

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

建構以「平等公民權」為基礎的人權保障途徑 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 95-2414-H-004-006-
執行期間：95年08月01日至96年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：廖元豪

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理：王俊棠、張仲璇、徐念慈

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 96年10月31日

計畫名稱：建構以「平等公民權」為基礎的人權保障途徑

(一) 中文摘要與關鍵字

本研究之主要目的，是試圖在我國憲法學中，發展一條新的人權論述途徑——平等公民權，並揭露我國憲法學的主流論述——普世人權與個人主義——的可能問題：

第一，「人權」與「國家-社會」在這套論述中，是對立的緊張關係。

第二，憲法研究者，鮮少觸及「公益」的價值，因而忽略了憲法促進國民全體利益的重要功能。

第三，過於個人主義的人權論述，無法因應台灣（以及世界其他各國）有關追求新國族主義，國家認同等重要價值。

第四，從倫理或哲學面而言，原子式的自由主義(atomic individualism)本來就不是，也不應該是憲法人權論述的唯一選項。

第五，傳統的人權論述無法促進民主，甚至與民主政治產生緊張關係。它是一種以「免於侵害」為基礎的消極人權論。它無法建構積極參與公共事務的積極自由(positive liberty)

相比之下，平等公民權是一個較能結合個人權利與社群價值，並且因應台灣主體意識的人權理論基礎。它在憲法上可以憲法第二條「主權屬於國民全體」做為文義基礎，並進而用以檢討批判台灣當前各種「排拒」與「貶抑」，並進而構成「次等公民」的法制措施。

關鍵字：平等公民權、個人主義、社群主義、主權、貶抑、排拒、次等公民

(二) 英文摘要與關鍵字

The mainstream theoretical approach about constitutional right is based upon “universalism” and “individualism”. This project will offer an alternative approach—“equal citizenship.”

There are a number of shortages in the mainstream approach:

1. It makes “individual rights” and “state “or “society” adversary ideas.
2. Since the “public interest” is the opposite of “individual rights”, constitutional law scholars rarely pay attention to the significance of the former. Nevertheless, “public interest” must be one of the very goals which the Constitutional meant to achieve.
3. Individualism-based theory is hard to deal with the growing Taiwanese identity or Taiwan Nationalism.
4. In terms of constitutional philosophy, atomic individualism is by no means the sole ground of the Constitution. Communitarianism, Social Solidarity, and Nationalism are likewise among other theories the constitutive elements of the Constitution.
5. Traditional model is a typical “Free-From” negative right. It lacks the positive liberty dimension, and therefore can’t promote democracy.

By contrast, Equal Citizenship theory can better reconcile the public with the individual. It can also accommodate the value of social solidarity without abridging individual rights. Moreover, Equal Citizenship, a constitutional theory aimed at eliminating “second-class citizenship”, could be a very effective weapon in smoking out and criticizing those government measures with “exclusion” or “subordination” effects.

Key Words: equal citizenship, individualism, communitarianism,

subordination, exclusion, second-class citizenship

(三) 報告內容

I. 研究背景與目的

本研究之主要目的，是試圖在我國憲法學中，發展一條新的人權論述途徑—平等公民權 (equal citizenship)。

我國憲法學的主流論述，是以「保障人民權利」做為憲法的最終極目的。而主流的人權論述基本上是站在「普世人權」與「個人主義」的基礎上。憲法保障人權，是為了維護每一個「個人」的人性尊嚴免於來自「集體 (國家) 侵害」。這樣的「普世-個人人權論」，貢獻厥偉，但是經過多年的實驗與應用，似也逐漸顯出其不足之處。

主流的個人主義人權論可能有著以下問題—

第一，「人權」與「國家-社會」在這套論述中，是對立的緊張關係。人權被形容成「個人 vs. 集體」，或是「少數 vs. 多數」的架構。實務與學術上最常援引的「比例原則」，其實就預設了「基本權利」與「公共利益」的對立。人權的論述因此不易得到社會多數的熱切支持，而且人權這個概念，以及人權的主張者經常會被污名化為「破壞社會秩序 (和諧)」。

第二，在這樣的前題下，專注於人權保障的憲法研究者，自然鮮少觸及「公益」的價值—因為「公益」通常就是限制、侵害人權的來源；是一個憲法要對抗的對象，而非憲法精神。然而，這樣的趨勢，其實忽略了憲法促進國民全體利益的重要功能。

第三，過於個人主義的人權論述，無法因應台灣（以及世界其他各國）有關追求新國族主義，國家認同等重要價值。當「人權」被認為是「新台灣國族自治意識」的對立面時，人權的促進就會遭到極大的阻力。

第四，從倫理或哲學面而言，原子式的自由主義 (atomic individualism)本來就不是，也不應該是憲法人權論述的唯一選項。社群主義 (Communitarianism) 或新共和主義 (Neo-republicanism) 的政治哲學的

論述，在最近二十年也不斷提醒我們「社會連帶」(social solidarity)之重要性。而女性主義法學以及批判種族論等左翼或批判陣營之法律學者，也屢屢指出個人主義的人權論述，不但忽視社會整體壓迫「結構」之存在，而且會貶低弱勢群體「團體權」(group right)之重要性。

第五，傳統的人權論述無法促進民主，甚至與民主政治產生緊張關係。它是一種以「免於侵害」為基礎的消極人權論。它無法建構積極參與公共事務的積極自由(positive liberty)；因此無法促進高素質、高參與度的民主政治，更遑論各方對話的思辯民主(deliberative democracy)。

準此，申請人期待引進或建構另一套人權論述，能夠更重視集體合作、積極參與之價值，卻又不能開倒車以家長主義或軍國主義的邏輯要求個人無條件犧牲。而歐美(尤其是美國)部分憲法學界人士，從「公民權」(citizenship)或「平等公民權」(equal citizenship)的觀點來取代個人主義論述的努力，恰好值得參照。最著名的，如 Kenneth L. Karst 以美國憲法上「平等保護條款」(Equal Protection Clause)的相關判例，說明「平等公民權」的「涵納」精神，其實正是憲法的核心價值與功能。其他如 Charles Black, Phillip Bobbit, John Ely, Philip Kurland 等學者，也都以各種不同的方式，提倡以「平等公民權」做為人權保障之基礎；並認為這個途徑，可以結合國家認同、社群價值，以及個人或少數的保障。移民法專家 Linda Bosniak 也指出，「公民權」概念當然可以超越形式上的「公民身分」，而同時在相當程度裡保障外國人。

英文中的 citizenship(公民權)這個概念，在我國憲法界是十分陌生的。憲法本身沒有出現「公民」一詞；而教科書中論及「公民權」或「公民」，也僅從最形式主義的「投票權」來分析。

然而這種形式主義的「公民權」論述，既無憲法依據，在理論上也嫌落伍單薄。一方面，形式主義的公民權論述，只著重於特定的「身分」(滿二十歲，有國籍並設籍於台灣)，而全未論及公民權應有何等「實質」(做為國家社群的一員，應有何等權利)內容。

本研究擬引進並發展的「平等公民權」，著重在「任何一個政治社群成員所應享有的權利」。所謂的「侵害」，不見得來自「社群限制了個人為所欲為的自由」；而是來自「社群對個人的排拒(exclusion)與貶

抑 (subordination)」。所謂「排拒」，是指社群拒絕承認某人 (或某團體) 的「成員資格」 (公民地位)；所謂「貶抑」則是社群將某人 (或某團體) 視為「次等成員」。平等公民權的概念，就是要社群承認每一個人都有「成員資格」，並且是「完整充分而平等」的成員資格。

與傳統個人主義或普世人權論述相比，平等公民權所追求的不是「免於國家-社會」的自由；相反地，平等公民權極重視政治社群對個人認同與歸屬感的重要性，因此要求「平等參與國家社會之公共領域」。在此種途徑下，受憲法人權條款保障的人，被涵納 (inclusion) 進入主流社會，與政治社群相互認同。

舉例而言，「台灣地區與大陸地區人民關係條例」第二十一條規定，原籍大陸但已定居台灣地區的人民，自取得「定居」地位起，十年內仍不得擔任任何公職。依據傳統個人主義論述，挑戰這個法律的人必須主張此法侵犯了「原籍大陸之人民」他們「個人」服公職與工作之權利，並且攻擊立法者所宣稱的「公益」。然而，對於本就處於政治不利地位的原籍大陸人民而言，為了個人「私利」去攻擊台灣地區立法者認定的「公益」，毋寧使其與政治主流更加隔離—或至少要冒著得罪多數人的風險。但若從平等公民權之角度，則系爭原籍大陸人民不只是為了自己的利益來對抗公益，她是要爭取「服務公眾」、「參與公共領域」的資格！她並不是「對抗社會」，她是要來爭取「平等貢獻參與社會之機會」。既然國家不得排拒公民參與，也不得以法律創設「次等公民」，那麼這個條文就可能因為抵觸平等公民權而違憲。

此外，藉由探究公民權的實質內涵，更可以讓法律與社會研究有更緊密的結合。在今天全球化的社會中，除了形式上的國籍、戶籍、投票權外，到底還有什麼樣的權利是「平等公民權」必備的內容？這就必須對政治社會的動態有所瞭解。

例如，憲法教科書中多半以「國家政治主權」以及「國家經濟社會資源」做為「外國人地位差別待遇」 (alienage classification) 之理由—投票權是主權者的國民才能享有；工作權則是優先保護本國人。只有那些涉及最基礎人性尊嚴的權利—如人身自由、言論自由等—才無分國界一律保護。準此，公民權保障的範圍似乎非常狹隘。

然而，這樣的分類理由在今天社會早就愈來愈站不住腳了。對於一個長期居住在我國的「外國人」（如尚未歸化或無資源可歸化的「外籍配偶」），是否因為沒有形式上的國籍，就當然可以拒絕承認他（她）的公民權（成員資格）？少了張身分證，就不被當作「台灣人」？

進一步言之，「政治主權」、「經濟資源分配」與「人性尊嚴」在今日也愈發難以區分。試想，在資本主義社會中，沒有經濟上的工作權（謀生能力），如何奢談人性尊嚴？在民主國家，沒有包括投票權在內之政治參與權，又如何能保障自己不受侵犯與壓權？

若拋棄形式主義，而由實質角度來看待「平等公民權」，那麼可能導出兩個初步分析方向：

首先，「誰是『我們社群』的一員」，並不當然以「國籍」、「戶籍」等形式身分來區分。凡是與「我們」有密切關連（空間、親屬、時間、經濟等）的人，都應該算是「社群成員」而享有公民權。

其次，「公民權」的內容並不僅止於投票權，而包括各種參與公共領域的實質能力、資格以及資源。依此，只要符合「社群成員」資格者，原則上應可享有絕大部分的憲法基本權。任何可能造成「次等公民」的制度，都應該推定違憲。

除了理論層次的意涵外，「平等公民權」在台灣致力發展主體意識的今日，更有實用的深刻意義。它可以促使我們持續反省當前的國族認同模式。因為在適用「平等公民權」的時候，必須不斷追問「誰是『我們』的一員」，「誰是『台灣人』」，以及我們要成為「什麼樣的國家」。我們對台灣的「國族想像」採取不同的模式，就可能對「誰是我們自己人」有著不同的答案。我們要選擇成為一個漢族中心主義，經濟保守主義，社會達爾文主義的「國」；還是更開放加入，更平等，更人性化的「國」？

這個問題在台灣尤有研究價值。由於特殊的歷史環境，我們是今日少數在釋憲實務與法律上公然承認「二等公民（國民）」的民主國家。有「中華民國國籍」但無「戶籍」的「國民」、「公民」，卻不享有定居、自由進出國境，或其他「國家成員」應有的基本權利。「平等公民權」一方面可以做為檢討此類法制的基準，揭露出「戶籍」制度功能超載的

事實；同時也揭露出「國籍」的神聖，其實在某種程度上是很虛妄的。

在憲法文本方面，申請人初步認為憲法第二條「國民主權」原則可做為「平等公民權」的文義基礎。一方面，憲法第二條宣示了國民的「主權者」地位，充分連結「公民」的概念。另一方面，既然「國民全體」均屬「主權者」，因此「每一個」國民都應該是「頭家」而受到同等的尊重。這可以展現出「『平等』公民權」的意涵。

最後，「被排拒」或「被貶抑」的族群，在台灣當然存在。我們的社會「主流」毫不留情地對弱勢、異類、邊緣者表示優越。從原住民、樂生院病患、同性戀者、新移民女性、國際移工...各式各樣的弱勢族群，在台灣的法律與社會，仍因其身分與歷史因素，而遭遇多重的不利處境。這些法律上不利處境，往往就代表了政治社群對他們的忽視、排斥，或是貶抑。「平等公民權」的憲法訓令對他們宣示：「你們都是跟我們一樣的台灣人」，從而要求國家社會應該致力於將他們涵納至社會主流，給予他們參與公共生活領域之基本能力。

II. 文獻探討

在中文的法學文獻方面，對憲法「公民權」(citizenship)深入探討者較為少見，且多半著墨於簡單、形式的「公民身分」而未涉及其應有內涵。這樣的定義，僅及於「國籍身分」與「投票權」。如：林紀東，《中華民國憲法逐條釋義(一)》，頁 65-67(1990 六版)；法治斌 & 董保城，《憲法新論》，頁 148-149(2005 三版)；許育典，《憲法新論》，頁 121-122(2006)；李惠宗，《憲法要義》，頁 101(2006 三版)；陳慈陽，《憲法學》，頁 380(2005 二版)；李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 51 以下，頁 57(2003)；李建良，外國人權保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 92 以下，頁 97(2003)。

國內法學界對「公民權」概念之所以偏於形式，而未能跟上英語文獻近年來探討 citizenship 之趨勢，主要似仍與德國(我國法學界—包括憲法學界—主要留學國)對此議題之傳統觀念有關。德國傳統上屬於「族裔中心國家」(Ethnocentric Nation)，對於「德國人」概念之定義係以血統為

基準。而該國憲法（基本法）更明文區分「德國人之基本權利」與「人之基本權利」。此種血統／族裔中心論，與現代國家重視政治上的「國籍」或「公民」身分趨勢有著緊張關係，也因此影響了德國人的國族認同。德國用以克服族裔中心排他性的武器，不是重塑憲法上的「公民權」，而是以「社會國原則」，配合進步的各種福利立法措施來「涵納」。

然而，德國憲法的傳統與文字，在我國都未必適用。因此，本人從英文文獻與台灣本土的法律／社會情勢，發展出新的人權研究途徑，即有其時代意義。

III. 研究方法

本研究主要以文獻研究法進行。

主要研究步驟如下—

1. 蒐集資料以理解我國現行法律與司法、行政實務上如何對待形式上「非國民」或「次等國民」。
2. 蒐集資料以指明不同弱勢團體在台灣處境，並分析「法律」或「國家政策」在他們的不利處境上，佔有多少份量？
3. 美國與其他國家的法律、政治、哲學等論述，近年來如何以「平等公民權」因應文化認同、經濟全球化、政治整合、多重國家認同等趨勢，並且整理各國在不同背景環境下的法律因應策略。
4. 根據憲法文義、實務、理論，以及台灣社會之脈絡，初步發展有關「平等公民權」之論述架構。並比較「平等公民權」的分析途徑與傳統個人主義人權論，是否以及在哪些方面會有不同的結果。
5. 檢討批判台灣當前法制，有多少不符合「平等公民權」之措施。

IV. 結果與討論

計畫主持人於研究計畫進行期間，主要相關發表成果（全文均置於附錄部分）包括：

1. “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”，發表於世新大學社會發展研究所主辦之「第三屆『跨界流離』國際學術研討會：治理·生存·運動」（2006.10.8）。【已通過匿名審查，收錄於即將出版之論文集專書】
2. ”外人做頭家—論外國人的公民權”，發表於「憲法解釋與平等權之發展」司法院大法官九十五年度學術研討會（2006.12.9）。【改寫並準備投稿中】
3. “建構以平等公民權（Equal Citizenship）為基礎的人權保障途徑：對傳統基本權理論之反省”，發表於國立中央大學法律與政府研究所主辦之「第一屆法律與政府學術研討會：公法與公共政策的整合」學術研討會之會議論文（2007.5.18）。【改寫並準備投稿中】
4. “試用期的台灣人？—承認次等公民的釋字六一八號解釋”，全國律師，11卷5期，頁27以下（2007.5）。

這四篇論文均有密切相關性，內容也有部分重疊。它們一方面均對我國憲法學傳統論述的「人權／國民權／公民權」之三分法提出批判，同時計畫主持人也都試圖以「公民權」的概念來倡議弱勢族群、外國人，以及新歸化之大陸人民的權利。其中第一篇與第二篇，也同時屬於計畫主持人94年度研究計畫「從移民人權觀點檢視台灣移民法制」（NSC 94-2414-H-004-044）之研究成果。

第一篇“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”，針對台灣流行的憲法人權論述本身進行檢討，探究這些偉大的論述中，是否本身就藏有歧視的因子，以致在實際上根本無法約制惡質本土種族主義（nativism）滲入到法律制度中；更遑論以人權理念指導政府如何制定與操作移民制度。

該文首先檢視憲法學主流的基本權三分法：人權、國民權，與公民權。接

著提出批評。在邏輯上，此種德式三分法雖以人權為名，實際上仍以國族主權為基礎概念，排斥「外人」享有經濟與政治資源。在實務上，「人性尊嚴」、「經濟資源」、「政治權力」根本是一體三面，無法區分——在資本主義與形式民主的台灣，沒有經濟與政治力量，幾乎不可能享有人性尊嚴。而在實際操作層面，三者之間經常難以明確劃分界線，因此運用的結果就會受到釋憲者、執行者、立法者自覺或不自覺的國族階級偏見所影響，對新移民極為不利。

該文在理論上的批判後，再檢討此種三分法在實務上的運用。大法官有關「外國人」的解釋中，雖然沒有直接採用此種三分法，而仍在名義上仍給外國人各種權利；但保護程度之低，與「不受保護」幾乎沒有兩樣。而在其他的法制實務上，多半也是秉持著「外國人無人權」，「移民為次等國民」的基調而發展。人權的論述僅在極有限的範圍內能夠約制國家主權、官僚威權，以及社會霸權。

最後則倡議新的人權分析途徑：憲法上的各項權利，均應以「普世人權」為原則。而保護的程度與標準，不是「國籍」或「歸化或出生」，而是系爭權利與個人生存條件的關聯密切程度；以及台灣社群的成員資格（membership）是否以及在何種程度內，對當事人構成人性尊嚴的必要條件。

第二篇”外人做頭家——論外國人的公民權”主張部分外國人其實應該或已經是台灣政治社群的一份子，憲法必須承認這個現實並在適當範圍內給予政治社群成員應有的權利——公民權。我國憲法文義與理論，不但沒有「排斥」有限度地賦予外國人政治參與權；甚至在特定情況下應該解釋成「保障」他們的政治參與權。

該文首先援引相關中英文文獻，探討憲法上「公民權」（citizenship）的意涵。作者認為我國憲法並未明定「公民權」之意義，這個概念可能超越狹義、形式的「成年國民身分」或「現行選舉權主體」之範圍，而從實質意義面來加以分析。而所謂公民權的實質意義，在憲法與政治理論上多指涉「政治社群成員應有之基本權利」。作者在本文再予限縮，僅指涉「政治性基本權利」之部分。接著批判傳統三分法：基本權分為「人權」、「國民權」與「公民權」，外國人僅能主張範圍有限的「人權」。在這個理論下，「外國人」與「公民權」是本質上不相容的概念。作者認為，這個源自德國特殊背景，嚴格僵固且帶有強烈排外色彩的三分法，既無憲法依據，在理論與現實上都大有疑問。因此建議予以揚棄，改採更為功能、

現實的分析途徑來決定外國人受憲法保障的範圍。

該文繼續論證「外人公民權」的理論基礎：(1)憲法文義並未全然排斥外國人享有政治權利；(2)某些「外籍人士」實際上與台灣這個國家有著非常密切的連結與依賴關係（如：女性婚姻移民），實際上乃是「我們台灣人」的一份子，值得擁有「成員基本政治權利」；(3)被統治者與納稅者應享有一定的參政權；(4)外國人往往可能是結構性的弱勢群體，以及(5)有限度的外人參政權，與國民主權並不當然抵觸。依此，與我國（地域、人際、政治、經濟等）關係愈密切，愈相互依賴者，就可能享有更多的公民權。最後則試圖以「新移民女性」以及「國際移工」當作基準，提出幾種可能適用在他們身上的「外人公民權」，包括（但不限於）：政治性表現自由、地方層次的投票權，以及擔任政治性較低之公職人員的權利。

第三篇“建構以平等公民權（Equal Citizenship）為基礎的人權保障途徑：對傳統基本權理論之反省”正面挑戰「個人主義」的人權觀，認為憲法學界有必要試圖發展一套更顧及社群主義，也更能融合社會脈絡，減少，也更能融合社會脈絡，減少個人與集體對立的基本人權理論。這就是「平等公民權」（Equal Citizenship）的途徑。

「平等公民權」係以「個人在國家社群之平等成員地位」為其保障核心。在這套論述下，基本權利的主張者，不是為了「對抗社會」、「防禦國家侵害」而已；他們同時在要求社群的「承認」—承認他們是社群的一份子，與其他人有平等的成員地位！基本權主體不但不像傳統論述一般，汲汲於「遠離國家」；相反地，基本權主張者正是要融入國家社群。他們要求「還我主權者地位」，並企求一個更具包容涵納性格的社群。

「平等公民權」的理論同時必須處理「社群價值」的問題。也就是說，台灣做為一個「國家」社群的主要性格何在？每一個國民，都應該有權利義務參與台灣「國家性格」的形成。因此，與傳統基本權論述之不同處，尚在於這套理論必須有更強的歷史感與社會脈絡分析，才能建構出「權利內容」與「保障策略」。依此，基本人權再也不是一堆空洞、去脈絡化的概念；相反地，它是活生生，且不斷參與重塑集體價值的過程一部份。

弱勢、少數、非主流群體，在「平等公民權」的論述架構中，同樣要求「免於迫害」與「禁止歧視」。但是它們不再單純地從個人絕對的人性

尊嚴出發，而是主張國家社群應該涵納包容各種不同多元群體、利益與價值。這種「參與社群形塑過程」的價值，正是集體與個人雙贏的方法！

該文首先簡介當前我國主流基本權利論述的特質：個人與集體對立；抽象且絕對化的個人主義，以及不無矛盾的「比例原則」。其次則檢討傳統理論忽視群體、脈絡、歷史，以及孤立基本權主體的瑕疵。接著介紹憲法學者 Kenneth Karst 以及其他社群主義政治與法律學者對「人權」的論述。

在法律理論的探究後，作者探究歷史脈絡，從台灣移民社會包容多元族群的歷史，民主化的歷程，配合既有的法律文本與實務，試圖在「涵納多元的國族意象」下，建構出符合現行憲法的平等公民權理論。最終部分則評析平等公民權理論的優點，同時也點出可能待解決的問題。

第四篇“試用期的台灣人？—承認次等公民的釋字六一八號解釋”從計畫主持人自身參與釋字六一八號解釋的經驗，以及一位「原籍大陸」的台灣女性公民遭受法律排拒卻努力循法律途徑爭訟的故事，凸顯「平等公民權」在台灣有多麼地遭受忽視。在該文中，作者於結論指出：

「既然要許可「外人」入籍，就表示接納他／她成為這個共同體的一份子，理當心手相連，享有相同待遇與尊嚴。若對自己國民仍疑神疑鬼，豈不令人心冷？兩岸條例第二十一條，豈不等於告訴這些公民：你們雖然有中華民國國民身分證，但只是試用期的台灣人（probationary Taiwanese）。

在謝紅梅的故事中，我看到台灣的「自由民主憲政」體制，怎樣讓這個努力要做台灣人的新移民，從期待、努力、奮鬥、挫折，到近乎全然失望。當我們的憲法理論實務，欠缺對「平等公民權」之理解時，所造成的就是國民的疏離。憲法本來應該要作為多元社會的最大公約數，但一部排他又分級的憲法，又豈能發揮這種整合作用？一旦「他們」發現國家沒有把他們當作「自己人」，我們又怎能期待他們衷心地認同甚至熱愛這個國家？

國家在要求人家愛國之前，得先問問自己值不值得愛。」

V. 附件

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

廖元豪*

前言

「人權立國」是政府洋洋自得的口號，「人權」更是許多台灣人用來證明「台灣優於中國」的一個圖騰。然而，對台灣人權狀況稍有理解的人就會知道，「人權」對於近年來數量增加頗快的婚姻移民¹，以及在台灣勞動市場佔有重要地位的國際移工而言，是個遙不可及的夢。泰勞抗暴事件以及鎮日出現在媒體的外籍配偶受虐新聞，只是他們在台不利處境的冰山一角。

然而，拋開「人權立國」的政治口號，以「保障基本人權」為基礎的「中華民國憲法」第二章不是明文列舉了許多「人民權利」嗎？司法院大法官的「司法積極主義」（judicial activism）堪稱世界頂尖，²在保障人權方面，也偶有佳績。³加上憲法學的論述襲用了德國二次戰後的「基本權」（Grundrecht）概念，在修辭上極度強調個人自由權利免於國家的侵害。在光鮮亮麗的語彙與宏偉的司法建築之下，為何現實上的移民法制與實

* 政治大學法律學系助理教授。

¹ 本文以下所稱「移民」，若未特別指稱，同時包括以長期（永久）居留為目的之外國人、以來台工作為目的之國際移工，以及原屬外國人但已經歸化的中華民國國民。

² 如釋字 499 號解釋，居然針對國民大會修憲的程序與內容進行審查，而將憲法增修條文宣告失效。「釋憲者審查憲法條文」，這種司法積極主義，在全世界都極為少見。

³ 如釋字 603，將全民強制捺指紋之規定宣告違憲失效。

務，卻與「人權」的概念相差如此之遠？

原因當然相當複雜。本文擬針對台灣流行的憲法人權論述本身進行檢討，探究這些偉大的論述中，是否本身就藏有歧視的因子，以致在實際上根本無法約制惡質本土種族主義（nativism）滲入到法律制度中；更遑論以人權理念指導政府如何制定與操作移民制度。

本文的第壹部分先檢視憲法學主流的基本權三分法：人權、國民權，與公民權。通說的論述認為，凡是與個人人性尊嚴相關的權利，屬於普世人權，無分國籍都該受到憲法保障。而若與本國經濟資源或政治權力分配的相關利益，就僅有國民甚或有投票權的公民方得享有。

第貳部份對此種沿自德國的三分法提出批評。我將指出，在邏輯上，此種德式三分法雖以人權為名，實際上仍以國族主權為基礎概念，排斥「外人」享有經濟與政治資源。在實務上，「人性尊嚴」、「經濟資源」、「政治權力」根本是一體三面，無法區分——在資本主義與形式民主的台灣，沒有經濟與政治力量，幾乎不可能享有人性尊嚴。而在實際操作層面，三者之間經常難以明確劃分界線，因此運用的結果就會受到釋憲者、執行者、立法者自覺或不自覺的國族階級偏見所影響，對新移民極為不利。

第參部份則檢討此種三分法在實務上的運用。大法官有關「外國人」的解釋中，雖然沒有直接採用此種三分法，而仍在名義上仍給外國人各種權利；但保護程度之低，與「不受保護」幾乎沒有兩樣。而在其他的法制實務上，多半也是秉持著「外國人無人權」，「移民為次等國民」的基調而發展。人權的論述僅在極有限的範圍內能夠約制國家主權、官僚威權，以及社會霸權。

第肆部份則倡議新的人權分析途徑：憲法上的各項權利，均應以「普世人權」為原則。而保護的程度與標準，不是「國籍」或「歸化或出生」，而是系爭權利與個人生存條件的關聯密切程度；以及台灣社群的成員資格（membership）是否以及在何種程度內，對當事人構成人性尊嚴的必要條件。

壹、憲法權利三分法：人權—國民權—公民權

一、簡介

早期台灣的憲法學，受德國與日本「釋義學」的影響相當深。一直將憲法所保障的權利稱為「基本權利」，而且認為國家應高度保障基本權。在基本權利理論下，任何政府限制人民的措施，都應該要接受嚴格的檢驗：高密度的法律保留（法律須詳盡地規範或授權限制人民自由權利的行為）、比例原則（國家行為必須適當、必要且為侵害最小手段、合乎比例）、完整的司法審查。實務上面，各級司法機關也確實運用這些憲法理論工具，將不少行政與立法措施，以「侵害基本權」為名宣告違憲失效。

然而，基本權利的保障，是有身分前提的：外國人（甚或是才剛剛取得身分證的台灣人）未必能夠受到完整的保障。司法違憲審查一碰上移民（包括外國人或歸化了的本國人）案件，往往自動退縮，以最寬鬆（放水）的標準來檢驗系爭政府措施。我們甚至可說，移民所受到的，是次等正義（second-class justice）。

部分原因在於，台灣移植德國憲法基本權理論的同時，也同時移植了德國的基本權利三分法。⁴這套三分法大致是這樣區分的—

⁴ 如：林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（一）》，頁 65-67（1990 六版）；法治斌 & 董保城，《憲法新論》，頁 148-149（2005 三版）；許育典，《憲法新論》，頁 121-122（2006）；李惠宗，《憲法要義》，頁 101（2006 三版）；陳慈陽，《憲法學》，頁 380（2005 二版）；李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 51 以下，頁 57（2003）；李建良，外國人權利保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 92 以下，頁 97（2003）。

開始檢討此種區分法的教科書著作，如：吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁 142-143（2004 三版）（未直接使用「國民權」之名詞，且認為「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

1. 人權：基於人之所以為人的「人性尊嚴」，任何人無分國籍均有資格享受的權利。如人身自由、思想良心信仰等內在精神自由。
2. 公民權：有強烈國家主權意識，涉及國家政策決定或基本認同，應由國民行使的政治權利。選舉罷免創制複決，以及服公職權等。外國人自然不能行使此等權利。
3. 國民權：雖與政治權力分配並無直接關連，但涉及國家經濟或其他資源之分配，應以本國人優先的權利。各類經濟性權利或福利措施的受益權，如工作權、財產權等，原則上屬於這個領域。此外，遷徙自由中的「入境權」，似也被定位在這個領域。

依此，憲法理論建構了一套「內外有別」的人權理論。唯有「國民」（台灣人）才能享有完整的憲法基本權利保護；非國民（外國人）僅有狹義的「人權」才受憲法保護，其餘權利是否賦予，端視政治部門（立法與行政）的慈悲。

雖然源自德國的三分法是一套建構在封閉國家主權觀⁵的憲法理論，但透過立法，德國境內的外國人所享有之權利與保障尚稱健全完整。⁶但那基本上是「法律」層次的保障，而非「憲法」層次。二次大

人同等程度享有外，其餘的權利解釋上應認為分國籍的必要」。即便是其所列舉的權利，也只是「程度」不同，而非主張「外國人不得做為基本權主體」）；陳新民，《憲法學釋論》，頁 137-141（2005 五版）。

⁵ 德國學者 Jost Delbruck 就指出，德國之主權觀，基本上是封閉取向，但如今已不合現實。在全球化時代應該逐漸走向其他「移民國家」的「開放共和國」（Open Republic）路線。See Jost Delbruck, *Globalization of Law, Politics, and Market—Implications for Domestic Law—An European Perspective*, 1 IND. GLOBAL LEGAL STUD. 9 (1993). See also Genrald L. Neuman, “We Are The People” —Alien Suffrage in German and American Perspective, 13 Mich. J. Int’l L. 259, 273 (1992).

⁶ 參閱李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代，25 卷 1 期，頁 104 以下，頁 109-120（1999）。See also RUUD KOOPMANS ET AL., CONTESTED

戰後的德國，法治國家與基本權利觀念深植人心，又有長遠的社會國家傳統，排外的惡劣立法與社會氣氛尚稱節制；⁷但對於沒有深厚人權法治傳統，又未經民權或反抗運動洗禮的台灣，要想期待「立法者」在「憲法未要求」的情況下，主動給予外國人更多保障，那就緣木求魚了。

這套三分法憲法架構鮮少有人提出質疑。⁸頂多是在一些個別細節問題上，有見解上的歧異。例如：憲法第七條的「平等權」是否因為「中華民國人民」六字，就變成「國民權」而排除「外國人」？⁹此外，對於某些基本權利，到底該定位為人權或國民權甚至公民權，尚無清楚的方向。如政治性言論自由、一般結社自由等。

依此，除非某種權利很確定地被公認為「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」。更糟糕的情況，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」的領域。

例如，憲法第十六條的「訴訟權」，通說認為基於「有權利就有救濟」的法理，不分國籍，人人均可主張。但由於法院欠缺通譯，外國人（尤其是操英文以外語文的外國人）實際上難以接近使用法院，形同被拒絕訴訟權。又如，人身自由是最標準的普世人權，但在移民法制中，無論是外國人或大陸人民，在驅逐出境前都可以合法地被行政機關決定「收容」，而無須適用憲法第八條「由法院事前裁判」以

CITIZENSHIP: IMMIGRATION AND CULTURAL DIVERSITY IN EUROPE 31-73 (2005).

⁷ 就「德國雖有此種理論，但實務上對外人仍遠比友善」的論點，我要感謝陳宜中私下所給的批評意見。

⁸ 少數批評，見李念祖，論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格，憲政時代，27卷1期，頁80以下（2001）。

⁹ 認為外國人不享有平等權者，如林紀東，前揭註4書，頁90；許宗力，基本權主體，月旦法學教室，第4期，頁80以下（2003）。但近年來多數學者似傾向認為平等權可適用於外國人。

及「立即請求法院提審」的正當程序。

這套「人權－國民權－公民權」論述的問題其實昭然若揭，但或許因為國族主義對許多人（包括憲法學者）是那樣的天經地義，致使它鮮少在台灣遭受質疑。

二、三分法的檢討

（一）無憲法文字依據

此一憲法理論最基本，也是最明顯的第一個瑕疵就是：沒有憲法依據！憲法第二章所列的各種權利之中，均以「人民」而非「國民」或「公民」開頭。即便貫穿整部憲法，也只有三個權利可能在文字上有一點爭議：平等權、受國民教育權，以及選舉權。

第一個是第七條的「平等權」。由於第七條用了「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，部分學者¹⁰將「中華民國人民」等同於「中華民國國民」，從而限縮了平等權的適用—因此政府可分國別膚色宗教種族去歧視不同國籍之外國人？但我們對照憲法第二條、第三條的「國民」或「中華民國國民」，就知道憲法若欲將某項權利限縮在僅保護中華民國國民，就應該用「中華民國國民」而非「中華民國人民」。後者應如李念祖所指，乃「中華民國境內人民」才是合理的文義解釋。¹¹一字之差，何止千里！

另一個是第二十一條的「受國民教育權」。第二十一條雖然主詞是「人民」，但卻是「國民教育」，似乎顯示了只有「國民」才有權主張受國民教育？

這個說法太過簡單。「國民教育」是指國家的人民所必須具備的

¹⁰ 許宗力，同上註，頁 80。

¹¹ 李念祖，前揭註 8 文，頁 89。

基本教育程度具備的基本教育程度，未必只有「國民」才有權主張。但對照憲法 160 條第一項「六歲至十二歲之學齡兒童，一律受基本教育，免納學費。其貧苦者，由政府供給書籍」；160 條第二項則規定：「已逾學齡未受基本教育之國民，一律受補習教育，免納學費，其書籍亦由政府供給。」第一項文義上及於所有「學齡兒童」，第二項則僅限於「國民」。解釋上，第一項的學齡兒童是否為「國民」？從正反兩面來解釋，邏輯上均能自圓其說。

第 130 條就「選舉權」明定：「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權。...」。但此一條文仍可能解釋為「最低標準」，從而不排除立法機關制定法律授予「非國民」或「二十歲以下」者選舉權；更未必能解釋成「非國民當然不擁有選舉權」！此外，憲法第十二章（選舉罷免創制複決）對於「罷免」、「創制」與「複決」是否限於「國民」方能享有，更是全未置喙。

在憲法沒有明文規定，或是規定範圍頗有爭議的時候，斷言說某些權利僅限國民或公民才能享有，本身就有扭曲憲法之嫌。尤其是許多教科書都指稱為「國民權」甚或「公民權」的工作權、（入境）遷徙自由、應考試服公職等，更是完全從文義上找不到依據。「無明文法律依據不得限縮人民權利」、「人權之限制必須從嚴解釋」一向是憲法解釋學上的金科玉律，怎地碰到主權與國界問題，就自動讓步，硬在憲法文字沒有規定的情況下，把一大批「人民」排除在憲法保護範圍之外？

有趣的是，這套「三分法」在我國憲法難以找到明文依據，但卻可能在德國基本法中找到一些文義依據。德國基本法明文規定某些權利之主體乃是「德國人」，如：第八條的集會遊行權、第九條結社權、第十一條國內遷徙自由、第十二條職業選擇自由、第十六條引渡權、第三十三條服公職權等。從這些條文來看，只要是可能帶有較高政治性質的權利（如集會結社）、涉及經濟資源分享的權利（工作權），以及國境管制的事項（國內遷徙自由與不受驅逐），確實都專屬「德國人」所有。在這樣的明文規定下，「非德國人」無法享有這些基本權，或可理解。但我國憲法並無此等規定，而其他國家對於外國人是

否（或何種程度內）享有憲法權利之保障，也可能有著與德國完全不同的情況，¹²怎能把這套沒有文義依據的理論，理所當然地拿來援用？

當然，文義解釋不是唯一的釋憲依據。如果有非常有力的實體理由足以支持這個三分法理論，或許還是可以被正當化的。但本文以為，在實體上它其實還有以下問題。

（二）流動的界線之一：經濟資源、政治權力與人性尊嚴密不可分

通說的「人權－國民權－公民權」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。因此可能把憲法上的權利依序排列：工作權、財產權涉及「台灣經濟資源分配」，所以外國人沒有資格主張；至於涉及政治權力、主權歸屬的選舉權，那就更不用說了。

這也是為何現行法律膽敢嚴格限制「大陸配偶」的工作權、財產繼承權，以及包括大陸人民在內的「外國人」之土地所有權的原因——經濟資源是立法裁量之安排，當然優先給台灣人。也是當「移民／移住人權修法聯盟」與政府官員溝通「入出國及移民法修正草案」中有關「永久居留身份者擁有地方選舉權」時，政府官員個個感到不可思議、絕不可行的原因。

然而，「經濟資源」、「政治權力」與「人性尊嚴」根本是相互糾結，無法完全區分的，經濟政治資源乃是人性尊嚴的必要「條件」。

先從人性尊嚴的角度來思考經濟性質的權利：「無恆產者無恆心」，任何人若全無工作權與財產權，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？大法官釋字第四百號

¹² 如：美國憲法的平等權與正當程序保障，適用於所有「人」（people），而實務上則曾依據平等權保障之規定，判定某些限制外國人工作、服公職、受免費教育等法規違憲。

解釋，不也指出：「財產權旨在確保個人「實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」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）。如何在台灣社會頂天立地？

穩定的經濟資源是人性尊嚴的基礎，政治權力（利）亦是如此。在「一人一票」的形式民主下，政治決策者最關心的乃是選票與連任。因此，沒有投票權，或是無能影響選票的群體，必然為政治體系所忽略。反之，即便身為外國人，如果擁有選票或一定的政治影響力，那麼就更能集結施壓，形成群體的政治目標與策略，進而爭取自己的生存權利。

台灣的新移民與移工數量雖然可觀，但其權益始終沒有受到足夠的保護——尤其在對抗本土台灣人的欺凌時。而永遠不能歸化的移工，其處境一般而言則比女性婚姻移民（潛在的選票）更惡劣。這難道不是「欠缺政治權利」所造成的結果嗎？換個角度來看，近年來新移民女性之所以能夠爭到一些有限的戰果，不也是因為她們的團結、發聲，勇於爭取權益與嗆聲？畢竟在民主國家，大多時候人民乃是透過政治程序來伸張、維護自己的權利。這也是憲法理論與實務上，對於政治權利特別關切，嚴格審查一切限制政治權利措施的原因。¹³

正因為「經濟資源」、「政治權力」與「人性尊嚴」有千絲萬縷的關係，「人權—國民權—公民權」三分法在論述上也難免左支右絀，連操作層面都產生困難。例如，何謂「政治活動」或「政治性權利」？言論、集會、結社是「普世人權」、「經濟性質權利」，還是「涉及主權行使的政治權利」？當外勞甚至外籍配偶，動輒被威脅「遣返」之時，有何尊嚴可言？工會法限制外國人不得擔任工會幹部，結果是使得「外勞」無法組成自己的工會，這同時涉及經濟與政治權利的限制，但又何嘗不涉及最基本、最根本勞工權益——免於剝削——的問題？當我們不承認他們有「入境權」的時候，任意驅逐出境又如何——妳根本沒有「站在這塊土地上的權利」！

¹³ See JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

當法律論述硬把不存在的分類套到現實上，不僅操作上產生許多不確定性，更惡劣的是這種「不確定」最終似乎都容易偏向「敵視外人」。因為「不確定」代表「無標準」與「彈性」，所以分類不明確的時候，就傾向將各種權利解釋為最安全的「國民權」或「公民權」而剝奪外籍人士享有的機會。¹⁴而由帶有主流偏見的人來執行法律，也自然而然地就將國族排外的偏見帶入而不自知——因此外勞被非法遣返鮮少在乎，對於被剝削而逃逸的「行方不明外勞」卻全力追緝。

三分法把流動彈性的事物當作固定不變的本質，結果不但過於僵硬，而且造成對外國人極為不利且殘酷的後果。使得基本權的規定對「在台外人」而言，幾乎全盤落空。

（三）流動的界線之二：「本國人」與「外國人」都不是鐵板一塊

主流憲法論述的另一個問題，是誤將「本國人」、「外國人」視為絕對的二分法，而給予截然不同的待遇——外國人一律不得享有國民權與公民權；本國人當然、全盤享有國民權與公民權。然而，這種純依國籍法所做的區別，真的合理嗎？

先說「外國人」。所謂外國人，在法律上應該指的是不具有中華民國國籍，卻擁有外國國籍的人。但主流理論沒有進一步區分「與台灣關係密切的外國人」以及「與台灣幾無關係的外國人」。所謂的「密

¹⁴ 美國的批判種族論者（critical race theorists）也往往指出，他們寧可要嚴格、制式、形式主義的法律制度與規則，而不喜歡太多「彈性」。因為彈性從來不會對他們有利。See Richard Delgado, *Critical Legal Studies and the Realities of Race—Does the Fundamental Contradiction Have the Corollary?*, 23 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 407, 410 (1988); Patricia Williams, *Alchemical Notes—Reconstructed Ideals From Deconstructed Rights*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 401, 406-09 (1987)

我國「集會遊行法」實施起來不也如此？對大人物或大型政治集會遊行，警察與政治單位「有可能」予以容忍；但對人數較少的社運團體，取締起來絕不手軟。

切關係」可能包括：嫁或娶台灣人，（長期）住在台灣，與台灣有極密切的工作或商業關係，想要侵佔台灣，經常來台灣旅遊，或某人「就是愛台灣」...等連結。但「人權－國民權－公民權」三分法即使對於嫁來台灣相夫教子，預計終身以台灣為埋骨之處的「外國人」，也可能在簽證時予以羞辱甚或拒絕入境。即便入境後，也可能因為違反社會秩序維護法（聚賭）或為生計而打工之類的雞毛蒜皮原因，而被驅逐出境。我們對待這種「與台灣緊密聯繫」的外國人，態度上與外國間諜、恐怖份子，或觀光客幾乎一模一樣！

相對的，教科書告訴我們，「國民」都應該受到同樣周延、平等的保護，但同樣是「中華民國國民」，我們的法律上其實也區分成好幾等，分受不同層次的憲法保障。「在台灣地區有戶籍之國民」（或稱「中華民國自由地區人民」）受到較完整的保障，「無戶籍國民」（所謂華僑居多）則連入境自由都受到很大的限制。¹⁵至於「（中華民國）大陸地區人民」，則連「外國人」的待遇都不如。（入境、居留、定居均有配額，停留與團聚期間一律不准工作，即便定居後也十年內不得任公職...）。

本文並不是為這些「次等國民」措施辯護，而只是要點出：「國民」如果都可以分等，為何「外國人」不能？連「本國人」都不當然享有「國民權」與「公民權」，那是否表示其實有著比「國籍」更深層、更重要的區分標準？

舉例來說，如果無戶籍的「僑民」，是因為「長久不住在台灣地區」而無法享有國民原應有的入境自由；那麼「永久居留」或「事實上長期居留」的外國籍新移民女性，是不是可以享有釋字 558 號解釋賦予的「絕對入境自由」？如果大陸人民是因為「受敵對政權管轄」所以受到歧視；那來自「友邦」或一向對我友善的東南亞國際移工，是否就應該享有接近國民的待遇？

¹⁵ 參照釋字 558 號解釋（唯有「有戶籍國民」，得享有「無須許可入境台灣」的權利）。

(四) 流動的界線之三：全球化的去國家化

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，在今日全球化時代早就被侵蝕得相當嚴重。

「全球化」（globalization）雖並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。¹⁶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。¹⁷

這時，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。¹⁸

在國際政治上，「國家主權」實際上飽受壓迫。先別說在中國大陸的壓力下，台灣的國際地位受到打壓。即便我們「最友好」的「盟

¹⁶ See e.g. Delbruck, *supra* note 5, at 11; PETER DICKEN, *GLOBAL SHIFT: TRANSFORMING THE WORLD ECONOMY 1-8* (3d ed. 1998); ALFRED C. AMAN, JR., *DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM 1-2* (2004).

¹⁷ See Jan Nederveen Pieterse, *Globalization as Hybridization*, in *THE GLOBALIZATION READER 99-105* (Frank J. Lechner & John Boli eds., 2000).

¹⁸ See STEPHEN CASTLES & ALASTAIR DAVIDSON, *CITIZENSHIP AND MIGRATION: GLOBALIZATION AND THE POLITICS OF BELONGING* (2000); Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, 7 *IND. J. GLOBAL LEGAL STUD.* 447, 456-63 (2000).

邦」美國，也鮮少以尊重平等的「主權國家」態度對待台灣。¹⁹台灣比其他國家更容易對「美國牛肉」開放進口、美國官員公開或私下對我國總統的各種文告品頭論足、把台灣當凱子的軍購項目與價額、修憲還得要美國同意才可以...連食品檢疫與總統文告都必須受制於外國，主權獨立云乎哉？

其次，在資金全球迅速流動的今日，台灣與其他害怕資本飛逝（capital flight）²⁰的國家一樣，都亟亟於吸引或留住資本。於是，對於跨國企業以及甚至「本土」的資本家，基本上至少必須採取著「不得罪」的態度。在管制措施上戰戰兢兢，不願被批評為「不友好投資環境」。但悲哀的是，即便如此，一旦有需要，多麼「本土」或「友好」的資本（家），還是會隨時拋棄台灣。²¹即便不用這麼極端的方式，資本全球化的今日，跨國資本亦可非常輕易地規避任何的「外資」管制。²²形式上的「主權」，完全無法擔保各類的管制政策能夠實現。

於是，我們看到的場景是：國家以及國界內的「國民」，管不住來來去去的資本，決定不了國內的公共政策，甚至領土範圍也不能去界定。真正影響重大國家決策、生民命運的，往往是沒有投票的「國

¹⁹ 當然，美國對其他國家的主權也不見得多麼尊重。

²⁰ See DICKEN, *supra* note 16, at 86, 119-21, 444; GEORGE SOROS, OPEN SOCIETY: REFORMING GLOBAL CAPITALISM 167-207 (2000); SASKIA SASSEN, GLOBALIZATION AND ITS DISCONTENTS: ESSAYS ON THE NEW MOBILITY OF PEOPLE AND MONEY 195-200 (1998); ROBERT WENT, GLOBALIZATION: NEOLIBERAL CHALLENGE, RADICAL RESPONSES 28-30 (2000).

²¹ 行政院經建會致力於留住「拜耳」，以及奇美企業的許文龍先生支持反分裂法，都是明顯的例子。

²² 行政院新聞局必須以扭曲法律條文的方式，才能規範 TVBS 的「外資」，就是一個例子。另外，行政院訴願審議委員會撤銷行政院新聞局決定之理由，也提及亞太媒體中心「引進外資」之目的，以及從國際化、自由化之角度探究「外資限制」之意涵的論述，亦頗有可參照之處。（院台訴字 0950086813 號，2006/5/9，available at <http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=24733&ctNode=66&mp=1> (last visited June 20, 2006))

際玩家」。²³

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」、「頭家」；而少了一張身分證，無論有多少貢獻與依賴，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？

（五）外溢效應—禍殃國民

依理而論，「人權—國民權—公民權」三分法至少還願意給予「國民」完整的人權保障。但如前所述，這套理論其實體現了古老的國家主權至上論，有很強的「排外」與「自閉」傾向，與全球化「去國家」的趨勢並不一致。因此，在解釋適用的模糊地帶，往往會進一步限縮「國民應有權利」的範圍，使得標準的國民或公民，只因為他（她）有著「類似外人」的成分（不夠「本土」？），其實也享受不到國民權與公民權。例如：已經歸化取得中華民國國民身分，定居台灣的「原籍大陸地區人民」，在參政權方面仍被當作外人；²⁴具有中華民國國民身分但在台灣未設「戶籍」者，也不被當作「自己人」看待。²⁵至於形式上仍屬「國民」但被憲法明文另外處理的「中華民國大陸地區人民」，甚至受到遠遜於一般「外國人」的待遇。

更長遠地來看，「排外」往往是歧視窮（國）人、深膚色人種、女性、病患，以及其他弱勢群體的代用品（proxy）。如果憲法在禁止其他歧視的時候，卻不禁止「排外」，那麼這些惡質歧視就會找到出口，專對「某些外國人」加以歧視。

²³ 參照廖元豪，評羅致政「國際情勢與憲政改革」，available at <http://mypaper.pchome.com.tw/news/liaobruce/3/1269527034/20060530174855/> (last visited, Oct. 1, 2006). 亦可於中研院法律所籌備處網頁 (<http://www.ias.sinica.edu.tw/PDF2/3.pdf>) 瀏覽。

²⁴ 見釋字第六一八號解釋與本文後述的批評。

²⁵ 見釋字第五五八號解釋與本文後述的批評。

例如，「後天免疫缺乏症候群防治條例」第十四條對於 HIV 陽性反應的外籍人士，一律強制出境——即便被台灣人感染，即使在台灣居住多年，亦同。雖然是針對外人，難道不是同時展現對愛滋病的非理性恐懼與排斥？容許這種條文，不也等於放任這種偏見肆虐？如果法律都這樣嚴苛，那社區居民要求關愛之家（居住「本國籍」的患者）遷離，法院甚至也支持此種決定，不也是天經地義的嗎？²⁶內政部境管局局長能夠當著人權團體的面，在探究移民法制是否應對婚姻移民更友善之時，公然說出「請關心我們兩千三百萬人的『人口素質』」的說法，難道不是同時在暗示「外籍配偶的第二代素質很差」，甚至「娶外籍配偶的台灣人素質不夠」嗎？問題不在「外」，而是一種可怕的種族主義優生學心態，受辱的絕對不只是「外人」，也包括一切與「外人」有相似特徵的「本國人」！此外，國民的「外籍配偶」或「大陸配偶」一旦被驅逐出境或是不許入境，受害的不只是「外人」，也包括見不到配偶的「台籍配偶」，不是嗎？誰能說排外之火，能夠準確地只燒外人？

從歷史的經驗看，這種「排外惡質歧視」不但反映了醜惡的國民心靈，同時也暗藏著逆流回火的可能性——總有一天輪到你！！美國從歷次對外戰爭到如今的「反恐戰爭」，都顯示了這種「先敵視外人，再回燒國人」的經驗。²⁷納粹經驗更是慘不忍睹。「人權—國民權—公民權」三分法的可能外溢效果，是吾人必須戒慎恐懼的。

當然，憲法保障只是「最低標準」，立法者與其他政治部門人員，即便對於「憲法未保障」的族群，依然可以給「多於憲法」的權利。但這在台灣是不可期待的。在人權水準低落的台灣，憲法學者的論述

²⁶ 參閱廖元豪，*歧視有理，患病有罪？*，中國時報，2006.10.13，A15（時論廣場）。

²⁷ See KEVIN R. JOHNSON, *THE "HUDDLED MASSES" MYTH: IMMIGRATION AND CIVIL RIGHTS* (2004)以及廖元豪的評介：廖元豪，*移民：民權的漏洞，還是民權的延伸？—評介 Kevin R. Johnson 的 The "Huddled Masses" Myth: Immigration and Civil Rights*，台灣社會研究季刊，第 61 期，頁 417 以下（2006）。

以及大法官的憲法解釋，已經是人權的「最高標準」（雖然理論上，憲法應該是最低標準）。如果某種人，某類權利，居然被稱為「本質上不受保障」，那如何能期待政治部門給更多？

前面是理論層面的批判。而「人權－國民權－公民權」三分法在適用層面上，是否真的會造成惡劣、不正義的效果呢？以下即以大法官相關解釋與立法，來說明實務層面到底如何。

參、三分法的實務運用—外人無人權

一、大法官解釋如何看待「外國人」與「大陸人民」—釋字 460、497 與 242 號解釋

司法院大法官所為的憲法解釋，是體制內最權威的憲法見解。那麼，大法官是否採取了這套三分法呢？

表面來看，答案似是否定的。大法官在面對「外國人」（自然人或法人）或地位有爭議的「大陸人民」聲請解釋憲法時，從未逕以「外國人並非基本權利主體」為由予以不受理。即便最後結果認定相關法律「並不違憲」，但從事「實質審查」的同時至少表示「有權利受到影響」。

但若從「結果」與「論理」來看，恐怕大法官實際上依然被三分論的幽靈附身。試看釋字 560 號解釋。²⁸

這號解釋涉及外國人投保勞工保險，依舊勞工保險條例規定，「喪葬給付」不在給付範圍內之規定。解釋文如下：

²⁸ 參閱廖元豪，「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，收於《法治與現代行政法學：法治斌教授教授紀念論文集》，頁 279 以下，頁 305-307（2004）。

勞工保險乃立法機關本於憲法保護勞工、實施社會保險之基本國策所建立之社會福利制度，旨在保障勞工生活安定、促進社會安全。勞工保險制度設置之保險基金，除由被保險人繳納之保險費、雇主分擔額所構成外，另有各級政府按一定比例之補助在內。依勞工保險條例規定，其給付主要係基於被保險人本身發生之事由而提供之醫療、傷殘、退休及死亡等之給付。同條例第六十二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，乃為減輕被保險人因至親遭逢變故所增加財務負擔而設，自有別於一般以被保險人本人發生保險事故之給付，兼具社會扶助之性質，應視發生保險事故者是否屬社會安全制度所欲保障之範圍決定之。中華民國八十一年五月八日制定公布之就業服務法第四十三條第五項，就外國人眷屬在勞工保險條例實施區域以外發生死亡事故者，限制其不得請領喪葬津貼，係為社會安全之考量所為之特別規定，屬立法裁量範圍，與憲法第七條、第十五條規定意旨尚無違背。（底線為作者所加）

為了說明為何「同樣繳了保費的外國人，卻不能領取與本國人相同之給付」，本號解釋的文字似乎繞了很多圈。但其實重點只用一句話就可以說完：「外國人無權領取社會福利！」因為這種社會「保險」其實性質上就是「社會扶助」，屬於「社會福利」。而外國人在台灣工作，甚至親眷屬在國外死亡，並非「社會安全制度所欲保障之範圍」。

社會福利給付措施，本身雖享有較高之立法裁量，但如其給付差別待遇（例如，以種族、性別為給付差別待遇標準），涉及惡劣不當之分類，則仍應受較高程度之違憲審查。以本件解釋而言，對外國人為差別待遇，應依何種標準檢視之？是否可以純粹為了節省資源給本國人用，就恣意地拒絕對外國人之給付？

就本案勞工保險條例喪葬給付而論，外國人與本國人的差異何在？蓋外國人合法來台工作，依法強制加入勞工保險，強制繳納保費，同時亦需繳稅。相關之外國人在此範圍內，與本國國民之地位相當，與台灣亦有密切關連。雖然這是「社會福利」措施，也應該解為

一種具有對待給付性質的給付措施。釋字第五六〇號解釋居然僅以寥寥數語，就根本否定外籍勞工的憲法上平等權與財產權，實在太欠缺「四海之內皆兄弟（姊妹）」的眼光。功利一點看，一個汲汲於爭取國際名聲，號稱人權立國，為了減低勞力成本而大幅引進「外勞」，同時更亟於吸引「外資」與「高級人才」²⁹的國家，在勞工保險給付這種小地方上卻吝嗇地、不公地要把資源留給（貢獻未必較多的）「國民」，如何能讓國際上對台灣有好評價？

再細看此一條文，勞保之喪葬給付，依被保險人之身分，及其眷屬死亡地點，可以分成幾種組合：

1. 被保險人-本國人；眷屬-本國人；眷屬死亡地-台灣地區→給付
2. 被保險人-本國人；眷屬-本國人；眷屬死亡地-外國→給付
3. 被保險人-本國人；眷屬-外國人；眷屬死亡地-台灣地區→給付
4. 被保險人-本國人；眷屬-外國人；眷屬死亡地-外國→給付
5. 被保險人-外國人；眷屬-本國人；眷屬死亡地-台灣地區→給付
6. 被保險人-外國人；眷屬-本國人；眷屬死亡地-外國→不給付
7. 被保險人-外國人；眷屬-外國人；眷屬死亡地-台灣地區→給付
8. 被保險人-外國人；眷屬-外國人；眷屬死亡地-外國→不給付

這八種情況相比較，可發現即便採取嚴格的國族主義，盡量僅給「自己人」福利給付，系爭法律也未必是合理的分類標準。第4種情形，與第6種情形相較，就未必較有資格獲得給付。雖然大法官在該

²⁹ 入出國及移民法第二十三條第三項明定「對我國有特殊貢獻者」以及「為我國所需之高科技人才」，得「破格」許其永久居留。內政部草擬之「現階段移民政策綱領」草案，其「參、措施」中之「四、開放投資移民」與「五、延攬專業人才」，均看得出吸引特定階級外國人之意圖。

號解釋理由書中補充說明曰：

...眷屬身居國外未與受聘僱外國人在條例實施區域內共同生活者，與我國勞工眷屬及身居條例實施區域內之受聘僱外國人眷屬，其生活上之經濟依賴程度不同，則基於該項給付之特殊性質，並按社會安全制度強調社會適當性，盱衡外國對我國勞工之保障程度，立法機關為撙節保險基金之支出，適當調整給付範圍乃屬必要，不生歧視問題。

但這樣的說明依然沒有真正面對問題：第一，眷屬未能來台灣與外勞共同生活，多半是因為我國法律限制，此點尤以藍領外勞為多。強迫拆散天倫，是我國法律造成，又怎能因此要人家負擔不利後果？第二，眷屬有無在台灣共同生活，陪伴工作，與所謂「生活上之經濟依賴程度」並無必然關係。許多外籍勞工的家人，均高度依賴他們遠度重洋來台灣辛苦工作的親人，照顧生活經濟。第三，若是所謂高級專業（白領）外籍人士來台工作，在今日通訊科技進步，飛航交通方便的時代，眷屬與外籍受聘僱者，均可能經常兩地來回。結果，眷屬死亡地點剛好在國外，不等於過世前未與被保險人在台灣共同生活。

此外值得一提的，是釋字第五六〇號解釋所涉之舊就業服務法第四十三條第五項，已於九十二年為立法院修正刪除。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，論者評為「進步立法，退步解釋」³⁰，用語雖辛辣，但卻一語中的。

總之，在大法官這號解釋，外國人或許並非全然不受保障——大法官好歹還為此做出個解釋，還承認這個立法可能涉及「平等權」與「工作權」（都是教科書中認為「不保護外國人」的權利）。但其審查基準極為寬鬆，基本上推定「福利給付未必要給外國人」，形同拒絕外

³⁰ 見陳長文、劉定基，〈進步立法，退步解釋〉，中國時報，第十五版時論廣場（2003.7.15）。

國人憲法保護—即便此一外國人與台灣關係密切之至。

釋字 497 則涉及大陸地區人民。在該案中，大陸配偶范偉貞在取得居留權之前來台探親。其夫林榮喜購買回程機票時，因港台機票一票難求，只能買到十月十七日的機票—比境管局核准之探親有效期限十月十六日晚了一天。其「機票難求」之情況，並有旅行社證明為憑。但境管局仍以范偉貞逾期離境為由，作成「八十五年不予許可入境」與「原居留申請案不予許可」兩個嚴苛的處分。林榮喜不服，經行政爭訟敗訴確定後，聲請大法官解釋，主張行政法院與境管局所適用的「大陸地區人民進入台灣地區許可辦法」、「大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法」，違反平等原則、法律保留原則、比例原則等憲法原則。

而大法官釋字 497 號解釋的回答是：以上的這些行政命令，均「係在確保臺灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無牴觸」。認定這些辦法「合憲」的實質理由，全然闕如。而形式上的憲法依據，也就僅有憲法增修條文第十條（現在已是第十一條）「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定」。

同樣地，雖然大法官沒有說「大陸人民不得主張權利」，但實際上等於說「主張了也沒有用」。因為面對外人，大法官完全沒有權衡所謂「公共利益」與「家庭團聚權利」之間的必要關聯，也沒有說明為何「非故意逾期一天離境就要遭到『禁止入境』及『不許可居留』的處分」，符合「比例原則」。憲法第二十三條的「必要」，增修條文的「特別之規定」，以及憲法學理上的「比例原則」，在這兒都只是略帶一筆就做出結論。這些偉大的憲法條文與原則，實際上只是大法官作成「大陸人民無人權」之神諭前，唸唸有詞供安心的咒語而已！

31

³¹ 類似批評，參閱李念祖，案例憲法 III（下），頁 403（2006）。

如果對照起另一個與大陸人民有關的解釋，大法官的態度差別更加明顯。釋字 242 號解釋，是著名的「鄧元貞重婚案」。鄧元貞為台灣地區人民，自大陸來台已與陳鸞香結婚，但來台後又與吳秀琴結婚。事隔多年，元配陳鸞香依民法規定主張鄧元貞與吳秀琴的婚姻乃重婚，並訴請撤銷後婚成功！

本案判決一出，造成台灣社會極大的震撼：此類婚姻在台灣多有存在，如果都被依法追究，那多少人將成為「重婚罪被告」與「非婚生子女」？大法官很體貼地做出了釋字 242 號解釋。在該解釋中，認定「重婚得撤銷」的規定原則上是合憲的，但—

惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十三條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸。

也就是說，「重婚」有兩種。原則上應該是不法行為，必須被撤銷；但如果元配是大陸地區人民，雙方被迫分隔多年，那麼她就不能撤銷後面的這個婚姻，以免妨礙憲法第二十二條保障的「家庭生活及人倫關係」。民法「重婚得撤銷」的規定，被大法官打了個折扣，不適用在這類的案件。

這個解釋的「結論」或許可資贊同。不過與前述的釋字 497 號解釋相比，我們很明顯可以看出：「台灣這邊」的婚姻（台灣人娶台灣人），是受到憲法第二十二條保護的。大法官甚至不惜把國會明文通過的法律，挖空一塊。而大陸人民（元配）的權利，大法官在釋字 242 隻字未提，在釋字 497 則是輕描淡寫一筆帶過。而台灣+大陸的通婚，明明也涉及台灣人（林榮喜）的權益，但在釋字 497 號解釋來看，似乎也不被祝福—至少沒像鄧元貞與吳秀琴的婚姻那麼被呵護。大法官如果肯用釋字 242 的細膩謹慎去檢驗釋字 497 涉及的行政命令，難道不會得出「夫妻隔離相聚無期有違家庭人倫及婚姻關係」的結論？

二、大法官如何處理「無國籍國民」？—釋字 558

司法院大法官釋字第五五八號解釋，係針對民國八十一年修正之國家安全法第三條「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。」之規定進行審查。涉案當事人則是國策顧問黃文雄先生。黃文雄於該法適用期間，未經許可而秘密回國，因而被判決有罪。

釋字第五五八號解釋認定該法違憲，其解釋文如下：

憲法第十條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外。於臺灣地區設有住所而有戶籍之國民得隨時返回本國，無待許可，惟為維護國家安全及社會秩序，人民入出境之權利，並非不得限制，但須符合憲法第二十三條之比例原則，並以法律定之。

動員戡亂時期國家安全法制定於解除戒嚴之際，其第三條第二項第二款係為因應當時國家情勢所為之規定，適用於動員戡亂時期，雖與憲法尚無牴觸（參照本院釋字第二六五號解釋），惟中華民國八十一年修正後之國家安全法第三條第一項仍泛指人民入出境均應經主管機關之許可，未區分國民是否於臺灣地區設有住所而有戶籍，一律非經許可不得入境，並對未經許可入境者，予以刑罰制裁（參照該法第六條），違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害國民得隨時返回本國之自由。國家安全法上揭規定，與首開解釋意旨不符部分，應自立法機關基於裁量權限，專就入出境所制定之法律相關規定施行時起，不予適用。（底線為作者所加）

在我看來，本號解釋確有值得稱道之處。其於探究遷徙自由中的「入境自由」範圍時，清楚地點出：由於「國民」乃是「國家構成要素」，故有進入國境之絕對自由。可見大法官能夠清楚地認知「國民

身分」與「國家主權」之重要關連。國民既為國家之構成員，回到「祖國」國境當然是必要的公民權利。縱使該名國民有危害社會之虞，其既然願意返國，國家刑罰與管制權力正可及於其身。拒絕國民入境，可謂毫無理由。本號解釋，比起粗率肯定動員戡亂時期國家安全法入境限制之釋字第二六五號解釋，不知進步了多少倍！

但本號解釋為德不卒之處，在於解釋文的第二句話將「『國民』入境自由」捧上天，第三句卻急轉直下，突然冒出「在臺灣地區『設有住所而有戶籍之國民』得隨時返回本國，無待許可」。前一句正確地賦予「國民」如此神聖地位，馬上卻天外飛來「設有住所」與「戶籍」二個條件。「國民」之所以有絕對的入境自由，是因為這個身分代表了「構成國家要素」；但「設有住所」與「戶籍」何德何能，憑什麼把具有「國家構成要素」的主權者擋在門外？這二個要件加上後，「國民絕對入境自由」豈不是空話？

任何人只要擁有國民身分，就應該享有完整充分的公民權利。憲法或法律既然沒有禁止國民長居海外，那麼僑居國外之國民，就是不折不扣的國家構成員，政府的「頭家」。本號解釋與現行的入出國及移民法，均將國民分為「台灣地區有戶籍」以及「台灣地區無戶籍」，而對後者予以歧視一須經許可方得入境—，至為不當！

本號解釋於理由書中，論及僑居國外之國民時，曾出現「此為我國國情之特殊性所使然」的敘述，但未有深入說明，因此難以理解是何種「國情之特殊性」可以排拒「國家構成員」於邊境之外？

或許大法官與其他人一樣，對於「華僑」是否真屬「國民」，存有疑慮。我國國籍法有限度地承認雙重國籍，而因歷史因素，具有中華民國國籍者長居海外人數眾多。³²大法官們（還有入出國及移民法

³² 在釋字第五五八號解釋作成後，同年最高行政法院 92 判 1535 號判決即表示相似意見，其（引用高等行政法院下級裁判）曰：

...我國國籍法對國籍之給予採血統原則，條件寬鬆，只要父母為中華民國國民者，即可取得中華民國國籍（國籍法第二條參照）。然政府於三十八年自大陸撤退來臺，臺灣地區範圍狹小，世界上具有中

的立法者)或許對這類國民的成員地位,不願百分之百承認。因此設下此種差別待遇,以象徵「華僑與住在台灣的國民有差別」。

若真如此,我的回應是:首先,若有特定「歷史因素」導致大批國民僑居海外,那麼這種「歷史因素」本來就是今天的中華民國所應該承擔的責任。哪裡能夠用這種偷偷摸摸³³的手法,試圖切斷「華僑」與「祖國」的聯繫?³⁴

其次,「平等公民身分」的憲法保障,是無條件的,這正是憲法禁止「次等國民」之精義。國民身分既然沒有消失,憲法又沒有禁止長居海外,法律就不能以任何理由劃分內部階級。對某些國民「是否夠格」的疑慮,正應驗了歐威爾「比他人更平等」的諷刺。也體現了社會有權之主宰者,對於另一批非我族類之公民,所進行的排拒與歧視!

與其相關的,是某些人可能懷疑「雙重國籍者」之忠誠度,質疑他們是否「愛台灣」。然而這也是不相干的、歧視性的看法。一方面,同樣是雙重國籍者,於台灣地區設有住所與戶籍者,為何就「入境無須許可»?另一方面,國民本無「愛國義務」而僅有「守法義務」。³⁵國家保護國民之義務,並不能因為其愛國程度而有區別。

另一個錯誤,在於高估了「戶籍」的意義,認為戶籍可與國籍相

華民國國民身分者人數眾多,並非臺灣地理區域所能全數吸納,因此必須限制其居民人數,以免社會負荷過重…。

³³ 「偷偷摸摸」係指立法者不敢光明正當修改國籍法,排除僑民的國民資格,卻用戶籍法實質限縮國民身分。

³⁴ 陳長文 & 林超駿,論人民返國入境權利之應然及其與平等權、國籍等問題之關係—以釋字第五五八號解釋為中心,政大法學評論,第九十二期,頁 121 以下(2006)。

³⁵ 相同見解,參閱李念祖,前揭註 8 文,頁 85-86。See also Peter H. Schuck, *Plural Citizenship, in IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* 174 (Noah M.J. Pickus ed., 1998).

提並論，共同作為「國家成員資格界定」之指標。³⁶

這是將行政法層次，立法裁量層次的「戶籍」制度，與憲法層次涉及國家與國民界定的「戶籍」混為一談。國籍是任何一個國家不可或缺之必要憲法制度，然而沒有戶籍制度之國家卻比比皆是。界定國民基本資格，卻使用一個憲法上可有可無的制度做為基準，形同用法律界定憲法概念。莫怪論者諷刺其為「雞毛當令箭」。³⁷

然而，是什麼讓大法官這群法學碩彥做出這樣邏輯不通的解釋而不自知？即便依照憲法學上的通說，華僑既屬「國民」，應該享有完整的「國民權」才對吧！

這很可能就是排外封閉的「三分法」所帶來的外溢或蔓延效果：大法官若已經習於排斥「非我族類」的思考模式，習於將許多圓顛方指的「人」說成是不受保護的「物」；那麼對於「僑民」這種「非典型國民」，也很容易地就會不加思索，把他們（與典型外國人一樣）排除在憲法保護範圍之外。

三、回燒到「本國公民」：「永遠是外人」的釋字六一八號解釋

更嚴重的，是這種對外人人權的輕忽，已經回燒到「本國人」身上——至少延燒到那些「不夠本土」的「國民」或「公民」！前揭釋字第五五八號解釋在沒有交代任何理由的情況下，就把「無戶籍國民」

³⁶ 前揭最高行政法院 92 判 1535 號判決亦指出，系爭制度乃：

...承繼日據時代建立的戶籍制度，以設籍作為給予居民身份保障之法律基礎，實質上已將居民身分之取得建立在「出生地原則」上。而入出國及移民法之相關規定即在此時空背景下制定，符合臺灣地區之現實需要。...我國之入出國及移民法具有規正國籍法授與國籍過寬缺失之功能，二者應合併觀察，才能正確理解國民法律待遇之真實意義。

³⁷ 參閱施威全，〈警察國家的遺毒〉，中時晚報（2003.7.21）。

的「國民返鄉權」剝奪掉，形同承認「次等國民」。³⁸而較近的釋字第六一八號解釋，更把已在台灣設戶籍，可以投票選總統的「台灣地區人民」，當作「大陸地區人民」來看待——只因為她原籍大陸，而且來得不夠久。結果就是剝奪「正港台灣人」十年內擔任任何公職的權利！

釋字第六一八號解釋涉及台灣地區與大陸地區人民關係條例（簡稱「兩岸關係條例」）第二十一條「原大陸人地區人民設籍未滿十年不得擔任軍公教職務」之規定。³⁹此一條文於民國九十一年七月間曾惹起爭議⁴⁰，數位「大陸配偶」因此喪失原已取得之公職資格。九十二年再次修正時，此等規定卻只有變本加厲，令人執筆嘆息。其規定內容為：

大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，除法律另有規定外，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得登記為公職候選人、擔任公教或公營事業機關（構）人員及組織政黨；非在臺灣地區設有戶籍滿二十年，不得擔任情報機關（構）人員，或國防機關（構）之下列人員：

- 一、志願役軍官、士官及士兵。
- 二、義務役軍官及士官。
- 三、文職、教職及國軍聘雇人員。

大陸地區人民經許可進入臺灣地區設有戶籍者，得依法令規定擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員，不受前項在臺灣地區設有戶籍滿十年之限制。

³⁸ 參閱廖元豪，前揭註 28 文，頁 296-301；陳長文 & 林超駿，前揭註 34 文。

³⁹ 關於此一規定之合憲性，以傳統的，形式主義之平等權理論分析探討最詳盡者，乃陳靜慧，〈限制原大陸地區人民出任公務人員合憲性之研究——以平等權為中心的觀察〉，政大法研所碩士論文（2003）。

⁴⁰ 如，廖元豪，〈兩岸關係條例第廿一條違憲〉，中國時報，第十五版時論廣場（2003.7.5）。

前項人員，不得擔任涉及國家安全或機密科技研究之職務。

此一規定與本文的最重要關係，在於它所限制服公職之對象，是最標準典型之「國民」。甚至以前揭釋字第五五八號解釋的觀點來看，系爭規範對象也是「在台灣設有住所與戶籍之國民」，毫無疑問。從國民之中，挑選出某個族群身分—原籍大陸地區者—，嚴重限制其重要政治權利—服公職權。

雖然文義上似涉及「大陸人民」，但政府並不能以憲法增修條文第十一條「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定」為依據，作為差別待遇之正當事由。

從大法官以往多號解釋（如釋字 475、497 等）來看，凡是立法針對「台灣地區人民」與「大陸地區人民」所為之差別待遇，幾乎均可以此一憲法特別授權規定為正當化事由。在憲法增修條文第十一條的涵蓋範圍內，幾乎不可能有任何法律被宣告違憲。亦即，對「大陸人民」的權利限制，大法官會高度尊重立法裁量。準此，若系爭規定落入憲法增修條文第十一條的射程，則合憲性幾可不受質疑。

然而，本案根本不該適用憲法增修條文第十一條。因為它規範對象，乃是已定居並設籍於中華民國自由地區之「原」大陸地區人民。他們在定位上，已不再是增修條文第十一條所稱之「大陸地區人民」。而是不折不扣的「中華民國（自由地區）國民」，是可以選總統的「頭家」。無論採一國或兩國論，他們都是釋字第五五八號解釋所稱之「構成國家之要素」。故增修條文第十一條，不得作為限制「原籍」大陸「國民」權利之憲法基礎—其已屬「自由地區人民」了。

從平等權的理論來看，兩岸關係條例實際上是一種「原始國籍之歧視」（national origin discrimination）。對於因「歸化」而取得國籍之「本國國民」，針對他們的「原始國籍」或「原出生地」，予以差別待遇。此類人民既已定居設籍於中華民國自由地區，卻因其「原籍」大陸而受差別待遇，自屬原始國籍歧視。

無論從國際法或是憲法學理，「原始國籍之歧視」都等同於「種

族歧視」而應受最嚴格之審查。⁴¹根據我國已簽署並批准之「消除一切形式種族歧視國際公約」第一條對「種族歧視」之定義，即包含此等「原始國籍歧視」。⁴²蓋此等不利差別待遇，與基於人種、膚色之歧視待遇一樣，均基於無法改變之屬性（一個人出生時的國籍，通常是無法自行選擇的）歧視本國公民。硬生生在「國家構成員」之中，區分出一批「二等公民」。因此在學理上也屬於「惡劣歧視」或「可疑分類」。

我國憲法學者多亦同意，憲法第七條明定之「男女、宗教、種族、階級、黨派」五項因素，原則上不得作為國家差別待遇之基礎。兩岸關係條例第二十一條既等同於種族歧視，自應受到「推定違憲」之嚴格審查。唯有其目的符合「急迫重大之政府利益」（compelling government interest），其手段又屬「必要或嚴格限縮適用範圍」（necessary or narrowly tailored to）之措施，方能通過憲法之檢驗。

兩岸關係條例第二十一條之立法目的，或為「維護國家安全」。但僅僅抽象地「宣稱」追求某一偉大目標，並不能通過嚴格審查基準的「急迫重大目的」這一關。政府必須具體說明，這個條文是要具體處理什麼樣的「問題」，而這些問題是否現實存在或有此危險？依此，

⁴¹ 例如，美國最高法院一向將「原始國籍歧視」視同於「種族歧視」。E.g. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886); *Hernandez v. Texas*, 347 U.S. 475 (1954).

⁴² 其對「種族歧視」（racial discrimination）之定義為：

“any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life”（底線為作者所加）

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, art. I, §1.

關於我國簽署並批准此一公約之資訊，見外交部網站 <http://www.mofa.gov.tw/mofa91/web/statistics/sta2/stat920521.htm>（最近造訪：2004.2.29）。

除非政府能夠說服釋憲機關，「原籍大陸之我國國民」在本質上就有較高「出賣台灣」的危險性，否則光在「目的」審查這兒就可能被宣告違憲。

即便「目的」能夠過關，系爭的「手段」——全面禁止原籍大陸之國民十年內擔任公教職務——恐亦無法通過檢驗。有太多方法，要比兩岸關係條例第二十一條這種粗糙立法，更能達成目標，卻又不至於造成種族歧視效果。例如，最根本的作法，就是在前端許可入境、定居或設籍之時，審查其「危險性」與「忠誠度」。若對其是否「愛台灣」有合理疑慮，則可不予許可。在移民決定上，國際公約或憲法均給予政府相當大之裁量權。此外，公務員本受公務員法與刑法之規範，如洩漏國家機密，亦有刑罰等制裁可資因應。不分青紅皂白地排斥原籍大陸之國民擔任公教人員，絕非必要或從嚴限縮適用範圍之手段。

再從所謂「體系正義」之角度分析平等權，亦可看出此一條文之荒謬。系爭條文同條第二項與第三項規定：「大陸地區人民經許可進入臺灣地區設有戶籍者，得依法令規定擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員，不受前項在臺灣地區設有戶籍滿十年之限制（第二項）。前項人員，不得擔任涉及國家安全或機密科技研究之職務（第三項）。」但憑什麼說所有的「公教人員」都比「大學教職」更「威脅國家安全」？既然第二項列舉人員，可以第三項規定確保其不致侵害國家安全，為何不能適用於第一項的軍公教人員？此處顯有矛盾，而構成恣意之差別待遇。⁴³

台灣雖然號稱「歷史上的移民國家」，但在法律上並無「移民國家」的胸襟氣度。既然要許可「外人」入籍，就表示接納他／她成為這個共同體的一份子，理當心手相連，享有相同待遇與尊嚴。若對自己國民仍疑神疑鬼，豈不令人心冷？兩岸關係條例第二十一條對原籍大陸之國民予以歧視，應被認為抵觸憲法第七條種族平等之規定而違憲。

⁴³ 國籍法亦有限制歸化者服公職權之規定，但僅列舉特定公職項目，而非如兩岸關係條例第廿一條般，禁止擔任所有的公務員。

然而，大法官作成的釋字六一八號解釋，卻輕忽這些細膩的論述，把「已歸化的公民」當作「外人」（大陸人民），而承認兩岸關係條例第廿一條合憲。邏輯之跳躍、論證之簡略粗率，實難想像出自法界碩彥的大法官們。解釋文全文如下，奇文共賞：

中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第二〇五號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第二十三條規定比例原則之要求。中華民國八十年五月一日制定公布之憲法增修條文第十條（八十六年七月二十一日修正公布改列為第十一條）規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸關係條例），即為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務處理之特別立法。

八十九年十二月二十日修正公布之兩岸關係條例第二十一條第一項前段規定，大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分，乃係基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行爲與決策；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當。基於原設籍大陸地區人民設籍臺灣地區未滿十年者，對自由民主憲政體制認識與其他臺灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他臺灣地區人民予以區別對待，亦屬合理，與憲法第七條之平等原則及憲法增修條文第十一條之意旨尚無違背。又系爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在臺灣地區設有戶籍滿十年，作為擔任公務人員之要件，實乃考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入臺灣社會需經過適應期間，且

爲使原設籍大陸地區人民於擔任公務人員時普遍獲得人民對其所行使公權力之信賴，尤需有長時間之培養，系爭規定以十年爲期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所爲之斟酌判斷，尙無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。（底線爲作者所加）

在這號解釋，大法官首先援引憲法增修條文第十一條，卻未查在文義上，增修條文第十一條乃處理「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」（底線爲作者所加），但系爭的兩岸關係條例第二十一條，所規範的純屬「（已『歸化』的）台灣地區人民」。

大法官又概括地認定「原籍大陸地區人民」對台灣地區的「自由民主憲政體制」還需要花更多時間熟悉，才有資格擔任公務員。這種以「出生地」、「原籍」來概括評價個人的判斷，與種族歧視何異？本案的原始案主謝女士，嫁來台灣多年，取得身分證之後，奮力通過（本土出生的台灣人都未必考得上的）初等考試。因為系爭規定而被令離職後，致力以最符合「自由民主憲政體制」的方法—行政爭訟、聲請釋憲—來爭取權益。在多年奉公守法，並通過台灣人自認公平的國家考試，努力做「最標準台灣人」之後，大法官卻告訴她：「妳不配」！

這個解釋似乎顯示出，釋憲者不自覺地接受了前揭三分法預設的排外主義—因為他們「曾經」是「外人」，又涉及「兩岸關係」，所以就沒有什麼「人權」好談了。連「歸化公民」都要永遠帶著「外人病毒」（至少十年），「外國人基本人權」云乎哉？「排外」憲法論回燒「本國人」，莫此為甚，豈能不懼？⁴⁴

⁴⁴ 對此解釋的批評，參閱陳長文，〈記住這 21 個名字〉，聯合報，2007.1.23，A15 民意論壇；廖元豪，〈沒有公民權的公民〉，蘋果日報，2006.11.8。

肆、新的憲法權利途徑論述

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，⁴⁵與自始就是移民社會，近年來更走向多元文化的台灣，在背景上有著重大差異！

憲法上的人權條款，如果在台灣邁入二十一世紀之際，還想發揮一些「濟弱扶傾」的功能，就必須徹底揚棄「三分法」所蘊含的國族排外因素，重行建構一套看待移民的標準。

在法律理論上，從以上的分析可知，「外國人人權」的爭議，不宜從帶有排外國族主義色彩的三分法貿然否定之。這種理論既無文義依據，在論理上有瑕疵，現實上不能契合大量外籍住民移居台灣的狀況，更可能從「歧視外人」延燒到「歧視國人」。趁早揚棄為宜。

如果不採取三分法(或是大法官實際上的「內外有別論」)，那麼基本權利的「主體」原則上自然就應該及於所有受中華民國公權力所規範的「人民」。國家法令措施如果因為主權、國家安全或其他理由限制外國人的各種基本權利，那麼就必須接受違憲審查的考驗。

至於審查基準，也不能只因涉及外國人，就理所當然地採最寬鬆的審查標準，而應如各種違憲審查基準的選擇般，採取高度脈絡化的綜合判斷。例如許宗力大法官在釋字第五七八號解釋之協同意見書曾指出，審查密度的選擇—

...應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭

⁴⁵ See e.g. ROGERS BRUBAKER, CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND GERMANY (1992); CARL-ULRIK SCHIERUP ET AL., MIGRATION, CITIZENSHIP, AND THE EUROPEAN WELFARE STATE: A EUROPEAN DILEMMA CH.6 (2006).

法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準的選擇。

準此，本文以下即試圖從功能的、脈絡的分析角度提出建議。

第一步應該要回到「普世人權」的基本立場：既然憲法沒有明文限縮各項權利的適用範圍，那所有在中華民國管轄區內的人民當然都受保護。唯有如此，才能強化憲法保障人權一律平等的信念。保障的方法、範圍可以視情況進行調整，但調整的參考基準不是「國籍」，或「夠不夠本土」、「國族認同」，而是「保護必要性」。不但不能劈頭就說移民或外國人不受保障（或受次等保障），⁴⁶若有必要甚至更應強化對外國人的保障機制。（例如，如「限制轉換雇主」、「特別體檢」等對藍領國際移工不利的法令措施，均受推定違憲的嚴格審查）「身分」不是重點，「保護之必要」才是關鍵！

其次，「普世」之外，不能死守形式上的「中立」，而要特別強調憲法人權條款具有「保障結構性弱勢」之功能。⁴⁷在這樣的思維下，法律不但不協助社會主流執行、實現既有的偏見；反而應該擔任對結構上的弱勢族群培力、增勇（empowerment）之作用。移民，特別是弱勢的移民（相對某些白領、白色的強勢外國人），應該受到更高的關切。如此方能減低立法、行政與司法機關不自覺的「內外有別」偏見。

第三，即使承認「內外有別」，也要更細膩地區分不同類型的「內外」。平平是「外國人」，與台灣關係越密切、依賴程度越高，就應該受到越接近本國國民的保障。依此，對於以永久居住為目的之婚姻移民，至少應該當作「準國民」來看待，使其享有（包括選舉權）完整的公民權利。而對雖然時間較短，但對台灣貢獻良多，同時在台期

⁴⁶ 這正是國內的移民政策官員甚至學者，面對「移民人權」的要求，經常拿來回應的陳腔濫調。

⁴⁷ 參閱廖元豪，〈誰的法律？誰的人權——建構「弱勢人權」芻議〉，律師雜誌，321期，頁10以下（2006）。

間也極度依賴台灣法令政策與社會保障的國際移工，原則上也沒有理由拒絕其享受任何憲法上的權利。

何況，許多長居在台灣的「外籍住民」，其實與「國民」同樣受到法律的規範，也有納稅義務。民主原則最基本的要求就是「無代表則不納稅」（no taxation without representation），⁴⁸以及「政府應立於被統治者之同意」（government must rest on the consent of the governed）。⁴⁹既然如此，長期（永久）居住在台灣的「外國人」，既要繳稅，又要受相關法令的規範，賦予其包括參政權在內的權利，也是很自然的了。⁵⁰

最後，面對台灣新國族主義動輒劃分敵我的現實，學界應該對憲法上的「人權」論述，進行深層的反思。從歷史上來看，國族主義的精神動員力本就遠非空洞、去脈絡化的自由主義或普世人權論述所能對抗。而從邏輯上來說，誠如 Kevin Brown 於分析美國的種族與法律問題時所指出，「國族主義」與原子式的「個人主義」是平行而難以調和妥協的兩種認知架構（conceptual structure），涉及了非常深層基本認識論與價值觀的差異。⁵¹因此，如果台灣的人權法學論述，只以抽象空洞的方式大談「人性尊嚴」、「普世人權」等概念，卻未能深

⁴⁸ 這其實就是美國獨立革命的重要源頭。See generally BERNARD BAILYN, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION 117, 209-21 (1967).

⁴⁹ 美國「獨立宣言」的第二段明揭此一原理。See THE DECLARATION OF INDEPENDENCE para. 2 (U.S. 1776) ("[T]o secure these rights, governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed.").

⁵⁰ 以美國為例，1997年的一份研究指出：移民家庭與企業，每年繳納了一千六百二十億美金的稅金。而其更預估從1998-2002，移民對美國社會安全系統的貢獻更高達五千億美金。引自 Elise Brozovich, *Prospect for Democratic Change—Non-Citizen Suffrage in America*, 23 HAMLINE J. PUB. L. & POL'Y 403, 438 (2002).

⁵¹ See KEVIN BROWN, RACE, LAW AND EDUCATION IN THE POST-DESEGREGATION ERA: FOUR PERSPECTIVES ON DESEGREGATION AND RESEGREGATION (2005).

入探究台灣國族主義、全球化、跨國遷徙等「法律背後」的脈絡背景問題。那麼是無法因應「新國族主義 vs. 全球化時代」帶來的衝擊的。因為法律概念（比例原則、平等原則、人性尊嚴...）本身只是空殼子，需要靠價值觀以及對當前環境的基本理解來填塞。不圖此舉，操作、解釋法律的人即使口口聲聲「基本權」，但在解釋何謂基本權，如何保障基本權的時候，則會不自覺地受國族意識影響而不自知。如此也無法面對台灣的現實處境，發展出務實而有戰鬥力的人權論述。

伍、結語

一個國家是否真把人權放在心上，端視其如何對待弱勢族群。暫時沒有選票，在文化、性別、階級與種族上都居於弱勢的新移民女性，其實是我們台灣人的心靈試金石——不保障弱勢的人權，那要人權何用？作者曾針對移民法的修訂，投書⁵²指出——

政府願意提供許多家長主義式的施恩、照護，卻不願賦予移民姊妹與移工朋友們「平等」與「對抗侵害」的培力機制。也就是說，寧可由「外籍配偶照顧輔導基金」撥款給某些民間團體來救助或辦活動；卻不願制定有效的反歧視法來制裁欺凌弱者的台灣人。這其實與美國南北戰爭前的奴隸主有著同樣的心態：我們可以對黑奴友善、施恩，但絕不容許你們變成平起平坐的「人」！

這個可嘆的現象，似乎尚未改善。「移民／移住人權修法聯盟」草擬之「入出國及移民法修正草案」已經提出於立法院內政及民族委員會審查中。⁵³這個「移盟版」的移民法草案，有著與官方版相當不同的基調——它是移民權利保障法，而非移民管理法！⁵⁴可見同是移民

⁵² 廖元豪，移民法該怎麼修，中國時報，2006.3.29 時論廣場。

⁵³ 立法院內政及民族委員會，議案參考資料：內議第 007 號（2005.12.26）（徐中雄等六十四名委員提案與連署）。

⁵⁴ 筆者曾伴同移盟的夥伴，與內政部、境管局等官方代表協商「入出國及移民法」修正草案，赫然發現政府主要決策幕僚，一度對於「移民人權」

法，可能有著完全不同的內容，端視主事者站在什麼樣的想像之上。在全球化的今日，豈能抱殘守缺，抓著過時而封閉的國家圖像來因應移民現象？

要建構一個偉大的台灣國族，台灣人不可以欺負弱小而自豪，而應以海納百川，容納多元，以及濟弱扶傾為使命。

仍懵懂無所知，甚至極度排斥在移民法內放入任何人權保障的條文。境管局官員甚至當著人權團體的面，公然說出「請關心兩千三百萬人的『人口素質』」的說法而不自覺不妥。相關報導，可參閱林倖妃，*歧視外籍新娘，吳振吉被批種族主義*，中國時報，2006.6.6。

外人做頭家？ —論外國人的公民權*

廖元豪**

大 綱

- 壹、前言
- 貳、公民權憲法意涵之探討
- 參、人權／國民權／公民權 三分法之檢討
 - 一、三分法簡介
 - 二、三分法的檢討
 - 三、大法官釋憲實務—事實上的「外人無基本權」
 - 四、小結：從本質論到功能論的分析途徑
- 肆、外國人公民權之理論基礎
 - 一、憲法未明文禁止
 - 二、準國民—與台灣關係密切的外國人
 - 三、民主理論 ABC—被統治者與納稅人之權利
 - 四、結構性弱者之憲法保障
 - 五、與國民主權並不當然衝突
- 伍、外國人應有之公民權範圍
 - 一、政治性表現自由
 - 二、地方性投票權
 - 三、服公職權
- 陸、結論

* 本文為初稿，未經同意請勿引用。

** 政治大學法律學系助理教授，美國印第安那大學布魯明頓校區法學院法學博士（S.J.D., 2003）。

壹、前言

本文之目的，乃試圖證明：我國憲法容許，甚至要求國家保障某些外國人的政治參與權利—包括政治表現與集會結社自由、政治性較低之服公職權、地方層級的選舉權與被選舉權、請求歸化之權利，以及其他不明顯重大妨礙國家主權獨立之政治參與權。

之所以對這個主題產生興趣，主要與作者親身參與移民／移住人權的社會運動經驗有關。台灣有著數十萬來自東南亞地區與大陸地區的女性婚姻移民（俗稱「外籍配偶」或「大陸配偶」），以及十五萬以上的國際移工（俗稱「外勞」）。前者多已準備終身移居至台灣，並多有歸化我國國籍的打算；後者雖限於現行法規無法永久居留或歸化，但跨海來台忍受剝削，填補台灣欠缺的（廉價）勞動力。在此情況下，台灣早已成為標準的移民國家，而且高度國際化。然而，我們的法律與社會，卻以相當歧視的態度對待這些將要與我們共同生活，且貢獻良多的姊妹兄弟。¹ 政府或許試圖在某些方面展現「仁慈」與「恩惠」，但卻沒有將他們視為平等、有尊嚴的「權利主體」，更不被當成「自己人」。²

與移民、移工、社運夥伴，以及政府官員接觸的過程中，我們發現移民移工的「欠缺政治權力」，乃是歧視始終無法消弭的結構性原因之一。每當我們想要推動修改任何法令措施甚或行政實務，使這些「外人」受到相對平等的待遇，都可能遭到其他「台灣人」的抗拒。這種資源排擠所造成的拉鋸與競爭，在民主社會中乃是正常之事。但在涉及此等以「優先保障台灣人」為名的衝突時，「外

¹ 參閱廖元豪，*全球化趨勢中婚姻移民之人權保障—全球化、台灣新國族主義、人權論述的關係*，思與言，44卷3期，頁88以下，頁84-121（2006）。

² 筆者曾在報章投書（廖元豪，*移民法該怎麼修*，中國時報，2006.3.29 時論廣場。），指出：

政府願意提供許多家長主義式的施恩、照護，卻不願賦予移民姊妹與移工朋友們「平等」與「對抗侵害」的培力機制。也就是說，寧可由「外籍配偶照顧輔導基金」撥款給某些民間團體來救助或辦活動；卻不願制定有效的反歧視法來制裁欺凌弱者的台灣人。這其實與美國南北戰爭前的奴隸主有著同樣的心態：我們可以對黑奴友善、施恩，但絕不容許你們變成平起平坐的「人」！

人」幾乎總是遭到犧牲。此等以「優先保障台灣人」為名的衝突時，「外人」幾乎總是遭到犧牲。在台灣這個選舉民主國，政治人物最關心的是「選票」，沒有（或尚無）投票權的外國人，當然難以爭取到政治人物的青睞。而除了投票權以外，這些移民移工也往往欠缺其他政治施壓的槓桿，足以讓從中央到地方的各級主管機關與所屬公務員充分顧及其利益與需要。

亦即，從經驗中看出，「政治力」乃是在台灣生存並爭取權利的重要基礎。要想在台灣生活，成為一個與「本土台灣人」平起平坐的夥伴，一定程度的政治權利是必要的。唯有如此，新移民女性與國際勞工才不是任人宰割或等待施恩的「客體」，而是參與形成台灣公共價值與生活方式的「成員」或「主體」。

但，「政治參與權」是否有可能給予這些「外」字輩的移民移住人口？他們是否能夠因為與台灣關係密切，相互依賴，而能夠取得一定程度的政治權利—即使少了一張身分證？政治參與權是最典型而核心的「公民權」（citizenship），是否僅有「國民」—國家社群的核心成員—方能享有？讓他們投票或行使其他的政治權利，是否等於容許「外人做頭家」，而與「國民主權」或其他憲法原理牴觸？

本文將主張，雖然沒有中華民國國籍，但部分外國人其實應該或已經是台灣政治社群的一份子，憲法必須承認這個現實並在適當範圍內給予政治社群成員應有的權利—公民權。我國憲法文義與理論，不但沒有「排斥」有限度地賦予外國人政治參與權；甚至在特定情況下應該解釋成「保障」他們的政治參與權。

本文第貳部分援引相關中英文文獻，探討憲法上「公民權」（citizenship）的意涵。我國憲法並未明定「公民權」之意義，這個概念可能超越狹義、形式的「成年國民身分」或「現行選舉權主體」之範圍，而從實質意義面來加以分析。而所謂公民權的實質意義，在憲法與政治理論上多指涉「政治社群成員應有之基本權利」。作者在本文再予限縮，僅指涉「政治性基本權利」之部分。而下一步問題，就是「外國人是否可能享有公民權」以及「如何界定外國人享有公民權的範圍」了。

本文第參部分則需處理一個理論上的障礙：依據我國學界沿襲自德國的流行三分法—基本權分為「人權」、「國民權」與「公民權」，外國人僅能主張範圍

有限的「人權」—「外國人」與「公民權」是本質上不相容的概念。作者認為，這個源自德國特殊背景，嚴格僵固且帶有強烈排外色彩的三分法，既無憲法依據，在理論與現實上也都大有疑問。因此建議予以揚棄，改採更為功能、現實的分析途徑來決定外國人受憲法保障的範圍。

第肆部分則從以下幾點論證「外人公民權」的理論基礎：(1)憲法文義並未全然排斥外國人享有政治權利；(2)某些「外籍人士」實際上與台灣這個國家有著非常密切的連結與依賴關係（如：女性婚姻移民），實際上乃是「我們台灣人」的一份子，值得擁有「成員基本政治權利」；(3)被統治者與納稅者應享有一定的參政權；(4)外國人往往可能是結構性的弱勢群體，以及(5)有限度的外人參政權，與國民主權並不當然牴觸。依此，與我國（地域、人際、政治、經濟等）關係愈密切，愈相互依賴者，就可能享有更多的公民權。

第伍部分則試圖以「新移民女性」以及「國際移工」當作基準，提出幾種可能適用在他們身上的「外人公民權」，包括（但不限於）：政治性表現自由、地方層次的投票權，以及擔任政治性較低之公職人員的權利。

貳、公民權憲法意涵之探討

提及「外國人」的「公民權」，可能有人馬上質疑這兩個概念的相容性。如果「公民」僅指「有參政權的國民」；那麼「公民權」自然僅限於「國民方能行使的參政權」。準此，外國人不得享有公民權，根本無庸置疑。

然而，「公民權」未必只能做如此狹隘的解釋。事實上，我國憲法文字中，僅有「國民」，而並未出現「公民」或「公民權」一詞。即使在憲法第十七條有關選舉罷免創制複決權利之規定（一般認為最典型的「公民權」），其主體也是「人民」而非「公民」。³ 因此，至少憲法文義並未嚴格限定「公民」或「公民權」之定義。

³ 相比之下，美國憲法則多以「公民」（citizen）指稱具有美國國籍身分的人民。如：增修條文第十四條第一項：“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside.”

在英文法律、政治與哲學文獻中，探究 citizenship 這個概念的論述甚多。而 citizenship 之意義不僅限於形式上的特定身分，也幾乎有相當大的共識。如 Will Kymlicka 在其著名的「多元文化公民權：自由主義下之少數族群權利」(Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights) 所探討的公民權，就「不只是一種法律地位」，同時「也是一種身分認同，個人屬某政治社群之成員資格的表現」(also an identity, an expression of one's membership in a political community)。⁴ 致力於研究 citizenship 與全球化的 Linda Bosniak 在整理分析此一概念的重要文獻後，就指出，citizenship 具有四種內涵：

- (1) **Citizenship** 作為一種「法律地位」(**Legal Status**)：⁵ 這就是形式意義，指稱具有特定國家國籍身分的狹義「公民身分」。此時，公民的相反或相對名詞，就是「外國人」(alien)。
- (2) **Citizenship** 作為一種「權利」(**Rights**)：⁶ citizenship 係個人作為所屬社群的成員所享有受該社群承認之完整、重要的權利總稱。在這種意義下，筆者認為最佳的翻譯應該就是「公民權」。公民權必然預設著權利主體「歸屬於特定社群」，尤其以「國家」為多。但公民權的主體未必是狹義的「公民」(國民)，且公民權主體所屬的社群，也可能不是國家而是其他的政治社群。
- (3) **Citizenship** 作為一種「政治活動」(**Political Activity**)：⁷ 這是指人民積極參與政治社群公共活動的特質。或可譯為「公民精神」。
- (4) **Citizenship** 作為一種「身分認同 / 團結象徵」(**Identity/Solidarity**)：⁸ 此時的 citizenship 主要是心理或感情層面，對特定社群的歸屬感。「公民認同」也許可以翻譯這個概念。

⁴ WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 192 (1995). 關於本書的中文介紹，可參閱林超駿，初論多元文化 (Multiculturalism) 作為我國原住民權益保障之理論基礎—以 Will Kymlicka 與其對手間之辯論為起點，收於《法治與現代行政法學：法治斌教授教授紀念論文集》，頁 309 以下 (2004)。

⁵ Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 447, 456-63 (2000).

⁶ *Id.* at 463-70.

⁷ *Id.* at 470-79.

這四種概念其實相互有密切的關聯，都預設著某種政治社群的存在、歸屬，以及成員資格。而本文所探究的「公民權」，則是以第(2)層意義為依歸。

從這個角度看待、分析公民權的論述相當豐富。Kenneth Karst 的「平等公民權」(equal citizenship)就是其中相當著名的一套理論。⁹ Karst 析論美國憲法平等保護條款與正當程序條款的案例發展，指出這些規定的真正功能，是保障社會中完整成員資格的尊嚴(the dignity of full membership in society)。「平等公民原則」要求組織化的社會，應該將每一個成員當作值得尊重的人；禁止組織化社會將人視為次等或附屬階級的成員，或根本把人當成局外人！¹⁰

Karst 的「平等公民權」原則不僅適用在狹義的政治領域，而更包含了人人分享社會公共生活的機會，使成員都能因而滋生出「對個人意識不可或缺的社群意識」(foster the sense of community that is indispensable to one's sense of individuality)。Karst 認為，這樣的憲法原則，可以適當回應「自主」與「社群」存在的緊張關係。¹¹

Karst 所界定的「公民權」並不是狹義的公民身分。因此，雖然他相當強調這是美國憲法特有的精神，必須以美國國族(American Nation)與美國法為基礎。¹² 但重點不是國族主義，而是美國這個國家可當作平等公民權之基礎，逐步包容黑人(原先屬於動產地位的奴隸)、女性(原先沒有投票權的公民)、窮人等原本被政治社群貶抑或排斥的族群。¹³ 依此，「外國人」，尤其是長居美國但沒有美國國籍的外國人，也可以(且應該)被視為政治成員而受相當程度的保障。¹⁴

Judith N. Shklar 也分析美國「公民權」的發展，認為「公民權」可作為一種

⁸ *Id.* at 479-88.

⁹ See Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term Foreword—Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1 (1977)(hereinafter Karst, *Equal Citizenship*); KENNETH L. KARST, *BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION* (1989)(hereinafter KARST, *BELONGING*).

¹⁰ Karst, *Equal Citizenship*, *id.* at 5-6.

¹¹ *Id.* at 8-9.

¹² Kenneth L. Karst, *Citizenship, Law, and the American Nation*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 595 (2000).

¹³ KARST, *BELONGING*, *supra* note 9.

¹⁴ Karst, *Equal Citizenship*, *supra* note 9, at 44-45.

「社會立足點」(social standing)，其主要內涵是「投票」(voting)與「賺錢」(earning)之能力。¹⁵ 爭取美國公民權的過程，就是追求被政治社群涵納，也是一種打破承認障礙的努力。¹⁶

T.H. Marshall 的經典論文「公民權與社會階級」(Citizenship and Social Class)同樣將「公民權」定位為一種「社群完整成員資格」的地位。擁有公民權的人，應與其他成員享有相同的權利與義務。¹⁷ 至於公民權的基本內涵，依 Marshall 見解，應該包括「民權」(civil rights)、「政治權」(political rights)與「社會權」(social rights)。¹⁸

近年來許多文獻，則將公民權的「社群」焦點跳出傳統「國家」，認為「公民權」或「公民身分」未必以「國家」，尤其是「國族國家」(nation-state)為唯一甚至主要的基地。¹⁹ 專研全球化與國內公法的 Alfred Aman 就強調：全球化時代中，人民會依據不同層級的政治組織(地方、州、國家、區域、國際等)有著多重的認同與公民身分，「國家」只是其中之一。依此，「誰該被納入社群並給予平等參與權」不應該全然依據形式上的法律身分(國籍?)甚或居住地點，「公共決策與當事人的影響程度」才是重點。²⁰ 亦即，既然每一個人都不只受到「國家」的決策影響，而同時也受到不同層級的政府影響，那麼就應有著不同層次與內容的公民權。

¹⁵ JUDITH N. SHKLAR, AMERICAN CITIZENSHIP: THE QUEST FOR INCLUSION (1991).

¹⁶ *Id.* at 3

¹⁷ T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, in T.H. MARSHALL & TOM BOTTOMORE, CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS 18 (1992).

¹⁸ *Id.* at 8-49.

¹⁹ See generally YASEMIN NUHOGLU SOYSAL, LIMITS OF CITIZENSHIP: MIGRANTS AND POSTNATIONAL MEMBERSHIP IN EUROPE (1994); Bosniak, *supra* note 5; Richard Falk, *Citizenship and Globalism: Markets, Empire, and Terrorism*, in PEOPLE OUT OF PLACE: GLOBALIZATION, HUMAN RIGHTS, AND THE CITIZENSHIP GAP 177-89 (Alison Brysk & Gershon Shafir eds., 2004); Tayyab Mahmud, *Citizen and Citizenship Within and Beyond the Nation*, 52 CLEV. ST. L. REV. 51 (2005); Pedro A. Malaver, *Outsider Citizenships and Multidimensional Borders—The Power and Danger of Not Belonging*, 52 CLEV. ST. L. REV. 321 (2005).

²⁰ ALFRED C. AMAN, JR., DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM 48, 58-59, 139(2004).

Stephen Castles 與 Alastair Davidson 觀察全球化人口遷徙的現象後，指出公民權所指涉的「所屬政治社群」，不應限於單一國家區域，而可能是多元化且交疊存在的政治社群。而民主國家所謂的成員資格，也愈發開放與彈性。²¹

同時，他們也補充 Marshall 的見解，認為在二十一世紀的公民權，有著更多元的「認同」與「歸屬」方式，因此尚應包括「性別權」（Gender rights）以及「文化權」（Culture rights）。²² 這種以特定身分認同，導出的多元認同，也形成了新時代的公民權論述。例如，女性身分的公民權，²³ 同性戀者基於特定性傾向形成的公民權，經濟邊緣弱勢者的公民權等。

學說對「公民權」的定義與內容之探討，基本上都聚焦在「社群」、「成員資格」，以及身為成員資格所應享有的「權利」範圍等。有的仍以「國家」為主要社群，有的則已經跳到國際或全球層次。但即便是以「國家」為主要社群範圍的研究，也都不會排斥「外國人」享有公民權。Ruud Koopmans, Paul Statham, Marco Giugni, Florence Passy 等人針對歐洲五國（荷蘭、英國、法國、德國、瑞士）對待移民（多為外國人）之態度與方法進行比較研究時，就是以「外國人享有公民權之程度」為標準。²⁴

總之，公民權的概念，如今正如 Heinz Klug 所云，乃是一個脈絡化的概念，必須從脈絡化的角度來理解公民權。²⁵ 從不同之目的、地域、時間，可能主張不同意涵的公民權。這種多元的理解途徑，可以讓我們更能理解「公民權」理念所關切的參與、認同、團結等價值。

既然憲法文義沒有明確界定「公民權」，而這個概念也沒有所謂「本質上」

²¹ STEPHEN CASTLES & ALASTAIR DAVIDSON, *CITIZENSHIP AND MIGRATION: GLOBALIZATION AND THE POLITICS OF BELONGING* (2000).

²² *Id.* at 103-28.

²³ See e.g. April L. Cherry, *Roe's Legacy—The Nonconsensual Medical Treatment of Pregnant Women and Implications for Female Citizenship*, 6 U. PA. J. CONST. L. 723 (2004); Susan H. Williams, *Globalization, Privatization, and a Feminist Republic*, 4 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 97 (1996); Aihwa Ong, *Strategic Sisterhood or Sisters in Solidarity?—Questions of Communitarianism and Citizenship in Asia*, 4 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 107 (1996).

²⁴ RUUD KOOPMANS ET AL., *CONTESTED CITIZENSHIP: IMMIGRATION AND CULTURAL DIVERSITY IN EUROPE* (2005).

²⁵ Heinz Klug, *Contextual Citizenship*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 567 (1996).

的意義，跳脫形式上的「國籍」而從實質角度定義並分析「公民權」就是可能的。換言之，「外國人公民權」並不當然是一個矛盾的概念。端視吾人如何界定「公民權」之範圍，以及「外人擁有公民權」在理論上與現實上是否可欲。

本文以下所稱「公民權」，大致上採用 Karst, Marshal, Bosniak 等人的界定，從實質角度分析外國人是否以及在何種程度內可以（或應該）享有我國憲法上的「國家成員資格」以及其相應的各項權利。但本文再稍加限縮，僅探究傳統的「政治權利」這一部份。因為通常這是「外國人公民權」最敏感的一環，這一點如果能夠有所突破，主張外國人的其他公民權也就容易得多了。

然而國內學界的多數說所採的三分法，基本上否定外國人享有憲法上公民權的可能性。因此本文以下即針對學說上的三分法進行檢討。

參、人權 / 國民權 / 公民權 三分法之檢討

一、三分法簡介

依據我國學者多數說，基本權利的保障，是有身分前提的：外國人（甚或是才剛剛取得身分證的台灣人）未必能夠受到完整的保障。司法違憲審查一碰上移民（包括外國人或歸化了的本國人）案件，往往自動退縮，以最寬鬆（放水）的標準來檢驗系爭政府措施。我們甚至可說，移民所受到的，是次等正義（second-class justice）。

部分原因在於，台灣移植德國憲法基本權理論的同時，也同時移植了德國的基本權利三分法。²⁶ 這套三分法大致是這樣區分的—

²⁶ 如：林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（一）》，頁 65-67（1990 六版）；法治斌&董保城，《憲法新論》，頁 148-149（2005 三版）；許育典，《憲法新論》，頁 121-122（2006）；李惠宗，《憲法要義》，頁 101（2006 三版）；陳慈陽，《憲法學》，頁 380（2005 二版）；李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 51 以下，頁 57（2003）；李建良，外國人權保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 92 以下，頁 97（2003）。

開始檢討此種區分法的教科書著作，如：吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁 142-143（2004 三版）（未直接使用「國民權」之名詞，且認為「除第十條、第十四條、第十

1. 人權：基於人之所以為人的「人性尊嚴」，任何人無分國籍均有資格享受的權利。如人身自由、思想良心信仰等內在精神自由。
2. 公民權：有強烈國家主權意識，涉及國家政策決定或基本認同，應由國民行使的政治權利。選舉罷免創制複決，以及服公職權等。外國人自然不能行使此等權利。
3. 國民權：雖與政治權力分配並無直接關連，但涉及國家經濟或其他資源之分配，應以本國人優先的權利。各類經濟性權利或福利措施的受益權，如工作權、財產權等，原則上屬於這個領域。此外，遷徙自由中的「入境權」，似也被定位在這個領域。

依此，憲法理論建構了一套「內外有別」的人權理論。唯有「國民」（台灣人）才能享有完整的憲法基本權利保護；非國民（外國人）僅有狹義的「人權」才受憲法保護，其餘權利是否賦予，端視政治部門（立法與行政）的慈悲。

雖然源自德國的三分法是一套建構在封閉國家主權觀²⁷的憲法理論，但透過立法，德國境內的外國人所享有之權利與保障尚稱健全完整。²⁸ 但那基本上是「法律」層次的保障，而非「憲法」層次。二次大戰後的德國，法治國家與基本權利觀念深植人心，又有長遠的社會國家傳統，排外的惡劣立法與社會氣氛尚稱節制；但對於沒有深厚人權法治傳統，又未經民權或反抗運動洗禮的台灣，要想期待「立法者」在「憲法未要求」的情況下，主動給予外國人更多保障，那就緣木求魚了。

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「外國人不得做為基本權主體」）；陳新民，《憲法學釋論》，頁 137-141（2005 五版）。

²⁷ 德國學者 Jost Delbruck 就指出，德國之主權觀，基本上是封閉取向，但如今已不合現實。在全球化時代應該逐漸走向其他「移民國家」的「開放共和國」（Open Republic）路線。See Jost Delbruck, *Globalization of Law, Politics, and Market—Implications for Domestic Law—An European Perspective*, 1 IND. GLOBAL LEGAL STUD. 9 (1993). See also Genrald L. Neuman, “We Are The People” —Alien Suffrage in German and American Perspective, 13 Mich. J. Int’l L. 259, 273 (1992).

²⁸ 參閱李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代，25 卷 1 期，頁 104 以下，頁 109-120（1999）。See also KOOPMANS ET AL., *supra* note 24, at 31-73.

這套三分法憲法架構鮮少有人提出質疑。²⁹ 頂多是在一些個別細節問題上，有見解上的歧異。例如：憲法第七條的「平等權」是否因為「中華民國人民」六字，就變成「國民權」而排除「外國人」？³⁰ 此外，對於某些基本權利，到底該定位為人權或國民權甚至公民權，尚無清楚的方向。如政治性言論自由、一般結社自由等。

依此，除非某種權利很確定地被公認為「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」。更糟糕的情況，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」的領域。

例如，憲法第十六條的「訴訟權」，通說認為基於「有權利就有救濟」的法理，不分國籍，人人均可主張。但由於法院欠缺通譯，外國人（尤其是操英文以外語文的外國人）實際上難以接近使用法院，形同被拒絕訴訟權。又如，人身自由是最標準的普世人權，但在移民法制中，無論是外國人或大陸人民，在驅逐出境前都可以合法地被行政機關決定「收容」，而無須適用憲法第八條「由法院事前裁判」以及「立即請求法院提審」的正當程序。

這套「人權—國民權—公民權」論述的問題其實昭然若揭，但或許因為國族主義對許多人（包括憲法學者）是那樣的天經地義，致使它鮮少在台灣遭受質疑。

二、三分法的檢討

（一）無憲法文字依據

此一憲法理論最基本，也是最明顯的第一個瑕疵就是：沒有憲法依據！憲法第二章所列的各種權利之中，均以「人民」而非「國民」或「公民」開頭。即便

²⁹ 少數批評，見李念祖，論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格，憲政時代，27卷1期，頁80以下（2001）。

³⁰ 認為外國人不享有平等權者，如林紀東，前揭註26書，頁90；許宗力，基本權主體，月旦法學教室，第4期，頁80以下（2003）。但近年來多數學者似傾向認為平等權可適用於外國人。

貫穿整部憲法，也只有三個權利可能在文字上有一點爭議：平等權、受國民教育權，以及選舉權。

第一個是第七條的「平等權」。由於第七條用了「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，部分學者³¹將「中華民國人民」等同於「中華民國國民」，從而限縮了平等權的適用—因此政府可分國別膚色宗教種族去歧視不同國籍之外國人？但我們對照憲法第二條、第三條的「國民」或「中華民國國民」，就知道憲法若欲將某項權利限縮在僅保護中華民國國民，就應該用「中華民國國民」而非「中華民國人民」。後者應如李念祖所指，乃「中華民國境內人民」才是合理的文義解釋。³² 一字之差，何止千里！

另一個是第二十一條的「受國民教育權」。第二十一條雖然主詞是「人民」，但卻是「國民教育」，似乎顯示了只有「國民」才有權主張受國民教育？

這個說法太過簡單。「國民教育」是指國家的人民所必須具備的基本教育程度具備的基本教育程度，未必只有「國民」才有權主張。但對照憲法 160 條第一項「六歲至十二歲之學齡兒童，一律受基本教育，免納學費。其貧苦者，由政府供給書籍」；160 條第二項則規定：「已逾學齡未受基本教育之國民，一律受補習教育，免納學費，其書籍亦由政府供給。」第一項文義上及於所有「學齡兒童」，第二項則僅限於「國民」。解釋上，第一項的學齡兒童是否為「國民」？從正反兩面來解釋，邏輯上均能自圓其說。

第 130 條就「選舉權」明定：「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權。…」但此一條文仍可能解釋為「最低標準」，從而不排除立法機關制定法律授予「非國民」或「二十歲以下」者選舉權；更未必能解釋成「非國民當然不擁有選舉權」！此外，憲法第十二章（選舉罷免創制複決）對於「罷免」、「創制」與「複決」是否限於「國民」方能享有，更是全未置喙。

在憲法沒有明文規定，或是規定範圍頗有爭議的時候，斷言說某些權利僅限國民或公民才能享有，本身就有扭曲憲法之嫌。尤其是許多教科書都指稱為「國民權」甚或「公民權」的工作權、（入境）遷徙自由、應考試服公職等，更是完

³¹ 許宗力，同上註，頁 80。

³² 李念祖，前揭註 29 文，頁 89。

全從文義上找不到依據。「無明文法律依據不得限縮人民權利」、「人權之限制必須從嚴解釋」一向是憲法解釋學上的金科玉律，怎地碰到主權與國界問題，就自動讓步，硬在憲法文字沒有規定的情況下，把一大批「人民」排除在憲法保護範圍之外？

有趣的是，這套「三分法」在我國憲法難以找到明文依據，但卻可能在德國基本法中找到一些文義依據。德國基本法明文規定某些權利之主體乃是「德國人」，如：第八條的集會遊行權、第九條結社權、第十一條國內遷徙自由、第十二條職業選擇自由、第十六條引渡權、第三十三條服公職權等。從這些條文來看，只要是可能帶有較高政治性質的權利（如集會結社）、涉及經濟資源分享的權利（工作權），以及國境管制的事項（國內遷徙自由與不受驅逐），確實都專屬「德國人」所有。在這樣的明文規定下，「非德國人」無法享有這些基本權，或可理解。但我國憲法並無此等規定，而其他國家對於外國人是否（或何種程度內）享有憲法權利之保障，也可能有著與德國完全不同的情況，³³怎能沒文義依據的理論，理所當然地拿來援用？

當然，文義解釋不是唯一的釋憲依據。如果有非常有力的實體理由足以支持這個三分法理論，或許還是可以被正當化的。但本文以為，在實體上它其實還有以下問題。

（二）流動的界線之一：經濟資源、政治權力與人性尊嚴密不可分

通說的「人權—國民權—公民權」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。因此可能把憲法上的權利依序排列：工作權、財產權涉及「台灣經濟資源分配」，所以外國人沒有資格主張；至於涉及政治權力、主權歸屬的選舉權，那就更不用說了。

這也是為何現行法律膽敢嚴格限制「大陸配偶」的工作權、財產繼承權，以及包括大陸人民在內的「外國人」之土地所有權的原因—經濟資源是立法裁量之安排，當然優先給台灣人。也是當「移民／移住人權修法聯盟」與政府官員溝通

³³ 如：美國憲法的平等權與正當程序保障，適用於所有「人」（people），而實務上則曾依據平等權保障之規定，判定某些限制外國人工作、服公職、受免費教育等法規違憲。

「入出國及移民法修正草案」中有關「永久居留身份者擁有地方選舉權」時，政府官員個個感到不可思議、絕不可行的原因。

然而，「經濟資源」、「政治權力」與「人性尊嚴」根本是相互糾結，無法完全區分的，經濟政治資源乃是人性尊嚴的必要「條件」。

先從人性尊嚴的角度來思考經濟性質的權利：「無恆產者無恆心」，任何人若全無工作權與財產權，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？大法官釋字第四百號解釋，不也指出：「財產權旨在確保個人「實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」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）。如何在台灣社會頂天立地？

穩定的經濟資源是人性尊嚴的基礎，政治權力（利）亦是如此。在「一人一票」的形式民主下，政治決策者最關心的乃是選票與連任。因此，沒有投票權，或是無能影響選票的群體，必然為政治體系所忽略。反之，即便身為外國人，如果擁有選票或一定的政治影響力，那麼就更能集結施壓，形成群體的政治目標與策略，進而爭取自己的生存權利。

台灣的新移民與移工數量雖然可觀，但其權益始終沒有受到足夠的保護——尤其在對抗本土台灣人的欺凌時。而永遠不能歸化的移工，其處境一般而言則比女性婚姻移民（潛在的選票）更惡劣。這難道不是「欠缺政治權利」所造成的結果嗎？換個角度來看，近年來新移民女性之所以能夠爭到一些有限的戰果，不也是因為她們的團結、發聲，勇於爭取權益與嗆聲？畢竟在民主國家，大多時候人民乃是透過政治程序來伸張、維護自己的權利。這也是憲法理論與實務上，對於政治權利特別關切，嚴格審查一切限制政治權利措施的原因。³⁴

正因為「經濟資源」、「政治權力」與「人性尊嚴」有千絲萬縷的關係，「人權—國民權—公民權」三分法在論述上也難免左支右絀，連操作層面都產生困難。例如，何謂「政治活動」或「政治性權利」？言論、集會、結社是「普世人權」、「經濟性質權利」，還是「涉及主權行使的政治權利」？當外勞甚至外籍配偶，動輒被威脅「遣返」之時，有何尊嚴可言？工會法限制外國人不得擔任

³⁴ See JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

工會幹部，結果是使得「外勞」無法組成自己的工會，這同時涉及經濟與政治權利的限制，但又何嘗不涉及最基本、最根本勞工權益—免於剝削—的問題？當我們不承認他們有「入境權」的時候，任意驅逐出境又如何—妳根本沒有「站在這塊土地上的權利」！

當法律論述硬把不存在的分類套到現實上，不僅操作上產生許多不確定性，更惡劣的是這種「不確定」最終似乎都容易偏向「敵視外人」。因為「不確定」代表「無標準」與「彈性」，所以分類不明確的時候，就傾向將各種權利解釋為最安全的「國民權」或「公民權」而剝奪外籍人士享有的機會。³⁵ 而由帶有主流偏見的人來執行法律，也自然而然地就將國族排外的偏見帶入而不自知—因此外勞被非法遣返鮮少在乎，對於被剝削而逃逸的「行方不明外勞」卻全力追緝。

三分法把流動彈性的事物當作固定不變的本質，結果不但過於僵硬，而且造成對外國人極為不利且殘酷的後果。使得基本權的規定對「在台外人」而言，幾乎全盤落空。

（三）流動的界線之二：「本國人」與「外國人」都不是鐵板一塊

主流憲法論述的另一個問題，是誤將「本國人」、「外國人」視為絕對的二分法，而給予截然不同的待遇—外國人一律不得享有國民權與公民權；本國人當然、全盤享有國民權與公民權。然而，這種純依國籍法所做的區別，真的合理嗎？

先說「外國人」。所謂外國人，在法律上應該指的是不具有中華民國國籍，卻擁有外國國籍的人。但主流理論沒有進一步區分「與台灣關係密切的外國人」以及「與台灣幾無關係的外國人」。所謂的「密切關係」可能包括：嫁或娶台灣

³⁵ 美國的批判種族論者（critical race theorists）也往往指出，他們寧可要嚴格、制式、形式主義的法律制度與規則，而不喜歡太多「彈性」。因為彈性從來不會對他們有利。See Richard Delgado, *Critical Legal Studies and the Realities of Race—Does the Fundamental Contradiction Have the Corollary?*, 23 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 407, 410 (1988); Patricia Williams, *Alchemical Notes—Reconstructed Ideals From Deconstructed Rights*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 401, 406-09 (1987)

我國「集會遊行法」實施起來不也如此？對大人物或大型政治集會遊行，警察與政治單位「有可能」予以容忍；但對人數較少的社運團體，取締起來絕不手軟。

人，（長期）住在台灣，與台灣有極密切的工作或商業關係，想要侵佔台灣，經常來台灣旅遊，或某人「就是愛台灣」…等連結。但「人權—國民權—公民權」三分法即使對於嫁來台灣相夫教子，預計終身以台灣為埋骨之處的「外國人」，也可能在簽證時予以羞辱甚或拒絕入境。即便入境後，也可能因為違反社會秩序維護法（聚賭）或為生計而打工之類的雞毛蒜皮原因，而被驅逐出境。我們對待這種「與台灣緊密聯繫」的外國人，態度上與外國間諜、恐怖份子，或觀光客幾乎一模一樣！

相對的，教科書告訴我們，「國民」都應該受到同樣周延、平等的保護，但同樣是「中華民國國民」，我們的法律上其實也區分成好幾等，分受不同層次的憲法保障。「在台灣地區有戶籍之國民」（或稱「中華民國自由地區人民」）受到較完整的保障，「無戶籍國民」（所謂華僑居多）則連入境自由都受到很大的限制。³⁶ 至於「（中華民國）大陸地區人民」，則連「外國人」的待遇都不如。（入境、居留、定居均有配額，停留與團聚期間一律不准工作，即便定居後也十年內不得任公職…）。

本文並不是為這些「次等國民」措施辯護，而只是要點出：「國民」如果都可以分等，為何「外國人」不能？連「本國人」都不當然享有「國民權」與「公民權」，那是否表示其實有著比「國籍」更深層、更重要的區分標準？

舉例來說，如果無戶籍的「僑民」，是因為「長久不住在台灣地區」而無法享有國民原應有的入境自由；那麼「永久居留」或「事實上長期居留」的外國籍新移民女性，是不是可以享有釋字 558 號解釋賦予的「絕對入境自由」？如果大陸人民是因為「受敵對政權管轄」所以受到歧視；那來自「友邦」或一向對我友善的東南亞國際移工，是否就應該享有接近國民的待遇？

（四）流動的界線之三：全球化的去國家化

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，

³⁶ 參照釋字 558 號解釋（唯有「有戶籍國民」，得享有「無須許可入境台灣」的權利）。

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，在今日全球化時代早就被侵蝕得相當嚴重。

「全球化」（*globalization*）雖並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」（*detrterritorialization*）的權力重組過程。³⁷ 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。³⁸

這時，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。³⁹

在國際政治上，「國家主權」實際上飽受壓迫。先別說在中國大陸的壓力下，台灣的國際地位受到打壓。即便我們「最友好」的「盟邦」美國，也鮮少以尊重平等的「主權國家」態度對待台灣。⁴⁰ 台灣比其他國家更容易對「美國牛肉」開放進口、美國官員公開或私下對我國總統的各種文告品頭論足、把台灣當凱子的軍購項目與價額、修憲還得要美國同意才可以…連食品檢疫與總統文告都必須受制於外國，主權獨立云乎哉？

其次，在資金全球迅速流動的今日，台灣與其他害怕資本飛逝（*capital flight*）⁴¹ 的國家一樣，都亟亟於吸引或留住資本。於是，對於跨國企業以及甚至「本土」的資本家，基本上至少必須採取著「不得罪」的態度。在管制措施上戰

³⁷ See e.g. Delbruck, *supra* note 27, at 11; PETER DICKEN, *GLOBAL SHIFT: TRANSFORMING THE WORLD ECONOMY* 1-8 (3d ed. 1998); AMAN, *supra* note 20, at 1-2.

³⁸ See Jan Nederveen Pieterse, *Globalization as Hybridization*, in *THE GLOBALIZATION READER* 99-105 (Frank J. Lechner & John Boli eds., 2000).

³⁹ See CASTLES & DAVIDSON, *supra* note 21; Bosniak, *supra* note 5.

⁴⁰ 當然，美國對其他國家的主權也不見得多麼尊重。

⁴¹ See DICKEN, *supra* note 37, at 86, 119-21, 444; GEORGE SOROS, *OPEN SOCIETY: REFORMING GLOBAL CAPITALISM* 167-207 (2000); SASKIA SASSEN, *GLOBALIZATION AND ITS DISCONTENTS: ESSAYS ON THE NEW MOBILITY OF PEOPLE AND MONEY* 195-200 (1998); ROBERT WENT, *GLOBALIZATION: NEOLIBERAL CHALLENGE, RADICAL RESPONSES* 28-30 (2000).

戰兢兢，不願被批評為「不友好投資環境」。但悲哀的是，即便如此，一旦有需要，多麼「本土」或「友好」的資本（家），還是會隨時拋棄台灣。⁴² 即便不用這麼極端的方式，資本全球化的今日，跨國資本亦可非常輕易地規避任何的「外資」管制。⁴³ 形式上的「主權」，完全無法擔保各類的管制政策能夠實現。

於是，我們看到的場景是：國家以及國界內的「國民」，管不住來來去去的資本，決定不了國內的公共政策，甚至領土範圍也不能去界定。真正影響重大國家決策、生民命運的，往往是沒有投票的「國際玩家」。⁴⁴

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」、「頭家」；而少了一張身分證，無論有多少貢獻與依賴，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？

（五）外溢效應—禍殃國民

依理而論，「人權—國民權—公民權」三分法至少還願意給予「國民」完整的人權保障。但如前所述，這套理論其實體現了古老的國家主權至上論，有很強的「排外」與「自閉」傾向，與全球化「去國家」的趨勢並不一致。因此，在解釋適用的模糊地帶，往往會進一步限縮「國民應有權利」的範圍，使得標準的國民或公民，只因為他（她）有著「類似外人」的成分（不夠「本土」？），其實也享受不到國民權與公民權。例如：已經歸化取得中華民國國民身分，定居台

⁴² 行政院經建會致力於留住「拜耳」，以及奇美企業的許文龍先生支持反分裂法，都是明顯的例子。

⁴³ 行政院新聞局必須以扭曲法律條文的方式，才能規範 TVBS 的「外資」，就是一個例子。另外，行政院訴願審議委員會撤銷行政院新聞局決定之理由，也提及亞太媒體中心「引進外資」之目的，以及從國際化、自由化之角度探究「外資限制」之意涵的論述，亦頗有可參照之處。（院台訴字 0950086813 號，2006/5/9，available at <http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=24733&ctNode=66&mp=1> (last visited June 20, 2006))

⁴⁴ 參照廖元豪，評羅致政「國際情勢與憲政改革」，available at <http://mypaper.pchome.com.tw/news/liaobruce/3/1269527034/20060530174855/> (last visited, Oct. 1, 2006). 亦可於中研院法律所籌備處網頁 (<http://www.iias.sinica.edu.tw/PDF2/3.pdf>) 瀏覽。

灣的「原籍大陸地區人民」，在參政權方面仍被當作外人；⁴⁵ 具有中華民國國民身分但在台灣未設「戶籍」者，也不被當作「自己人」看待。⁴⁶ 至於形式上仍屬「國民」但被憲法明文另外處理的「中華民國大陸地區人民」，甚至受到遠遜於一般「外國人」的待遇。

更長遠地來看，「排外」往往是歧視窮（國）人、深膚色人種、女性、病患，以及其他弱勢群體的代用品（proxy）。如果憲法在禁止其他歧視的時候，卻不禁止「排外」，那麼這些惡質歧視就會找到出口，專對「某些外國人」加以歧視。

例如，「後天免疫缺乏症候群防治條例」第十四條對於 HIV 陽性反應的外籍人士，一律強制出境—即便被台灣人感染，即使在台灣居住多年，亦同。雖然是針對外人，難道不是同時展現對愛滋病的非理性恐懼與排斥？容許這種條文，不也等於放任這種偏見肆虐？如果法律都這樣嚴苛，那社區居民要求關愛之家（居住「本國籍」的患者）遷離，法院甚至也支持此種決定，不也是天經地義的嗎？⁴⁷ 內政部境管局局長能夠當著人權團體的面，在探究移民法制是否應對婚姻移民更友善之時，公然說出「請關心我們兩千三百萬人的『人口素質』」的說法，難道不是同時在暗示「外籍配偶的第二代素質很差」，甚至「娶外籍配偶的台灣人素質不夠」嗎？問題不在「外」，而是一種可怕的種族主義優生學心態，受辱的絕對不只是「外人」，也包括一切與「外人」有相似特徵的「本國人」！此外，國民的「外籍配偶」或「大陸配偶」一旦被驅逐出境或是不許入境，受害的不只是「外人」，也包括見不到配偶的「台籍配偶」，不是嗎？誰能說排外之火，能夠準確地只燒外人？

從歷史的經驗看，這種「排外惡質歧視」不但反映了醜惡的國民心靈，同時也暗藏著逆流回火的可能性—總有一天輪到你！！美國從歷次對外戰爭到如今的「反恐戰爭」，都顯示了這種「先敵視外人，再回燒國人」的經驗。⁴⁸ 納粹經驗

⁴⁵ 見釋字第六一八號解釋。

⁴⁶ 見釋字第五五八號解釋。

⁴⁷ 參閱廖元豪，*歧視有理，患病有罪？*，中國時報，2006.10.13，A15（時論廣場）。

⁴⁸ See KEVIN R. JOHNSON, THE “HUDDLED MASSES” MYTH: IMMIGRATION AND CIVIL RIGHTS (2004) 以及廖元豪的評介：廖元豪，*移民：民權的漏洞，還是民權的延伸？—評介*

更是慘不忍睹。「人權—國民權—公民權」三分法的可能外溢效果，是吾人必須戒慎恐懼的。

當然，憲法保障只是「最低標準」，立法者與其他政治部門人員，即便對於「憲法未保障」的族群，依然可以給「多於憲法」的權利。但這在台灣是不可期待的。在人權水準低落的台灣，憲法學者的論述以及大法官的憲法解釋，已經是人權的「最高標準」（雖然理論上，憲法應該是最低標準）。如果某種人，某類權利，居然被稱為「本質上不受保障」，那如何能期待政治部門給更多？

前面是理論層面的批判。而「人權—國民權—公民權」三分法在適用層面上，是否真的會造成惡劣、不正義的效果呢？以下即以大法官相關解釋與立法，來說明實務層面到底如何。

三、大法官釋憲實務—事實上的「外人無基本權」

前揭的三分法，是否已經為司法釋憲實務所採呢？

外觀上，大法官並沒有直接採用「外國人僅享有少數人權」的極端見解。在許多涉及典型外國人或是「大陸地區人民」的解釋，無論最後結果是否支持系爭措施的合憲性，至少都已經進行了「實體審查」。這似乎意味著，外國人也是基本權利的主體。

例如，釋字第四九七號解釋從實體上審查「大陸地區人民進入台灣地區許可辦法」與「大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法」。其處理的爭點的是：系爭法規是否違憲侵犯「大陸地區人民」的基本權利（入境台灣的遷徙自由？）。釋字第五六〇號解釋審查的對象，則是限制外國人眷屬在勞工保險條例施行區域以外發生死亡事故者，不得請領喪葬津貼之規定。涉及的則是「外國人」的「平等權」與「財產權」。

前揭「入境之遷徙自由」、「平等權」與「財產權」，在學說上都有學者認為屬於「國民權」。但若真採此說，則大法官根本應該以「無憲法保障之權利受侵害」為由作成「不受理決議」，而非實體審查後做成解釋。

Kevin R. Johnson 的 *The "Huddled Masses" Myth: Immigration and Civil Rights*，台灣社會研究季刊，第 61 期，頁 417 以下（2006）。

因此，從外觀來看，大法官似比學者更願意對外國人或大陸地區人民提供憲法保護。

然而，外國人是基本權主體，並不擔保實質上真正受到保障。如果仔細觀察大法官解釋的審查方法與結果，仍可看出三分法所依賴的「國權優於人權」、「內外有別」精神，依然是大法官處理「涉外案件」的基調。

在前述兩個解釋中，大法官均採取極寬鬆的審查基準來對待限制外國人權利的法規。⁴⁹ 以釋字第四九七號解釋來說，釋憲聲請人主張「平等權」、「比例原則」以及「法律保留-授權明確性」。系爭法規不但涉及了當事人的遷徙自由與家庭團聚權利，更涉及裁罰性處分（延遲一天出境，即廢止居留許可），從大法官以往的先例，應該要求更具體明確的法律授權（參照釋字第三一三、三九〇、三九四、四〇二號等涉及「裁罰性處分」之解釋），而不能單以「依法律整體解釋推知」。⁵⁰ 而本案與相關法規明顯之「情輕法重」，如何能通過比例原則的檢驗？然而，大法官對這些關鍵點與自己的先例，全然未置一詞，讓相關法規輕騎過關。

筆者曾撰文批評釋字第五六〇號，此處不予贅述。簡而言之，大法官宣告系爭立法合憲的理由就是：勞工保險給付乃是社會扶助，涉及資源分配與社福措施，所以當然可以不給外國人—無論系爭規定與類似情況相較，在分類標準上構成了多麼不合理的差別待遇！⁵¹

更嚴重的，是這種對外人人權的輕忽，已經回燒到「本國人」身上—至少延燒到那些「不夠本土」的「國民」或「公民」！釋字第五五八號解釋在沒有交代任何理由的情況下，就把「無戶籍國民」的「國民返鄉權」剝奪掉，形同承認「次等國民」。⁵² 而較近的釋字第六一八號解釋，更把已在台灣設戶籍，可以投

⁴⁹ 相似見解，參閱李建良，前揭註 26 文，頁 97-98。

⁵⁰ 參閱廖元豪，*走自己的路—大法官「法律保留本土化」之路*，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 21 以下（2004）。

⁵¹ 參閱廖元豪，*「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*，收於《法治與現代行政法學：法治斌教授教授紀念論文集》，頁 279 以下，頁 305-307（2004）。

⁵² 參閱廖元豪，同上註，頁 296-301；陳長文&林超駿，論人民返國入境權利之應然及

票選總統的「台灣地區人民」，當作「大陸地區人民」來看待——只因為她原籍大陸，而且來得不夠久。結果就是剝奪「正港台灣人」十年內擔任任何公職的權利！

在釋字第六一八解釋，大法官援引憲法增修條文第十一條，卻未查在文義上，增修條文第十一條乃處理「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」（底線為作者所加），但系爭的兩岸關係條例第二十一條，所規範的純屬「（已『歸化』的）台灣地區人民」。

大法官又概括地認定「原籍大陸地區人民」對台灣地區的「自由民主憲政體制」還需要花更多時間熟悉，才有資格擔任公務員。這種以「出生地」、「原籍」來概括評價個人的判斷，與種族歧視何異？本案的原始案主謝女士，嫁來台灣多年，取得身分證之後，奮力通過（本土出生的台灣人都未必考得上的）初等考試。因為系爭規定而被令離職後，致力以最符合「自由民主憲政體制」的方法——行政爭訟、聲請釋憲——來爭取權益。在多年努力做「最標準台灣人」之後，大法官告訴她：「妳不配。」

這個解釋似乎顯示出，釋憲者不自覺地接受了前揭三分法預設的排外主義——因為他們「曾經」是「外人」，又涉及「兩岸關係」，所以就沒有什麼「人權」好談了。連「歸化公民」都要永遠帶著「外人病毒」（至少十年），「外人公民權」云乎哉？「排外」憲法論回燒「本國人」，莫此為甚，豈能不懼？

四、小結：從本質論到功能論的分析途徑

從以上的分析可知，「外國人是否享有公民權」的爭議，不宜從帶有強大國族主權色彩的三分法貿然否定之。這種理論既無文義依據，在論理上有瑕疵，現實上不能契合大量外籍住民移居台灣的狀況，更可能從「歧視外人」延燒到「歧視國人」。趁早揚棄為宜。

如果不採取三分法（或是大法官實際上的「內外有別論」），那麼基本權利的「主體」原則上自然就應該及於所有受中華民國公權力所規範的「人民」。國

其與平等權、國籍等問題之關係——以釋字第五五八號解釋為中心，政大法學評論，第九十二期，頁 121 以下（2006）。

家法令措施如果因為主權、國家安全或其他理由限制外國人的各種基本權利，那麼就必須接受違憲審查的考驗。

至於審查基準，也不能只因涉及外國人，就理所當然地採最寬鬆的審查標準，而應如各種違憲審查基準的選擇般，採取高度脈絡化的綜合判斷。例如許宗力大法官在釋字第五七八號解釋之協同意見書曾指出，審查密度的選擇—

…應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準的選擇。

準此，本文以下即試圖從功能的、脈絡的分析角度，論證外國人是否以及在何種程度內，應享有憲法上的公民權，⁵³ 以行使政治參與權。

肆、外國人公民權之理論基礎

一、憲法未明文禁止

首先，如前所述，我國憲法關於各類基本權利之規定，幾乎均以「人民」為主體。即便是常被認為與主權行使最相關的選舉罷免創制複決，憲法第十七條也以「人民」為主體；遑論政治言論表現與服公職權等具有公民權性質的權利。

文義解釋或許不是唯一依據，但至少可能推導出憲法「並不禁止」外國人行使此類權利。

較有爭議的是憲法第一三〇條「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權」，是否等於限定了「選舉權主體」為「國民」？本文不以為然。理由如下：

首先，選舉權的主要規定是第十七條，其規定的主體是「人民」。從和諧性解釋的角度，應該把第一三〇條解釋為最低標準：中華民國國民年滿二十歲者，

⁵³ 其他權利（如：工作權、人身自由等）當然也非常值得探討。但「外國人公民權」的探討，在台灣是相較稍嫌薄弱。

當然有權投票選舉—立法機關沒有裁量權，也無須釋憲機關權衡利益。任何提高選舉權年齡，或是禁止國民投票的法律，都應被認定違憲。

但這並不表示「外國人」或「二十歲以下之人民」，就絕對禁止行使任何選舉權。「外國人選舉權」還是可能解釋為「憲法允許立法者賦予之」；立法者因此「得」擴張選舉人的範圍。甚至在某些憲法理由補充的情況下（如：符合本文以下所論述的另外幾點），還可能被解釋成「憲法要求立法者給予外國人選舉權」。這樣的解釋，並未影響「二十歲以上國民」的選舉權。

其次，此一規定乃涉及人民「權利」，而非國家「權力」，在憲法解釋上本宜從寬。憲法第四十五條之「中華民國國民年滿四十歲者，得被選為總統、副總統」，由於涉及國家機關主要成員之資格，理應解釋為「絕對規定」—而不能硬拗說立法者可以擴張資格，讓多一些人來參選總統云云。相較之下，憲法第一三〇條未必有「排斥更多選舉權人」的意圖。

二、準國民—與台灣關係密切的外國人

如果我們只關心「本國」與「外國」之分，可能會誤以為「國民」當然比「外國人」與台灣更相互依賴、緊密連結，因而值得受到「國家成員資格」的保障。「國籍」似乎是個絕對的聯繫標準。

然而，這個假設未必全然正確，甚至可說相當地不切實際。無論在歐美日韓或台灣，都有大批「外籍」的「住民」（resident, denizen）或「移居者」（migrant）。這些「住民」在住居國生活、工作、納稅，參與各類活動，甚至終身居住於該國。⁵⁴ 他們雖未正式歸化，然與居住國關係密切之程度，可能遠遠高過與他們法律上「母國」之關係。Aristide R. Zolberg 更倡議「住民權」（denizenship）之重要與普遍。⁵⁵ 「國籍」或「正式公民身分」在今日是否仍佔

⁵⁴ 即便是傳統上以族裔中心主義為基礎，拒絕正式接受「移民國家」定位的德國，事實上在大批客工世代居住的情況下，也已經是「事實上的移民國家」（de facto country of immigration）了。Neuman, *supra* note 27, at 271-72.

⁵⁵ Aristide R. Zolberg, *The Dawn of Cosmopolitan Denizenship*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 511 (2000).

有絕對重要的地位？⁵⁶ 美國聯邦最高法院甚至在 *Plyler v. Doe*⁵⁷案中，認定「非法移民」身分的學齡兒童與青少年，也可以依據平等權請求受免費公立學校教育！理由之一，就是因為這些住民雖然未經許可入境或逾期居留，但他們之中的多數，將會持續生活在美國，與其他公民或合法住民永久相處。既然他們必然長久居住在美國，並被當作廉價勞力來剝削；但「未受教育」的事實勢必使他們淪為永遠的被剝削下等階級！⁵⁸ 可見「長久居住」、「共同生活」，已經足以建立憲法上的重要聯繫。

我國移民與兩岸法制本就承認「居留」、「永久居留」以及「長期居留」制度。而事實上，由於許多法律與現實考量因素（例如，不願放棄自己的原國籍），近年數十萬的婚姻移民來到台灣，未必均能歸化為我國國民。⁵⁹ 但這些人其實與我們「本土出生者」朝夕相處，共生共存，並受到我國法令政策的規範，基本上更決定終身留在此地，與「正港台灣人」有何不同？

從法律上來說，婚姻移民的地位更加特殊。憲法與法律都保障「婚姻自由」、「婚姻制度」以及「夫妻共同生活」的權利。司法院大法官釋字第五五四號解釋明文指出：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」。⁶⁰ 事實上，司法院大法官早在 1989 年的釋字 242 號解釋，就承認夫妻「實際共同生活」的家庭生活與人倫關係，乃是憲法第二十二條保障的基本人權。「外籍配偶」或「大陸配偶」若無法來台或被驅逐出境，當然影響到雙方「共同生活之權利」，兩者根本不可區分。⁶¹ 依此，「外籍配偶」在「國籍法」上是「外人」；但在其他方面，根本應該被當作「本地人」來對待。

質言之，「外國人」與「本國人」其實不應該是絕對的二分法。許多「與台

⁵⁶ DAVID JACOBSON, *RIGHTS ACROSS BORDERS: IMMIGRATION AND THE DECLINE OF CITIZENSHIP* (1996).

⁵⁷ 457 U.S. 202 (1982).

⁵⁸ *Id.* at 218-19.

⁵⁹ 關於歸化的法律與事實障礙，可參照廖元豪，前揭註 1 文，頁 104-106。

⁶⁰ 依該號解釋見解，危害婚姻（一夫一妻）制度之行為（指「通姦」），國家甚至可以刑罰制裁之。

⁶¹ 因此，國民的外籍配偶若申請入境被否准，台籍配偶應可以自己名義提起行政爭訟。台北高等行政法院 94 訴 1892 號判決，即採此見解。

灣關係密切之外國人」也應該享有接近本國人的一切待遇。婚姻移民為最典型者，其他如已有永久或長期居留身分者，或事實上長期居留之人，甚或其他因勞力或智慧之付出而對台灣經濟社會有高度貢獻之外國人，都應該視情況而承認某種範圍的「成員資格」，以及其附隨的「政治參與權」！

或有人質疑，外國人不具有國民本質上所負有的「忠誠義務」，且他們可以隨時離開，因此關聯性仍與國民有本質上的距離，故至少在公民權上不可讓步。

62

這個論點的有效性依然值得懷疑。

第一，許多國民可以四海為家，隨時離開；但許多移居者卻因經濟或其他因素而更願意「鎖」在台灣。⁶³ 誰比較「忠誠」？與其說是「國籍因素」，不如說是「經濟社會因素」。

其次，移居者在台灣可能有家庭、有資產、有工作，這些與台灣的密切關聯，同樣會讓他們關切台灣的政治經濟社會文化環境。

第三，也是最根本的，在自由主義的憲政理念下，即使是國民，也只有「守法義務」而沒有一般性的「愛國義務」或「忠誠義務」。Peter H. Schuck 說得好：「公民唯一的本質義務是遵守法律（當然或許因此課與其他義務），而非愛國。」（the citizen's only essential duty is to observe the law (which may of course impose other duties), not to love the country.）任何人只要依法納稅、服兵役、遵守相關法令，國家就不能懷疑甚或侵犯之。憲法民主體制下，甚至不允許國家任意以法令強制要求人民表示忠誠與愛國！⁶⁴

如果「守法義務」才是政治社群成員的憲法義務，那誰說「在台外人」比較不守法？

⁶² 如德國部分學者曾經提出這類質疑。See Neuman, *supra* note 27, at 280-81.

⁶³ 即便是短期來台「打工」的所謂「外籍勞工」，也均因已經支付仲介大筆費用，若被提前解約或遣返，將遭受經濟上毀滅性之衝擊，因而「走不得」。而這種「不敢離開」的經濟條件，也就是他們在台灣受奴工制度剝削的原因。參閱王宏仁，*台灣—越南間的外勞仲介機制*，憲政時代，31卷2期，頁159以下（2005）。

⁶⁴ 美國有關「焚燒國旗罪」以及「強制向國旗敬禮之規定」之所以被宣告違憲，基本理由就是「不能強制表態忠誠」。相似見解，參閱李念祖，前揭註29文，頁85-86。

筆者在另一篇論文曾經指出，認識「新移民女性」對台灣的貢獻，是非常重要的。在社會經濟方面，她們不僅嫁給台灣人，填補農村與低技術勞力的男性在婚姻生活與傳宗接代需求上的空缺。同時也填補了台灣千瘡百孔的社會安全網—照顧老小。而在文化方面，從進步的角度觀之，東南亞新移民的移入，給台灣文化帶來新的元素，使「台灣民族」更加多元，也提升（而非降低）了整體台灣人的素質！⁶⁵ 而「外勞」一方面在類奴工體系的工作環境中以勞力貢獻台灣經濟，在許多工程中「為台灣粉身碎骨」；另一方面也在公共照護不足的台灣，擔任照護老弱殘障的工作，甚至讓台灣婦女能夠有更多機會「走出家庭」。⁶⁶ 誰說他們不配稱為「台灣人」？

三、民主理論 ABC—被統治者與納稅人之權利

延續前面所述之「密切關聯」。許多長居在台灣的「外籍住民」，其實與「國民」同樣受到法律的規範，也有納稅義務。民主原則最基本的要求就是「無代表則不納稅」（no taxation without representation），⁶⁷ 以及「政府應立於被統治者之同意」（government must rest on the consent of the governed）。⁶⁸ 既然如此，長期（永久）居住在台灣的「外國人」，既要繳稅，又要受相關法令的規範，賦予其參政權也是很自然的了。⁶⁹

試想，一位從越南嫁來台灣，居住在台北縣新店市，並且生養「新台灣之子」，還在職場工作的新移民女性。為了在越南投資的丈夫方便計，她必須保有

⁶⁵ 廖元豪，前揭註 1 文，頁 124-125。

⁶⁶ 參閱林津如，「外傭政策」與女人之戰：女性主義策略再思考，台灣社會研究季刊，39 期，頁 93 以下（2000）。

⁶⁷ 這其實就是美國獨立革命的重要源頭。See generally BERNARD BAILYN, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION 117, 209-21 (1967).

⁶⁸ 美國「獨立宣言」的第二段明揭此一原理。See THE DECLARATION OF INDEPENDENCE para. 2 (U.S. 1776) ("[T]o secure these rights, governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed.").

⁶⁹ 以美國為例，1997 年的一份研究指出：移民家庭與企業，每年繳納了一千六百二十億美金的稅金。而其更預估從 1998-2002，移民對美國社會安全系統的貢獻更高達五千億美金。引自 Elise Brozovich, *Prospect for Democratic Change—Non-Citizen Suffrage in America*, 23 HAMLINE J. PUB. L. & POL'Y 403, 438 (2002).

越南國籍，因此不申請歸化。當「道路交通管理處罰條例」加重了罰則，她和「國民」可能會收到更高的罰鍰。當「所得稅法」的免稅額調整，她與「國民」同樣會受到影響。當「全民健保調漲門診部分負擔」，她上診所就醫時就必須多付一些錢，與「國民」不分軒輊。當新店市設置了一個垃圾焚化爐，她與其他「有中華民國國籍的新店市民」都會亟於表達意見。

但她卻無法像國民一樣，直接透過選票或其他政治手段表達自己的心聲。由於她本身沒有選票，所以政客也不會太在意她的意見—除非她的意見與她的台籍配偶或其他「國民」團體一致。如果台北縣舉辦「新店市是否設置垃圾焚化爐並收取每年三千萬元回饋金」的地方性公投，她也無法參與。甚至，當行政院提出「入出國及移民法」的修正草案，使外籍人士更新居留證或取得永久居留之條件更加嚴苛的時候，她不但沒有投票權，連上街頭抗議都可能冒著被驅逐出境的風險！

不只是婚姻移民。外勞更無法對「外勞政策」發聲。甚至教會人士參與民主運動、參與救援與協助被迫害外勞，都被威脅（或實際執行）驅逐出境。理由是現行入出國及移民法第廿七條與第三十四條第五款「從事與申請停留、居留目的不符之工作或活動者」的規定，實務上被解釋成「外國人不得參與包括集會遊行之任何政治活動」！⁷⁰

上面舉的（假設與真實）例子，可以讓我們看到，在台外人的地位實際上是一種做為「單純被統治者」的「臣民」。「他們」與「我們」一樣吃台灣米喝台灣水，而且納稅，但卻只能依靠政府以及這個社會的「善意」存活！

四、結構性弱者之憲法保障

美國憲法理論中的「代表強化論」（representation-reinforcing theory）強調司法違憲審查，應針對「孤立而分散的少數」（discrete and insular minorities）強化保障—因為這些群體難以在多數統治的普通民主程序中受到保障。⁷¹ 而林子儀大

⁷⁰ 作者與「移民移住人權修法聯盟」的夥伴，以及許多新移民，在去年七月至行政院門口示威抗議。原本邀請一位美國白人友人在場聲援，但他到場後警方「善意」告知他最好不要參與，因為「可能」會被驅逐出境！

⁷¹ See ELY, *supra* note 34. 此一理論之中文介紹，參閱黃昭元，*憲法權利限制的司法審查*

法官在釋字第五八零號解釋的不同意見書，也闡釋了類似的觀點。其指出系爭的立法雖然限制了出租人之財產權，但—

並未涉及人民之政治性基本權利，且規範對象亦非針對政治上之絕對弱勢團體，故於該決策具備民主正當性的情況下，司法釋憲者對於政治部門所作的政策決定，應予以最大之尊重。（底線為作者所加）

依此，司法違憲審查的重心，在於對某些「不易藉由民主程序爭取權益」的群體強化保障，並對侵害其權利的立法提高審查基準。

筆者在另一篇論文也論證：人權不是中立的，而是為了保障弱者、被壓迫者、邊緣者、異議者而設的制度。無論從法律的認識論（客觀中立的虛妄與偶然性）或我國憲法的結構（對特定弱勢利益與團體強化保障）來看，憲法（以及整套法律制度）都應該朝向「解構權力壓制結構」、「解放、培力結構弱勢群體」為基本方向。忽視現實權力階層的法律理論，只會助紂為虐，強化既有的壓迫結構。⁷²

那麼，外國人是所謂的「結構性弱勢」或「政治上之絕對弱勢團體」嗎？本文認為，至少對於那些長住國內的移民或移工，答案是肯定的。

倡議「代表強化論」的知名學者 John Hart Ely 也認為這個問題非常簡單，外人當然是應受特別保障的弱勢族群。理由是：一方面，目前外國人在各州均不能投票，因此只有「虛擬」的代表；另一方面，美國傳統上也一直有著對外國人的敵意。立法機關往往是敵視外人的公民所組成，即便今日移民大幅增加，偏見的情況也未必改善。⁷³ 而美國雖然號稱「大熔爐」或「沙拉盅」，但歷來的本土種族主義從未全盤消逝。⁷⁴ 外國人—無論是合法或非法居留—的結構弱勢是很明顯

標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，第 33 卷第 3 期，頁 45 以下，頁 99-108（2004）；湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收於湯德宗，『權力分立新論（卷二）違憲審查與動態平衡』，頁 1 以下，頁 14-17（2005）。

⁷² 參閱廖元豪，誰的法律？誰的人權？—建構「弱勢人權」芻議，律師雜誌，320 期，頁 10 以下（2006）。

⁷³ Ely, *supra* note 34, at 161-62.

⁷⁴ See e.g. IMMIGRANTS OUT!—THE NEW NATIVISM AND THE ANTI-IMMIGRANT IMPULSE IN

的。

美國聯邦最高法院曾經在一個涉及福利給付的案件 *Graham v. Richardson*⁷⁵ 的判決意見書表示，基於「外籍身分」（alienage）所為之差別待遇，屬於「可疑分類」（suspect classification）而必須受到嚴格審查。因為外國人這個群體，乃是標準的「孤立而分散的少數」。⁷⁶ 而 *Graham* 的結果，係將 Arizona 州的身心障礙補助措施（assistance to personas permanently and totally disabled）宣告違憲—因為它僅給付美國公民或在美國居住十五年以上的住民。州政府雖然搬出諸如「為本州節省資源」、「福利措施當然優先給國民與州民」之類（在台灣也經常聽到的）抗辯，但這些理由都無法通過「嚴格審查基準」。

在這個「嚴格審查」的標準下，最高法院作成一連串的判決，將各州限制外國人擔任公職、⁷⁷ 領取補助，⁷⁸ 以及工作機會⁷⁹ 的法令宣告違憲。並沒有簡單地以「外國人當然可以被差別待遇」、「資源留給國民」、「公職涉及主權」為由，拒絕提供保障。

美國最高法院並非不考慮「主權」或「政治職位」的特殊性。在涉及州法層次的案件，它採取嚴格審查，但也對於某些具有「政府功能」（governmental function）的公職，⁸⁰ 表示可以保留給公民。而對於聯邦法所做的「外籍」差別待遇，基於憲法賦予聯邦政府規範入出境與歸化的權限，只要有國會明文的授權依據，法院一向非常尊重。因此，美國憲法案例中，有關「外人法」（alienage law）的處理方式相當複雜。但這正顯示最高法院致力於細緻，且高度脈絡化的方式調和「國家主權」以及「外人人權」；而非概括地將某些權利定位成「國民

THE UNITED STATES (Juan F. Perea ed., 1997); JOHNSON, *supra* note 48.

⁷⁵ 403 U.S. 365 (1971).

⁷⁶ *Id.* at 372.

⁷⁷ *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973). (New York 州法限制州的常任文官必須有美國公民資格，被判定違憲)

⁷⁸ *Nyquist v. Mauclet*, 432 U.S. 1 (1977). (州政府補助的獎學金拒絕給予外國人，被判定違憲)

⁷⁹ *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973). (New York 州法禁止外籍住民執行律師業務，被宣告違憲)

⁸⁰ 如「州警」（state troopers）（*Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978)）與中小學教師（*Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979)）。

權」而全然排斥外籍人士適用餘地。

總之，外籍住民屬於結構性弱勢群體，在政治與社會上都易遭侵害的，因此藉由賦予其一定的政治權利以自保，是有充分正當性的。

五、與國民主權並不當然衝突

「外人公民權」最敏感的問題，也就是其是否抵觸「國民主權」的爭議了。傳統的民主理論，其實是基於一定封閉領域（領土、人口）之主權國家所建構出來的神話。如今賦予外人公民權，是不是已經否定了民主的區域性與封閉性？民主是否可能跳脫國族國家的框架？

從全球化民主來分析這個問題的論述確實相當豐富。許多論者認為，即使國族國家仍然存在，甚至仍是最重要的政治組織，但「民主」卻不一定要完全盯住「國家」。「民主正當性」可能來自許多鏈節，重要的「政治決策」也未必出於「國家」。⁸¹

本文以為，即便站在傳統國民主權之角度，也未必不能導出某種程度的「外人公民權」。一個途徑是擴張「國民」的概念，把「事實上政治社群成員」也納入憲法第二條的「國民全體」。⁸² 另一個方法，則是限縮「主權」的概念，讓「政治參與權」不當然與主權連結。換言之，無須把所有的「政治性權利」通統說成是「行使國民主權」。這樣，「外人公民權」就不等於「外人行使中華民國主權」。

實際上，生活中本來就無事不涉及「政治」。女性主義者倡議「個人的即政治的」（*The Personal is Political*），批判種族論者更主張「每件事都是政治的」（*Everything is Political*）。⁸³ 如果硬要把一切可能涉及公共價值決定或公權力的

⁸¹ See generally Symposium: *Globalization and Governance—The Prospects for Democracy*, 10 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 1 (2003). 另參照張亞中，*移民與基本權利：移民「政治參與權」的提出*，*政治科學論叢*，20期，頁67以下，頁75-80（2004）。

⁸² 這是筆者在之前另一篇論文所嘗試的途徑。見廖元豪，前揭註51文，頁288-296（提出「實質國民」之概念）。

⁸³ See Mari J. Matsuda, *When the First Quail Calls—Multiple Consciousness as Jurisprudential Method*, 14 WOMEN'S RTS. L. REP. 297, 298 (1992).

行動，都定位為「政治」或「主權」，那其實外國人連人身自由或訴訟權等通說以為是「人權」的事項，也無法主張了。

但「主權」，尤其是「國家主權」的範圍則可限縮。一旦我們將由國民獨占的「主權行使」事項限縮在「直接決定」憲法修正、國家領土、重大國家政策、重要政治官員等，那就可以讓一定範圍內（如：在台灣地區居住一定年限，或為我國國民之配偶或一等親，或曾遭我國公權力或國民的嚴重侵害而取得居留權...）的外國人享有某種政治參與權利。

在這種邏輯下，其實「外國人公民權」是個彈性，且可經過利益權衡而設計出來特定範圍的概念。「哪些外國人」得享有「何種類型」的公民權，都可以在權衡「受保障必要性」以及「主權保留必要性」之後導出。

至於到底「外人公民權」的範圍何在？固然這是一個脈絡取向的、綜合判斷的權衡過程。但經過上述的分析，本文以為「外國人與本國人擁有一切完整的憲法權利」應該是原則；⁸⁴而欲限制外國人權利（包括公民權）者，應負起舉證責任說明這樣的限制是與「國家主權行使」有絕對必要之關聯。

根據這樣的立場，作者試著提出以下最基本的「外國人公民權」之範圍。

伍、外國人應有之公民權範圍

一、政治性表現自由

廣義的政治性表現自由，包括憲法第十一條的言論講學著作出版，也涵蓋憲法第十四條的集會與結社自由。

表現自由雖然可能影響政治決策，但距離「行使」政府權力，還相當遙遠。因此，以「外國人表達意見」可能「干涉主權行使」作為規範理由，恐怕不符合言論自由所強調的「明顯而立即之危險」原則。⁸⁵

⁸⁴ 類似見解，見 David Cole, *Are Foreign Nationals Entitled to the Same Constitutional Rights as Citizens?*, 25 T. JEFFERSON L. REV. 367 (2003).

⁸⁵ 林子儀，*言論自由與內亂罪*，收於林子儀，『言論自由與新聞自由』，頁 197 以下

且言論自由的主流理論原本就禁止國家對言論、觀念之內容進行篩選。⁸⁶ 而排斥外國人表達意見，雖然看來是規範「言論主體」，但背後所恐懼的其實還不是發言者的「傳播效果」（communicative impact）？這種「基於內容之限制」（content-based restriction），應受最嚴格的違憲審查。

準此，外國人的表現自由，應該與本國人無分軒輊。除了外國人組成「政黨」或許可以有差別外，其餘均應與本國人無異。即便集會、結社，也絕對不限於「國民之權利」。而外國人參與集會遊行或其他「政治表現」活動（如：助選），更不能被當作「與許可目的不符」而成為驅逐出境的藉口。

二、地方性投票權

投票權可說是「公民權」的核心，亦是最可能碰觸到「主權」敏感神經的事項。而本文以為，至少在地方性的選舉罷免創制複決，是應該擴及永久居留、長期居留，或已經居住一定期間之外國人的。至於中央層級的選舉或公投，則立法者享有較大之裁量權。

外國人之地方投票權（甚至被選舉權），其實在歐洲許多國家（如丹麥、荷蘭、挪威、瑞典、冰島、芬蘭等國）早已實施多年，且未必透過修憲程序為之。⁸⁷ 而歐盟相關條約更創設「歐洲公民」之概念，明文要求各國賦予成員國國民此類權利。⁸⁸ 成員國如德、法亦因而修改憲法賦予「成員國之國民」地方層級的選

（1999）。釋字第四四五號解釋亦提及「明顯而立即危險」原則，並基於該原則宣告兩款集會遊行法規定違憲失效。

⁸⁶ 參閱林子儀，*言論自由的限制與雙軌理論*，收於林子儀，同上註書，頁 133 以下。另參照釋字第四四五號解釋（與集會目的、內容無關之時間地點方式之限制，可以受較寬鬆之審查）。

⁸⁷ See Jamin B. Raskin, *Legal Aliens, Local Citizens—The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage*, 141 U. PA. L. REV. 1391, 1459 (1993).

⁸⁸ Article 19 of the EC Treaty. See Robin C.A. White, *Citizenship of the Union, Governance, and Equality*, 29 FORDHAM INT'L L.J. 790 (2006); Helen Elizabeth Hartnell, *Belonging—Citizenship and Migration in the European Union and in Germany*, 24 BERKELEY J. INT'L L. 330 (2006); Annette Schrauwen, *Sink or Swim Together?—Developments In European Citizenship*, 23 FORDHAM INT'L L.J. 778 (2000). 另可參照盧倩儀，*從歐盟與會員國公民概念之比較評估歐洲公民之實質化，問題與研究*，42 卷 5 期，頁 55 以下（2003）。

舉與被選舉權。

但在我國憲法下，若在憲法未有明文規定之情況下，立法賦予外國人投票權，是否牴觸憲法第二條的「國民主權」原則？

德國聯邦憲法法院曾判定相關「外人地方投票權」之邦法違憲。在 1990 年的第一個判決，是依據基本法第二十八條第一項第二句⁸⁹宣告 Schleswig-Holstein 邦法違憲；而第二案則援引基本法第二十條第二項的國民主權原則⁹⁰與第二十八條第一項⁹¹宣告 Hamburg 議會通過的法律違憲。⁹² 兩個案件都是全體法官一致判決，且真正的論證核心在於基本法第二十條所謂的「（全體）人民」（Volk, people）。

依據聯邦憲法法院之見解，德國乃是民主國家，而民主國家的權力必須來自「人民全體」。「民主國」的國家權力的正當性並非來自受國家影響之人，而是來自全體人民之集合體。而這個集合體的成員，依基本法第一一六條第一項，是所謂的「德國國民」。亦即，國家權力只能由「全體德國國民」所授權。而地方自治團體也是國家權力的一部份，根據和諧原則，它們的正當性也必須來自德國國民。

依此，地方選舉也僅能由該區域內的國民投票，如此方能合乎基本法所設立的民主原則。外國人有權投票的選舉，無法導出民主正當性。

依 Gerald Neuman 的觀察與評論，德國憲法法院係將「國民主權」等同於「僅能由公民統治」。這是一個高度抽象的論理方式，但仍然基於德國基本法的特定條文。這樣或可避免「外人投票牴觸民主基本原則」，進而留下「修憲賦予

⁸⁹ 英譯為：“In each of the states, counties and communes, the people must be represented by a body chosen in general, direct, free, equal, and secret elections.”（摘自 Neuman, *supra* note 27, at 283.）

⁹⁰ 英譯為：“All state authority emanates from the people.”（摘自 Neuman, *supra* note 27, at 284.）

⁹¹ 英譯為：“The constitutional order in the states must conform to the principles of republican democratic and social government based on the rule of law, within the meaning of this Basic Law.”（摘自 Neuman, *supra* note 27, at 284.）

⁹² 此二判決之相關內容與背景，均摘自 Neuman, *supra* note 27, at 283-88.

外國人投票權」之可能。⁹³事實上，德國基本法已於 1992 年經由修憲程序，於第二十八條第二項第三句明定歐洲共同體成員國之國民，得依歐體法於德國境內行使地方層級的投票權與被選舉權。

Neuman 也指出，德國有關外國人投票權的辯論，明顯展現出德國憲法文化的兩個特殊之處：對「德國認同」（German identity）與「地域性的民主觀」（locally operative version of democracy）。尤其特別的是基本法第一一六條所定義的「德國人」，其實包括了「德國公民」（有德國國籍者）以及二次大戰前移居至他國（並已取得外國國籍）的「有德國人地位者」（status-Germans）後者其實並無德國國籍，但仍是基本法所承認的「德國人」。可見基本法與憲法法院依然承繼了德國特有的「國家人格」：自十九世紀以來的語言及文化國族主義。也正是站在這個基礎上，憲法法院強調「國家界定」是基於「德國人」地位，而非「居住事實」。⁹⁴也只有從這個角度，才能夠理解德國為何將「國民主權」、「民主」會解釋成「禁止德國人民將政治權力與住民同儕分享」（forbids the German people to share political power with their fellow residents）。⁹⁵

對於「外國人投票權」的問題，美國的發展則有完全不同的面貌。⁹⁶從建國時起，外國人投票權就一直存在於美國各州。在一次世界大戰的排外國族主義（xenophobic nationalism）崛起之前，外國人—尤其是來自歐洲的白人男性有產者—在二十二個州擁有投票權，且並未遭到嚴重的懷疑。

在建國前的殖民時代，各「國」（state，也就是後來的「州」）就一直界定自己的「公民」。直至建國後，在聯邦制度下，各州對於如何界定自己的「選民」、「公民」依然有極大的空間。即便聯邦層級的選舉，也是由州法決定絕大多數的程序與選舉人資格。在當時的政治認同文化中，其實「國籍」遠不如「基督教白人有產者」的身分來得重要。有人甚至擔心，如果拒絕外國人投票權，那

⁹³ Neuman, *id.* at 287-88.

⁹⁴ *Id.* at 291.

⁹⁵ *Id.* at 291.

⁹⁶ 以下有關美國十八至二十世紀初外人投票權的發展，係整理自 Raskin, *supra* note 87, at 1397-417; Gerald M. Rosberg, *Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote?*, 75 MICH. L. REV. 1092, 1093-100 (1977); Neuman, *supra* note 27, at 291-300; Brozovich, *supra* note 69, at 406-11.

可能會導致「美國國籍」的重要性提高，從而使許多當時無投票權的人—女性，以及沒有財產的男性—有著爭取投票權的可能。⁹⁷

1789年，美國國會制定法律以規範新的屬地（territory），明文授權有產的外國人，在當地居住兩年以上，即有投票選舉屬地之立法代表的權利；而更富裕的外國人，在當地住滿三年，即可擔任立法代表。可知國會是有意地將投票權擴張及於外國人。而這項政策更形同為當時各州的政治文化背書，使得愈來愈多的法律承認外國人在州、聯邦，以及屬地選舉中擁有投票權。至於州以下的各地方層級選舉，則更加普遍。

另一個新的趨勢，則是在1848年Wisconsin州加入美國後，該州州憲所設計的一個修正式外人投票權：必須是正式宣示日後有意申請歸化為美國公民的外國人，才享有投票權。這個措施雖然比早期各地採取的無條件外人投票權要窄，但卻成功地消弭了國族主義的反彈。依此，「外國人投票權」成了「前公民投票權」（pre-citizen voting）。各州紛紛仿效Wisconsin的作法。

此外，從南北戰爭時起，外國人在特定條件下，也可能成為徵兵的對象。Wisconsin州就曾向「已宣示將要申請歸化」且「曾投票」的外國人徵兵。此一措施也為法院所支持。國會於1863年通過的徵兵法更明文規定已「宣誓」有意成為公民之二十歲至四十五歲男子，均屬徵兵對象。且曾經行使投票權之外國人，不得撤回。

南北戰爭後，外人投票權又重新崛起。約有半數的州與屬地（尤其是在南方與西部各州）均採取「宣示歸化意願則可投票」之制度。其接受外國人投票，目的之一是「吸引移民」。其次則是在南北戰爭中看到外國人的犧牲—能為國作戰，自然有權投票。而南方在廢止奴隸制度後，需要便宜的移民勞動力，則是外人投票制度的第三個理由。

二十世紀開始的「反移民」風潮，加上第一次世界大戰，是外人投票權的重要轉捩點。在恐外排外的心態下，各州紛紛廢止原本的外國人投票權。1928年的選舉（包括聯邦、州，與地方層級），成為百年來唯一全無外國人參與投票的選舉。

⁹⁷ Raskin, *id.* at 1401.

今日，美國某些地區仍有「外國人地方投票權」。如 New York City 自 1968 年起，就賦予外籍身分的學生家長參與社區學校理事會之選舉權與被選舉權。⁹⁸ City of Chicago 也有類似的措施。⁹⁹ 而 Maryland 州的 City of Takoma Park 在 1991 年通過公投賦予外國人投票權。隨後市議會修正該市的憲章（Municipal Charter），在第六零一條有關投票人的資格部分，明文規定只要是該市的居民並在選舉前居住在該市超過三十天，並依法登記，就可以在任何的市級選舉中投票。¹⁰⁰

然而與德國不同的是：美國憲法與法院判決，從未一般性地否定「外國人投票權」的合憲性。早期某些州法院判決還讚揚、肯定此類措施的正當性。¹⁰¹ 聯邦最高法院雖未正式處理過「外國人投票權是否合憲」的問題，但至少曾在傍論中多次肯定之。¹⁰² 如：在 *Minor v. Happersett* 案，最高法院表示「公民身分並不一定是投票權的前提條件」（“citizenship has not in all cases been made a condition precedent to the enjoyment of the right of suffrage.”）。¹⁰³ 於 *Pope v. Williams* 案，則指出：「州可以准許生於外國且未歸化的人投票」（“The State might provide that persons of foreign birth could vote without being naturalized”）。¹⁰⁴ 而在 1973 年的 *Sugarman v. Dougall* 案，於探究是否可限制投票權的時候，曾云「公民身分是一種可允許的限制標準」（“citizenship is a permissible criterion”）。¹⁰⁵ 反面推論似是：公民身分並非限制投票的強制或絕對標準，州政府仍「可以」給予外國人投票權。

⁹⁸ N.Y. EDUC. LAW § 2590-c(4).

⁹⁹ Ill. ANN. STAT. ch. 122, para. 34-2.1(d)(ii).

¹⁰⁰ 該市之憲章可於以下網站瀏覽查詢：

http://www.takomaparkmd.gov/code/Takoma_Park_Municipal_Code/Title_99/06/010.html .

¹⁰¹ 如 Illinois 州最高法院曾在 *Spragins v. Houghton*, 3 Ill. (2 Scam.) 377 (1840), 表示：對那些居住在地並表示願意成為公民的人給予投票權，是統治者與被統治者之間的正當互惠原則。 *Id.* at 408.

¹⁰² *E.g.* *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162, 177 (1874)（「公民身分並不一定是投票權的前提條件」（“citizenship has not in all cases been made a condition precedent to the enjoyment of the right of suffrage.”））； *Pope v. Williams*, 193 U.S. 621 (1904)（「州」）

¹⁰³ 88 U.S. (21 Wall.) 162, 177 (1874).

¹⁰⁴ 193 U.S. 621 (1904).

¹⁰⁵ 413 U.S. 634, 649 (1973).

最高法院「允許」外國人投票權，但似尚未推演成「要求」外人投票權。在 *Sugarman v. Dougall*¹⁰⁶案，雖然將 New York 州限制公民方得擔任常任公務員的規定宣告違憲，但同時也附帶指出：「本院從未判定外國人依據平等保護條款，有憲法上的權利去投票或擔任高級公務員」。而在 *Kramer v. Union Free School District*¹⁰⁷案，則曾提及州有權對投票權課以「合理的公民身分、年齡，與居住要件」。

質言之，美國司法實務的態度似是認為外國人投票權乃是一「憲法上容許」之制度。而部分學者則進而從憲法平等權的角度，主張「外國人投票權」應為「憲法所要求」之制度。¹⁰⁸

德國從憲法的國民主權原則否定了「外國人投票權」之可能性；同樣是民主國家，信奉主權在民的美國，卻有不同的結論。可見「外國人投票權」是否合憲，未必能逕從「民主」或「國民主權」導出。仍要考量各個國家的法律、政治與歷史背景。

美國與德國相較，除了其授予州之主權遠大於德國外，對「民主」的理解其實亦頗有差異。美國憲法並未預設單一、封閉的「政治社群」。其雖然也經常強調「人民」或「美國人民」，但「美國人民」是個相當分散而流動的政治概念。¹⁰⁹ 自由主義與社群主義的民主概念，始終在美國憲政傳統中拉鋸；¹¹⁰ 對社群邊緣者的「涵納」（inclusion）與「排拒」，也始終展現在憲法理論與實務上。

回到台灣本土的脈絡。從文義來看，我國憲法並未明文排斥外國人參與地方投票。憲法對於縣自治、直轄市自治，都採取高度的寬鬆規範。而對縣以下的選舉，以及創制複決，更是全盤讓立法者決定。

再者，無論從台灣作為移民社會的歷史，或是憲法理論，中華民國憲法並未德國一般，預設一個族裔中心主義（ethnocentrism）的國族。

至於憲法第二條的「國民主權」，是否構成外國人地方投票權的障礙？本文

¹⁰⁶ 413 U.S. 634 (1973).

¹⁰⁷ 395 U.S. 621 (1969).

¹⁰⁸ See Rosberg, *supra* note 97; Brozovich, *supra* note 69.

¹⁰⁹ See Neuman, *supra* note 27, at 320-21.

¹¹⁰ *Id.* at 323-24.

認為，地方事務以及地方首長、官員的決定，並不當然要解釋成「行使主權」。如前所述，如果任何「公共事務決策」都要定位為「主權」而排斥外國人參與，那外國人其實根本不能在台灣主張任何權利！試想，選舉里長算是國家主權嗎？就街道招牌是否要統一形式舉行公投¹¹¹，算是國家主權嗎？把應該處理生活事務的「地方自治」或「住民自治」當作國家主權事務，是不是稍嫌無限上綱？這種論述，似乎與台灣近年來扭曲的政治風氣，將任何事項都要扯到藍綠統獨對決，是不是相當類似？

既然地方事務的「國家主權」色彩淡薄，又沒有明確將所有的投票權都限於「國民」的憲法文義，憲法理論中更沒有排拒移民與外人的族裔中心傳統，在地方層級賦予「外國人投票權」，至少應該是「憲法所容許」的。

如果再看看現實脈絡：數十萬新移民女性生活在台灣，至今未能受到應有的平等尊重。而法令措施與社會文化，都尚未對「永久居留」的「移居者」展現善意。藉由「賦予部分投票權」來培力這群「結構性弱者」，恐怕已經超越「憲法上允許」而進階到「憲法上必要」的層次了。

或謂：我國的「歸化」並不困難（至少對「外籍配偶」而言），有心參政者只要申請歸化就可以了。

但，莫說現行法的「歸化」其實門檻不低，¹¹²對居於經濟社會文化弱勢的新移民更未必容易。我國國籍法強制要求歸化者放棄原國籍，必然使許多新移民處於天人交戰，也有可能最後選擇當「永久住民」。對於這些永久住民而言，沒有任何投票權，就等於要他們任人宰割。雖然多年繳稅又守法，卻仍然只是「被統治者」而沒有任何影響決策之機會。從民主理論來看，情豈可平？

三、服公職權

雖然憲法第十八條並未如德國般，限制服公職權之主體為本國國民，然依我國現行法，不僅外國人原則上不得任公職；甚至國民兼有雙重國籍者，依據國籍

¹¹¹ 雖然我國政治論述經常把「公投」給神聖化、主權化，但其實地方的或政策方向的公投，最不像是行使「國家主權」而類似「市民思辯」。不開放給外國人，更不合理。

¹¹² 「外勞」在現行法下，是根本沒有機會申請歸化的。

法第二十條之規定，原則上亦同。尤有甚者，外國人或大陸地區人民歸化成標準「公民」之後，仍有十年的「觀察期間」。其中尤以原籍大陸地區的公民受限最嚴重，不能擔任任何公職。

從大法官釋字第六一八號解釋觀之，公務員—

與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策。

這些說得都沒有錯。但為何「永久住民」就一定不可能達到這些標準？我國「國民」多半是出生就取得中華民國國籍。但包括筆者在內，都不曾在取得國籍時「宣誓效忠」中華民國。為何對「外國人」有這種本質上的「不忠誠」疑懼？他們有什麼特質，讓人懷疑更加不忠誠？¹¹³

相較起天生就是「國民」的人，移居者從申請入境、停留，居留，都要被層層審核，還加上指紋面談等監控。照理來說（如果這些控制篩選機制有任何意義），「他們」的平均安全性應該還高於「我們」台灣人才是！¹¹⁴

何況，要擔任公職，還有另外的關卡。包括考試、身家調查、實習，以及更多的人事法規管控。如此還需要概括地否定所有外國人的服公職權嗎？

另外，釋字第六一八號解釋雖是針對「已設戶籍但未滿十年」的「國民」，但相似論理或許亦可拿來套用¹¹⁵—外國人（包括大陸地區人民）可能對「自由民主憲政體制」未臻熟稔，必須多等些時間，待成熟民主的台灣將他們「教育」得差不多了，才能擔任公職。

然而，一方面不是每個公職都跟「自由民主憲政體制」的認識有密切關係。約聘僱處理事務的人員，以及較為技術性工作的人員，都未必要有多麼深刻的訓練。另一方面，在決定是否讓個別外國人擔任特定公職，有太多比國籍更精確的

¹¹³類似的觀點，參閱 Cole, *supra* note 84, at 384.

¹¹⁴類似的觀點，參閱 Rosberg, *supra* note 97, at 1125-26.

¹¹⁵舉重以明輕，如果「已入籍且通過公務員考試」的「國民」都還不了解自由民主憲政體制，那麼尚屬「外國人」身分的人，當然更差了，不是嗎？

篩選方式可以判斷她（他）是否夠格—無論在精神、知識、素質、人格等方面。

或謂：「服公職」是這麼重要的權利嗎？政府分配（自己的）公共職位資源，難道沒有裁量嗎？

其實一切都要回到最基本的前提：這是對外國人為差別待遇，是一種可疑分類，應受較嚴格之審查。問題在這類措施的「差別待遇」！

以某人的「外籍身分」為由，拒絕其擔任公職。無論是前述的何種理由，都是理所當然認定「外國人」具有某些負面特質。這當然是一種類似種族歧視、出生地歧視的「惡劣差別待遇」（*invidious discrimination*），原則上不能存在。僅在維繫主權與國家安全絕對必要的範圍內，可採用之。

而一旦採取嚴格審查，立法者就不能以「個案審查耗日費時」作為差別待遇的理由。而必須挑出與國家主權行使有較密切關係的職位，保留給國民；此外其他公職，則應同時開放給居留一定期間，或有某種擔保（如：與國民有婚姻關係）的外國移居者。

在憲法層次，美國最高法院的分類架構或許可供考慮：¹¹⁶對於具有「政府功能」或「政治功能」之公職，容許政府有較大的裁量空間，故採取合理審查基準決定對外國人設限是否合理。但對其他技術性職位，則拒斥外國人擔任公職的規定應採嚴格審查。

陸、結論

在本文撰寫期間，大法官作成了釋字第六一八號解釋，認定「原籍大陸」但現在已在台灣地區設戶籍的「台灣地區人民」，仍不能享有任何擔任公職的權利。坦白說，此號解釋是對作者的一大打擊：一方面，作者曾參與本件釋憲聲請案，「慫恿」並鼓勵「案主」謝女士說服行政法院法官聲請釋憲，更邀請陳君漢與梁光宗兩位律師友人協助撰寫訴狀；另一方面，正在撰寫論文之際看到這個解釋，頓時失去動力—連「國民」（正港「公民」）都沒有「公民權」了，還談什麼「外國人公民權」？這也是大法官繼釋字第五五八號解釋（無戶籍國民不享有

¹¹⁶ 見肆、四。

「隨時返國無須許可」的基本國民權利)後，另一個公開承認「次等國民」的解釋。除了作者以外，這兩號解釋的原始案主黃文雄先生與謝女士，也都曾經自信滿滿一定可以打贏—哪有「沒有公民權的公民」的？孰知大法官告訴他們「你們還不是完整的公民」！

但時代總是往前走，人權奮鬥者更沒有頹喪的資格。隨著全球化的趨勢以及新移民的第二代逐漸成長，台灣終究要被轉化成一個多元、開放、包容的國家。承認「外國人」也可以是「我們台灣人」的一份子，給予他們最起碼的政治參與權，是建構健康「台灣國族精神」的重要關鍵。

建構以平等公民權 (Equal Citizenship) 為基礎的人權保障途徑

—對傳統基本權理論之反省*

廖元豪**

人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外。

—司法院大法官釋字第五五八號解釋

壹、前言

做為一個憲法學者與人權運動者，面對近年台灣發生的種種社會與法律現象，總是充滿著無力與羞恥感。雖然憲法教科書總不厭其煩地告訴我們，基本人權之目的是要保障社會中的少數、弱勢、邊陲、異類，免於主流的侵害。但在現實世界中，我們看到的是：

- 愛滋患者與 HIV 感染者的「關愛之家」，在法律明文規定「禁止歧視患者」的規定下，依然被法院判決遷離社區。
- 漢生病患（舊稱麻瘋病）在被國家非法隔離與社會歧視了數十年後，多數依然要面對強制拆遷的命運；甚至還要承擔「賠得起嗎」與「耽誤捷運通車」的指控。

* 本文為專為研討會發表而撰之初稿，未經同意請勿引用。

** 國立政治大學法律學系助理教授，美國印第安那大學布魯明頓校區法學院法學博士（S.J.D., 2003）。

- 外籍幫傭與看護在台灣受到類似奴工之待遇，含辛茹苦照顧老弱台灣病人，卻還有政務委員公然譴責他們「破壞政府長期照護體系之建立」。
- 從中國大陸來台結婚生子多年，取得身分證又考上公務人員考試的優秀女子，仍被法律與大法官認定不懂「民主自由憲政體制」而不准其擔任基層公務員。
- 特殊性偏好（人獸交、暴力、虐待）的少數群體，依然連「私下觀賞出版刊物」之自由也沒有。

以上只是許多例子中的一小部分。它們的共同點，就是「弱勢少數之利益，遭主流多數忽視或鎮壓」。而在這些案例中，我們很難看出「基本人權」或「基本權利」的概念發生了什麼作用？現實上面，當「弱勢」與「主流」的利益發生衝突，後者總是輕易地獲勝。因此，在「關愛之家」案中，「社區居民無端的恐懼」可以壓過「愛滋患者之安居」；「新莊市民急於在特定時間通過特定捷運路線之利益」也輕易蓋過「被迫害多年且搬遷可能有害健康之漢生病患的需求」；「社會多數的性道德觀」更可以刑罰制裁「少數性偏好」...

為什麼「培力少數以對抗多數」的人權，在現實中是這樣的蒼白無力？儘管法學上的論述舌燦蓮花，頭頭是道，我們鮮少（如果有的話）看到社會、行政部門、法官，乃至憲法維護者的大法官，勇敢地「讓少數對抗多數」或「使邊緣挑戰主流」，為什麼？

筆者不禁懷疑：難道，「個人免於社會干預」根本是個不切實際、虛幻的理想？人權不是神諭，而是一個紮根於「社會」的法律制度；而一個社會所創設的制度，又怎能完全忽視「社會」的需求與價值？傳統基本人權或基本權利的論述誠然偉大崇高，但它隱然建築在「孤立於社群外之個人」的圖像上，重視個人而貶抑社群。社會集體的需求、利益、價值，在傳統基本人權的論述中，是人權的對立面。「公益」、「共善」、「公共價值」是用來限制、侵害基本權利的價值；它們與「人權」幾乎沒有交集！

此外，傳統基本權利論述中的「個人」，不但與社會對立，而且這種「個人」是一種「去社會化」、「去脈絡化」的原子式個人主義。德國憲法理論所謂的「先於國家存在」，正把這個絕對性質的概念發揮得淋漓盡致。

然而，理論、修辭必須在有現實基礎的前提下才能有力地存活並發揮作用。基本權利理論一味地貶抑社群與集體利益，但活在現實中的政府官員、法官、大法官，以及社會成員，又怎能如此不切實際？如果基本權利理論持續站在空中樓閣，不納入「社群」的價值與需求，那活生生的大法官與政府官員，就只好將之束之高閣，陽奉陰違了。這是否也是基本權利始終無法真正有效保障少數、弱勢的原因之一呢？

尤其在台灣這樣一個欠缺健全個人主義思想，亦無自然法傳統的社會；加上近年來蓬勃興起的台灣主體意識，現實上是否能夠接受一種貶抑多數、群體的易卜生式「全民公敵」人權論述？觀諸司法實務，基本人權對抗國家安全、國家主權意識，可有成功之例？難道方興未艾的國族意識不是潛在原因之一？

有鑑於此，我認為憲法學界有必要試圖發展一套更顧及社群主義，也更能融合社會脈絡，減少個人與集體對立的基本人權理論。本文即擬以「平等公民權」（Equal Citizenship）的概念來補充或替代傳統強烈個人主義基本權的人權理論。

「平等公民權」係以「個人在國家社群之平等成員地位」為其保障核心。在這套論述下，基本權利的主張者，不是為了「對抗社會」、「防禦國家侵害」而已；他們同時在要求社群的「承認」——承認他們是社群的一份子，與其他人有平等的成員地位！基本權主體不但不像傳統論述一般，汲汲於「遠離國家」；相反地，基本權主張者正是要融入國家社群。他們要求「還我主權者地位」，並企求一個更具包容涵納性格的社群。

「平等公民權」的理論同時必須處理「社群價值」的問題。也就

是說，台灣做為一個「國家」社群的主要性格何在？每一個國民，都應該有權利義務參與台灣「國家性格」的形成。因此，與傳統基本權論述之不同處，尚在於這套理論必須有更強的歷史感與社會脈絡分析，才能建構出「權利內容」與「保障策略」。依此，基本人權再也不是一堆空洞、去脈絡化的概念；相反地，它是活生生，且不斷參與重塑集體價值的過程一部份。

弱勢、少數、非主流群體，在「平等公民權」的論述架構中，同樣要求「免於迫害」與「禁止歧視」。但是它們不再單純地從個人絕對的人性尊嚴出發，而是主張國家社群應該涵納包容各種不同多元群體、利益與價值。這種「參與社群形塑過程」的價值，正是集體與個人雙贏的方法！

本文第貳部分簡介當前我國主流基本權利論述的特質：個人與集體對立；抽象且絕對化的個人主義，以及不無矛盾的「比例原則」。第參部分則檢討傳統理論忽視群體、脈絡、歷史，以及孤立基本權主體的瑕疵。第肆部分介紹憲法學者 Kenneth Karst 以及其他社群主義政治與法律學者對「人權」的論述。第伍部分從台灣移民社會包容多元族群的歷史，民主化的歷程，配合既有的法律文本與實務，試圖在「涵納多元的國族意象」下，建構出符合現行憲法的平等公民權理論。第陸部分則評析平等公民權理論的優點，同時也點出可能待解決的問題。

貳、主流基本權利理論之特徵

在我國憲法教科書與學者的論述中，¹憲法上的基本權利具有以下幾個特徵：

¹ 如：吳庚，憲法的解釋與適用；李震山，人性尊嚴與人權保障；陳新民，憲法學釋論；陳慈陽，憲法學。

一、個人與國家社群之對立

首先，基本權利乃是一種「個人權利」(individual right)，其功能在於使個別的人民能夠「對抗國家」。

在這樣的思維結構下，「人民」與「國家」是對立的。國家(政府)不能主張「基本權」，而私人則不會成為「侵害者」。唯有國家是可能的侵害者，而人民援引基本權之目的，乃是為了防禦國家的侵害，或是積極要求國家從事特定作為。

不過，「國家」是抽象的概念，具體來說就是「政府」或「全體國民」。因此，「個別人民 vs. 國家」，也就成了「個別人民 vs. 政府」，或是「個別人民 vs. 其他全體國民」。

當釋憲機關受理有關基本權利的聲請案時，必然承認聲請人個人與全體社會有了「衝突」。個人主張基本權，不是「為了全體國民」或「保障公共利益」，而是要求「集體利益」讓位給「個人利益」！憲法第二章所規定的平等權、人身自由、言論自由、遷徙居住自由...都是一種保障「私人」「個人」的機制。

社群集體的價值與利益，在這套思維下既然是基本權的對立面，它就只能在憲法第 23 條找到依據。它不是基本權利的構成要件，更與基本權的本質或目標無涉；它是一個侵犯基本權的惡魔！

這也可以從國內教科書援引德國憲法論述中的「民主國原則」與「法治國原則」之對比，看出端倪。在德式的思維下，「基本權利」主要是「法治國家原則」的一部份，而非「民主國原則」。民主國原則重視全體國民意志的呈現，是社群主義的一環；但法治國家原則——包括基本權利之保障——則擔負了「採煞車」的作用，對透過民主程序而展現的國民意志加以限制。於是，個人的基本權與全體國民的民主意志，在本質上就具有緊張關係。基本權利在這個意義下，是「民主」的對立面而非一體。

二、人性尊嚴—絕對化、抽象化之個人主義

基本權利要保障什麼？或說基本權利所要保障的「法益」或「價值」為何？我國的通說認為，憲法上的基本權利，是以「人性尊嚴」為其核心！這固然受到德國憲法學論述很深的影響，但即便是留美的學者往往也接受了這個觀點。²

「人性尊嚴」乃是一種超越性的價值，而且是憲法價值秩序中的根本原則，並且當然成為「基本權利」的基礎。依此，每一個個人本身的存在就是「目的」而非國家社會的工具，個人的自主、自決成為憲法保障基本權利最重要的依據。

不僅是德國，類似的理論也出現在英美的憲法理論。Ronald Dworkin 對憲法基本權利的觀點，就與德國相當相似。依 Dworkin 之見解，在憲法體制中，實現個人自主 (autonomy) 的「權利」乃是「王牌」(trump)，不能被犧牲也不該被拿來權衡。憲法權利之目的，就在於實現每一個人的「平等尊重與關懷」(equal respect and concern)。而憲法權利只有「界定範圍」的問題，而沒有「與集體公益權衡」的可能。

不過，與國內通說(或說，德國學說)不同之處之一，在於 Dworkin 理論下的「王牌」範圍比較窄。Dworkin 並不認為任何人的一舉一動，都是憲法該保障的權利(例如，「名譽」、「胎兒之存續」都不被認為是憲法權利)。但我國通說下，幾乎任何人的一舉一動，都可能藉由「一般行為自由」而納入憲法基本權的保障範圍。

此外，另一個與人性尊嚴相關的，則是我國憲法論述喜用「先於國家而存在」來說明基本權利的本質。亦即，基本權是人類在國家社會創立以前就享有的，國家憲法頂多是「確認」其存在。因此，國家當然不能剝奪這些「並非由己所創設」的利益。

² 林子儀，言論自由之理論基礎

依此，基本權利或人性尊嚴，享有一個近似「神諭」之絕對崇高地位。它帶有超越、抽象、先驗性格，因此基本權利的本質是「非社會」或「非歷史」的。它既是「先於國家」，又「本身就是目的」，自然不能被「犧牲」以免使個人淪為工具或客體。

三、以比例原則調和人權與公共

在基本權理論下，個人與國家是相互對立的，而超越性的人性尊嚴論又認為個人自主絕對不能被犧牲，這個「國家」與「個人」的僵局似乎無解。

不過，學說與實務上相當弔詭地，又都接受了「比例原則」作為一種權衡個人權利與國家社會公益的機制。亦即，基本權本質上又成為一種「可限制的」個人利益—只要國家的限制措施，不至於「逾越必要限度」，那是可以被接受的。

如何說明「絕對」、「先驗」的人性尊嚴卻可在符合比例原則之情況下被限制？到底是「未逾越必要範圍的侵害，不算違反人性尊嚴」，還是「人性尊嚴可以被合比例地限制」？

無論如何，由上可知，基本權理論給予「個人」極高的地位，而國家、社會、集體等「社群」（community）都不能予以侵害。社群價值或集體利益，遇上個人尊嚴的時候都必須讓步。

然而，實際運作上，基本權利真的有這麼偉大的效果嗎？個人真的能夠藉由基本權利而對抗「國民全體」（或多數）嗎？

四、實踐層次的檢驗

（一）概說：保障多數主流為基調，結構性弱勢仍受忽略

這一套美輪美奐的基本權利理論，在我國真正發揮它的作用了

嗎？我們可曾看到結構性的弱勢群體，能夠藉由憲法基本權利的理論，對抗主流多數的意志？憲法人權條款真是維護個人尊嚴，捍衛「先於國家存在」利益的利器？抑或仍是以社會穩定為優先的微調機制？

從大法官解釋來觀察，基本權似乎難以與社會對抗。對於限制、侵害多數人民的法律措施，大法官可能「勇敢」地將其宣告違憲。但凡是涉及「國家安全」、「國家主權」、「公共利益」，而對造又很明顯地是社會非主流少數人群時，我們就較少看到大法官援引「人性尊嚴」這個至高無上的價值來打擊相關法令。

以我國民主化以來，幾個宣告法令措施違憲的重要解釋來看，大法官解釋的政治社會衝擊固然不小，但直接「受益人」就算不是「全體國民」，至少也是社會中佔有相當份量（數量或勢力）的群體。

例如，釋字 261 號解釋、499 號解釋，雖然衝擊極大，也有改變政治結構的效果。但它們的主要貢獻是「還政於（全）民」，讓全體國民的「主權者」地位能夠回復。

而釋字 603 號解釋宣告戶籍法第 8 條有關強制按捺指紋之規定違憲，也是我國憲政史上值得一書之事。然而，雖然當時民意調查顯示多數民眾支持（或不反對）按捺指紋之規定，³而本號解釋也援引人性尊嚴與人格自由而宣告法律違憲；但它畢竟是將一個「限制『全民』隱私權」的規定宣告違憲。其保障的，依然是「全體」或「絕大多數」人的隱私、人格權益，而非「少數人的人性尊嚴（隱私權）對抗社會公益」。

此外，大法官以「法律保留」之名，將許多限制人民權利但卻欠缺明確法律授權之命令宣告違憲。⁴但這些解釋固然有保障人權的功效，但實質上仍未做實體決定，而只是將相關議題「交由立法機關」決定。「回歸民主」的意義依然較大。

³ 參閱釋字 603 解釋理由書中，有關行政院之意見部分（八成民眾支持）。

⁴ 廖元豪，走自己的路——大法官「法律保留本土化」之路，台灣本土法學雜誌，第 58 期，頁 21 以下（2004）。

在促進民主，保護多數人權益以外，大法官對於正當程序（due process），無論是在人身自由、一般的訴訟權，甚至行政程序上，也都成果斐然。釋字 384、392、396、436、439、471、488、491、535、588 等解釋，都是值得稱頌的例子。但這些解釋並未特別涉及結構性弱勢者的權利或價值，基本上仍然是「保障每一個人受到正當程序保障」。

反之，如果涉及的是「結構性弱勢」⁵或林子儀大法官所謂之「政治上之絕對弱勢團體」，抑或牽涉少數、邊緣、非主流之「異類價值」，則鮮見大法官賦予其「對抗主流多數」的保障。

何謂「結構性弱勢」？本文意指：基於某種「本質上不可改變」，或在當前政治社會文化經濟科技條件下「難以改變」的特質，而成為少數、弱勢或邊緣的「群體」或「價值」。例如，因為種族、出生地、原始國籍（national origin）、真誠的宗教信仰、性傾向（sexual orientation），而成為少數的群體，都是典型的結構弱勢。除此之外，從社會條件來看，女性、青少年或學生身分，也至少近似結構弱勢的地位。而在主流社會的文化霸權下，被視為洪水猛獸異端邪說的「價值」，而又有著難以藉由「觀念自由市場」改變原因的話，⁶也可能被視為「結構性弱勢」。

在這個定義下，大法官對於結構弱勢「群體」或「價值」的關懷程度，似乎遠遠不及「公共利益」、「國家安全」—無論後者在個案中有多麼抽象。基本權利的「對抗多數」或「至高」性格，幾乎全然不可見。

⁵ JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* ch.6 (1980).

⁶ 傳統言論自由所依賴的「觀念自由市場」理論，實際上幾乎不可能讓真正的異端言論出頭；尤有甚者，它往往如經濟市場一般，會鞏固既有的主流優勢言論。See e.g. Stanley Ingber, *The Marketplace of Ideas: a Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L.J. 1; Jack M. Balkin, *Some Realism about Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment*, 1990 DUKE L.J. 375; OWEN M. FISS, *THE IRONY OF FREE SPEECH* (1996).

（二）宗教自由：主流宗教才受保障？

例如，在涉及耶和華見證人信徒宗教自由與兵役制度衝突的釋字 490 號解釋中，大法官對於這些因心中真誠信仰而拒服兵役的人，可說毫不考慮他們基於信仰而生的行動有多麼珍貴。悍然以「服兵役之義務，並無違反人性尊嚴」一詞帶過，就得出「與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無抵觸」之結論。為什麼如此誠摯、深層的信仰，以及因此信仰所展現出來的行動，卻與人性尊嚴無關？「兵役義務」對於大多數人而言，或許並不觸及人性尊嚴；但對於基於宗教信仰反戰者——雖然極少數——怎能輕易地說「並無違反人性尊嚴」？

拿釋字 490 與另一個宗教自由的重要解釋，釋字 573 相較，更可以看出「主流」或「非主流」在大法官做成解釋時的重要影響。釋字 573 以宗教平等為名，將監督寺廟條例第 8 條與第 2 條第 1 項宣告違憲。但細觀釋字 573，受其保障的「受益人」乃是「佛、道等部分宗教」；而這在我國的宗教人士組合上，絕對是大宗。

亦即，比較釋字 490 與 573 兩號解釋。同屬宗教自由與宗教平等的案例，除了結果外，有兩個大大不同之處：

首先，從涉案的「釋憲聲請人」（也就是潛在的「受保障對象」）來看，前者是人數極少的「耶和華見證人」信徒，後者則是信眾極多的「佛道」寺廟。

其次，從相抗衡的政府利益（公益）來看，前者是涉及防衛國家安全的「兵役制度」；後者則只是單純的、技術上（可有可無的）行政管制。

於是，耶和華見證人這群「少數」碰上了「國家安全」的大帽子，就沒有「人性尊嚴」；相對的，擁有眾多信徒的佛道寺廟，就可能對抗政府一般行政管制措施。同是宗教自由，同樣保障人性尊嚴，「主

流」（國家安全、佛道宗教）或「非主流」（耶和華見證人）在憲法上的評價差異，昭然若揭！

（二）言論自由：異類與弱勢言論仍被忽視

再看宣告刑法 235 條猥褻出版品罪合憲的釋字 617 號解釋。在該號解釋中，大法官首先承認立法者可以「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化」，而以刑法「維護社會多數共通之性價值秩序」。同時，大法官卻又不無矛盾地表示仍應「對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障」。一個普通讀者閱讀到此，必然會產生一個疑問：社會多數可以刑法執行「多數性價值」，那麼要如何「尊重少數性價值」？一旦能夠容忍「少數性價值」，那以刑法保障「多數性價值」之意義為何？兩者孰先孰後？

繼續往下看，就明顯地看出輕重了：大法官對於某些「妨害風化」（社會多數性道德價值）的猥褻出版物，願意在有「採取適當之安全隔絕措施」的前提下予以容忍；但對「含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊」，則不論有無隔絕，一律禁絕！

也就是說，只要是內容有「暴力」、「性虐待」或「人獸交」的猥褻文字、圖畫、動畫，無論有無分級包裝，也不管它是真人演出、電腦動畫畫出，或只是用文字闡釋，都在絕對處罰之列！對於喜好「暴力」、「性虐待」或「人獸交」的表意人（speaker）與收訊者（recipient），他們的「少數性價值」是「多數」人所無法容忍的——即使他們用「隔絕措施」來相儒以沫，完全沒直接礙著「別人」！為什麼？除了「它們太異類」以外，可還找得出其他藉口？主流的「人性尊嚴」或「比例原則」，可曾對這些「異類」（人或價值）提供什麼保護？

另外看看釋字 445 與 509。前者雖然宣告集會遊行法部分條文違憲，但在審查「許可制是否合憲」時，並未考量「許可」是否對欠缺

資源且傾向反體制的社運或草根組織造成過重負擔，⁷更沒有看到集會遊行法明顯偏頗「非挑戰體制」之「婚喪喜慶」或「藝文體育學術」等活動，也屬於一種「內容歧視」。結果就是肯認警察機關可以在「維持秩序」的大帽子下任意鎮壓無力買電視廣告，又沒有政商關係的基層異議者。「街頭寧靜」、「警察控制」的公益，明顯大於「街頭批判」的人權。

而釋字 509 雖然讓公共批評多了一點空間，但依然維繫以「刑罰」制裁的手段。同時與美國相似的案件比較，大法官並沒有強調「人民批評政府」的重點，而使得何謂「相當理由確信其為真實」的要件，依然可能偏向保障大人物免於批評，而未必有利於「民罵官」的民主精神。

（三）外人無人權：主權高於人權

釋字 618 與其他有關「外人」的解釋，是更明顯的例子。在釋字 618，原籍大陸地區之「在臺灣地區設有戶籍之中華民國國民」，依然不能從事任何公職，只因她「從前」是「大陸地區人民」—因為原籍大陸，所以即使取得戶籍，擁有投票權，能夠考上國考，都還被視為（無法舉證反駁的假設）「對自由民主憲政體制認識不足」，且「尚未融入台灣社會」，更「無法讓人民信賴」！

而同樣的嚴苛限制，並未出現在來自其他地區的歸化者或新移民身上。⁸這種「出生地歧視」，明顯地針對少數「來自大陸」的歸化公民，從本質上予以歧視。他們可以用行動證明他們多麼想要融入台灣社會，但卻無法選擇「原籍」。而對於這種被種族歧視公約視同為種

⁷ 廖元豪，把街頭還給基層異議者：重省集會自由與集會遊行法，台灣本土法學雜誌，85 期，頁 1-4（2006）。Watchtower

⁸ 國籍法第十條限制外國人歸化後十年內，不得擔任某些高層政治性公職，但其他公職則無限制。

族歧視的出生地歧視，大法官卻認為本案因為涉及兩岸關係，⁹「如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關即宜予以尊重」。也就是說，種族歧視又怎樣，涉及兩岸關係，就會最寬鬆的審查基準！人性尊嚴，對抗多數云乎哉？

然而，即使是涉及兩岸關係，其實大法官也未必採取這麼寬鬆的標準——問題還是在「誰是權利主體」？比較一下釋字 242，同樣涉及兩岸關係，大法官卻對明顯違反一夫一妻制度的「在台後婚」予以保障，同時也形同否定「大陸元配」之法定權利。¹⁰在此，大法官可沒有像在釋字 618 一樣「尊重立法者」，反而以「適用上違憲」(as-applied unconstitutional) 的方式將舊民法第 992 條挖空一塊！對於奉公守法，戮力爭取公民資格與服公職權的「原籍大陸台灣人」，大法官全盤否定其具有平等公民權的可能；但對違反民法規定重婚（當然或也情有可原）的台灣人，則削去一塊法律也要保障後婚。這到底是真正基於保障人權，還是只是因為後者已屬既成事實，如果依法執行「茲事體大」，所以只好以憲法 22 條之名將民法打個折扣？是否因為受到兩岸關係條例第 21 條限制的「原籍大陸台灣人」，在數量上其實極少，所以「可犧牲」？而因兩岸相聚遙遙無期而造成的「非法後婚」在台灣數量極高，且已開枝散葉，一發不可收拾，所以只好找個台階維持現狀？

其實，除了釋字 618 外，凡是涉及「外人」（外國人、大陸人民、歸化未久之國民、在台無戶籍之國民）的案子，大法官從未重視當事人的「人性尊嚴」。釋字 558 雖然承認「國民為國家成員」，但「無戶籍國民」則不在此限。釋字 560 認定外國人的勞保給付只是社會福利措施的一種，當然可以受到限制。釋字 497 則對各種限制大陸人民入境與家庭團聚權之法規，採取幾近全然放手 (hands-off) 的審查。¹¹由此可知，一旦遇上了「主權」、「國族」，憲法理論中具有超越

⁹ 其實嚴格來說，已經設籍在台灣地區，就已經不是「兩岸」關係。

¹⁰ 陳新民，釋憲權、人權保障與分權原則—兼及司法院大法官會議釋字第二四二號解釋的檢討，收於『憲法基本權利之基本理論』（上）

¹¹ 參閱廖元豪，移民—基本人權的化外之民：檢視批判「移民無人權」的

性質的「基本權利」理論往往很難發生作用。「人權」低於「主權」，似乎是理論上與實務上的基調。

（四）女性保障：為德不卒

至於在女性人權的部分。雖然女性是否為結構上的弱勢，在憲法學界可能還有些爭議，¹²但我國憲法明顯地採取「非中立」的態度，特別保障女性權益，是不可爭的事實。而由於歷史、社會文化等結構性因素影響，台灣的女性依然受到許多結構性的限制，也已無庸置疑。¹³

司法院大法官對於女性這個結構性弱勢群體的關注程度又如何呢？表面上來看，「性別平等」似乎是少數為大法官所青睞，明示要採取較嚴格審查基準的案件類型。釋字 365 號解釋理由書曾指出：

...因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。

大法官也依此「男女差別待遇為例外」的精神，宣告多項法令措施違憲。然而，在釋字 490 號解釋，「男女平等」遇上了更頑強的對手「兵役制度」，釋字 365 的進步論述似乎又沒有用了。大法官僅在形式上抄用「男女生理上之差異即因此種差異所生之社會生活功能角色之不同」一詞，就輕易地肯認「僅有男子須服兵役」的兵役法第一條規定。請問，什麼樣的「男女生理差異」，可以正當化「男子服兵役」的制度？除了刻板印象的「男子體力一般較佳」之外，還有什麼其他理由呢？大法官若真嚴肅看待性別平等，能接受這種粗率的論述

憲法論述與實務

¹² See Ely, *supra* note, .

¹³

嗎？¹⁴

雖然在釋字 490，這種「刻板印象」的論述對女性似乎有利——免除服兵役的義務。然而這種「男性體力佳，所以可以差別待遇」的論述一旦成立，其實當然可以延伸到其他領域而造成對女性大大不利——軍警學校招生、調查局招考調查員、捷運局招考駕駛...所有傳統印象中需要體能的工作機會，幾乎都可以藉此排除女性。釋字 490 對「生理差異」公式的操作，讓我們看出原來它仍有兩個極明顯的瑕疵：(1) 所謂的「生理差異」，居然可能納入社會傳統（未必精確）的刻板印象；(2) 即便承認「體能較佳者方可服兵役」，採取「個案體能篩選」也明顯比粗率地排除女性服役來得精確，後者顯然不是個必要手段。

為什麼曾經矢志保障女性平等權益，打破男女角色分工刻板印象的大法官，在這兒會有這樣的粗略論述？是不是這裡碰到的不是一般的民法規範，而是涉及國家安全的「兵役」，以及「男性為主」、「陽剛氣質」的軍隊傳統文化？因為在結果上自認無法或不該變動這個根深蒂固的「軍事文化」，所以選擇了一條低調繞路的途徑？也就是說，性別平等是重要的，但要拿來改變結構，依然不可能！

（五）學生人權

大法官在突破「特別權力關係」上，有相當的成就。尤其在公務員的訴訟權上，自釋字 187 起，一步步地打破原本「無基本權利」、「不得提起訴訟」以及「不適用法律保留」的窠臼。

然而，對於另一個長期受「特別權力關係」壓榨的群體——學生——

¹⁴ 類似的論述，在美國曾經被拿來支持「軍校僅招收男性」，但為美國最高法院拒絕。理由就是不能依據簡單刻板印象這樣認定。United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996). 另參照黃昭元，純男性軍校與性別歧視——評 United States v. Virginia 一案判決，收於『美國最高法院重要判決之研究：一九九六～一九九九』，頁 225 以下，頁（2005）。

大法官卻似乎不願意給予他們與公務員或教師相同地位。在釋字 382，大法官雖然承認學生權利受侵害，得提起行政爭訟，但僅限於「退學或類似處分」。記過、申誡，甚或其他的學校不利措施（留級、留校察看...）均無法救濟。

相比起公務員，除了「免職」以外，「有重大影響之懲戒處分」（釋字 298）、「福利互助金」爭議（釋字 312）、擬任「官等」審查不過（釋字 323）均可提起爭訟。而同樣在學校，大專教師「升等」未過，也可以提起行政救濟（釋字 462）。然而同為特別權力關係多年來苦主的「學生」，卻依然只有到了「退學」才能「用盡校內申訴」管道之後，提起訴願與行政訴訟。為什麼？公務員官等與教師升等，確實涉及收入與升遷，但學生懲戒也會直接影響其地位（三大過累積可以退學）與將來之求學與社會地位。¹⁵為何公務員與教師的「地位」、「經濟利益」如此重要，學生的名譽與前途就被看輕？

（六）小結

以上的分析整理，絕非意指大法官「有意」、「刻意」地偏袒上層階級，漠視弱勢群體。我也相信多數大法官在做個別解釋時，並沒有深思「對誰有利」的問題。但從結果上，我們確實難以找到任何一個解釋，大法官在其中曾以「人性尊嚴」的立場，發揮千萬人吾往矣的氣魄，讓弱勢邊緣的人群或價值可以對抗主流多數的鎮壓。大法官的勇氣，基本上多展現在憲法條文極為明確，或是有多數「民氣」支撐的事件（如釋字 499）。「以人性尊嚴抗拒多數侵害」的教義，似乎對大法官的影響不大。

即便是相同的憲法條文（宗教自由、男女平等、言論自由），在遇上不同層次的「主流價值」的時候，也會有差別待遇—弱勢群體或價值愈弱勢，受到的保障愈少；相對的主流利益愈強大，憲法愈容易

¹⁵ 美國法院就是基於懲戒紀錄可能影響學生未來的發展，因此認定懲戒（未至退學）構成對「自由」（liberty）的侵害。Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975).

低頭！這其實是一個非常明顯的「利益權衡」方法，而不是什麼「保障個人尊嚴」。在這個邏輯下，個人「人性尊嚴」絕非什麼「先於國家」而「不可侵害」或「不可客體化」的至高價值。相反地，它只是一個可以被拿來權衡的價值，而且在天平上輸多贏少。

為什麼這麼「高調」的人權論述，在現實上卻無法發揮實效？如果基本權利本就只是保障多數、優勢、主流的利益，那其實何必規定在憲法之中？下面就從論述面來探討，為何基本權利理論，難以保障少數、弱勢、非主流群體與價值。

參、主流基本權理論之瑕疵

一、欠缺脈絡思維的本質性論述

主流的基本權理論是站在一種超越性、抽象性、本質性的論述之上。依此，基本權利所實現的，是一種形而上的抽象價值。它不但與「社會」割裂，甚至與權利主體的「人」也相互隔離。

因為與有血有肉的「個人」完全隔絕，才會導出學界認為「禁止安樂死」、「處罰墮胎」才是「保障基本權」的矛盾論述。在這種思維下，「權利主體」主觀之慾望、想法、期待，其實並不重要，「人」的「客觀存在」才重要。也因為這樣的抽象思維，所以基本權的社會功能會被貶抑成「工具化基本權利」。

這種去脈絡化的基本權理論，或許確有讓個人免於因短暫政治社會壓力而犧牲的優點。但它最嚴重的問題，恐怕也就是忽視社會現實，把權利齊頭化，而未能顧及脈絡差異——不同的人權，不同的人群，可能因為社會地位與背景之不同，而需要不同的保障方式。

我曾在另一篇論文指出：

...「普世人權」在理論上當然聽來很有吸引力，但它往往將每一個「個人」抽象化，¹⁶進而忽視了個人差異與社會脈絡—國家元首、跨國企業總裁，與台北街頭的遊民，都是「個人」，都享有「平等權利」。但當地方政府驅趕、取締遊民時，高官巨賈會認為這樣才能維持市容整潔與安全；但對於（因各種因素而）無家可歸的遊民而言，這就是一種侵害與壓迫。

又如，同樣是言論自由，企業購買報紙或電視廣告的自由，廣播電視媒體播報新聞的自由，與勞工團體、學生、樂生院民上街頭遊行發聲的權利，三者之間，難道在社會現實上會有同樣的地位嗎？誰比較需要保障？哪一種言論自由對於權利主體，是不可或缺的必要生存條件？

另一個例子：同樣的法院、民法與民事訴訟制度，對於多數的台灣本土人士而言，可親近性（accessibility）與不黯中文又沒有經濟與法律資源的外勞，相差不可以道里計。「沒有足夠的適格通譯」，也許在抽象上看未必「侵害」或「剝奪」訴訟權，但對外勞而言，這樣的司法形同虛設。我們能夠一視同仁，通統當它們合憲嗎？

因為不習於脈絡思考，所以司法釋憲機關在「抽象」、「本質」思考之時，其實是不自覺地拿「主流」或「多數」人的情境，當作衡量所有案件的標準—因為兵役制度對「大多數人」都是「應容忍而未侵害尊嚴」的，所以「耶和華見證人」也應該忍受；由於社會多數的性道德是無法容忍「人獸交」的，因此人獸交圖片的偏好者就應該讓步。結果就是假中立客觀之名，犧牲弱勢與少數。

¹⁶ See e.g. Kevin D. Brown, *African-Americans within the Context of International Oppression*, 17 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 1, 5-8 (2003); Reva B. Siegel, *Discrimination in the Eyes of the Law—How “Colorblindness” Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification*, 88 CAL. L. REV. 77, 92-93 (2000); Ian F. Haney Lopez, *The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice*, 29 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 23 n.95 (1994).

去脈絡化也使得基本權的論述不夠細膩。以墮胎爭議而論，而反對墮胎者往往以「胎兒是生命」為依據。然而，先別論「受精卵等於生命」這個論述實際上有多麼強烈的特定宗教色彩。就算胎兒真是生命，就算保障胎兒是一個崇高的價值，但在「當前社會」對懷孕扶養與教育之公共支援嚴重不足的情況下，「禁止墮胎」是否等於強制女性負擔兩性應共同分攤的責任？

二、過於忽視社群價值

主流基本權理論的另一問題，則是把「個人」與「社群」完全對立。依此，基本權利變成一種「私價值」而非「公共價值」。「人權」的主張愈高張，往往等於與社會愈隔絕疏離。主張人權的團體，往往要有著成為「全民公敵」之心理準備。

例如，Frank Michelman 就曾指出，爭取同性戀者之人權，若以傳統的 privacy 來論述，往往會使同性戀者與社會進一步疏離。若從 positive liberty 的角度出發，則可能認為「保障同性戀權利」可同時讓同性戀者與全體社會雙贏—同性戀者的生活方式與價值被社會承認，而社會多數人也因更多元多樣的環境而自我教育。在這個意義下，保障基本權，不只是讓個人「免於」社會的侵害，更是讓全社會進行一場「自我修正的規範對話」（self-revisionary normative dialogue）！「每一個人」都在人權保障的對話過程中，重行反省舊有的價值與生活方式。¹⁷但若純以傳統論述來談論同性戀人權，那等於是讓目前反對同性戀價值的人（優勢的「贏家」）成為「輸家」！

此外，人性有著「渴望歸屬」的社群主義需求。從台灣本土來看，一方面台灣「主體意識」或國族意識的興起，¹⁸已是無可回頭的趨勢，一味抱怨「國族主義盲目忽視人權」未必有效；另一方面，民主化後

¹⁷ Frank I. Michelman, *Law's Republic*, 97 YALE L.J. 1493 (1988).

¹⁸

的台灣人民，也正在學習集體的民主決策，摸索著如何建構公共價值。在這個時候，用強烈的對抗性人權論述，把「公共」打成黑五類，是否妥當？我們是應該努力追求「民主國原則」，還是急著要在上面踩煞車？真的沒有雙贏之路嗎？又，全然忽視「社群歸屬」（包括國家認同）的人權理論，有可能成功落實嗎？

而從文化角度觀之，主流基本權概念，在西方或許有基督教文明與強烈個人主義的文化支撐。加上歐美市民社會（civil society）的基礎深厚，足以抵禦過於散亂不知節制的個人主義。但在一向欠缺自主個人精神，也沒有所謂公民美德（civic virtue）的中華文化陰影下，極端個人主義的論述，一方面可能欠缺道德基礎，同時又可能成為「只要是我喜歡有什麼不可以」的亂象根源。

三、未能面對「權利」之社會建構性

主流理論的另一個問題，來自所謂「基本權先於國家存在」的迷思。在這個思維下，「個人」「尊嚴」、「自主」是外加於「社會」的概念。這不但強化了前述「個人」與「國家」的對立，而且誤以為「個人尊嚴」是一種超社會的存在。

事實上，無論是「權利」這個概念，或是「個人意識」、「偏好」，都是政治社會的產物。美國在 1930 年代興起的法律現實主義（Legal Realism）貢獻之一，就是打破以 common law 或市場為基線（baseline）的法律思維，承認所有的法律規則都是政治社會建構的結果，而現狀也者也有某種法律規則在背後支撐。這一覺醒也促成了管制國家與行政法的崛起—現狀是 common law 所界定的一套制度，行政管制則是立法所規範的一套制度，都是「人造的制度」（man-made system）。¹⁹人類可以創造出市場制度，當然也可以修改、廢棄、取代它。

¹⁹ CASS R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION ().

依此，特定的法律制度是好是壞，與其「先後」全然無涉。Cass Sunstein 就曾指出，蘇聯與東歐從計畫經濟走向市場經濟的痛苦經驗，很明顯地顯示出「市場」、「私有財產」、「契約自由」不是天生自然就存在的。相反的，我們習以為常的私有財產市場機制，其實是一套非常複雜的法律創設物。²⁰

憲法尤其反映出強烈的社群、民主、集體色彩。Owen Fiss 就指出，憲法不只是財產或權利的分配規則，它是一個「統治憲章」（a charter of governance），規定了政府組織、規範、標準，以及控制這些組織的原則。²¹在這個理論下，「基本權利」當然是社會集體決策的產物——它是民主集體決策的「前提」或「結果」！²²我們要什麼基本權利，要如何解釋適用基本權利，其實歸諸於我們要一個什麼樣的國家社會！

所以，基本權利跟憲法上每一個條文一樣，都具有強烈的公共性格與社會的集體理想（aspiration），絕非如傳統理論那樣超越。理解了這一點，基本權要與公益掛勾、結合，就容易得多了。

四、操作上的困難——如何權衡人權與公共？

事實上，主流理論也知道抽象、極端的絕對論並不可行。但受限於基本權理論的本質，始終難以在實務上走出一條言之成理的路徑。

最大的問題就在「人性尊嚴」的抽象性與絕對性：既然人性尊嚴不得侵犯，也不能為公益而犧牲，那麼怎樣的限制措施才叫做「不侵

²⁰ CASS R. SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO?* (2002).

²¹ OWEN M. FISS, *LIBERALISM DIVIDED: FREEDOM OF SPEECH AND THE MANY USES OF STATE POWER* 35 (1996).

²² *Partial Constitution*

犯人性尊嚴」？李震山教授曾舉德國憲法法院之例子說明：²³

- 對拒絕服兵役替代役者之制裁，並未摧毀人之本質。
- 對謀殺者判處無期徒刑，依目前認識之情況，尚不能確認已傷害人性尊嚴。
- 國家以不當或非法方式蒐集、儲存、傳遞、利用個人資料，已侵害資訊自決權，該權屬人內在自由權領域，當然傷及人性尊嚴。

我實在不確定，在讀過這些案例後，有誰能預測「下一個」案子是否侵犯人性尊嚴？如果人性尊嚴是「客觀」的標準，請問「誰」來發現它？如果人性尊嚴隨人主觀敏感度或情緒而有不同，那為何法院可以課統一的標準？

另有一種分析途徑，單純地從「比例原則」來權衡，只留下一些「核心」算是不得限制的。但問題仍在：「核心」是什麼？

質言之，一旦將先驗的、超越的、絕對不能犧牲的基本權核心拿來與公益或社會利益「權衡」其「必要性」，本質上的矛盾就已經產生了！

除了「基本權」與「公益」的衡量困難外，另一個衍生的問題是「基本權之間的排序權衡」也發生困難：由於基本權理論是從絕對性的人性尊嚴出發，這種抽象的實體價值論述方式，使得司法機關幾乎不可能在「基本權之間」分出高低——財產權、言論自由、投票權、平等權...都是絕對人性尊嚴的體現，怎能說涉及財產權的案件從寬審查法律，涉及政治言論管制的法規就要嚴格審查？

換言之，主流理論造成「多重審查基準」發展的困難。比較美國與德國的違憲審查：前者對於不同類型的權利可以依據司法制度的能

23

力、社會資源分配可能性、權利的特質，以及政治社會狀況等「脈絡」因素，決定不同的審查基準；後者則一直以「比例原則」一以貫之，雖有所謂「審查密度」之說，卻很難如美國畫出如此清楚、可預測的手段。²⁴我相信抽象、實體、去脈絡化的基本權利理論，是造成這個後果的原因之一。我國又何嘗不然？

五、小結

空洞、抽象、去脈絡化的人權理論，高則高矣，但卻未能與台灣社群或國族的集體想像連結。這樣的論述雖然把「個人人權」捧得比天高，現實上卻難以發揮作用。

從歷史上來看，國族主義的精神動員力本就遠非空洞、去脈絡化的自由主義或普世人權論述所能對抗。²⁵而從邏輯上來說，誠如 Kevin Brown 於分析美國的種族與法律問題時所指出，「國族主義」與原子式的「個人主義」是平行而難以調和妥協的兩種認知架構 (conceptual structure)，涉及了非常深層基本認識論與價值觀的差異。²⁶因此，如果我國的人權法學論述，只以抽象空洞的方式大談「人性尊嚴」、「普世人權」等概念，卻未能深入探究台灣國族主義、民主化、歷史文化背景、政經結構等「法律背後」的脈絡背景問題，那麼非常虛弱空洞的。因為法律概念 (比例原則、平等原則、人性尊嚴...) 本身只是空殼子，需要靠價值觀以及對當前環境的基本理解來填塞。不圖此舉，操作、解釋法律的人即使口口聲聲「基本權」，但在解釋何謂基本權，如何保障基本權的時候，則會不自覺地受中原有的偏見影響而不自知。如此也無法面對台灣的現實處境，發展出務實而有戰鬥力的人權

²⁴ 許宗力；黃昭元，；廖元豪。

²⁵ 參閱趙剛，同上註，頁 155-162。

²⁶ See KEVIN BROWN, RACE, LAW AND EDUCATION IN THE POST-DESEGREGATION ERA: FOUR PERSPECTIVES ON DESEGREGATION AND RESEGREGATION (2005).

論述。

總之，不面對台灣國家社群，不考慮社會集體需求，這樣的基本權利理論是不夠的。因此，以下本文就先行引介美國學者對於 equal citizenship 以及其他類似人權理論的介紹。

肆、平等公民權之理論介紹

倡議「平等公民權」最著名的美國憲法學者，當稱 Kenneth L. Karst 教授。他在 1989 年出版的『歸屬美國：平等公民權與憲法』(Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution) 一書，²⁷從歷史與理論的角度，認為憲法爭議往往涉及「誰是美國人」的問題！依其見解，平等公民權是美國憲法最重要的原則，其內容要旨為：每一個個人應被推定有權為組織化的社會當作一個受尊重的、負責任的，且持續參與的「成員」來對待。²⁸反過來說，平等公民權原則禁止社會將成員視為下等或依賴的階級，也禁止社會把成員當作非成員。權利主體在這個原則下，所主張的不是「拒絕社群侵害」而已，而是「被涵納於社群」(inclusion in a community)。²⁹

Karst 指出，美國憲法的發展史，就是一部「成員身分」決定的過程——憲法一步一步地將原本被排拒在美國「共同體」外的群體（黑人、女人、其他少數族裔，乃至窮人以及其他弱勢團體），「涵納」到共同體內部，使他們真正具有公民身分，而實質上歸屬於美國這個國家。³⁰憲法不斷地發揮「涵納」(inclusion)與「歸屬」(belonging)的功能，而與社會上的「排他」力量相抗衡。其中最重要的憲法條文，是增修條文第十四條的「平等保護條款」(Equal Protection Clause)！

²⁷ KENNETH L. KARST, BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION (1989).

²⁸ *Id.* at 3.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* at 28-42, 189-216.

而這個涵納的過程，同時也不斷地在改變「國民」的範圍，更使得「國家」的同一性在持續地變動。美國，從富有白人男性所組成的國家，逐漸變成每個美國公民共同組成的國家。在這個意義上，憲法的人權條款、司法違憲審查，有了更積極的意義：它不只決定了「個人」的命運，同時決定了「國家」的圖像，更決定了這個國家是「誰」的國家？

Karst 的「平等公民權」原則不僅適用在狹義的政治領域，而更包含了人人分享社會公共生活的機會，使成員都能因而滋生出「對個人意識不可或缺的社群意識」（foster the sense of community that is indispensable to one's sense of individuality）。Karst 認為，這樣的憲法原則，可以適當回應「自主」與「社群」存在的緊張關係。³¹

那麼，這樣的理論與傳統純個人主義的論述相較，有何優點呢？Karst 曾在參與一場有關全球化、去國家化的研討會論文 *Citizenship, Law, and the American Nation* 指出：法律，尤其是具有強制力的國內法所體現的國家精神，才是「涵納」與界定「公民權」（成員資格）的最佳基地。尤其從歷史觀之，非裔與其他的被排斥團體，在百年來的奮鬥，不都正是企求被納入美國這個國族國家，成為其完整的成員—公民？³²亦即，美國這個「國族」是值得驕傲的，「美國法」（尤其是憲法）正是進步、平等、涵納的重要機制。有什麼會比運用這個令人光榮的機制更好？

又如 David A. Hollinger 也提出類似的主張。³³他認為美國的國族主義，是一種自由國族主義（liberal nationalism）」，具有高度的包容性。即便是少數民族，往往也都訴諸美國國族（American nation）

³¹ *Id.* at 8-9.

³² See Kenneth L. Karst, *Citizenship, Law, and the American Nation*, 7 *IND. J. GLOBAL LEGAL STUD.* 595 (2000).

³³ David A. Hollinger, *Nationalism, Cosmopolitanism, and the United States*, in *IMMIGRATION & CITIZENSHIP IN THE 21ST CENTURY* 85-99 (Noah M.J. Pickus ed., 1998)(hereinafter *IMMIGRATION & CITIZENSHIP*).

作為支持其權利的依據。而這種國族主義建構在一種文化的自我意象之上：美國之國族精神要求（雖然經常失敗）將源自不同祖先的社群中之個人，以平等但非同質化的標準結合成一個社會，而這個社會具有大致源自英國的民主傳統。這是一個有力而可辯護的國家故事（national narrative）。³⁴

任何一個「國家」都有它自己的「國族故事」（或神話），³⁵它顯示了國家成員的基本心理認同，當然也會影響其政治行動與法律操作。Karst 的平等公民權論，就是試圖把美國國族故事解讀成一頁涵納的過程。「人權」在此與「偉大國家」連結，而非隔離與對抗。國家要證明自己偉大，就必須持續地包容、涵納，讓生活在其中的人都能夠享受平等的成員資格。

當然，也有人質疑美國國族精神或美國憲法是否真的那麼偉大？女性主義法學者質疑國家根本是男人鎮壓女人的工具，³⁶批判種族論者則認為美國立國精神根本就帶有種族主義。³⁷然而，他們在批判之餘，往往還是試圖對美國國族提出新的想像，期待或要求這個國家「應該」做到平等、涵納、自由等要求。例如，Juan Perea 在批評種族主義之餘，同時也指出：容納移民，並接受新移民與美國的相互改變，才是美國歷史的真相。而且主張在這樣的基礎上，美國人更能學習珍視新公民與潛在的公民（移民），而不是用憤怒、歧視、不信任的方式去對待移民。³⁸

從以上分析可知，平等公民權與國族主義連結之後，「人權」就會體現各個國家的不同「國族精神」。同樣是歐陸重要的國族國家，法國與德國就是兩個常常被拿來相類比的模式。³⁹法國的國族主

³⁴ *Id.* at 95.

³⁵ See e.g. NATION AND NARRATION (Homi K. Bhabha ed. 1990).

³⁶

³⁷ See Juan F. Perea, "Am I an American or Not?": Reflections on Citizenship, Americanization, and Race, in IMMIGRATION & CITIZENSHIP 49-

³⁸ *Id.* at 63.

³⁹ E.g. ROGERS BRUBAKER, CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND

義是以共和政治為核心；德國則有強烈的族群文化中心主義。因此，兩國的移民政策相當不同，對於反歧視法（antidiscrimination law）的觀點也有極大出入。⁴⁰而移民國家的美國、荷蘭、英國、加拿大等國，對於多元文化、族群權利等概念也都會有許多差異。

但無論如何，從「平等公民權」出發的人權論述，必然要對各個國家的歷史、文化，與憲法精神做一個回顧與界定，並且站在特定國族精神的基礎上發展憲法基本權利的概念。沒有社群與社群文化，就不會有人權。兩者成為相輔相成的概念。

除了直接以「平等公民權」來探究美國憲法基本權基礎的文獻以外，其他帶有社群主義的憲法理論其實也有類似的意涵。例如在1980-90年代憲法學界相當盛行的「共和主義復興」（Republican Revival）或「新共和主義」（neo-republicanism），也是試圖將多樣異質（diversity）、思辯、開放的精神帶入美國國家社群與憲法，以修正或取代過於個人主義、競爭而欠缺公益思維的「多元主義」（pluralism）。⁴¹在共和主義的理論中，「憲法權利」與「民主」不但不是對立，而且相互強化——平等、涵納的多元對話，是促成公益，並且使社群中每個人養成公民美德的重要過程。

諸如此類強調憲法權利的「社群面向」者，還有許多。如聯邦最高法院大法官 Stephen Breyer 在其著作「積極自由：解釋我們的民主憲法」（Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution）一書，⁴²就表示：美國乃是一個建立在自由原則（principles of liberty）

GERMANY (1992).

⁴⁰ 法國重視形式平等，矢志消弭公私領域的族群差別待遇，因此有著普遍的反歧視法（）；德國卻在普遍主義的思維下，不願制定反歧視法而限縮契約自由的範圍（）。

⁴¹ Michelman, *supra* note ; Frank I. Michelman, *Foreword: Traces of Self-Government*, 100 Harv. L. Rev. 4 (1986); Sunstein, ; MICHAEL P. ZUCKERT, *NATURAL RIGHTS AND THE NEW REPUBLICANISM* (1994); 郭銘松

⁴² STEPHEN BREYER, *ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION* (2005).

之國家。而自由並不僅意味著「免於政府強制」(freedom from government coercion)，同時也包括「參與統治本身之自由」(freedom to participate in the government itself)。他認為制憲者所期待的自由，其實正是個別公民參與統治，並藉此與其他人分享作成或控制國家公共行動之權利。⁴³

又如 H. Jefferson Powell 則從另一個角度分析歷史。他認為憲法不完全是「反映過去的歷史」，而帶有藉由憲法「矯正歷史」的意涵。美國憲法的發展就是以憲法文字處理政治爭議的歷史過程。而也正是政治歷史的對話爭論，構成了美國憲法的各項重要原則。憲法論述的功能之一，就是提供政治社群不同成員在鬥爭時，仍能有共同的語言而不致分裂。⁴⁴他在回顧美國憲法爭議史後，論定憲法權利有絕對保障者，也有只受相對保障的，但其範圍均依社會需求而決定之。⁴⁵而且，與我國通說不同的，美國憲法是一部務實的統治機制(a practical instrument of governance)，因此有關基本權利與政府權力規定之解釋，應該盡可能創設一個能夠達成其前言目標的政治系統。⁴⁶

甚至如前所述，即使是體制外的批判學派，如女性主義等，在論述權利時，也都以「成為美國國族平等公民」為目標。⁴⁷

總之，平等公民權的人權理論，是將「基本權利」建構成「國族社群」不可分的一部份。在完成這種工作前，必須藉由歷史與憲法來界定「國族性格」，同時將憲法人權與之結合。如此方能避免人權論述空洞化的危險。

⁴³ *Id.* at 3.

⁴⁴ H. JEFFERSON POWELL, *A COMMUNITY BUILT ON WORDS: THE CONSTITUTION IN HISTORY AND POLITICS* (2002).

⁴⁵ *Id.* at 207.

⁴⁶ *Id.* at 209.

⁴⁷ *See e.g.* RUTH LISTER, *CITIZENSHIP: FEMINIST PERSPECTIVE* (2d ed. 2003); DAVID T. EVANS, *SEXUAL CITIZENSHIP: THE MATERIAL CONSTRUCTION OF SEXUALITIES* (1993); BILL ONG HING, *TO BE AN AMERICAN: CULTURAL PLURALISM AND THE RHETORIC OF ASSIMILATION* (2000).

那麼，台灣有著什麼樣的歷史與憲法經驗，可以建構出更本土、更民主的人權理論呢？

伍、建構台灣本土之平等公民權芻議

一、台灣社群的歷史發展

從歷史來看，台灣基本上是個移民社會。除了原住民族與 1980s 開始的東南亞婚姻移民以外，多半都是來自中國各省的移民。從十七世紀的開發者，十七至十九世紀閩粵的大量移民，1949 年隨國府遷台的大批中國移民，以及最新一波的婚姻移民。

17 世紀初期，荷蘭人招募廣東、福建的漢人前往台灣開墾，形成了大批的農業移民，「帶著各不相同的風土特質和社會性格的原住民、漢人、及荷蘭人，來自各不相同的原住地，競合留在一起，並共同生存於同一生活圈的『台灣』。」⁴⁸。到了 17 世紀中期，台灣的住民又新增了鄭氏佔據台灣時期，鄭成功率領的 25000 人官員、鄭經率領的明朝遺臣與家眷、以及民間移民⁴⁹。17 世紀末，許多福建漳州、泉州二州的移民，克服清朝禁止移民的政策，冒險渡海來台。到了 18 世紀末，閩粵漢人來台者更加盛行⁵⁰。

17-19 世紀間來自中國沿海的移民，基本上當時中國社會中較底層邊緣的中下階層。雖然來台後，閩粵移民間的衝突不斷，但之後的台灣，的確就是這群人胼手胝足所打造出來的生命共同體。這些就是今日所謂「本省人」的組合背景。

⁴⁸ 史明，1980，《台灣人四百年史》，第 70-92 頁。

⁴⁹ 同上，第 112-113 頁。

⁵⁰ 同上，1980，《台灣人四百年史》，第 128-131 頁。

1949年隨著國府遷台而來的「外省人」，在移入多年之後，並對台灣的防衛與建設做出重要貢獻後，也已經有了第二代、第三代。與17-19來自閩粵的「(較)老移民」，都同樣在這塊土地上生根。

1980年代開始的婚姻移民，則多來自南洋國家與中國各省。尤其來自南洋的新移民女性，在種族文化上迥異於自十七世紀來的漢族移民。目前在台灣，一方面漸漸融入，但同時也尚在遭受公私部門的歧視。她們的第二代在台灣新生兒中佔有相當高的數量比率，二十年後勢必成為台灣族群的一個重要成分。

最早的原住民族、十七至十九世紀的閩粵移民、1949年隨軍或黨或政府來台的移民，以及最新一波的婚姻移民，構成了「台灣人」的面貌，也是當今台灣社群的「主權者」。這樣的歷史與組合，可以歸納出幾個特徵：

第一，在族群上，這是個多元異質的組合。而數量最少的原住民族（如果將原住民族只算成「一個族群」的話）卻是最本土，最有居住正當性的族群。

第二，在來源上，除不足百分之二的原住民族外，都是外來移民。移民之間有先來後到之別，但都曾經是外地人。

第三，族群之間曾有摩擦，甚至激烈的衝突，但隨時間經過總是逐漸消弭，生命共同體的共識一步步建立。

第四，移民有共同的辛酸史。或是生活困苦而來台，或是逃避戰亂與政治迫害而來。但總之均為追求更好的生活，而拋棄原生地跨海來台。

除了族群整合的歷史外，另外值得一書的則是台灣的憲政經驗。

自1947年起，中華民國憲法在形式上適用於台灣地區。從文字上看，這是一部符合基本憲政主義原理的憲法典。政府結構服膺權力分立原則，基本權利也有執行的機制。其基本國策的規定，更有濟弱

扶傾的進步面向。但在 1987 年解嚴之前，頂多是一部「名目憲法」。

直到解除戒嚴，報禁黨禁一併解除。台灣才開始「實習」民主憲政，這部憲法也才開始有它的生命。作為全世界華人第一次行使「民主憲政」的社群，台灣人有著共同的驕傲、榮耀，與痛苦。雖然台灣的憲政發展不能盡如人意，至今仍有太多需要改進之處，但畢竟「我們」已經開始學作主人。從普遍的選舉與被選舉權、批判政府的言論自由與新聞自由、獨立的司法、憲法訴訟的有效運作與執行...台灣社群（不論妳是否稱他為「國家」）藉由憲法，把在這兒共同生活的人連結成一個依據現代民主法治原則運作的共同體。台灣是在華人世界中，唯一真正享有憲政主義下「基本人權」與「主權者」地位的社群。而無分原住民族或是新舊移民，形式上都享有平等的政治與法律地位。

質言之，「多元融合」與「民主憲政」，可說是台灣社群的歷史共同特點。

二、台灣社群之性格—民主涵納（Democratic Inclusion）

據此，台灣社群的基本精神，是「民主涵納」（democratic inclusion）。我們有著一代代不同區域、文化之移民來台開拓新天地的歷史，而移民之間的差異或「融合」或「和而不同」，但至今多能相互共存。台灣的面貌，或說台灣社群的圖像，從原住民的包容（或被包容？）移民，到後來各地漢族移民的相互包容，以至對新移民的形式包容。這一串歷史，就是不同地位、群體的流亡移民，發揮弱勢（最終）相挺共生的精神，共同生活之故事。

而憲法至少在二十年來，使民主憲政逐漸成為台灣人的生活方式—民主憲政已經成為台灣社群不可逆轉的重要特徵。新移民的整合雖然在歧視文化與法律下仍有問題；以及漢族老移民之間偶爾也因為政治意識型態而生衝突，但這些問題如今都得在憲法之下依現代的民主法治手段解決。我們追求融合或多元共存，但不是政府由上而下，

鎮壓式的融合；而是民間自發，逐漸在相互接觸中結合成共同體。這樣透過憲政體制而進行的民主涵納，也就是台灣精神之一部。

三、平等公民權之基本內涵與審查方式

依此，中華民國憲法上的基本權利，應該也要發揮類似（Karst眼中）美國憲法的涵納功能。任何法令措施，都不得排拒或貶抑國家主人應有的平等成員地位。尤有甚者，憲法應該對那些地位脆弱，容易遭到排拒貶抑的群體或價值，展現更高的關切。

這樣的平等公民權理論，才能反映「民主涵納」的「台灣精神」。它不只反映歷史，也代表一種理想：一方面，這可以告訴那些現在仍存有歧視、排拒心態的人們，我們台灣人其實是多元包容的。當代的台灣人可以在憲法文獻與大法官解釋中讀到不同世代、不同祖籍的先民如何為擺脫原居地的貧窮與壓迫，不惜違反禁令，冒著生命危險跨海而來到這個原住民族的居住地，筚路藍縷地開拓新天地，並學習與不同的群體相處。

另一方面，平等公民權論可以將前述的歷史與憲法相結合，告訴公眾我們的憲法如何反映了這樣的涵納史，並以現代的、華人從來沒有使用過的民主法治手段實現台灣精神。

學者與釋憲者在論述案件時，對台灣史的回顧與評價，就是一頁最好的教育。保障人權，就是實現台灣精神。

平等公民權理論，會對於涉及「成員資格」的權利，表示較高的關切。所有的政治性權利（選舉權、言論自由權、集會結社權），以及「免於遭到社群排拒與貶抑」的權利，都是平等公民權的主要內涵。

51

⁵¹ 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，收於法治與現代行政法學：法治斌教授紀

從憲法文義來說，個別基本權的明文規定，加上憲法第二條國民主權原則，是這套理論的基礎。憲法第二條「主權屬於國民全體」，體現出「國民」就是這個共同體的「構成成員」。而「國民全體」，則是指「每一個」國民都是主權者，法律不得擅將國民分等。第三條規定：「具有中華民國國籍者為中華民國國民」。依此，「國籍」是「公民身分」的基礎，凡「具有國籍」身分者，均屬不折不扣的國家成員。國家不得拒絕承認國民實質上的成員地位；亦不得在國民群體之中，再劃分任何階級，影響其實質公民權之行使，形成二等公民之地位。「國民分級」，乃是憲法本質上所不容之措施！

此等主權者平等之概念，亦貫穿整部憲法。其中，憲法第五條「中華民國各民族一律平等」，以及第七條「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，是最重要的規定。而基本國策與增修條文保障弱勢族群，追求實質平等之規定，更符合「保障國民基本生活所需，使其實質具有參政能力」之目標。

大法官其實已經在釋字 558 號解釋採用了類似的觀點。於探討跨國境之遷徙自由時，大法官並未逕行採取傳統上的比例原則來權衡。釋字 558 把入出國權利分成二級：作為國家主權者的「國民」（實際上是有戶籍的國民），其返國權是「絕對」不得侵犯的；但其他人的入出國權利以及國民的出境權，則是可以比例原則來加以權衡的。

人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外。於臺灣地區設有住所而有戶籍之國民得隨時返回本國，無待許可（底線為作者所加）

為什麼「國民返國」可「隨時」並「無待許可」？理由是「人民為構成國家要素之一」！一個以國民主權為基礎的民主國家，國民就是「主權者」。作為公僕、代理人的政府，怎可拒絕主權者最基本的「返鄉」權利？本號解釋雖然憑空加了一個「戶籍」的前提在主權者

返鄉權上，為德不卒。⁵²但它至少跳脫了用「比例原則」權衡利益的窠臼，而將「國民返國」視為「成員資格」當然衍生的權利！

還有哪些權利應該當作「平等公民權」的核心範圍，而受到近乎絕對之保障？或可換句話來問：什麼樣的權利一旦被限制，形同拒絕或貶損人民的「成員資格」？

詳細的範圍，當然還有待發展。但從國民主權、民主原則，以及台灣社群的發展歷史來看，至少以下權利應屬「國家成員資格」的內容：

- (1) 參政權：包括投票權、被選舉權、平等服公職之機會
- (2) 參與公共決策的政治性質權利：政治性（涉及公共事務）的表現自由、結社自由，以及其他「有意義地參與政治決策過程」（meaningful participation of political decisionmaking）的權利。
- (3) 基本、穩定生存條件：生存權、人身自由、維繫基本生活的經濟與生活條件（包括返鄉）。
- (4) 不因難以改變之「身分」而受現實上不利益之平等權。

以上四點，(1)(2)乃是主權者的本質權利—政治參與權。(3)是主權者不被威脅、侵害的基本條件。(4)則是「平等」公民權的基本原則，以免成員身分遭到排拒或貶抑—單純的差別待遇或限制利益，並不當然等於排拒成員資格；但因與道德無關的「身分」而遭到限制，無疑地是將這個人或群體永遠排除於權利保障範圍之外。

凡是國家權力碰觸到以上領域，釋憲機關應該從嚴審查，甚至如釋字 558 一般採取近乎絕對保障之態度。但如系爭國家法令措施與平

⁵² 相關批評，參閱廖元豪，同上註；陳長文與林超駿，論人民返國入境權利之應然及其與平等權、國籍等問題之關係—以釋字第五五八號解釋為中心，政大法學評論，92 期，頁 121 以下（2006）。

等公民權無直接關係，那麼在審查標準上，除非有其他理由支持提高審查標準，否則應採寬鬆的審查態度。⁵³

我曾以此一標準批評釋字 558（將「國民」排除於國境之外，只因無「戶籍」）。而若以此理論，釋字 618 將百分之百具有形式公民身分的「自由地區人民」當作「外人」，採取寬鬆之審查標準，允許國家限制（剝奪十年）其服公職權，也是應該檢討的。因為此號解釋，無異於由司法釋憲者對主權者宣稱：與其他生在台灣本土或大陸以外地區的國民相比，妳還不是真正的「成員」！

陸、平等公民權理論之可能優點—個人與群體之調和

一、脈絡化的人權與公益

平等公民權理論下，「人權」不再是絕對、超越、先驗的價值，而要在社群中實現。因此，到底哪些人，哪些權利該受到何種程度的保障，就必須回顧所屬社群的歷史、價值與需求，以及個人所屬之地位。它追求的不僅是形式上的、法律上的平等，而是要讓每一個公民都在實質上能夠有參與、影響公共價值選擇之能力；更要對抗一切可能產生「次等公民」效果的措施。

在這樣的原則下，「兵役制度大致是一個可接受之制度」不能作為「使耶和華見證人信徒受特別痛苦」的理由。因為若耶和華見證人信徒必須放棄信仰才能免於牢獄，形同因「身分」而遭到歧視。「男子體能一般較好」，也不能輕易作為政府採取性別差別待遇的藉口。

⁵³ 平等公民權並非憲法人權的「唯一」理論，人性尊嚴或其他重要個人主義理論，依然可以是基本權理論的基礎之一。

而當基層異議者只能靠著上街頭抗爭嗆聲來爭取權益時，集會遊行的利益就不能被「交通順暢」等理由壓制。

二、人權與社群不再為本質上的對立關係

在平等公民權理論，基本權是一種「追求被社群承認」的機制。當黃文雄先生（釋字 558 的苦主）與其他「黑名單」主張「返國」的遷徙自由時，他們不只是要求「保護私領域不受侵害」，而是要「承認我是國家成員」。當同性戀者要求婚姻或類似制度之保障時，他們企求的是「與異性戀者一樣受到國家的保障」。「企求承認」不是單純的「對抗社群」，而是與社群的結合。

平等公民權也強調「基本權」的實現，才能落實社群價值。因此，當各種原先被排拒或貶抑的團體或價值，逐漸被承認為「成員」時，國家的正面價值也被彰顯。甚至國家的「組成」也在開始變動。這更凸顯了每一個人民如何「參與形塑社群價值」與「參與形塑國家組成」的公共任務！主權者不再是單純的被統治者，也不僅在投票日行使主權。每一個人在主張基本權的時候，就在主張某種公共價值，就在改變國家！

於是人權也成為公共價值，主張基本權無須一味敵視社會與國家。反之，當人權捍衛者一再地肯定人權是我們國家社會的價值，人權遭到忽視或反控的機率或許會降低。

四、台灣社群性格之納入——人權與國族意像之相互建構

與前述有關者，是特別要提及近年來的「台灣主體意識」。

不可諱言地，在許多人權倡議者的眼中，國家主權、國族主義往往是侵害人權的最重要藉口。因為強調國族主義，往往就是要「犧牲小我完成大我」。同時，國族意識通常要區分「他者」或「敵人」，

以成就「我國」的榮耀。故也易於產生排外主義、本土種族主義等惡果。移民人權的爭取，就經常與惡質化的國族主義相撞。⁵⁴

然而，國族主義的崛起，往往也有非常堅實且正當的歷史與時代背景。它代表許多人民渴求歸屬在一個有力社群的訴求。台灣主體意識，正是這樣的產物。如果「人權」與「台灣國族主義」成為絕對互斥的選項，那其實對前者不利，對後者也未必公平。

實際上，國族主義也有許多版本，端視我們對「國家」設定了何種圖像。⁵⁵如果「我們人民」(We the People)採用了以自由主義，民主、法治為依歸的自由國族主義，或是接納多元族群文化的多元國族主義，那不但與人權沒有衝突，而且更能以健康的國族主義強化人權保障！

在台灣主體意識萌芽發展的今日，它的可塑性仍相當地高。人權倡議者不應該放棄對台灣社群性格或國族特質的定義權、發言權；相反地，我們應該致力於將人權、涵納、民主、平等這些成分放在「台灣國家性格」之中，讓我們這個國家（無論妳叫他什麼國號）能發揮如 Karst 對美國國族的期待一樣——人權保障的基地！

五、審查基準之可能

最後，如前述及，傳統理論的抽象性與去脈絡化，使得司法審查不容易發展不同的層級標準。但在平等公民權下，僅有直接碰觸到平等公民權核心，有可能造成次等公民或排拒效果的措施，才會受到嚴格審查。這個理論有特定範圍，因此層級化的審查基準也順理成章。

⁵⁴ 廖元豪，全球化趨勢中婚姻移民之人權保障：全球化、台灣新國族主義、人權論述的關係，思與言，44卷3期，頁81以下（2006）；趙彥寧，國族想像的權力邏輯，台灣社會研究季刊，36期，頁37以下（1999）。

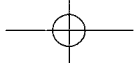
⁵⁵ See e.g. CATHERINE FROST, MORALITY AND NATIONALISM (2006); 趙剛，新的民族主義，還是舊的？，台灣社會研究季刊，21期，頁1以下（1996）。

柒、結論

本文並非反對「普世價值」、「個人主義」的人權觀念，只是在台灣環境的反省下，認為有引進其他理論相互補強之必要。事實上，理論本身無所謂好壞，端視環境脈絡的實用性而定。在德國的政治社會環境下，極端抽象的個人主義論述，不可能破壞團結與德國社群意識；美國雖然有強大的個人主義傳統，但市民社會、公民性格，與愛國情操其實也極為強烈。但台灣本就欠缺西方式的個人主義精神，在這個既無堅實市民社會傳統，又欠缺公共道德與社群倫理的環境引入極端普世、個人主義的人權觀，是否妥適？它真能（如字面上所云）對抗排山倒海而來的「主流民意」、「多數需求」嗎？

平等公民權的提出，還在嘗試階段，相信問題尚多。⁵⁶但基本權利或人權的論述主張，與台灣社會相距如此之遠，對保障弱勢之實效如此低落，總是值得反省。期待本文的見解，能夠拋磚引玉，刺激更多同好參與發展更本土化，更能調和社群與個人的人權論述。

⁵⁶ 例如，外國人是否受到「平等公民權」之保障？作者個人曾另有著作採取肯定見解。Karst亦同。但本文並未詳論此一議題。



投吧

全 國 律 師

全國律師雜誌

試用期的台灣人？

——承認次等公民的釋字六一八號解釋

廖元豪*

「你是美國公民，不過你不是美國人。」
（“You are an American citizen, but you are
not an American.”）
美國電影「李小龍傳」
（Dragon: The Bruce Lee Story）

壹、故事的緣起

謝紅梅，一個有中華民國國籍，持中華民國身分證，在台灣地區設有戶籍，且居住在台北縣的女性。她看著手中的身分證，自認是非常正港的台灣人。這張身分證肯定了她是「中華民國自由地區人民」，可以持中華民國護照自由進出國境，也可以投票選舉總統。她是這個島嶼國家的「頭家」。

跟你我許多台灣人一樣，謝紅梅想找個工作以追求成就感。她選擇行使憲法第十八條的「應考試權」，參加公職考試。考選部以及所有相關機關，從來沒有質疑她的資格。當她自己都懷疑是否有資格的時候，官員們只問一句話：「妳有身分證嗎？」一旦她答曰：「有，我有身分證」，大家都告訴她：「那就沒問題了」。

民國九十年，她在競爭激烈的公務人員初等考試中脫穎而出，並且分發到社子國小擔任書記。

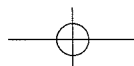
這是個典型而平凡的台灣人故事。謝紅梅很高興自己的努力獲得肯定，也相信台灣是個公平的社會。只要認真打拼，都可能找到自己一片天。出身？一點兒也不重要！新聞媒體採訪她，當作「勵志典範」。

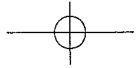
不過她的樂觀持續不了多久。任職不到一年，她收到台北市政府要求離職的命令。為什麼？她在執行職務時，有任何違法或失職嗎？

沒有，她的表現沒有瑕疵。她被要求離職，是因為她的出身——她生於中國大陸，曾經是「大陸人」（法律用語是「中華民國大陸地區人民」）。

原籍南京的謝紅梅，在二十歲那年，嫁給了台灣人洪先生。那是民國八十年的事兒。她這位「大陸配偶」根據當時的法律申請來台居留。八十三年第一次來台，八十五年正式獲准居留。直到民國八十七年，才通過層層關卡與等待，依法「定居」並「設籍」於台灣地區。也從這時起，她的身分產生重大變化——她不再是「大陸地區人民」（她已經註銷了南京的戶

* 本文作者係政治大學法律學系助理教授





籍)，而是可以投票選總統，不會因為打工、聚賭、集會遊行而被驅逐出境的「自由地區人民」！

當時，天真的她，自信滿滿地以為，經過這樣含辛茹苦地等待，台灣已經接納她成為「成員」了。她用「時間」與奉公守法的「行為」，證明了她不是「外人」，而有充分的資格當作台灣人。

但她（跟大部分的人一樣）卻不知道，當時的「台灣地區與大陸地區人民關係條例」（以下簡稱「兩岸條例」）第二十一條規定：「大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員」。

也就是說，她雖然已經「在台灣地區設有戶籍」，但是還不夠，還沒有取得完整的公民身分。同樣的身分證，有分貴賤。她的身分證，要滿十年才能讓她擔任公職。在此之前，「她們」這些「原籍大陸」的「自由地區人民」，連擔任基層公務人員—包括小學書記、工友、¹清潔隊員...—的資格都沒有。

為什麼可以行使投票權的人，不能擔任基層公務員？為什麼有了身分證，卻還因自己的出身而有差別待遇？不是說，取得身分證之後就是台灣人了嗎？還是說，「台灣人」也有分等級？

在民國八十年謝紅梅剛剛通過考試，到文官培訓所受訓時，自我介紹來自南京。當場獲得滿堂驚訝的鼓掌讚賞。孰料過了一年，這個社會對如此「努力要做台灣人」而且成果斐然的「自由地區人民」，竟是如此回報？她的挫折不

是來自「要求離職」本身，而是在「離職命令」的「原因」—因為她的出身，使得她必須再等六年，才能躋身「完整的台灣人」。她個人的努力、成就，都無法掩蓋她的「出身背景」。

這就是自由民主的台灣？

貳、故事的續篇—勇敢爭取權利

大多數的人，權利受到侵害，尤其是來自國家法律明文規定的侵害時，選擇的恐怕都是忍受與退讓。這種退縮的個性雖然不大符合積極主動的現代公民性格（citizenship, civic virtue），但卻往往出現在妳我身上。因為爭取權利的過程，總是那麼辛苦，那樣漫長，而最終勝利的機率又是那樣渺茫。

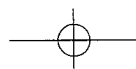
可是謝紅梅秉持同樣的樂觀。她不放棄，她的丈夫也支持她爭下去。但，法律明文規定的東西要怎麼爭？她選擇民主法治國家最標準的權利爭取途徑—打官司！

先是提起訴願，在法律明文規定的情形下，訴願當然被駁回。然後呢？在一個「法治國家」，要怎樣挑戰「法律」呢？

當時我也在報紙上看到這個消息，也第一次知道原來我國還有這樣赤裸裸承認次等公民的惡法。於是義憤填膺下投書報紙，指稱這個法律應該是違憲的²。原本這很可能如同我許多投書文章一樣，就不過是佔了一個報紙版面，發洩了自己想法的一個小插曲。一篇投書，除了稿費外，未必會對我的生命有太大影響。畢竟，這個社會值得批評的事情太多了，我們不可能每寫一個字，都用生命陪著一起燃燒。

註1：黃國樑，〈大陸配偶任公職，人事局大清查〉，聯合晚報，2002.6.28。

註2：廖元豪，〈兩岸關係條例第廿一條違憲〉，中國時報，2003.7.5。



但謝紅梅改變了這篇投書的重量—至少對我而言。

當時的我，正在美國攻讀學位。暑假期間偕妻返台休假，借住在好心收容的大學同學陳君漢律師家中。忽然有天接到中國時報編輯部門的電話，說是有位大陸配偶看到我的投書後，想要跟我聯繫。我答應後不久，就接到了謝紅梅打來的電話。她除了客氣地表示謝意以外，最想知道的就是：她要爭下去，法律上該怎麼辦？

我告訴她，只有「聲請大法官釋憲」一途。而要聲請釋憲，得先向行政法院提起行政訴訟。運氣好的話，可以說服高等行政法院的法官，直接停止訴訟程序，依據釋字三七一號解釋的見解聲請解釋。否則的話，就得一路打到最高行政法院終局判決確定，才能聲請大法官解釋了。

至於有無勝算？我告訴她，我「個人」相信這個條文當然是違憲的。至於大法官？我只能說，有勝算，而且不算太低。為什麼呢？因為，兩岸條例第二十一條所歧視的不是「大陸地區人民」，而是「自由地區人民」。憲法或許可以容許法律排斥、歧視外國人或大陸人，但對本國國民可不能這樣歧視。

在我當時的想法，以及我所讀過的憲法文獻，都告訴我「次等公民」(second-class citizenship) 的措施是違憲的。

紅梅決心打這場憲法官司。於是我、君漢，以及另一位也是大學同學的梁光宗律師一起交換意見，寫了一份行政訴訟的起訴狀。內容中

除了請求高等行政法院停止訴訟，聲請大法官解釋，也同時詳盡地說明了本法應屬違憲的理由。這也是我第一次有機會參與憲法訴訟。我們一心想藉此機會，挑戰一下這個莫名其妙的法律。我們也相信，如果台灣還有什麼政府機關願意且能夠打擊一下兩岸條例第二十一條所代表的本土種族主義(nativism)，捨大法官其誰？

在正式審理實體爭議之前，台北高等行政法院曾經為「是否停止執行原處分」開過簡易的庭訊。謝紅梅單刀赴會，庭上的法官是一位民間司改會評鑑優良的法官。但據謝紅梅事後轉述，這位「優良」法官在庭訊過程中，充滿了不耐與鄙夷。

法官問道：「妳為什麼想聲請釋憲？」

「因為這個法律不公平啊？」紅梅說。

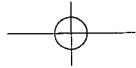
「哪有不公平？沒有什麼不公平啊？」這是法官的回話。

事實上，「停止執行」的爭議與實體上該法是否違憲，並非絕對相關³。但法官對實體爭議的初步態度，似乎已經讓當事人失去信心。

事隔一年，終於正式開庭。由於在這個案子，法律合憲性以外的爭點，其實並非本案核心。我們的想法是：如果法院認為憲法爭議根本顯無理由，不願聲請釋憲，那麼就請趕緊判決敗訴—這樣還可以趕快上訴。

不過，法院合議庭並沒有進行太多的庭訊與辯論，很快地就在九十二年十月十六日辯論終結，並於九十二年十月二十八日以「本院依合理之確信，認為本件應適用之台灣地區與大陸地區人民關係條例第二十一條第一項規定，有

註3：台北高等行政法院92停58號裁定，2002.7.24，果然（如預期般）駁回停止執行的聲請。但駁回理由其實與實體上「法律是否公平」「法律違憲之主張有無理由」根本無關。



抵觸憲法之疑義，擬聲請司法院大法官解釋」為由，裁定停止訴訟，聲請大法官解釋⁴。

能夠說服一向被認為保守的行政法院，裁定停止訴訟而聲請釋憲—普通法官都看得出違憲⁵，大法官應該更沒問題了—相當鼓舞了我們的士氣與信心。這時，我剛剛從美國拿到博士學位返國教授憲法，這個案子讓我產生對移民、平等權等主題的研究興趣；也讓我想要更進一步親身參與相關政策辯論。謝紅梅更是成為「移民／移住人權修法聯盟」（簡稱「移盟」）的成員，從自己遭受歧視的經驗出發，投入一個以修正台灣移民法制的運動。事實上，我之所以參與移盟，也是紅梅的牽線。在許多場合中，紅梅與移盟內的許多民間團體、學者、律師討論許多移民政策與策略，並參與許多反抗公私部門歧視新移民的行動。她用自己的行動，實踐了「自由民主憲政秩序」所期待的積極公民。

從結婚、移居、考試、訴訟（釋憲）、參與運動，謝紅梅一直努力地在自我培力（self-empowerment）。她不僅是甘願做一個「帝力與我何有哉」的順民；相反地，她離鄉背井，勇敢地追求自己的理想，遭遇挫折時正面回應，並且在公共領域積極活動。她不只是要改變自己的命運，她要改變那個讓她以及其他姊妹痛苦的環境！

叁、重挫—大法官加持的歧視

釋憲是一條漫長的路。轉眼間，從台北高等

行政法院聲請釋憲起，轉眼間已過三年，大法官遲遲未做出解釋。眼看著許多明明排隊在後的案子，一個個插隊作成解釋。關注這個案子的人都開始有些心焦。

不過，我們多半都還是樂觀的：雖然外國人、大陸人民的權益鮮少受到大法官青睞，但我們爭的是「台灣人」的權利，是「免於次等公民對待」的憲政ABC原理。我甚至常常期待著大法官作成解釋，這樣移盟就可以找到一個進步的基礎，去反駁主管大陸事務與移民機關部分官員的種族主義—大法官說我們的憲法不容許次等公民，不容忍出生地歧視，聽懂了嗎⁶？

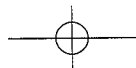
然而，大法官釋字第六一八號解釋給了移民權利爭取者，狠狠一記重擊。在民國九十五年十一月，大法官釋字六一八號解釋承認兩岸條例第二十一條合憲。解釋文如下：

中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第二〇五號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第二十三條規定比例原則之要求。中

註4：台北高等行政法院91訴2864裁定，2003.10.28。

註5：在此向姜素娥、陳國成與林文舟三位行政法院法官致敬。

註6：在釋字618號解釋出爐前一年左右，謝紅梅接受聯合報記者的採訪，言談之間充滿了自信。羅嘉薇，〈考上公職遭撤，大陸妻打憲法官司〉，聯合報，2005.12.11。



中華民國八十年五月一日制定公布之憲法增修條文第十條（八十六年七月二十一日修正公布改列為第十一條）規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸關係條例），即為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務處理之特別立法。

八十九年十二月二十日修正公布之兩岸關係條例第二十一條第一項前段規定，大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分，乃係基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當。基於原設籍大陸地區人民設籍臺灣地區未滿十年者，對自由民主憲政體制認識與其他臺灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他臺灣地區人民予以區別對待，亦屬合理，與憲法第七條之平等原則及憲法增修條文第十一條之意旨尚無違背。又系爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在臺灣地區設有戶籍滿十年，作為

擔任公務人員之要件，實乃考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入臺灣社會需經過適應期間，且為使原設籍大陸地區人民於擔任公務人員時普遍獲得人民對其所行使公權力之信賴，尤需有長時間之培養，系爭規定以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所為之斟酌判斷，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。

我永遠記得，這號解釋與當時極受輿論關注的「國務機要費起訴書」（陳瑞仁檢察官撰），是在同一天公布的。在接到紅梅的電話之前，受聯合報邀稿，我正研讀著陳瑞仁檢察官的起訴書準備撰寫報紙評論。但在聽到紅梅告訴我，大法官認定兩岸條例第二十一條合憲，我有一股衝動想把手上的文件，身旁的法律書籍全都撕掉丟掉——這麼明顯離譜的瑕疵，居然被宣告合憲？讀憲法書所為何用？

只是旁觀者地位的我，都挫折若斯，更別說身為當事人的謝紅梅了。真不知如果把她換成我，在相信台灣社會的「自由平等」多年，積極藉由司法程序爭取權益後，看到這個解釋，會如何？

當弱勢族群受到社會歧視時，他們可能會訴諸公部門的保護——私領域有偏見，但公部門應該實現自由平等的公共價值。而當公部門中的行政人員與立法機關也參與歧視時，被歧視的痛苦會加重。美國最高法院在一九五四年宣告公立學校種族隔離違憲的 *Brown v. Board of*

註7：347 U.S. 483 (1954).

*Education*⁷判決意見書中，曾經提及：

在公立學校隔離白人與有色人種學童，會對有色人種學童造成傷害。當隔離來自法律授權時，其傷害衝擊會更大；因為種族隔離的政策通常被認為是承認黑人族群的低劣。(Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group.)⁸ (底線為作者所加)

謝紅梅與其他來自中國大陸的新移民女性，就在這種「法律授權之歧視」下承受傷害多年。然而，他們還有一線希望：大法官（或許）站在我們這邊，民眾、官員、法律的歧視，最後都有大法官秉持憲法精神來駁斥他們！

結果完全相反！大法官以憲法守護者之尊，為歧視的法律背書。而且解釋文與解釋理由書之中的論理，更是完全貶抑、排拒這群「自由地區人民」到極點。我似乎看到，那些充斥排外種族主義的官員，得意地說：「看，大法官支持我們！」的嘴臉。以後所有歧視歸化公民（naturalized citizens）之措施，當然可以堂而皇之地推出，再也不用顧忌。而那些歧視各

地新移民的社會民眾，也可更理直氣壯地繼續歧視。

新移民在體制內最後一線希望，也破滅了。大法官說，兩岸條例可以把這些「公民」當「外人」看待—完全衝突的兩個概念，卻可以劃上等號！美國最高法院在南北戰爭前的 *Dred Scott v. Sanford*⁹ 曾經判決「黑奴只是奴隸主之財產」「黑人不能成為美國公民」。我不曉得來自中國的新移民女性，看到釋字六一八號解釋「你們就算設籍，仍然與其他自由地區人民不同」的論述，會不會與美國非裔（African-Americans）在一百五十年前讀到 *Dred Scott* 有相同的心境？！

肆、為什麼我們認為兩岸條例第二十一條違憲？

為什麼在台灣這個移民社會，在法律制度上與公共視野上其實非常缺乏移民國家或多元文化的色彩¹⁰。但為什麼我們在之前，還認為這個案子說服大法官宣告違憲的可能性很高呢？

質言之，我們雖然不敢期待大法官很進步地保障「外人」，但總認為保障「平等公民權」（equal citizenship），禁止次等公民之法律制度，應該是沒問題的。

我們的論證如下——

首先，兩岸條例第二十一條所限制服公職之對象，是最標準典型之「國民」（是「在台灣設有住所與戶籍之國民」，依據釋字第五五八

註8：Id at 494.

註9：60 (19 How.) 393 (1856).

註10：參閱廖元豪，〈全球化趨勢中婚姻移民之人權保障—全球化、台灣新國族主義、人權論述的關係〉，思與言：人文與社會科學雜誌，44卷3期，頁81以下（2006）。

號解釋，他們是「國家構成要素」，因此隨時入境均無須許可）毫無疑問。而這個條文，則從國民之中，挑選出某個族群身分—原籍大陸地區者—，嚴重限制其重要政治權利—服公職權。

其次，雖然這個條文在文義上涉及「大陸人民」，但依理政府並不能以憲法增修條文第十一條「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定」為依據，作為差別待遇之正當事由。

從大法官多號解釋（如釋字四七五、四九七等）來看，凡是立法針對「台灣地區人民」與「大陸地區人民」所為之差別待遇，幾乎均可以此一憲法特別授權規定為正當化事由。在憲法增修條文第十一條的涵蓋範圍內，幾乎不可能有任何法律被宣告違憲。亦即，對「大陸人民」的權利限制，大法官會高度尊重立法裁量。準此，若系爭規定落入憲法增修條文第十一條的射程，則合憲性幾可不受質疑。

然而，本案並無憲法增修條文第十一條之適用。因為該條規範對象，乃是已定居並設籍於中華民國自由地區之「原」大陸地區人民。他們在定位上，已不再是增修條文第十一條所稱之「大陸地區人民」。而是不折不扣的「中華

民國（自由地區）國民」，是可以選總統的「頭家」。無論採一國或兩國論，他們都是釋字第五五八號解釋所稱之「構成國家之要素」。故增修條文第十一條，不得作為限制「原籍」大陸「國民」權利之憲法基礎—其已屬「自由地區人民」了。

那這種對「歸化公民」的差別待遇，能否被正當化呢？回到平等權的脈絡，兩岸關係條例實際上是一種「原始國籍之歧視」（national origin discrimination）。對於因「歸化」而取得國籍之「本國國民」，針對他們的「原始國籍」或「原出生地」，予以差別待遇。此類人民既已定居設籍於中華民國自由地區，卻因其「原籍」大陸而受差別待遇，自屬原始國籍歧視。

無論從國際法或是憲法學理，「原始國籍之歧視」都等同於「種族歧視」而應受最嚴格之審查¹¹。根據我國已簽署並批准之「消除一切形式種族歧視國際公約」第一條對「種族歧視」之定義，即包含此等「原始國籍歧視」¹²。蓋此等不利差別待遇，與基於人種、膚色之歧視待遇一樣，均基於無法改變之屬性（一個人出生時的國籍，通常是無法自行選擇的）歧視本國公民。硬生生在「國家構成員」之中，區分

註11：例如，美國最高法院一向將「原始國籍歧視」視同於「種族歧視」。E.g. Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886); Hernandez v. Texas, 347 U.S. 475 (1954).

註12：其對「種族歧視」（racial discrimination）之定義為：

“any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life”（底線為作者所加）

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, art. I, § 1.

關於我國簽署並批准此一公約之資訊，見外交部網站

<http://www.mofa.gov.tw/webapp/ct.asp?xItem=11466&ctNode=295&mp=1>（最近造訪：2007/6/2）。

出一批「二等公民」。因此在學理上都屬於「惡劣歧視」(invidious discrimination)或「可疑分類」。(suspect classification)

我國憲法學者多亦同意，憲法第七條明定之「男女、宗教、種族、階級、黨派」五項因素，原則上不得作為國家差別待遇之基礎。兩岸條例第二十一條既等同於種族歧視，自應受到「推定違憲」之嚴格審查。唯有其目的符合「極重大之政府利益」(compelling government interest)，其手段又屬「必要或嚴格限縮適用範圍」(necessary or narrowly tailored to)之措施，方能通過憲法之檢驗。

兩岸條例第二十一條之立法目的，或為「維護國家安全」。但僅僅抽象地「宣稱」追求某一偉大目標，並不能通過嚴格審查基準的「急迫重大目的」這一關。政府必須具體說明，這個條文是要具體處理什麼樣的「問題」，而這些問題是否現實存在或有此危險？依此，除非政府能夠說服釋憲機關，「原籍大陸之我國國民」在本質上就有較高「出賣台灣」的危險性，否則光在「目的」審查這兒就可能被宣告違憲。

即便「目的」能夠過關，系爭的「手段」一全面禁止原籍大陸之國民十年內擔任公教職務一恐亦無法通過檢驗。有太多方法，要比兩岸條例第二十一條這種粗糙立法，更能達成目標，卻又不至於造成種族歧視效果。例如，最根本的作法，就是在前端許可入境、定居或設籍之時，審查其「危險性」與「忠誠度」。若對其是否「愛台灣」有合理疑慮，則可不予許

可。在移民決定上，國際公約或憲法均給予政府相當大之裁量權。此外，公務員本受公務員法與刑法之規範，如洩漏國家機密，亦有刑罰等制裁可資因應。不分青紅皂白地排斥原籍大陸之國民擔任公教人員，絕非必要或從嚴限縮適用範圍之手段。

再從所謂「體系正義」之角度分析平等權，亦可看出此一條文之荒謬。系爭條文同條第二項與第三項規定：「大陸地區人民經許可進入臺灣地區設有戶籍者，得依法令規定擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員，不受前項在臺灣地區設有戶籍滿十年之限制（第二項）。前項人員，不得擔任涉及國家安全或機密科技研究之職務（第三項）。」但憑什麼說所有的「公教人員」都比「大學教職」更「威脅國家安全」？既然第二項列舉人員，可以第三項規定確保其不致侵害國家安全，為何不能適用於第一項的軍公教人員？此處顯有矛盾，而構成恣意之差別待遇¹³。

伍、釋字六一八號解釋的論證一規避「平等公民權」

那麼，對於前述的說法，大法官釋字六一八號解釋是怎樣回應的呢？大法官用什麼樣的論理，將「次等公民」的措施正當化？

答案是：大法官根本從頭到尾就沒有理會「次等公民」或「平等公民權」的指摘。既然謝紅梅等已設籍的國民仍然被當作「大陸人」，那差別待遇也就不是問題了。

註13：國籍法亦有限制歸化者服公職權之規定，但僅列舉特定公職項目，而非如兩岸關係條例第廿一條般，禁止擔任所有的公務員。

細觀釋字六一八號解釋之見解，觀釋字六一八號解釋之見解，其推論大致可整理為——

- 一、兩岸條例第廿一條為增修條文第十一條所授權，因此應該從寬審查。
- 二、兩岸條例第廿一條之抽象立法目的一保障國家安全、國民福祉一是正當的。
- 三、「設籍未滿十年之大陸人民」對民主憲政理解不足，要當公務員恐怕力有未逮。
- 四、「設籍未滿十年之大陸人民」融入台灣尚須時間，要當公務員恐怕力有未逮。
- 五、「設籍未滿十年之大陸人民」未必能得到民眾信賴，要當公務員恐怕力有未逮。
- 六、個案審查的行政成本太過龐大，所以統一以「十年」為期，暫緩其享有服公職權。

其實，當大法官引用增修條文第十一條「自由地區人民與大陸地區人民間權利義務關係」來處理，並且採取寬鬆的審查標準（除非有明顯重大瑕疵，否則均尊重立法判斷）的時候，「合憲」的結論已經呼之欲出了。

而這正是我們指摘兩岸條例第廿一條最重要的地方，也是謝紅梅與其他新移民姊妹最忿忿不平之處：等了這麼久，配合那麼多繁瑣的歸

化與居留要件，最後拿到的身分證卻是貶值的，公民身分是次等的！

憲法第二條規定「中華民國之主權」是屬於「國民全體」，第三條則規定「具有中華民國國籍者為中華民國國民」。「平等公民權」的概念¹⁴，在這兩個條文展現得淋漓盡致：只要有中華民國國籍，就是主權者，就是「頭家」。在民主國家「政治平等」(political equality)的誠命下¹⁵，既然憲法沒有明文區分「不同類型與程度的國民」，那麼立法者就不可以創設次等國民。

準此，若國家行為涉及排除部分國民之實質公民地位，使其實際上無法有效行使公民權利，那就構成國家「機關」對「主權者」的異化反噬，拒絕承認「全體國民」的頭家地位。對於這種「排拒國家成員」的國家行為，釋憲機關絕無放水之藉口，應採「當然違憲」或至少「嚴格審查」之立場。

我們不得不承認，立法機關在「國家成員界定」上，具有相當高的立法形成自由，因而在「國籍」、「移民」、「外國人入出境」等事項上，司法釋憲機關通常相當尊重立法者代表國

註14：平等公民權之概念，可參閱廖元豪，〈建構以平等公民權 (Equal Citizenship) 為基礎的人權保障途徑：對傳統基本權理論之反省〉，發表於國立中央大學法律與政府研究所主辦之「第一屆法律與政府學術研討會：公法與公共政策的整合」學術研討會之會議論文 (2007.5.18)。

註15：關於政治平等與民主政治之不可分關聯，參閱AUSTIN RANNEY, GOVERNING: AN INTRODUCTION TO POLITICAL SCIENCE 113 (5th ed. 1990); Cass R. Sunstein, *Political Equality and Unintended Consequences*, 94 COLUM. L. REV. 1390, 1392 (1994); Edward B. Foley, *Equal-Dollars-Per-Voter: A Constitutional Principle of Campaign Finance*, 94 COLUM. L. REV. 1204 (1994). 中文著作，參閱廖元豪，〈競選經費管制策略之研究：自願公費選舉制度之提出〉，東吳大學法研所碩士論文，頁20-27 (1995)。

註16：美國法上通常稱為plenary power，意指幾近不受限制的廣泛權力。See Collin O' Connor Udell, *Miller v. Albright: Plenary Power, Equal Protection, and the Rights of An Alien Love Child*, 12 GEO. IMMIGR. L.J. 621 (1998); Bosniak, *Membership*, supra note 4, at 1059-65.

民所為之決定¹⁶。移民法上，通常亦賦予行政機關廣泛之裁量權，以決定是否允准外國人入境或驅逐外國人出境。這似乎也是釋字第六一八號解釋的基礎—兩岸關係之處理，必須尊重政治部門。

然而，兩岸條例第廿一條不是「歸化條件」、「外人入出境」的問題，而是不折不扣「本國人如何對待」的問題。如果今天兩岸條例第廿一條處理的是「大陸人民不許入境」或「大陸地區人民不得擔任公職」，那是「外國人（大陸人）人權」的問題。然而，在憲法理論上，「公民身分」具有非常重要的地位。一旦取得公民身分，立法者在所謂「邊境管制」或「歸化」領域的裁量權就消失—如何對待外人，是立法裁量；如何對待頭家，則要受憲法嚴格拘束！

美國學者Linda Bosniak、Michael Walzer等人均主張，「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」的思維與邏輯，不

必要地滲透到不相干的領域去¹⁷。美國聯邦最高法院，也小心翼翼地維護兩者之界限。因此，它一方面承認聯邦有關移民事項的管制，擁有幾乎不受拘束的廣泛權力（plenary power）¹⁸。移民機關依法拒絕外國人入境，無須履行任何程序機制¹⁹。然而，對於已身在美國境內之移民—無論合法或非法居留—若欲予以驅逐出境，皆享有正當法律程序之保障，移民機關不得未經聽證而驅逐之²⁰。而從平等權出發，最高法院更判定州政府不得拒絕外國人領取社會福利給付²¹、不得限制外國人出任無「政治功能」（political function）之公職或工作機會²²、亦不得拒絕給予非法移民之子女免費就讀公立中小學之權利²³。

美國連「境內外人」都要小心翼翼地保護他們的憲法權利，不能動輒用「對外事務」或「國家安全」來欺凌之。而兩岸條例第二十一條與釋字第六一八號解釋，似乎完全不設防地讓「邊境管制」（增修條文第十一條）的邏輯滲透到更應該區隔的「國家主人」身上！持有

註17：See Linda Bosniak, *Membership, Equality, and the Difference that Alienage Makes*, 69 N.Y.U. L. REV. 1047 (1994) 與 MICHAEL WALZER, *SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY* 3-30 (1983)。

註18：See Collin O' Connor Udell, *Miller v. Albright: Plenary Power, Equal Protection, and the Rights of An Alien Love Child*, 12 GEO. IMMIGR. L.J. 621 (1998); Bosniak, *id.*, at 1059-65。

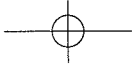
註19：E.g. *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 581 (1950); *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953)。

註20：E.g. *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950); *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903)。

註21：Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971)。

註22：In re Griffiths, 413 U.S. 717 (1973)（不得排除外國人執行律師業務）; *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973)（不得禁止外國人擔任事務官）。所謂具有政治功能之公職或工作，如州警（*Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978)）、中小學教師（*Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979)）。但公證人（notaries public）則不被認為具有政治功能，因此州政府不得排除外國人擔任此等職務（*Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 (1984)）。

註23：Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982)。



全 國 律 師

身分證的「公民」、「頭家」，與「外人」一樣被當賊來防，真是情何以堪？

陸、結論

既然要許可「外人」入籍，就表示接納她／她成為這個共同體的一份子，理當心手相連，享有相同待遇與尊嚴。若對自己國民仍疑神疑鬼，豈不令人心冷？兩岸條例第二十一條，豈不等於告訴這些公民：你們雖然有中華民國國民身分證，但只是試用期的台灣人（probationary Taiwanese）。

在謝紅梅的故事中，我看到台灣的「自由民主憲政」體制，怎樣讓這個努力要做台灣人的新移民，從期待、努力、奮鬥、挫折，到近乎全然失望。當我們的憲法理論實務，欠缺對「平等公民權」之理解時，所造成的就是國民的疏離。憲法本來應該要作為多元社會的最大公約數，但一部排他又分級的憲法，又豈能發揮這種整合作用？一旦「他們」發現國家沒有把他們當作「自己人」，我們又怎能期待他們衷心地認同甚至熱愛這個國家？

國家在要求人家愛國之前，得先問問自己值不值得愛。

