

# 外人做頭家？ ——論外國人的公民權

廖元豪\*

## 要目

- |   |                               |
|---|-------------------------------|
| 壹、前言  | 一、「人權／公民權／國民權」三分法之簡介          |
| 貳、公民權憲法意涵之探討  | (一)人權                         |
| (一)Citizenship 作為一種「法律地位」(Legal Status)             | (二)公民權                        |
| (二)Citizenship 作為一種「權利」(Rights)                     | (三)國民權                        |
| (三)Citizenship 作為一種「政治活動」(Political Activity)       | 二、「人權／公民權／國民權」三分法的檢討          |
| (四)Citizenship 作為一種「身分認同／團結象徵」(Identity/Solidarity) | (一)無憲法文字依據                    |
| 參、人權／公民權／國民權三分法之檢討                                  | (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 |
|   | (三)流動的界線之二：「本國人」與「外國人」都不是鐵板一塊 |
|   | (四)流動的界線之三：全球化的去國家化           |

\* 政治大學法學院副教授，美國印第安那大學布魯明頓校區法學博士 (S. J. D., 2003)。

投稿日期：九十七年八月八日；接受刊登日期：九十八年十月二十六日

責任校對：許俊鴻

|                 |                  |
|-----------------|------------------|
| (五)外溢效應——禍殃國民   | 三、民主理論ABC——被統治者與 |
| 三、大法官釋憲實務——事實上的 | 納稅人之權利           |
| 「外人無基本權」        | 四、結構性弱者之憲法保障     |
| 四、小結：從本質論到功能論的分 | 五、與國民主權並不當然衝突    |
| 析途徑             | 伍、外國人應有之公民權範圍    |
| 肆、外國人公民權之理論基礎   | 一、政治性表現自由        |
| 一、憲法未明文禁止       | 二、地方性投票權         |
| 二、準國民——與台灣關係密切的 | 三、服公職權           |
| 外國人             | 陸、結語             |

## 摘 要

本文主張，憲法應保障某些外國人的「公民權」，也就是「政治參與」之權利——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，以及其他不直接涉及國家主權之政治權利。

憲法賦予「外人公民權」的理論基礎包括：一、憲法文義並未全然排斥外國人享有政治權利；二、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」；三、被統治者與納稅者應享有一定的參政權；四、外國人往往可能是結構性的弱勢群體，以及五、有限度的外人參政權，與國民主權並不當然牴觸。

關鍵詞：外國人、國民權、公民權、人權、投票權

## 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，以及其他不直接涉及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<sup>1</sup>。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」<sup>2</sup>。

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

---

<sup>1</sup> 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81以下，頁84-121，2006年9月。

<sup>2</sup> 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』！」

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，但某些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。

本文第參部分則須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：一、憲法文義並未全然排斥外國人享有政治權利；二、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」；三、被統治者與納稅者應享有一定的參政權；四、外國人往往可能是結構性的弱勢群體，以及五、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。

本文有部分內容與作者其他著作有些重疊。第貳部分主要文字曾發表於「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」<sup>3</sup>之第肆部分；第參部分之主要文字則曾發表於「移民——基本人權的化外之民」<sup>4</sup>一文。但由於這兩部分之論證與本文主旨「外國人得否／如何享有公民權」，有密不可分之關聯性，故仍於部分修改後置於本文。合先說明。

## 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。的確，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，乃邏輯上當然之理，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」<sup>5</sup>。因此，至少憲法文義並未嚴格限定「公民」或「公民

<sup>3</sup> 廖元豪，建構以平等公民權（Equal Citizenship）為基礎的憲法權利理論途徑——對傳統基本權理論之反省，載：憲法解釋之理論與實務，第六輯，頁365以下，2009年7月。

<sup>4</sup> 廖元豪，移民——基本人權的化外之民，月旦法學雜誌，161期，頁83以下，2008年10月。

<sup>5</sup> 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14條第1項：“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and

權」之定義。

既然憲法文義沒有限制「公民」的意義，那麼應該就有著引用學術文獻來探究「公民」與「公民權」等概念的空間。

「公民」的英文用語是 *citizen*，而「公民權」則是 *citizenship*。從英文法律、政治與哲學文獻來看，探究 *citizenship* 這個概念的論述甚多。且通常也多承認，*citizenship* 之意義不僅限於形式上的特定身分。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）<sup>6</sup>。

致力於研究 *citizenship* 概念與全球化的 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：

(一) *Citizenship* 作為一種「法律地位」（*Legal Status*）<sup>7</sup>

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*）。

---

of the State wherein they reside.”

<sup>6</sup> 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，載：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年5月。

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



### (二)Citizenship作為一種「權利」(Rights)<sup>8</sup>

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Bosniak也指出，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。

### (三)Citizenship作為一種「政治活動」(Political Activity)<sup>9</sup>

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」。

### (四)Citizenship作為一種「身分認同／團結象徵」(Identity/Solidarity)<sup>10</sup>

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。

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(二)層意義為主要討論對象，當然也包含第(一)種意義。(因為(二)的涵義較(一)更廣)

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<sup>11</sup>。Karst析論美國憲法平等保護條款與正當程序條款的案例發

---

<sup>8</sup> *Id.* at 463-70.

<sup>9</sup> *Id.* at 470-79.

<sup>10</sup> *Id.* at 479-88.

<sup>11</sup> See Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term Foreword—Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1 (1977) (hereinafter Karst,

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<sup>12</sup>！

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<sup>13</sup>。

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「平等公民權」的理論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<sup>14</sup>。但他的目標不是宣揚美國國族精神，而是拿美國當作擴張保障人權的基礎：美國這個以平等公民權為依歸之國家，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<sup>15</sup>。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<sup>16</sup>。

---

*Equal Citizenship*); KENNETH L. KARST, *BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION* (1989)(hereinafter KARST, *BELONGING*).

<sup>12</sup> Karst, *Equal Citizenship*, *id.* at 5-6.

<sup>13</sup> *Id.* at 8-9.

<sup>14</sup> Kenneth L. Karst, *Citizenship, Law, and the American Nation*, 7 *IND. J. GLOBAL LEGAL STUD.* 595 (2000).

<sup>15</sup> KARST, *BELONGING*, *supra* note 11.

<sup>16</sup> Karst, *Equal Citizenship*, *supra* note 11, at 44-5.

Judith N. Shklar也分析美國「公民權」的發展，認為「公民權」可作為一種「社會立足點」(social standing)，其主要內涵是「投票」(voting)與「賺錢」(earning)之能力<sup>17</sup>。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<sup>18</sup>。

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<sup>19</sup>。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)<sup>20</sup>。

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<sup>21</sup>。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

---

<sup>17</sup> JUDITH N. SHKLAR, AMERICAN CITIZENSHIP: THE QUEST FOR INCLUSION (1991).

<sup>18</sup> *Id.* at 3.

<sup>19</sup> T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, in T. H. MARSHALL & TOM BOTTMORE, *CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS* 18 (1992).

<sup>20</sup> *Id.* at 8-49.

<sup>21</sup> See generally YASEMIN NUHOGLU SOYSAL, *LIMITS OF CITIZENSHIP: MIGRANTS AND POSTNATIONAL MEMBERSHIP IN EUROPE* (1994); Bosniak, *supra* note 7; 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).

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<sup>22</sup>。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。

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<sup>23</sup>。

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）<sup>24</sup>。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<sup>25</sup>，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

---

<sup>22</sup> ALFRED C. AMAN, JR., DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM 48, 58-59, 139(2004).

<sup>23</sup> STEPHEN CASTLES & ALASTAIR DAVIDSON, CITIZENSHIP AND MIGRATION: GLOBALIZATION AND THE POLITICS OF BELONGING (2000).

<sup>24</sup> *Id.* at 103-28.

<sup>25</sup> 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).

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<sup>26</sup>。

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<sup>27</sup>。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」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」，就是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。從本文之目的而言，其至少應包括：一、投票權、被選舉權、平等服公職等「狹義參政權」；二、參與公共決策之「政治性質權利」。

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

---

<sup>26</sup> RUUD KOOPMANS ET AL., *CONTESTED CITIZENSHIP: IMMIGRATION AND CULTURAL DIVERSITY IN EUROPE* (2005).

<sup>27</sup> Heinz Klug, *Contextual Citizenship*, 7 *IND. J. GLOBAL LEGAL STUD.* 567 (1996).

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／公民權／國民權三分法之檢討

### 一、「人權／公民權／國民權」三分法之簡介

依據我國學者多數說，移植了德國的基本權利三分法<sup>28</sup>。在這套理論下，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。其內容大致如下：

#### (一) 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。

#### (二) 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

---

<sup>28</sup> 如：林紀東，中華民國憲法逐條釋義(一)，頁65-67，1990年6版；法治斌、董保城，憲法新論，頁148-149，2005年10月3版；許育典，憲法，頁121-122，2006年10月；李惠宗，憲法要義，頁104，2009年9月5版；陳慈陽，憲法學，頁380，2005年11月2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57，2003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97，2003年。  
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年6月3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年5版。

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。

### (三)國民權

雖與政治權力分配未必有直接關聯，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<sup>29</sup>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<sup>30</sup>。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

---

<sup>29</sup> 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).

<sup>30</sup> 參閱李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代，25卷1期，頁109-120，1999年7月。See also KOOPMANS ET AL., *supra* note 26, at 31-73.

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<sup>31</sup>。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」<sup>32</sup>？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<sup>33</sup>。

這套「人權——公民權——國民權」論述其實有不少問題。以下就分別敘述之。

---

<sup>31</sup> 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年7月。

<sup>32</sup> 認為外國人不享有平等權者，如林紀東，同註28，頁90；許宗力，基本權主體，月旦法學教室，4期，頁80以下，2003年2月。但近年來多數學者似傾向認為平等權可適用於外國人。

<sup>33</sup> 例如，憲法第16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8條「由法院事前裁判」以及「立即請求法院提審」的正當程序。



## 二、「人權／公民權／國民權」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。而這三種權利，解釋上是否當然不包含外國人，恐怕也大有問題<sup>34</sup>。

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

---

<sup>34</sup> 廖元豪，同註4，頁86-87。

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<sup>35</sup>，怎能把這套沒有文義依據的理論，理所當然地拿來援用？

審稿人之一指出，文義解釋不是唯一的釋憲依據，作者也無須在此過分纏夾。作者完全同意！三分法在文義上並無依據，且單從文義也不當然導出各種基本權利是否（如何）保障外國人。如果有非常有力的實體理由足以支持這個三分法理論，即使文義不合，作者也願意接受。但在實體上，它也仍然有以下嚴重的理論問題。

#### (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——公民權——國民權」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。

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？大法官釋字第四〇〇號解釋，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」

<sup>35</sup> 如：美國憲法的平等權與正當程序保障，適用於所有「人」（people），而實務上則會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。

(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，勇於爭取權益與發聲？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<sup>36</sup>。

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——公民權——國民權」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

---

<sup>36</sup> See JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

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」！

當法律論述硬把不切實際的分類套到現實社會，不僅操作上產生許多不確定性，更惡劣的是所有的「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。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<sup>37</sup>。

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：嫁或娶台灣人，（長期）住在台灣，與台灣有極密切的工作或商業關係，經常來台灣旅遊，或某人「就是愛台灣」……等連結。但「人權——公民權——國民權」三

---

<sup>37</sup> 參閱廖元豪，行蹤不明之罪，中國時報，2008.6.16，A15版時論廣場專欄。

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，或觀光客全未區分！

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<sup>38</sup>。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，是不是可以享有大法官釋字第五五八號解釋賦予的「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？

---

<sup>38</sup> 參照大法官釋字第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）。

#### ④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<sup>39</sup>。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<sup>40</sup>。

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<sup>41</sup>。

就以我國而言，在國際政治上，「國家主權」實際上飽受壓迫。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）<sup>42</sup>的國家一樣，都亟亟於吸引或留住資本。於是，

<sup>39</sup> See e.g. Delbruck, *supra* note 29, at 11; PETER DICKEN, GLOBAL SHIFT: TRANSFORMING THE WORLD ECONOMY 1-8 (3d ed. 1998); AMAN, *supra* note 22, at 1-2.

<sup>40</sup> See Jan Nederveen Pieterse, *Globalization as Hybridization*, in THE GLOBALIZATION READER 99-105 (Frank J. Lechner & John Boli eds., 2000).

<sup>41</sup> See CASTLES & DAVIDSON, *supra* note 23; Bosniak, *supra* note 7.

<sup>42</sup> See DICKEN, *supra* note 39, 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

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」。在資本全球化的今日，跨國資本亦可非常輕易地規避任何的「外資」管制<sup>43</sup>。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、生生命運的，往往是沒有投票的「國際玩家」<sup>44</sup>。

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？這樣的處理方式，合理嗎？

審稿人之一質疑：既然外國人可能在許多方面，實質上「貢獻」或「影響」台灣的政治，那還有必要在憲法理論上予以保障嗎？

---

(1998); ROBERT WENT, GLOBALIZATION: NEOLIBERAL CHALLENGE, RADICAL RESPONSES 28-30 (2000).

<sup>43</sup> 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: 2006.06.20)）。

<sup>44</sup> 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: 2008.08.06). 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。

此一質疑確有見地，本文的回應是：首先，本文的論述是指出「國籍決定論」的不切實際，從而提供創造基本權利新途徑之理論基礎。即使最神聖的主權、領土，也未必是一句「國籍身分」決定，那「國民至上」的憲法理論自然就有瑕疵。

何況，某些「強勢外國人」已能實質上產生政治上的「影響」。但也有許多對台灣有重大「貢獻」的「弱勢外國人」，卻因為他們的脆弱地位（例如，無投票權、不准集會），無法產生「影響」，而只能忍受剝削、歧視、排擠。這種「有貢獻卻不能影響政治程序」的在台外人，自仍有憲法保障之必要。

#### (五)外溢效應——禍殃國民

依理而論，「人權——公民權——國民權」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。即使是標準的國民或公民，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<sup>45</sup>；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<sup>46</sup>。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

---

<sup>45</sup> 見大法官釋字第618號解釋。

<sup>46</sup> 見大法官釋字第558號解釋。



就會找到出口，專對「某些外國人」加以歧視。

例如，修正前的「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——即便她是被台灣人感染，或是已在台灣居住多年，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？雖然此法現已更名為「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」，內容也做了相當幅度的翻修與調整。但感染者若為外國人，原則上依然應強制出境。唯一「放寬」的部分，僅有新法第二十條容許「受本國籍配偶傳染或於本國醫療過程中感染及我國無戶籍國民有二親等內之親屬於臺灣地區設有戶籍者」提出申覆。至於其他原因或身分之外國籍感染者，其命運依然是「強制出境」！當我們的理論與實務容許這種條文，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<sup>47</sup>？前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<sup>48</sup>，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」！誰能說排外之火，能夠準確地只燒外人？

<sup>47</sup> 參閱廖元豪，歧視有理，患病有罪？，中國時報，2006.10.13，A15版時論廣場專欄。幸好，在96年上易字第1012號判決中，高等法院依據當年度立法院增訂的新法「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」（明文保障「居住」權利），認定再興社區不得單純以住戶是愛滋病患為由，要求這些人遷離。

<sup>48</sup> 這是作者親身經驗。參閱廖元豪，知識介入與移工民運動的推進(二)，台灣社會研究季刊，74期，頁383-405，2009年6月。

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<sup>49</sup>。納粹經驗更是慘不忍睹。「人權——公民權——國民權」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。但這在臺灣是不可期待的。在人權水準低落的臺灣，憲法學者的論述以及大法官的憲法解釋，實際上往往是人權的「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——公民權——國民權」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

---

<sup>49</sup> 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，61期，頁417以下，2006年3月。

體審查」。這似乎意味著，外國人也是基本權利的主體。

例如，大法官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？）。大法官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」，而非實體審查後作成解釋。

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<sup>50</sup>。以大法官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（參照大法官釋字第三一三、三九〇、三九四、四〇二號等涉及「裁罰性處分」之解

---

<sup>50</sup> 相似見解，參閱李建良，同註28，頁97-98。

釋)，而不能單以「依法律整體解釋推知」<sup>51</sup>。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。

筆者曾撰文批評大法官釋字第五六〇號，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<sup>52</sup>！

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」！大法官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」<sup>53</sup>。而大法官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<sup>54</sup>！

---

51 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年5月。

52 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，載：法治與現代行政法學——法治斌教授教授紀念論文集，頁305-307，2004年。

53 參閱廖元豪，同前註，頁296-301；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，92期，頁121以下，2006年。

54 較詳盡的分析與評論，參閱廖元豪，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年。部分不同意見，參閱黃昭元，從釋字六一八號解釋探討原國籍分類的司法審查標準，載：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9月；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，同註

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大法官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，較能達到盡可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干

---

3，頁637-646。

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<sup>55</sup>，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，應該把憲法第一三〇條解釋為最低標準：中華民國國民年滿二十歲者，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

---

<sup>55</sup> 其他權利（如：工作權、人身自由等）當然也非常值得探討。

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。相比之下，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」，除了涉及「人民參選總統之權利（服公職權、被選舉權）」外，由於也涉及國家機關主要成員之資格，或有更強的理由解釋為「絕對規定」而限制立法者擴張資格，讓更多人來參選總統<sup>56</sup>。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，而更可能解釋為「最低標準規定」。

## 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。這種二分法，似乎也深入人心。（見圖一）

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 alien, denizen）或「移居者」（migrant）。這些「住民」在住居國

---

<sup>56</sup> 感謝李震山大法官在本文初稿發表時，所提出的意見。初稿見解以為，憲法第45條顯然是「絕對規定」，但李大法官指出這個條文依然含有人民權利之成分在內。作者敬表接受，故將用語適度修改。

生活、工作、納稅，參與各類活動，甚至終身居住於該國<sup>57</sup>。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<sup>58</sup>。「國籍」或「正式公民身分」在今日是否仍占有絕對重要的地位<sup>59</sup>？美國聯邦最高法院甚至在 *Plyler v. Doe*<sup>60</sup>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<sup>61</sup>！可見「長久居住」、「共同生活」，至少是建立憲法權利保障可能性的重要因素之一。

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——但法制上並未針對「永久居留」與「長期居留」身分者，給予較為完整的權利保障。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<sup>62</sup>。但這些人其實與

---

<sup>57</sup> 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 29, at 271-72.

<sup>58</sup> Aristide R. Zolberg, *The Dawn of Cosmopolitan Denizenship*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 511 (2000).

<sup>59</sup> DAVID JACOBSON, *RIGHTS ACROSS BORDERS: IMMIGRATION AND THE DECLINE OF CITIZENSHIP* (1996).

<sup>60</sup> 457 U. S. 202 (1982).

<sup>61</sup> *Id.* at 218-19.

<sup>62</sup> 關於歸化的法律與事實障礙，可參照廖元豪，同註1，頁104-106。



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。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」<sup>63</sup>。事實上，司法院大法官早在一九八九年的大法官釋字第二四二號解釋，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<sup>64</sup>。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」！（見圖二）

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

---

<sup>63</sup> 依該號解釋見解，危害婚姻（一夫一妻）制度之行爲（指「通姦」），國家甚至可以刑罰制裁之。

<sup>64</sup> 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年訴字第1892號判決，即採此見解。而監察院也針對外交部「拒絕外籍配偶來台簽證無須說明理由」之實務，以其忽視「家庭共同生活權利」為由，作成糾正案（監察院98年外正第4號糾正案，2009.7.31）。

離，故至少在公民權上不可讓步<sup>65</sup>。

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<sup>66</sup>。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<sup>67</sup>！

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？

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

<sup>65</sup> 如德國部分學者曾經提出這類質疑。See Neuman, *supra* note 29, at 280-81.

<sup>66</sup> 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年10月。

<sup>67</sup> 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，同註31，頁85-86。

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<sup>68</sup>！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」<sup>69</sup>。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）<sup>70</sup>，以及「政府應立於被統治者之同意」（government must rest on the consent of the governed）<sup>71</sup>。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<sup>72</sup>。

<sup>68</sup> 廖元豪，同註1，頁124-125。

<sup>69</sup> 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年9月。

<sup>70</sup> 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).

<sup>71</sup> 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.”).

<sup>72</sup> 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1,620億美金的稅金。而其更預估從1998至2002年，移民對美國社會安全系統的貢獻更

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。理由是修正前的入出國及移民法第二十七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」<sup>73</sup>！新修正的入出國及移民法雖然在民間團體的壓力

---

高達五千億美金。引自Elise Brozovich, *Prospect for Democratic Change—Non-Citizen Suffrage in America*, 23 *HAMLIN J. PUB. L. & POL'Y* 403, 438 (2002).

<sup>73</sup> 作者與「移民移住人權修法聯盟」的夥伴，以及許多新移民，在2005年7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！

下，稍做修改，於第三十九條「禁止從事與許可目的不符之活動」後加上但書「但合法居留者，其請願及合法集會遊行，不在此限」。然而若非取得「居留」身分（例如，記者採訪），或是集會遊行的合法性有疑義，依然可能因為參加集會遊行而遭到驅逐出境的威脅。

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作為「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<sup>74</sup>。而林子儀大法官在釋字第五八〇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）

---

<sup>74</sup> See ELY, *supra* note 36. 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標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，33卷3期，頁99-108，2004年5月；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，載：權力分立新論（卷二）違憲審查與動態平衡，頁14-17，2005年4月。

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<sup>75</sup>。

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<sup>76</sup>。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<sup>77</sup>。外國人——無論是合法或非法居留——的結構弱勢是很明顯的。

美國聯邦最高法院曾經在一個涉及福利給付的案件*Graham v.*

---

<sup>75</sup> 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年6月。

<sup>76</sup> ELY, *supra* note 36, at 161-62.

<sup>77</sup> See e.g. IMMIGRANTS OUT!—THE NEW NATIVISM AND THE ANTI-IMMIGRANT IMPULSE IN THE UNITED STATES (Juan F. Perea ed., 1997); JOHNSON, *supra* note 49.

*Richardson*<sup>78</sup>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」<sup>79</sup>。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，美國最高法院作成一連串的判決，將各州限制外國人擔任公職<sup>80</sup>、領取補助<sup>81</sup>，以及工作機會<sup>82</sup>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<sup>83</sup>，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

---

<sup>78</sup> 403 U. S. 365 (1971).

<sup>79</sup> *Id.* at 372.

<sup>80</sup> *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。)

<sup>81</sup> *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。)

<sup>82</sup> *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。)

<sup>83</sup> 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)）。

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」<sup>84</sup>。

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」<sup>85</sup>。另

---

<sup>84</sup> 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年6月。

<sup>85</sup> 這是筆者在之前另一篇論文所嘗試的途徑。見廖元豪，同註52，頁288-296



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*）<sup>86</sup>。如果硬要把一切可能涉及公共價值決定或公權力的行動，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

---

（提出「實質國民」之概念）。

<sup>86</sup> See Mari J. Matsuda, *When the First Quail Calls—Multiple Consciousness as Jurisprudential Method*, 14 WOMEN'S RTS. L. REP. 297, 298 (1992).

與本國人擁有一切完整的憲法權利」應該是原則<sup>87</sup>；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。

審稿人之一認為，從本文的邏輯，應該完全廢除以「國籍」作為憲法權利之依據，而純以「實質關聯」作為依據。但作者以為，「國籍」或「主權」甚至「國族國家」，在考量「實質關聯」時依然有某種程度的重要性，因此並不採取如此極端之主張。

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<sup>88</sup>。

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<sup>89</sup>。而排斥外國人表達意見，雖然看來是規範「言論主

<sup>87</sup> 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).

<sup>88</sup> 林子儀，言論自由與內亂罪，載：言論自由與新聞自由，頁197以下，1999年。大法官釋字第445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。

<sup>89</sup> 參閱林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：林子儀，同前註，頁133以

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。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<sup>90</sup>。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<sup>91</sup>。成員國如德、

---

下。另參照大法官釋字第445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）。

<sup>90</sup> 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).

<sup>91</sup> 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年9月。

法亦因而修改憲法賦予「成員國之國民」地方層級的選舉與被選舉權。

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。在一九九〇年的第一個判決，是依據基本法第二十八條第一項第二句<sup>92</sup>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<sup>93</sup>與第二十八條第一項<sup>94</sup>宣告Hamburg議會通過的法律違憲<sup>95</sup>。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分，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

---

<sup>92</sup> 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 29, at 283.）

<sup>93</sup> 英譯為：“All state authority emanates from the people.”（摘自Neuman, *supra* note 29, at 284.）

<sup>94</sup> 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 29, at 284.）

<sup>95</sup> 此二判決之相關內容與背景，均摘自Neuman, *supra* note 29, at 283-88.

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「修憲賦予外國人投票權」之可能<sup>96</sup>。事實上，德國基本法已於一九九二年經由修憲程序，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「德國人主體」（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」<sup>97</sup>。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）<sup>98</sup>。

---

<sup>96</sup> Neuman, *supra* note 29, at 287-88.

<sup>97</sup> *Id.* at 291.

<sup>98</sup> *Id.*

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<sup>99</sup>。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<sup>100</sup>。

一七八九年，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。

當時另一個發展趨勢，則是在一八四八年Wisconsin州加入美

---

<sup>99</sup> 以下有關美國18至20世紀初外人投票權的發展，係整理自Raskin, *supra* note 90, 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 29, at 291-300; Brozovich, *supra* note 72, at 406-11.

<sup>100</sup> Raskin, *supra* note 90, at 1401.

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。國會於一八六三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。一九二八年的選舉（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。

今日，美國某些地區仍有「外國人地方投票權」。如New York City自一九六八年起，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<sup>101</sup>。City of Chicago也有類似的措

---

<sup>101</sup> N. Y. EDUC. LAW § 2590-c(4).

施<sup>102</sup>。而Maryland州的City of Takoma Park在一九九一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），在第六〇一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<sup>103</sup>。

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<sup>104</sup>。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<sup>105</sup>。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.”）<sup>106</sup>。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”）<sup>107</sup>。而在一九七三年的*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

---

<sup>102</sup> Ill. ANN. STAT. ch. 122, para. 34-2.1(d)(ii).

<sup>103</sup> 該市之憲章可於以下網站瀏覽查詢：[http://www.takomaparkmd.gov/code/Takoma\\_Park\\_Municipal\\_Code/pdf/charter.pdf](http://www.takomaparkmd.gov/code/Takoma_Park_Municipal_Code/pdf/charter.pdf) (last visited, 2009.10.10).

<sup>104</sup> 如Illinois州最高法院曾在*Spragins v. Houghton*, 3 Ill. (2 Scam.) 377 (1840)一案判決意見書中表示：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.

<sup>105</sup> 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」）。

<sup>106</sup> 88 U. S. (21 Wall.) 162, 177 (1874).

<sup>107</sup> 193 U. S. 621 (1904).



種可允許的限制標準」（“citizenship is a permissible criterion”）<sup>108</sup>。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。

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*<sup>109</sup> 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*<sup>110</sup> 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——「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<sup>111</sup>。

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<sup>112</sup>。自由主義與社群主義

---

<sup>108</sup> 413 U.S. 634, 649 (1973).

<sup>109</sup> 413 U.S. 634 (1973).

<sup>110</sup> 395 U.S. 621 (1969).

<sup>111</sup> See Rosberg, *supra* note 99; Brozovich, *supra* note 72.

<sup>112</sup> See Neuman, *supra* note 29, at 320-21.

的民主概念，不斷在美國憲政傳統中拉鋸<sup>113</sup>；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。移民國家、多元文化，毋寧說才是這個國家（無論國號為何）的立國精神<sup>114</sup>。

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<sup>115</sup>，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

---

<sup>113</sup> *Id.* at 323-24.

<sup>114</sup> 有關台灣的移民發展歷史，與憲法理論、立國精神的關係，參閱廖元豪，同註3，頁405-409。

<sup>115</sup> 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。

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<sup>116</sup>，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，情豈可乎？

### 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——

---

<sup>116</sup> 「外勞」在現行法下，是根本沒有機會申請歸化的。

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<sup>117</sup>？

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<sup>118</sup>！

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，大法官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<sup>119</sup>——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

---

<sup>117</sup> 類似的觀點，參閱Cole, *supra* note 87, at 384.

<sup>118</sup> 類似的觀點，參閱Rosberg, *supra* note 99, at 1125-26.

<sup>119</sup> 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？

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<sup>120</sup>：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。

---

<sup>120</sup> 見肆、四。

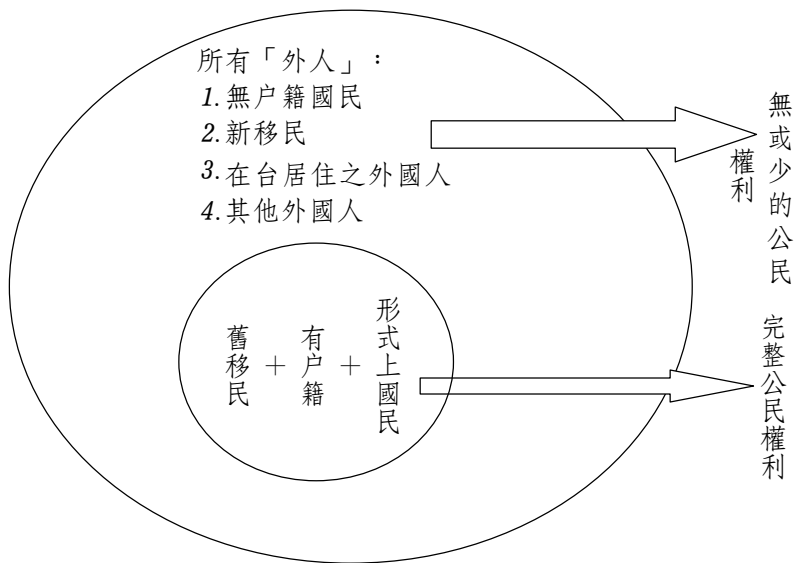
## 陸、結 語

在國族國家（nation-state）尚未全盤瓦解的今日，作者並非天真地主張全面廢除國籍制度，甚至也不否定「國籍」在決定基本權利之保障範圍上，仍有一定之地位。然而，既有的憲法理論與實務過於僵固，用太過形式主義的途徑來處理外國人的憲法權利問題。這種概念法學的思維模式，正是本文所要挑戰並加以鬆動的。對於許多打算或已經在台灣長期居住，或有其他重要關聯的「外國人」，賦予其一定之政治權利，其實是有必要的。

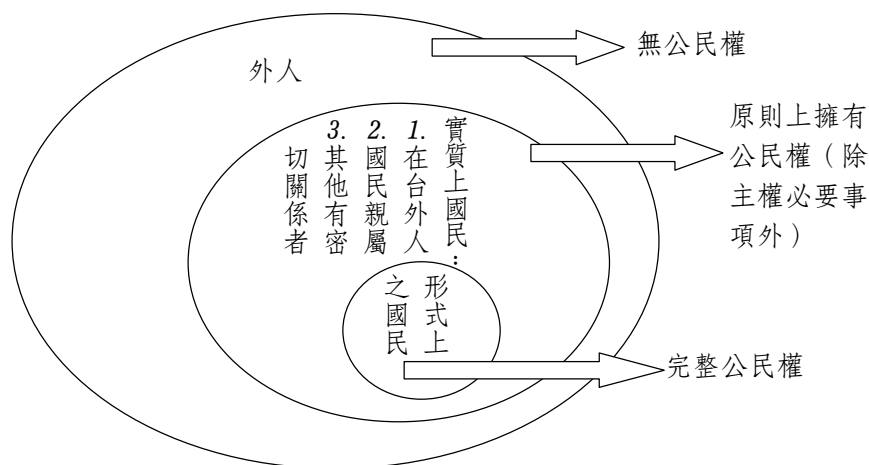
在本文最早的初稿撰寫期間，大法官作成了釋字第六一八號解釋，認定「原籍大陸」但現在已在台灣地區設戶籍的「台灣地區人民」，仍不能享有任何擔任公職的權利。坦白說，此號解釋是對作者的一大打擊：一方面，作者曾參與本件釋憲聲請案，「慫恿」並鼓勵「案主」謝女士說服行政法院法官聲請釋憲，更邀請陳君漢與梁光宗兩位律師友人協助撰寫訴狀；另一方面，正在撰寫論文之際看到這個解釋，頓時失去動力——連「國民」（正港「公民」）都沒有「公民權」了，還談什麼「外國人公民權」？這也是大法官繼釋字第五五八號解釋（無戶籍國民不享有「隨時返國無須許可」的基本國民權利）後，另一個公開承認「次等國民」的解釋。除了作者以外，這兩號解釋的原始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。

圖一：



圖二：



## 參考文獻

### 一、中 文

1. 王宏仁，台灣——越南間的外勞仲介機制，憲政時代，31卷2期，頁159-163，2005。
2. 吳庚，憲法的解釋與適用，3版，2004。
3. 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80-100，2001。
4. 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92-107，2003。
5. 李惠宗，憲法要義，3版，2006。
6. 李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代，25卷1期，頁102-132，1999。
7. 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51-65，2003。
8. 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁133-196，1999。
9. 林子儀，言論自由與內亂罪，載：言論自由與新聞自由，頁197-228，1999。
10. 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93-151，2000。
11. 林紀東，中華民國憲法逐條釋義(一)，6版，1990。
12. 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，載：法治與現代行政法學：法治斌教授教授紀念論文集，頁309-341，2004。
13. 法治斌、董保城，憲法新論，3版，2005。
14. 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67-90，2004。
15. 許育典，憲法新論，2006。
16. 許宗力，基本權主體，月旦法學教室，4期，頁80-88，2003。



17. 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，92期，頁121-217，2006。
18. 陳慈陽，憲法學，2版，2005。
19. 陳新民，憲法學釋論，5版，2005。
20. 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，載：權力分立新論（卷二）違憲審查與動態平衡，頁1-73，2005。
21. 湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，載：憲法解釋之理論與實務，6輯，頁581-660，2009。
22. 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，載：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。
23. 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，33卷3期，頁45-148，2004。
24. 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，載：法治與現代行政法學——法治斌教授教授紀念論文集，頁279-308，2004。
25. 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84-121，2006。
26. 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21-40，2004。
27. 廖元豪，知識介入與移工民運動的推進(二)，台灣社會研究季刊，74期，頁383-405，2009。
28. 廖元豪，建構以平等公民權（Equal Citizenship）為基礎的憲法權利理論途徑——對傳統基本權理論之反省，載：憲法解釋之理論與實務，第六輯，頁365-428，2009。
29. 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，61期，頁417-431，2006。
30. 廖元豪，移民——基本人權的化外之民，月旦法學雜誌，161期，頁83-

104, 2008。

31. 廖元豪，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27-37，2007。
32. 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10-20，2006。
33. 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55-79，2003。

## 二、外文

1. AMAN, ALFRED C. JR., DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM (2004).
2. BAILYN, BERNARD, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION (1967).
3. Bosniak, Linda, *Citizenship Denationalized*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. (2000).
4. Brozovich, Elise, *Prospect for Democratic Change—Non-Citizen Suffrage in America*, 23 HAMLINE J. PUB. L. & POL'Y (2002).
5. CASTLES, STEPHEN & DAVIDSON, ALASTAIR, CITIZENSHIP AND MIGRATION: GLOBALIZATION AND THE POLITICS OF BELONGING (2000).
6. Cherry, April L., *Roe's Legacy—The Nonconsensual Medical Treatment of Pregnant Women and Implications for Female Citizenship*, 6 U. PA. J. CONST. L. (2004).
7. Cole, David, *Are Foreign Nationals Entitled to the Same Constitutional Rights as Citizens?*, 25 T. JEFFERSON L. REV. (2003).
8. Delbruck, Jost, *Globalization of Law, Politics, and Market—Implications for Domestic Law—An European Perspective*, 1 IND. GLOBAL LEGAL STUD. (1993).
9. DICKEN, PETER, GLOBAL SHIFT: TRANSFORMING THE WORLD ECONOMY (3d ed. 1998).
10. ELY, JOHN HART, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980).

11. Falk, Richard, *Citizenship and Globalism: Markets, Empire, and Terrorism*, in PEOPLE OUT OF PLACE: GLOBALIZATION, HUMAN RIGHTS, AND THE CITIZENSHIP GAP (Alison Brysk & Gershon Shafir eds., 2004).
12. Hartnell, Helen Elizabeth, *Belonging—Citizenship and Migration in the European Union and in Germany*, 24 BERKELEY J. INT'L L. (2006).
13. IMMIGRANTS OUT!—THE NEW NATIVISM AND THE ANTI-IMMIGRANT IMPULSE IN THE UNITED STATES (Juan F. Perea ed., 1997).
14. JACOBSON, DAVID, RIGHTS ACROSS BORDERS: IMMIGRATION AND THE DECLINE OF CITIZENSHIP (1996).
15. JOHNSON, KEVIN R., THE “HUDDLED MASSES” MYTH: IMMIGRATION AND CIVIL RIGHTS (2004).
16. Karst, Kenneth L., *The Supreme Court 1976 Term Foreword—Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. (1977).
17. KARST, KENNETH L., BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION (1989).
18. Karst, Kenneth L., *Citizenship, Law, and the American Nation*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. (2000).
19. Klug, Heinz, *Contextual Citizenship*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. (1996)
20. KOOPMANS, RUUD ET AL., CONTESTED CITIZENSHIP: IMMIGRATION AND CULTURAL DIVERSITY IN EUROPE (2005).
21. KYMLICKA, WILL, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS (1995).
22. Mahmud, Tayyab, *Citizen and Citizenship Within and Beyond the Nation*, 52 CLEV. ST. L. REV. (2005)
23. Malaver, Pedro A., *Outsider Citizenships and Multidimensional Borders—The Power and Danger of Not Belonging*, 52 CLEV. ST. L. REV. (2005).
24. Marshall, T.H., *Citizenship and Social Class*, in T.H. MARSHALL & TOM BOTTOMORE, CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS 18 (1992).
25. Matsuda, Mari J., *When the First Quail Calls—Multiple Consciousness as Jurisprudential Method*, 14 WOMEN'S RTS. L. REP. (1992).

26. Neuman, Genrald L., “*We Are The People*” —*Alien Suffrage in German and American Perspective*, 13 MICH. J. INT’L L. (1992).
27. Ong, Aihwa, *Strategic Sisterhood or Sisters in Solidarity?—Questions of Communitarianism and Citizenship in Asia*, 4 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. (1996).
28. Pieterse, Jan Nederveen, *Globalization as Hybridization*, in THE GLOBALIZATION READER (Frank J. Lechner & John Boli eds., 2000).
29. Raskin, Jamin B., *Legal Aliens, Local Citizens—The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage*, 141 U. PA. L. REV. (1993).
30. Rosberg, Gerald M., *Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote?*, 75 MICH. L. REV. (1977).
31. SASSEN, SASKIA, *GLOBALIZATION AND ITS DISCONTENTS: ESSAYS ON THE NEW MOBILITY OF PEOPLE AND MONEY* (1998).
32. Schrauwen, Annette, *Sink or Swim Together?—Developments In European Citizenship*, 23 FORDHAM INT’L L. J. (2000).
33. SHKLAR, JUDITH N., *AMERICAN CITIZENSHIP: THE QUEST FOR INCLUSION* (1991).
34. SOROS, GEORGE, *OPEN SOCIETY: REFORMING GLOBAL CAPITALISM* (2000).
35. SOYSAL, YASEMIN NUHOGLU, *LIMITS OF CITIZENSHIP: MIGRANTS AND POST-NATIONAL MEMBERSHIP IN EUROPE* (1994).
36. Symposium: *Globalization and Governance—The Prospects for Democracy*, 10 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. (2003).
37. WENT, ROBERT, *GLOBALIZATION: NEOLIBERAL CHALLENGE, RADICAL RESPONSES* (2000).
38. White, Robin C.A., *Citizenship of the Union, Governance, and Equality*, 29 FORDHAM INT’L L. J. (2006).
39. Williams, Susan H., *Globalization, Privatization, and a Feminist Republic*, 4 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. (1996).
40. Zolberg, Aristide R., *The Dawn of Cosmopolitan Denizenship*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. (2000).

## **Thr Alien Sovereign? —On the Citizenship of Non-Citizens**

Bruce Yuan-Hao Liao<sup>\*</sup>

### **Abstract**

This article argues that the Constitution should guarantee certain aliens' "citizenship" or rights of "political participation." Those rights at least include the right of political expression, the right to assembly, the right of association, the right to be a public official that is non-political in nature, the right to vote in local elections, the right of access to the ballot in local elections, and other political rights not directly involving national sovereignty.

The theoretical grounds for the constitutional "right" of "aliens' citizenship" include the following: (a) the text of the Constitution does not exclude aliens' political rights; (b) certain "aliens" (e.g., marriage female immigrants) in reality have a very close relationship and mutual reliance with Taiwan so as to make them part of "We the People of Taiwan"; (c) the people governed by the state, as well as taxpayers, must be entitled to enjoy certain rights of political participation without

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, National Chengchi University College of Law; S.J.D., 2003, Indiana University Maurer School of Law-Bloomington.

Received: August 08, 2008; accepted: October 26, 2009

regard to their nationality; (d) aliens are largely the systematically disadvantaged groups; (e) to confer a limited right of political participation to aliens is not necessarily repugnant to national sovereignty.

Keywords: Alien National's Rights, Citizenship, Human Rights, Right to Vote









