵守學位要求或服役要求，暫時居留將會被取消且將面臨強制出境。⁶⁹依 DREAM Act 的規定，移民要符合資格必須具備下列要求：(1)在法律制定時年紀介於 12 歲及 35 歲之間；(2)在 16 歲以前來到美國；(3)自抵達日起必須在美國持續居住 5 年以上；(4)必須畢業於美國的高中或取得一般教育文憑；(5)必須有良好的道德人格。然而 DREAM Act 在 2010 年 12 月時在參議院受挫，若該法案通過，就可以在第 111 屆國會的最後 1 天送到 Obama 總統那，代表了移民法改革之倡議的重要勝利，但因為共和黨參議員已經組成防線要嚴堵該法案，結果可能變得不明朗。該法案的反對者認為，該法案等於給予大赦，且該措施讓以詐術成為有資格取得合法身分或符合合法身分之條件變得太容易。⁷⁰

二、歐洲

歐盟在 2008 年通過的「歐洲移民與庇護公約 (European Pact on Immigration and Asylum)」，⁷¹以遣返無證移民作為控制政策，要求無證移民必須離開歐盟會

man-day." INA §210(a)(1)(B), 8 U.S.C. §1160(a)(1)(B).

⁶⁹ <http://www.dreamact2009.org> (last visited: 2011.01.01)

⁷⁰ *Senate Democrats Put 'Dream Act' on Hold*, <http://thecaucus.blogs.nytimes.com/2010/12/09/senate-democrats-put-dream-act-on-hold> (last visited: 2011.01.01)

⁷¹ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st13/st13440.en08.pdf> (last visited: 2011.01.01)

員國，並發佈指令⁷²具體化遣返的共通標準與程序。⁷³歐盟在公約中對於無證移民採取的立場是加強控制，其採取三個基本原則：(1)在會員國與來源國間建立更大的合作以控制無證移民；(2)在會員國境內的無證移民必須出境；(3)所有國家必須重新接納非法停留在其他國家的本國國民。歐盟對於合法化的立場是：國內法基於人道或經濟的理由，僅能採取個案處理的合法化，而不能採取一般性的合法化方案。⁷⁴究其原因，可能係因為擔心一旦同意會員國採取大赦式的合法化方案，則在歐盟會員國境內的無證移民在某一國取得合法身分後就可以在整個歐洲自由來去，這或許是官方所不樂見的情形。

但通案式的合法化方案亦非沒有，2005年2月7日至5月7日間，西班牙境內超過100萬無證移民（約70萬工人與其40萬家庭成員）向政府申請予其移民身分合法化。無證移民需證明：(1)其至少自2004年8月7日起即住在西班牙；(2)至少一紙6個月的工作合約；(3)無犯罪紀錄。南歐國家推動無證移民合法化主要是基於勞動市場的根本原因：勞動力需求上升，而無證移民正回應了這樣的需求。⁷⁵

三、臺灣

其實合法化方案在臺灣並非毫無經驗，入出國及移民法第16條⁷⁶就是針對泰

⁷² DIRECTIVE 2008/115/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:EN:PDF> (last visited: 2011.01.01)

⁷³ 有關遣返的具體規定，參第三章第四節。

⁷⁴ European Pact on Immigration and Asylum, *supra* note 161.

⁷⁵ Willem Maas, *Explaining Amnesty: Why States Legalize Illegal Migrants*, Prepared for presentation at the American Political Science Association conference, Washington DC, 1(2005).

⁷⁶ 入出國及移民法第16條：「(I)臺灣地區無戶籍國民，因僑居地區之特殊狀況，必須在臺灣地區居留或定居者，由主管機關就特定國家、地區訂定居留或定居辦法，報請行政院核定，不受第九條及第十條規定之限制。(II)本法施行前已入國之泰國、緬甸或印尼地區無國籍人民及臺灣地區無戶籍國民未能強制其出國者，入出國及移民署應許可其居留。(III)中華民國八十八年五月二十一日至九十七年十二月三十一日入國之無國籍人民及臺灣地區無戶籍國民，係經教育部或僑務委員會核准自泰國、緬甸地區回國就學或接受技術訓練，未能強制其出國者，入出國及移民署應許可其居留。(IV)中華民國八十八年五月二十一日至九十七年十二月三十一日入國之印度或尼泊爾地區無國籍人民，未能強制其出國，且經蒙藏委員會認定其身分者，入出國及移民署應許可其居留。(V)前三項所定經許可居留之無國籍人民在國內取得國籍者及臺灣地區無戶籍國民，在

國、緬甸、印尼、印度及尼泊爾無國籍人民與臺灣地區無戶籍國民所給予的合法化方案，但條文中係以條列方式限定了適用的「國別」和「入境的時間」，使得在條文訂定後才發現的狀況（如近來引起關注的來自菲律賓的無戶籍國民）無法處理的窘境。⁷⁷夏曉鵬教授與王增勇教授即建議修改入出國及移民法，不以條列方式，僅保留主要條文「臺灣地區無戶籍國民，因僑居地區之特殊狀況，必須在臺灣地區居留或定居者，由主管機關就特定國家、地區訂定居留或定居辦法，報請行政院核定，不受第九條及第十條規定之限制。」主管機關再依特定需求明定「大赦」之對象，可參考其他國家的相關條文，符合某些條件者得予以「一般性」或「一次性」的合法化。⁷⁸

本文既然認為應採取 Ruth Rubio-Marín 的主張：無證移民在居留一段時間後，與在地社群建立實質的聯繫後，應賦予其社群成員之資格。那麼一個合法化的方案即成為必要。縱使對無證移民不採取全面性、無條件限制的大赦，以免引起過大的反彈，無證移民群體於符合一定條件：(1)居留一段時間、(2)實質聯繫的建立、(3)無犯罪紀錄，即應給予取得合法身分的機會。

臺灣地區連續居住三年，或居留滿五年且每年居住二百七十日以上，或居留滿七年且每年居住一百八十三日以上，得向入出國及移民署申請在臺灣地區定居。(VI)臺灣地區無戶籍國民於前項所定居留期間出國，係經政府機關派遣或核准，附有證明文件者，不視為居住期間中斷，亦不予計入在臺灣地區居住期間。」

⁷⁷ 夏曉鵬、王增勇，〈逾期居留移民之實證研究〉，《全國律師》，2010年9月，頁43。

⁷⁸ 同前註。

第七章 結論

入出境就法律或政治意義上而言，國境是各國領土之區分界限，在此界限之外，若非國際法有特別規定，原則上，亦係國家高權行使之中止線。而入出國管理之法理基礎，應係植基於以下三項原則，即國家基本權之維護、人民基本權之保障，以及國際法之信守。¹台灣就國境管理的相關法律有：〈入出國及移民法〉、〈國籍法〉、〈台灣地區與大陸地區人民關係條例〉、〈香港澳門關係條例〉、〈外國護照簽證條例〉、〈國家安全法〉。²而對於無證移民的控制可分為邊界控管與境內管理，前者主要是：入境制度、暫時留置及面談；後者主要是：查察、強制出境及收容。支配我國學界、現行法律及實務的主流見解，認為外國人沒有國際遷徙自由，是否允許其入境、居留或強制出境，乃是國家主權自由決定事項。或許建構一個民族國家，最重要的關鍵就是在於，它有沒有一個被有效管理的國境。建立／劃分國境，事實上等同於建構國家，國境的確立就是國家的確立。一個沒有邊界的國家，其實是一個不存在的國家。然而，全球化加諸於民族國家的嚴峻課題為：既然人、資本與資訊流通三者往往具有無法分割的關係，那麼各國如何可以一方面開放國界鼓勵跨國資訊、資本與知識的流通，另一方面又閉鎖國界防制境外人口的流入呢？³ 臺灣無證移民之現實處境：缺乏基礎健康醫療保障、脆弱的經濟生活與人身安全、無法享有基礎教育權、行動限制、人際網絡侷限、不可及的社會資源、易受不肖份子詐騙、揮之不去的被抓恐懼、擔心自首後被收容而不敢自首。本文認為，當外國人已經在東道國長居久住時，其已成形的生活聯繫關係應受到保護，縱然是立法者亦不可任意剝奪。⁴

與美國不同，長期或永久非法居留在德國是非常困難的，因為德國比較小，控制不僅更嚴格且被視為是正當的。因此，德國無證移民與居留的案例大部分是

¹ 詳見：第二章第一節一、二、。

² 詳見：第二章第一節三、。

³ 詳見：第二章第二節。

⁴ 詳見：第二章第三節。

暫時的。德國無證外國住民的數量大約是 15 萬到 150 萬人。主要的管制措施係國際合作、邊境安檢、身分比對、雇主制裁。德國無證移民的生活現況是租屋困難、無權取得健康保險與其他服務，且協助、教唆、延續或支持無證移民者會受到法律的處罰。⁵在德國，開始有團體提案保障 100 萬無證移民的基本權利，但德國在處理這個議題上，仍遠較其他歐盟國家落後。2005 年 1 月 1 日生效的新移民法所引起的政治爭論中忽略了無證移民議題。需注意的是，歐盟目前對於無證移民的合法化採取不鼓勵的立場，擔心某一會員國對無證移民的合法化會鼓勵無證移民潮，且這些被合法化之移民，能夠遷徙旅遊至歐盟各國，可能產生更大影響。⁶

在美國，基本上無證移民是從合法移民制度與政策之執行中所產生的問題。今日美國移民政策主要是由 1965 年 10 月 3 日 INA 的修訂所建立。但這基本的法律所建立的合法移民制度與其數次的修正所產生與預期結果的落差，構成了無證移民的本質與範圍。在 1986 年的 IRCA 以前，移民法僅直接規範邊界與入境；一旦無證移民入境後與其他社群成員所建立的民事關係則不受排除規範的規制。法院認為，無證移民亦適用聯邦勞動保護法令。1986 年的 IRCA，一方面，赦免程序使在美國的無證移民有取得合法身分之管道，另一方面，希望透過雇主制裁遏止無證移民的增加，但其效果受到兩個事實的限制：(1) 制裁規定在執行上未落實；(2) 縱使執行，雇主有各種策略以降低需負擔的法律成本，且無證工人亦用各種手段規避執行的影響。1996 年的 IIRIRA 首先處理加強邊境的控制，因為 IIRIRA 的制定，入出境美國受到更多的限制。此外，IIRIRA 亦限縮了移民法官的裁量權限，IIRIRA 擴張了可驅逐出境之犯罪的定義、可溯及既往地適用、及禁止向移民上訴法院上訴。911 事件後的 USA PATRIOT ACT of 2001、Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002，及地方針對移民的執法，顯示出對於移民控制

⁵ 詳見：第三章第二節。

⁶ 詳見：第三章第四節。

的加強。⁷於司法實務上，值得注意的應屬 1982 年的 *Plyler v. Doe* 案。聯邦最高法院認為，禁止無證移民接受免費公立教育之 1975 年德州法違反平等保護條款，解決了無證移民是否有權利接受公立教育的問題。雖然最高法院不認為教育是憲法中的基本權利，但仍承認公立教育的重要性，認為雖然無證移民學童並非嫌疑分類，但其有權受到憲法的平等保護。最高法院強調排斥無證移民學童於公立教育之外將對其造成不利益。⁸

理論上，同樣是外國人的無證移民，其作為人至少應享有三分法中人權之保障，因為這是屬於每個人之權利，而憲法第 8 條之「人身自由」、「正當法律程序」就是這樣的權利。當然，若涉及對該等基本權之限制，亦應有憲法第 23 條「比例原則」之適用。但在充斥歧視與國族思維的臺灣現行法律制度實務下，卻遭到忽視。面談時，沒有任何法律明確規定面談的標準、注意事項、標準程序或是問題的種類方向。模糊的法律要件配合上法令中蘊含著歧視與排斥的態度，加上行政片面決定權限，作為一自由民主之憲政主義國家，卻連最低標準之人性尊嚴都無法滿足。為防止無證移民透過虛偽結婚之方式入國之面談手段，不僅無證移民受到排拒與歧視，連真正合法之外籍或大陸配偶都在這樣的過程當中，為求基本之尊嚴都不可得。而「收容」本身並非處罰方式，而係強制出境前的保全措施，其目的乃是為了確保強制出境之處分能夠實際執行。但行政部分卻犧牲人身自由此一重要的基本權利，兩者權衡，「收容」所欲維護之公益是否在任何情形下均可優於「人身自由」的法益？是否沒有別的選項以確保強制出境處分？背後更根本的問題是：國家欠缺人力與經費來建構足夠與適當的措施，是否應以無證移民之人身自由與人格尊嚴為代價？⁹

就無證移民而言，政治權利或一些通常給予合法移民的社會及市民權利之欠缺，將其排拒在公民平等之外。而其完全不穩定的居留與工作身分說明了：無證

⁷ 參見：第四章第二節三、。

⁸ 參見：第四章第二節四、(一) 2、。

⁹ 參見：第五章第二節、第三節。

移民被貶抑到社會底層，導致在理論上被賦予的權利，因害怕被強制出境而現實上不敢主張。就此，學者 Ruth Rubio-Marín 提出兩個主張，一是「完全涵納」，宣稱為自由民主的國家，應視那些永久居留在領土內、受共同決策之支配及仰賴國家保護與對他們的人格完全發展之承認者，為國家組織化社群的完全成員。另一是「自動成員身分」，作為一國家公民被涵納入公民平等領域的條件是，永久居留在居留一段時間後，應自動且無條件地被承認為國家公民。其將此二者稱為「自動涵納」的形式。因此，隨著無證移民在台灣長期居住，融入社會上各式活動，其生活重心已經植基於此，不論是日常生活的食衣住行，還是工作、教育、家庭乃至交友圈，這些物質與精神上的複雜網絡，本身就是個人人格塑成之中心，至少應給予法律上的權利保障。¹⁰而無證移民在歷經與在地社群建立實質關聯的過程中，縱使尚未達應被涵納為社群完全成員的程度，在法律上應保護其人身安全、財產權、接受公平審判的權利、緊急醫療照護、無證移民兒童之免費受基礎教育的權利，以及各種與工作有關的權利，如工資請求權及法定勞動條件。¹¹最後，一般性的合法化方案並非毫無前例，美國 1986 年的 IRCA、西班牙 2005 年給予無證移民合法化、台灣入出國及移民法第 16 條等。本文既然認為：無證移民在居留一段時間後，與在地社群建立實質的聯繫後，應賦予其社群成員之資格。那麼一個合法化的方案即成為必要。縱使對無證移民不採取全面性、無條件限制的大赦，以免引起過大的反彈，無證移民於符合一定條件：**(1)**居留一段時間、**(2)**實質聯繫的建立、**(3)**無犯罪紀錄，即應給予取得合法身分的機會。¹²

¹⁰ 參見：第六章第一節。

¹¹ 參見：第六章第二節。

¹² 參見：第六章第三節。

參考文獻

一、中文

(一) 專書

- 刁仁國，《外國人入出境管理法論》，中央警察大學出版社，2001年3月。
- 吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004年三版。
- 李惠宗，《憲法要義》，元照，2008年9月四版。
- 李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，元照，2005年10月。
- 李震山，《警察行政法論—自由與秩序之折衝》，元照，2007年9月。
- 李震山，《警察法論—警察任務編一》，正典出版文化有限公司，2002年10月。
- 李震山等著，《入出國管理及安全檢查專題研究》，中央警察大學，1999年8月初版。
- 法治斌&董保城，《憲法新論》，元照，2010年9月四版。
- 柏楊著，《異域》，遠流出版，2000年。
- 陳敏，《行政法總論》，自版，2009年9月六版。
- 劉文章，《證照查驗理論與實務》，中央警察大學出版，1996年5月再版。
- 劉進幅，《中日兩國外人居留管理之研究及其比較》，財團法人中日關係研究會，1997年。
- 藍佩嘉，《跨國灰姑娘—當東南亞幫傭遇上台灣新富家庭》，行人出版社，2009年3月。
- 顧玉玲，《我們—移動與勞動的生命記事》，印刻出版，2008年10月。

(二) 專書論文

- 陳新民，〈論憲法人民基本權利之限制〉，《憲法基本權利之基本理論（上）》，元照，2002年7月。
- 曾熾芬，〈誰可以打開國界的門？—移民政策的階級主義〉，《騷動流移：台社移民/工讀本》，台灣社會研究雜誌社出版，2009年1月。
- 廖元豪，〈「海納百川」或「非我族類」的國家圖像？—檢討民國九十二年的「次等國民」憲法實務〉，《法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集》，元照，2004年5月。
- 廖元豪，〈全球化趨勢中婚姻移民之人權保障—全球化、臺灣新國族主義、人權論述的關係〉，《騷動流移》，台灣社會研究雜誌社，2009年1月。

(三) 期刊論文

- 王清峰，〈人口販運法律及政策初探〉，《婦研縱橫》，第84期，2007年10月。
- 吳志光，〈兩岸人民關係條例—行政程序法的「化外之法」？〉，《月旦法學教室》，

- 第 34 期，2005 年 8 月。
- 李念祖，〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉，《憲政時代》，第 27 卷第 1 期，2001 年。
- 李建良，〈外國人權利保障的理念與實務〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 48 期，2003 年 7 月。
- 李震山，〈「正當法律程序」被當真嗎？〉，《月旦法學教室》，第 34 期，2005 年 8 月。
- 李震山，〈外國人出境義務之履行與執行—德國「外過人法」中相關規定之評釋〉，《警學叢刊》，第 29 卷第 4 期，1999 年 1 月。
- 李震山，〈論移民制度與外國人基本權利〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 48 期，2003 年 7 月。
- 林盈君，〈人口販運議題在台灣〉，《婦研縱橫》，第 77 期，2006 年 1 月。
- 夏曉鵬、王增勇，〈逾期居留移民之實證研究〉，《全國律師》，2010 年 9 月。
- 許文義，〈德國外國人收容法制之研究〉，《警學叢刊》，第 32 卷第 1 期，2001 年 7 月。
- 陳長文、劉定基，〈進步立法，退步解釋〉，中國時報，A15（2003 年 7 月 15 日）。
- 曾國森，〈非法外勞取締技巧及相關法律問題之研究〉，《警學叢刊》，第 27 卷第 2 期，1996 年 9 月。
- 黃居正著，〈國籍與公民身分——一個跨領域的探索〉，《台灣國際法季刊》，第 1 卷第 4 期，2004 年 10 月。
- 楊婉瑩、李品蓉，〈大陸配偶的公民權困境—國族與父權的共謀〉，《臺灣民主季刊》，第 6 卷第 3 期，2009 年 9 月。
- 廖元豪，〈平等權：第二講 大法官對平等權之審查基準〉，《月旦法學教室》第 76 期，2009 年 2 月。
- 廖元豪，〈移民—基本人權的化外之民——檢視批判「移民無人權」的憲法論述與實務〉，《月旦法學雜誌》，第 161 期，2008 年 10 月。
- 趙彥寧，〈現代性想像與國境管理的衝突：以中國婚姻移民女性為研究案例〉，《臺灣社會學刊》，第 32 期，2004 年 6 月，頁 62。
- 趙彥寧，〈親屬連結、社會規範與國境管理：以中國福建省無證移民的研究〉，《臺灣社會學》，第 13 期，2007 年 6 月。
- 蔡宗珍，〈公法上之比例原則初論—以德國法發展為中心〉，《政大法學評論》，第 62 期，1999 年 12 月。
- 謝立功、柯雨瑞，〈試論外國人之收容及救濟法制〉，《警學叢刊》，第 37 卷第 4 期，2007 年 1 月。
- 藍佩嘉，〈合法的奴工，法外的自由：外籍勞工的控制與出走〉，《臺灣社會研究季刊》，第 64 期，2006 年 12 月。

（四）學位論文

吳佳穎，《誰鏹鏹住了移工？—越南移工在台的勞動狀況》，暨南大學東南亞研究所碩士論文，2007年6月。

周憶如，《誰是劊子手？—遭性剝削東南亞籍人口販運被害人在台灣之處境與困境分析》，世新大學社會發展研究所碩士論文，2008年8月。

林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政大法研所碩士論文，2004年7月。

邱曉華，《外籍人民強制收容之適法性與其行政救濟程序》，台大法律研究所碩士論文，2006年。

洪千雅，《德國移民政策之研究》，南華大學歐洲研究所碩士論文，2005年7月。

馬福美著，《我國移民法制之研究》，台灣師範大學碩士論文，2007年。

陳雪慧，《看見臺灣國族論述的新面貌—婚姻移民法令的歧視與排除》，世新大學社會發展研究所碩士論文，2007年。

游茜荻，《德國外籍勞工問題之研究》，南華大學歐洲研究所碩士論文，2004年6月。

黃惠欣，《跨界流動與邊界管制：台灣性產業中之中國大陸無證移民女性》，台大城鄉所碩士論文，2005年1月。

趙俊明，《老虎鉗下的我國外籍家事工作者勞動人權》，政治大學勞工所碩士論文，2004年3月。

(五) 研究報告

李震山主持，專題研究報告〈針對大陸地區人民執行強制出境及收容相關法律問題之研究—以臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條為中心〉，行政院大陸委員會委託研究，2005年7月。

(六) 網路資源

〈「我的媽媽是人球，連阿扁總統也沒輒！」--2800位柬埔寨配偶成為台灣外交的犧牲品（採訪通知）〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/11969>。

〈「我們要生存！」泰緬華人絕食求居留〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/23150>。

〈2500東娘變人球 遲無法入籍〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/353>。

〈內政部修辦法 滯台泰緬國軍後裔可獲居留權〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/39986>。

〈立院三讀移民法 滯台藏人合法居留〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/33760>。

〈在台圖博難民爭取居留〉，<http://news.epochtimes.com.tw/8/12/26/101832.htm>。

〈我們為何七三走上街頭 — 給馬總統的公開信〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/23218>。

〈忍教異域兒女 再從樓頂躍下？〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/23254>。

〈沒身分，自由廣場上的圖博人〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/31753>。

〈官方作業慢 身份判定難 事隔一年 在台藏人居留仍未解決〉，
<http://www.cooloud.org.tw/node/48202>。

〈孤軍後裔黑戶 癡等入籍〉，<http://www.cooloud.org.tw/node/39994>。

〈家事服務法 外傭適用勞基法〉，聯合新聞網，2010年1月14日，
<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT1/5365650.shtml>。

〈從柬埔寨新娘看國內的種族主義問題〉，
<http://blog.xuite.net/amu390/CYWBC/10441504>。

〈救救滯台藏人 蒙藏會應認可西藏綠皮書〉，
<http://www.wretch.cc/blog/choosingtien/23422842>。

〈發外僑居留証 圖博人：沒用，還是不能找工作〉，
<http://www.cooloud.org.tw/node/32822>。

〈緬甸華人遷徙史與無國籍華人命運〉，
<http://www.wretch.cc/blog/thebesthouse/12641640>。

「五十分的政見，五十分的人權」----「兩岸人民關係條例修法通過」，
<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=675&prev=676&next=670>。

「賀移民法修正三讀通過」：移民法三讀記者會新聞稿，
<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=161&prev=190&next=281&l=f&fid=8>。

外交部領事事務局網站，
<http://www.boca.gov.tw/ct.asp?xItem=30&CtNode=266&mp=1>。

夏曉鶯，〈移民署轉嫁立委「踐踏移民人權」罪名〉，
<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=253&next=251&l=a&fid=9>。

張榮哲、龔允倩，〈請用大赦來解決「國際人球」〉，苦勞網，2009年12月31日，
<http://www.cooloud.org.tw/node/49656>。

移民／移住人權修法聯盟 2007年1月23日記者會新聞稿，〈一二三自由日保障移民人權唾棄警察國家〉
<http://tw.myblog.yahoo.com/migrants2006/article?mid=254&prev=256&next=250&l=f&fid=8>。

移民署網頁：<http://www.immigration.gov.tw/aspcode/menu11.asp>。

移盟等社運團體就此於98年12月10日拜會移民署署長謝立功，提供相關意見，
<http://www.immigration.gov.tw/aspcode/shownews.asp?id=1460>。

廖元豪，〈外人＝異形＝病毒：不必要又歧視的外國人強制健檢〉，
<http://mypaper.pchome.com.tw/liaobruce/post/1239482844>。

調查顯示非法移民對美國經濟影響有限〉，多維新聞，
<http://chinese.dwnews.com/news/2010-05-05/55931008.html>。

二、英文

(一) 專書

- ACKERMAN, BRUCE, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE(1980).
- AMAN JR., ALFRED C., THE DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM (2004).
- BAUBÖCK, RAINER, TRANSNATIONAL CITIZENSHIP: MEMBERSHIP AND RIGHTS IN INTERNATIONAL MIGRATION(1994).
- BRIGGS JR, VERNON M., MASS IMMIGRATION AND THE NATIONAL INTEREST (1992)
- CORNELIUS, WAYNE A. ET AL. EDS.,CONTROLLING IMMIGRATION—A GLOBAL PERSPECTIVE, 2nd (2004)
- DAHL, ROBERT A., A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY(1956).
- DAHL, ROBERT A., DEMOCRACY AND ITS CRITICS(1989).
- HAINES, DAVID W. & KAREN E. ROSENBLUM (eds.), ILLEGAL IMMIGRATION IN AMERICA—A REFERENCE HANDBOOK(1999)
- HAMMAR, TOMAS, DEMOCRACY AND THE NATION STATE : ALIENS, DENIZENS, AND CITIZENS IN A WORLD OF INTERNATIONAL MIGRATION(1990).
- HARDT , MICHAEL & ANTONIO NEGRI, EMPIRE(2000).
- HENKIN, LOUIS, CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY, AND FOREIGN AFFAIRS (1990)
- JOHNSON, KEVIN R., OPENING THE FLOODGATES—WHY AMERICA NEEDS TO RETHINK ITS BORDERS AND IMMIGRATION LAWS (2007)
- JOPPKE, CHRISTIAN, IMMIGRATION AND THE NATION-STATE (1999)
- KYMLICKA, WILL, MULTICULTURAL CITIZENSHIP(1995).
- LEGOMSKY, STEPHEN H., IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY (2002).
- LEMAY, MICHAEL C., ILLEGAL IMMIGRATION—A REFERENCE HANDBOOK (2007)
- MACPHERSON, C. B., THE LIFE AND TIMES OF LIBERAL DEMOCRACY(1977).
- NEUMAN, GERALD L., STRANGERS TO THE CONSTITUTION:IMMIGRANTS, BORDERS, AND FUNDAMENTAL LAW(1996)
- RAWLS, JOHN, POLITICAL LIBERALISM(1993).
- RUBIO-MARÍN, RUTH, IMMIGRATION AS A DEMOCRATIC CHALLENGE—CITIZENSHIP AND INCLUSION IN GERMANY AND THE UNITED STATES(2000).
- SCHUMPETER, JOSEPH A., CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY, 5th edn.(1976).
- WALZER, MICHAEL, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY(1983).

(二) 專書論文

- Bade, Klaus J., *From Emigration to Immigration: The German Experience in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in MIGRATION PAST, MIGRATION FUTURE(Klaus J. Bade & Myron Weiner eds. 1997)
- Bauböck, R ainer, *Changing the Boundaries of Citizenship*, in REDEFINING THE STATUS OF IMMIGRANTS IN EUROPE(RAINER BAUBÖCK ed. 1994).

- Carens, Joseph H., *Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States*, in IMMIGRATION AND THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA(W. R. Brubaker ed. 1989)
- Hammar, Tomas, *Legal Time of Residence and the Status of Immigrants'*, in REDEFINING THE STATUS OF IMMIGRANTS IN EUROPE(Rainer Bauböck ed. 1994).
- Layton-Henry, Zig, *Citizenship and Migrant Workers in Western Europe*, in THE FRONTIERS OF CITIZENSHIP (U. VOGEL and M. MORAN eds. 1991).
- Layton-Henry, Zig, *Citizenship or Denizenship for Migrant Workers?*, in THE POLITICAL RIGHTS OF MIGRANT WORKERS IN WESTERN EUROPE(Zig Layton-Henry ed. 1990)
- Layton-Henry, Zig, *The Challenge of Political Rights*, in THE POLITICAL RIGHTS OF MIGRANT WORKERS IN WESTERN EUROPE(Zig Layton-Henry ed. 1990).
- Martin, Philip L., *Germany: Managing Migration in the Twenty-First Century*, in CONTROLLING IMMIGRATION (Wayne A. Cornelius, et al. eds, 2004)
- Pieterse, Jan Nederveen, *Globalization as Hybridization*, THE GLOBALIZATION READER, Wiley-Blackwell, 3rd(2007).
- Schuck, Peter H., *Membership in the Liberal Polity: the Devaluation of American Citizenship*, in IMMIGRATION AND THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA(ROGERS BRUBAKER ed. 1989).
- Wenden, Catherine Wihtol de, *The Absence of Rights: the Position of Illegal Immigrants*, in THE POLITICAL RIGHTS OF MIGRANT WORKERS IN WESTERN EUROPE(Zig Layton-Henry ed. 1990).
- Whelan, F.G., *Citizenship and Freedom of Movement: an Open Admission Policy?*, in OPEN BORDERS? COLSED SOCIETIES? THE ETHICAL AND POLITICAL ISSUES(M. Gibney ed. 1988).

(三) 期刊論文

- Aleinikoff, Alexander, *The Tightening Circle of Membership*, 22 HASTINGS CONST. L. Q. 915 (1995).
- Bean, Frank D., Edward E. Telles, Lindsay Lowell, *Undocumented Migration to the United States: Perceptions and Evidence*, POPULATION AND DEVELOPMENT REVIEW, Vol. 13, No. 4(Dec., 1987)
- Bosniak, Linda S., *Exclusion and Membership: The Dual Identity of The Undocumented Worker under United States Law*, 1988 WIS. L. REV. 955(1988)
- Bosniak, Linda, *Citizenship Denationalized*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 447(2000).
- Carens, Joseph H., *The Rights of Irregular Migrants*, ETHICS & INTERNATIONAL AFFAIRS JOURNAL, VOLUME 22.2 (2008) .
- Castles, Stephen, *The Guests Who Stayed—The Debate on 'Foreigners Policy' in the German Federal Republic*, International Migration Review, Vol. 19, No.

- 3(Autumn, 1985)
- Castro, Max J., *Immigration and Integration in the Americas*, 46 THE NORTH-SOUTH AGENDA(2001)
- Delbruck, Jost, *Globalization of Law, Politics, and Market—Implications for Domestic Law—An European Perspective*, 1 IND. GLOBAL LEGAL STUD. 9(1993)
- Frantz, Paul L., *How the United States Responds to Terrorism: An Analysis of Proposed Changes in the Nation's Immigration Law*(Feb. 22, 2002)(paper presented at Pacific Southwest Academy of Legal Studies in Business Annual Meeting)
- Frantz, Paul L., *Undocumented Workers: State Issuance of Driver Licenses Would Create a Constitutional Conundrum*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 505(2004)
- Heckmann, Friedrich, *Illegal Migration: What Can We Know and What Can We Explain? The Case of Germany*, INTERNATIONAL MIGRATION REVIEW, Vol. 38 Num. 3(Fall 2004)
- Johnson, Kevin R., *Open Borders?*, 51 UCLAL. REV. 193(2003).
- Johnson, Kevin R., *Public Benefits and Immigration: The Intersection of Immigration Status, Ethnicity, Gender, and Class*, 42 UCLA L. REV. 1509, 1531, n.83, 1538(1995).
- Lee, Jason H., *Unlawful Status as a "Constitutional Irrelevancy?": The Equal Protection Rights of Illegal Immigrants*, 39 GOLDEN GATE U. L. REV. 1 (2008)
- Legomsky, Stephen H., *Immigration, Federalism and the Welfare State*, 42 UCLA L. REV. 1453(1995).
- Lopez, Gerald P., *Undocumented Mexican Migration: In Search of a Just Immigration Law and Policy*, 28 UCLA L. REV. 615(1981)
- López, Gerald P., *Undocumented Mexican Migration: In Search of a Just Immigration Law and Policy*, 28 UCLA L. REV. 615(1981).
- Maas, Willem, *Explaining Amnesty: Why States Legalize Illegal Migrants*, Prepared for presentation at the American Political Science Association conference, Washington DC(2005).
- Martin, Philip, *Guest Workers: New Solution or New Problem?*, 2007 U. CHI. LEGAL F. 289(2007)
- Neuman, Gerald L., *Aliens as Outlaws: Government Services, Proposition 187, and the Structure of Equal Protection Doctrine*, 42 UCLA L. REV. 1425(1995).
- Neuman, Gerald L., *Immigration and Judicial Review in the Federal Republic of Germany*, 23 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 35(1990)
- Neuman, Gerald L., *The Lost Century of American Immigration Law(1776-1875)*, 93 COLUM L. REV. 1833(1993)
- Passel, Jeffrey S., *Recent Efforts to Control Illegal Immigration to the United States* 3 (unpublished paper, presented to OECD Working Party on Migration, Paris,

June 13-14, 1996)

Petersen, Ryan, *Be Our Guest, But Please Don't Stay: A Comparison of U.S. and German Immigration Policies and Guest Worker Programs*, 14 TULSA J. COMP. & INT'L 87(2006)

Raskin, Jamin B., *Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings fo Alien Suffrage*, 141 U. PA. L. REV. 1391(1993).

Roesler, Shannon, *Who Are "We The People?": The Legal Response To Twentieth-Century Migration in Germany and The United States*, 1 Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L. 92(2001)

Schmidt, Doris, *The New German Immigration Law*, ERA-FORUM, Vol.4, Num.2(2003.6)

Scruggs, Otey M., *Evolution of the Mexican Farm Labor Agreement of 1942*, AGRICULTURAL HISTORY, Vol. 34, No. 3 (Jul., 1960)

Steele, Stephanie E., *Deterrence to Hiring Illegal Immigrant Workers: Will The New Employer Sanction Provisions Work?*, 36 GA. J. INT'L & COMP. L. 475(2008)

Vargas, Sylvia R. Lazos, *"War on Terrorism", and Immigrants: Legal Challenges Post 9/11*, 67 MO. L. REV. 775(2002)

Wishnie, Michael, *Laboratories of Bigotry? Devolution of the Immigration Power, Equal Protection, and Federalism*, 76 N.Y.U. L. REV. 493(2001).

(四) 網路資源

A German Amnesty for Illegal Immigrants?, DEUTSCHE WELLE, 2005.03.10,
<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1513837,00.html>

DIRECTIVE 2008/115/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:EN:PDF>

European Pact on Immigration and Asylum,
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st13/st13440.en08.pdf>

Fewer unauthorized immigrants in U.S. in 2009, government says, CNN, 2010.02.10,
<http://edition.cnn.com/2010/US/02/10/illegal.immigrants/index.html>

IIRIRA 96 - A SUMMARY OF THE NEW IMMIGRATION BILL,
http://www.visalaw.com/96nov/3nov96.html#section_8

Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act(IIRIRA),
<http://wapardonprocess.info/IIRIRA.aspx>

Illegals in Germany Face Similar Problems as Those in US, DEUTSCHE WELLE,
2006.02.05, <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1987607,00.html>

Mcdonnell, Patrick J., Police Want No Part in Enforcing Immigrant, L.A. TIMES, Apr.5, 2005, <http://articles.latimes.com/2002/apr/05/local/me-immig5>

Passel, Jeffrey S., Estimateds of the Size and Characteristics of the Undocumented Population 7(Pew Hispanic Center 2005), available at:<http://pewhispanic.org/files/reports/44.pdf>

Paul Feldman, *Major Portions of Prop. 187 Thrown Out by Federal Judge*, L.A. TIMES, Nov. 21, 1995, http://articles.latimes.com/1995-11-21/news/mn-5597_1_illegal-immigrants

Spotlight Berlin: Illegal Immigrants and the Health Care Dilemma, DEUTSCHE WELLE, 2006.02.26, <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4056861,00.html>

Stobbe, Holk. (2000). *Undocumented Migration in the USA and Germany*. UC San Diego: Center for Comparative Immigration Studies. Retrieved from: <http://escholarship.org/uc/item/4xq3c9vj>

(五) 研究報告

Congressional Research Service, *Illegal Aliens: Analysis and Background*, U.S. House Comm. On the Judiciary, 95th Cong., 1st Sess.(1977)

