

從「我們的憲法」、「我們」到「我們的釋 憲者」：形塑非國民之憲法上權利主體*

范秀羽**

摘要

我國傳統憲法理論經常將憲法上完整權利主體預設為國民，且其當然受到所有憲法上權利之保障，而僅在個別基本權之保障是否延伸及於非國民，存有不同意見。本文首先自憲法文本及基本原理，論證國民／非國民二元論與憲法權利保障間並無必然關聯，且憲法就權利主體留有一定形塑空間，由釋憲者（而非政治部門）加以解釋。本文再實際檢視相關實定法如國籍法、移民法、戶籍法後，點出傳統之二元論，在現行法的實踐上並非二元，而呈現出光譜般的多重區別，且司法審查也對此一光譜回敬以寬嚴不同之審查密度。隨後本文先分析過去司法院大法官涉及他我之別之憲法解釋，描繪釋憲者就他我之別如何判斷，再透過大法官選任制度，思考釋憲者是否也是此一區別之客體、又對其憲法職務之行使有何影

* 本文曾刊載於臺大法學論叢，48卷1期，頁1-54（2019年）。初稿曾在中央研究院法律學研究所「第11屆憲法解釋之理論與實務研討會」上發表，感謝籌辦人林建志研究員之邀請、該場主持人許志雄大法官與評論人郭書琴教授的啟發、及在場各與會者的精闢提問，對於未能於本文中妥善處理之部分，作者期待在未來研究中繼續反省思考。本文同時也作為科技部計畫105-2410-H-031-008之成果之一，在此由衷感謝計畫參與者楊道弘、劉珞亦、李凝在資料蒐集整理等多方面的盡心協助，當然，本文之文責及所有缺失仍由作者自負。

[責任校對：黃品瑜]。

** 東吳大學法學院副教授。E-mail: hsiuyufan@scu.edu.tw。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/40611112.pdf>。



響。最後本文期許在既有憲法框架下，催生更多元、在地之憲法權利主體。

關鍵詞：憲法權利主體、移民法、公民身分、司法審查、移民管制權力、他我之別。

目次

壹、前言	參、我們：他我之別、國家行為與司法審查
貳、我們的憲法：憲法界分的他我之別	一、現行法制下之他我之別
一、憲法文本的他我之別：外於國籍的權利主體	二、國家行為與司法審查
二、公民身分、人民主權與國家憲法	肆、我們的釋憲者：判斷與被判斷
	一、大法官解釋的他我之別
	二、超越國籍與國族的釋憲者
	伍、結論

壹、前言

採行自由主義式民主（liberal democracy）之當代憲政國家，除了傳統憲政國家對人民自由權利之保障外，也著重分配正義（distributive justice）以及平等的理念（egalitarianism），是故憲政實踐之對象及範疇大小即直接涉關立基於此等理念之憲政應如何被理解乃至實踐¹。臺灣作為中華民國憲法唯一實質有效施行地之新興

¹ Loren E. Lomasky, *Liberalism Beyond Borders*, 24 SOC. PHIL. & POL'Y 206, 207-213 (2007). (點出自羅爾斯 (John Rawls) 正義論 (A Theory of Justice) 以來，當代自由主義之正義觀如何真正被貫徹實踐、應否有無國界之限制即成為無法忽視的重要議題)。

民主國家，個人自由權利與多元族群平等俱為憲政實踐或改革之關鍵內涵²。臺灣於原本之族群多元性外，在過去二十餘年間持續接受外來人口之進入、停留與居住，而益顯開放性多元族群社會之特徵。基此，界定同一憲法所預設之政治共同體（「我們」）以及此外之「他者」——此一「他我之別」之實然與應然自屬極重要且困難的憲法課題。

憲法是一個國家最基本、最重要、最高層級之法規範，而就民主憲政國家而言，憲法是國家成員所制定、並且為了國家成員所制定，例如：「中華民國國民大會受全體國民之付託……制定本憲法³」；「我們，美利堅合眾國的人民……乃為美利堅合眾國制定和確立這一部憲法⁴」；「德意志人民……本於其制憲權力，制定此基本法。⁵」憲法、國家與國家成員三者呈現互相定義的緊密關係：憲法是為了我們的國家而創立、為了我們國家的成員而制定。易言之，憲法不是為了其他國家而創立、不是為了「非國家成員」的「他們」所制定。

即便憲法起始於國家及其初始參與制憲之成員，制定頒布生效後之憲法如何將非成員與成員視為不同之「他」「我」兩者？憲法上「他們」與「我們」之定義是否即以國家政治部門所形塑之國籍為準，而等同於「非國民」與「國民」之區分？又依何等理據，使憲法權利僅保障「我們」而排除「他們」？又即便於憲法層次存在

2 張嘉尹，多元族群、國家認同與台灣的憲政改革，中研院法學期刊，2期，頁113-115、128-129（2008年）（該文論述族群想像、國家認同與憲政之關係，並從領土範圍跟統治正當性來源之改變證立憲法變遷，該文討論雖主要以本／外省人與原／漢兩組族群對立為中心，而未及於本文著重之新移民族群進入後之族群想像與國家認同，但該文連結憲法研究、政治理論與在地憲政現實，點出臺灣作為中華民國憲法施行之民主社會所無法逃避之政治共同體定義問題）。

3 中華民國憲法前言。

4 U.S. CONST. pmbl.（翻譯參考司法院中譯外國法規）。

5 GRUNDGESETZ [GG][BASIC LAW], pmbl., translation at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html.

此一區別，國家實定法制下「他們」與「我們」的他我之別是否真如理論中二元對立、涇渭分明？憲法權利主體之定義是否應儘由政治部門建構、抑或掌司法權之釋憲者有依憲法加以解釋形塑之空間？

具體而言，司法權作為一國家法域內個人權利救濟與實踐之最主要途徑，所有法律上對個人所規範、承諾、架構之權利與法律關係，透過司法權而獲得確保與實踐。位居司法權之頂端，職司憲法與法律解釋之釋憲者，在被允許的解釋空間內，是否能解釋憲法上他我之別並界定憲法權利之主體？中華民國憲法在一個與今截然不同的時空、人口乃至族群組成下制定，更在臺灣歷經長時間且重大的形式上與實質上憲法變遷，制憲時所設想的他我之別顯然未曾預見今日臺灣在全球化趨勢下所面對的多元族群社會，除了任由政治部門形塑國籍與移民等規範，司法及釋憲者在此應扮演何等角色？

以上述之問題意識為出發點，本文於第「貳」章先探究我國憲法所界分之他我之別，先透過憲法文本之分析，論證憲法上他我之別之其他解釋可能性，並檢討我國憲法基本理論多數說所預設之「國民」（有國籍）／「非國民」（無國籍）二元區別，再透過回顧兩種對公民身分之理解——作為一種政治認同（共和模式）或作為一種法律地位（自由主義模式），強調在兩種公民身分觀底下，此一基於國籍之二元區別都與公民身分理論之初衷及自由主義式民主憲政並不相合。反之，對於今日已成為多元族群民主國家之臺灣，憲法未定義而可由釋憲者加以詮釋之「人民」更適於作為憲法上之權利主體。在第「參」章，基於國民／非國民二元區別下，政治部門因而享有形塑國籍法並定義「國民」之完整權力，本文迺從國籍法及移民相關法規等實定規範中論述政治部門所為之他我之分、以及司法權就此所採取之司法敬讓（judicial deference）態度兩者如何嚴重影響個人權利之實現，而使得受制於國籍法與移民法之個人成為憲法權利保障化外之民，與自由主義式民主憲政透過種種建制所

堅持確保之根本價值迥不相合。第「肆」章承接第「貳」章以人民作為憲法權利主體之提議，探討截至今日司法及釋憲者就憲法權利主體與「他我之別」之形塑與判斷。該章節試圖觀察釋憲者在憲法上他我之別之主動與被動地位，其一觀察釋憲者判斷他我之別之主動地位，整理過去到現在之司法院解釋所作出或肯認之他我之別以及此等區別之變化，並試圖檢討大法官在憲法解釋的空間下，形成他我之別的可能原因及必要性之有無。其二則探究當釋憲者作為憲法上他我之別的被動客體時，此等區別與其憲法職權之關聯為何，亦即藉由分析相關法制下對大法官資格所設之限制與期待，檢討不同層次的忠誠義務對大法官職權行使之設想及影響。最末，本於自由主義式之民主憲政觀，在全球人口移動趨勢下，傳統公民概念一再被檢討以及轉型，臺灣亦不能沿用傳統以國籍為中心之憲法觀，本文主張釋憲者應在既有憲法框架下肯認「人民」作為憲法權利主體，並基於憲法捍衛社會少數群體基本權利之使命，積極形塑「人民」做為憲法權利主體此一概念之內涵。

貳、我們的憲法：憲法界分的他我之別

一、憲法文本的他我之別：外於國籍的權利主體

我國傳統憲法學說多半承襲德國基本法之區分，將我國憲法第7條到第22條之各項人民權利義務區分為不同種類之憲法上權利，如先於國家存在之「人權（Menschenrechte或Jedermann-Grundrechte）」及國家所賦予之「國民權（Staatsbürgerrechte，或於德國基本法分類稱Deutscherechte指『德國人的權利』）」等，前者外國人得主張之，後者則否⁶。是故，國籍表彰了憲法基本權之基本資格，具有

⁶ 相關介紹可參見如李惠宗，憲法要義，6版，頁108-109（2012年）；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96-98（2003年）。

國籍之國民享有最完整之一國憲法上權利保障，然後才討論某些基本權之保障是否——例外地——向外延伸至不具國籍者。

基於上述之「國民／非國民」二元區分，於是我國憲法解釋及學說理論上之爭議，多半聚焦於何等憲法列舉之權利屬於「國民權」而專屬於中華民國國民，而何等憲法上權利具有普世性，俾其保障對象除國民外、更及於不具國民身分之外國人。例如李震山大法官曾有兩次協同意見書中都特別就特定憲法上權利之保障是否排除外國人加以討論：「就訴願權與訴訟權之主體而言。受憲法第十六條保障之訴願權與行政訴訟權，是『每個人』的權利，不論自然人或法人、本國人或外國人、成年人或未成年人、大專學生或其他學生皆可享有⁷」；「綜上，人民因特別犧牲而要求國家損失補償之權利，與人性尊嚴、人身自由等憲法保障的自由權利息息相關。此外，該權利保障之層面具有普遍性，除本國人外，原則上亦不排除外國人。再者，該權利又與法治國家中國家責任有關，屬憲政秩序不可缺之一環。該權利從而具有人權品質，應由憲法保障之。⁸」

然而，上述之討論從未質疑憲法權利之保障是否當然始於國籍身分、再向外延伸？有無其他的可能性？在我國憲法下，憲法之權利主體身分是否當然與國籍互相牽連？基於釋憲者於解釋成文憲法時，如無其他憲法解釋及先例之拘束，所直接受到最主要而根本無法忽略之限制當為憲法文本⁹，故而本文於此先暫且不論既有之憲

亦有更細緻的三分法，於人權、國民權外，再區分出門檻更高之「公民權」者，參見如法治斌、董保城，憲法新論，6版，頁148-149（2014年）。對此等基本權區分理論之批評，參見如廖元豪，外人做頭家？——論外國人的公民權，政大法學評論，113期，頁258-270（2010年）。惟上開各論者於其文中除介紹源自德國基本法之區分外，亦有對此一分類適用於我國之當否提出疑問者。

7 司法院釋字第684號解釋李震山大法官協同意見書。

8 司法院釋字第670號解釋李震山大法官協同意見書。

9 成文憲法之解釋工具略有字義、體系、歷史、目的等，釋憲者實際上有選用解釋工具之空間，且解釋結果不必限於單純字義之理解，然而字義之解釋為不可避免之任務，蓋釋憲者無法不附理由作出違背憲法字義之解釋。

法解釋及理論，而重新審視憲法文本之文字，以探求憲法文本下是否存在主體之區分，繼而發掘釋憲者於該文本之框架下存在何等區分主體之解釋可能性。

倘細究我國憲法本文之文字，憲法於指稱權利主體時，計有「國民」與「人民」兩種用語¹⁰，且根據選用時之前後文及脈絡，可以推斷出此二用語並非隨意交錯、互相代用之同義詞，而係有意作成之區別。例如第三章國民大會所有相關條文中，政權之主體為「國民」¹¹；第45條總統被選資格為屆齡之「國民」；第48條總統就職依宣誓之誓詞，乃受「國民」付託，但向「人民」宣誓，增進「人民」福利；第130條規範「國民」屆齡行使選舉權；第152條「人民」應有工作機會；第159條「國民」受教育機會平等等。依上述條文之用語錯列，大致上可以發現使用「國民」之場合與選舉、政治或公民形塑較為相關；而使用「人民」時，往往關涉普遍性且包羅廣泛之生活、福祉或經濟民生事項。

此外，憲法於前言及第2條中使用「國民」二字描述制憲權力來源及國家主權之所有者後，於憲法第3條明確定義「國民」為「具有中華民國國籍者」，但隨即在第二章人民之權利義務之所有條文中描述權利義務主體時，棄用已定義之「國民」而一致¹²改用未

10 「國民」、「人民」二種用語早自民國22年憲法草案初稿即同時存在，歷經起草程序、用語文字修正及多次審查，仍然未有統一用語之嘗試。參見謝振民編，*中華民國立法史*，頁301-339、395-402（1948年）。

11 雖然相較於憲法第62條立法院由「人民」選舉之，代表「人民」行使立法權，與國民大會章所用之用語不同，如果搭配制憲時期前後之憲政實務加以觀察，就可發現立法院於當時無論理論或實際上的定位與民意代表性均遠不若國民大會，反而較偏向為立法專業機關、而非民意機關或是國會，故而於憲法立法院章選用「人民」而非「國民」，仍然可能是有意的選擇。王泰升，*國民黨在中國的「黨治」經驗：民主憲政的助力或阻力*，*中研院法學期刊*，5期，頁170-183（2009年）。關於五五憲草中國民大會與立法院之設計理念與實現，王泰升，*論中華民國憲法的台灣化*，*台灣法學雜誌*，254期，頁33-36（2014年）。

12 雖憲法第7條語句上之主詞為「中華民國人民」而憲法第8條至第22條為「人民」，本文認為應可以理解成為避免語句之無謂重複，而僅在第二章首條中稱

經定義之「人民」¹³。換言之，從字義及體系上來推斷，憲法第7條至第22條有意傳達各項權利義務之主體並非「具有中華民國國籍」之「國民」，而是「人民」¹⁴。

在四十年的憲法凍結以後，民國80年開始之修憲便擔綱對內民主正當性及代表性之建立與強化之重要功能¹⁵，同時由於中華民國憲法現實上也僅可能在臺灣有效施行，四十年的時空斷裂後，憲法亟需變遷，此時修憲更必須處理中華民國憲政秩序及統治正當性的來源問題¹⁶，進而重新定義國家的構成員，是故修憲後條文之文字使用，更具有劃定他我之別的參照意義。前四次修憲後之條文，除依然存有「國民」與「人民」兩種用語交錯使用的情形，文字上更再作出「自由地區人民」與「大陸地區人民」之區別，並以憲法授權立法就大陸地區人民與自由地區人民間之權義關係與事務處理為特別規定，亦即自由地區人民間之權義關係適用原憲法框架下之一

「中華民國人民」，其後條文之「人民」意義上與「中華民國人民」相同，意即與「中華民國」存在一定聯繫之「人民」，但與具有國籍為要件之「國民」不同。蓋若非如此理解，而將憲法第7條與第8條至第22條作不同理解，中華民國憲法之第8條至第22條所規範及保障者即將包含與中華民國不相關涉之所有人類，如此宣示顯然不具實質意義。惟學說上主張語意解釋上應將第7條「中華民國人民」認為係具備國籍之國民之不同意見者眾，參見如許宗力，基本權利：第三講——基本權主體，月旦法學教室，4期，頁80（2003年）；李建良（註6），頁97。

13 惟有與本文對字義理解不同者。例如將憲法第二章與憲法其他章節及第3條國民之定義斷開理解，認為憲法中之保障主體由第二章看來都是「人民」或「中華民國人民」，且即便憲法用語沿用過去憲法草案之規定，從憲法史上仍無法得知「人民」是否僅指具我國國籍之國民，但認為從字義上「我國國民為基本權享有主體，乃『無庸置疑』」，參見陳慈陽，憲法學，3版，頁504（2016年）。

14 惟亦有對相同文字有其他解讀者，如認憲法第7條之主體為「中華民國人民」，與第8條至第22條之主體為「人民」不同，而認單純文字解釋將導引出平等權之主體限本國人，而其他權利均包含外國人在內，參見李建良（註6），頁97，惟該文復主張外國人解釋上不宜享有工作權、受教權與參政權，故權利主體之問題不應取決於憲法文字、而應訴諸理論。

15 葉俊榮，九七憲改與臺灣憲法變遷的模式，臺大法學論叢，27卷2期，頁10-15（1998年）。

16 張嘉尹，憲政改造的途徑選擇：以台灣憲法變遷為脈絡的思考，收於：張文貞、葉俊榮編，新興民主的憲政改造，頁98-104（2008年）。

般規定，而得以大陸地區人民之身分為其創設特別規定¹⁷。民國88年第五次修憲後，增修條文第10條之基本國策，同一條中各項亦出現「國民」及「人民」之並用情形，例如：應扶助「人民」興辦之經濟事業，優先編列「國民」就業之救濟支出，保障扶助澎金馬地區「人民」之發展，而保障僑居國外「國民」之政治參與。由此觀之，修憲者仍然保留了「國民」及「人民」二者用語上區別，故而於語及「國民」之事項應以中華民國國籍為前提，其餘則以「人民」為已足。另外值得注意者，於民國81年第二次修憲總統改為全體人民直選及民國94年第七次修憲廢除國民大會後，修憲案、正副總統選舉、立法委員選舉之投票權人原則上俱為「自由地區」之「人民」，而非「國民」，故於語意上，甚至有可能將政權之主體解釋為已與國民大會時期不同，從具備國籍之國民成為「人民」。

由上開分析可知，即使憲法中對「人民」未有明確定義，「人民」在文義理解上必須與已經憲法定義之「國民」為不同之概念¹⁸。又「自由地區」之用語，如觀察數次憲法增修條文中就自由地區立

17 憲法增修條文第11條文字為：「自由地區與大陸地區人民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。」大陸地區與大陸地區人民間權利義務關係及事務處理，應可理解為憲法增修條文基於統治權及憲法適用上之不可能，無需規定。本文於送審他刊時，匿名審查人之一點出修憲時「自由地區人民」與「大陸地區人民」之區別，很可能是當時修憲過程中刻意藉此迴避／模糊中華民國國民的（重新）認定問題所致，故而本文忽略其他素材，僅以文義加以理解，恐有去歷史化（ahistorical）之問題。本文同意單純文義解釋確實存在去歷史化之問題，然而本文認為所以修憲過程中使用刻意模糊之用語，正是因為於修憲當時「中華民國國民的（重新）認定問題」仍然存在爭議之故，是以縱然採取歷史素材作為解釋之輔助資料，也難將文義上存在之「大陸地區人民」斷然排除在憲法主體或是「國民」之討論外。此外，就本文主要論點而言，（未實際參與臺灣在地憲政社會之）大陸地區人民至多僅具「名義上的」憲法上之主體地位，此一主體地位之意義一則不在本文討論範疇內，二則更彰顯出國籍無法辨識出在地憲政社會成員之問題。

18 同此見解者，參見李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48期，頁55-56（2003年）。（該文更進一步認為「人民」一詞得解為「在中華民國憲法有效施行領域中之人民，包括本國人與外國人或無國籍人，以及領域外具有中華民國國籍之人，以有別於國民及公民。」）

法委員選區及應選名額分配之描述，「自由地區」即指「臺澎金馬」，且與「僑居國外」者不同，故「自由地區」並非「大陸地區以外之世界上其他自由地區」，換言之，「自由地區人民」六字已將「僑居國外國民」排除在外。至於自第三次修憲開始，就總統副總統選舉之選舉人所增加之「在國外之中華民國自由地區人民」用語，其指涉意義應同於自第一次修憲案開始之立法委員選舉之「僑居國外國民」選舉人，即以住居國外但具備國籍者為對象，而非表示「自由地區人民有些在國外、有些在國內」，否則即與前述「自由地區人民」應排除「僑居國外國民」之語意互相矛盾。

此外，從憲法文本上來看，於七次修憲後，憲法權利主體之核心為「人民」，而非具有國籍之「國民」。復根據憲法文本之分類，權利主體有以下概念上的可能性：兼具國民身分之自由地區或大陸地區人民、不具國民身分之自由地區或大陸地區人民、不具人民身分之國民共五種，而從憲法上權利主體性之完整程度加以排列，從完整到片面可能呈現以下順序：（1）兼具國民身分之自由地區（臺澎金馬）人民 > （2）不具國民身分之自由地區（臺澎金馬）人民 > （3）不具人民身分之國民 \geq 或 \leq ¹⁹（4）兼具國民身分之大陸地區人民 > （5）不具國民身分之大陸地區人民。當中「不具人民身分之國民」應至少包含憲法文本中所稱之「僑居國外國民」。由此以觀，上述順位（2）即為「不具中華民國國籍之臺澎金馬人民」，而可以經由解釋納入實際參與臺澎金馬憲政社會之外國在地居民。故而，此一順位（1）至（5）之排列即點出一個重要的憲法

¹⁹ 至於其中順位（3）不具人民身分之國民（即僑居國外國民）與順位（4）兼具國民身分之大陸地區人民兩者，其憲法上主體性較難加以比較，蓋就憲法文本文義而言，人民為憲法第7條至第24條基本權利義務之主體，而於七次修憲後更成為政權之主體，致使僅具國民身分者主體性遭到弱化，然而，由於增修條文第11條授權立法得基於大陸人民身分為「特別之規定」，渠等憲法權利主體性之削弱程度繫諸此處憲法授權的範疇及寬嚴之解釋，亦即究竟此間「特別之規定」是否得偏離於第二章基本權保障、又容許何等程度之偏離，已非探究文義所能解答。

從「我們的憲法」、「我們」到「我們的釋憲者」：
形塑非國民之憲法上權利主體

565

上權利主體之文義上解釋可能性：臺澎金馬憲政社會之在地成員（順位（2）），無論其國籍為何，其於憲法上之主體性至少應優於名義上具有國籍未實際參與在地憲政社會之僑民（順位（3））或大陸地區人民（順位（4））²⁰。

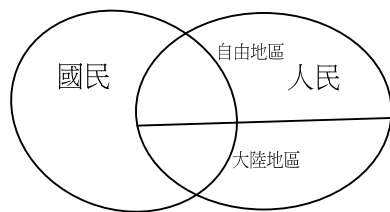


圖1 國民人民關係圖之一

資料來源：作者自繪。

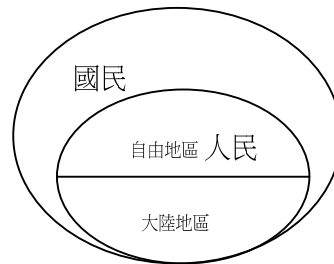


圖2 國民人民關係圖之二

資料來源：作者自繪。

綜上所述，憲法文本中的他我之別，有兩個特徵：第一、憲法之權利主體並不必然以國籍為前提，甚至國籍之具備亦不必然表彰完整之權利主體性；第二、文本中之他我之別並不呈現「非我即

²⁰ 本文於送審他刊時，匿名審查人之一提出此五分類排序是以中華民國主權及於「大陸地區」為前提，並質疑此一前提在憲法釋義學上能否成立，就此疑惑，本文特於此處稍做釐清：此一排序並非本文之規範上主張，而僅是根據我國現有憲法規範文本所為之整理，現有憲法文本確實隱藏了（即便與憲政現實脫節之）「中華民國主權及於大陸地區」此一主張，故此排序僅是忠實呈現文本之預設，並未主張或肯認「中華民國主權應及於大陸地區」。本文呈現此一排序之目的在彰顯順位（2）「外籍在地成員」之憲法主體性優於順位（3）「國外定居僑民」及順位（4）「大陸地區人民」乙事，至於順位（3）、（4）所應獲得之憲法主體性為何，又或者應如何實現，並非本文所問也非本文之論述重點。然而，本文亦未排除順位（3）或（4）因未實際參與在地憲政社會而成為（2）之可能性，就此，與本文對憲法解釋雖然不同，然立場與結論卻類似者，可參見，如李建良，公民權的檢討（POD），頁14（2006年）：「……中華人民共和國目前似乎與台灣處於一種『敵國』狀態，但是否必須完全『禁絕』其國民成為我國國民的可能性，仍有斟酌的空間。畢竟『人民』與『國家』乃是兩組不同的概念，中華人民共和國與台灣處於敵對狀態，並不表示其人民與台灣亦是敵對。」

他」之二元區分，而是多層次、交叉定義的複雜成員認同 (membership identity)。於是，在憲法解釋上，「人民」既然不等同於「國民」，其憲法層次之定義至少有兩種文義可能性：其一，「國民」與「人民」是憲法上不同的概念，故而存在「非國民之人民」也存在「非人民之國民」(圖1)；其二，所有的「人民」仍然都以具備「國民」身分為前提，「人民」較「國民」包含更窄、門檻更高，而人民與國民概念之區分只在於劃分出「非人民之國民」(圖2)，而依憲法文本，「非人民之國民」可以「僑居國外國民」為其一例。此兩種符合憲法文本、概念上之文字解釋可能性，有著截然不同的結果，前者(圖1)在傳統受限於國籍之「國民」身分以外，肯認了未經憲法定義之「人民」作為憲法主要的權利主體。而後者(圖2)則不但延續了傳統上以國籍作為憲法權利保障的先決條件之思維，甚至容許憲政實踐上，在國民當中區分出更高一階的「人民」²¹，而可能催生不具「人民」資格之國民的「次等國家成員」，而較傳統憲法理論之「國民／非國民」二元區分更為狹隘及排他，或許傳統二元區分之所以脫離文義解釋(並主張就部分權利例外保障外國人)即在避免如後者(圖2)之解釋結果。

相對地，先將憲法權利主體界定為「人民」，再透過前者(圖1)之理解方式使憲法權利主體脫離政治部門對國籍之定義，釋憲者及司法權即能從憲法層級詮釋與形塑憲法權利主體之概念。本文

21 事實上，現行戶政法制之實踐與此類似，將戶籍作為比國籍更高之身分門檻，即將戶籍法第1條規定「『中華民國人民』戶籍之登記……」實踐為「中華民國國民始得登記戶籍」，而不具中華民國國籍之人，不論有無在臺居留之權利，皆無從依戶籍法為「戶籍登記」(如外籍配偶僅會顯名在戶口名簿之配偶或父母欄、但不會呈現為現住人口之一)或取得身分證，如此一來，具有戶籍及身分證之國民其權利保障地位即較單純具有國籍之無戶籍國民為高，然若依照本文所主張之解釋方式，包含外籍配偶在內等外國在地居民，既有在地居住及生活事實，均屬「中華民國人民」，當然應納入戶籍登記之中。學說上另亦有將國內現行此種國籍、戶籍、居留三層次區別系統析論為人民與國家之三種連結者，參見李建良，人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索：兼論台灣入籍的起承斷續問題，臺大法學論叢，36卷4期，頁8-32(2007年)。

認為前者對於臺灣此一秉持自由主義式民主觀（liberal democracy）並持續接受外來移民之當代多元認同國家而言，恰好是重新檢討、甚至揚棄傳統憲法理論在繼受憲法學時所隱含之舊有國族主義（nationalism）預想之重要契機，憲法權利之保障與實現並無須固著於七十年時空變異前所設想之中華民國國籍身分之上，而能真正落實在確實參與臺灣憲政民主之當下在地成員。故本文將於以下討論中，以此作為發展後續論述之起點。

二、公民身分、人民主權與國家憲法

當代自由主義式民主國家強調對全人類之平等尊重（equal respect）以及開放社會（open society）的理念，而盡可能杜絕僅依個體之先天差異作出法律上權利有無之歧視待遇，如以出生時的偶然事實（出生地*jus soli*或血緣*jus sanguinis*）所決定的公民身分作出區分、並將區分出的他者（others）拒卻在社群及人權保護外，與自由主義式民主之本質似乎有所違背²²。此亦為我國傳統學說上，於詮釋基本權享有主體時，許多主張超越成文憲法單純文義解釋而應就各基本權之性質個別加以判斷者所持之論據，如：「然此種基本權保護領域如限縮到如此之範圍，實無法實現基本權在今日民主立憲國家所應有的作用與憲法上之價值決定。因此，我國憲法上之自由權利的享有主體應從各該基本權實質內涵來作決定之依據²³」；「外國人雖不得享有如遷徙自由、工作權或集會遊行權，但可否從憲法第二二條導出一般的行為自由，以作為上述自由的憲法基礎？在人權保障與法治主義逐漸已成為普世價值的今日，本文傾向肯定見解²⁴」；「而排除外國人之適用，將得到外國人在我國若受不平等

22 See, e.g., AYELET SHACHAR, THE BIRTHRIGHT LOTTERY: CITIZENSHIP AND GLOBAL INEQUALITY 21-22, 73-74 (2009). See also BRUCE A. ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE 89-95 (1980).

23 參見陳慈陽（註13），頁504。

24 參見李建良（註6），頁99。

對待應屬合憲之結論，此除有悖國際人權規範、不合文明國家標準外」²⁵。

然而，基於權利與資源之稀少性及國與國間之資源多寡差異等現實，一國資源與法律權利之受享者仍無法不作限制，又基於各國在現實上各有其所能施行有效統治之範圍，任一國允諾無國界無差別對全人類權利保障也毫無實現之可能，是以國界與公民身分（citizenship）²⁶之劃定是無法否認之必然²⁷，換言之，國家仍需就本國憲法法制保護內外之個體作出他我之別。然而，此一公民與非公民之他我之別應如何劃定？公民身分是否即等同於國籍？就此，本文從兩個方向進行思考：其一以公民身分作為一種政治共同體之認同（identity）來思考公民身分是否必須等於（由政治部門所定義之）國籍；其二則以公民身分作為一種對國家主張權利（rights）之法律地位（legal status），來思考公民身分是否必須等於（由政治部門所定義之）國籍。本節將依序討論之。

25 參見李震山（註18），頁56。

26 公民身分（citizenship）在現今學理的討論下，被區分出許多概念上可能的面與層次，例如文化公民身分（cultural citizenship）、全球性公民身分（global citizenship）、族裔公民身分（ethnic citizenship），甚至外籍公民身分（alien citizenship）等，然而本文中所採用之公民身分（citizenship），在未加其他前置形容詞時，意指社會科學在古典意義上的公民身分，即共同體（community）之成員身分（membership），兼含政治共同體（political community）及同一社會（common society）下之成員身分概念。對公民身分（citizenship）之學理上爭議及意涵共識可參見LINDA BOSNIAK, THE CITIZEN AND THE ALIEN: DILEMMAS OF CONTEMPORARY MEMBERSHIP 18-20 (2006)。

27 參見如Christian Joppke, *Immigration Challenges the Nation-State*, in CHALLENGE TO THE NATION-STATE 5, 7 (Christian Joppke ed., 1998). (“In a world of scarce resources, rights are costly, and they can never be for the whole world. Spreading rights more evenly requires slashing existing privilege.... This is precisely why immigration is even more jealously rejected by developed welfare states, which would go bankrupt overnight if literally everyone could reap its benefits.”) 又如Peter H. Schuck, *Membership in the Liberal Polity: The Devaluation of American Citizenship*, 3 GEO. IMMIGR. L.J. 1, 1-18 (1989).（在國界存在之現實下，點出美國作為一個自由主義式民主國家，因為對合法居民（legal resident）權利保障之擴張導致其公民身分（citizenship）的相對邊際價值之減損，進而憂心因此導致之問題）。

公民身分作為一種政治共同體之認同 (identity)，可以稱之為一種共和模式 (republican model)²⁸之公民身分。最早始自亞里斯多德 (Aristotle) 對集體決策與自治之理解，嗣後再經盧梭 (Jean-Jacques Rousseau)、馬基維利 (Niccolò Machiavelli) 等延伸論述，公民身分作為一種認同，其重點自然在於公民之政治參與 (political engagement)。這種公民身分之理解，對當代之自由主義式民主政體來說，即體現在民主政體奠基於上之人民主權原則 (popular sovereignty)²⁹。人民主權原則劃定政治共同體之成員，同時將這些成員作為政治共同體所欲保障之對象。此處主權 (sovereignty) 乃指對內統治的最高權力，而民主政體與君主制政體最大之不同，即在主權在於公民、國家為公民所共治，故倘若無法定義出有限之公民，國家主權即無法清楚地被歸屬、政治共同體也無法清楚地被定義。易言之，為了政治共同體之存在，定義政治共同體的成員乃屬當然之事，而在定義的過程中，納入 (inclusion) 與排除 (exclusion) 乃屬當然之事，獲得納入的成員即為公民 (我)，遭到排除者即為非公民之他者 (他)。例如德國法學家 Carl Schmitt 所主張，政治共同體存在之本旨就在於排他，劃分政治上的他者與我，不必基於道德上、美學上、經濟上或是任何其他差異，政治體之外人 (外國人) 的本質就是他者、外人、歧異的，而無需尋求其他理由，即可排他或與之衝突³⁰。又例如美國聯邦最高法院

28 相關理論之發展、統合及耙梳可以參見 Richard Dagger, *Republican Citizenship*, in *Handbook of Citizenship Studies* 145, 145-48 (Engin F. Isin & Bryan S. Turner eds., 2002).

29 Popular sovereignty 亦多有翻譯為「國民主權」者，此種翻譯更直接將我國傳統憲法理論用語與 popular sovereignty 此一理論作連結，然其實原文之 popular 是中性詞，僅係人民 (people) 之形容詞，並未包含有國籍 (nationality) 或是公民身分 (citizenship) 之暗示。翻譯為「國民主權」者參見，如，蔡宗珍，國民主權於憲政國家之理論結構，月旦法學雜誌，20期，頁31 (1997年)。(「『國民主權』的理論下，政治上的統治力最終都應回溯到國民，國民之外再無更高的統治力基礎……」)。

30 CARL SCHMITT, *THE CONCEPT OF THE POLITICAL: EXPANDED EDITION* 26-27 (George

Byron R. White大法官嘗於其主筆之多數意見書表示：「自主治理，無論直接自治抑或透過代表，必始於定義受治者同時亦為統治者群體之範疇：外國人本於定義就是此一群體以外的人（Aliens are by definition those outside of this community）。³¹」故而於許多憲法理論及國家法討論脈絡中，本於對共和模式公民身分的預想，通常不假思索、慣常性地判定，凡涉及人民主權與定義政治共同體之場合，對非公民之差別待遇即具有一定之正當性³²。從另一角度而言，凡憲法權利與人民主權與政治權力歸屬之關聯性越高，當然惟公民始得享有³³。

Schwab trans., University of Chicago Press 2007) (1932). (“The distinction... can exist theoretically and practically, without having simultaneously to draw upon all those moral, aesthetic, economic, or other distinctions. The political enemy need not be morally evil or aesthetically ugly; he need not appear as an economic competitor, and it may even be advantageous to engage with him in business transactions. But he is, nevertheless, the other, the stranger; and it is sufficient for his nature that he is, in a specially intense way, existentially something different and alien, so that in the extreme case conflicts with him are possible. These can neither be decided by a previously determined general norm nor by the judgment of a disinterested and therefore neutral third party.”)

- 31 翻譯為作者所製，原文原段落請參見Cabell v. Chavez-Salido, 454 U.S. 432, 439-40 (1982). (“The exclusion of aliens from basic governmental processes is not a deficiency in the democratic system but a necessary consequence of the community’s process of political self-definition. Self-government, whether direct or through representatives, begins by defining the scope of the community of the governed and thus of the governors as well: Aliens are by definition those outside of this community.”)
- 32 美國聯邦最高法院保守派前大法官William Rehnquist在反對該院多數意見將外國人當成平等保障違憲審查下之嫌疑分類（suspect classification）時，就曾主張本國人、外國人之區分是在美國憲法層次就存在與承認的分類，並認為美國憲法文本中有多達十一處作出此種區分。Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634, 651 (1973) (Rehnquist, J., dissenting). (“The Court... fails to mention, let alone rationalize, the fact that the Constitution itself recognizes a basic difference between citizens and aliens. That distinction is constitutionally important in no less than 11 instances in a political document noted for its brevity.”)
- 33 基於主權理由認為一定基本權只限於本國公民享有者可參見，如李建良（註6），頁97。（「入境涉及一國主權的行使，除非是該國的構成員（國民），否則不應當然享有一基本權利。」）該文中也直接將此本國公民之概念等同於具有國籍者。

然而，國家對內最高之統治權力來自構成政治共同體之公民，並不必然表示公民身分必須被用來排除任何「非公民」之憲法主體性，更不必然表示公民身分僅能等於（由政治部門所定義之）國籍。首先，享有憲法上人民主權之「公民」究竟為何，已經是具有爭議之概念³⁴。第一、如以形成憲法決定來看，顯然應以過去（如制／修憲時行使制／修憲權者）、而非現在之公民為準³⁵，而此點對中華民國／臺灣，尤其就憲法本文來說，當時形成制憲憲法決定之公民更與如今實際參與民主憲政之群體在諸多層面上都有極大的差距；第二、如以形成當下之政治決定如選出代議士及執政者來看，現實上也不一定當然包含現在擁有國籍之所有國民（例如因年齡或其他因素被排除行使政治權利者）；第三、如以實際公共決策之參與與思辨來看，在多元民主管道與公眾議題並存的今日，積極之政治參與絕不限於選舉時之投票、參與者更不限於國民³⁶，換言之，由政治部門形塑之國籍並無法定義出一個有限的、在當下的憲政實踐進程中實際享有並行使政治權利、參與民主思辨的群體。再者，國籍之有無與得喪變更，通常是經由現在之立法機關透過國籍法等法律加以規範，充其量僅能說是現在具有投票權之公民中相對多數其代表之決定³⁷，似乎不應向上定義憲法層次之成員身分（membership）：公民（並同時排除非成員之他者），倘若考量憲法

34 參見許志雄，第四單元：國民主權，月旦法學雜誌，45期，頁104（1999年）。（提出至少有全體選舉人說、全體國民說與折衷說三種主張。）

35 參見蔡宗珍（註29），頁33-34。（「國民主權的意涵於憲政國家下可說僅止於『建構與證立憲法』此一近乎象徵性的意義上。國民主權的內涵，實質上是被化約為國民的制憲權一次性的行使」。）

36 關於無投票權移民透過投票以外之各種方式進行活躍之政治參與並實際推動政治與法律之改變，已有眾多研究成果資證，可參見，如 S. KARTHICK RAMAKRISHNAN, *DEMOCRACY IN IMMIGRANT AMERICA: CHANGING DEMOGRAPHICS AND POLITICAL PARTICIPATION* (2005); Kathryn Abrams, *Performative Citizenship in the Civil Rights and Immigration Rights Movements*, in *A NATION OF WIDENING OPPORTUNITIES: THE CIVIL RIGHTS ACT AT 50*, at 1, 1-28 (Ellen. D. Katz & Samuel R. Bagenstos eds., 2016).

37 參見許志雄（註34），頁106。

權利及違憲審查本就具有抗多數決之角色及使命，藉由立法部門來將社會上之移民弱勢群體排除在憲法權利主體之外，更與憲法保障人權之本旨有間。最重要者，共和式公民身分及人民主權概念之歷史起源既在於一反過去君王主權論，而強調受治者（the governed）與統治者（the governor）之同一³⁸，則既然一國家於該國憲法效力所及範圍內，不可能主張不具國籍之在地外國居民不受本國法制拘束，顯然非國民之外國在地居民亦在受治者之列，如此一來，僅以國籍將其排除在表彰統治權力之憲法以外，也將悖於共和式公民身分及人民主權概念之原意。

不同於上述之出發點，公民身分也被論作一種對國家主張權利（rights）之法律地位（legal status），而此可稱為一種自由主義模式（liberal model）³⁹之公民身分。此種公民身分觀強調公民身分即為主張權利之資格（entitlement），公民身分也就是社會成員資格（social membership），而其最重要的意義就在於確保社會成員向國家主張權利之資格。當《促生經濟社會文化權利國際公約》（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights）之社會學家Thomas Humphrey Marshall在耙梳19世紀社會階級與公民身分（citizenship）之歷史發展、並倡議一個強化社會權（social rights）保障的20世紀公民身分時⁴⁰，此一作為權利保障前提的公民身分，是基於涵容性（inclusiveness）與平等原則（egalitarian

38 參見李鴻禧，國家主權與國際社會淺說，月旦法學雜誌，20期，頁14-16（1997年）。或參見國民主權說思潮之始，盧梭（Jean-Jacques Rousseau）於社會契約論（Social Contract）中之名句：“The people, being subject to the laws, ought to be their author.” 嗣更由Seyla Benhabib改寫成 “[A]ll those who are affected by the consequences of the adoption of a norm have a say in its articulation.”, SEYLA BENHABIB, THE RIGHTS OF OTHERS: ALIENS, RESIDENTS, AND CITIZENS 218 (2004).

39 相關理論之發展、統合及耙梳可以參見Peter H. Schuck, *Liberal Citizenship*, in HANDBOOK OF CITIZENSHIP STUDIES 131, 131-35 (Engin F. Isin & Bryan S. Turner eds., 2002).

40 Thomas Humphrey Marshall, *Citizenship and Social Class*, in CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS AND OTHER ESSAYS 1, 1-85 (Thomas Humphrey Marshall ed., 1950).

principle) 的公民身分，是意在打破原本一國內之社會階級，而主張國家有義務將社會經濟權利擴展到所有具有公民身分的各階級人士上。換言之，此處之公民身分是原先被排除之社會弱勢（如工人階級）向上主張權利之所據，意在賦權、而非限制，意在實現平等、而非創造不平等。然而在二次世界大戰後、人口遷徙容易且頻繁的今日，公民身分與國籍依然在憲法內外的各個場域被作為權利之前提，但憲政與社經均已高度發展的國家，為了限縮主張權利者的數量，以此一公民身分對外排除之用意，已遠大於原本所欲追求之涵容與賦權。如公民身分社會學家William Rogers Brubaker所直指：「在全球觀點下，公民身分作為穩固社會壁壘（social closure）的有力工具，屏蔽繁榮國家免於窮苦移民（之侵擾）。⁴¹」質言之，公民身分之出現是用來將原先僅限於少數人享受的權利普及到社會上之所有階級和群體，國籍或許曾經是用來判斷公民身分之方式，但公民身分不必然只能夠以國籍來認定、憲法權利保障與國籍之相互連結更非絕對，而如今以國籍作為憲法權利之排除性要件，去排除如在地外籍居民在內等實際社會成員其享有憲法權利之資格，顯已偏離倡議公民身分與憲法權利此一連結之原初用意。

綜上所述，對採行自由主義式民主之憲政國家而言，將國籍作為認定公民身分之判準、再進而作為憲法權利保障之前提，究其理論之本，可能有兩個源頭，其一為共和模式之公民身分觀及人民主權，其二則是自由主義模式下蘊含社會權利之公民身分觀，惟兩者之歷史背景及根源都在於挑戰原先封閉的權力體系，俾使權力及權利之分享更符合平等（egalitarian）及民主（democratic）之原則，意在向外擴展及包含，而非對外限制或排除。此外，在高度全球化及國際整合之今日，舊時源於戰時以民族國家（nation-state）為關

41 William ROGERS BRUBAKER, CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND GERMANY, at x (1992). (“In a global perspective, citizenship is a powerful instrument of social closure, shielding prosperous states from the migrant poor.”); See also *id.* at 21-34.

懷核心，而理所當然地判定「非我即敵」之思考，也恐怕因不合時宜而需要重新檢討或另覓正當性基礎，此即有論者如社會學家 Yasemin Soysal 所提出之後國家成員身分（postnational membership）之因，其主張成員身分仍然可以如 Thomas Humphrey Marshall 所言地蘊含權利，然而此一作為權利主體成員身分之認定，應以普遍個人身分（universal personhood）為依據，而非過去以共享之國格（shared nationhood）為本⁴²。承前述，既然我國憲法文本有其他的解釋可能性、既然傳統二元區分論者也時常強調應該例外將保障擴及於外國人，益徵我國憲法以國籍作為憲法權利保障之門檻並非必然。簡言之，無論追究歷史上理論之始，或是參酌時代變動後的現狀，憲法權利依附於立法者所建構之國籍之上之假設，顯然並非當然，而有調整或甚至捨棄之可能性與需求⁴³。

參、我們：他我之別、國家行為與司法審查

「民族國家之成員身分，根據最典型的理想範例，應為平等主義式的。僅有一種具備完整成員身分之地位，而別無其他（除了正在轉型中的孩童及等待歸化程序者以外）。由一基準開始再連續漸近以光譜區分成員身分地位是不能被接受的。⁴⁴」

42 YASEMIN NUHOĞLU SOYSAL, LIMITS OF CITIZENSHIP: MIGRANTS AND POSTNATIONAL MEMBERSHIP IN EUROPE 139-43 (1994).

43 類似主張，參見如，許志雄（註34），頁107-108。（重新省思全球化趨勢下當代國際及各國政經之劇烈轉型，提出「國家主權相對化」及「人權國際化」之概念。）

44 William Rogers Brubaker, *Immigration, Citizenship, and the Nation-State in France and Germany: A Comparative Historical Analysis*, 5 INT'L SOC. 379, 380 (1990). ("Membership of the nation-state, according to the ideal-typical model, should be egalitarian. There should be a status of full membership, and no other (except in the transitional cases of children and persons awaiting naturalisation). Basic and enduring gradations of membership status are inadmissible. This norm derives, most immediately, from the French Revolution, which opposed a unitary, unmediated,

一、現行法制下之他我之別

承前所述，源於民族國家思考的傳統憲法解釋與理論，其將公民身分（citizenship）等同國籍所建構出來之他我之別，大抵是以國籍之有無區分本國人與外國人，區分效果則是以國民作為最完整之憲法權利主體，再就特定權利分別考量是否將保障延伸至非國民，而如前述，既然公民身分創設的目的是在打破舊社會高低階級之區分，是基於平等主義，則國民彼此之間或是外國人之間，原則上是完全平等、不再作等第區分的。

在憲法理論所建構出來的國民／非國民二元區分下，「國籍」成為憲法權利保障之前提，然而憲法第107條規定國籍法由中央立法並執行之，使得政治部門透過立法及各種行政行為建構出取得國籍、成為國民前的重重關卡，也創造出各種對應不完全權利保障之次級身分。於是，實際檢視包含入出國及移民法、國籍法、戶籍法等在各領域之現行法制，傳統二元區分所立基之平等主義精神與價值，並未獲得實現；相反地，在憲法層次將國籍作為權利保障之大前提後，經由政治部門對國籍身分之重重建構，憲法下之權利保障並不只是非國民與國民的簡單二元對立，而是呈現光譜上漸次變化的多重區別，而每一重區別之劃定及因此產生之差別待遇，卻因為僅被認為國籍身分之形塑、不屬於權利之侵害，而不再需要通過包含平等權在內之各種憲法權利保障之嚴格檢證⁴⁵。

undifferentiated, and therefore (formally) egalitarian conception of state-membership to the plural, differentiated, essentially inegalitarian ancien-regime notion of state-membership as mediated by corporate bodies.”)

45 本文於他刊審查中，匿名審查人之一對本文「貳、一」中所歸納出之憲法主體性的多層次區分與本文在此於「參、一」中所批評之現行法制下之多重區別兩者間之關係有所疑問，就此，本文特此稍作釐清：本文「貳、一」是在找出現行憲法規範底下之文義解釋可能性，而此處「參、一」是現行實定法制建構及實踐下之現實。換句話說，「貳、一」是本文試圖找出憲法規範文本中之「應然」，「參、一」則是現行移民法制在實踐上之「實然」，兩者間可謂沒有邏輯上之關係或是明顯之因果關係。然而，本文主張因有「貳、一」所容許之解釋

(一) 空間、法律與時間

現行實定法下，如以下示意圖3，個體從外國人身分開始到具備「真正的」本國人身分為止，實際上除了非國民與國民兩者以外，還存在許多其他之身分區別。境外的外國人一旦具有計畫進入我國國境的移動意圖後，即得依外國護照簽證條例向外交部申請簽證之核發，並依原國籍之不同再加以區分，各受有截然不同之程序與待遇⁴⁶，嗣後，具有移動意圖之外國人，即被區分成「被拒發簽證者」與「獲核發簽證者」，且依外國護照簽證條例第12條規定，拒發簽證時，得不附理由。持有簽證之外國人如實際移動至國境前，再依入出國及移民法第18條申請入國許可，依該條第1項及第2項之禁止入國事由，進入國境前之外國人被區分為「禁止入國者」與「許可入國者」。進入國境後，嗣依入國原因為何及移民意圖之有無等，分為依親者、白領工作者、藍領工作者、投資人、公司負責人、高級專業人才等等身分，各自遵循不同之移民管制規範及程序，再據入出國及移民法區分為停留許可者、居留許可者、永久居留者，或依國籍法申請歸化者。至此都是實定法對非國民之身分區

空間存在，釋憲者更有機會可以在憲法規範下肯認非國民之憲法上權利主體地位。至於釋憲者是否可以完全悖於憲法規範之文本作解釋？例如憲法文本明確表示憲法基本權利僅及於具備國籍之國民，本文認為釋憲者似乎就難以作相反之解釋，然而政治部門依然可以透過對國籍之定義和操作去開展「參、一」底下的多重區別，故本文在第參章即在批評否定此一任由政治部門定義權利主體之現狀。相對地，「貳、一」解釋空間之存在因此容許了釋憲者（在合於憲法平等權之前提下）開展出其他之憲法上他／我區分。

⁴⁶ 相關討論，參見如，范秀羽，移民事務之判斷餘地與司法退讓／最高行105判字420判決，台灣法學雜誌，314期，頁167-169（2017年）（以下簡稱：范秀羽，移民事務之判斷餘地與司法退讓）；范秀羽，羊頭狗肉之「簡政便民」／最高行104判字743判決，台灣法學雜誌，305期，頁165-166（2016年）；又相關依國籍作出區分之規定可參見外交部領事事務局，特定國家人士來臺申請停留簽證手續，<https://www.boca.gov.tw/cp-36-40-0b0c6-1.html>（最後瀏覽日：2018年12月12日）；外交部領事事務局，特定國家配偶來臺申請依親簽證手續說明，<https://www.boca.gov.tw/dl-1763-c5577d44615748648d774fff51ec5a85.html>（最後瀏覽日：2018年12月12日）；外交部領事事務局，外國人免簽證暨落地簽證規定，<https://www.boca.gov.tw/lp-10-1.html>（最後瀏覽日：2018年12月12日）等。

分，而每一種身分區分，都對應有不同的法律上權利及義務。

即便具有國籍之國民，仍然有各種身分之區分，並對應不同之法律上權利義務。例如有戶籍與無戶籍之國民，從入國是否必須依入出國及移民法申請許可，到能否依戶籍法取得身分證以獲得各項身分證所表彰之機會或利益。又歸化者跟生來國籍者亦有不同，歸化而取得國籍者，嗣後仍可能依特定情事遭國家撤銷歸化許可、喪失國籍⁴⁷，並依國籍法第10條受有擔任公職之限制等。即便經過世代交替，亦即已歸化之前外國人國民在我國繁衍後代，其作為移民第二代之子女，仍然可以發現國家行為在各種場合依據移民之時間與歷史（也就是「世代」）進行差別待遇之區分。然而此等區分會以各種不同之外觀存在，如專門以新移民子女為對象所設計之特別教育、雙重國籍身分在特定事務之排除、司法或社福單位給予移民家長親權行使之評價、反恐戰爭中對移民背景公民之加強執法⁴⁸等等，惟此等區別愈形隱微，也更難被察覺或檢討。

47 國籍法第19條第1項，歸化之日起5年內，都可能因與國籍法規定不合遭撤銷歸化許可；同條第2項，如經法院確定判決認為虛偽結婚（假結婚），則不受5年之限制。

48 參見美國聯邦最高法院判決如Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).（審查聯邦政府有無權力未經法院認可與審判，逮捕並持續監禁於境外被軍隊判定為敵方戰士（enemy combatant）之美國公民）；Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 (2004).（審查聯邦政府有無權力未經法院認可或審判，於境內逮捕並持續監禁因有預謀裝置炸彈之嫌疑被判定為敵方戰士（enemy combatant）之美國公民）等。更進一步之相關評論可參見：Leti Volpp, *The Citizen and the Terrorist*, 49 UCLA L. REV. 1575, 1575-1600 (2002).

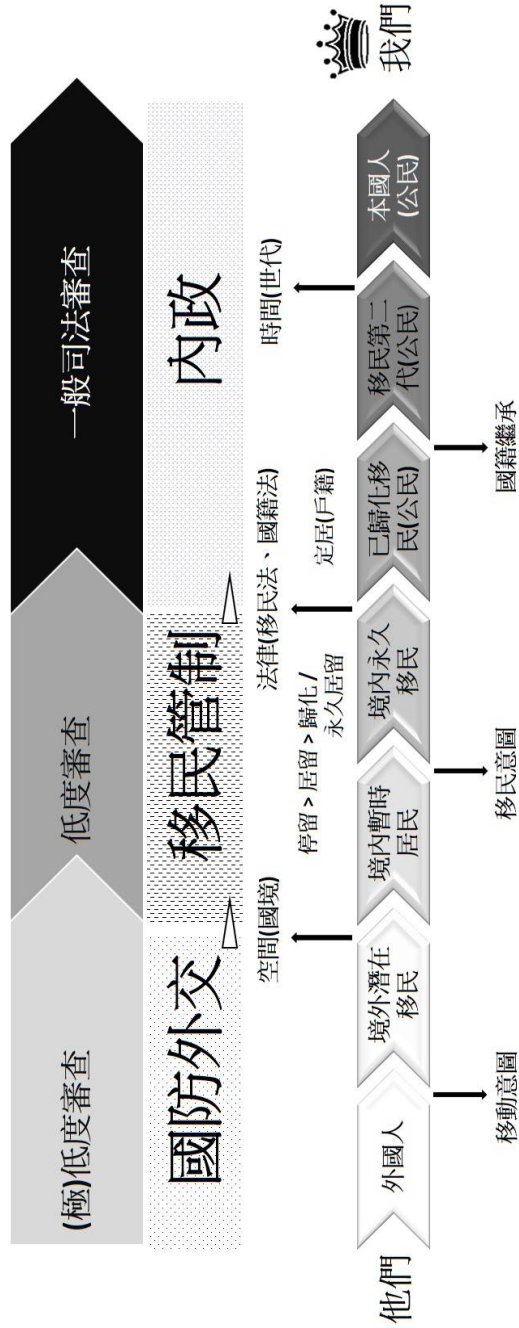


圖3 移民身分、國家行為與司法審查 (本國法)

資料來源：作者自製。

由上述討論可知，傳統憲法理論上簡單的國民與非國民二元區分，在實定法的實踐上，卻支撐了一連串複雜而艱難的身分取得關卡，以及提供正當性予「他們」與「我們」之間表彰不同權利義務的種種地位（status）區分，更暗示了個人為了從光譜之「他」端移動到「我」端，必須反覆透過原國籍出生、工作、財力、甚至婚配對象的選擇，來證明自己的「值得性」（deservedness），而偶然透過被動出生此一事實取得國籍者，無論在道德、美學、智識、國家認同上多麼值得非難，都得以豁免。

綜上，依據傳統憲法非國民／國民的二元他我區分，實定法上經由立法、行政兩大政治部門之形塑，發展出一連串光譜式的身分地位區別。此等光譜上之差異，除了個體之行為與意志（移動意圖、移民意圖）之外，主要是依據國家立法與行政權所共同建構之標準而產生之區別：空間（國界）、法律標準（移民法、國籍法、戶籍法等）、國籍繼承、時間（世代）。外國移民法例如在美國法底下，通常待個體移民歸化取得國籍之後，個體之每次重新入國才開始不需先經國家檢核資格並請求國家許可，而在我國則更遲至「定居」也就是取得戶籍之後，個體於法律的表面上才開始享有和其他本國人一樣的權利以及對抗公權力干預之程序保障⁴⁹。但是在權利的實踐面，歸化為公民之移民依然與「真正的本國人」有許多差異，要透過時間、世代傳承、也就是多次的國籍繼承後，移民的本國人身分以及與之而來的憲法暨法律保障才會慢慢真正地獲得確立。

（二）關門送客作為一種懲罰

或許有人會主張，上開各種基於入境移民階段所呈現之光譜上進展，並不應該解釋成區別個人之不同地位而予以差別待遇之國家

49 即司法院釋字第558號解釋所昭示之人民「返」國不需先經國家許可之憲法上權利。

行為、也不構成對個人權利之限制，而僅是個人從非國民成為國民之過程，既然國家負有保護國民、對抗外敵之義務，自然也有篩選及阻擋尚未與本國發生關聯之外來者的權利與義務，倘外來者在光譜上的進程中遭到拒絕，僅表示外來者不能進入、而必須返回來處而已，並未受有權利之限制或國家權力之懲罰。

析言之，民主國家之國家統治權來自人民的付託，是故一般而言，國家規範個人的行為，並懲罰違反規範的個人、對其課予不利益時，若從民主法治的角度加以觀察，很快地就能辨識出國家的權力以及個人的權利兩個對立面相，進而本於憲法之規範，探究國家行為規範是否有據合法正當，個人為此所承擔之不利益與國家行為之目的比例是否相當等。但是在外國人被拒絕入境（denied entry）或被驅逐出境（deported）時，國家被認為不僅是權力之動用者，而同時是權利之行使者，亦即國際法上，國家基於主權，有權力／權利選擇獲得容留的外來客，自然也有權力／權利送走不被容留的外來者⁵⁰；而被拒絕進入或被驅逐離開僅是國家權利行使之當然結果，似乎無涉國家權力與個人權利對立的問題，故也不存在侵犯或剝奪個人權利之討論。

50 國家基於主權有權利（right）排除或驅趕外國人，被認為是國際法上已經廣為接受、無庸置疑之傳統規範內涵，參見，如：國際法協會於1892年會期提出之法典化相關國際法規則之前言——Institut de droit international, Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, session de Genève, 9 septembre 1892；又如：Lawrence Preuss, *International Law and Deprivation of Nationality*, 23 GEO. L. J. 250, 272 (1934). (“There is no dissent from the proposition that every state possesses the power of expulsion, as the corollary to its right to determine the conditions for entry upon its territory.”)；或參見：美國聯邦最高法院判決Fong Yue Ting v. U.S., 149 U.S. 698, 711 (1893) (“The right to exclude or to expel all aliens, or any class of aliens, absolutely or upon certain conditions, in war or in peace, being an inherent and inalienable right of every sovereign and independent nation, essential to its safety, its independence, and its welfare...”). 惟近年來國際法上亦有嘗試突破傳統上所肯認之此一近乎絕對之國家權利，而於其上加諸若干國際法上之限制，參見，如U.N. INT'L L. COMM'N, DRAFT ARTICLES ON THE EXPULSION OF ALIENS (2014).

然而，將個人排拒在國境之外，事實上屏除了一國法規範底下絕大部分個人權利有效實現的可能，也同時將個人排除與隔離在公民社會之外，事實上與動用刑罰權使個人入獄服刑之效果並無二致。舉例而言，國家基於平等原則，並不能單純以血緣出生（原國籍）、財富、職業別、或個人婚嫁與繁衍選擇（跟本國人或外國人結婚、是否生育子女）⁵¹為由，給予或剝奪個人法律上之權利，否則即有嚴重背離自由派民主國家原則之國族歧視、階級歧視、性別歧視等問題，但在移民身分與入出國權利之准否上，國家卻顯然被容許毫無須掩飾地使用這些標準。又例如，在一國之內，倘國家因為個人在媒體受訪公開批評政府，而動用刑罰加以懲戒（嚇阻言論之再發生），勢必涉關憲法上言論自由之限制；然而，倘國家因為外國人受訪公開批評政府（非屬當初合法入境許可所列之目的，如觀光），國家未動用刑罰權但將之驅逐出境，則於效果上，雖然個人仍然是因為言論而遭受國家權力之懲罰（言論無法再重複發生），而達到規訓約束個人行為之效果，法律適用的外觀上卻僅僅被看作是國家因外來客違反入境許可及相關之移民法規，而收回入境許可。然而，行人因闖紅燈等違反道路使用規則情事被剝奪使用所有公用道路之權利，在憲政國家顯然殊難想像，則外國人因違反入境或移民法規被剝奪所有境內生活之權利，自然是基於非國民身分所作出之差別待遇與權利限制，換言之，個人因為（不具）國籍或是其他用以標明他我之別的身分而遭受國家懲罰。此等公權力之發動顯然被訴諸不同層次的檢證，也勢必應從外國人與本國人身分上的憲法層次他我差異上取得正當性依據（legitimacy），而此一依據之根本即傳統憲法解釋與理論所主張之非國民與國民的二元他我區分。

51 See Hsiu-Yu (Tori) Fan, *Female Migrant Spouses as Deserving Subjects of Rights: Migrant Women and Taiwan's Gender-Equal Courtrooms*, in INTERNATIONAL MARRIAGES AND MARITAL CITIZENSHIP: SOUTHEAST ASIAN WOMEN ON THE MOVE 92, 95-100 (Asuncion Fresnoza-Flot & Gwénola Ricordeau eds., 2017).

質言之，在「國民／非國民」的二元區分下，由於憲法權利主體本於且繫諸國籍身分，國家得以對不具國籍之他者逕行有悖自由民主憲法精神、且幾乎不受憲法檢證之懲罰與規制。

二、國家行為與司法審查

前述現行法制下基於非國民與國民之別所作出的多重他我之別，亦在司法審查的敬讓下獲得肯認。首先，在進入國界之前，國家公權力對個人所作出之諸如禁止入國、拒發簽證等之處分，通常被認為是國家主權（sovereignty）行使之表現，不受審查⁵²，受處分人也幾乎無從表示不服或救濟，即便向來表彰正當法律程序之美國法底下，美國聯邦法院也認定“arriving aliens have no due process rights”（初抵國境前之外國人不受正當法律程序之保障）⁵³，而於國內，我國行政法院之審查判解也不約而同地認定「事涉國家主權之行使，為國家統治權之表徵，故主管機關是否准許外國人出入境，自較一般之行政行為享有更高之裁量自由……」⁵⁴，或「次按是否准予外國結婚證書之驗證……尚須考量國家利益、我國法令、社會秩序等因素，始能決定是否予以受理，……主管機關似有相當之判斷餘地，司法機關僅能為低密度之審查」⁵⁵，或「又國人之外籍配偶申請來臺依親居留，非僅攸關家庭生活，亦將影響國家人口政策、資源分配等諸多層面，為維護我國國家利益，主管機關自得

52 參照註50。

53 See, e.g., *American Immigration Lawyers Ass'n v. Reno*, 18 F. Supp. 2d 38, 60 (D.D.C. 1998). 例如關於 inadmissibility（拒絕入境事由）之認定及 removal process（遣送出境程序）的發動是不能救濟的（最多只能申請 asylum（難民庇護）），See, e.g., *Brumme v. INS*, 275 F. 3d 443, 448 (5th Cir. 2001). 另外有例外可能獲得司法救濟之罕見情形，如在 expedited removal（加速遣送出境）程序下提 habeas corpus（人身保護令）訴訟，如果申請人是公民或永久居民或 removal（遣送出境）未依法進行等情事，也許有機會獲得實質審理，參見 *Comm. v. Ashcroft*, 272 F. Supp. 2d 650, 660 (E.D. Mich. 2003).

54 參照最高行政法院100年度判字第1958號判決。

55 參照最高行政法院105年度判字第420號判決。相關討論，參見范秀羽，移民事務之判斷餘地與司法退讓（註46），頁167-169。

從「我們的憲法」、「我們」到「我們的釋憲者」：
形塑非國民之憲法上權利主體

583

本於職權審查申請人結婚之真意及來臺之目的等，依據上開規範意旨就外國所核發的結婚證書為驗證准駁之決定。⁵⁶」

雖然最高行政法院於民國104年開始，偶有判決強調法院就非國民入出境事件仍需進行實質審理，例如：「訴願法及行政訴訟法均未規定外國人不得提起訴願或行政訴訟，是外籍人士來臺簽證申請遭拒時，自有權提起訴願及行政訴訟，始為正辦。是本案之簽證申請准駁，並非政治問題，應受司法機關管轄，並應由法院為實質審理而非程序駁回，是原審判決就此部分逕予程序駁回，該判決自有重大瑕疵，應予糾正。⁵⁷」此外，如涉家庭團聚，偶爾法院會認為司法審查有稍大之空間，例如：「行政機關對於外國人簽證申請之准駁，固係國家主權之行使，且外國人出、入境事項，與外交事務有關，除應維護國家利益外，並涉及高度政治性，行政程序法第3條第3項第2款明定外國人出、入境事項不適用該法之程序規定……本件並非單純外國人入境事項，而係關於國人之外籍配偶居留簽證事項，涉及我國國民與外籍配偶之家庭團聚及共同生活權，被告行使其公權力所為之決定自應受司法審查。⁵⁸」惟此等展現積極態度之司法判決仍屬罕有，無論司法審查或是訴願，只要涉及（包含文件驗證在內之）簽證核發事項，僅管程序上容許非國民當事人提起救濟，法院或訴願機關往往都拒絕進行實質審查。

其次，於進入國界之後，則是廣義的移民管制之範疇，在比較法上，如美國法底下法院認為根據美國憲法之規定，三權中之政治權力（political powers），即聯邦政府之國會及行政權對移民事務享有不受司法干預之廣泛權力（plenary power），而導致絕大多數司法裁決多持司法應保守敬讓之立場（judicial deference）⁵⁹；而我國

⁵⁶ 參見臺北高等行政法院101年度訴字第2037號判決。

⁵⁷ 參見最高行政法院104年度裁字第1435號判決。

⁵⁸ 參見臺北高等行政法院103年度訴字第1540號判決。

⁵⁹ 參見如美國聯邦最高法院判決Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787, 792 (1977). (判決表示

法對行政機關就非國民入出國之管制與入國後各移民身分取得之管制（包括權責機關與審查程序）其間區別雖然並不非常明顯，但從司法裁判當中也可以觀察出此一現象，亦即合法入境「後」之移民或外國籍人士雖較入境「前」可以期待更多的憲法正當程序保障（例如司法院釋字第708號、710號解釋）、也有更多司法介入進行合憲與合法性審查之空間，然而法院在如居留證准否相關事件，仍然認定僅受低度審查，例如：「並參照司法院釋字第497號等解釋意旨可知；有關非本國人民之入境（國）及居留行為，國家拒絕與否屬絕對高權行為，觀諸世界各國皆然；此因外來人口入境居留之准否，因國家政策（落實於法律）應考量國家現有資源分配與國民生活環境密度，及為保障本國國民住居安全與民生經濟等，主管機關即有依法審查及裁量權限。⁶⁰」

在註銷外僑居留證、限期出國之判斷等事件，法院認為行政機關之行為僅得受低度審查，如：「又依入出國及移民法第1條規定，本法立法目的『為統籌入出國管理，確保國家安全、保障人權；規範移民事務，落實移民輔導』，是關於移民政策之釐定，事關國家

法院長久以來都認為政府政治部門驅逐外國人之權力行使可以豁免於司法審查之外（“Our cases ‘have long recognized the power to expel or exclude aliens as a fundamental sovereign attribute exercised by the Government’s political departments largely immune from judicial control.’”）；*Nguyen v. INS*, 533 U.S. 53 (2001)（在綠卡持有者（lawful permanent resident）因刑事案件遭驅逐之案件中，認定歸化法律上依公民非婚生父母之性別所作出之差別待遇因滿足重要政府利益而未違反平等保障）；雖然最新之美國聯邦最高法院判決*Sessions v. Morales-Santana*, 137 S. Ct. 1678 (2017). 在另一綠卡持有者（lawful permanent resident）因刑事案件遭驅逐之案件中，認定：歸化法律要求海外出生者如要申請歸化，對非婚生公民父親之共同生活時間高於非婚生公民母親，因違反平等保障而判定此一國會法律違憲，似乎是一反往常對政府之移民事務之權力行使進行實質之司法審查，惟該判決亦表示司法對個案不能提供救濟，故而Thomas大法官於同案之協同意見書中認為該判決根本不該對法律違憲審查。換言之，*Sessions v. Morales-Santana*並非司法對移民行政審查趨嚴之象徵，而僅能稱為是性別平等上宣示性的勝利。

60 參照臺北高等行政法院100年度訴字第2178號判決，後經最高行政法院101年度判字第724號判決將上訴駁回，原審裁判確定。

主權之行使及保障人權，而類似本件事，固使原告有較難以行使親權之虞，惟其間應如何權衡兼顧，要屬立法政策問題，尚非法院所得置喙。被告因原告經法院判決離婚確定，致其在台居留原因消失，依入出國及移民法第31條第4項規定為原處分，並認無得准予繼續居留情事，並無裁量逾越或裁量濫用情事，且其採取方法有助於移民管理目的之達成，原告主張原處分違反比例原則云云，亦無可採。⁶¹」

即便於非國民遵循各種程序規定，避免消極事由之發生⁶²，在國內居住生活並滿足合法居留年資要求及各項實質要件後申請歸化，此時國籍歸化事務中行政機關就歸化條件是否滿足之判斷，法院亦認為僅受司法低度審查，如：「（一）是否准許外國人或無國籍人申請歸化我國國籍，乃國家主權行使之高權行為，而為維護國家利益、本國社會安定與公序良俗……蓋外籍人士歸化我國，自不應損害我國社會安定與公序良俗……（二）又所稱『品行端正』，屬不確定法律概念，行政機關有判斷餘地，雖其詮釋或涵攝於個案結果之合法性仍應接受司法審查，但行政機關之認定倘非基於錯誤之事實，或基於與事件無關之考量，復未違反平等原則及一般公認之價值判斷標準，其判斷即應予以尊重……是被告認原告有配偶而與人通姦，違反婚姻與家庭制度，且有違公序良俗，難謂符合品行端正要件，經核尚無悖離法規範意旨及社會價值標準……本院予以尊重。⁶³」

源於國族主義之傳統他我之別以及相應而來的種種國家對私人生活選擇之規制與懲罰，甚至也延伸到個人歸化取得國籍之後，尤

61 參照臺北高等行政法院98年度訴字1533號判決，嗣上訴後經最高行政法院100年度裁字第897號判決駁回上訴而裁判確定。

62 如國籍法第3條第1項第3款語焉不詳的「無不良素行」要件。

63 參照臺北高等行政法院102年度訴字1339號判決，嗣後經最高行政法院103年度裁字第325號裁定駁回上訴，原判決確定。

其在依親歸化之情形最為顯著。例如私人婚姻生活之經營，本為國家權力與司法極度不願介入之領域，可證諸實務上判決離婚或家暴案件成案之困難等即明。但以國籍法第19條撤銷歸化許可之除斥期間為例，同條第2項中將「經法院確定判決認其係通謀為虛偽結婚或收養……者」排除在前項5年除斥期間規定之外，易言之，被認為是「他者」之非血親依親歸化國民，終生得容受國家對其私人生活之評點判斷。縱然上開法條文字稱為「通謀虛偽結婚」，此一通謀虛偽之事實理應僅發生在結婚當時，而與婚後種種情事無關，惟實務上，法院審理時之各項事實審認，幾無例外仿效移民行政於入出境或居留證准駁場合所為，均以夫妻婚後生活之互動反證其結婚真實性。

例如，在一件個案中原籍越南之配偶已與本國人結婚並在臺定居超過十年，因申請歸化，仍經由移民署訪查判定為虛偽結婚，提起行政訴訟後，法院認定：「本件原告與李君間實際上並無共同生活事實，亦無終生共同生活之意願，而原告維持與李君間之婚姻關係，僅係為達成在台工作之目的……原處分以原告自96年起即未與國人配偶李○○共同生活居住，且平時未有互動往來，夫妻間感情基礎薄弱，無共同經營婚姻生活之積極事證，婚姻關係顯有疑慮」⁶⁴，行政法院判定移民署認該十年婚姻屬虛偽結婚並無違誤，正是典型以婚後生活證明（十年前的）結婚當時沒有結婚真意的詭異舉證與採認方式。試想，在此類案件中，倘若當事人不具外籍身分，則將呈現一對十年夫妻因為感情不如國家料想的焦孟不離而「被國家離婚」的荒謬情形。

儘管如於上圖3中所示，歸化後之移民行政理論上應列為「內政」而適用「一般司法審查」，然而歸化後之個人縱然具有國籍，

⁶⁴ 參照臺北高等行政法院105年度訴字第1505號判決，經查當事人應未提出上訴，判決確定。

在撤銷歸化許可之案件中，此等「國民」仍然未被司法權視為完整的、可以透過司法對抗國家侵害的憲法權利保障主體，而依舊僅低度地、形式上地審查行政機關之判斷：「惟按行政機關本諸其行政職掌，在判斷個案中『建立在婚姻關係基礎下之公法權利義務』有無時，對婚姻關係之真實性享有獨立之審查權，並非一定要經過人事訴訟程序之民事判決方可決定。⁶⁵」而行政機關也發展出一套標準來規訓此等（不完全的）「國民」之私人婚姻生活，如內政部就此發布「歸化國籍婚姻真實及品行端正認定原則」⁶⁶，當中列舉如婚後夫妻未共同居住、雙方（就結婚事項）說詞不一、外籍配偶結婚或「維持婚姻關係」僅為達歸化目的、外籍配偶未與臺灣姻親見面、夫妻一方承認係虛偽結婚等，都足以判定為虛偽結婚。而倘若當事人不具外籍身分，該認定原則中之各項事由將迫使本國眾多假日夫妻／一方外派工作的遠距離夫妻、生活太過窮忙忘記數年前結婚聘金數額和宴客細節之夫妻、為了「真愛」以外種種現實考量而維持婚姻關係的夫妻、任一方單方面聲稱結婚時無結婚真意的夫妻，都可能十分荒謬地因不符合國家想像中的真實婚姻樣貌而被國家「離婚」。倘若法律上容許國家如此介入「我們」的私人生活在憲法權利保障下是不可思議之事，那為什麼在「他們」取得國籍之後，曾經的他者依然是法律上的他者？究其根源，正係因為政治部門被認為享有完整的定義國籍之權力，於是國家透過國籍法所創造、所延伸出的這種歸化後仍難以擺脫的他者身分也創造出了一個憲法權利保障外的陰暗角落。

⁶⁵ 參照最高行政法院102年度裁字第490號裁定。

⁶⁶ 中華民國103年12月17日內政部台內戶字第1031201716號令發布，除了婚姻真實性判斷的標準外，該認定原則也列出刑事定罪、違反社會秩序維護法（如妨礙公務、酒駕、聚眾滋事／集會遊行）、妨害他人婚姻、坐檯陪酒、或依該原則第3點第8款概括條款「其他經內政部認為品性不端行為」如通姦等，一眾在社會上可非難性都存有爭議之情事率爾認定為「不值得成為國民」之品性不端行為。

總結上開各例，目前我國移民行政之司法審查實務上，多數涉關非國民（甚至是「前」非國民）身分權利行政行為之司法審查還是基於「國家主權之行使」、「絕對高權行為」與「尊重（行政機關的）判斷餘地」等理由，較其他一般行政行為之審查退讓許多。換言之，實定法上這源於「國民／非國民」二元區別開展出來的、一連串光譜式的多元區別，在司法審查標準寬嚴的變動下而獲得維繫與保存。國家政治部門基於自己對事務類型的理解與分類：國防外交、移民管制、內政，而使個人受制於不同的權利義務標準，從個人的角度出發，仍然是國家政治部門基於其所創造出來之、與個體好壞或努力無關的個體區別，再作出原本應難以通過憲法基本權利檢驗之差別待遇。

肆、我們的釋憲者：判斷與被判斷

一、大法官解釋的他我之別

（一）大陸的人民、久住的國民、隻身的人民

在七次修憲完成後，立基於本文前述第「貳」章所討論之同一憲法文本，大法官於作成之以下少數解釋中，仍然標定或移動了憲法上他我之別的記號。

司法院釋字第497號解釋，聲請人為大陸籍配偶之夫，因配偶前次來臺探親逾期離境而遭不予許可入境並駁回居留許可申請，乃就行政法院終局裁判所適用之法規命令主張憲法第10條居住遷徙自由，及第7條平等原則之違反（因大陸配偶與外籍配偶之入出境許可及罰則寬嚴不同），該號解釋於解釋文中以系爭規定並未違反憲法第23條為由，認無違憲情形：「臺灣地區與大陸地區人民關係條例係依據……憲法增修條文第十條（現行增修條文改列為第十一

條)『自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定』所制定，為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務之特別立法。內政部……明文規定大陸地區人民進入臺灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，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抵觸」，且於解釋理由書中僅形式上簡要地就憲法第10條加以審酌，且通篇未提及憲法第7條。本號解釋同時也是大法官解釋中少數沒有任何協同或不同意見書之一號解釋。

對於本號解釋中未就聲請人憲法第7條之主張進行討論，有兩種可能的解讀：第一是憲法平等原則之違反是個無效而未受實質審理的主張，換言之，釋憲者基於事務領域之特殊性，考量理據如入出境之許可涉及國境管理，與國家安全相關，所以政府基於主權有權依各種考量作各種差別待遇，司法權敬讓不加以審查；第二是認為此一人別身分之區別是憲法上之區別，亦即基於憲法增修條文之授權，具有配偶身分之大陸地區人民，較具有配偶身分之外籍人士所受之憲法權利保障更少，換言之，本號解釋中，大法官在他我之別的光譜上，界分出大陸配偶較外籍配偶離「他」端更近、距「我」端更遠。倘若配合本文第「貳」章最末之分析，也可以主張本號解釋之釋憲者將未歸化取得國籍之外籍配偶解釋為憲法文本上「不具國民身分之自由地區人民」，故而於憲法權利主體性上始能較「具備國民身分之大陸地區人民」更為完整。

司法院釋字第558號解釋聲請書針對當時國家安全法第3條第1項之規定：「人民入出境，應向內政部警政署入出境管理局申請許可。未經許可者，不得入出境」是否違憲提出聲請，然司法院釋字第558號解釋中，釋憲者卻自行從法條之「人民」再作出更細緻的他我區分，先分出大陸地區人民（他），再分出僑居國外無戶籍之

國民（他）與有戶籍之國民（我），而僅有非大陸地區人民之有戶籍國民享有憲法第10條所保障之隨時返國自由，法律就其餘二者之入出國境之權利限制均屬合憲：「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……依現行憲法增修條文第十一條規定，自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定，是法律就大陸地區人民進入臺灣地區設有限制，符合憲法上開意旨……其僑居國外具有中華民國國籍之國民若非於臺灣地區設有住所而有戶籍，仍應適用相關法律之規定……至前開所稱設有戶籍者，非不得推定具有久住之意思。⁶⁷」有趣的是，釋憲者所作的有無戶籍之區分顯然沒有憲法明文之依據，而僅係法律上所作出之區別，然就此釋憲者似乎認為，因為戶籍可用以推定久住之意思，而根據國民是否具有久住之意思，即得作出憲法上權利之差別待遇。就此一推論，似乎也可以援引本文第「貳」章之觀察，而得出憲法文本未定義之「人民」概念，其內涵之一即為「具有久住之意思」，於是具有久住意思之「兼具國民身分之『人民』」才能較「不具『人民』身分之國民」（即僑居國外國民）享有更完整之憲法上權利。

司法院釋字第560號解釋之聲請人為隻身在臺工作之德國籍人士，因其母親於德國過世申請勞保喪葬津貼遭拒，基於憲法第15條財產權及第7條平等權聲請違憲審查，除主張外國人亦受憲法財產權之保障外，復主張就業服務法就其外籍身分作出差別待遇，屬於對外國人之歧視。該號解釋並未否認外國人亦為憲法上權利主體，但舉眷屬同在國內共同生活之外國人勞工仍得申請喪葬津貼為例，

67 參照司法院釋字第558號解釋理由書。

似認系爭法律所作之主要差別並不在勞工之國籍，而係在於眷屬有無在國內共同生活：「受聘僱外國人其眷屬在勞工保險條例實施區域外死亡者，不得請領保險給付，係指該眷屬未與受聘僱之外國人在條例實施區域內共同生活，而在區域外死亡者，不得請領眷屬死亡喪葬津貼而言……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……不生歧視問題。⁶⁸」雖然實際上該等排除規定僅於就業服務法中規定適用於外籍工作者，而確有外國人與本國人之他我區別，然此處釋憲者卻透過合憲宣告，肯認了另外一個於外國人當中作成之法律上他我區分，亦即隻身在國內工作之外籍工作者（他）與舉家在國內共同生活之外籍工作者（我）之差異，後者較前者值得更多的法律上權利，而此一區分並未違反憲法上的平等保障。

司法院釋字第708號審查外國人驅逐出境前之暫時收容制度及其實踐與憲法第8條人身自由權之保障有無扞格，解釋理由書中首先開宗明義表示基於人身自由權相對於其他基本權之特殊重要性，保障應及於外國人：「又人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。⁶⁹」至此，似乎表示至少就人身自由權之保障，本國籍之有無並無區別。然嗣後就暫時收容處分無須經由法院部分之論述，卻顯然再度就外國人與本國人作出區別，外國人所享之憲法上人身自由保障充其量僅能說是本國人人身自由的附條件版本，亦即僅在個人權利未與國家主權衝突時，始享有之。釋憲者將（尚未逾期之）暫時收容認定為國家主權行使之場合，而非個人人身自由受限制之場合：「查外國人並無自由進入我國國境之權利，

68 參照司法院釋字第560號解釋理由書。

69 參照司法院釋字第708號解釋理由書。

而入出國及移民署依系爭規定收容外國人之目的，在儘速將外國人遣送出國，非為逮捕拘禁犯罪嫌疑人……入出國及移民署自須有合理之作業期間，以利執行遣送事宜……乃遣送出國過程本質上所必要……且於此短暫期間內得處分暫時收容該外國人，以防範其脫逃，俾能迅速將該外國人遣送出國，當屬合理、必要，亦屬國家主權之行使，並不違反憲法第八條第一項保障人身自由之意旨，是此暫時收容之處分部分，尚無須經由法院為之。⁷⁰」

換言之，當外國人個人權利與國家基於主權排拒外來客「權利」之行使直接衝突時，個人權利被理所當然地要求退讓。惟如本文於參、一、(二)中所論述，從外觀上看來或許僅是個人違反移民法規（國家同意外來者進入所附之條件）導致遣送離境之效果（國家收回同意），然此等包裹於國家權利底下之國家權力行使，仍然是對個人權利之限制、甚至包藏對個人之懲罰及行為規訓，一如本號解釋聲請書中再三強調的個案事實，移民署專勤隊利用遣送出國前之收容過程以及拖延收容過程，實際上進行「假結婚」及「居留代辦仲介」相關犯罪事實之調查，惟法院卻仍以聲請人僅為收容程序之當事人、程序上「無犯罪嫌疑」，而認無提審法之適用。是以，移民法規之執行與違反，從外觀上看似僅為一般行政法規之執行與違反，然而這些看似僅在表彰國家主權之場合，則事實上隱藏了各種對非本國籍個人權利之實體限制。而如本號聲請書中個案事實一般，至多僅能稱為是國內治安事件、而根本無關乎國家安全或境外威脅的情形所在多有，卻多半因當事人之外籍身分，仍然得以在國家主權之大纛下，被捍衛人權的釋憲者鬆手縱放。

由上述四號司法院解釋之分析，可以發現釋憲者在行使其違憲審查及憲法解釋之職權時，除了被動審查實定法所劃定之他我之別外，經常也加入了自己所認定的區別，在他我之別的光譜上作上標

70 同前註。

記：例如同樣未定居入籍的非本籍配偶，不具國民身分之外籍配偶比依國籍法血統主義具備國民身分之大陸配偶，距離「我」端（「我們」）更近；例如國民當中，具備久住意思之國民較不具久住意思之國民（僑居國外者），距離「我」端更近；例如同樣在臺工作之外籍人士中，家眷親屬共同在臺生活者比隻身在臺者，距離「我」端更近。與我國傳統憲法理論之國民／非國民二元區分不同，此三號解釋反而都說明了具備國籍之「國民」並不一定比「非國民」更值得作為憲法上的「我們」而享有更完整的權利保障，恰正說明了釋憲者透過解釋憲法職權，超越國籍法依國族所劃定的他我之別，而自行定義了憲法層次的他我之別。雖然，以司法院釋字第708號解釋之見解來看，釋憲者就與「我們」同樣實際在臺生活居住，但在移民法規管制下的外國籍人，最終仍然判定：即使是「最重要的基本權」，「他們」仍然不能享有像「我們」一樣完整的憲法保障，亦即，釋憲者依然認為國籍就他我之分之劃定有其意義。

（二）與時變動的審查基準

面對外國人與我國人間他我之別的議題，即便遲至晚近幾號包括司法院釋字第708號解釋在內之解釋，釋憲者的立場都始終不曾脫離傳統憲法理論下的立場，即基本權原則上以國籍為前提、而部分重要基本權可以延伸保障及於非國民，甚至也和實定法相似、透過上開數號解釋增添了光譜式的多重他我區別，然而釋憲者對於憲法層次他我之別之態度，或許仍然可以從以下幾號與大陸地區人民相關之審查基準之變動上，發現有漸趨嚴格審慎的趨勢。

民國88年司法院釋字第497號解釋文：「臺灣地區與大陸地區人民關係條例係依據……憲法增修條文第十條（現行增修條文改列為第十一條）……所制定，為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務之特別立法。內政部……明文規定大陸地區人民進入

臺灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，係在確保臺灣地區安全與民眾福祉……為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無抵觸。」完全未探究憲法增修條文簡要的授權文字「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。」究竟授權了什麼、能否解讀為授權「外於基本權保障」之特別法律，直接以抽象的臺灣地區安全與民眾福祉（「我」）作為限制性法律之目的，也直接認定對大陸人民（「他」者）進入之所有限制均屬必要，顯然採取了極度寬鬆的審查標準。

七年後，民國95年的司法院釋字第618號解釋文：「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……憲法增修條文第十條……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。……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。」除了延續寬鬆審查標準外⁷¹，更由於直接針對他我之別本身最直接關聯之平等保障問題加以審查，而得出了憲法增修條文第10條（現第11條）之授權包含對原設籍大

71 關於本號解釋審查標準之更詳盡研析，參見黃昭元，從釋字第六一八號解釋探討原國籍分類的司法審查標準，收於：周志宏、許志雄、蔡茂寅編，現代憲法的理論與現實：李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁471-498（2007年）。（該文認為本號解釋對於「原國籍」分類採取「顯然過於寬鬆」的「合理關聯標準」，而主張在增修條文授權之下，至少應採取中度審查標準，而「十年」因涵蓋過廣而至少應判定部分違憲。）

陸地區之國民作出合憲的歧視。換言之，司法院釋字第558號解釋雖認定有戶籍國民較無戶籍國民享有更完整之憲法權利保障，但如原籍大陸之十年內「新」設籍國民，其原籍將使其所享憲法權利保障仍不如「真正的設籍國民」（我們），且釋憲者還自行補強了似乎不證自明的歧視理由，亦即斷定「他們」（原籍大陸國民）對自由民主憲政體制之認識不如「我們」，而有待再教育。然而，所謂「我們」究竟對自由民主憲政秩序之認識如何？是不是「我們」中的每一份子都具有釋憲者所想像之認識與程度而「值得」擔任該等公務人員？在釋憲者率以「爾乃蠻夷」數筆判定的高下差異中，顯然未見論證。

至於最晚近於民國102年作成的司法院釋字第710號解釋及釋字第712號解釋，雖然都作成了違憲宣告，然其中司法院釋字第710號解釋主要宣告違憲之依據為憲法第8條之正當法律程序與第23條之法律保留與授權明確性原則，並未實際操作比例原則，換言之，立法者似乎有可能透過明確之授權性立法作成合憲的類似限制，然本號解釋作為釋憲者在增修條文之特別性立法授權下，首次宣告臺灣地區與大陸地區人民關係條例違憲，而點出增修條文之授權並非毫無限制，已顯然採取較之前解釋嚴格之審查標準；而司法院釋字第712號解釋之審查基準即明確許多，依其論述中探究所追求之立法目的是否屬於「重要之公共利益」，可推知該號解釋實則採取中度審查標準⁷²，且審查結果為最嚴苛之違憲且立即失效宣告，也說明了釋憲者在標定他我之別的立法上，不再一味地接受以國家主權為由而盡採司法敬讓之立場。

二、超越國籍與國族的釋憲者

司法選任（judicial selection）應著重之考量究竟為何向有爭

⁷² 同此見解，參見許宗力，2013年憲法發展回顧，臺大法學論叢，43卷特刊，頁1051（2014年）。

論，司法權一方面作為國家權力之行使者，自當滿足一定民主課責性（democratic accountability）之要求，亦即權力應受到民主政治之監督並獲得授權之人民的信任；另一方面司法權又必須滿足司法獨立性（judicial independence）之要求，亦即：司法權應在不受法律以外之政治力或權威影響下，依法獨立審判⁷³。我國現行憲法下，採用有任期之經立法院同意任命制以選任「我們的釋憲者」，而此一選任至少包含兩個訴求：「我們的」及「釋憲者」，「我們的」可以說是選任釋憲者時必須滿足的政治面向訴求，也就是民主課責性之要求；而「釋憲者」則指向選任釋憲者時之法律面向訴求，也就是司法獨立性之要求。由於司法權之特殊性⁷⁴，為能勝任「釋憲者」之職務，法學專業與超然獨立即為當然且無法輕視的篩選資格，然而，「我們的」釋憲者應當如何理解始能滿足民主課責性的要求？「中華民國國籍」、或是「中華民國國族」的釋憲者是不是選出「我們的」釋憲者之適當標準⁷⁵？

73 簡要分析此司法選任時此兩種要求間之衝突與平衡難題者，參見 Charles Gardner Geyh, *The Endless Judicial Selection Debate and Why It Matters for Judicial Independence*, 21 GEO. J. LEGAL ETHICS 1259, 1259-63 (2008)。基於對此兩種要求之不同重視程度，迺有論者各自倡議不同之司法選任方式，如由政黨提名選舉（partisan election）、無黨派選舉（non-partisan election）、有再任制之擇優選任（merit selection with reselection）與無再任制之選任（appointment without reselection）等；See also *id.* at 1270-77。

74 憲法上其他機關與職務之選任同樣也可能同時兼具此兩種面向之訴求，如「我們的總統」、「我們的代議士」等，然對政治部門之選任，或許應強調其政治訴求層面「我們的」，然釋憲者代表司法權，其職務之特殊性不應與政治部門同論，對其選任之法律訴求應遠較政治訴求重要。

75 美國政治學界即有以實證研究方式進行研究，探討美國聯邦最高法院大法官 Samuel Alito 之提名及參議院確認過程下，美國一般大眾對大法官選任決定之要求與意見。該研究中舉出兩項美國人民衡量被提名人之因素：（法律面向的）「適司法性（judiciousness）」和（政治面向的）「政治意識形態（ideology and partisanship）」，前者強調被提名人適於擔綱司法審查任務之專業性與自我認知，而後者則是被提名人之政治上意識形態，該研究之結論是美國人民著重前者勝過後者，對後者之要求往往僅需被提名人不是遠離美國人民意識形態分布的極端主義者（extremist）即可。參見 James L. Gibson & Gregory A. Caldeira, *Confirmation Politics and The Legitimacy of the U.S. Supreme Court: Institutional*

倘依本文之主張，將憲法基本權利主體從政治部門所定義之「國民」改為容許釋憲者解釋形塑之「人民」，亦即釋憲者對於憲法上「他們」與「我們」之認識即不應僅僅囿於國籍或是國族之定義，而得以從憲法保障在地憲政社會的實際成員為出發點，一方面形塑憲法權利保障的他我之別，另一方面就法律所為的他我之別進行違憲審查。然而，職司憲法解釋的釋憲者自己，是不是受到法規或是選任程序之拘束而必須具備國籍且不得有認同其他國族之可能？倘答案為是，這樣的規範背後似乎依然將國籍或國族假設為國家認同或「我們」的唯一判準，同時也可能反映了政治部門對釋憲者行使上述權力之期待（無論這樣的期待是否確實對釋憲者就職後之憲法職權行使發揮影響）。

法官法第6條第1款將法官之消極任用資格等同公務人員：「具有下列情事之一者，不得任法官：一、依公務人員任用法之規定，不得任用為公務人員。」使得公務人員任用法第28條第1項第1、2款僅具本國籍之規定也成為法官的任用資格：「有下列情事之一者，不得任用為公務人員：一、未具或喪失中華民國國籍。二、具中華民國國籍兼具外國國籍。」然而法官法第3條：「本法之規定，與司法院大法官依據憲法及法律所定不相容者，不適用於司法院大法官。⁷⁶」則遺留了討論空間，具備中華民國國籍且無雙重國籍，或許反映了選任釋憲者之政治訴求，然而能否通過憲法釋憲者其職權之法律訴求之檢驗？

Loyalty, Positivity Bias, and the Alito Nomination, 53 AM. J. POL. SCI. 139, 139-55 (2009).

⁷⁶ 如再參照法官法施行細則第3條：「本法第三條所稱本法之規定與司法院大法官依據憲法及法律所定不相容者，指本法所定司法院人事審議委員會審議對象、法官之任免、遴選、遷調、評鑑、職務評定、資遣及其他與大法官身分不相容之事項。」則更明確地解釋了基於大法官身分之特殊性，大法官之任免遴選與一般法官應為不同考量。然而，大法官身分究竟有何特殊性，使其不同於一般主要以審判為工作內涵的法官，無論法官法或施行細則都並未提供更進一步之解釋。

獨立於司法院法官監督及評鑑之外的大法官，依法官法第23條以大法官自律為原則，故而自行決議訂定司法院大法官自律實施辦法，而該辦法第2條規定：「大法官行使職權，應超然獨立，不受任何干涉。」又第3條：「大法官行使職權，應公正無私，中立客觀，不得存有歧視、差別待遇或其他不當行為。」均再三強調釋憲者行使職權超然無私之重要性。易言之，除了理應具備高度憲法與法律專業之要求，釋憲者自身之背景出身或歸屬認同，均應與其職權行使無涉，是故憲法及法律對釋憲者之種族性別、宗教信仰、慣用語彙、鄉里淵源乃至人際網絡在所不問。然而，以中華民國國籍為唯一國籍之限制，顯然確保了每位職司憲法解釋的釋憲者都具備「中華民國國籍」此一不必然與專業有關之條件。倘若如本文之主張，釋憲者形塑憲法上他我之別時不應有於政治部門所定義之國籍，則試圖透過法規或選任程序確保釋憲者在國籍上之同質性，即有危及釋憲者職權上超然獨立性之可能。

2016年10月，在最近一次的立法院大法官提名審查會上，立委林德福詢問被提名人許志雄：「你願不願意唱國歌？」遭拒絕後，林德福委員截斷許志雄之解釋：「所以說你不認同就對了啦！……你要有這樣的思維，不認同這個國家，那你當這個國家的大法官適當嗎？」⁷⁷立委王惠美對被提名人黃昭元發問：「中華民國這四個字對你來講到底是怎麼樣？」以及「你到底要當中華民國的大法官、還是臺灣國的大法官嘛，就解釋一下嘛！講一下嘛！」⁷⁸審查會後，國民黨更以「心中無國家的大法官們」為名，召開記者會，強調其中四名大法官之答詢未能表彰效忠國家與國家認同，號召於

77 立法院議事轉播IVOD系統，第9屆第2會期，2016年10月17日第1次全院委員會會議林德福委員發言影片（發言時間：09:28:03 - 09:43:41），文字紀錄，<http://ivod.ly.gov.tw/Demand/Speech/92329>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

78 立法院議事轉播IVOD系統，第9屆第2會期，2016年10月20日院會王惠美委員發言影片（發言時間：09:43:41 - 09:59:17），文字紀錄，<http://ivod.ly.gov.tw/Demand/Speech/92392>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

該等被提名人之同意案投下反對票。國民黨文傳會副主委唐德明質疑：「既然你不認同中華民國，你憑甚麼又要來當中華民國的大法官呢？」⁷⁹」2011年4月，立法委員高志鵬、賴坤成、陳亭妃於大法官提名審查會時，也再三以被提名人陳碧玉曾獲得美國國籍及綠卡之事由，質疑其對國家之忠誠度⁸⁰，同期被提名人羅昌發曾經短暫持有加拿大楓葉卡於當時也引發類似討論⁸¹。

上開的議論都圍繞著一個似是而非的主張：無論掛有中華民國名稱之事物是否就足以表彰「我們的國家認同」、也無論附有其他名稱之事物與「我們的國家認同」是否為互斥之概念，「我們的大法官」理應認同且只能認同與「中華民國」為名之所有事物（而不應或不能同時認同以其他為名之事物）。即便不論名實是否相符之問題⁸²，而將此一主張理解為對釋憲者選任時為滿足一定民主課責性之政治訴求，亦即在多個認同彼此衝突時，我們的釋憲者僅能保留對「中華民國」的認同，此亦即對其忠誠（loyalty）⁸³之檢核。然若更進一步審視此一主張，「我們的釋憲者」在行使職務時之忠

79 潘維庭，大法官提名人 國民黨：不認同中華民國不適任，中時電子報，2016年10月21日，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20161021003707-260407>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

80 曾韋禎、施曉光，陳碧玉曾有綠卡 朝野立委同聲批判，自由時報，2011年4月8日，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/482738>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

81 李佳霏，羅昌發曾擁楓葉卡 府：未違法，2011年4月8日，中央通訊社，<https://www.taiwannews.com.tw/ch/news/1565946>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

82 例如認同「臺灣」是不是就不認同「中華民國」？兩者認同是否互斥或可能並存？或是認同「我們的國家」是不是就應認同「中華民國國歌」及其歌詞內涵？

83 對忠誠（loyalty）概念之討論即在於存在其他競爭忠誠的對象始有意義，可參見如GEORGE P. FLETCHER, LOYALTY: AN ESSAY ON THE MORALITY OF RELATIONSHIPS 8-10 (1993). (“Loyalty, by definition, generates interest, partiality, an identification with the object of one’s loyalty rather than with its competitors. Loyalty is expressed in relationships that generate these partialities. The minimal demand of loyalty is the maintenance of the relationship, which requires the rejection of alternatives that undermine the principal bond.”)

誠至少有三種不同層次的可能理解方式：對「中華民國憲法」忠誠、對「中華民國國家」忠誠、或是對「中華民國國族」忠誠。同時，此三種對忠誠義務的不同理解層次，也指向三種不同之憲法職務意涵。對中華民國憲法忠誠，意指大法官以中華民國憲法作為行使職務之唯一權威，而不受其他權力、機關、甚至多數民意之拘束或影響，在這個脈絡底下，中華民國憲法是「我」、其他權威及影響力則是「他」；對中華民國國家之忠誠，則指大法官行使職務時有義務維護及促進中華民國國家之安全、利益與興盛，相對於國籍上其他（敵對或非敵對）國家之安全、利益與興盛而言，意即中華民國國家是「我」、其他國家為「他」；對中華民國國族之忠誠，則責令大法官作為中華民國國族之守護者，促進中華民國國族之繁榮與利益優先於外族之權利與利益，中華民國國族為「我」，外族為「他」。這三種層次底下的他我區分，在存在他我對立、利害衝突的場合，是否可能又應否影響大法官是否受理、乃至於如何審查案件？

於憲政體制下，相較於其他憲法機關與政治部門之職務，釋憲者職務忠誠之特殊性為何，國會實定法並沒有提供更明確的指引。宣誓條例第6條第2款將大法官就職時之誓詞等同中央政府高階政務人員、地方政府首長以及公立學校校長：「余誓以至誠，恪遵國家法令，盡忠職守，報效國家，不妄費公帑，不濫用人員，不營私舞弊，不受授賄賂。如違誓言，願受最嚴厲之處罰，謹誓。」相較於總統、副總統、立法委員及各級民意代表依憲法或法律之就職宣誓誓詞均責求宣誓人遵守或恪遵憲法⁸⁴，大法官雖然職司憲法解釋與

84 憲法第48條述明總統就職時宣誓如下：「余謹以至誠，向全國人民宣誓。余必遵守憲法，盡忠職務，增進人民福利，保衛國家，無負國民付託。如違誓言，願受國家嚴厲之制裁。謹誓。」總統副總統宣誓條例第3條第2項所規定之副總統就職宣誓則為總統之簡化版，副總統僅須「遵守憲法，效忠國家」。宣誓條例第6條第1款規定立法委員、直轄市議會議員、縣（市）議會議員及鄉（鎮、市）民代表會代表之就職誓詞為：「余誓以至誠，恪遵憲法，效忠國家，代表

違憲審查，宣誓條例對其忠誠義務之理解似乎無異於一般公務人員對國家及法令的服從義務。然而，大法官依其職司憲法解釋與違憲審查並應維持政治中立之職責之特殊性，最主要應負忠誠義務者實為中華民國憲法本身，而別無其他，此亦釋憲者之選任其法律面向之訴求應重於政治面向之訴求之因。

倘若如本文所主張，我國憲法本身並無預設一種排除國族上異己或國籍上異己的他我之別，大法官作為釋憲者自無須因應各時代政治情勢變動而建構出憲法層次的、基於國族的他我之別。二次大戰前，美國反猶太陣營中有一種論述「猶太布爾什維主義（Jewish Bolshevism）」，將猶太人身分與共產主義作非理性的連結，導致移民自奧匈帝國（Austria-Hungary）的哈佛法學院校友Felix Frankfurter在獲小羅斯福總統（Franklin Roosevelt）提名大法官時，於國會遭受各種針對其種族及外國身分之質疑⁸⁵，最終國會作為政治部門並未基於當時群眾的恐外心理（xenophobia）而拒絕確認Frankfurter大法官之提名，嗣後更證明當時的種種質疑顯然都是基於時代背景下的群眾恐慌心理所致，換言之，Frankfurter之大法官提名所遭受的至多僅能說是純粹政治的、而非法律面向訴求的挑戰，而與其憲法職權行使之關係至微。現任出生於波多黎各裔移民家庭之大法官Sonia Sotomayor在審理移民相關案件⁸⁶、處理國族上「他我之別」時之立場亦同，在一個多元族裔的自由民主憲政國家中，大法官具有移民背景應有助於對憲法議題之瞭解與判斷⁸⁷，而不應被認為對其行使憲法上職權、甚至職務上之忠誠有所妨礙。

人民依法行使職權，不徇私舞弊，不營求私利，不受授賄賂，不干涉司法。如違誓言，願受最嚴厲之制裁，謹誓。」

85 Lori A. Ringhand, *Aliens on the Bench: Lessons in Identity, Race and Politics from the First "Modern" Supreme Court Confirmation Hearing to Today*, 2010 MICH. ST. L. REV. 795, 795 (2010).

86 例如See *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012)，Sotomayor贊成對移民有利的多數意見書。

87 Sonia Sotomayor, *A Latina Judge's Voice*, 13 BERKELEY LA RAZA L.J. 87, 91-93 (2002).

倘若釋憲者有權依據憲法解釋基本權利保障之主體為何、而在不受政治部門拘束的情況下判斷什麼是憲法上的「我們」，那麼「我們的釋憲者」就不應該被框限於以國籍或國族對「我們」所下的政治上定義，因為政治部門所為定義的本質就是排他而不利社會少數的。對一個矢志保護並涵容少數的自由派民主憲政國家暨多元族群社會來說，在憲法未明文的情形下，以國籍區分的憲法上他我之別不應該被認為是理所當然的，政治部門透過法律所決定的他我之別更不一定具備憲法上的正當性⁸⁸，同時，既然審查並檢討法律上的他我之別正是釋憲者與司法權之根本職責，則釋憲者之選任或許亦必須超越國籍與國族之侷限以促生更可能超越國籍與國族之違憲審查⁸⁹。

伍、結論

在傳統憲法理論主張的「國民／非國民」二元區分中，隱藏了一部以國籍為核心、他我分明的國族主義憲法，然而如本文於第「貳」章所述，中華民國憲法之文本並未將國籍預設為憲法基本權

88 參見Leti Volpp, *The Culture of Citizenship*, 8 THEORETICAL INQUIRIES L. 571, 571 (2007). (透過批評國家包裹於公權力行使的中立外觀下，創造出來的文明「我們」以及文化「他者」，彰顯在國族的他我之別上，國家必然存在既定的、偏斜的立場。)

89 本文於他刊審查時，匿名審查人之一曾建議本文捨去此一與前文論述關連性較弱之章節，幾次思量後，本文仍然在增補修改後予以保留，主要考量是因釋憲者選任不以國籍或國族為前提一節，可謂是本文強調應跳脫國籍而由釋憲者解釋憲法基本權利主體之「配套措施」。設想，假如釋憲者選任資格中，即便是為了滿足政治訴求而包含「生理性別未經變動」、「有虔誠宗教信仰」、「已婚育有子女」等條件，相較於未設此等排除條件之選任資格，顯然暗示了選任者對釋憲者具備一定立場之期待，此外此二者何者較有可能選出就非主流性別、宗教議題、婚姻家庭道德等攸關邊緣族群憲法權利之議題沒有無關法律之既定立場的釋憲者？與此同理，倘若釋憲者在思考憲法權利保障時不應考慮國籍身分，以國籍作為選任資格之正當性似更顯薄弱。

利保障之前提，而是將未定義的「人民」作為基本權利之主體，於是憲法所保障的「我們」是誰，便存在了釋憲者憲法解釋的空間。本文第「參」章中檢討現行法下由政治部門（而非釋憲者）定義憲法權利主體之問題，蓋傳統理論以國籍作為憲法權利保障之前提，造成國家立法及行政權透過國籍法與移民相關法令之形塑，除了限制了憲政社會的在地成員之種種憲法基本權利，更進而對這些在地成員作出各種僅受低度司法審查之他我區分與差別待遇，形成自由民主憲政秩序對社會少數族群保障的化外之地。

第「肆」章回顧釋憲者過去所為之相關解釋，發現即便傳統憲法理論之二元區分仍然影響了釋憲者劃定憲法上他我之別的基本態度，但中華民國憲法在臺灣的解釋與實踐，也並未圍繞著中華民國國族，中華民國國籍更並未理所當然地表彰在地憲政社會的成員資格⁹⁰，釋憲者在解釋中多次將參與在地社會之事實或意願納入考量中，標定個體在憲法上他我之別的位置。憲法解釋一方面對外國法例大量參酌及辯證，更有學者認為，我國憲法解釋及憲法裁判也相當程度上脫離了許多所謂國族傳統價值的拘束，直接地將個人權利保障看得比群體道德及傳統價值更重⁹¹。尤其在人權保障方面，憲法解釋對國際公約的援引漸趨頻繁，如解釋文與解釋理由書中直接援引國際公約以支持解釋決定之論點，或是於解釋文或理由書中提及用以比較討論者眾⁹²，而各大法官於協同或不同理由書中援引國際公約，更是所在多有⁹³，作為推動我國憲政人權保障進展的主要

90 例如中國大陸籍配偶在臺灣之法律地位與權利保障問題，在名義上即非「歸化中華民國國籍」之問題，而是另外以戶籍（國民身分證）之准否來處理，益徵至少在某些情形下，在地憲政社會之成員資格顯較中華民國國籍／中華民國國族更為重要。

91 Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, *The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison*, 59 AM. J. COMP. L. 805, 838 (2011).

92 參照如司法院釋字第392、428、549、578、582、587、623、678、709、710、719、728等號解釋以及數不勝數的各號解釋協同及不同意見書。

93 單就兩公約之援引即相當可觀，參見張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流：

動力之一的公民團體對國際人權公約之援引更是難以忽視⁹⁴，在在都說明了我國憲法在實踐跟演進上，都以國際人權保障對在地社會成員之普及作為憲法解釋之重要任務。

在具備國籍之國民以外，憲法文本所留下的未定義之「人民」概念，可能是主觀上「有久住之意思」者，或是客觀上與國家發生聯繫（tie），例如有「舉家遷徙在地共同生活」之事實者，也可能就不是帶著血緣、國族情懷與文化記憶卻遠走他方另謀生路者。未執著於「國籍」的憲法文本，恰好留下空間給一個戰後全球化浪潮下大量移民潮所必須面對的一個更自由主義式、更多元包容的公民（或憲法權利主體）概念。在我國憲政社會正迅速轉型為多元移民社會之今日，釋憲者基於活的憲法觀（living constitutionism），正可放下已嫌陳舊的國族中心或主權至高思想，除了更符合自由民主憲政理念的人權保障實踐以外，更能催生一個淡化國族血緣色彩，更強調在地認同與命運共同體概念的人民⁹⁵。

台灣施行兩大人權公約之後，台灣人權促進會季刊：兩公約專輯，10期，頁12-22、20（2010年）。

94 Wen-Chen Chang, *An Isolated Nation with Global-Minded Citizens: Bottom-Up Transnational Constitutionalism in Taiwan*, 4(3) NAT'L TAIWAN U. L. REV. 203, 203 (2009).

95 經他刊匿名審查人之一提醒，本文特地於行文最後略作補充：國籍之定義可以脫離國族與血緣，端看政治部門如何加以理解與形塑。換言之，一個抱持開放多元認同觀的政治體（polity），很可能會成就一個脫離血緣、國族，開放涵容的「國籍」身分。然而，本文認為，不論政治體的進化與修正速度之快慢，都不應影響憲法上權利主體之認定，尤其不應任由政治部門透過國籍與移民法規加以定義、甚至透過立法或行政手段反過來掏空憲法權利保障之核心。

參考文獻

1. 中文部分

- 王泰升（2009），國民黨在中國的「黨治」經驗：民主憲政的助力或阻力，中研院法學期刊，5期，頁69-228。
- （2014），論中華民國憲法的台灣化，台灣法學雜誌，254期，頁31-45。
- 李建良（2003），外國人權利保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌，48期，頁92-107。
- （2006），公民權的檢討（POD），臺北：行政院研究發展考核委員會。
- （2007），人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索：兼論台灣人國籍的起承斷續問題，臺大法學論叢，36卷4期，頁1-60。
- 李惠宗（2012），憲法要義，6版，臺北：元照。
- 李震山（2003），論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48期，頁51-65。
- 李鴻禧（1997），國家主權與國際社會淺說，月旦法學雜誌，20期，頁12-21。
- 法治斌、董保城（2014），憲法新論，6版，臺北：元照。
- 范秀羽（2016），羊頭狗肉之「簡政便民」／最高行104判字743判決，台灣法學雜誌，305期，頁165-166。
- （2017），移民事務之判斷餘地與司法退讓／最高行105判字420判決，台灣法學雜誌，314期，頁167-170。
- 許志雄（1999），第四單元：國民主權，月旦法學雜誌，45期，頁103-108。
- 許宗力（2003），基本權利：第三講——基本權主體，月旦法學教

室，4期，頁80-88。

——（2014），2013年憲法發展回顧，臺大法學論叢，43卷特刊，頁1031-1074。

陳慈陽（2016），憲法學，3版，臺北：元照。

張文貞（2010），國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後，台灣人權促進會季刊：兩公約專輯，10期，頁12-22。

張嘉尹（2008），多元族群、國家認同與台灣的憲政改革，中研院法學期刊，2期，頁109-166。

——（2008），憲政改造的途徑選擇：以台灣憲法變遷為脈絡的思考，收於：張文貞、葉俊榮編，新興民主的憲政改造，頁91-124，臺北：元照。

黃昭元（2007），從釋字第六一八號解釋探討原國籍分類的司法審查標準，收於：周志宏、許志雄、蔡茂寅編，現代憲法的理論與現實：李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁471-498，臺北：元照。

葉俊榮（1998），九七憲改與臺灣憲法變遷的模式，臺大法學論叢，27卷2期，頁7-47。

蔡宗珍（1997），國民主權於憲政國家之理論結構，月旦法學雜誌，20期，頁30-39。

廖元豪（2010），外人做頭家？——論外國人的公民權，政大法學評論，113期，頁245-306。

謝振民編（1948），中華民國立法史，上海：正中書局。

2. 外文部分

Abrams, Kathryn. 2016. Performative Citizenship in the Civil Rights and Immigration Rights Movements. Pp. 1-28 in *A Nation of Widening Opportunities: The Civil Rights Act at 50*, edited by Ellen D. Katz and Samuel R. Bagenstos. Ann Arbor, MI: Michigan Publishing.

- Ackerman, Bruce A. 1980. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Benhabib, Seyla. 2004. *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*. Cambridge, NY: Cambridge University Press.
- Bosniak, Linda. 2006. *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Brubaker, William Rogers. 1990. Immigration, Citizenship, and the Nation-State in France and Germany: A Comparative Historical Analysis. *International Sociology* 5:379-407.
- . 1992. *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Chang, Wen-Chen. 2009. An Isolated Nation with Global-Minded Citizens: Bottom-Up Transnational Constitutionalism in Taiwan. *National Taiwan University Law Review* 4(3):203-235.
- Dagger, Richard. 2002. Republican Citizenship. Pp. 145-158 in *Handbook of Citizenship Studies*, edited by Engin F. Isin and Bryan S. Turner. London: Sage.
- Fan, Hsiu-Yu (Tori). 2017. Female Migrant Spouses As Deserving Subjects of Rights: Migrant Women And Taiwan's Gender-Equal Courtrooms. Pp. 92-118 in *International Marriages and Marital Citizenship: Southeast Asian Women on the Move*, edited by Asuncion Fresnoza-Flot and Gwénola Ricordeau. London: Routledge.
- Fletcher, George P. 1993. *Loyalty: An Essay on the Morality of Relationships*. New York, NY: Oxford University Press.
- Gibson, James. L., and Gregory A. Caldeira. 2009. Confirmation Politics and The Legitimacy of the U.S. Supreme Court: Institutional Loyalty, Positivity Bias, and the Alito Nomination. *American*

Journal of Political Science 53:139-155.

Geyh, Charles Gardner. 2008. The Endless Judicial Selection Debate and Why It Matters for Judicial Independence. *Georgetown Journal of Legal Ethics* 21:1259-1281.

Joppke, Christian. 1998. Immigration Challenges the Nation-State. Pp. 5-46 in *Challenge To the Nation-State*, edited by Christian Joppke. New York, NY: Oxford University Press.

Lomasky, Loren. E. 2007. Liberalism Beyond Borders. *Social Philosophy and Policy* 24:206-233.

Marshall, Thomas Humphrey. 1950. Citizenship and Social Class. Pp. 1-85 in *Citizenship and Social Class and Other Essays*, edited by Thomas Humphrey Marshall. Cambridge: Cambridge University Press.

Preuss, Lawrence. 1934. International Law and Deprivation of Nationality. *Georgetown Law Journal* 23:250-276.

Ramakrishnan, S. Karthick. 2005. *Democracy in Immigrant America: Changing Demographics and Political Participation*. Redwood City, CA: Stanford University Press.

Ringhand, Lori. A. 2010. Aliens on the Bench: Lessons in Identity, Race and Politics from the First “Modern” Supreme Court Confirmation Hearing to Today. *Michigan State Law Review* 2010:795-835.

Schmitt, Carl. 2007. *The Concept of The Political: Expanded Edition*, translated by George Schwab. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Schuck, Peter H. 1989. Membership in the Liberal Polity: The Devaluation of American Citizenship. *Georgetown Immigration Law Journal* 3:1-18.

———. 2002. Liberal Citizenship. Pp. 131-144 in *Handbook of Citizenship Studies*, edited by Engin F. Isin and Bryan S. Turner.

London: Sage.

Shachar, Ayelet. 2009. *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Sotomayor, Sonia. 2002. A Latina Judge's Voice. *Berkeley La Raza Law Journal* 13:87-93.

Soysal, Yasemin. Nuhoğlu. 1994. *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Volpp, Leti. 2002. The Citizen and the Terrorist. *UCLA Law Review* 49:1575-1600.

———. 2007. The Culture of Citizenship. *Theoretical Inquiries in Law* 8:571-602.

Yeh, Jiunn-Rong, and Wen-Chen Chang. 2011. The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison. *The American Journal of Comparative Law* 59:805-840.

From “Our Constitution”, “Our People”, to “Our Justices”: Constructing A Non-Citizen “People”

*Hsiu-Yu Fan**

Abstract

The prevailing theories of qualified subject of constitutional rights usually assume that citizens, as members of the state, shall be the standard subject of constitutional rights and be guaranteed all the rights in the Constitution. These theories disagree only on of which rights the guarantee is extended to non-citizens. This Article first critically reviews the text of the Constitution and other relevant constitutional and political scientific theories to refute the assumption that the guarantee of constitutional rights must be tied to the citizen/non-citizen distinction. Specifically, this Article traces back the development of the two early models of citizenship, the republic model and the liberal model, and reasons that, in terms of constructing the deserving subject of constitutional rights, both models were after the ideal of inclusion, as opposed to exclusion. Furthermore, this Article argues that the Constitution actually leaves room for the judiciary’s (as opposed to the political departments’) flexible construction of the subject of constitutional rights. To review the current legal system of citizenship and immigration law, this Article then examines related congressional acts and regulations, such as the Nationality Act, the Immigration Act and the Act of Household Registration, and discovers that the execution of this binary citizen/non-citizen distinction turned out to be an

* Associate Professor, School of law, Soochow University.
E-mail: hsiuyufan@scu.edu.tw.

unexpected multi-level distinction over a broad spectrum, which also leads to differentiated standards of judicial review. In this spectrum of multi-level distinction, individuals are excluded, in whole or in part, from the protection of constitutional rights merely for a violation or noncompliance of immigration laws and regulations. Subsequently, this Article first analyzes the relevant Judicial Yuan Interpretations to describe the us-them distinction adopted by the Justices and then by looking into the process of Justices' nomination and appointment, discusses whether the Justices themselves are also subject to this us-them distinction and how this might affect their performance of the constitutional duty. Finally, this Article concludes with how to construct a more diverse yet localized membership under the Constitution.

KEYWORDS: constitutional subject, immigration law, citizenship, judicial review, immigration power, us versus them.