

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

對外國人驅逐出境之處分

——以歐洲人權公約第 8 條家庭生活權利為中心

On Expulsion Treatments against Foreigners

--Base on the Right of Family Life, Article 8 of

European Convention on Human Rights

洪佳業

Hung, Chia-Yeh

指導教授：林鈺雄博士

Advisor: Lin, Yu-Hsiung, Dr. Jur. (münchen)

中華民國 102 年 6 月

June 2013



國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

對外國人之驅逐出境處分

——以歐洲人權公約第 8 條家庭生活權利為中心  
On Expulsion Treatments Against Foreigners  
--Base On The Right Of Family Life, Article 8 Of  
European Convention On Human Rights

本論文係洪佳業君（學號：R97A21090）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 101 年 5 月 2 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

林銘雄

口試委員：

莊建吟

林銘雄

廖福特



## 謝 辭

97 年 9 月入學碩士班，現在是 102 年 7 月。終於可以來寫論文的序言了。

這是我第一次「寫書」，第一次寫序言。想趁這個機會來記錄一下自己的心路歷程。

話說從我高中時期為頭。高一升高二的暑假，在學校選組時，我選了第三類組（自然組，生醫農）。不過也不是有什麼特別的原因，只是因為第三類組的班級每一個科目都有讀到——國文英文數學物理化學生物歷史地理……——想說每個科目都有讀到，就保有最多選擇的機會，以後要朝哪個科系目標努力都還來得及。然而，升上高三之後，地理、歷史兩科就從學校教學的科目消失了。這讓我知道，我必須趕快決定未來的目標。

我喜歡法律。但我也喜歡數學。在寫序言的當下，我書桌旁正放著一本看到一半的「哥德爾不完備定理」這本書。這是我看完前一集「費馬最後定理」之後，開始挑戰的下一本數學書籍。高中的時候我在想，如果大學能進入數學系，每天就可以徜徉在深妙的數學旅程中。「如果讀數學系，有一天我想證明出費馬最後定理！」當時我立下了這個宏願。（那時我還不知道，費馬最後定理在 1995 年，已被數學家懷爾斯及其學生泰勒證明出來了。但就算知道也無礙，我還是可以挑戰其他的數學懸案。）所謂「費馬最後定理」是指：

設  $n$  是大於 2 的正整數，則方程式  $x^n + y^n = z^n$ ，沒有正整數解。

這是 17 世紀的法國數學家費馬有一天在看書時，在書頁邊緣空白處寫下了這個式子，並寫道：「我發現了一個非常美妙的證明，然而這裡的篇幅不足以讓我寫下這個證明。」但是，在該書被以遺物的情況下發現後，後代數學花了數個世紀，卻怎麼樣也無法證明出來這個命題，令人匪夷所思。因為這個「定理」（其實證明出來之前應該稱為猜想），符號簡單且式子淺顯易懂，而且背後有這樣一個吊胃口又激起人挑戰興趣的故事，因此證明此猜想的真假，便成為後代著名的數學懸案之一。

回到正題。高中時我清楚的知道，我對法律有興趣，而且未來要以實現正義的司法官為自己的職志。然而，高二要結束時，我在猶豫，是要付出高中轉組的大成本，轉到一類組（社會組，文法商）去，之後直接報考大學法律系？還是先讀數學系，等大學畢業後再攻讀科法所，而擁有兩個領域的學位？後來我考量，如果大學畢業後考科法所，等研究所畢業後開始當司法官，那麼從高中畢業算起，至少還要將近十年的時間才能當司法官，實在太久了。所以我就下定決心拚了，大學就要直接唸法律系。因此，高三上學期就開始去補習班強力學習學校沒有教的歷史、地理兩個科目，事後也如願一舉衝上臺大法律系。

轉眼間大學畢業，很幸運的應屆順利錄取司法官特考，也同時錄取法律研究所。考上臺大法研所，不去讀似乎太可惜，當然就順理成章的註冊入學。然而，

入學第一年，我是很游移的，找不到努力的目標。因為，當初升高三，在決定未來方向時，就是想說等研究所畢業要太久，才辛苦轉換跑道，跨組考法律系，希望能早點當司法官。那麼現在法律系畢業了，為何又要讀法研所？研究所一年級的上學期，我找不到方向，每天混日子，浪費時間。

這時我的恩師林鈺雄教授出現了。林老師鼓勵我，讀研究所可以讓自己的思考高度更高，例如有了國際人權視野，再碰到實務上的法律問題時，就不會將思考侷限在文義解釋或是上級法院判決意旨而已，而可以瞭解問題和爭議的核心。有了問題意識，寫出來的判決或書類，絕對會有更多的深度。因為更深的法學涵養帶出的是更豐富的智慧。

在研究所學習的過程中，我確實體會到比較法和國際人權思潮的重要。例如，在德國以合憲性解釋限縮「單純重罪羈押」的適用後，我國司法院大法官也在民國98年以釋字第665號解釋宣告重罪不能作為唯一羈押被告的理由。解釋一出，許多實務界人士為之震驚，然而這個概念學者早就提倡數年了，我看到這個解釋，一點也不覺得意外。記得有一天我跟老師說我覺得學者很偉大，能夠預先指出十年後實務界的改革方向。我還記得老師嘆了口氣說：但是在這之前要先被罵十年。

總之，我找到了讀研究所的意義，並在第二年將我的碩士論文完成了初稿。

完成初稿後，我本來希望能盡早通過論文口試，然後進入司法官訓練所（後來改制為司法官學院）接受實務訓練。然而林老師踩了我剎車，希望我多沉澱思緒、多注入一些想法在自己的論文中，而建議我先擺著論文，邊受司法官訓練，邊修改論文。

由於臺大法研所要求畢業前要通過語文檢定（以英文托福檢定來說，檢定成績要達到95分以上——後來又調整為90分以上），而我的托福成績尚未達到門檻要求，因此就覺得先休學也好：既然還要花時間準備英文，不如就先休學進入司法官訓練所受訓，同時增修我的論文。

說到托福檢定，真的比想像中困難。本來希望在進司訓所之前可以完成的，沒想到最後屢戰屢敗、屢敗屢戰，司訓所第1年受訓時沒有通過、第2年實習時沒通過，到了第3年結訓後正式分發，然後去當兵，到快退伍前的最後一個月才達到要求的分數。而且我還記得最後一次參加托福考試的場景，帶著挫敗但又不服輸的心情應考，又碰到不可抗力的事件，只能以「血淚交織」四個字來形容！

那時我在澎湖當兵。由於考試是週日在臺北的家附近考，所以我本來計劃好要在週六早上坐飛機回臺北，以便週日應考。沒想到考試前一週看到新聞，下週週五、週六有個強烈颱風蘇力來襲！我分析，如果週六放颱風假，週日颱風已走遠，所以週日應該還是會照常考試，但週六飛機因颱風不飛的話，我就會錯過這次考試了。所以，我拚了老命到機場排候補機位，在週五傍晚五點半搭上最後幾班有飛的飛機衝回臺北。話說復興航空還真是威猛，當時其他3家航空公司的馬公→臺北航線班機早就都取消了，惟有復興航空還有2、3班班機在飛，總共比別人多飛了2個小時的班次吧！機長實在有膽識。當然，這次的班機也如預期般

的，是「雲霄飛機」，接近臺北的時候劇烈上下搖晃，並不時的帶來急速下墜感。搖得我腹部用力才比較減緩不適。

本來都做好先飛高雄，再搭高鐵回臺北的最後打算了。幸好還有搭上直飛臺北的班機，週五晚上在天搖地動中回到了臺北。然而，一回家，打開電腦，卻發現考場臨時公告週六、日的考試都因颱風而延期了！我真的很不能理解，週六中午颱風就會走遠了，為什麼連週日場次的考試都要延期？沒辦法，白跑回臺北了，但也只能接受。考試延到了下一個週末，我只能再重新預訂下週末的機票，再次飛回臺北考試了。而且不只是延期，還換考場，換到一個很遠、不熟悉的地方，而且還是網路上據稱是「地雷」的考場。千幸萬幸，這次考得還算順利，經過之前的五次失敗，這次終於一舉把托福成績衝到 90 分以上了。

托福考試是以在美國唸書的外國學生設計的，聽說讀寫併重，測驗學生能否聽懂課堂上課內容、能否交學術報告，其實和研究生需要的閱讀英文文獻的能力相差很多。如果研究生不打算出國唸書，只想在國內實務界貢獻心力，是否適宜將托福做為研究生畢業的門檻，我覺得非無疑義。事後臺大法研所修改碩士班學則，將多益考試也納入選項之一，我覺得是個進步。只可惜我當初在準備的時候，還沒有這個選項就是了。

總之，經過千辛萬苦，拖了 5 年，這個論文總算是可以交出去了。一路上謝謝許多身邊貴人的幫助，最感謝的是指引我方向的人生導師林鈺雄教授、幫忙口試並給予寶貴建議的施慧玲教授、廖福特教授。也感謝同門師兄弟姊妹們的指導和幫忙，尤其是偉俊幫我校正論文並擔任發表會主持人，以及參與研討會的允亮、君維、淑芳、盼盼、佩蓉等人提供寶貴的修正建議。也特別感謝一起在新竹學習組當學習司法官的靖珣、芳瑜、欣湑、建強和寶貴，在我準備論文口試的時候幫我加油打氣，而且在口試完當天晚上就立刻找我一起去竹東的深山看螢火蟲散心（其實只是剛好這天大家有空？XD）尤其謝謝靖珣學姊，幫了很多忙，恭喜出嫁。更謝謝采蓉在我準備托福的時候一路支持我，在當兵窮困的時候讓我不愁買書及繳交報名費，讓我沒有後顧之憂。謝謝爸爸媽媽一路供我唸書，讓我衣食無缺。謝謝上帝，賜給我這樣一個學習的機會，也賜給我這麼多可以感謝的人。

聖經·箴言第三十一章第 8 至 9 節說道：「你當為啞巴開口，為一切孤獨的伸冤。你當開口按公義判斷，為困苦和窮乏的辨屈。」願我一生都能善用上帝賜下及法律所賦予的權柄，行走在名為正義的道路上，縱然有風雨，縱然有迷罔，但持續前進。

2013 年 7 月 28 日

澎湖縣馬公市

## 中文摘要

國家控制國境是國家主權之展現，然而憲法既然是保障每一個人，而不只是保障本國人，則國家對外國人為禁止入境或驅逐出境之處分時，受處分人或其他利害關係人，自有援引基本權，向為該處分之國家之司法機關請求救濟之權利。本文研究之內容，即為該受處分以國內有家庭為由，以「家庭生活權利」（或稱「家庭團聚權」）作為基本權，來主張國家禁止居留處分不符合比例原則之情形。

本文以歐洲人權公約為比較法之研究對象，先行確認「外國人」是否亦能擁有基本權之權利主體性，如有，是否有種類之限制，以及保障密度是否與本國人有差異。其次，研究歐洲人權公約對於「家庭生活」之保護，此為本論文之二個重心之一。觀察歐洲人權公約如何對「家庭生活」此一權利定性，及保障之內容，並完整介紹歐洲人權法院所曾探討過之各種家庭生活態樣，包含同居、同性伴侶、變性人等同居關係，以及生父與非婚生子女關之親子關係，乃至於其他較疏遠之親屬關係等等。

接下來是本論文另一重心，乃從歐洲人權法院判決中「人民的家庭生活權利」與「國家的拒絕入境與強制出境處分」發生碰撞、緊張關係的部分，研究「比例原則之具體化操作」。期待「比例原則」不只是法官憑法感於個案中恣意認定而已，而是經由條約、規定及判決之累積，而將私益和公益之衡量過程、比較基準予以類型化、具體化。先觀念法院判決中重視的「有利於正當化驅逐的因素」（如以犯罪為由驅逐時，其犯罪的嚴重性）以及「有利於保障家庭生活的因素」（如其家庭生活已建立多久、有多少家人在地主國等等），本文並具體將之稱為「受驅逐人之社會連結性」、「受驅逐人之社會損害性」，而事實上比例原則之操作即為社會連結性和社會損害性兩者之衡量。此後，並具體在各類型的驅逐原因：「因犯罪而驅逐」、「因國家安全而驅逐」中，具體歸納出法院經由個案中所累積出來的比例原則操作方式，以期盡量具體化比例原則的操作，使其成為可以作為比較法參考之一般化規則。

最後，在了解歐洲人權公約的人權水準後，回到我國法上，以進行比較法之研究與調校。先討論權利之定性，由我國憲法、大法官解釋及相關學說上，探討「家庭權」之法律保障問題，以外確認「外國人」是否可享有該種權利。最後，則進行相關法規及實務判決之研究，並點出我國規範內容及法院判決問題之所在。並指出我國法制之不足，並具體提出修法建議。

**關鍵字：**驅逐出境、拒絕入境、外國人、家庭生活權利、家庭權、社會連結性、社會損害性



## Abstract

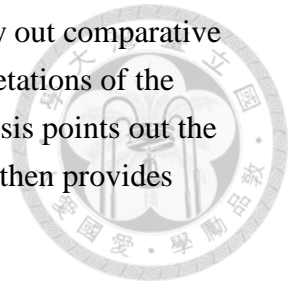
The border control of a nation is the key of the sovereignty showing. However, since everyone is protected by Constitution rather than only their own people are, when a country deports foreigners or prohibits them from entering, the relevant person should have rights to ask for the court to protect his fundamental right. This thesis is concerned that the deportee who has family in the country should have the chance to claim “the right of family life” against those deporting treatments which do not comply with the principle of proportionality.

This thesis chooses the European Convention on Human Rights as a comparison research object. First of all, the thesis confirms "foreigner" can also own the fundamental rights, and then researches for which rights, and to what extents. Second, it researches for the protection of family life in Convention. It observes how the Convention views "Family Life", and what meaning it is. This thesis also introduces the types of family life which European Court of Human Rights has declared, such as cohabitation, homosexual couples, transgender person couples, relationship between illegitimate children and his father-in-blood, and even other more distant relatives relationship.

Next, the thesis concerns the condition that "people's right of family life" and "the national right to refuse foreigners entering or to deport them" mutually collide in the judgments of European Court of Human Rights, and finds how to operate "the principle of proportionality" specifically. The thesis hopes the principle of proportionality is not only a arbitrary sense of the judge, but a clear judgment rule through the ways of the accumulating of verdicts, treaties, and regulations. The judgment method is to find the elements in the judgments of European Court of Human Rights that are conducive to justify the expulsion treatments (such as the seriousness of their crimes) and the factors helping to protect family life (such as the family life has established very long in the country). I name the former factors “social links”, and the latter factors “social damages.” In fact, the operation of the principle of proportionality is to measure of social links and social damages. What’s more, the thesis analyzes different reasons of deportation, including crime and national security, and generalizes some principles that the judgments of European Court of Human Rights have used. These principles can be provided to judges to refer to when judging a relevant case.

In the end, after understanding the protection levels of the European Convention

on Human Rights, the thesis goes back to our domestic laws to carry out comparative study and tuning. It analyzes the articles of Constitution, the interpretations of the Constitution Courts, and the judgments of the courts. At last, the thesis points out the problems of the judgments, the inadequacy of the legal system, and then provides some suggests of amending direction of the law.



**Keywords:** deportation, foreigner, the right of family life, social links and social damages

# 目 錄



第一章 緒論.....	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 歐洲人權公約與歐洲人權法院介紹.....	2
第一項 緣起.....	2
第二項 發展過程.....	3
第三項 小結.....	5
第三節 研究方法及素材採擇.....	6
第四節 先決問題：外國人「入境權」或「不受驅逐權」之存在空間？ ....	10
第一項 概說.....	10
第二項 國際法觀點.....	11
第三項 常見誤解澄清.....	14
第四項 小結.....	15
第五節 本文架構與用語說明.....	16
第一項 本文架構.....	16
第二項 用語說明.....	18
第二章 歐洲人權公約對「外國人」的權利保障.....	19
第一節 「外國人」的定義——國籍的區分.....	19
第二節 「外國人」之權利主體性.....	20
第三節 本國人與外國人享受權利保障差異.....	21
第一項 以有「本國人」或「外國人」作為構成要件之相關公約條文觀察.....	21
第二項 以「平等原則」的觀點觀察.....	25
第三項 以國際趨勢觀察——「國籍」概念式微與「公民」概念興起.....	27
第一款 概說.....	27
第二款 判決研究.....	29
第四節 本章小結.....	32
第三章 歐洲人權公約對「家庭生活」之保護.....	35
第一節 概說.....	35
第二節 四階段審查要件分析.....	35
第一項 「家庭生活權利」之意義.....	36
第一款 概說.....	36
第二款 伴侶關係.....	37
第一目 定義.....	37
第二目 事實上伴侶的認定.....	37
第三目 同性伴侶關係？ .....	38

一、 概說.....	38
二、 變性人伴侶關係.....	39
三、 單純同性伴侶關係.....	40
第三款 親子關係.....	41
第一目 原則.....	41
第二目 非婚生子女與血緣生父間.....	42
第三目 已成年獨立子女與父母間.....	43
第四款 其他親等較疏遠之親屬.....	44
第一目 祖父母與孫子女間.....	45
第二目 兄弟姊妹間.....	45
第三目 叔侄間與其他.....	45
第五款 小結.....	46
第二項 補遺——「私人生活受尊重權」.....	47
第一款 概說：「私人生活」補充「家庭生活」之不足.....	47
第二款 「私人生活」的意義和態樣.....	47
第三款 以「私人生活」概念保障微弱家庭關係之例.....	48
第四款 附論：「私人生活」的另一面向——在地主國建立的關係網.....	49
第五款 小結.....	50
第三項 「干預依據法律」要件.....	51
第一款 概說.....	51
第二款 可作為依據之法律種類.....	52
第三款 可接近性.....	53
第四款 規範效果的可預見性（法律條文的明確性）.....	53
第四項 「干預乃追求公約法定目標」要件.....	56
第五項 「干預為民主社會所必要」要件.....	57
第三節 積極義務.....	60
第一項 概說.....	60
第二項 積極義務的類型.....	61
第三項 「違反積極義務」的判斷流程.....	65
第四項 消極義務與積極義務的區分實益？.....	67
第一款 概說.....	67
第二款 區分實益一：審查流程不同？.....	68
第三款 區分實益二：審查密度不同？.....	69
第四款 小結：歸類於何種義務並不影響結果.....	70
第四節 本章小結.....	71
第四章 歐洲人權法院對驅逐出境處分之限制.....	73
第一節 概說.....	73

第二節 「拒絕入境」之準用說明.....	75
第三節 事實認定基準時.....	76
第四節 驅逐原因之類型化討論.....	78
第一項 概說.....	78
第二項 共通考量因素.....	78
第一款 發展過程.....	78
第二款 「必要性」之判斷標準介紹.....	79
第三款 共通判斷因素—社會連結性之判斷.....	80
第一目 概說.....	80
第二目 與地主國之連結性.....	81
一、受驅逐人與家庭、及家庭與地主國之連結性.....	81
二、被驅逐人本身與地主國之直接連結.....	82
第三目 被驅逐人與國籍國之社會連結性.....	83
一、說明.....	83
二、受驅逐人之家人與受驅逐人之國籍國之連結.....	84
三、受驅逐人本身與國籍國的連結.....	86
第四目 加強保護之特殊類型.....	86
一、概說.....	86
二、第二代移民（準本國人）特別保護問題.....	86
三、兒少最佳利益優先之特別問題.....	88
（一）概說：兒少最佳利益及國家之照顧義務.....	88
（二）驅逐未成年子女在國內之外國父母.....	90
（三）驅逐父母在國內之未成年外國人.....	90
第五目 小結.....	91
第四款 其他——驅逐後拒絕入境之長度.....	91
第三項 類型化一：因犯罪為由驅逐出境.....	92
第一款 概說.....	92
第二款 考量標準.....	93
第一目 受驅逐人所犯罪行的性質及嚴重性.....	93
第二目 受驅逐人犯罪時是否已成年.....	94
第三目 犯罪後已經過之時間，及受驅逐人在這段時間之表現.....	94
第三款 重新檢視標竿案例-- MOUSTAQUIM v. BELGIUM 案.....	95
第四款 後續發展.....	96
第一目 王見王之類型——重大暴力犯罪仍可驅逐準本國人.....	96
第二目 毒品犯罪——嚴重性遠低於重大暴力犯罪.....	97
第三目 卒見卒——輕連結 v. 輕罪.....	99
第五款 具體規範參考.....	101

第六款 小結.....	101
第四項 類型化二：「國家安全」特別考量.....	103
第一款 概說.....	103
第二款 以機密為由規避驅逐出境審查的合法性.....	104
第三款 比例原則的具體化操作.....	106
第一目 危害國家安全之恐怖份子類型.....	106
第二目 危害國家安全之政治敏感國居民類型.....	107
第三目 有關政治敏感國軍人家屬危險性的 SLIVENKO 案.....	107
第四目 有關輕微違規的 SHEVANOVA 及 SISOJEVA 兩案.....	109
第四款 小結.....	111
第五節 本章小結.....	112
第五章 我國法探討與調校.....	116
第一節 概說.....	116
第二節 「家庭權」之法律保障.....	116
第一項 概說.....	116
第二項 家庭權概覽.....	117
第一款 大法官解釋.....	117
第二款 學說文獻.....	119
第三項 固有「核心家庭」外的新興家庭類型——同性伴侶.....	120
第一款 概說.....	120
第二款 大法官解釋.....	121
第三款 學說見解.....	122
第四項 實務判決檢討.....	123
第三節 「外國人」在「家庭權」上的憲法權利主體地位.....	126
第一項 概說.....	126
第二項 外國人的定義.....	126
第三項 外國人憲法基本權主體性之討論.....	128
第一款 大法官解釋.....	128
第二款 學說見解.....	129
第一目 學說介紹.....	129
第二目 各說評釋.....	130
一、第一及第二說不足採.....	130
二、第三說「權利性質說」.....	130
三、修正前說之第四、第五說.....	132
四、最為可採之最後一說：「全面適用說」.....	133
第四節 「外國人家庭生活權利」與「國家管控國境權力」之利益衡量—— 「比例原則」之操作.....	134
第一項 概說.....	134

第二項 法規範研究.....	134
第一款 概說.....	134
第二款 因親屬重病重傷而需停留照顧.....	135
第三款 未成年人探視權部分.....	137
第四款 因犯罪而撤銷居留許可部分.....	138
第三項 國內判決研究.....	138
第一款 概說.....	138
第二款 行政法院判決研究.....	138
第一目 概說.....	138
第二目 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 1832 號判決：未衡 量家庭生活權利重要性.....	139
第三目 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 1532 號判決：未衡 量家庭生活權利重要性.....	140
第三款 法院刑事庭保安處分判決研究.....	142
第一目 概說.....	142
第二目 案情觀察.....	143
第四款 判決理由觀察——驅逐理由不備.....	145
第五款 其他類型判決研究.....	147
第五節 我國法制向國際人權標準調校.....	149
第六節 本章小節.....	154
第六章 結論.....	159
第一節 家庭權保障之歐洲跨國標準.....	159
第二節 我國法調校.....	160
第七章 參考資料.....	165

# 第一章 緒論

## 第一節 問題意識

臺灣外籍配偶之數目不斷增加，據內政部統計資料顯示，自西元 1987 年 1 月至 2007 年底止，臺灣地區的外籍與大陸配偶人數，已達 39.9 萬人；依據外交部領事事務局針對東南亞地區外籍配偶依親停（居）留簽證統計，從 1998 年至 2007 年計有 13 萬 5240 人獲得簽證，而東南亞地區外籍配偶（女性）在 1998 年至 2006 年止，已有 4 萬 6912 人歸化取得我國國籍。外籍配偶及其婚配之下一代現已成為臺灣社會第五大族群。<sup>1</sup>

然而，外籍配偶在取得中華民國國籍之前仍是屬於「外國人」，一旦居留許可到期，而被政府拒絕更新，或是出國之後拒絕其入境，其將無法與親人團聚及共同生活，將導致夫妻分散、骨肉分離。外籍配偶及其臺籍配偶、子女之婚姻與家庭皆受嚴重影響。

然而，根據統計，外交部近年來對申請入境之外籍配偶，拒件率達 25%，亦即每四人即有一人會被拒絕核發簽證<sup>2</sup>，該比例不可謂不大。然而，政府過去把外籍配偶簽證之申請視為「政治問題」，認為簽證之准駁屬國家主權之行使，加以拒絕時無須附加理由，當事人亦不能表明不服，未有應受司法管轄之概念。究竟能否受准許入境，外籍配偶在申請時往往只能憑運氣，希望自己不會成為四人中之那一人。據此，監察院於 2009 年 8 月 19 日對外交部提出糾正案<sup>3</sup>，正式宣示外交部上開作法不符人權最低標準，外國人之家庭生活權利亦應受國家保障。

「外國人的家庭生活權利」乃一新興的人權議題，相關國內文獻仍屬有限，然隨著外勞、外配等與臺灣具有密切連結關係外籍人士在臺灣社會逐漸增多，此等權利應受如何之保障，乃刻不容緩之重要議題。為探究此問題，本文採擇早已明文保障此一權利並累積了豐富判決先例的「歐洲人權公約」作為對象，以家庭生活權利之觀點，進行拒絕外國人入境及驅逐出境處分要件之研究。期待為未享有政治權利的外國人發聲，提醒政府對外國人人權之保障，不應只是施恩，而更是憲法之要求；也期待能幫助行政機關和法院，在進行個案比例原則衡量時，能夠在個案感覺之外，能有更具體的衡量標準。

<sup>1</sup> 資料來源：監察院 98 字度外正字第 4 號糾正案。另參黃盟琇，「新臺灣之子—外籍配偶子女教養問題」，《網路社會學通訊期刊》，第 55 期，2006 年 5 月 15 日。網路版文章出處：<http://www.nhu.edu.tw/~society/e-j/55/55-68.htm>。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>2</sup> 參 2009 年 4 月 6 日中央社報導：<http://www.cooloud.org.tw/node/37927>。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>3</sup> 沈美真、趙榮耀委員提案，98 字度外正字第 4 號。資料來源：監察院網站資料 [http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdUrl=.%2Fedioc%2FediocForm\\_Read.asp&ctNode=911&AP\\_Code=eDoc&Func\\_Code=t02&case\\_id=098000143](http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdUrl=.%2Fedioc%2FediocForm_Read.asp&ctNode=911&AP_Code=eDoc&Func_Code=t02&case_id=098000143)。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。





## 第二節 歐洲人權公約與歐洲人權法院介紹

### 第一項 緣起

歐洲經過第二次世界大戰的摧殘後，百廢待興，民生蕭條。在戰爭中，許多人親眼目擊了被無理拘禁的痛苦滋味，甚至自己即為人權受侵犯的受害者，因此戰後有志之士皆亟力苦思如何能避免重蹈大戰的覆轍。此外，戰爭結束後，由於東歐共產極權勢力的擴張趨勢，亦使東西歐兩大集團的對立局面逐漸形成，造成不安。

這次的慘痛經驗，使歐洲民主國家深深體認到保障人權的重要性：了解到唯有在國家剛開始侵犯人權之時，就予以制止，方能使人權不會一步步的被鯨吞蠶食，而使國家最終邁向獨裁與戰爭之路。因此，在這樣的背景之下，西歐十國<sup>4</sup>於1949年<sup>5</sup>共同成立了跨國性機構「歐洲理事會」(Council of Europe)，以維護法治、民主和人權為其使命<sup>6</sup>。而歐洲理事會之主要機構有「部長委員會」(Committee of Ministers)及「國會大會」(Parliamentary Assembly)二者。前者由各會員國之外交部長組成，負責理事會之執行工作及檢討合作事務之進展；而後者原名諮詢大會(Consultative Assembly)，乃由會員國之國會議員代表所組成，負責共同行動事項之討論及決議，並對部長委員會提出各種建議案。<sup>7</sup>

歐洲理事會為有效達成確保民主與人權的目的，經過多次的折衝和協商，於1950年11月4日，會員國<sup>8</sup>在羅馬簽訂「歐洲保護人權及基本自由公約」(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)，簡稱「歐洲人權公約」(Convention of European Human Rights)。該公約並於1953年9月3日生效。<sup>9</sup>

<sup>4</sup> 創始十國為英國、法國、荷蘭、比利時、盧森堡、挪威、丹麥、愛爾蘭、義大利及瑞典。

<sup>5</sup> 歐洲理事會規約(The Statute of the Council of Europe)於1949年5月5日於英國倫敦西敏寺的詹敏士宮簽訂，於同年8月3日生效。

<sup>6</sup> 尤見歐洲理事會規約第3條：「歐洲理事會各會員國必須受法治原則及在其管轄權內之所有人民均得享有之權及基本自由，並真誠地、有效地合作……」參 Lonis B. Sohn and Tomas Buergenthal ed., *International Protection of Human Rights*, p. 1000. 轉引自廖福特，《歐洲人權法》，2003年5月，第10頁註26。

<sup>7</sup> 馬玉珊，《國際人權規範基本體系之研究》，文化大學政治研究所碩士論文，1989年，第54頁。轉引自廖福特，《歐洲人權法》，2003年5月，第11頁註28。

<sup>8</sup> 當事歐洲理事會已有16個會員國，除註4所述之創始十國之外，另增加冰島、希臘、馬爾他、土耳其、西德、奧地利及塞浦路斯。然，只有其中12個國家當場簽署，即比利時、丹麥、法國、西德、冰島、愛爾蘭、義大利、盧森堡、荷蘭、挪威、土耳其、英國。參林鈺雄，「歐洲人權保障機制之發展與挑戰」，收錄於《刑事程序與國際人權》，2007年12月初版，第19頁。

<sup>9</sup> 生效條件為第十個歐洲理事會國家「批准」，並將批准書交存歐洲理事會秘書處。該日因第十個國家盧森堡批准公約並將批准書交存，公約正式生效。參林鈺雄，「歐洲人權保障機制之發展與挑戰」，收錄於《刑事程序與國際人權》，2007年12月初版，第19頁。



## 第二項 發展過程

由於向現實可行性的妥協，歐洲理事會之諮詢大會起草歐洲人權公約時，公約保障之權利類型僅限於傳統市民及政治之權利。後來實際通過之公約條文，雖然保障範圍已遠較起草條文廣闊，但仍屬有限。<sup>10</sup>然而，隨著實踐的過程，各國進一步的共識逐漸形成，自公約締結之後，六十多年來歐洲理事會又陸續締結了數則<sup>11</sup>補充或修改公約的議定書(Protocol)，增加了公約保障的人權類型：<sup>12</sup>如第一議定書新增保障財產權及受教育權等權利、第四議定書新增之遷徙自由權及禁止集體驅逐外國人之保障等等。最值得一提的是具有劃時代意義的生命權保障：1985年生效的第六議定書規定除戰爭狀態外不得保有死刑、而2003年生效的第十三議定書更將戰爭例外刪除，而要求締約國全面廢除死刑。

不過，歐洲人權公約最具重要性之處，尚非其權利保障之清單——因為各國憲法及許多人權條約(包含極權國家之憲法)都有規定人權清單，此點並不足奇。然而，一個法案或條約是否能保障人權，除了人權清單寫得好看之外，更重要之處為是否有具有實效性的監督機制——如司法機構的設計、裁判的效力及實際上的實踐程度等等。而監督機制的成功，正是歐洲人權公約過人之處，也正是本文於比較法研究對象之採擇上，捨國際性的聯合國人權保障體系(以公民與政治權利國際公約為代表)，而採取區域性的歐洲人權公約為中心之原因。

關於歐洲人權公約的監督機制之發展過程，以「歐洲人權法院」(European Court of Human Rights)為觀察點，主要可分為三個階段：第一階段為自「歐洲人權法院」成立時起，至「第十一議定書」生效時止(1959-1998)。第二階段為「第十一議定書」生效起，至「第十四議定書」生效止(1998-2010)。第三階段則是第十四議定書生效之後之演變(2010迄今)。<sup>13</sup>

在第一個階段，公約設立監督機構採「歐洲人權委員會」(European Commission of Human Rights)及「歐洲人權法院」之雙軌制。救濟程序上，主張其人權受到締約國侵害的個人，得向歐洲人權委員會申訴。<sup>14</sup>歐洲人權委員會先決

<sup>10</sup> 廖福特，《歐洲人權法》，2003年5月，第17頁。

<sup>11</sup> 至2010年6月1日止，一共有第一至第十四議定書，以及第十四議定書之一(Protocol No. 14bis)，一共十五個議定書，且都已生效。

<sup>12</sup> 以先妥協上路，後續再以議定書補充權利保障內容的作法，在歷史上其他與歐洲人權公約相似的劃時代人權保障創新嘗試中，並不陌生。例如美國在1776年制定的聯邦憲法及後續的各個修正案。

<sup>13</sup> 廖福特，「因為成功而改變，但是改革未完成——歐洲人權法院改革方案之分析」，收錄於顏厥安、林鈺雄主編，《人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究(二)》，2008年10月初版，第89-120頁。

<sup>14</sup> 需說明的是，歐洲人權法院管轄的案件類型，除「個人請求案」之外，亦有某一會員國認為其他會員國違反公約而向法院提出之「國家請求案」，以及應部長委員會之請求而就公約之相關

定申訴是否合法，確認之後調查事實，並進行調解。若調解不成，則撰述報告說明，並將案件轉送部長委員會或歐洲人權法院。於此階段，個人申訴案需先經歐洲人權委員會的審查、部長委員會亦分享審查案件的權力，且公約並未強制要求締約國接受歐洲人權法院的管轄權，這些因素皆讓歐洲人權法院的權限受到很大限制。然而，個人申訴的制度、歐洲人權法院中立法官的設置、以及法院享有之判決被告國以金錢賠償申訴人之權力等制度，仍使歐洲人權公約獲得了很大程度的成功。以公約第 8 條家庭生活權利之相關議題為例，在變性人議題上承認變性人家庭生活權利的標竿判決 *X., Y. and Z. v. The United Kingdom* 案<sup>15</sup>、以及在驅逐出境議題上宣示驅逐第二代移民之幫派老大違反公約的標竿判決 *Moustaquim v. Belgium* 案<sup>16</sup>，皆為歐洲人權法院於此一時期作出的判決。

然而，正因為保障機制的成功，了解並願意使用歐洲人權法院的申訴人愈來愈多，伴隨歐洲理事會會員國疆域的東擴，使得舊歐洲人權法院面對案件數目暴增之窘境，因此改革方案成了刻不容緩的議題。在國會大會的建議案下，部長委員會於 1994 年 5 月 11 日通過第十一議定書，並於 1998 年 11 月 1 日正式生效，此時歐洲人權法院進入了歷史上的第二個階段。第十一議定書的重點，乃將裁判機關單軌化，將舊有之歐洲人權委員會及歐洲人權法院二合一，而合併於新創設之「歐洲人權法院」，且法官從原先的兼職改為專職。另外，亦刪除部長委員會對於決定案件之權限，僅保留其監督判決執行之權力，使部長委員會不再經手司法事務，而回歸單純之政治機構性質。另外，第十一議定書更規定強制管轄權，規定各締約國皆有義務接受新歐洲人權法院的管轄，以增進法院的管轄範圍、權威性、以及避免雙重程序的麻煩。另外，接續之前第九議定書的戰果，權利受侵害之個人，於用盡國內救濟途徑後，可直接向歐洲人權法院申訴，不需再透過其他機構為預先的審查與篩選。此外，與後續案件有關而必須一提的是，新歐洲人權法院下有委員會(Committee)、分庭(Chamber)及大法庭(Grand Chamber)三種單位之設置，而三者皆由法官組成。「委員會」決定個人請求案是否受理，決定受理後由「分庭」職司案件的調解及判決。然而，若「分庭」認為該案件將對公約的解釋適用有嚴重影響，或該案件之判決會與既有判決相衝突，則可將案件移交「大法庭」審理。敗訴的當事人若認為該判決具有前述情形，或該案件具有一般重要性，亦可於判決 3 個月內向「大法庭」提出上訴。

---

法律問題提出意見之「諮詢意見請求案」。然而，後兩者並不常見，因此為免太過複雜，本文僅討論第一種「個人請求案」之類型。關於歐洲人權法院之組織及職權之討論，可參廖福特，《歐洲人權法》，2003 年 5 月，第 49-85 頁。

<sup>15</sup> *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* [GC], no. 21830/93, judgment of 22 April 1997. 詳見本文下述第三章，第 39 頁以下。

又本註中之 ECHR 乃指歐洲人權法院，下述註解引用之判決，如無特別註明，皆指 ECHR 之判決。而[GC]意指大法庭之判決。

<sup>16</sup> *Moustaquim v. Belgium*, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991. 詳見本文下述第四章，第 78 頁以下。

總而言之，人權法院之設置、個人申訴之機會、法院判決違反公約之國家負賠償責任之權力、以及部長委員會對判決之監督等制度，使歐洲人權公約成為成功之跨國性保障人權機構，且對於各會員國法制之人權水平產生了深遠的影響。而第十一議定書之種種改革，尤其是歐洲人權法院單軌裁判體系的建立、以及法院之強制管轄權的設定，更進一步擴張了法院處理案件的效率及影響力。

至於第十四議定書，乃基於上述第二個階段之改革後，法院仍無法應付如潮水般擁入的龐大案件量，因而進一步所為之改革。而改革的方式，主要是組織上的微調（如增設獨任法官庭）、受理要件的限縮）如增加「申請人未受嚴重不利益」的不受理要件）、以及程序的簡化（如增加「簡易程序」、強化執行程序（如授予部長委員會對於「調解決定」的監督執行權力）等等。由於第十四議定書之爭議不小<sup>17</sup>（尤其是一名法官就得以「當事人未受嚴重不利益」為由，終局決定不受理申訴案這點），第十四議定書自 2004 年 5 月簽訂後 5 年多都還得不到全體會員國之批准。為此，理事會特別提出過渡版本「第十四議定書之一」(Protocol No. 14bis)，而先予通過、生效。不過，於千呼萬喚之下，最後一個未批准第十四議定書之國家俄國，亦已於 2010 年 2 月 18 日批准該議定書，因此第十四議定書已於 2010 年 6 月 1 日生效。<sup>18</sup>可預見的，改革後之歐洲人權法院，將產生全新的氣象。

### 第三項 小結

二次世界大戰結束後，歐洲民主國家決定以設立一跨國性組織之方法，來確保各會員國對人權的維護。並且，不同於聯合國等其他國際組織是以相關「宣言」的方式從道義上來約束各國的作法，歐洲各國此次是痛定思痛，以澈底維護人權的決心，願意由各締約國交出一部分主權，成立一跨國性的法院，來受理因個人人權受國家侵害而提出的申訴案。並且，賦予此法院權力，在以判決確認被告國有侵害人民權利之情事時，可命被告國支付一定金額之賠償金予受害人，以填補受害人的損害，並產生嚇阻該侵害繼續發生的效果。此即「歐洲人權公約」之締結背景，及「歐洲人權法院」之設立緣由。

起初，對於保障之權利種類及在訴訟程序上，歐洲人權法院受理案件的門檻和判決的效力受到很大的限制。然而，隨著十五個議定書的締結，除權利清單愈來愈完備之外，並修改人權保護的程序。至 1998 年第十一議定書生效時起，歐洲人權法院之保障機制進入了一個全新的階段：歐洲人權法院成為單一的司法

<sup>17</sup> 關於第十四議定書之主要變革及評析，見廖福特，「因為成功而改變，但是改革未完成」，收錄於顏厥安、林鈺雄主編，《歐洲人權裁判研究(二)——人權之跨國性司法實踐》，第 87-120 頁。

<sup>18</sup> 參歐洲理事會網站之相關議定書之介紹

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

機構而得以直接受理個人之申訴案——凡認為權利受到締約國侵害的個人，於用盡國內救濟途徑後，皆可向歐洲人權法院提起訴訟。另外，採強制管轄制度，締約國並無決定不接受法院管轄之空間。另外，歐洲人權法院逕命被告國賠償金錢的權力，以及歐洲理事會之部長理事會對判決執行的監督之下，歐洲人權公約已成世上最具實效性之區域性人權保障系統。歐洲各國法制的人權水平，也不再以符合國內憲法法院之要求為已足，而以符合歐洲人權法院之判決要件，為其最低人權水平之要求。

至今，歐洲（包含位於歐亞交界區域的一些傳統被認為屬於亞洲的國家）除了白俄羅斯和科索沃外，一共 47 個國家皆已加入歐洲理事會，受歐洲人權公約之拘束，並受歐洲人權法院之管轄。<sup>19</sup>歐洲人權法院今日之地位，常被學者以「歐洲憲法法院」來描述其前景<sup>20</sup>，其裁判的重要性，實不容小覷。

鑑於以上種種因素，歐洲人權公約對國際人權之影響力，僅以地域管轄範圍之觀點早已無法充分描述之。舉我國司法院大法官解釋為例，釋字第 392 號、582 號、710 號解釋之解釋理由書，皆有直接引用「歐洲人權公約」之條文作為論述依據，且將之與聯合國「公民與政治權利國際公約」併列。此外，除上述 3 則解釋外，大法官解釋之「協同意見書」或「不同意見書」中，有援引歐洲人權公約條文或歐洲人權法院判決作為論理依據者，更是眾多——共有釋字第 514 號、552 號、654 號、656 號、665 號、666 號、667 號、670 號、678 號、680 號、689 號、690 號、691 號、694 號、696 號、708 號、709 號等十七則解釋。<sup>21</sup>

因此，歐洲人權法院之判決，在國際人權議題上，已成「普世人權標準」的重要代表之一——且其非呼口號式的人權宣示，而是經歷真正實踐的過程後所留下的寶貴經驗。

### 第三節 研究方法及素材採擇

<sup>19</sup> 歐洲理事會網站介紹 <http://www.coe.int/aboutcoe/index.asp?page=47pays1europe&l=en>。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>20</sup> 廖福特，《歐洲人權法》，學林文化，2003 年 5 月，第一篇中第 44 頁：「歐洲人權法院正逐步邁向『歐洲憲法法院之路』。」林鈺雄，《刑事程序與國際人權》，國立臺灣大學人文社會高等研究院，2007 年 12 月，第 28 頁：「在一九九八年改制之前，歐洲人權法院已被譽為孕育了『歐洲憲法法院的胚胎』，現今，成長與蛻變之後的新制歐洲人權法院，可以說是某種意義的『準歐洲憲法法院』，實質上擔當了泛歐區域人權維護者與人權指標發展者的雙重角色。」另見張文貞，〈跨國憲政主義的合縱與連橫——歐洲人權法院及內國憲法法院關係初探〉，收錄於顏厥安、林鈺雄主編，《人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究(二)》，2008 年 10 月初版，第 133-136 頁；Joshua L. Jackson, Broniowski v. Poland: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court, 39 CONN. L. REV. 759 (2006)；Steven Greer, Protocol 14 and Future of the European Court of Human Rights, PUB. L. 83, 105 (2005).

<sup>21</sup> 統計至 2013 年 7 月 28 日，最後解釋為司法院釋字第 710 號解釋。

所謂「他山之石可以攻玉」，本文乃採此種「比較法研究」的方式，以「外國人之家庭生活權利」此一專題為主軸，以歐洲人權法院的裁判作為與本國法比較的對象。

要特別說明的是，「比較法」之研究與「繼受法」之研究，兩者乃不相等之概念。後者乃以我國法制之繼受母國之法體系為研究對象(民法如瑞士、日本等，刑法以德國為主，商法以美國為要，憲法則以德國與美國為宗)，並幾乎不附理由的即認為我國法制應朝繼受母國的規定調校，兩者若有所差別，即主張我國規定不當。然而，本文對這樣的研究方法深感不解，因為臺灣之民主法制已經發展數十年，基於文化和歷史背景之差異以及實證經驗之不同，本國法制與繼受母國之法制相比，有所差異反而才是正常的。若只是一味再次繼受母國法制過來，反而可能顯得窒礙難行、不合需求，而使研究失去價值。<sup>22</sup>

相對的，本文以「歐洲人權公約」為主軸進行之「比較法」研究，並非由於我國為歐洲人權公約許多締約國之法制繼受國，而是基於歐洲人權公約及歐洲人權法院的判決對國際人權之龐大影響力，已足以成為國際人權標準的重要代表。另外，歐洲人權公約乃一跨國性的人權條約，其締約國之疆域範圍不侷限於某一小區域，而是及於整個歐洲大陸——以及歐亞交界處的一些深受亞洲文化影響的國家，如俄國——，加上歐洲人權法院有自主性解釋公約之權力，因此，相對於某一外國法制之研究，歐洲人權法院所宣示之人權水平，較不受區域文化背景及國內法條規定方式的侷限。因此，不論刑事法或人權領域，歐洲人權公約乃一適合進行比較法研究之對象。

此外，有些文獻之論理過程為，因我國在某項議題上與某特定國之規定或實務作法不符，即下結論聲稱我國之人權保障水準不及格。然管見一直認為此種論述過程太過薄弱，畢竟各國基於歷史或文化背景，憲法上自會有其特別重視之基本權利，我國顯非每一種基本權利之保障都要跟該領域中保障最周到之國家並駕其驅，才叫做人權立國的國家。然而，以跨國性人權保障機構之判決為研究對象，即可將此種問題降到最低——既為跨國性機構，其目的並非取代各國憲法對於各國人權之保障，而係劃一條人權保障之最低標準——換句話說，各國憲法之人權保障機制，若較該最低標準高者，從各國規定，但若較最低標準低者，則不符合公約之要求。因此，倘我國之人權保障水平與此條「最低人權標準」有落差，更可有說服力的得出我國法治在該領域內有檢討改進必要之結論。

至於為何未採其他國際性或區域性之人權體系作為研究對象，最主要的原因即為歐洲人權公約監督機制設計的完備，使得裁判具有強大之實效性。而隨著實

<sup>22</sup> 相同檢討：呂雅婷，《刑事被告受律師協助權——以歐洲人權法院裁判為借鏡》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2007年6月，第3-4頁。

效性愈強的結果，除了重要性愈高之外，亦代表曾經歷更多的試誤實踐經驗，而使得發展之結果更具價值。以聯合國之「世界人權宣言」為例，雖該宣言具有完全的國際性、更具知名度、為「歐洲人權公約」之藍本、更為「歐洲人權公約」之前言<sup>23</sup>所引用。然而，該宣言只有道義上的作用，而無法律上的拘束力量。<sup>24</sup>因此，縱然其宣示了非常高水平的人權標準，但只有抽象目標而沒有實際實施經驗的結果，該水平是否陳義過高而未在政府權力和個人權利之間取得平衡，吾人亦無從得知。

另外，聯合國大會在「世界人權宣言」之基礎上制定之「公民與政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights)，雖亦早已生效、簽署國環佈全球（包含臺灣），且聯合國亦有專門機構作為公約裁判及監督——即原為隸屬於經濟社會理事會「人權委員會」(Commission on Human Rights)，2006年3月15日改為設置在聯合國大會之下之「人權理事會」(Human Rights Council)——，且亦有「個人申訴案」任擇協議<sup>25</sup>之設置。然而，同意「個人申訴案」任擇協議（即簽署「公民及與治權利國際公約任擇議定書」(Optional Protocol to International Covenant on Civil and Political Rights)）的國家並不多——至少二大強國：美國及英國就沒加入。<sup>26</sup>至於國家申訴案（即一會員國對另一國違反條約事實之主張），學者廖福特更直言，此種設計因為不為各國接受，因此該制度根本無實際運作。<sup>27</sup>況且，縱被告國接受當時人權委員會（即今人權理事會）之管轄權，但該機構之其監督能力亦遠不及於歐洲人權公約。受限於「主權障礙」，若簽約國對其要求不予理會，人權委員會也拿他沒輒。<sup>28</sup>至於另外一個在我國常與上述國際公約併稱的聯合國「經濟、社會及文化權利國際公約」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)，則根本無個人申訴制度<sup>29</sup>，因

---

<sup>23</sup> 歐洲人權公約前言：“Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948; Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared;..... Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration, have agreed as follows.”

<sup>24</sup> 廖福特，《歐洲人權法》，2003年5月，第5-7頁；李鍾桂，「簡介歐洲人權及基本自由保護公約」，《軍法專刊》第17卷第4期，第2頁。

<sup>25</sup> 亦即，各締約國可以自由決定是否接受該部分之條約規定。

<sup>26</sup> 資料來源：聯合國網站上載明之條約簽署情況：

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-5&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en)。最後瀏覽日期：2012年6月19日。

<sup>27</sup> 廖福特，「憲法解釋機關之國際人權挑戰」，收錄於其主編《憲法解釋之理論與實務》第6輯，中央研究所法律研究所籌備處，2009年7月，第280頁。

<sup>28</sup> Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, *The International Covenant On Civil and Political Rights*, (2<sup>nd</sup> ed., 2004), para 1.110. 轉引自呂雅婷，《刑事被告受律師協助權——以歐洲人權法院裁判為借鏡》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2007年6月，第5-6頁註11-14。

<sup>29</sup> 廖福特，「憲法解釋機關之國際人權挑戰」，收錄於其主編《憲法解釋之理論與實務》第6輯，中央研究所法律研究所籌備處，2009年7月，第280頁。

此不予討論。

至於「美洲人權公約」<sup>30</sup>，其監督機制則為參照（舊）歐洲人權公約之架構建立，設有「美洲人權委員會」及「美洲人權法院」。美洲人權委員會可受理個人申訴案，受理後先進行調解及篩選案件，最後才將申訴案送入美洲人權法院。然而，由美洲人權委員會於處理案件時，即顯出過去歐洲人權委員會的缺點，其未必扮演司法者之角色，唯有將案件送到美洲人權法院之後，法院之判決才會對各國憲法產生衝擊。<sup>31</sup>因此，在本文「法制」研究的觀點上，其素材相對上少了很多。另外，美洲人權公約不如歐洲人權公約來得有成效及聲望，且國內對此領域之研究尚處於幾乎完全缺乏的狀態<sup>32</sup>，因此，鑑於能力及效率之考量，本文未採擇其作為研究對象，但亦不否認其為一個後進可行的研究方向。

另外，非洲也有「非洲人權及民族權利憲章」(African Charter on Human and People's rights)<sup>33</sup>，而 2004 年議定書生效之後，又在原本的「非洲人權及民族權利委員會」(African Commission on Human and People's rights)之外，另行設立「非洲人權及民族權利法院」(African Court on Human and People's Rights)。然而，該法院於 2006 年 7 月才開始運作，累積之案件尚屬有限，且其與美洲人權公約的制度有一樣的問題，個人無法直接將案件申訴至法院。<sup>34</sup>

最後回到歐洲來。於歐洲理事會體系外，在歐洲聯盟(European Union)系統中，亦早已有「歐洲法院」(European Court of Justice, ECJ)之設置，且 2000 年已締結「歐盟基本權利憲章」(Charter of Fundamental Rights of the European Union)，且該約於 2004 年併入歐盟憲法條約。然而，歐洲法院較像歐盟之行政法院，提供對抗共同體機構與成員國行為的行政救濟，而人權之維護，畢竟非其主要之目的，而只是附隨之效果。<sup>35</sup>況且，隨著歐盟憲法條約的難產，目前歐盟努力的方向，乃是在人權此一領域，與歐洲理事會系統之歐洲人權法院整合，而以歐盟為單位直接加入歐洲人權公約，受歐洲人權法院之管轄。而歐洲人權公約第 14 議

<sup>30</sup> 由 1948 年成立之「美洲國家組織」(Organization of American States)於 1969 年 11 月 22 日簽訂。公約條文之中譯版本可見「社團法人中華人權協會」網站 [http://www.cahr.org.tw/lawdan\\_detail.php?nid=102](http://www.cahr.org.tw/lawdan_detail.php?nid=102)。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>31</sup> 廖福特，「憲法解釋機關之國際人權挑戰」，收錄於其主編《憲法解釋之理論與實務》第 6 輯，中央研究所法律研究所籌備處，2009 年 7 月，第 288-289 頁。

<sup>32</sup> 廖福特，「區域人權體系之必要與缺乏」，發表於財團法人臺灣新世紀文教基金會「國際人權法文獻選集與解說——談如何加強對國際人權法的研究與教育座談會」，2006 年 5 月 21 日。全文見該基金會網站 <http://www.taiwanncf.org.tw/seminar/20060521/20060521-3.pdf>。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>33</sup> 由非洲團結組織(Organization of African Unity)於 1981 年 6 月 28 日所通過。

<sup>34</sup> 廖福特，「憲法解釋機關之國際人權挑戰」，收錄於其主編《憲法解釋之理論與實務》第 6 輯，中央研究所法律研究所籌備處，2009 年 7 月，第 290 頁。

<sup>35</sup> 林鈺雄，《刑事程序與國際人權》，2007 年 12 月初版，第 4-10 頁。



定書中，也已經完成公約的修改，肯認歐洲聯盟具有加入人權公約之適格。<sup>36</sup>因此，歐洲之人權領域，應以歐洲人權公約為代表，應無疑義。

以上只是例示說明，當然在聯合國及各區域組織中，還有數不清的人權條約或人權監督機構，本文無法一一詳述。然而，基於上述，歐洲人權法院之判決所具有之「一般性」、「高影響性」、「最低標準性」、「實效性」及「豐富性」等優點，為絕佳之比較法研究素材，故經仔細考量後，乃以之作為本文之研究對象。

此外，由於一國往往會簽署許多不同區域及種類的人權條約，各公約之效力是會互相影響的。因此，歐洲人權法院亦曾以法理之方式，援用聯合國之條約（如兒童權利公約(Convention on the Rights of the Child, CRC)）、且一國依據歐洲人權法院之判決所為之行為，亦曾再次被相關國家申訴至歐洲聯盟體系之歐洲法院，歐洲法院亦作出判決而認定該國之行為乃為符合歐洲人權法院之要求而為之反應，並不違反歐盟之規定。<sup>37</sup>就此，在經歐洲人權法院判決引用到之相關之公約及判決，本文亦會擇要予以延伸介紹，以求完整。

而本文之研究方法，乃以歐洲人權公約及歐洲人權法院之裁判，作為比較法之研究對象。首先，在「外國人家庭生活權利」此一人權議題中，先對我國人權保障現狀作一介紹。其次，以歐洲人權公約（經歐洲人權法院裁判解釋）所代表之「國際人權標準」為切入點，觀察相關具體問題中其人權標準為何。最後再將兩者做一對照，了解主張「人權立國」之我國，是否與後者之國際人權標準存在相同的水準。若在某些議題上我國保障水準顯然不足歐洲人權公約時，則先予探討是否有文化或歷史背景之合理化因素。若無，則將該問題予以點出，並提供改善之建議。

## 第四節 先決問題：外國人「入境權」或「不受驅逐權」之存在空間？

### 第一項 概說

---

<sup>36</sup> 廖福特，「因為成功而改變，但是改革未完成——歐洲人權法院改革方案之分析」，收錄於顏厥安、林鈺雄主編，《人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究(二)》，2008年10月初版，第115-118頁。

<sup>37</sup> ECHR, *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, judgment of 18 February 1999 及 ECJ, *Case C-145/04, Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006. 見第二章第三節第三項第二款。

上述 ECJ 指歐洲法院判決，見註 129。

在予以實體要件之討論之前，應先論述在國際法及學說上，外國人是否有可能對一國主張「入境權」或「不受驅逐權」。若答案是否定，顯然沒有討論實體要件的必要性。

或有人質疑，國際法對國家有何拘束力？倘一國不願保障外國人，國際法又能奈何？然而，由該發展過程可了解此一問題的在現代的重要性，及保障外國人人權乃國際人權趨勢。故先闡此節從各觀點討論國際法上外國人「入境權」及「不受驅逐權」之發展演進，而做為本論文之前言，並據以說明本文切入之方向。

其次，有一些認為外國人絕對無入境權的理由，實際上似是而非，卻偶見於文獻中，本文亦趁此機會先予討論、澄清。

## 第二項 國際法觀點

關於外國人入境及居留之權利，傳統國際法皆認為，除非法律已對於符合特定要件者應允許的規定（如尋求政治庇護或難民收容），否則外國人並無請求入境的權利，國家也沒有接受外國人入境的義務。亦即，只有在其已入境之後，才有權利受到憲法保障的問題。

而如此主張之理由，一來為基於歐洲「民族國家」(nation-state)的想法：國家統治本國國民，本國國民臣屬於國家，國家在一國領土範圍內行使主權而不容外國干涉<sup>38</sup>；只有國民才是國家的組成份子，因此經濟資源留給國人，政治決定僅遵循疆域內國民的意見，外國人既非國家的組成分子，自非保障的對象；<sup>39</sup>國家並無允許外國人入境的義務，因此國家拒絕外國人入境，無需附理由，外國人並無憲法上權利得以主張。<sup>40</sup>亦即，除非國家已經先以立法或條約之方式，承認符合特定條件外國人（如某友國之國民、或是政治難民等等）入境的權利，否則外國人對於拒絕入境或驅逐出境之處分，並無任何可供救濟的權利——包含實體法上或訴訟上權利。

而另外一個有力的理由，乃考量入境與否乃國家主權之展現，端視國家考量該國之人口密度及結構、勞工、治安、經濟、國家安全及整體社會條件，自由決

<sup>38</sup> 關於「外國人入境自由」的國際法發展及比較法研究，詳參林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政治大學法律研究所碩士論文，2004年7月，第73-89頁。

<sup>39</sup> 參廖元豪，「移民——基本人權的化外之民——檢視批判『移民無人權』的憲法論述與實務」，《月旦法學雜誌》第161期，2008年10月，第90頁。

<sup>40</sup> 李震山，「論外國人之憲法權利」，收錄於《人性尊嚴與人權保障》，第396-397頁；刁仁國，「論外國人入出國的權利」，《中央警察大學學報》第37期，第156-159頁；李建良，「外國人權保障的理念與實務」，《臺灣本土法雜誌》第48期，第98頁；許宗力，「基本權主體」，《月旦法學教室》第4期，第81頁；張永明，「禁止SARS病患入境」，《月旦法學教室》第9期，第8-9頁。

定。<sup>41</sup>亦即，若一國無法阻擋外國人集體或有計劃的分批入境，將有危害國家安全之虞；若一國無法管控廉價外國勞力入國，將會使許多本國人因沒工作而無法生活，破壞社會安定。

美國聯邦最高法院在 *Chae Chan Ping v. United State* 案<sup>42</sup>中，法官費爾特(Field)的意見書，可謂對此想法最好的註腳：「美國政府經由其立法機關的立法行為，得排斥外國人令其離境，乃無可爭之定則，蓋在其領土內行使管轄權，乃獨立國家之附帶權力，亦為其獨立之要素。因一國若不能排斥外國人，則無異受制於他國。保持國家之獨立及抵抗外國之侵略，乃每一個國家之最高職務；而所謂外國之侵略，其方式包括外國人民之大批擁至其領土，政府有權決定何時行使此項保護國家安全之權力。」該意見書甚至認為：「惟必要與否由行政部門決定之，法院對之無斟酌之餘地。如外國政府對於其人民在美國排斥表示不滿，自可向美國政府首長提出抗議，或循其他途徑以維持其利益與尊嚴，此外別無補救之道。」<sup>43</sup>

然而，第二次世界大戰以來，由於電腦網路與通訊設備的發達，使得訊息得以超越國界的快速傳播；交通工具的改良，更已形成一日生活圈之地球村；而全球化的經濟發展趨勢，更使各國之間的相互依賴成為賴以維生的命脈。<sup>44</sup>甚至在政治上，不管是聯合國為首的全球國際統合，或是如歐洲聯盟及歐洲理事會、東南亞國協等區域統合機構，一次又一次的條約締結，單一國之主權已然不再絕對。

因此，在資訊傳播、交通工具、政治整合等條件的影響下，「全球化」的趨勢，清楚地表現出一個「去國家化」、「去國界化」的發展方向。此時，「國家」雖仍然最重要的政治組織，但其重要性已逐漸衰退。<sup>45</sup>移民問題亦成為全球性的課題，而已如非過去般，各國各自為政即可解決。移民發生遷徙的地域遍及全球，跨國活動的人數正不斷提升，先進國家若欲完全阻絕外國人出入境，不但極為困難，更可能有害於國內利益(如國內對於外籍勞工、外籍配偶之經濟、社會需求)。

況且，隨著長期定居他國之移民增加，外國人與本國人同樣也要盡繳稅、守

---

<sup>41</sup> 李震山，「論外國人之憲法權利」，收錄於《人性尊嚴與人權保障》，298-404 頁；刁仁國，「論外國人入出國的權利」，《中央警察大學學報》第 37 期，第 156-159 頁。

<sup>42</sup> Supreme Court of the United States, *Chae Chan Ping v. United State*, 130 U.S. 581 (1889).

<sup>43</sup> 林昇格，關於外國人入境問題成案之研究，《中興法學》，國立臺北大學法律學院出版，1967 年 6 月，第 43-45 頁。

<sup>44</sup> 如世界銀行(world bank)、經濟合作暨發展組織(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)、國際貨幣基金(International Monetary Fund, IMF)以及世界貿易組織(World Trade Organization, WTO)等機構的設立，帶動經濟化的發展，各國的經濟已無法獨立於全球體系之外。

<sup>45</sup> 參廖元豪，「移民——基本人權的化外之民——檢視批判『移民無人權』的憲法論述與實務」，《月旦法學雜誌》第 161 期，2008 年 10 月，第 90 頁。

法等義務，且該「外國人」往往亦是「本國人」的配偶、父母或其他親戚，與本國之關係甚為密切。然而，其不具本國籍的結果，往往會到相當大的歧視及不公平對待，縱使不論參政權、受益權等和政治決定或經濟分配關聯較密之權利，就連渴望安然居住、不受驅逐的保障都沒有。類此之「不正義現象」一再發生的結果，亦使「平等」的問題浮上檯面，而衝擊傳統上「外國人無入境及居留之權利」之學說理論。

首先，1982年於日內瓦召開的國際法協會，通過了「外國人入國許可及驅逐出境之國際規則」(International Regulations on the Admission and Expulsion of Aliens)，除其第3條要求入境及驅逐出境之事項宜由法律規定外，第6、8及12條更進一步規定國家所得拒絕入境之「實體事由」。因此，雖然該規則並非官方規則，但算是對「國家絕對主權」作限縮的第一炮。<sup>46</sup>

在這樣的突破之後，於聯合國之人權委員會或相關條約中，亦接連出現「以保障其他權利的觀點，導出入境權」的論述或規定。

以聯合國文獻的發展為例。首先，1966年通過的「公民與政治權利國際公約」，雖肯認公約權利所保障的對象及於「所有境內受（締約國）管轄之人」<sup>47</sup>，但在入境及居留一事上，只保障「合法居住外國人」受驅逐時需有法律依據以及救濟程序部分的規定<sup>48</sup>，而全無「入境權」的規定。因此，職司公約解釋及人權保障之聯合國人權事務委員會，原先是持全然否定外國人的「入境權」的態度。然而，到了1986年，委員會已指出，該公約雖未承認外國人的一般入境自由，但在涉及公約保障之其他權利時，如禁止歧視、人道待遇或基於婚姻保障，則可例外承認之。<sup>49 50</sup>

於1989年制定的聯合國「兒童權利公約」，更將「家庭生活權利」中與兒童權利相關的部分，明文條約化，且進一步以之推導出國家允許入境的義務。首先，該公約之保障對象，係指18歲以下的任何人<sup>51</sup>，因此，該兒童是否為本外國籍、是否已合法居留，在非所問。在「未入境的外國小孩」亦有適用的前提之下，公約規定締約國應保障兒童與父母的團聚。<sup>52</sup>當兒童與父母分住不同國家時，為確保其能夠會面，「對於兒童或其父母要求進入或離開一締約國以便與家人團聚的

<sup>46</sup> 林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政治大學法律研究所碩士論文，2004年7月，第51頁。

<sup>47</sup> 公民與政治權利國際公約第2條。

<sup>48</sup> 公民與政治權利國際公約第13條

<sup>49</sup> See General Comment 15/27 para.5 (1986), Status of Aliens under ICCPR.

<sup>50</sup> 林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政治大學法律研究所碩士論文，2004年7月，第52頁。

<sup>51</sup> 聯合國兒童權利公約第1條。

<sup>52</sup> 聯合國兒童權利公約第9條第1項。

申請，締約國應以積極的人道主義態度迅速予以辦理、締約國還應確保申請人及其家庭成不致因提出這類請求而承受不利後果。」<sup>53</sup>因此，即使在兒童或父母並無另外一方居住地之國籍，甚至父母與兒童都未有有居住國的國籍，仍然可以適用該公約之保障，從而享有特別的入境權。<sup>54</sup>

總而言之，傳統「外國人全無入境及居留權利」的主張，在第二次世界大戰前後，已逐漸有所突破。關於突破的方法，大致上可分為兩個路徑：一、肯認外國人有一定程度的入境和居留之基本權（國際遷徙自由），國家規範外國入境的權力，並非絕對無限制。二、藉由個別權利保障的反射，描繪出一般外國人的入境權。<sup>55</sup>

就前者而言，本文以為，對於「入境權」或「居留權」之肯認只是第一步，因為就算外國人的入境、居留是一種可主張的主觀公權利，然而權利必然不是絕對，若為了更高利益的追求，必然可以對權利做出合憲的適當限制。因此，能否通過利益衡量的審查才是最重要的問題，否則光是抽象的肯認外國人享有入境權，但認為國家控制國境的利益不論如何都大過外國人入境的權利的話，如此的權利仍然是空泛的。何況，依常理推知，由於國家控制國境之行為有很強的公益性，此時「個人的權利」若只是單純的入境權——即「想要入境的願望」而已，此時如此之「私益」是不太可能會強於公益的。若私益要強過公益，在特定案件中，個人於入境權外，通常還會有其他應受保障的基本權，才較有可能推導出個人私益大於國家公益的結論。

因此，既然不論如何皆會回到「入境權以外之其他權利」之保障的問題，本文乃直接採用第二種方向來討論，即以「入境權以外」的「其他個別權利」，來作為拒絕入境或驅逐出境處分之限制原因，並以此方式來描繪出「入境權」及「居留權」應受允許及應受限制之界限。並且，由於「其他個別權利」的種類非常廣泛，本文乃挑選問題最大，也最能引發同理心之「家庭生活權利」，作為討論的對象。

### 第三項 常見誤解澄清

在國際法的發展上，「外國人全無入境權利」的說法已經沒落，而應從其他權利的觀點，個案考量國家是否有應允許外國人入境之原因。如為肯定，國家即有義務要使該外國人入境——亦即，該外國人是可能有入境的權利的。其次，有

<sup>53</sup> 聯合國兒童權利公約第 10 條第 1 項。

<sup>54</sup> 林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政治大學法律研究所碩士論文，2004 年 7 月，第 52 頁。

<sup>55</sup> 林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政治大學法律研究所碩士論文，2004 年 7 月，第 53 頁。

一些認為「外國人無入境權」的理由，雖然似是而非，但偶見於文獻中，而特別討論如下。

首先，以「國家主權」為由認為外國人入境權利不受憲法保障的說法，其邏輯令人有些難以理解。因為，所謂國家主權，應指關於國家的決定，「對外獨立，對內最高」。亦即，主權獨立之意義，乃一國政府的決定，不會受到外國政府控制或審查。然而，外國人的入境權是否受到法律保障的問題，乃是討論一國行政機關的決定是否應受到「本國其他治權機關」——尤其是司法機關的合憲及合法性控制，此乃國內「權力分立」的問題，而與國家對外是否獨立完全無關。打個比喻，課稅亦為國家主權事項，但對於具體的課稅行為是否合法、或是法規是否合乎憲法的要求，皆應受到司法的審查。我們絕對不會認為因為政府行為要受到司法機關審查，就認為國家主權不獨立，因為該司法機關乃國內之司法機關，而非外國之司法機關。所以這樣的主張是不通的。

另外，關於外國人是否有請求居留權利的問題，固然應考量其是否已合法入境，因為通常來說，一個尚未合法入境之外國人，與本國社會尚無太多的事實上或法律上的連結。因此，國家決定不給予其一個原來沒有的權利（入境、居留），除了讓其入境目的不能達成之外，對該外國人並無其他太大的影響。然而，此種理由並無法一體適用到所有案件，因為有些案件中，尚在申請入境階段的「外國人」，卻可能與本國已有很強的連結，例如可能親戚居住於國內、可能在國內擁有大量資產、或可能甚至其過去居住在國內而只是因某種原因出境而喪失居留權，因此現在重新申請。此時，雖然該外國人只是在「申請入境」的階段，但與本國非無連結關係。因此，以「尚未入境通常與本國並無連結」為由，作為否認這些「與本國有連結」的外國人之入境權，顯然有以偏概全之謬誤。<sup>56</sup>

綜上所言，一國在決定應否許可外國人之入境及居留時，政府皆應考量該外國人與本國的連結程度，並考量國家的社會經濟狀況，來作利益衡量，決定是否許可。若非如此，而直接以形式上的二分法：「居留權」就受憲法保障，「入境權」就不受憲法保障，就會產生邏輯跳躍的不合理結果。

#### 第四項 小結

在國際法的發展之下，「外國人絕對無入境權」的論述，已不成立。取而代之的，是就個案討論系爭情形外國人的入境申請是否應予許可，而如有應予許可

<sup>56</sup> 類似批評：廖元豪，「移民——基本人權的化外之民——檢視批判『移民無人權』的憲法論述與實務」，《月旦法學雜誌》第 161 期，2008 年 10 月，第 89 頁：「主流理論沒有進一步區分『與臺灣關係密切的外國人』以及『與臺灣幾無關係的外國人』。……即使對於嫁來臺灣相夫教子，預計終身以臺灣為埋骨之處的『外國人』，也可能在簽證時予以羞辱或拒絕入境。即便入境後，也可能因為違反社會秩序維護法或為生計而打工之類的雞毛蒜皮原因，而被驅逐出境。」

的情形，國家卻不予許可，國家就違反國際法上的義務。而國際法之發展，自然亦應影響內國憲法的解釋適用，而與憲法人權習習相關。

而是否應予許可的討論，有種入境權的觀點探討，亦有從其他相關權利（如家庭生活權利）的觀點來討論。本文認為，直接從「權利的形式」來決定外國人有沒有該種權利，對人權的保障是不足夠的，而是要以到比例原則來進行衡量。因此，「外國人一定沒有入境權，所有入境都是國家的恩惠，受處分人無從尋求救濟」的說法，並不符合現代民主社會的需求，而應改成「這個外國人與本國並無太大關聯，基於保護本國勞工，並不允許入境」、「這個未成年之 A 國外國人，原先於 A 國照顧他的父母最近過世，現存最近親屬在國內，且該親屬並無移居 A 國之可能，因此必須允其入境」等個案利益衡量，方屬妥適。

另外，從國家主權的觀點，事實上無法推導出「政府決定不必受該國司法機關審查」的結論，因為司法機關亦是國家主權之一環；而「『未入境之外國人』與本國必然無連結，因而無入境權」之說法，亦有邏輯上之謬誤，蓋該外國人可能曾經生活在本國、或有親人生活在本國，故現在身處國外，並不必然與本國全無連結，而只要回歸比例原則的審查即可，並無概然否定其權利之理由。因此，上述說法皆屬無據，應予辨明。

## 第五節 本文架構與用語說明

### 第一項 本文架構

**第一章緒論**，就研究動機與目的、研究方法及素材之採擇，及全文架構及用語，作一個概覽性的說明。另外，鑑於歐洲人權公約及歐洲人權法院較為大眾所陌生，因此亦於本章先對公約及法院之緣起、演進及成效，作一番介紹，並說明採擇其判決作為比較法研究之理由。此外，本文並將「外國人是否能享有憲法保障」此一原則性、前提性之問題，也放在緒論中，由國際法思考上之演變過程，而作為本文之引言。

**第二章歐洲人權公約對「外國人」的權利保障**，開始進入歐洲人權公約及歐洲人權法院判決之研究。考量外國人的家庭生活權利這個主題，可分為「外國人權利」和「家庭生活權利」兩個層次，首先要瞭解的問題是，歐洲人權公約要求締約國對人權之保障，是否因為申訴人就該國而言是「外國人」（包含他國籍之歐盟公民及其他外國人）而有所不同？是否有些權利外國人享有之保障密度較低？如有，如何較低？就上述問題，**第一節**先討論歐洲人權公約及判決中，所謂「外國人」的定義。**第二節**則討論外國人是否為公約權利的保護對象。肯定外國人亦受公約保護之後，**第三節**則討論內外國人的保障是否有差異，分別從公約條文中

有「本國人」或「外國人」字樣之權利，及從公約第 14 條「平等原則」之有關判決等觀點來討論，最後並講述國籍概念式微而公民概念興起之國際趨勢。**第四節**則為本章小節。

**第三章歐洲人權公約「家庭生活」之保護。**本章為本論文之二個重心之一，乃介紹歐洲人權公約如何對「家庭生活」此一權利定性，及保障之內容為何。**第一節**為概說，先對歐洲人權公約第 8 條的條文內容作一介紹。**第二節**為四階段審查要件分析，詳論經由判決具體化之「家庭生活權利」意義、「干預依據法律」之要求、「干預乃追求公約法定目標」要件，及「干預為民主社會所必要」之要求。其中第一層次「家庭生活權利」之意義，並完整介紹歐洲人權法院所曾探討過之各種家庭生活態樣，包含同居、同性伴侶、變性人等同居關係，以及生父與非婚生子女關之親子關係，乃至於其他較疏遠之親屬關係等等；第四層次「干預為民主社會所必要」要件，則類似常見之比例原則審查，此部分經由「適當性」、「必要性」和「衡量性」的順序，以搜集案例的方式來作歸納整理，以介紹歐洲人權法院之操作「利益衡量」概念之方式及態度。**第三節**積極義務，則介紹從公約「尊重」字樣所導出，要求國家採取「適當足夠且有效」的措施以保護人民家庭生活權利之義務，並介紹各種積極義務的表現型態，並探討積極義務或消極義務之區分，兩者有無本質上之不同。**第四節**為本章小結。

**第五章拒絕入境與驅逐出境特別討論**，乃特別找出歐洲人權法院判決中「人民的家庭生活權利」與「國家的拒絕入境與強制出境處分」發生碰撞、緊張關係的部分，研究「比例原則之具體化操作」。**第一節**概說，對下述各節討論點作一概覽性的介紹。**第二節**係討論「拒絕入境」和「驅逐出境」有無根本上之差異，以決定是否可以將兩者視為同一概念而併同介紹。**第三節**則先討論「事實認定基準時」的問題，釐清要操作比例原則時，應以哪個基準時點來判斷。**第四節**則為本文之另一重點，即驅逐原因之類型化。先觀念法院判決中重視的「有利於正當化驅逐的因素」（如以犯罪為由驅逐時，其犯罪的嚴重性）以及「有利於保障家庭生活的因素」（如其家庭生活已建立多久、有多少家人在地主國等等），本文並具體將之稱為「受驅逐人之社會損害性」、「受驅逐人之社會連結性」，而事實上，比例原則之操作即為社會連結性和社會損害性兩者之衡量。此後，並具體在各類型的驅逐原因：「因犯罪而驅逐」、「因國家安全而驅逐」中，具體歸納出法院經由個案中所累積出來的比例原則操作方式，以期盡量具體化比例原則的操作，使其成為可以作為比較法參考之一般化規則。**第五節**則為本章小結。

**第六章我國法探討與調校**，前幾章已了解歐洲人權公約的人權水準，接著回到我國法上，以進行比較。首先，在**第一節**為緒論，做一個本章概覽性之說明。**第二節**則進入權利之定性，由我國憲法、大法官解釋及相關學說上，探討「家庭權」之法律保障問題。而在肯認家庭生活權利屬憲法上之權利之後，**第三節**則確



認「外國人」是否可享有該種權利。最後，**第四節**則進行相關法規及實務判決之研究，討論「『外國人家庭生活權利』與『國家管控國境權力』之利益衡量——『比例原則』的問題」，並點出我國規範內容及法院判決問題之所在。**第五節**乃我國法制與歐洲標準比較之結果，了解我國法制之不足，並具體提出修法建議。**第六節**為本章小結。

**第七章結論**，為本論文之總結。**第八章參考資料**，則羅列本論文參考之專書、期刊論文、網頁等資料。

## 第二項 用語說明

- 家庭生活權利：指一個人與其他家人相聚、相處之權利，亦有稱為「家庭團聚權」者，本文將該兩種用語當作相同之概念，並不打算區分。
- 外國人：指未具有中華民國國籍之人。就本文的研究目的而言，「大陸地區人民」亦屬廣義之外國人，詳見第五章第三節第二項。
- 驅逐出境：指將已位於我國國內之人強制逐出我國國境外。刑法上用語為「驅逐出境」，入出國及移民法上之用語為「驅逐出國」，本文亦未區分這兩者，而皆以「驅逐出境」一詞統稱之。

## 第二章 歐洲人權公約對「外國人」的權利保障

### 第一節 「外國人」的定義——國籍的區分

在討論歐洲人權公約中「外國人」的權利之前，自須先討論「本國人」和「外國人」如何區分。亦即，關於一個人的「國籍」(nationality)要如何決定的問題。

所謂「國籍」，歐洲人權法院曾在判決中引用一段聯合國國際法院<sup>57</sup>判決中所下的定義，將國籍定義為「基於與社會的連結——即生活、利益和情感的真實關連——而形成的一種權利義務相互伴隨發生的法律關係」<sup>58 59</sup>。簡單的說，就是一個人基於和社會的實際連結而形成的權利義務法律關係。

不過，雖然是說要根基於事實，但畢竟是法律關係，因此總是需要經過所屬國家的承認後，行使權利時才會有所依據。因此，歐洲人權法院在 *Slivenko and Others v. Latvia* 案<sup>60</sup>中討論申訴人是否該當公約條文「本國人」要件時即表示，「是否是系爭國的「國民」(national)，原則上即依據該國國內法來決定。」<sup>61</sup>

以波羅的海三小國之一——拉脫維亞的相關案件為例，該國法律將永久住民分成「拉脫維亞的 citizens」及「aliens」兩種，且後者又分成「前蘇聯的 citizens」以及「獲永久居留權的 stateless individuals 或 foreigners」兩種。又，法院觀察該國「外國人法」之官方英文譯本中，「citizenship」以及「nationality」兩詞常常是用括號相互表示的。因此，法院認定，屬於「前蘇聯的 citizens」類別的申訴人，對於拉脫維亞而言，並非本國人，因此不適用第四議定書第 3 條「本國人絕對不受驅逐」之保障。<sup>62</sup>

不過，法院在國籍的認定一事上，於前述 *Slivenko and Others v. Latvia* 案<sup>63</sup>判決中是說「是否是系爭國的『國民』，原則上即依據該國國內法來決定」<sup>64</sup>，既

<sup>57</sup> “International Court of Justice”簡稱 ICJ，於 1946 年 2 月成立，為聯合國六個主要機構之一，位於荷蘭海牙，又稱世界法院。其功能為依國際法就國與國之紛爭下判決、以及就其他聯合國機構提交的法律問題提供諮詢性司法建議。參聯合國國際法院網站：<http://www.icj-cij.org/homepage>。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>58</sup> 該句原文為“legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties”

<sup>59</sup> *Karashev and Family v. Finland*, no. 31414/96, decision of 12 January 1999. 原出處為 1955 年 ICJ Reports, 第 23 頁。此句原文為“legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties”

<sup>60</sup> *Slivenko and Others v. Latvia*, no. 48321/99, decision of 23 January 2002.

<sup>61</sup> *Slivenko and Others v. Latvia*, no. 48321/99, decision of 23 January 2002, §77.

<sup>62</sup> *Slivenko and Others v. Latvia*, no. 48321/99, decision of 23 January 2002, §§38-39、§§78-79.

<sup>63</sup> *Slivenko and Others v. Latvia*, no. 48321/99, decision of 23 January 2002.

<sup>64</sup> *Slivenko and Others v. Latvia*, no. 48321/99, decision of 23 January 2002, §77.

稱「原則上」，即表示會有例外情況存在之可能。在該判決中法院接著表示，「雖然類似（聯合國）國際人權宣言第 15 條之『取得國籍權』(right to nationality)之保障，並不存在於歐洲人權公約及各議定書中，但在特定情況下，恣意否認國籍會構成公約第 8 條所保障之權利的干預。」<sup>65</sup>。而所謂構成第 8 條權利的干預，即指「私人生活受尊重權」的干預。<sup>66</sup>亦即，歐洲人權法院肯認，在因著國家的恣意，而使「實際社會連結（事實層面）」與「國籍（法律關係層面）」不一致的時候，可能會以「私人生活受尊重權」的觀點，要求被告國必須提供申訴人實際社會連結的相關法律證明——亦即，必須提供國籍保障。法院既然表示此種情況為「依據國內法決定是國民與否」原則之例外，即可知此種情況雖然國內法若未授予居民國籍，但由於實際上的社會連結，該居民已取得「事實上國民」的資格，國家有義務要使法律上的國籍保障與此事實上狀態相符。某種程度上，此即為國籍認定與國內法脫勾之情形。

另外，在 *X. v. Federal Republic of Germany* 案<sup>67</sup>中，國籍的認定與國內法脫勾的情形更為明顯，因為歐洲人權委員會則根本沒有透過公約第 8 條，而直接依據上述第四議定書第 3 條的規定，認為「若國家拒絕核發國籍的唯一目的就是為了驅逐出境時，此時仍會構成第四議定書第 3 條的違反。」亦即，於符合此種條件之時，依地主國之國籍法，受驅逐人顯然未取得該國之國籍，但仍然符合公約第四議定書第 3 條第 1 項之「本國人」要件，而享有「本國人絕對不受驅逐」之保障。也就是說，法院肯認，人民是否依國內法取得本國國籍，以及其是否為本國人，兩者是可以有所不同的。

## 第二節 「外國人」之權利主體性

討論完「外國人」與「本國人」之區分之後，接著討論「外國人」是否得享有公約的保障。由於公約第 1 條即開宗明義說明：「各締約國應確保其管轄下的每個人享有本公約第一節（按：第 2 條至 18 條<sup>68</sup>）中所規定的權利與自由。」<sup>69</sup>，因此，公約之「人的適用範圍」既然是「締約國管轄下的每個人」，系爭被干預的權利是否受到公約保障一事，要考慮的問題自然只有被告國是否為締約國而已，

<sup>65</sup> *Slivenko and Others v. Latvia*, no. 48321/99, decision of 23 January 2002, §77. 相同論述：*Karassev and Family v. Finland*, no. 31414/96, decision of 12 January 1999, 「The Law」章節下§1(b)第一段。

<sup>66</sup> *Karassev and Family v. Finland*, no. 31414/96, decision of 12 January 1999.

<sup>67</sup> *X. v. Federal Republic of Germany*, no. 3745/68, (Commission) decision of 15 December 1969. 該裁判於網站上查詢不到，原文見 *Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights*, vol. 31, 1970, P.107-110.

<sup>68</sup> 至於各議定書所保障的權利，相關議定書中必會有一條文說明該議定書所補充的權利條款亦適用公約總則的規定。例如第 1 議定書第 5 條：“As between the High Contracting Parties the provisions of Articles 1, 2, 3 and 4 of this Protocol shall be regarded as additional articles to the Convention and all the provisions of the Convention shall apply accordingly.” 中文意思為「在締約國之間，本議定書第 1、2、3 和 4 條的規定應被視為公約的補充條款，因而適用公約的規定。」

<sup>69</sup> 公約第 1 條英文原文：“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

而與申訴人的地位無關。申訴人是否具締約國的國籍，或者是否是歐洲人權公約任一締約國之國民，皆在所不問。

接著以法院的實際判決來證明。首先，存在許多申訴人主張被告國對其核發的驅逐出境命令，干預了其受公約第 8 條保障之家庭生活權利的相關判決<sup>70</sup>。由於驅逐出境的前提是受驅逐人並非本國人，而此類案件仍然都能受理而進入實體審查，因此即證明了法院肯認「本國人」並非享有公約權利之前提。另外，在下列案件中，申訴人的國籍國顯然非歐洲人權公約的締約國——*Moustaquim v. Belgium* 案<sup>71</sup>中申訴人擁有的是北非的摩洛哥之國籍、*Liu v. Russia* 案<sup>72</sup>中第一申訴人是中國人劉先生、*Sisojeva and Others v. Latvia* 案<sup>73</sup>第一申訴人乃無國籍人。然而，在這些案件中，歐洲人權法院不但受理了申訴人的申訴，並且還都判決其勝訴。這些實際的案件可證明前段的說法：申訴人所屬之國籍是否為歐洲人權公約的締約國，都不影響申訴人的申訴資格。

由此可知，從概括的觀點來看，「外國人」在歐洲人權公約之中，實體法上屬權利主體，訴訟法上具當事人適格<sup>74</sup>，並無疑問。至於從個別權利的觀點來看外國人權利是否享有該項權利保障，亦即「個別權利主體性」的問題，由於與本文主軸較無關係，為顧及主體討論之順暢，本文在下一節探討公約條文之特定權利時，將此問題放在註解中來說明。<sup>75</sup>

### 第三節 本國人與外國人享受權利保障差異

#### 第一項 以有「本國人」或「外國人」作為構成要件之相關公約條文觀察

肯認外國人仍受歐洲人權公約保障，具備公約的權利主體性之後，接下來的問題是：外國人受到保障的程度，是否會比本國人低？

法院在相關案件中表示，「的確，由於公約第 1 條的規定，在大部分的公約

<sup>70</sup> 如本文第四章所引之各判決幾乎都是。

<sup>71</sup> *Moustaquim v. Belgium*, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991.

<sup>72</sup> *Liu v. Russia*, no. 42086/05, judgment of 6 December 2007.

<sup>73</sup> *Sisojeva and Others v. Latvia*, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005. 另關於此判決的後續發展，見第四章第四節第四項第三款第四目。

<sup>74</sup> 文獻上相同的說明：「當然，不存在基於居住地、國籍或者任何其他地位等理由的限制。只有在個人申訴者並不聲稱是一位受害者（例如……僅僅斷言一位獄友已經遭到虐待）的情況下，有關的申訴才會處於人權法院的屬人的權利範圍之外。」（按：原文為簡體字）引自 Clare Ovey、Robin White 原著(2002 年)；何志鵬、孫璐譯，《歐洲人權法：原則與判例(第三版)》，北京大學出版社，2006 年 4 月，第 551 頁。

<sup>75</sup> 見註 85、註 94。

及議定書的條文中，國民與非國民享有相同的保護。然而，此不排除一些特定條文規定中的例外情況（例如公約第 4 條第 3 項(b)款、第 5 條第 1 項(f)款、第 16 條、第四議定書第 3 條、第四議定書第 4 條）」<sup>76</sup>

因此，公約一些特定條文規定之權利是以「本國人」作為其構成要件，相關權利自然只有「本國人」才能享有。而在某些特定條文中，更有將「外國人」作不同處理的特別規定，在該等權利中，本國人和外國人之保障程度，自然有所差別。在公約及議定書<sup>77</sup>中，以「本國人」或「外國人」作為構成要件的或適用前提的條文共有下列六條：

- 第4條「不受強制勞動權利」中，服兵役事由的例外<sup>78</sup>
- 第5條第1項「人身自由權」中，允許為驅逐出境而剝奪自由<sup>79</sup>
- 第16條「允許限制外國人之政治活動」<sup>80</sup>
- 第四議定書第3條「本國人禁止驅逐出境、與不得禁止進入本國」<sup>81</sup>
- 第四議定書第4條「禁止集體驅逐外國人」<sup>82</sup>
- 第七議定書第1條「合法居住外國人受驅逐時程序保障」<sup>83</sup>

<sup>76</sup> James and Others v. the United Kingdom, no. 8793/79, judgment of 21 February 1986, §63. 類似論述：Lithgow and Others v. the United Kingdom, nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, and 9405/81, judgment of 8 July 1986, §116.

<sup>77</sup> 包含業已於 2010 年 6 月 1 日生效的第 14 議定書以及 2009 年 10 月 1 日生效的第 14 議定書之一(Protocol No. 14bis)。

<sup>78</sup> 公約第 4 條「I. No one shall be held in slavery or servitude. II. No one shall be required to perform forced or compulsory labour. III. For the purpose of this article the term forced or compulsory labour shall not include: ... (b) any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service.」

<sup>79</sup> 公約第 5 條第 1 項「Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:... (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.」

<sup>80</sup> 公約第 16 條：「Nothing in Articles 10, 11 and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activity of aliens.」

<sup>81</sup> 第四議定書第 3 條「I. No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national. II. No one shall be deprived of the right to enter the territory of the state of which he is a national.」

<sup>82</sup> 第四議定書第 4 條「Collective expulsion of aliens is prohibited.」

<sup>83</sup> 第七議定書第 1 條：

「I. An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed: (a) to submit reasons against his expulsion, (b) to have his case reviewed, and (c) to be represented for these purposes before the competent authority or a person or persons designated by that authority.

II. An alien may be expelled before the exercise of his rights under paragraph 1.a, b and c of this Article, when such expulsion is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security.」

中文翻譯：

「I. 合法的居住於一國領土之外國人不應被驅逐出境，除非該決定依據法律，且該外國人已受允許：a. 能針對驅逐提出抗辯；b. 能使其案件被檢視；c. 在有權機關或該機關所指定的個人或團體前，在有代表的情況下，進行上述程序。

II. 當驅逐是基於公共秩序的利益所必要，或者基於國家安全之理由，一個外國人可以在受



首先，關於前述說明外國人可受差別保護之判決中有提到的第4條<sup>84</sup>，討論的是服兵役的問題。由於本國人才與服兵役才有關係，因此此處雖然是對本國人特別保障之規定，但並非對外國人權保障之削減，因此顯然與「外國人受保障程度比本國人低」之說法沒有關係。

另外，由於第四議定書第3條宣示了「本國人絕對不受驅逐出境」之國際法原則，因此，與驅逐出境之保障相關之公約第5條、第四議定書第4條、第七議定書第1條，自然是以「外國人」作為保障之前提。按，外國人在「入境權與居留權」的保障上，不能與「本國人」相提並論，此一差別乃基於事物本質，為國際法上當然的原則。因此，對於「入境權和居留權以外的其他權利」而言，上述條文並不能作為本國人與外國人受到公約差異保護的證明。<sup>85</sup>

上述六個條文中已經討論了五條，最後剩下的第16條比較麻煩，需要特別討論。第16條條文為：「公約第10條<sup>86</sup>（按：言論自由）、第11條（按：集會結社自由）及第14條（按：平等原則）的規定，不禁止締約國限制外國人之政治活動。」

首先要說明的是，公約或議定書中其他與政治活動有關相關保障（例如第一議定書第3條對選舉權之保障），雖然不在公約第16條列舉的三個條文之中，但依同一法理，顯應可類推適用之。

關於第16條的適用機會，由於在對其他權利進行「違反公約審查」時，依據法院所建立的審查流程，被告國只要能舉出權利干預或差別對待行為的「正當化事由」，該權利干預或差別對待的行為就可以被「阻卻違反公約」，而沒有另行引用16條的必要。因此，公約16條幾無援引的實益。<sup>87</sup>從實證上來看，過去判

---

到第1項a、b、c款權利保障之前就被驅逐。

<sup>84</sup> James and Others v. the United Kingdom, no. 8793/79, judgment of 21 February 1986, §63.

<sup>85</sup> 關於外國人對於「入境權與居留權」之「個別權利主體性」的問題，由於公約第四議定書第4條、第七議定書第1條亦有驅逐外國人出境時實體要件以及程序要件上的保障，因此在此範疇中，外國人受保障程度雖不如本國人之絕對，但仍享有一定權利保障程度，因此仍為此等權利之權利主體。

<sup>86</sup> 公約第10條：“I. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. II. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

<sup>87</sup> 參 Clare Ovey、Robin White 原著(2002年)；何志鵬、孫璐譯，《歐洲人權法：原則與判例(第三版)》，北京大學出版社，2006年4月，第296頁。

決中，被告國曾經援引公約第 16 條作為抗辯的例子只有唯一一次而已<sup>88</sup>，而且法院還以「歐盟公民不能算是外國人」的理由，駁回了被告國的主張。而該案附件之聯合部分不同意見書<sup>89</sup>雖然認為申訴人相對於被告國而言，的確是「外國人」，因此第 16 條在該案中應有適用。然而，該意見書亦舉在類似情況條文（第 10 條第 1 項第 3 句<sup>90</sup>）上法院所闡述之審查方法<sup>91</sup>作其立論依據<sup>92</sup>，而主張第 16 條縱然有適用，國家在限制外國人政治活動時，仍應受到第 10 條第 2 項之正當化事由之控制。

因此，公約 16 條似為贅文，國會大會亦曾有刪除該條的提案。<sup>93</sup>

然而，本文認為，公約第 16 條雖在個案上沒有援引的實益，但在解釋公約其他條文時，卻具有重要的意義。在外國人權利保障程度的問題上，公約既然將「政治活動」一事特別劃分出來而規定國家得加以限制，由此反面推論，可得知在與政治無關的其他活動上，外國人行使權利並不受到特別的限制。亦即，外國人與本國人對該權利之享有與否以及享有程度，應無差別。而此一法理，亦可同樣適用於公約第 10、11、14 條以外的其他權利（例如第 8 條的家庭生活受尊重權），自屬當然。<sup>94</sup>

總而言之，公約針對「本國人」或「外國人」作的特別規定中，除了「入境權與居留權」以及「政治活動」之外，其他權利並無「外國人受到較低保護」的意義。甚至，特別將「政治活動」提出來，作為削減外國人之保障之理由，更可反證其他的權利的保障程度不因外國人的地位而受影響。加上於前述 *James and Others v. the United Kingdom* 案中法院所闡述之「的確，由於公約第 1 條的規定，

<sup>88</sup> *Piermont v France*, nos. 15773/89 and 15774/89, judgment of 27 April 1995, §54.

<sup>89</sup> 見上述判決之附件：*Ryssdal、Matscher、Sir John Freeland 及 Jungwiert* 四位法官之聯合部分不同意見書(*Joint Partly Dissenting Opinion*), §§4-5.

<sup>90</sup> 第 10 條第 1 項第 3 句為「*This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.*」中文意思是「本條條文不禁止締約國對廣播、電視或電影企業的證照管制。」

<sup>91</sup> 雖然第 10 條第 1 項第 3 句是說「本條條文不禁止.....」，但法院認為公約需要整體來解讀，因此國家在要求證照時，仍然必須有符合第 2 項的正當化事由（即法律保留原則、比例原則等）方可。見 *Groppera Radio Ag and Others v. Switzerland*, no. 10890/84, judgment of 28 March 1990, §61.

<sup>92</sup> 同理，公約第 16 條雖然規定第 10 條不禁止締約國限制外國人政治活動，但因為公約需要整體來解讀，因此國家限制外國人政治活動時，仍然必須符合第 10 條第 2 項的正當化事由方可。

<sup>93</sup> *Recommendation 799 (1977) on the political rights and position of aliens*, 25 January 1977.

<sup>94</sup> 關於外國人在「政治活動」相關權利上是否具備「個別權利主體性」的問題，亦即究竟是保障程度較低或是全無權利的問題，一來法院曾有在於居民的選舉權問題的案件中，將本國籍與非本國籍居民之投票權一視同仁的例子(*Matthews v. the United Kingdom* 案，見本節第三項第二款)，由此可知外國人並非全然被排除在該等權利之享有之外。二來，上述判決的「部分不同意見書」(*Piermont v France*, nos. 15773/89 and 15774/89, judgment of 27 April 1995 之附件：*Joint Partly Dissenting Opinion Of Judges Ryssdal, Matscher, Sir John Freeland and Jungwiert*, §5)對於在第 16 條適用時，系爭政治權利限制仍需受到第 10 條第 2 項正當化事由控制之說法，深具說服力。因此，外國人對政治活動相關之權利只是受到限制，受保障程度可以較本國人較低，而非完全被剝奪，應無疑問。

在大部分的公約及議定書的條文中，國民與非國民享有相同的保護……」<sup>95</sup>，更可證明此一結論。

另外，外國人在公約中，對於「入境權與居留權」及「政治活動」之權利享有程度雖然比本國人低，但亦非完全不享有權利。亦即，仍具有此等權利之「個別權利主體性」，併此說明。

## 第二項 以「平等原則」的觀點觀察

接著，或有人會質疑，在平等原則的相關案例中，法院曾有肯認被告國保障本國人而不保障外國人作法不違反平等原則的例子<sup>96</sup>，因此外國人之權利受保障程度可能會比本國人低。然而，這樣的說法是不正確的。探究平等原則的意義，除了等者等之之外，「不等者」本來就可以「不等之」<sup>97</sup>。法院在判例中表示：「若差別待遇沒有『客觀且合理的正當化事由』，亦即，若非追求一個『合理目標』或沒有『手段與目標間合理之比例性關聯』，則會構成公約第 14 條的歧視。」<sup>98</sup>

因此，在客觀且合理的正當化事由下對外國人做的差別對待，並不代表「外國人權利受保障的程度比本國人低」。舉一性別平等的例子即可清楚說明：在 *Petrovic v. Austria* 案<sup>99</sup>中，關於育兒假和育兒津貼只提供給母親而不提供給父親的差別待遇問題，法院認為因為母親才需要產後休息及哺乳，因此如此的差別待遇是合理的。但是，我們並不能夠因為法院肯認兩者可以有差別待遇，就推論出「男人權利受公約保障的程度比女人低」的結論。

同理，因國籍不同而進行合理差別對待也是如此。例如，如果外國人不用繳稅，因此不能如本國人一般享有社會福利，此為合理的差別對待，並不代表外國人受保障的程度比本國人低。相反的，當外國人同樣也有繳稅的時候，社會福利制度卻特別排除外國人的作法，就曾被法院認為構成歧視。<sup>100</sup>

另外，在允許「國籍」作為合理差別待遇的案件中，也有「外國人」受保障

<sup>95</sup> 見註 76。

<sup>96</sup> 例如 *C. v. Belgium*, no. 21794/93, judgment of 7 August 1996.

<sup>97</sup> 同義：*Carson and Others v. the United Kingdom*, no. 42184/05, judgment of 4 November 2008, §77.

<sup>98</sup> *Case "Relating To Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium" v. Belgium*, nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, and 2126/64, judgment of 23 July 1968, 「The law」段落下§10。另見 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §72.

<sup>99</sup> *Petrovic v. Austria*, no. 20458/92, judgment of 27 March 1998, 尤見§34、§36、§43.

<sup>100</sup> *Luczak v. Poland*, no. 77782/01, judgment of 27 November 2007, 尤見§55、§60。本案中，波蘭推行之「農夫社會安全基金制度」適用範圍上排除了不具其國籍的申訴人，法院即認為申訴人也有繳稅、對該基金的產生也有貢獻，僅以國籍的考量就排除其適用，無正當化事由而構成歧視，違反公約第 14 條。



的程度可以比「本國人」還高的例子。在 *Lithgow and Others v. the United Kingdom* 案<sup>101</sup>中，英國依據 1977 年「飛機和船舶工業法」徵收人民財產，但只補償外國人但不補償本國人，本國籍的申訴人因此主張系爭處分剝奪其財產權以及違反平等原則。法院在判決中表示「非本國人在國內立法程序中，更為脆弱：一般而言，他們無法投票，亦無法表達選擇民意代表的意見。另外，雖然徵收財產必然會影響公眾的利益，但本國人和外國人仍需進行不同的考量，因為本國人對於國內的公共利益而言，應較外國人負更多負擔。」<sup>102</sup>

由此可知，在本國人與外國人存在本質性差異的時候，本國人與外國人確實可進行不同對待，但此絕非代表外國人較本國人享有較少保護。尤其，在徵收財產的案件中，外國人較本國人享有更多保護的作法，也是為法院接受的。

此點還可以從法院闡述的審查標準中得到證明。在因國籍區別而為差別待遇的情形中，法院表示：「若單以『國籍』作為差別對待的基礎，要期待法院認為該作法符合公約，需要有非常重大(very weighty)的理由。」<sup>103</sup>而經作者搜尋結果，在審查差別待遇正當化事由之其他案件中，被用來作為差別待遇區分基礎之依據，除了「國籍」外，只有在「性別」<sup>104</sup>、「性傾向」<sup>105</sup>、「種族」<sup>106</sup>以及「子女婚生性」<sup>107</sup>的案件，法院才使用如此強烈的用語。<sup>108</sup>這些區分依據，在美國聯邦憲法法院在平等權之違憲審查運作上建立之類型化審查基準中，皆認歸類於「嫌疑

---

<sup>101</sup> *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, and 9405/81, judgment of 8 July 1986.

<sup>102</sup> *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, and 9405/81, judgment of 8 July 1986, §116. 相同敘述：James and Others v. the United Kingdom, no. 8793/79, judgment of 21 February 1986, §63.

<sup>103</sup> *Gaygusuz v. Austria*, no. 17371/90, judgment of 16 September 1996, §42、*Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, judgment of 30 September 2003, §46、*Luczak v. Poland*, no. 77782/01, judgment of 27 November 2007, §52、*andrejeva v. Latvia [GC]*, no. 55707/00, judgment of 18 February 2009, §87.

<sup>104</sup> *Burghartz v. Switzerland*, no. 16213/90, judgment of 22 February 1994, §27、*Van Raalte v. the Netherlands*, no. 20060/92, judgment of 21 February 1997, §39、*Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, judgment of 11 June 2002, §39、*Karner v. Austria*, no. no. 40016/98, judgment of 24 July 2003, §37、*Stec and Others v. the United Kingdom*, nos. 65731/01 and 65900/01, judgment of 12 April 2006, §52、*Zeman v. Austria*, no. 23960/02, judgment of 29 June 2006, §33、*Runkee and White v. the United Kingdom*, nos. 42949/98 and 53134/99, judgment of 10 May 2007, §36 及 *Korelc v. Slovenia*, no. 28456/03, judgment of 12 May 2009, §83. 順帶一提，在 *Clare Ovey、Robin White* 原著(2002年)；何志鵬、孫璐譯，《歐洲人權法：原則與判例(第三版)》，北京大學出版社，2006年4月，第485頁，註37中，概述此處相關概念時也有引到上述 *Van Raalte v. the Netherlands* 判決，但該處「判決第78段」應改為「判決第39段」方為正確，併此指明。

<sup>105</sup> *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, judgment of 9 January 2003, §37、*L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, judgment of 9 January 2003, §45 及 *Karner v. Austria*, no. 40016/98, judgment of 24 July 2003, §37.

<sup>106</sup> *Oršuš and Others v. Croatia [GC]*, no. 15766/03, judgment of 16 March 2010, §149.

<sup>107</sup> *Inze v. Austria*, no. 8695/79, judgment of 28/10/1987, §41、*Mazurek v. France*, no. 34406/97, judgment of 1 February 2000, §49.

<sup>108</sup> 相反的，在以「政治傾向」、「財產」、「語言」、「軍階」等依據作為區分基礎的案件上，則無如此強烈的用語。

性分類」或「準嫌疑性分類」，而適用「嚴格審查基準」或「中度審查基準」，<sup>109</sup>而歐洲人權法院亦將「國籍」與前述其他分類基準併列，而認為需要非常重大的理由才能正當化區別對待，可知歐洲人權法院亦宣示應對外國人一視同仁、嚴格保障外國人免受歧視的態度。



### 第三項 以國際趨勢觀察——「國籍」概念式微與「公民」

#### 概念興起

##### 第一款 概說

早在西元前五世紀，希臘哲人蘇格拉底就有句名言：「我是公民，但是不只是雅典的公民、希臘的公民，我是世界公民。」<sup>110</sup>然而，自十五世紀以來，歐洲的「民族國家」陸續形成，使得民族認同與政治認同密不可分，國籍概念也因此成為決定人民忠誠於哪個國家、以及決定誰能受到特定國家保護照顧的依據。<sup>111</sup>民族國家成為最主要的政治組織之事實，可從國家「疆界」功能的顯著提昇看出。在國家疆域內，公民透過教育、兵役、社會資源之分配等過程，維持其一國特有的特徵和認同。<sup>112</sup>

然而，二十世紀以來，在全球化、跨國移民人數持續成長的背景下，原「民族國家」之顯著性已逐漸下降。尤其，隨著二次世界大戰之後殖民地的一一獨立、自決，以及國與國及人與人之間「平等」概念的萌芽和普及，「人權」在歐洲逐漸成為普遍被接受的價值，形成後殖民時代對於「個人權利」的重視。這樣的趨勢降低了「國民」概念的重要性：一個人不需要是屬於一個國家才能擁有權利——身為一個「個人」，權利就已經受保障。換言之，以「人本」而非「國民本位」出發的人權保護，漸漸使人民權利義務關係與國家主權脫勾。<sup>113</sup>這樣的觀點，可稱之為「世界公民」的概念——地球村的村民本是一家，人人都是世界的公民，享有平等的權利。

<sup>109</sup> 法治斌，「司法審查之平等權：建構雙重基準之研究」，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》第6卷1期，1996年1月，第35-50頁。

<sup>110</sup> “I am a citizen, not of Athens, or Greece, but of the world.”

<sup>111</sup> 黃居正，「國籍與效忠—從意識到規範的探索」，發表於臺灣國際研究學會「瞭解當代加拿大政治學術研討會」，2004年11月6日，第4-5頁。全文見

<http://www.tisanet.org/Activity/file/04110610.pdf>。最後瀏覽日期：2012年6月19日。

<sup>112</sup> Soysal, Y. 1994. *Limits of Citizenship—Migrants and Postnational Membership in Europe*. Chicago: University of Chicago Press. 引自盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第4頁。

<sup>113</sup> O’Leary, S. and T. Tiilikainen. 1998. “Introduction.” In *Citizenship and Nationality Status in the New Europe*, eds. O’Leary, S. and T. Tiilikainen. London: The Institute for Public Policy Research and Sweet & Maxwell, P.2, 引自盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第5頁。

在歐洲，因為國際整合的趨勢使然，這樣的情況尤其明顯。1992年，歐洲聯盟會員國簽訂的「馬斯垂克條約」<sup>114</sup>，建立了「歐盟公民」的概念。依該條約的規定，擁有任何一個會員國之國籍者即為歐盟公民，享有在各會員國內自由遷徙、工作居住、在居住國之地方選舉及歐洲議會選舉中投票及參選、以及有權接受其他會員國的外交領事保護等等。<sup>115</sup>另外，1997年簽訂的「阿姆斯特丹條約」<sup>116</sup>而更加強非歧視原則（包含國籍歧視）的保護，以及明確化救濟程序。在如此的發展下，「歐盟各會員國的國民都是歐盟公民」的概念，使得個人國籍問題之重要性漸漸降低。另外，關於「非歐盟公民」（即並未取得歐盟會員國國籍之人民）與「歐盟公民」兩者所享有權利保障程度的差異，隨著時間的發展，亦漸漸降低。<sup>117</sup>因此，「歐盟公民」與「非歐盟公民」的差距，已逐漸減少。此發展趨勢，可謂「歐盟公民」的概念也正朝著「世界公民」的概念而移動。

「世界公民」的概念，主要是在「公民權與社會權」（相對於政治權利而言）的領域中，權利保障與國籍漸漸脫勾。而關於傳統上與國家主權最密切相關之「政治權利」方面，因著另外一種公民概念：「在地公民」概念之形成，使得地主國中不具國籍的居民——至少在地方選舉上——漸漸與有國籍的居民一樣，亦享有投票權等政治參與權。<sup>118</sup>而如此發展的原因，本文引用文獻說明如下：

「『民主』的精髓即在於『統治者』的合法性來自於『被統治者』的同意。無國籍的移民，在地主國的各方面——包括繳稅、遵守法律等等——是名符其實、百分之百的『被統治者』，卻在政治參與方面，完全被剝奪了任何一個『被統治者』所理應享有的發言權、投票權。少了投票權，政客絲毫沒有動機為這些社會底層的弱勢爭

<sup>114</sup> “Maastricht Treaty”，正式名稱為「歐盟條約」(Treaty on European Union, TEU)，原歐洲共同體之十二國於1991年12月9日至10日之會議中草擬，1992年2月7日由在荷蘭馬斯垂克簽訂，1993年11月1日生效。參林鈺雄，〈歐洲人權保障機制之法展與挑戰〉，《臺灣本土法學雜誌》，第69期，2005年4月，第92-93頁。

<sup>115</sup> 盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第8頁。

<sup>116</sup> 1997年6月17日通過，同年10月2日簽訂，1999年5月1日生效。

<sup>117</sup> 「二〇〇三年有關非歐盟公民長期居留身份之立法通過後，居住於歐盟會員國的非歐盟公民，受到與歐盟公民極類似的待遇，包含工作權、核心社會福利之取得、居留權及家人團聚權等等，都有『無待別待遇原則』的適用。」參盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第15-16頁。

<sup>118</sup> 歐盟公民在前述一九九二年簽訂的馬斯垂克條約後，依歐洲共同體條約第19條，即有在其他會員國的地方選舉中參選及投票之權利。而非歐盟公民的地方選舉權亦漸漸受重視，例如1998年歐洲41個城市首長舉行了「歐洲城市人權會議」(European Conference “Cities for Human Rights”)，並簽訂了巴塞隆納宣言(Commitment of the Cities for Human Rights)，呼籲歐洲城市在尊重人權的基礎上，給予外籍長期居民政治參與之權利。另外，歐洲理事會(Council of Europe)於一九九二年完成了「外籍人士參與地方公共事務公約」(Convention on Participation by Foreigners in Public Life at Local Level)。根據該條約第六、七條，凡是在一地區連續居住五年以上之非公民，即應擁有投票權。資料來源及各國詳細狀況，參盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第17-18、23-24頁。

取權利，各種社會權利與保障，如就業、教育、健保、社會福利等等，移民皆無從爭取或保衛自身權益……歸根結底，這其實只是一個『公平性』的問題；移民的投票權問題其實就是民主國家對於不公平的現象之容忍度的問題。為什麼已長期居住、長期繳稅的居民，完全沒有權利影響孩子所受教育的任何相關政策、措施？這些永久居民無時無刻受到政府（中央與地方）各項法律、政策的束縛和影響，然而他們卻在這個他們稱作『家』的地方，毫無發言權、主動權。」<sup>119</sup>

總而言之，「特定國國民」，亦即「國籍」的概念，在國際化與在地化的浪潮下，已逐漸式微。「人權之所以受國家保障，並非因為其為該國國民，而是因為他是『人』。」這樣的觀念，漸漸成為基本原則。

在歐洲，由於「歐盟公民」概念的出現，而使人民權利與國籍的關係產生了明顯的脫勾現象。而隨著時間的經過，「歐盟公民」與「非歐盟公民」的差距亦漸漸降低，而朝著「世界公民」概念邁進——人人都是地球村的公民，不分國籍，一律平等。另外，在傳統上與國籍概念牽扯最深的政治權利部分，由於非本國籍之居民在地主國亦負有稅捐、守法等義務，卻無投票權，使得該族群無法受政治人物重視、權利無法獲得保障。如此的不公平現象，亦使得「地方公民」概念的出現。亦即，至少在地方選舉的層次，若無國籍的外來移民，從社會的貢獻的角度來看已經是「事實上公民」<sup>120</sup>的話，該「無國籍」的移民亦漸漸獲得投票權等政治權利。在這樣的發展下<sup>121</sup>，關於人民權利之保護，「國籍」的概念對於劃分「我者」與「他者」的功能上，已逐漸式微，而由「世界公民」與「在地公民」的觀點來取代。<sup>122</sup>

## 第二款 判決研究

<sup>119</sup> Hayduk, R. 2003. "Noncitizen Voting Rights: Extending the Franchise in the United States." *National Civic Review*, 92(4):P.59. 引自盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第24-25頁。

<sup>120</sup> "de facto citizen"，用語引自盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第24頁。

<sup>121</sup> 值得一提的是，歐洲如此之發展並非特例。「在美國、日本，『在地公民』的概念亦逐漸獲得重視。以美國為例，歸化入籍之難度高且費時，九一一事件之後，此一現象尤其為明顯。取得國民資格所需花費的時間平均約為十年；而若無永久居留權，則必須成為永久居民，其所需時間甚至更長。」另，依美國學者2003年的一項研究，「居住在美國境內的3,100萬外籍人士中，有1,200萬合法的永久居民，但因為不具國民資格而不享投票權。」由此一數據可說明問題的嚴重性。參盧倩儀，「全球化與歐盟『非歐盟公民』概念之探討」，《政治科學論叢》第28期，2006年6月，第24-25頁；Hayduk, R. 2003. "Noncitizen Voting Rights: Extending the Franchise in the United States." *National Civic Review*, 92(4):P58.

<sup>122</sup> 我國之相類似之批判，見廖元豪，「外人做頭家？外籍人士參政權之可能性」，《月旦法學教室》第54期，2007年3月，第6-7頁。

在歐洲人權法院的相關判決中，自然也有國籍概念式微的痕跡。

首先，在公民權與社會權中，依前述平等原則的相關案例來看，法院已表示「若國家以國籍作為差別對待的區別依據，即需要有重大的原因才能說服法院」<sup>123</sup>，即為最好的例子。在 *Luczak v. Poland* 案<sup>124</sup>中，法院即因波蘭建立的農民社會福利制度無故排除外國籍農民（即申訴人）的作法，而被法院認定構成歧視，認定波蘭違反公約第 14 條。

而在政治權利上，雖然公約第 16 條<sup>125</sup>已明文規定「外國人」的政治活動不受公約保障，然而，隨著前述「國際公民」及「在地公民」的概念興起，為維護尚未取得地主國國籍之長期居民的權利，歐洲人權法院並非沒有肯認政治權利的相關判決出現。最具代表性的是 *Matthews v. the United Kingdom* 案<sup>126</sup>。案例事實為：一名住在英國屬地直布羅陀的申訴人，主張直布羅陀居民在歐洲議會（歐盟的民意代表機關）英國代表之選舉上沒有投票權，認為英國違反歐洲人權公約第 1 議定書第 3 條「舉行自由選舉的義務」<sup>127</sup>，而向歐洲人權法院申訴。

本案案情單純，但有較複雜的相關歷史背景，此點顯出本案的趣味。因此，在研究判決之前，必須先了解兩個歷史背景：一為直布羅陀的歷史，一為英國的殖民歷史。

首先是關於直布羅陀的歷史。直布羅陀為西班牙南端一個人口約三萬人的小城市，為地中海進出大西洋的出口，且與非洲的摩洛哥遙遙相望，具有重要戰略地位。十八世紀初為英國占領，而後經西班牙割讓給英國。原為英國殖民地，現為英國「屬地」，從頭到尾都不屬英國「領土」，而有自己的議會，實行充分的自治。然而，由於英國與西班牙就該地的主權爭議，1981 年，英國曾以「完全授予直布羅陀公民英國國籍」的政策來宣示直布羅陀的重要性。

其次，要介紹關於英國的殖民歷史。過去英國在全球擁有眾多的殖民地，而

<sup>123</sup> *Gaygusuz v. Austria*, no. 17371/90, judgment of 16 September 1996, §42.

<sup>124</sup> *Luczak v. Poland*, no. 77782/01, judgment of 27 November 2007, 尤見§55、§60.

<sup>125</sup> 公約第16條：“Nothing in Articles 10, 11 and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activity of aliens.”

中文翻譯：「公約第10條（按：表現自由）、第11條（按：集會結社自由）及第14條（按：平等原則）的規定，不禁止締約國限制外國人之政治活動。」

關於選舉權之保障（第一議定書第3條）雖然並不在公約第16條列舉的三個條文之中，但依同一法理，顯應類推適用之。

<sup>126</sup> *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, judgment of 18 February 1999.

<sup>127</sup> 公約第1議定書第3條：“The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

中文翻譯：「各締約國承諾，以合理的間隔，以秘密投票，以確保人民在選擇立法機關一事上得自由表達意見的方式，舉行自由選舉。」

二十世紀殖民地雖紛紛獨立。但由於過去殖民地與英國在歷史背景上的密不可分，乃共同組成一個國際組織「大英國協」，尊英國女王為國協的元首，更有部分國家仍直接尊英國女王為國家元首。由於英國與這些國家過去曾是一家人，英國國籍法上有一「海外領土公民」的分類。「海外領土公民」雖不具英國國籍，但較其他「外國人」容易取得英國國籍，且在各地地方（例如屬地直布羅陀）的選舉中，與當地有連結的海外領土公民，往往亦有選舉權及被選舉權。

在該案中，歐洲人權法院先用很大的篇幅論證歐洲議會包含在第 1 議定書第 3 條「國會」的意義之內，且論述英國要就直布羅陀負責之後，即表示「直布羅陀的居民在決定歐洲議會代表的過程中，完全沒有表達意見的機會，因而英國違反公約第一議定書第 3 條。」<sup>128</sup>該判決中，法院宣示「居民」要有選舉權，而不是「當地的英國國民」。然而，由於從判決中並不清楚申訴人 Ms. Matthews 是否具有英國國籍，因此，僅依此用語，尚不足有力證明選舉權與國籍脫勾的表現，還需要看該案之後的後續發展，如下述。

英國在被歐洲人權法院判決敗訴之後，於 2003 年通過歐盟議會議員選舉法，將直布羅陀地區劃入英國選區，凡居住在該地區的人民（除了英國國民，亦包含與當地有具體連繫關係的大英國協公民。雖然他們可能有他國國籍，但依前所述，因著英國的殖民歷史背景，他們都是一家人），均得享有歐洲議會英國代表的選舉權。

但由於英國素與西班牙政府在直布羅陀的主權問題有爭議，英國此舉引發西班牙政府的不滿，而向歐洲法院<sup>129</sup>起訴主張「英國政府使居住在該地區的非英國國籍人民亦得一併享有作為歐盟公民的選舉投票權，違反歐洲共同體條約中公民權及選舉權的相關規定」以及「英國作法違反選舉的直接、普遍原則」<sup>130</sup>。而歐洲法院觀察「英國基於憲政傳統，在英國國家選舉及直布羅陀議會的選舉上，都允許有具體連結的大英國協公民投票及參選。」<sup>131</sup>以及「必須特別強調的是（前述歐洲人權法院的判決中），申訴人 Ms Matthews 是一個直布羅陀的居民<sup>132</sup>，完全被否定在歐洲議會代表選舉時表達意見的機會，因而被歐洲人權法院宣告違反歐洲人權公約第一議定書第 3 條的規定」<sup>133</sup>。並且，歐洲法院並援引歐洲人權法

<sup>128</sup> *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, judgment of 18 February 1999, §64.

<sup>129</sup> The Court of Justice of the European Communities, 簡稱 ECJ.

<sup>130</sup> ECJ, Case C-145/04, *Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006, para. 36. 該歐洲法院之判決全文見 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0145:EN:HTML>。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>131</sup> ECJ, Case C-145/04, *Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006, para. 63.

<sup>132</sup> 粗體字為筆者所加。

<sup>133</sup> ECJ, Case C-145/04, *Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006, paras. 64、96.

院的判決，指出「歐洲人權法院認為就直布羅陀當地居民應擁有選舉權一事，並不存在可以免盡公約義務的『當地特殊情況』」<sup>134</sup>。因此，歐洲法院完全肯認英國的作法是實現歐洲人權法院的判決要求，而認定英國政府修法之舉動乃實現歐洲人權公約上敗訴國實現判決內容的義務，並不可歸責，且與歐洲共同體條約相關規定尚未牴觸，因而駁回西班牙的請求。<sup>135</sup>

經由歐洲法院的確認，可知在歐洲人權法院的 *Matthews v. the United Kingdom* 案敗決英國敗訴，代表了「當地居民應享有選舉權，即使居民是大英國協中之他國公民，而未擁有英國國籍亦同」的意義。歐洲人權法院肯認「在地公民參政權」的用意，至此表露無疑。

#### 第四節 本章小結

依歐洲人權法院的觀點，在本國人與外國人的區別問題上，「國籍」一事原則上即依國內法來決定。然而，在特別的情況中，國籍的認定亦可能與國內法脫勾。在 *Slivenko and Others v. Latvia* 案<sup>136</sup>中，法院先給國籍下定義，認為國籍乃基於與社會的連結而形成的一種法律關係。在國家恣意否定授予長期居民國籍時，即為「依據國內法決定是國民與否」此一原則之例外。亦即，此種情況雖然國內法並未授予居民國籍，但由於實際上的連結，已取得「事實上國民」的資格，國家有義務要使法律上的國籍保障與此事實上狀態相符。而 *X. v. Federal Republic of Germany* 案<sup>137</sup>中，法院更進一步表示，若國家拒絕核發國籍的唯一目的就是為了驅逐出境時，此時仍會構成第四議定書第 3 條的違反。亦即，此時該居民依國內之國籍法，受驅逐人顯然未取得地主國之國籍，但已成為第四議定書第 3 條第 1 項中之「本國人」，而得依該規定，絕對不能被國家驅逐出境。亦即，法院肯認，「本國人」與「外國人」之區分，即「國籍」之取得，原則上依國內法決定，但在例外的情況中，是有可能有居民未依國內法被授予國籍，但其已被認定是本國人的情況。

而關於外國人在公約上的權利主體性，由於公約第 1 條即開宗明義說明：「各締約國應確保其管轄下的每個人享有本公約第一節中所規定的權利與自由。」，凡「締約國管轄下的人」，不問國籍，都具有公約的權利主體性（及訴訟上的當事人適格）。實證上，亦有許多外國人被驅逐出境而認為私人或家庭生活被侵害

<sup>134</sup> ECJ, Case C-145/04, *Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006, para. 96. 其援引歐洲人權法院判決之段落為 ECHR, *Matthews v. the United Kingdom*, §59.

<sup>135</sup> ECJ, Case C-145/04, *Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006, paras. 95-96.

<sup>136</sup> *Slivenko and Others v. Latvia*, no. 48321/99, decision of 23 January 2002.

<sup>137</sup> *X. v. Federal Republic of Germany*, no. 3745/68, (Commission) decision of 15 December 1969.

而向法院申訴，最後又獲得勝訴的例子。甚至有 *Liu v. Russia* 案<sup>138</sup>，申訴人是中國人劉先生，其國籍國顯非歐洲人權公約的締約國，但最後亦獲得勝訴。因此，外國人之權利仍受到公約之保護，並無疑問。

接著是「外國人之權利保障程度是否比本國人低」的問題，則分成幾個不同觀點來研究。從相關條文的特別規定可知，外國人與本國人除了「入境權與居留權」及「政治活動」之外的權利，外國人與本國人受公約保障之程度，是沒有任何差異的。

在對於平等原則相關案例的研究中，雖有法院依據平等原則而肯認本國人可以與外國人有不同待遇的例子，但此乃因區別待遇的正當化事由存在之故，並不代表外國人受保障比本國人低。尤其，在 *Lithgow and Others v. the United Kingdom* 案<sup>139</sup>中，外國人比本國人受到更優惠待遇的作法，亦受法院認可，此一判決更證明「因合理差別待遇做的區別對待」與「權利保障程度有差異」，兩者乃不同的概念。另外，在審查標準的採行上，法院表示若以國籍作為差別待遇的區分依據，則與「性別」、「性傾向」、「種族」以及「子女婚生性」等區別依據一般，需要有「非常重大」的理由才能說服法院。由此可知，歐洲人權法院對待外國人的態度，可以說是與本國人一視同仁。

最後，從國際趨勢的觀察，在劃分「我者」及「他者」以決定權利歸屬一事上，「國籍」的界定功能已漸漸減低，而慢慢被「公民」的概念取代。在歷史巨輪的推進之下，隨著二十世紀全球殖民的獨立、自決，以及國際移民現象的興盛，國與國和人與人皆相互平等的概念，漸漸深植人心。尤其在歐洲，「民族國家」之疆域區別也因歐盟的統合運動變得模糊，更是造成「國籍」此種「受出生因素決定」的區別對待因素，漸漸的被排除在法律規範之外。此種浪潮可稱為「國際公民」概念的興起——每個人不因擁有本國國籍，權利才受保障。只要是人，就是世界的公民，就受到權利的保障。歐洲人權法院對於外國人在公民權與社會權上一視同仁的態度，即為最好的說明。

至於與社會權相對之政治權領域，傳統上是與國家主權最密不可分的部分，但「國籍」在此領域重要性，亦因「在地公民」概念的興起，亦漸漸減少。會有此現象，乃因在地主國居住的外國長期居民，在繳稅、守法的義務上與其他本國人居民幾無不同，與其他本國籍之居民相比，有著類似的社會的貢獻程度。然而，他們卻被排除在投票或參選的資格名單之外，使其永遠不會被執政者及立法者重視，無法表達自己對相關政策及法律的意見。如此不公平的現象，即造成「在地公民」概念的出現，而認為這種不具本國國籍之「事實上公民」，亦應獲得投票

<sup>138</sup> *Liu v. Russia*, no. 42086/05, judgment of 6 December 2007.

<sup>139</sup> *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, and 9405/81, judgment of 8 July 1986.



權等政治權利。最具代表性的例子乃 *Matthews v. the United Kingdom* 案<sup>140</sup>，法院在該判決中，宣示了英國未提供其屬地直布羅陀的居民關於歐洲議會代表的選舉權之作法違反公約——無論是否具有英國國籍。

因此，由上述幾點觀點皆可證明，除了「入境權與居留權」及「政治活動」之外，本國人與外國人權利受公約保障的程度並無差異。而在「入境權與居留權」及「政治活動」之相關權利上，雖仍具有一些差異，但此差異亦漸漸在減少之中。

最後要說明的是，或有人以為，歐洲人權法院不因外國人而降低人權保障水準，乃因歐盟之統合背景所致：由於「歐盟公民」的概念的建立才會使得「是否具本國籍」一事在歐盟會員國國內不再具太大的重要性，因此此種開明態度未必適合適用於沒有這種國際整合背景的其他國家。然而，這樣的想法是不正確的，因為法院在對於國籍之差別待遇進行嚴格審查的判決中，從未考量該案的申訴人是否為歐盟公民。更甚者，在時間最早之標竿案例 *Gaygusuz v. Austria* 案<sup>141</sup>中，申訴人之國籍國為土耳其，根本不是歐盟會員國，但法院還是進行了嚴格的審查，而判決被告國對外國人進行差別待遇的作法違反公約。因此，歐洲人權法院提供外國人與本國人相同保障的作法，應純粹是基於「人人平等」理想之實踐，而無特殊歷史、文化背景因素之地域侷限性，而是對普世都具參考價值。

---

<sup>140</sup> *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, judgment of 18 February 1999.

<sup>141</sup> *Gaygusuz v. Austria*, no. 17371/90, judgment of 16 September 1996.

## 第三章 歐洲人權公約對「家庭生活」之保護

### 第一節 概說

歐洲人權公約關於家庭生活權利之保障，規定在公約第 8 條<sup>142</sup>：

- 「I. 每個人有使其私人及家庭生活、住家和通訊權利受到尊重之權利。
- II. 除為追求國家安全、公共安全、國家經濟福祉、避免混亂或犯罪、保障健康或道德、或保護他人自由權利等利益外，國家機關不得以法律對此權利為民主社會所必要之干預。」

為確認國家對於人民之家庭生活權利的干預行為是否違反公約，歐洲人權法院藉由判決之累積，確定以下四階段審查流程：

1. 有無干預「家庭生活權利」  
若有：
2. 干預是否依據法律
3. 干預是否追求為公約規定的目的
4. 干預是否為民主社會所必要

本章主要重點即分別介紹此四項要件。

另外，依法院對公約解釋，有些「較微弱的家庭生活關係」，並不滿足公約第 8 條「家庭生活權利」的門檻要求，因此不受該權利的保護。然而，按其情形，可能會在同條「私人生活權利」的範疇中受到保障。因此，本文在討論完公約第 8 條的「家庭生活權利」之後，亦會簡單介紹作為「補遺」功能的「私人生活權利」。

此外，公約第 8 條除了要求國家對於權利的干預要具有正當化事由外，為有效尊重家庭生活權利，該條文亦課予國家應為一定作為的「積極義務」。此種義務因為審查流程與上述四階段的審查流程有所不同，故本文另行討論之。

### 第二節 四階段審查要件分析

<sup>142</sup> 公約第 8 條之英文原文：

" I. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.  
II. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

# 第一項 「家庭生活權利」之意義

## 第一款 概說

第一個要件是「有無干預家庭生活權利」。因此，本文首先要討論的是何謂公約第 8 條的「家庭生活」。

簡而言之，家庭生活，即在核心家庭中親密家人間（通常指伴侶彼此及親子彼此，見後述）所享有之互相陪伴。該「互相陪伴」之享有，即為公約第 8 條保障的家庭生活。

依據法院之判決，公約第 8 條保障之家庭生活，並不限於傳統家庭——亦即，不限於以婚姻為基礎成立之家庭關係——，而亦包含非基於法律婚姻關係而建立之「事實上家庭」<sup>143</sup>。<sup>144</sup>因此，個案中存在家庭生活與否的認定依據，並非以家庭成員間是否結婚等形式角度來認定，相反的，是以「有無事實上的家庭生活關係」來決定。亦即，個案中有無受公約第 8 條保障的家庭生活關係，端視各成員間，事實上是否有如家庭生活般的親密人際連結。<sup>145</sup>

另外，公約第 8 條所保障之家庭生活權利，是在人民「已存在家庭關係」的前提下，保障該家庭生活有受國家尊重的權利。因此，若尚未有家庭關係的存在，例如單純只是想要建立家庭的期望，或是去收養小孩的權利，並不屬本條的保障範圍。<sup>146</sup> <sup>147</sup>

然而，所謂的「已存在家庭關係」，並非指該家庭生活必須已經完全建立。

<sup>143</sup> “de facto family.” ”de facto”為拉丁文，亦即「實際上存在（但不一定合法）」之意。

<sup>144</sup> Keegan v. Ireland, no. 16969/90, judgment of 26 May 1994, §44、Marckx v. Belgium, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31 及 Johnston and Others v. Ireland, no. 9697/82, judgment of 18 December 1986, §62. 另，「傳統家庭」用語見 Estrikh v. Latvia, no. 73819/01, judgment of 18 January 2007, §165.

<sup>145</sup> K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, judgment of 12 July 2001, §150. 案名後面之[GC]代表其為大法庭之判決。

<sup>146</sup> 按其情形，可能屬於第 12 條「結婚權」或「建立家庭權」之保障範圍。順帶一提，法院認為，未婚之人不能從 12 條推出收養小孩的權利，參 X v. Belgium and the Netherlands, no. 6482/74, (Commission) decision of 10 July 1975，然而，按其情形，第 14 條的平等原則有可能適用，參 Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, judgment of 21 December 1999, §36.

<sup>147</sup> 除第 12 條以外，近期判決中已肯認「要為人父母的決定」與「擁有具自己基因的小孩之渴望」在第 8 條「尊重私人生活」的保障之中。前者見 Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, judgment of 10 April 2007, §71，後者見 Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, judgment of 10 April 2007, §72 及 Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, judgment of 4 December 2007, §66. 更甚者，上述 Dickson v. the United Kingdom 判決宣告國家禁止監獄中的申訴人與妻子為人工生殖的作法違反公約第 8 條，而在判決中，不論是申訴人的主張(§37)、政府的抗辯(§58)以及法院在作權利定性(§66、§70)時，都是說「私人及家庭生活」，而從未侷限於「私人生活」。尤其是§66，法院認為：「私人與家庭生活的概念包含成為基因上父母的決定受尊重之權利。」因此，該判決似乎有「進行人工生殖以為人父母的渴望」亦屬「家庭生活」保障範圍的味道。

法院擴張解釋第 8 條的家庭生活，認其亦適用於「潛在的家庭關係」。亦即，對於仍在建立中的家庭生活關係，未來所預期的之家庭生活，亦可能會被認為屬於此處所保障的「家庭生活」。而所謂潛在的家庭關係，依曾有過的判決，舉例如：非婚生子女與親生父母間因血緣關係所成立之親子關係(即使尚未共同生活)<sup>148</sup>、男女間基於合法婚姻所存在的伴侶關係(即使尚未同居)<sup>149</sup>、以及養父母與養子女間依法院收養裁定所合法成立的收養關係(即使彼此尚未實際見過面)<sup>150</sup>等等。

下文依照「伴侶關係」、「親子關係」、「其他關係」之順序，討論法院所承認的各種不同類型之家庭關係，以了解公約上家庭生活權利的射程範圍。

## 第二款 伴侶關係

### 第一目 定義

伴侶關係，亦即指伴侶彼此共同生活的關係，為家庭生活的典型。由於本文欲討論之對象除了傳統的夫妻關係之外，亦要討論無法律上婚姻關係的同居伴侶，甚至討論同性伴侶的可能性。因此，本文此處不採較狹義的「夫妻關係」或「配偶關係」用語，而使用廣義的「伴侶關係」一詞，先予說明。

### 第二目 事實上伴侶的認定

首先，先討論無法律上婚姻關係的事實上伴侶。

為何兩個人成為伴侶，卻未成立婚姻？在肯認家庭生活存在的諸判決中，有因為法律上的障礙者難以結婚者<sup>151</sup>，或已開始同居但因居留權原因尚未結婚者<sup>152</sup>，也有單純選擇不結婚者<sup>153</sup>。

<sup>148</sup> 見 *Nylund v. Finland*, no. 27110/95, decision of 29 June 1999.

<sup>149</sup> 見 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §62.

<sup>150</sup> 見 *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 and 78030/01, judgment of 22 June 2004, §148. 該判決頗為複雜，中譯版可參《歐洲人權法院裁判選譯(一)》，司法院印行，2008年11月，第161-189頁。

<sup>151</sup> *Serife Yigit v. Turkey*, no. 3976/05, judgment of 20 January 2009. 該案申訴人不具「社會安全資格」，難以依法登記結婚。見該判決§24 及 *Tulkens, Zagrebelsky and Sajó* 三位法官之聯合不同意見書§4。

<sup>152</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §62. 申訴人之一 *Mrs. Balkandali* 是持學生及旅遊簽證進入英國，進而認識亦是持旅遊簽證入英國的男友。當簽證期滿被拒絕更新後，二人才趕快結婚。

<sup>153</sup> *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, judgment of 13 December 2007, §§76-78. 案例事實是：申訴人與母親及母親的同居人(申訴人稱其為父親)同住。一日，母親的同居人欲收養申訴人，以建立家庭。但收養成功後，國家卻通知申訴人與其母親在法律上的母女關係要因申訴人被他人收養之故而終止。歐洲人權法院認為如此的解釋構成申訴人與母親間之家生活的干預。雖國家抗辯只要申訴人的母親與其同居人結婚，即可解決問題，但法院表示國家不能代替人民決定想要採行的生活方式。

法院在判例中表示，「『家庭生活關係』存在的有無，是看事實上有無親密的連結。」<sup>154</sup>、「伴侶間是否構成公約第 8 條的家庭生活，並不以法律婚姻關係為限。只要有同居、共同生活的事實，即可構成。」<sup>155</sup>因此，不具婚姻關係的同居關係，亦屬於公約保障的家庭生活關係。以 *Serife Yigit* 案<sup>156</sup>為例，申訴人與其同居人，未依土耳其民法「婚姻登記生效」之規定登記婚姻，只有依土耳其的傳統而舉行「宗教婚姻」。因此，雖然在法律上二人尚不成立有效的婚姻，但法院觀察，他們之間有六個小孩，前五個小孩都登記為丈夫的姓氏。另外，自其父親死前，申訴人及小孩都與他們父親共同居住。法院認為，這些事實證明兩位伴侶間（當然他們與小孩間也是）擁有公約第 8 條保障的家庭生活關係。

再者，因為「同居」是伴侶關係中最重要之要素，因此，「同居的事實和意願」之有無，是認定有無家庭生活關係時最重要的考量點。<sup>157</sup>之所以在「同居的事實」外，還要加上「同居的意願」，本文以為，基於求學、工作、醫療，或是無居留權等等事實上的障礙，伴侶彼此總是有暫時分離兩地的可能。因此，除了客觀上的同居事實外，主觀上的同居意願自然必須成為檢視是否存有家庭生活關係的輔助考量。當然，對於該主觀意願的認定，也需要有客觀的事實來證明，自不待言。至於「認定同居意願的客觀事實」有哪些，可參 *X., Y. and Z v. the United Kingdom* 案<sup>158</sup>。法院說明，判斷有無伴侶關係、是否構成家庭生活的依據，除同居之外，「相關的因素還有關係的長度、是否有跡象顯示雙方有要一起擁有小孩的承諾等等。」這些「相關因素」，本文以為，即為認定同居意願之客觀事實。<sup>159</sup>

### 第三目 同性伴侶關係<sup>160</sup>？

#### 一、概說

接下來討論頗具爭議的同性伴侶關係問題。承認同性伴侶的關係與否，乃一近代熱門之社會、法律以及人權議題。為討論此問題，本文先將同性伴侶關係區

<sup>154</sup> *Marckx v. Belgium*, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31 及 *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, judgment of 12 July 2001, §150.

<sup>155</sup> *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82, 18 December 1986, §55 第二段、§56.

<sup>156</sup> *Serife Yigit v. Turkey*, no. 3976/05, judgment of 20 January 2009, 見§27.

<sup>157</sup> 如 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §62.

<sup>158</sup> *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* [GC], no. 21830/93, judgment of 22 April 1997, 見§36.

<sup>159</sup> 值得一提的是，公約第 12 條所保障之「結婚權」，未來是否可同居，「並非」其前提。見 *Draper v. the United Kingdom*, report of the Commission of 10 July 1980. 該文獻內容可於 *Gallogly v. the United Kingdom*, no. 7990/77, (Commission) decision of 11 May 1981 裁判的附件中找到。其大要為：關於公約第 12 條結婚的權利，是保障人民有權與他人形成一個法律上的連結關係，使人民可決定是否要進入此連結關係，即使雙方不能同居亦同。一個被判無期徒刑的犯人，國家規定其不允許結婚，除非獲得假釋。考量假釋要到甚久之將來且可能性微小，因此人權委員會認為構成了對 12 條結婚權的侵害。

<sup>160</sup> 關於歐洲對同性戀的仇視史及演變，可參陳以蓓，《國家對私人生活之干預與保護——以歐洲人權法院裁判為借鏡》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2010 年 6 月，第 43-46 頁。

分為兩種類型，一為單純的同性伴侶關係，另一種為特殊的變性人伴侶關係。

後者所謂的變性人伴侶關係，乃指一個人改變性別的事實不被法律承認<sup>161</sup>，但其心理上的認同及生理上的特徵皆為變性後的性別，此人與（相對於變性後性別的）異性所成立的伴侶關係。因此，以變性後的性別的角度來看，該伴侶關係也是異性結合，屬異性戀關係，問題只在法律不承認他變性後的性別而已，而造成「事實上觀點是異性伴侶，法律上觀點是同性伴侶」的情形。因此，相對於單純的同性伴侶，此種特殊的類型可認為是異性伴侶與同性伴侶間之中間地帶，此種特殊伴侶關係必然較單純的同性伴侶關係更容易獲得承認。因故，本文將此種特殊類型的同性伴侶關係另外討論。

## 二、變性人伴侶關係

首先討論該種特殊的變性人伴侶關係，是否有構成公約第 8 條之家庭生活之可能。起先當然不被承認<sup>162</sup>，但隨著時間的經過及醫療技術的發展，國際共識慢慢朝著肯定的方向形成，歐洲人權法院也跟著改變見解。1997 年指出現了一個劃時代的標竿案例 *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* 案<sup>163</sup>，簡述如下：

變性人 X，出生時是女性，但後來接受變性手術變成男性，雖無法做變性登記，但外觀、工作等都是男性的表現。其與女友 Y 同居。後 Y 接受捐精人工受孕，生下一子 Z。

法院解釋，在變性的案例上，歐洲議會和歐洲理事會的國會大會已全面承認變性人的身分<sup>164</sup>；歐洲共同體的國際法院亦已認為無故拒絕變性人的請求會構成歧視，違反共同體命令<sup>165</sup>；且科學研究亦顯示變性行為不完全是心理因素使然，而有大腦構造的生理因素<sup>166</sup>。因此，這些發展使人權法院改變過去的見解。法院在家庭和私人生活的概念上，要求國家在法律上承認手術後的新性別，包含親權。因此，在本案中，X 在法律上雖還不能與 Y 結婚、不能登記成 Z 的爸爸，然而 XY

<sup>161</sup> 為何此處專指法律所「不承認」的變性人？因為若法律在符合某種要件下承認該變性之事實的話，該變性人結婚的行為，即為單純的異性婚，並無特別問題。例如，一名出生是男性，但其後變性為女性，而經法律承認。此時，該「女性」與其他男性結婚，則為單純的異性婚，並不牽涉同性伴侶的問題。順帶一提，若該「女性」要與其他女性結婚，則回到「單純的同性伴侶關係」的討論範圍之下。

<sup>162</sup> 例如 *X. and Y. v. the United Kingdom*, no. 9369/81, (Commission) decision of 3 May 1983, 見該裁判之「As regards Article 8」段落。該裁判否定同性間可構成第 8 條的家庭生活。另參 *Rees v. the United Kingdom*, no. 9532/81, judgment of 17 October 1986, §49, 該判決不承認變性人的變性，因而否認申訴人享有公約第 8 條的私人生活及第 12 條結婚權中的家庭生活。互相參照兩裁判，應可了解法院否認變性人與伴侶間構成第 8 條家庭生活的態度。

<sup>163</sup> *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* [GC], no. 21830/93, judgment of 22 April 1997, 見 §§37-38.

<sup>164</sup> Resolution OJ 1989 C256 and Recommendation 1117 of 29 September 1989.

<sup>165</sup> 76/207(P. v. S. and Cornwall County Council, C-13/94, 30 April 1996)

<sup>166</sup> 例如 Professor L.J.G. Gooren, "Biological Aspects of Transsexualism", Council of Europe document no. CJ-DE/XXIII (93) 5 及 Zhou, Hofman, Gooren and Swaab, "A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality", *Nature*, 2 November 1995, vol. 378, P. 68.

兩人 17 年來皆同居，外觀上看起來 X 完全就是 Y 的男性伴侶。另，自 Z 出生後，XYZ 三人同居共同生活、X 撫養 Z，X 的表現與一個正常的「父親」完全無異。因此，法院認為三人間（當然包含 XY 間的配偶關係）有事實上的家庭連結，構成公約第 8 條保障的家庭生活。

綜上所述，在 X., Y. and Z. 案判決之後，變性人的新性別縱然不被法律承認，法院已仍從事實上家庭關係的觀點，肯認其會與伴侶成立家庭生活關係。

### 三、單純同性伴侶關係

至於單純的同性伴侶關係能否構成家庭生活的問題，歐洲人權法院早就明確表達否定的態度<sup>167</sup>。同性伴侶關係至今在公約之中之保障，都是在公約第 8 條的「私人生活」權利——以保障自我發展及建構自我與他人關係為其內涵——的範疇內受到保障，而與公約第 8 條的「家庭生活」無涉。

就法院在同性戀者組成家庭生活之態度上的觀察，從第 8 條「家庭生活權利」的途徑的道路目前算是堵住了，因為既然已明確的全然否定，就少有申訴人明知行不通還去挑戰其見解，因此未見其後有相關案例出現。然而，還是可以從平等原則<sup>168</sup>的案例來研究。

平等原則的相關案例中，即使法院已在 1999 年的 *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal* 案<sup>169</sup>中，宣示國家以「同性戀性傾向」為由而認為申訴人不適合享有親生小孩的監護權，是違反平等原則的。然而，2002 年法院在 *Fretté v. France* 案<sup>170</sup>中，卻仍在國家禁止同性戀性傾向者收養小孩的問題上，以「該問題其爭議性及分歧性尚大，考量此問題需衡量國內情況及需求來解釋，國際性的歐洲人權法院與各國政府來比，較不適合扮演決定風土民情的角色，因此各國政府對此問題享有廣泛的解釋空間」為由，肯定國家以「子女最佳利益」為由禁止同性戀者收養小孩（即使是單身的同性戀者）之規定並不違反平等原則。

由於伴侶關係及親子關係皆為家庭生活之核心，由親子關係之案例應可推知法院對於同性婚姻伴侶關係禁止與否之問題，亦尚留給各國去解釋，歐洲人權法院尚不處理這一塊。

接著從同性伴侶相互間之身分財產權的觀點來研究。關於同性伴侶<sup>171</sup>與異

<sup>167</sup> X. and Y. v. the United Kingdom, no. 9369/81, (Commission) decision of 3 May 1983, 見該裁判之「As regards Article 8」段落。

<sup>168</sup> 公約第 14 條。

<sup>169</sup> *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, judgment of 21 December 1999, 見§36.

<sup>170</sup> *Fretté v. France*, no. 36515/97, judgment of 26 February 2002, 見§§40-43.

<sup>171</sup> 同性伴侶的權利雖未被法院肯認，但若國內法允許同性伴侶結合，則會有同性伴侶間權利與異性伴侶間權利差別待遇的問題，因此會有平等原則的案件。

性婚姻伴侶之伴侶相互間權利不平等所造成的差別待遇問題，法院在 2001 年的 *Mata Estevez v. Spain*<sup>172</sup>案中，亦認為由於各國規定不一，因此認為對於同性伴侶關係因伴侶一方之死亡所得領取之退休金加以限制，係維持婚姻制度所必要，因此並不違反平等原則。

同性伴侶從平等原則中爭取家庭生活權利的道路，似乎看似亦不通。然而，隨著承認同性結合並保障其法律地位的國家增加<sup>173</sup>，歐洲人權法院在過去認為同性伴侶間不可能組成家庭生活之論述，有逐漸鬆動的趨勢。

此點從 2010 年的 *Kozak v. Poland* 案<sup>174</sup>可略知一二。此為繼承同居人財產的問題，同樣是對於同性伴侶相互間權利的問題。然而，法院卻一反前述在 *Mata Estevez v. Spain* 案件中的見解，這次認為，對同性性傾向及異性性傾向之間所為之差別待遇，僅以「保障傳統家庭觀念」為由，是不足以說明差別待遇之必要性的，因而宣告被告國違反平等原則。

因此，隨著法院見解的改變，在可預見的將來，法院以「事實上家庭」的觀點，肯認同性伴侶間能構成家庭生活，應屬可以期待之事。

### 第三款 親子關係

#### 第一目 原則

討論完伴侶關係之後，接著是親子關係。

法院表示，一個小孩出生之事實，即成為「家庭」的成員，小孩與其父母即成立家庭生活關係<sup>175</sup>，不論小孩是否為婚生，亦不論是否有和生父生母同住。<sup>176</sup>縱然小孩出生之後，生父與生母已不再同居，或是關係已斷絕，子女分別與生父及生母保有家庭之生活關係，並不受影響。

另，在國家將小孩從父母身邊帶走，而置入國家機關或寄養家庭保護的案件

<sup>172</sup> *Mata Estevez v. Spain*, no.56501/00, decision of 10 May 2001.

<sup>173</sup> 迄 2006 年，歐洲有立法保障同性結合的國家，有丹麥於一九八九年承認同性盟約 (*unions de partenaires*)、挪威於一九九三年亦承認同性共同伴侶關係 (*partenariat*)、瑞典於一九九五年承認同性同居 (*concubinage*)、荷蘭於一九九八年立法承認同性同居制度，二〇〇〇年承認同性婚姻、法國於一九九九年承認共同生活契約 (*Pacte civile de solidarité*; 簡稱 *PACS*)、德國於二〇〇一年訂立同性伴侶法、比利時於二〇〇三年更頒布「同性婚姻法」。引自許耀明，「歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護：從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起」，《歐美研究》第 38 卷第 4 期，2008 年 12 月，第 650 頁。

<sup>174</sup> *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, judgment of 2 March 2010, §99.

<sup>175</sup> *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82, judgment of 18 December 1986, §55 及 *Hokkanen v. Finland*, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994, §54.

<sup>176</sup> *Berrehab v. the Netherlands*, no. 10730/84, judgment of 21 June 1988, §21 及 *Gül v. Switzerland*, no. 23218/94, 19 February 1996, §32.



中，法院認為，一個已成立的家庭生活關係，不會因小孩被置於國家照顧之下而中斷，乃是理所當然。<sup>177</sup>再者，關於已建立的收養關係，法院表示，養父母與養子女間，亦受到相同親子關係的保障。<sup>178</sup>

## 第二目 非婚生子女與血緣生父間<sup>179</sup>

特別要提出來討論的問題是，非婚生子女與血緣生父間的關係。會有此問題，乃因非婚生子女與血緣生父間，該親密關係不是這麼理所當然。例如，若小孩之生母另有配偶，因此生母之配偶受到法律上生父的婚生推定，小孩與血緣生父的關係當如何？亦或，血緣生父未承認其與小孩之間的關係，或是甚少有過互動，此時小孩與血緣生父間，是否仍構成公約第 8 條的「家庭生活關係」？

首先，法院肯認，不論是婚生子女或非婚生子女，其與父母之關係並沒有任何差別。其論述乃基於公約第 8 條的「任何人享有家庭生活被尊重之權利」之「任何人」用語，以及 14 條平等原則之「不會因出生而受歧視」規定下，體系解釋之結果。<sup>180</sup>另外，法院肯認，小孩出生之事實，就與生父生母成立家庭生活關係，即使只是潛在的生活關係，亦受公約第 8 條之保障。<sup>181</sup>

問題在於，此種家庭生活關係，隨著時間的經過，在例外的情況下，仍有中斷的可能<sup>182</sup>。因此，本文想討論的是，對於非婚生子女與其血緣生父，因著彼此間關係的疏離，而使彼此的家庭生活關係不再存在之認定，需要多嚴格？換句話說，除了親子血緣關係存在以外，是否、及需要加上何種因素的支持，方足以肯認家庭生活關係存在？

法院在此問題上，先後曾有不同的見解。

關於家庭生活關係之有無，法院認為，「一般來說，共同居住是家庭生活所必須的。然而，縱未同居，其他的事實亦可能使一段關係足夠構成公約第 8 條的家庭生活。」<sup>183</sup>問題是，在未同居的情形，此種「其他足認構成家庭生活的事實」究竟為何？

<sup>177</sup> B. v. the United Kingdom, no. 9840/82, judgment of 8 July 1987, §60.

<sup>178</sup> X. v. Belgium and the Netherlands, no. 6482/74, (Commission) decision of 10 July 1975 及 X v. France, no. 9993/82, (Commission) decision of 5 October 1982.

<sup>179</sup> 值得一提的是，法院相關判決都是在討論非婚生子女與血緣「父母」(parent)間的關係，而無如本文一般，將「父親」特別分別出來。的確，生母與非婚生子女間，理論上亦會有家庭生活中斷的問題。然而基於母親懷胎十月的情感，此種情形較罕見，實際上亦未曾見過此種申訴案。因此，為求問題的明確，本文此處乃單單強調「生父」，特此說明。

<sup>180</sup> Marckx v. Belgium, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31.

<sup>181</sup> 見本款第一目。

<sup>182</sup> Olsson v. Sweden (no. 1), no. 10465/83, judgment of 24 March 1988, §59、Eriksson v. Sweden, no. 11373/85, judgment of 22 June 1989, §58 及 Gnahré v. France, no. 40031/98, judgment of 19 September 2000, §50.

<sup>183</sup> Kroon and Others v. the Netherlands, no. 18535/91, judgment of 27 October 1994, §30.



在 *Kroon and Others v. the Netherlands*<sup>184</sup>案中，法院認為憑著子女與血緣生父間的自然血緣關係，就足以構成家庭生活連結。雖然小孩是和生母住，生父並未與他們居住在一起，生父也沒有照顧和養育小孩，亦無影響。因為自然血緣本身即構成（潛在）家庭生活的連結，屬於公約第 8 條家庭生活的範疇。

然而，近期判決中，法院肯認家庭生活時所依據的事實，不再只憑「父子的血緣關係」而已。以 2004 年的 *Lebbink v. the Netherlands* 案<sup>185</sup>為例，血緣生父與小孩及生母未曾同居過，且血緣生父從未嘗試尋找小孩，或承認與小孩之親子關係。因此，法院認為，若沒有其他親密的事實，僅憑血緣上的關係，並不足以構成公約第 8 條保護的家庭生活。在該判決中，法院雖未明言其改變見解，但有將本案與過去的案例作區分，說明不同於生父有承認自己是小孩的生父且有付生活費的 *Sahin v. Germany* 案<sup>186</sup>及生父亦有承認自己是小孩的父親，並定期去學校看小孩的 *Sommerfeld v. Germany* 案<sup>187</sup>，本案皆無這些認定家庭生活所依據的事實，因此單憑血緣關係，生父與小孩並不構成家庭生活。<sup>188 189</sup>

因此，依據法院改變後之見解，在小孩與血緣生父未同居的情形，除了血緣關係本身之外，還要考量其他家庭生活關係所依據的事實，方能決定該生父與小孩之間是否具有家庭生活關係。至於此處所謂「其他所依據的事實」為何？在眾多的判決中，可整理出數點：生父對子女出生前及出生後的關注程度、是否有認領小孩、對小孩養育的貢獻情形、以及與小孩接觸的性質和頻率等等。此外，生父生母彼此的關係的性質和持續期間、是否曾有計劃共同養育小孩等因素，也是會影響生父與小孩關係的事實，故亦在考量範圍內。<sup>190</sup>

### 第三目 已成年獨立子女與父母間

基於家庭生活權利乃保障核心家庭的意旨，關於已成年、已獨立子女與他們

<sup>184</sup> *Kroon and Others v. the Netherlands*, no. 18535/91, judgment of 27 October 1994, §30. 案例事實是：一名女子 Ali Zerrouk 在十八歲結婚，然不到二年即離婚。離婚七年後，其與申訴人 Kroon 未婚生了小孩，然該名女字卻將小孩其登記到前夫的名下。法院表示，雖申訴人未與小孩同住，但與其小孩的血緣關係即構成公約第 8 條保障的家庭生活。

<sup>185</sup> *Lebbink v. the Netherlands*, no. 45582/99, judgment of 1 June 2004, §37.

<sup>186</sup> *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, judgment of 8 July 2003, §12.

<sup>187</sup> *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, judgment of 8 July 2003, §§11-12.

<sup>188</sup> 相同結論：*Haas v. the Netherlands*, judgment, no. 36983/97, judgment of 13 January 2004, § 42. 法院認為，申訴人與血緣生父與且從未同居，只有偶然的見面與出遊，並不構成家庭生活。況且申訴人知道其為血緣生父的非婚生子女，但從未有請求其認領的意圖，亦未曾採行其他措施以獲得與父親獲得關係上的安全，或對自己身分之確認。

<sup>189</sup> 法院在判決中闡述「單憑血緣關係不能夠成家庭生活」的原則之後，觀察到申訴人提出了曾與小孩同居的證明，因而系爭案件中有家庭生活存在。然而，前述原則未因此改變，自屬當然。

<sup>190</sup> *Haas v. the Netherlands*, judgment, no. 36983/97, judgment of 13 January 2004, §42、*Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, judgment of 3 October 2000, §36 及 *A.W. Khan v. the United Kingdom*, no. 47486/06, judgment of 12 January 2010, §34. 三則判決中，最後一則判決整理最為詳盡。

父母的關係<sup>191</sup>，法院認為，並不當然構成公約第 8 條保障的家庭生活。已成年獨立之子女，要與父母構成家庭生活，必須於「一般情感連結」之外，還有其他的獨立因素存在，足證親子間仍有親密家人般的相互依存關係方可。<sup>192</sup>

因此，以最新的 *A.W. Khan v. the United Kingdom* 案<sup>193</sup>為例，已三十幾歲的申訴人即使與其母親與兩個兄弟同住，但沒有特別的相互依賴、照顧事實，因此法院仍認為這樣的事實不足以構成家庭生活。亦即，法院對於該「相互依存關係」的認定是頗嚴格的。即使成年子女與父母住在同一個屋簷下，仍不就當然被認為有公約第 8 條之家庭生活。

至於肯定成年子女與父母間相互依存關係之案例，如 *Emonet and Others v. Switzerland* 案<sup>194</sup>。案例中申訴人是 37 歲的女子，已因結婚而離家，但後來因故離婚。離婚後因嚴重疾病而造成下半身癱瘓，因此搬回去與其母親及母親的同居人住。母親及母親的同居人持續照顧居於家中的申訴人，提供生活照護和情感支持，因此法院肯認其與母親構成家庭生活。

最後值得一提的是，在法院在以成年子女與父母不構成核心家庭為由，認為子女與父母不構成家庭生活權利的案件中，若系爭干預構成其他私人生活或家庭生活權利的干預，則該成年子女與父母之親子關係，在衡量處分必要性（干預是否為民主社會所必要）的時候，仍然可能會被列為考量的因素之一，甚至是重要的因素。如上述 *A.W. Khan v. the United Kingdom* 案<sup>195</sup>中，就將申訴人的母親及兄弟們的共同生活當作衡量因素之一，還說明「該事實雖不構成家庭生活，但仍會使此案之驅逐處分與其他案件相比，造成申訴人的額外的痛苦」，而最後結論是該驅逐處分違反公約。亦即，顯然法院認為該親子關係事實之存在頗為重要。既然如此，在第一關「是否干預家庭生活」的審查中，對於已成年獨立的子女與父母的親子關係做從嚴解釋，是否會因為案件達不到「家庭生活」的要求，而使得具有值得保護利益的案件，一開始就被法院擋在門外？不無檢討的空間。

#### 第四款 其他親等較疏遠之親屬

<sup>191</sup> 判決通常的用語是「已成年之子女」，但其實此處不能包含已成年但未獨立的青年成年人，故本文改以「已成年獨立子女」稱之。亦即，一個二十歲出頭但尚未建立自己家庭之青年，與其父母間，若無反證，可直接被認為構成公約第 8 條之家庭生活。見 *Bouchelkia v. France*, no. 23078/93, judgment of 29 January 1997, §41 及 *El Boujaïdi v. France*, no. 25613/94, judgment of 26 September 1997, §33.

<sup>192</sup> *Kwakyé-Nti and Dufie v. the Netherlands*, no. 31519/96, decision of 7 November 2000. 歐洲人權法院的網站上只查得到法文版本，而英文版本可見其他援引該判例之判決，如 *Shevanova v. Latvia*, no. 58822/00, judgment of 15 June 2006, §67.

<sup>193</sup> *A.W. Khan v. the United Kingdom*, no. 47486/06, judgment of 12 January 2010, 見§32.

<sup>194</sup> *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, judgment of 13 December 2007, §§76-78.

<sup>195</sup> *A.W. Khan v. the United Kingdom*, no. 47486/06, judgment of 12 January 2010, 見§43.

除了父母與子女之一等直系血親親子關係之外，其他的親子關係——祖父母與孫子女間——或是兄弟姊妹間之手足關係，是否會構成公約第 8 條之家庭生活？以下分別討論之。

### 第一目 祖父母與孫子女間

在 *Marckx v. Belgium* 案<sup>196</sup>中，法院肯認「『家庭生活』關係，除了父母子女關係之外，至少還可包含其他近親間的連結，例如祖父母與孫子女間，因為這樣的關係可能在家庭中相當重要的角色。」因此，在該案例中，對於該二等直系血親，法院直接以「無證據顯示申訴人與祖父母間不具真實的家庭連結」為由，直接肯認申訴人與其祖父母構成第 8 條的家庭生活。因此，可知祖父間與孫子女間之關係，與父母與子女間之親子關係類似，若無家庭生活中斷之反證，該血緣關係之存在即構成家庭生活。

### 第二目 兄弟姊妹間

至於兄弟姊妹間的手足關係，法院在判決中，關於申訴人與兄弟姊妹間的相互連結，常常也會被放在申訴人與父母的關係的討論串之內，而最後認為申訴人與父母以及與兄弟姊妹們的關係，構成公約的家庭生活關係<sup>197</sup>。因此，兄弟姊妹間的手足關係，雖未見其與親子關係分離而獨立討論，但本身也屬於家庭生活關係的一環，應無疑義。

### 第三目 叔侄間與其他

至於其他更疏遠的親屬關係，通常來講，尚不夠親密到足以夠成家庭生活。然而，基於法院以「事實上的關係」的觀點來處理家庭生活範疇的一貫立場，本文以為，可參考上述已成年獨立子女與其父母間親子關係的類型，將其他關係做類似的處理，以事實上親密的程度來決定。亦即，該等親屬間，原則上並未組成核心家庭，然而，如於「一般情感連結」之外，還有其他的獨立因素存在，足證該等親屬間仍有親密家人般的相互依存關係，自然亦可能構成公約保障的家庭生活。另外，血緣關係愈疏遠，證明其有相互依存之親密事實的獨立因素自然就需愈強，方能被認為有家庭生活關係，自屬當然。

因此，以叔叔和侄子間的關係為例，若存在事實可證明兩人之間具有特殊如家人般的親密關係(如未成年的侄子是由叔叔撫養，且二人如父子般共同生活)，該關係並非絕不可能構成公約所保障之家生活的。雖未有判決直接肯認此原則，但由下述二則裁判應可推知一二。

<sup>196</sup> *Marckx v. Belgium*, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, 見§45.

<sup>197</sup> 例如 *Moustaquim v. Belgium*, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991, §26 及 *EL Boujaïdi v. France*, no. 25613/94, judgment of 26 September 1997, §33.

其一為 *X v. Germany* 案<sup>198</sup>，討論的即為叔叔與其姪子姪女間關係的問題。該案中，歐洲人權委員會<sup>199</sup>表示，雖該名叔叔是姪子與姪女的監護人，但並未與共同居住，因此尚不構成家庭生活。本文以為，本案中既然並未認為叔姪關係本質上不屬家庭生活，而仍去論述其事實，應可反面推知，當叔叔是侄子的監護人，且兩人有共同生活（撫育）的事實時，該關係是可以構成家庭生活的。

另外一個判決是 *Boyle v. the United Kingdom* 案<sup>200</sup>，申訴人住在其姊姊家附近，與其姊姊的小孩關係甚親密。一日，申訴人的姊姊因被控性侵害自己的小孩而被補、被定罪，該小孩被送到安置機構。少年法院曾在相關文件中稱讚申訴人過去對該小孩扮演著「稱職的父親角色」。然而，其後申訴人欲收養小孩遭拒，國家亦以安置保護為由，完全不讓申訴人去探視該小孩。申訴人因而認為家庭生活權利被侵害，而向歐洲人權委員會申訴。人權委員會以 14 票對 4 票，認定被告國違反了家庭生活權利。<sup>201</sup>不過，該案在送交歐洲人權法院之前，原被告達成了和解，使得法院未為實體判決而下不受理判決，因而沒有留下肯認該叔侄關係屬家庭生活的判決先例。然而，基於人權委員會已認定其屬家庭生活權利的範圍，且考量被告國願意與申訴人和解並賠償的事實，法院若有下判決，應有很大的可能性會肯認該舅舅與小孩的關係屬於家庭生活關係。

## 第五款 小結

總而言之，關於公約第 8 條家庭生活之意義，依人權法院關於家庭權利的相關判決，可統整說明出，依據通常親密程度的不同，存在一種階層狀的關係層級。最核心的是「配偶關係及婚生親子關係（包含祖父母與孫子女間）」，單憑婚姻或血緣關係即可被認為構成家庭生活。其次是「非婚生親子關係及未婚伴侶關係」，除血緣關係外還需要有其他事實（通常是共同生活之事實）來證明其親密性，才會被認為屬於家庭生活。至於「已成年獨立子女與父母間之親子關係、叔姪關係」等其他更疏遠的關係，則需於一般情感連結之外，有其他獨立的事實能證明其屬親密家庭關係，才會構成家庭生活。

另外，關於變性人與其伴侶間，及一般的同性伴侶間之關係，前者已被法院與異性關係（婚姻或同居）為相類似的對待，而後者尚未被法院肯認屬於家庭生活的範疇，仍需隨著各國共識的形成程度而繼續發展。

<sup>198</sup> *X v. Germany*, no. 3110/67, (Commission) decision of 19 July 1968, 見「The law」段落下§1.

<sup>199</sup> 即在 1998 年公約第十一議定書生效前，負責初步篩選申訴案件並整理事實、表達法律意見之機構。

<sup>200</sup> *Boyle v. the United Kingdom*, no.16580/90, judgment of 28 February 1994, 見§§8-10.

<sup>201</sup> *Boyle v. the United Kingdom*, 見上註, §15.

## 第二項 補遺——「私人生活受尊重權」

### 第一款 概說：「私人生活」補充「家庭生活」之不足

介紹完公約第 8 條中「家庭生活」的概念之後，吾人可知，法院認為唯有核心家庭——一種頗高的親密程度，才會構成公約第 8 條「家庭生活」的保障。然而，有些「較微弱的家庭關係」，雖不及於公約第 8 條「家庭生活」的門檻，但亦有受保障的必要。為使此種關係不會被排除在公約保障的大門外，法院在判決中肯認，在人與人之連結強度尚不足以構成家庭生活關係之時，可能被納入同條「私人生活」的保障範疇之內<sup>202</sup>。

而體系上之所以放在此處介紹，本文以為，此種「較微弱的家庭關係」雖不構成「公約第 8 條的家庭生活」，但從廣義的社會一般觀點來看，仍然是家庭關係無疑。亦即，從廣義的定義來看，該種關係仍為一種「家庭生活」，只是在公約上，不屬於「公約第 8 條的家庭生活」，而是屬於「公約第 8 條的私人生活」而已。因此，本文將此種「不足以構成公約第 8 條家庭生活關係，只構成公約第 8 條私人生活關係的『微弱家庭關係』」，亦放入「家庭生活」的脈絡中一併討論，以使相同的概念不會因為形式上權利定性的不同而被分散到不同的章節，因此造成理解的困難。

### 第二款 「私人生活」的意義和態樣

首先先來介紹公約第 8 條保障之「私人生活受尊重權」究竟為何。「私人生活」之意義非常廣泛、抽象，有將其定義為「保障直接的個人自主權」<sup>203</sup>，亦有定義為「以自己想要的方式生活之權」<sup>204</sup>、「確保每個人可以自由發展及實現其人格」<sup>205</sup>等等。然而，一個判決闡述過去的定義之後，亦往往接著表示「意義不僅於此」<sup>206</sup>。隨著時間的發展，法院不得不承認「私人生活」的概念無法進行窮舉性的定義。<sup>207</sup>因此，關於「私人生活」的範圍，只能從判決先例來研究、歸類。

經本文整理，關於第 8 條「私人生活」的意義，主要可分成下列幾種類別（但不以此為限）：一、保障一個人的「私人空間」<sup>208</sup>——個人可以過自己選擇的生

<sup>202</sup> Znamenskaya v. Russia, no. 77785/01, judgment of 2 June 2005, §27.

<sup>203</sup> Karen Reid, <A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights>, 3<sup>rd</sup> Edition, P. 482.

<sup>204</sup> X. v. Iceland, no. 6825/74, (Commission) decision of 18 May 1976, 「The law」段落下第 4 段。

<sup>205</sup> Brüggemann and Scheuten v. the Federal Republic of Germany, no. 6959/75, (Commission) decision of 19 May 1976, 「The law」段落下§5.

<sup>206</sup> 例如 Brüggemann and Scheuten v. the Federal Republic of Germany, no. 6959/75, (Commission) decision of 19 May 1976, 「The law」段落下§5.

<sup>207</sup> Niemietz v. Germany, no. 13710/88, judgment of 16 December 1992, §29.

<sup>208</sup> 判決用語為「內在小圈子」(inner cycle)。但本文以為「私人空間」的用語較達意，因此並不

活而不受外界干涉。最重要乃隱私權<sup>209</sup>（例如電話監聽<sup>210</sup>、搜索住宅<sup>211</sup>等行為即會構成干預）；二、保障一個人的「外在人際連結」——即個人與他人及外在世界建立及發展關係的權利<sup>212</sup>，例如性行為自由（如禁止同性性行為<sup>213</sup>、禁止SM<sup>214</sup>即會構成干預）；三、保障一個人的「身心健康」<sup>215</sup>——如保護個人身心不受侵害（不當限制性侵害被害人之刑事告訴權構成保護義務的違反<sup>216</sup>）、讓病患接受適當治療（將重症病患驅逐出境至無法獲得妥適治療的國家可能會構成干預<sup>217</sup>）；四、身分保障——如姓名（如結婚後無法保留姓氏即會構成干預<sup>218</sup>）、生父對子女之身分權<sup>219</sup>；五、人性尊嚴的保護：個人自決及生活品質的尊嚴——此為近期新發展出的保障類型，國家禁止罹患痛苦之退化性疾病之申訴人在其先生的幫助下自殺，法院認為已構成私人生活的干預<sup>220</sup>。

### 第三款 以「私人生活」概念保障微弱家庭關係之例

由於「私人生活」概念之保障面向非常複雜、多樣，且非本論文之重點，因此本文不一一詳盡介紹<sup>221</sup>，而只從「不足以構成家庭生活概念的家庭關係」的角度，來看相關的「私人生活權利」。此處發揮補遺效果的「私人生活」，乃是屬於前述第二種意義——保障一個人的「外在人際連結」：個人與他人及外在世界建立及發展關係的權利<sup>222</sup>。已受判決肯認的情形有下列幾種：

-事實上的養父母與養子女<sup>223</sup>

申訴人的朋友將其才幾個月大的小孩託給申訴人撫養。六年後，欲要回小孩。申訴人不肯。法院認為申訴人和該小孩因著長時間的撫養、教導，構成「私人生

---

採直譯的方法。

<sup>209</sup> X v. Iceland, no. 6825/74, (Committee) judgment of 18 May 1976, §86.

<sup>210</sup> Klass and Others v. Germany, no. 5029/71, judgment of 6 September 1978, §41.

<sup>211</sup> Cremieux v. France, no. 11471/85, judgment of 25 February 1993, §31.

<sup>212</sup> Niemietz v. Germany, no. 13710/88, judgment of 16 December 1992, §29.

<sup>213</sup> Dudgeon v. the United Kingdom, no. 7525/76, judgment of 22 October 1981, §41.

<sup>214</sup> Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, nos. 21627/93, 21826/93, and 21974/93, judgment of 19 February 1997, §36.

<sup>215</sup> “physical and moral integrity”，即身心健康。有些文獻直譯為「身體和道德健全」，但事實上此處和「道德」完全無關係，為不正確的翻譯。

<sup>216</sup> X and Y v. the Netherlands, no. 8978/80, judgment of 26 March 1985, §22、§30.

<sup>217</sup> Bensaid v. the United Kingdom, no. 44599/98, judgment of 6 February 2001, §46、§47 末句、

Paramsothy v. the Netherlands, no. 14492/03, decision of 10 November 2005, 「The law」段落下§2之倒數第三段及倒數第二段。

<sup>218</sup> Burghartz v. Switzerland, no. 16213/90, judgment of 22 February 1994, §24.

<sup>219</sup> Shofman v. Russia, no. 74826/01, judgment of 24 November 2005, §30.

<sup>220</sup> Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, judgment of 29 April 2002, §65、§67。該判決認為系爭禁令雖構成干預，但干預與追求的目標尚成比例，因此尚能正當化。

<sup>221</sup> 關於「私人生活」概念較詳盡的整理可參 Karen Reid, <A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights>, 3<sup>rd</sup> Edition, PP. 481-499.

<sup>222</sup> Niemietz v. Germany, no. 13710/88, judgment of 16 December 1992, §29.

<sup>223</sup> X. v. Switzerland, no. 8257/78, (Commission) decision of 10 July 1978, 「The law」章節下§2 第二段。

活」關係。

#### -死產胎兒與血緣生父的身分關係

申訴人生產時，其胎兒在子宮內因窒息而死產。該胎兒之血緣生父因為於申訴人生產前後正被羈押，無法承認該胎兒。因此，胎兒的出生證明上記載之父親為申訴人之前夫，而非實際生父。申訴人強烈要求小孩一定要先正名、認祖歸宗（例如要從生父姓氏、要確認其為生父的後嗣），才能入土。然而，政府以小孩為死產，依民法不能享有權利為由拒絕其更改出生證明的申請。法院認為，基於申訴人懷胎期間與小孩建立的強烈情感連結，其讓小孩回復子嗣身分並埋葬的渴望應屬於公約保障的私人生活範疇。<sup>224</sup>

#### -未婚夫與未婚妻的相聚

申訴人因謀殺罪被判處無期徒刑。申訴人一再要求移監，使沒有錢前來遠處探監之未婚妻能有機會來探望他。人權委員會認為，過去二人的關係只有少數見面和通信，尚不構成家庭生活，但「私人生活受尊重權」要求國家幫助囚犯建立和維持與監獄外之人的關係，以使囚犯能再社會化。本案中國家拒絕將申訴人移到未婚妻能夠探望的監獄，構成了私人生活的干預。<sup>225</sup>

#### -同性伴侶間的關係

申訴人於要被驅逐出境時，主張其與身於當地國民之同性伴侶之關係受到侵害。人權委員會認為同性伴侶關係不構成「家庭生活」，但屬「私人生活」的範疇。<sup>226</sup>

上述幾種情形，即為本文此處所稱的「有保障必要的廣義家庭生活」，而以「私人生活關係」的名義在公約中受到保障。

### 第四款 附論：「私人生活」的另一面向——在地主國建立的關

#### 係網

除了上述之「微弱家庭關係」之外，「私人生活關係」還有另一種的態樣，乃基於一個人長期在地主國居住、生活，而（抽象的）與在地當人群中建立的「社會融合」關係<sup>227</sup>，亦即「申訴人與該國的每一個人所建立的個人、社會和經濟

<sup>224</sup> Znamenskaya v. Russia, no. 77785/01, judgment of 2 June 2005, §11、§16、§27.

<sup>225</sup> Wakefield v. the United Kingdom, 15817/89, (Commission) decision of 1 October 1990, 「The law」下第三段及第四段。

<sup>226</sup> X. and Y. v. the United Kingdom, no. 9369/81, (Commission) decision of 3 May 1983, 「As regards Article 8」章節下第三段。

<sup>227</sup> Slivenko v. Latvia [GC], no. 48321/99, judgment of 9 October 2003, §95.



關係網」<sup>228</sup>。

一個人在地主國居住、生活的時間愈久，這種關係網的強度就愈強。因此，當一個「長期移民」要被地主國驅逐出境時，不論其在該國有無家庭生活存在，單是對於此種社會融合的「私人生活」關係而言，就是非常嚴重的干預。

誠然，此種「社會融合」的「私人生活」面向，與本論文討論的「(廣義)家庭生活」並沒有直接相關。然而，基於一個移民長期居住於地主國的事實，此種「私人生活」往往會與「家庭生活」一同被建立。因此，在驅逐出境的相關案件中，此種「私人生活」與「家庭生活」的關係極為密切，兩者雖無直接關聯，但確實有間接的關聯。<sup>229</sup>法院常常於判決中同時肯認兩樣權利同時存在，即為最好的例子<sup>230</sup>。因此，鑑於此種「私人生活」在「驅逐出境」相關案件的衡量過程中，有著不可忽略的重要性，本文乃以附論之方式，將其擺在「私人生活」的脈絡中一併介紹如上。下一章討論比例原則時，會再討論此種長期居民的保護問題。

## 第五款 小結

「微弱的家庭關係」，如撫養親友小孩建立的關係、死產胎兒的子嗣身分、未婚夫妻間的關係、乃至同性伴侶的關係，皆為廣義家庭關係中之一種，並非絕對沒有保護的必要。然而，此等關係並不屬於公約第 8 條的「家庭生活」。因此，當公約第 8 條之「家庭生活受尊重權」不足以保障此種「微弱家庭關係」的時候，法院即會轉向於公約第 8 條「私人生活」的範疇中保護之。

在公約體例上，「私人生活受尊重權」與「家庭生活受尊重權」兩者一同並列於公約第 8 條第 1 項當中，兩者在下述的權利作用方式、干預正當化事由等討論上，完全沒有任何的差別。因此，在有需要的時候，公約第 8 條的「私人生活權利」可以完整補足「家庭生活權利」的不足。既然這樣，公約第 8 條的「家庭生活權利」是否有必要保有「核心家庭」的嚴格門檻，徒增公約條文適用上的麻煩，不無疑問。不過，在法院改變見解之前，此種「微弱的家庭生活」關係，還是必須要從「私人生活」關係中切入，而不能直接定性為公約第 8 條的「家庭生

<sup>228</sup> *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, judgment of 9 October 2003, §96.

<sup>229</sup> 例如，吾人討論一個驅逐出境處分是否必要，即是探討受驅逐人在地主國的「社會連結性」以及「社會損害性」孰重孰輕問題。在前者「社會連結性」的討論上，「受驅逐人與地主國的家庭生活連結」和「受驅逐人與當地的社會融合連結」不過是一體的兩面而已，前者為個人透過家庭與當地連結，後者個人透過自己與當地連結，兩者性質相似，目的相同，相輔相成。詳細討論參下述第四章。

<sup>230</sup> 例如 *Dalia v. France*, no. 26102/95, judgment of 19 February 1998, §45、*Moustaquim v. Belgium*, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991, *El Boujaïdi v. France*, no. 25613/94, judgment of 26 September 1997, §33、*Jakupovic v. Austria*, no. 36757/97, judgment of 6 February 2003, §22.

活」關係，自屬當然。

接下來回到「家庭生活」的討論脈絡之中。



### 第三項「干預依據法律」要件<sup>231</sup>

#### 第一款 概說

在確認系爭措施（不論作為或不作為），屬於國家對人民之「尊重家庭生活權利」的干預後，接下來就進入有無正當化干預事由之審查，亦即確認是否「干預依據法律」、「干預追求公約法定目的」、「干預為民主社會所必要」。以下先討論第一個正當化干預要件：干預乃依據國內法律。

干預依據法律，此項要件即國內習見之「法律保留原則」之判斷，乃要求國家的干預措施在形式上都需要有法律做為依據。亦即，藉由預先訂立規範要求的制衡，達成公約保障人權之目的——防止國家對人民權利之恣意干預。因為唯有政府採行之干預人民權利之措施，都能有預先訂立之法律為依據，政府才無法恣意的干預人民權利。相對的，人民於行為之前有預先檢視現有法律之機會，衡量利弊得失，才能做出對其最有利之選擇，不致成為被國家支配之客體。

不過，歐洲人權法院原則上並不介入於國內法律解釋適用的問題。法院認為，主要是由國家機關——尤其是國內法院——來解釋系爭法律。關於系爭干預是否能涵蓋到系爭國之國內法律條文內，歐洲人權法院不應該與國家機關做不同的認定，否則就取代國內法院的功能了。<sup>232</sup>例如，在 *Kopp v. Switzerland* 案<sup>233</sup>中，瑞士刑事訴訟法中對於監聽的規定為：在符合一定條件下，允許國家監聽傳遞重要相關資訊給犯罪嫌疑人，或自犯罪嫌疑人收受重要資訊的第三人之電話，但有業務拒絕證言權之律師除外。此時發生一個問題：律師若是公司董事、或提供資產管理與資金投資之服務，是否也有該不受監聽之特權？國內法院認為其非與律師業務具體相關，因此就該資訊，律師並不受刑事訴訟法拒絕證言權以及不受監聽

<sup>231</sup> 第 8 條條文用語為“in accordance with the law”，而在第四議定書第 2 條第 3、4 款、第七議定書第 1 條第 1 款也有同樣的用語。另外一種類似的用語為“prescribed by law”，出現在第 9 條第 2 款、第 10 條第 2 款、第 11 條第 2 款、以及第七議定書第 2 條第 2 款。兩者意義都是「依據法律」，為干預自由權利措施的共通正當化事由，只是寫法的不同，解釋上並無太大的差別，尤其是公約的法文文本用語兩者同樣都是“prévues par la loi”（參 Clare Ovey、Robin White 原著(2002 年)；何志鵬、孫璐譯，《歐洲人權法：原則與判例(第三版)》，北京大學出版社，2006 年 4 月，第 276 頁）。因此，本節所引用之判決，判決中討論的公約條文並不一定是第 8 條，而可能是在上述其他相同用語的條文脈絡上討論「干預依據法律」之要件，特此說明。

<sup>232</sup> *Malone v. the United Kingdom*, no. 8691/79, judgment of 2 August 1984, §79.

<sup>233</sup> *Kopp v. Switzerland*, no. 23224/94, judgment of 25 March 1998, §§35-39.

權之保護，因而仍可對申訴人為監聽。歐洲人權法院並不質疑國內法院之解釋，而直接表示其有法律依據。

不過，歐洲人權法院亦曾為自己留有檢視國內法院對法律解釋的空間。法院表示，「若國家機關對解釋法律有明顯證據顯示為恣意時，歐洲人權法院仍有質疑其評估結果的可能。」<sup>234</sup>法院在國內法解釋一事上之態度，既尊重到國家對國內法的解釋權，但又不曾完全被國家機關牽著鼻子走，可茲贊同。

因此，所謂「干預依據法律」的要件，原則上不會處理國內法解釋適用的問題。而關於此要件的進一步內容，法院表示，「所謂『依據法律』，除了『系爭干預措施有某種國內法為依據』外，亦要求系爭法律的品質，必須『使當事人可接近』及『當事人可預見其規範效果』」<sup>235</sup>。

以下分別就該判例所述之「可作為依據之法律種類」、「可接近性」及「規範效果的可預見性」（即法律條文的「明確性」，見下述）討論之。

## 第二款 可作為依據之法律種類

可做為國家干預措施之依據，最典型的當然是國會通過的法律。然而，並不以此為限。法院表示，「此處所謂的法律，乃『實質性』的法律<sup>236</sup>，而非『形式上』的法律，因此，亦包含比法律位階低的其他法令，以及不成文法<sup>237</sup>在內。」<sup>238</sup>例如，英國法中由國內法院所創設的「藐視法庭罪」——可處無時間及數額上限的監禁或罰金的刑事犯罪——歐洲人權法院認為雖其非由立法機關所制定，但由於夠明確，符合可接近性及可預見性，而認為可以接受。<sup>239</sup>而包含不成文法之緣由，法院亦有解釋：「若將判例法<sup>240</sup>排除在此處的『法律』概念之外，英國的法律制度將會被連根拔起，其他大陸法體系的國家之法律制度亦會受到損害。」<sup>241</sup>

另外，在 *Barthold v. Germany*<sup>242</sup>案中，獸醫公會制定之競爭規則，歐洲人權

<sup>234</sup> *Sisojeva and Others v. Latvia* [GC], no. 60654/00, judgment of 15 January 2007, §89.

<sup>235</sup> *Kopp v. Switzerland*, no. 23224/94, judgment of 25 March 1998, §55.

<sup>236</sup> 此處之「實質性」法律，除了下述之具有「可接近」、「可預見規範效果」的特徵之外，偶爾亦可從「國內法院實際會援引適用」的觀點來理解。參 *Kruslin v. France*, no. 11801/85, judgment of 24 April 1990, §29 第二段末句。

<sup>237</sup> “unwritten law”。「不成文法」，又稱「非制定法」，乃指不具備法典形式而具有法律效力的法源，例如習慣、法理、判例等等。其非由立法機關依立法程序所制定。

<sup>238</sup> *Kruslin v. France*, no. 11801/85, judgment of 24 April 1990, §29.

<sup>239</sup> *Sunday Times v. the United Kingdom (no.1)*, no. 6538/74, judgment of 26 April 1979, §§47-50.

<sup>240</sup> “case-law”。判例法，為英美法系的重要特徵，指一判決中闡述的法律規則除了適用於該案外，在以後的案件亦可作為法源而適用。亦即，在後續相同或相似的案件中，法院有義務適用前案判例所闡述的法律規則。

<sup>241</sup> *Kruslin v. France*, no. 11801/85, judgment of 24 April 1990, §29.

<sup>242</sup> *Barthold v. Germany*, no. 8734/79, judgment of 25 March 1985, §46.

法院也以組織專業公會乃德國法律保障之固有權，且公會已受國家的監督為由，認為以該規則之作為限制申訴人開業時間之規定，是可被接受的。

總言之，歐洲人權法院對於此處之「法律」依據之要求，似未做太嚴格的管制。國內法院判例可以、公會的規範可以，而國內法院對法律用語的解釋，歐洲人權法院也幾乎是照單全收。故而，「干預依據法律」之要件中之「法律」，歐洲人權法院審查之重點，並非形式觀點之制定機關，而是實質觀點之法律品質的要求，即下述「可接近性」及「可預見性」之審查。

### 第三款 可接近性

所謂的可接近(*accessible*)，乃指受規範者必須能受到充分的指引，而有機會接觸到相關的法律規範。<sup>243</sup>

例如，在 *Nolan and K. v. Russia* 案<sup>244</sup>中，申訴人要入境俄國時，遭俄國境管局拘留一晚。而境管局拘留的依據是其編制的「入境管理手冊」，並未公布、出版，亦未以其他方式供大眾知悉。因此，該法律不符「可接近性」的要求，不能作為系爭干預所依據的法律。

又例如，在 *Estrikh v. Latvia* 案<sup>245</sup>中，國家準備將對於看守所及監獄的管理權由內政部移轉給法務部，為此，法務部對於看守所和監獄的管理定有「過渡條款」。被羈押中的申訴人，即被依該「過渡條款」的規定，被禁止與家人接見。然而，該過渡條款只是內部規範，並無公布出版，大眾無從知悉，因此歐洲人權法院亦認為該條款不具法律的品質，不能成為系爭干預所依據的法律。

### 第四款 規範效果的可預見性（法律條文的明確性）

所謂的可預見性(*foreseeable*)，乃指該法律需夠精確，使受規範的人民——可能需經由詢問的過程後——能夠因該法律的存在而調整自己的行為。<sup>246</sup>意即，能夠預見自己的某種行為會受到該法律的干預，這樣才有機會避免去做該行為。另外，由於此要求的內涵，即係要求系爭法律條文需要有足夠的「明確性」，因此法院有時亦「明確性」字眼來描述此一要件。<sup>247</sup>

<sup>243</sup> *Sunday Times v. the United Kingdom* (no.1), no. 6538/74, judgment of 26 April 1979, §49.

<sup>244</sup> *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, judgment of 12 February 2009, 見§§98-99. 本案牽涉的條文為公約第 5 條保障人身自由的條文中之「依據法律」要件，但法院有說此處對於法律品質的要求，是參照第 8 條至 11 條「依據法律」之要件來解釋的。

<sup>245</sup> *Estrikh v. Latvia*, no. 73819/01, judgment of 18 January 2007, 見§§170-173.

<sup>246</sup> *Malone v. the United Kingdom*, no. 8691/79, judgment of 2 August 1984, §66.

<sup>247</sup> 少數判決表示系爭法律的品質除了必須「可接近(*accessible*)」及「可預見(*foreseeable*)」外，還會將「明確性(*precise*)」的要求與後者一起並列（如註 244 之 *Nolan and K. v. Russia*, §98）。然

當然，可預見性的要求並不是要法律具有絕對的確定性，以使有關法律的適用不需任何解釋，這是不可能的。在個案中明確性之要求程度，法院在 *Vogt v. Germany* 案<sup>248</sup>中表示：「由於立法機關不可能預見所有可能的情形，因此國內法明確的程度，相當大的範圍須取決於系爭手段之內容、涵蓋之領域、及適用對象的人數和地位而定。」其判決大意为：

申訴人為國家公務員，但因參與國內共產黨的活動，被國家之懲戒法院以參與違憲政黨為由，認其違反「政治忠誠」義務，而遭罰鍰，後因仍不改正而遭解職。申訴人主張，對於該行為是否該當判例法之「違反政治忠誠義務」，國內不同法院有著不同的解釋，因而主張該法不夠明確，不具可預見性。歐洲人權法院認為，在本案中，由於國內之憲法法院和行政法院已曾明白表示，公務員以任何形式的投入共產黨就會被認為違反政治忠誠義務。最遲申訴人在懲戒程序中也會知悉該規定，她此時是能夠因為認知該規定而預先避免受懲戒危險的，但其仍沒有停止參與共產黨之相關活動。縱使國家的行政法院和勞工法院對於該條文的見解有所不同，該事實亦無太大的重要性，因為懲戒法院要受行政法院見解的拘束。就算申請復職一事是勞工法院所管轄，亦無法推出其一開始不應受懲戒的結論。因此，法律條文有多種解釋，並不代表就不符合可預見性，本案符合「可預見性」的要求。

法院此段話的意思，對照該案的事實，似認為就政治忠誠這種與牽涉到立國精神的抽象的目的，立法者本難詳述可能的情形，且規範對象為代表國家行使公權利的公務員，本更需受國家嚴格的控制，因此，認為系爭規範之明確性要求可以較不嚴格。

不過，在必然存在較大法律解釋空間的事物領域中，雖然明確性程度的要求可以較低，但為了使執行機關不會恣意濫用其對法律的解釋權力，而使得該法律變得有規定與沒規定一樣，法院此時延伸出一個取而代之的要求，即系爭法律「在程序上需要有足夠的監督機制」。法院表示，「若允許執行者在干預基本權時，對於法律條文有不受限制的解釋空間，如此是違反法治<sup>249</sup>的原則的。因此，對於有解釋空間的法律條文，法律必須明定限制相關機關的對該條款的解釋範圍及執行方式，如明定立法目標以及提供適當足夠的保護措施以限制相關機關的解釋權

---

而，究其內涵，「明確」和「可預見規範內容」並沒有什麼差別，且判決往往用“precise”來解釋“foreseeable”（如前述 *Sunday Times v. the United Kingdom* (no.1)，見註 239），甚至是用前者來取代後者（如 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, judgment of 12 October 2006, §97）。因此，本文將該兩者同視，而不將「明確性(precise)」當做第三種法律品質的要求。

<sup>248</sup> *Vogt v. Germany*, no. 17851/91, judgment of 26 September 1995, 見§48.

<sup>249</sup> “rule of law”

力，以避免國家機關對權利的恣意干預。」<sup>250</sup>

以監聽的相關案例，如 *Kopp v. Switzerland* 案<sup>251</sup>中，瑞士刑事訴訟法規定律師有業務關於拒絕證言權，亦有不受監聽的特權。然而，國內案例法卻認為該不受監聽的特權只限於「律師與委託人的直接通話」，律師與律師間的通話、及律師與家人、公司和事務所職員以及其他人員的通話，則不在不受監聽的特權之內。而此種「其他通話」所被監聽到的資訊，亦沒有中立的機關判斷是否與業務有關，是否應該刪除，而使被監聽的律師無從知悉其業務通話在該法律之下會不會被國家監聽。因此，法院認為，該刑事訴訟法所規定之監聽發動範圍及執行方法的不明確，因而不具法律的品質。

而在系爭法律未提供足夠的事後保障措施，因而不具法律品質的情形，上述案件兩年後發生的 *Amann v. Switzerland* 案<sup>252</sup>，更能清楚的說明。瑞士政府在調查一個行政機關疑似於採購時利益輸送的案件時，將監聽措施從犯罪嫌疑機關擴張到與之交易的商人，即申訴人。只因該機關內有人利用機關的電話打給申訴人訂脫毛膏，申訴人就也成為被監聽的對象。

瑞士提出了兩項法律依據，其一是警察法，其規定「警察為了維護安全，可以調查及蒐集資訊」。法院認為，雖然該法有規定可執行監視措施，但發動監聽的要件、程序和監聽方法都沒有規定。該法不清楚亦不詳細，不符「可預見性」，無法提供「尊重私人生活和通訊」之權利適當的保護以避免干預。其二，瑞士提出前述的刑事訴訟法為依據。然而，法院認為，申訴人只是湊巧與該電話有關的第三人。系爭刑事訴訟法並未清楚規範執行的範圍及情況，亦未規定具體的預防濫用之措施，事後亦無法使受監聽者得知過去被監聽的內容，或確認監聽紀錄已經銷毀。因此，系爭「法律」無法限制國家的恣意以保障人民的權利，因而不符法律品質，宣告國家違反公約。

總而言之，在「可預見規範效果」的要件上，即要求系爭法律條文的明確。而在明確性程度必然較低，行政機關享有較大解釋空間的事物領域中，除了必須以立法目的限制等方法來約束以之為依據之行政處分之範圍及執行方法之外，亦會要求該法律必須提供有效的事前、事中或事後之程序保障，以發揮該「法律」的功能，避免行政機關的解釋空間不受限制而恣意干預人民權利。而第四章討論「因國家安全而驅逐出境」的時候，系爭行政機關的驅逐出境處分是否能受到國內法院的有效審查以避免行政機關恣意濫用其解釋權，即圍繞在此一要件的審查上。到時會用更多的案例來說明。

<sup>250</sup> *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, judgment of 20 June 2002, §119.

<sup>251</sup> *Kopp v. Switzerland*, no. 23224/94, judgment of 25 March 1998, §§72-75.

<sup>252</sup> *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, judgment of 16 February 2000, §58.

#### 第四項 「干預乃追求公約法定目標」要件

下一個要件為「系爭干預措施必須追求公約規定的法定目標」<sup>253</sup>。從公約條文文義來看，干預措施所可以追求的目標，似為列舉，而不允許追求條文規定外的其他目標。法院在判決中在敘述此一要件時，皆用「干預的目標必須是公約第8條之下法定的」之描述，可證法院對於只能追求列舉目標的態度是肯定的。亦即，干預所追求的目標必須是第8條第2項中寫明之「國家安全、公共安全、國家經濟福祉、避免混亂或犯罪、保障健康或道德、或保護他人自由權利」之一項或數項，否則即通不過此要件之要求。

然而，此一「法定目的」的要件，法院審查起來非常寬鬆，通常只要國家主張干預的目的，法院就會接受。就算法院在少數判決中，不認同國家提出的干預目的，也只是不認同數個目標中的其中一個而已，國家仍然有提出其他目的，因此會通過此項要件之審查。

以下舉一個關於法院不採國家所提出之目的的例子。在 *Slivenko v. Latvia*<sup>254</sup> 中，被告國提出兩個目的，即「國家安全」和「防止犯罪失序」來正當化系爭對申訴人的驅逐出境措施。然而，法院認為以「偽造居留證」作為驅逐原因這點，在被告國作成驅逐令時，以及在國內法院判決時，都從未提到過。被告國在歐洲人權法院答辯時才突然提出此點理由，法院不予接受。因此，該案之法定目的，法院不採該國家提出的「防止犯罪」目的，只肯認「國家安全」的目的而已。

另外，關於此項要件，*Emonet and Others v. Switzerland* 案<sup>255</sup>算是很特別的判決。本案被告國只提出一個公約上的目的，法院認為該目的並不成立，還罵了被告國一頓，表示「純理論、虛幻的權利並不是權利，權利必須是可有效實現的。相同的，在考量追求目的時，所用來正當化干預的目的，同樣必須是以可有效實現的。」然而，罵完了之後卻說，雖然認為國家提出的目的在個案並不存在，但由於目的可否有效實現，與系爭措施是否為「民主社會所必要」密切相關，因此

<sup>253</sup> 特別說明，法院判決中審查此要件時，段落標題通常是“Legitimate aim”。其中“legitimate”一字，在英文中相關的涵義有「合理的」及「法定的」兩種。其中後者才是此處 *legitimate* 一字正確的翻譯，許多文獻將其翻譯成「合理的」一詞，似有錯誤。原因如下：

1. 判決內上下文是「該干預具有的目標是 *legitimate under Article 8*」(如 *Olsson v. Sweden* (No. 1), no. 10465/83, judgment of 24 March 1988, §59)，顯然採「法定的」文義才通。
2. 固然該目標本身，以及關於干預和目標間之因果關係，都必須要合情合理。然而，審查每一個要件時，都需要審查當事人的主張是否合理，沒道理在這個要件上要特別強調其必須是「合理」的目標。
3. 公約第8條條文本身上並無“legitimate”的用字，而是寫了一長串各種目標。法院應是為了篇幅考量，因此論述時使用“legitimate aim”（法定目標）一詞來簡稱公約寫的一大堆目標。參照於第2點所述之理由，如此解釋，方足以說明創設此一新詞的合理動機。

<sup>254</sup> *Slivenko v. Latvia*, no. 48321/99, judgment of 9 October 2003, §§110-111.

<sup>255</sup> *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, judgment of 13 December 2007, §§76-78.

還是進到了「民主社會所必要」之要件來審查，以「手段不能達到目的」（即不具適當性）的理由判決被告國敗訴，而沒有在「追求法定目的」的要件上就宣告被告國敗訴。<sup>256</sup>

因此，法院審查的寬鬆，加上目的本身都是抽象的法律概念，範圍極廣。因此，至今尚未發現有認定系爭干預完全不具公約上法定目的，因而判決被告國違反公約的判決出現。然而，縱然如此，此一要件之審查仍非多餘，因為唯有先確認系爭干預所追求的目的，才能進行下一個審查階段，考量該干預是否為民主社會所必要。

## 第五項 「干預為民主社會所必要」要件

最後一步是考量系爭干預「所追求的目的」以及「對於人民權利的干預」間的關係，以決定系爭措施是否為民主社會所必要，類似一般國內憲法法院進行違憲審查時，習見之「比例原則」概念。相對於上述其他要件而言，此項要件牽涉價值判斷的程度最高，因此不確定性及不可預期性也最高。然而，隨著法院判決的累積，在特定類型的案件中，慢慢可以抓到法院對於相關因素的看重程度以及衡量脈絡。下一章將詳細討論就「驅逐外國人出境」此一類型法院所採之衡量標準，故本處先予介紹一般的原則。

---

<sup>256</sup>判決重點如下：

申訴人 Emonet 是一名下半身癱瘓的三十歲成年女子，沒有配偶。其母親與其生父離婚後，與另一名男子同居。申訴人因病癱瘓後，即與母親及其同居人同住，以獲得精神上的生活上的照顧，申訴人亦稱該名同居人為爸爸。

一日，該名同居人為使三人在法律上成為有一個「真正」的家庭，因此經其他二人同意後，向法院聲請收養申訴人，並獲法院認可。然而，之後有關當局通知申訴人的母親，依據民法，其女兒（即申訴人）已被第三人（即其同居人）收養，因此她和親生女兒在法律上的親子關係要中斷，申訴人的姓氏要改成其養父的姓。而提訴訟救濟後，國內法院認為未結婚的同居關係能提供子女的保障較少，因此民法只規定一方配偶收養他方配偶的子女時，他方配偶與子女的法律上親子關係不中斷，而未規定收養同居人的子女時也有適用，乃民法有意省略，而非立法漏洞，因而駁回其請求。申訴人認其母親與女兒間的家庭生活權利被侵害，因而向歐洲人權法院申訴。

法院認為申訴人與生母、養父間，有生活和心理上的照顧關係，是公約保障的家庭生活。干預的目的上，被告國瑞士提出系爭規定限制父母與子女關係的目的，是為了「子女的生心理和情感的福祉」，因此是「增進公益」的目的。然而，法院卻認為在此案中，申訴人已成年且自願同意被母親的同居人收養，因而否定切斷母女關係有益於申訴人。

然而，法院仍認為在該案中，切斷申訴人與生母的連結，是否可有效實現的促進申訴人的利益，與系爭措施是否是「民主社會所必要」密切相關，因此認為以後者的角度來討論較好。

在民主社會所必要的判斷上，國家提出中止被收養者和原生父母關係的目的，是為了使被收養者的新家庭關係明確化並避免利益衝突。然而法院認為該理由於本案申訴人是成人且自願同意的情形，並不成立。況且申訴人是殘障人士，需要生活和情感和上的照顧，法律提供有真正家庭的保障，對申訴人反而有利。另，雖國家機關表示，申訴人的生母只要和養父結婚，此問題即可解決，但法院認為申訴人的家庭已經是公約第 8 條保障的家庭生活，國家不應代替申訴人等決定其想要採用的生活方式。

因此，法院認為國家提出正當化干預的理由並不相關，因此系爭干預並非回應急迫社會需求，不是民主社會所必要，違反公約第 8 條。



所謂「系爭干預是否為民主社會所必要」，法院之解釋為：「干預所追求的目標必需是回應急迫社會需求」<sup>257</sup>，尤其，「與追求的目標成比例」<sup>258</sup>。

所謂「干預所追求的目的是回應急迫社會需要」，法院曾解釋，所謂民主社會所「必要」，雖非指「不可或缺」，但也不是如「可接受的」、「通常的」、「有用的」、「合理的」、「值得的」一般，這麼有彈性，而是指「迫切社會需要」。<sup>259</sup>不過，由於這些形容詞的抽象性，宣示意味仍比實用意味來得高。法院在實際操作上，仍是以「干預與追求的目標成比例」的要件來操作。<sup>260</sup>

「該措施必須與追求的目的成比例」之要件，此要件可從出自德國聯邦法院之「比例原則」之概念來理解<sup>261</sup>。雖然「歐洲人權公約」中並未如「歐洲共同體條約」般對於「比例原則」有明確規定<sup>262</sup>，但歐洲人權法院表示「國家應在公私益間取得平衡」為公約體系所「固有」之概念<sup>263</sup>，而依國際法法理的方式創設適用了此原則。<sup>264</sup>

而歐洲人權法院在此原則的適用上，雖未如德國聯邦憲法法院一般，發展出內涵固定、且有階層順序之子原則；相對的，法院乃隨著不同的案件，就個案案情之需要，闡釋出「比例性」概念之不同面貌。然而，就歸納後的結果，歐洲人權法院之「比例原則」，與德國、歐洲共同體中——吾人所熟知的「比例原則」，兩者在內涵上並不存在需注意的差異。<sup>265</sup>以下即從歐洲人權法院的判決中，找出

<sup>257</sup> “the interference corresponds to a pressing social need”

<sup>258</sup> *Leander v. Sweden*, no. 9248/81, judgment of 26 March 1987, §58.

<sup>259</sup> *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, judgment of 7 December 1976, §48 及 *Barthold v. Germany*, no. 8734/79, judgment of 25 March 1985, §55.

<sup>260</sup> 如前述 *Sunday Times v. the United Kingdom* (no.1)，見註 239。

<sup>261</sup> 關於「比例原則」的詳細內容及其在德國的發展過程，可參周珮娟，《比例原則之分析與實踐——以歐洲人權法院審理德國被訴案件為例》，臺北大學法律學系碩士論文，2009年7月，第23-28頁。

<sup>262</sup> 歐洲共同體條約第5條第3項：“Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objective of this Treaty.”

<sup>263</sup> 例如 *Klass and Others v. Germany*, no. 5029/71, judgment of 6 September 1978, §59、*Brogan and Others v. the United Kingdom*, nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84, and 11386/85, judgment of 29 November 1988, §48.

<sup>264</sup> 比例原則在歐洲人權公約中的發展過程，可參周珮娟，《比例原則之分析與實踐——以歐洲人權法院審理德國被訴案件為例》，臺北大學法律學系碩士論文，2009年7月，第28-30頁。重點如下：在 *Golder v. the United Kingdom*, no. 4451/70, judgment of 21 February 1975, §29 中，法院即引用維也納條約法公約(Vienna Convention on the Law of Treaties)，而認為解釋公約條款時，應考量、適用相關國際法原則；而在 *Ireland v. the United Kingdom*, no. 5310/71, judgment of 18 January 1978, §239 中，法院即認為基於歐洲人權公約乃強調保障人權之目標，其公約之性質與一般會員國互惠之目的有所差異，因此人權委員會和歐洲人權法院應採較積極主動的解釋方法；最後，在“*relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” v. *Belgium*, nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, and 2126/64, judgment of 23 July 1968 中，「比例性」之文字正式出現在歐洲人權法院的判決中。

<sup>265</sup> 當然，有些歐洲人權法院的審查用語，並不完全切合於「比例原則」的三個子原則之中。例如，在 *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, judgment of 26 February 2002 中，政府將小孩從智能不足的申訴人夫婦身邊帶走、強制安置，且嚴格限制申訴人夫婦探視的作法，與其欲追求之小孩健

「比例原則」的三個子原則：「適當性」、「必要性」和「衡量性」的相對應之闡述。<sup>266</sup>

首先，在比例原則中之「適當性」要件——即干預手段能有效達成目標——方面，法院判決中即表示，國家提出的正當化理由必須要「相關且充足」(relevant and sufficient)<sup>267</sup>。例如，上述 *Emonet and Others* 案<sup>268</sup>，法院就是以「手段無法達成欲追求的目的」為由認為系爭干預非民主社會所必要。另外，在 *Autronic AG*<sup>269</sup>案中，政府以保護秘密通訊安全為由而否准申訴人（有限公司）接收蘇聯衛星通訊之申請，法院即認為依政府的敘述，申訴人的「盤式天線」(dish aerials)根本無法接收到通訊衛星秘密資訊。因此，該干預對於保護秘密通訊並無助益，系爭干預非民主社會所必要。

其次，在「必要性」要件——即該措施為能同樣有效達成目標的手段中干預最輕微者——方面，在 *Campbell v. the United Kingdom* 案<sup>270</sup>中，關於政府為維護監所安全而拆閱申訴人（受刑人）與律師信件的做法，法院即認為欲達成系爭目的，只需檢查有合理懷疑(reasonable cause)藏有非法物件的信件即可，不需全面開拆，開拆之後也不需閱讀信件內容。因此，被告國的作法非民主社會所必要。另外，在 *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*<sup>271</sup>案中，政府以確保報導客觀與公正為由，禁止國營廣播公司外的其他人申請廣播執照。然而，法院舉其他國家的經驗表示，只需訂定適當條件作為核准執照的依據，而不需以國家獨占的方式為之，即可有效確保節目資訊的客觀公正。因此，認為干預與追求之目標不成比例。相反的，法院認為符合最小侵害手段的例子，如 *Sisojeva and Others v. Latvia* 案<sup>272</sup>中，法院即對於非法入境的居民，若不予驅逐出境而以干預程序較輕的徒刑或罰款替代，即會造成允許其居住的結果，可能會無法達成維持國家控制外國人居留秩序的目的，因此系爭作法並非不合理。

最後，關於「衡量性」之要件——即追求的利益不能大於造成的損害——方面，相關案例更是眾多，可說是「成比例」概念的重點。下一節「因犯罪而遭驅逐出

---

康及道德健全發展的利益，法院認為「雖然相關，但並不充足」，因此系爭措施非民主社會所必要(§81)。誠然，此種「理由不充足」的結論，似與「適當性」、「必要性」與「衡量性」任一標準有所差異。然而，從其前後文來看，判決中法院主要是指責政府未考慮除隔離以外有無其他替代措施(§75)、以及在狀況改善後未即時中止隔離狀態(§76)的問題，因此仍應可歸類於「最小侵害手段」（即必要性）的範疇之中，而不用理解成「第四種子原則」。

<sup>266</sup> 下三段之案例，主要參考周珮娟，《比例原則之分析與實踐——以歐洲人權法院審理德國被訴案件為例》，臺北大學法律學系碩士論文，2009年7月，第32-35頁。

<sup>267</sup> *Sunday Times v. the United Kingdom* (no.1), no. 6538/74, judgment of 26 April 1979, §62.

<sup>268</sup> *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, judgment of 13 December 2007.

<sup>269</sup> *Autronic Ag v. Switzerland*, no. 12726/87, judgment of 22 May 1990, §63.

<sup>270</sup> *Campbell v. the United Kingdom*, no. 13590/88, judgment of 25 March 1992, 尤見§48、§52.

<sup>271</sup> *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, nos. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, and 17207/90, judgment of 24 November 1993, §§42-43.

<sup>272</sup> *Sisojeva and Others v. Latvia*, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005, 見§76.

境」之案例中，絕大部分判決中討論的重點就是在衡量為了追求防止犯罪的利益，而驅逐申訴人出境干預其家庭生活的連結，兩者間損益是否平衡的問題。相關案例如典型的標竿判決 *Moustaquim v. Belgium* 案<sup>273</sup>、以及以該案作為參考基準的 *Beldjoudi v. France* 案<sup>274</sup>等等<sup>275</sup>。

綜上所述，此處「成比例」之要件可直接以「比例原則」作為理解。尤其是「狹義比利原則」（即衡量性）的概念，更是法院審查之重心。

最後要說明的是，法院在判斷系爭干預是否為民主社會所必要時，由於保障公約相關權利第一步的責任是在各個國家，且締約國政府基於其對本國之直接及持續的接觸，通常較國際法院的法官處於更有利的地位，而更能具體指出系爭「限制」或「處罰」之「必要性」，以及所欲滿足的道德需求。<sup>276</sup>因此在個案上，國家享有判斷餘地<sup>277</sup>，法院的工作乃事後檢視國家的判斷是否合理，是否超出判斷餘地的界限。至於國家在個案判斷餘地的大小，隨著追求目標的種類<sup>278</sup>、受干預權利的性質<sup>279</sup>、議題的共識程度<sup>280</sup>、預測未來事實的困難度<sup>281</sup>等等的不同，自然也會跟著不同。

### 第三節 積極義務

#### 第一項 概說

公約第 8 條的用語為「每個人都有使其私人與家庭生活……被尊重的權利」。關於人民的家庭生活，公約並非說「有家庭生活權利」，而是說「有使家庭生活被『尊重』的權利」。如此就有解釋的必要：「尊重」之用語所指涉的權利作用方式為何？

<sup>273</sup> *Moustaquim v. Belgium*, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991, §§43-46.

<sup>274</sup> *Beldjoudi v. France*, no. 12083/86, judgment of 26 March 1992.

<sup>275</sup> 見本文第四章第四節第二項第一款，即第 78 頁以下。

<sup>276</sup> *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, judgment of 7 December 1976, §48.

<sup>277</sup> 「判斷餘地」，指締約國對於不確定法律概念之解釋適用，應受歐洲人權法院一定程度的尊重。判決中的用語為“the power of appreciation”或“(enjoy) a certain margin of appreciation”，少數亦用“(be allowed) a measure of discretion”。

<sup>278</sup> 如為了國家安全、為了保障道德、為了經濟利益，三者法院審查的寬嚴程度會不同。參 *Dudgeon v. the United Kingdom*, no. 7525/76, judgment of 22 October 1981, §52 第二段。

<sup>279</sup> 例如，對於個人「性傾向」表達的限制，由於該項權利是私人生活中最私密的部分，法院認為，要正當化該限制需要「非常重要的理由」（亦即，作很嚴格的審查）。參 *Dudgeon v. the United Kingdom*, no. 7525/76, judgment of 22 October 1981, §52 第三段。

<sup>280</sup> 如較具爭議的議題如變性人婚姻及同性婚姻問題，各國尚無共識時，法院即高度尊重各國的判斷；反之，已有部分共識時，國家的判斷餘地即會被限縮。前者如 *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* [GC], no. 21830/93, judgment of 22 April 1997, §§37-38；後者如 *Fretté v. France*, no. 36515/97, judgment of 26 February 2002, §§40-43.

<sup>281</sup> *W. v. the United Kingdom*, no. 9749/82, judgment of 8 July 1987, §62.

由法院之判決可知，第 8 條的權利保護面向主要可以分為兩種，一為「不得恣意干預家庭生活」，二為「尊重家庭生活」。

前者乃「消極義務」面向，亦即傳統自由權的「防禦權」功能，課予國家負有不得恣意侵害人民家庭生活權利之義務。國家若要採取行動去干預人民該項權利，則必須存在公約同條第 2 項的正當化事由，亦即依據國內法律、為追求列舉之正當目的，且為民主社會所必要，如此方可干預之。<sup>282</sup>此面向較無問題，已於上一節第三項中討論。

接下來要討論的是後者。「尊重」一詞本身，更進一步的，亦要求國家要採取措施或建立制度來保護人民的家庭生活，此為該權利課予國家之「積極義務」。<sup>283</sup>

## 第二項 積極義務的類型

至於積極義務之面向，顧名思義，即指國家有採取「適當足夠且有效」的措施以保護人民家庭生活權利之義務<sup>284</sup>。亦即，對於人民之家庭生活，國家隨意干預（做太多）固然可能違反公約，但如果未為適當的保護（做太少），仍然會違反公約。後者即為積極義務的意義。

因此，積極義務的種類是非常廣泛的。一開始在家庭生活權利中建立積極義務的案件，是要求「國家應使親子關係受到法律的保障，以使關係正常發展」<sup>285</sup>：在 *Marckx v. Belgium* 案<sup>286</sup>中，一個未婚媽媽生了小孩，但小孩的出生證明上依法並不記載生母的名字，除非生母以公證程序承認小孩、或經由法院裁定等繁雜程序方可。另外，由於比利時民法規定「非婚生子女」於繼承遺產時，只能獲得法定的應繼分，不能經由被繼承人遺囑或繼承人同意等方式而拿到更多遺產。相反的，若生母未承認該「非婚生子女」，則可用遺贈的方法，將其全部的財產都給其小孩。因此，若生母去承認「非婚生子女」，會造成該子女的繼承權利受到額外限制，這樣的限制也使生母對於是否決定認領小孩一事造成矛盾。法院認為，對於在子女的出生證明記載生母姓名一事上之困難及障礙，會使該親子關係的正常發展產生困難。國家並未建立使親子建立正常的家庭生活的措施，與「尊重」家庭生活的要求並不相容，因而違反公約第 8 條。

<sup>282</sup> *Marckx v. Belgium*, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31.

<sup>283</sup> *Marckx v. Belgium*, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31.

<sup>284</sup> *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, judgment of 25 January 2000, §108.

<sup>285</sup> 除下述二例子外，亦參 *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82, judgment of 18 December 1986, §72、§75.

<sup>286</sup> *Marckx v. Belgium*, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, 尤見§18、§36.

上例是生母與小孩的關係，但生父與小孩的關係之法律保障亦是適用相同道理——此種問題常發生在血緣生父與非婚生子女的關係無法受法律保障的問題。例如在 *Kroon and Others v. the Netherlands* 案<sup>287</sup>中法院即表示：「在此種對血緣關係的法律推定對任何當事人都沒有益處的時候，生物學上以及社會上的真實的重要性應超過法律上的推定。國家未確保對家庭生活的『尊重』，違反公約第 8 條。」<sup>288</sup>

除了要求親子關係在法律上安定外，另外一種常見的積極義務態樣是「要求國家採取措施，促使家人間能夠團聚」<sup>289</sup>。通常發生在有監護權的父母一方取得交還子女的確定判決，國家卻未積極執行的情形。<sup>290</sup>例如，在 *Hokkanen v. Finland* 案<sup>291</sup>，國家就因為沒有採取強制措施而被認為沒有盡到促使團聚之積極義務，因而被認為違反公約第 8 條。案情如下：

申訴人（男）有個一歲多的婚生小女兒，在處理妻子過世後留下的事業時，將小女兒交由其岳父母（即小女兒的外公外婆）照顧。然而，申訴人之岳父母後來與申訴人交惡，拒絕將其孫女交還申訴人。在監護權官司進行中，國內法院先發命令允許申訴人探視小女兒，並由社福單位安排彼此見面的時間和地點。然而，其岳父母拒絕遵守法院之命令，未帶其孫女至指定地點。此時，社福單位所做的，是明知義務人不願遵守，只有一再的重新安排下次見面地點，如此一共安排了四次，都無效。而該國法律對於執行探視權或監護權的相關規定中，可對不遵守執行命令的義務人，處以罰鍰，甚至管收。歐洲人權法院認為，考量小女孩的年紀只有一歲多，此時與父母團聚對小女孩其有利，國家機關採取更積極措施也不會對幼兒造成傷害。然而，國家卻從未採取進一步強制執行的手段，連罰鍰都沒有，使得程序一再拖延，造成女孩的年紀已經成長到不適合將其自從小撫養她的外公外婆身邊帶離的年紀，因而使得申訴人最後喪失監護權。因此，國家在此案中並未履行其促使家人團聚的積極義務，違反公約第 8 條。

另外，也有些判決是從「程序觀點」來闡述第 8 條的積極義務<sup>292 293</sup>。而大

<sup>287</sup> *KROON and Others v. the Netherlands*, no. 18535/91, judgment of 27 October 1994.

<sup>288</sup> *KROON and Others v. the Netherlands*, no. 18535/91, judgment of 27 October 1994, §40.

<sup>289</sup> 例如 *Eriksson v. Sweden*, no. 11373/85, judgment of 22 June 1989, §71、*Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, no. 12963/87, judgment of 25 February 1992, §91、*Olsson v. Sweden (no. 2)*, no. 13441/87, judgment of 27 November 1992, §90 及 *Hokkanen v. Finland*, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994, §55.

<sup>290</sup> 除下註之案例外，另參 *Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, judgment of 24 April 2003, §§54-72(尤見§59).

<sup>291</sup> *Hokkanen v. Finland*, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994, §60.

<sup>292</sup> 相似於德國法上「組織及程序保障」(Verfahrensgaranties)的概念。

<sup>293</sup> 在因「程序觀點」而宣告違反第 8 條積極義務的案件中，往往亦會違反公約第 6 條程序權（訴

致上又分為三種類型，一為程序完備性，二為程序期間的要求，三為相關當事人的程序保障。

首先，關於「程序完備性」的類型，即要求國家必要提供一套制度，使有需要的人能夠使用該制度以獲得相關法律保護。最典型的案件是 *Airey v. Ireland* 案<sup>294</sup>，案情如下：

「申訴人因受到先生的肢體暴力而離家，無法共同生活。其欲向法院訴請『裁判分居』(judicial separation)，以使分居狀態的相關權利義務受到法律承認，然而無法負擔高額的律師費用且並無法律扶助的制度。在愛爾蘭，分居訴訟由高等法院管轄，程序非常複雜，往往需要找專家證人。另外，婚姻訴訟由於情感的涉入，未找律師代理，很難客觀的陳述事實。因此，雖然在法律上，沒有律師也可以進行訴訟程序，但於該法實施以來總共 255 件訴訟當中，沒有一件是未委任律師的。因此，歐洲人權法院認定認為申訴人無法有效的自行訴訟。

法院認為，國家並未「干預」申訴人的家庭生活，本案問題是國家是否沒做該做的行為，乃積極義務的問題。依愛爾蘭法律，夫妻原則上有同居的義務，但在某些情況可訴請裁判分居。此規定等同承認為了保護私人及與家庭生活，有時減免此同居義務是必要的。要有效的尊重人民的私人與家庭生活，必須使有需要的人能夠有效尋求保護。在此案中，申訴人無法有效尋求保護，以使該事實上的分居無法獲得法律承認，因此公約第 8 條所保障權利受到侵害。」

又如 *Maslov v. Austria* 案<sup>295</sup>中，法院要求國家對於一個驅逐出境命令於確定後，若事情有新的發展，制度上要有辦法去考量該新發展，以決定該處分是否仍要執行。此亦可歸類於第一種「程序完備性」的類型下。

接著，第二種類型是「程序期間的要求」，此種要求在與未成年子女的相關案件中尤其明顯。以監護權為例，嬰兒一旦持續受某人撫養而成長至懂事的年紀，此時即很難將監護權改判給另一方，因為分離的痛苦往往會不符合兒童的最佳利益；另外，對於少年來說，一旦少年的年紀跨過了成年的門檻，整個案件就會因為缺乏訴之利益而結束。因此，程序的拖延往往會造成事實上的決定，連帶使實體上的權利義務關係造成無法回復的結果。就此，法院認為：「有效尊重家庭生

---

訟權)的保障。然而，第 6 條並不當然涵蓋第 8 條。關於兩條文的關係，法院於 *McMichael v. the United Kingdom*, no. 16424/90, judgment of 24 February 1995, §91 中有詳細說明：「第 6 條第 1 項提供的程序保障為決定一個人民權利和義務時的『法院訴訟權』。然而，第 8 條的程序要求除了擴及到行政程序外，還有更廣的目的：要確保家庭生活權利受到適當尊重。兩者關於提供保障的規定，追求的目的不同。於本案例中，系爭申訴的事實，不只影響司法審查程序，亦影響申訴人夫妻的『家庭生活的基礎元素』。因此，認為有檢視第 8 條的必要。」

<sup>294</sup> *Airey v. Ireland*, no. 6289/73, judgment of 9 October 1979, 尤見§§8-9、§24、§§32-33.

<sup>295</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, 尤見§93.

活的作法，關於父母與小孩未來的關係，必須是依據所有相關的考量而決定，而不是僅依據時間的流逝來決定。」<sup>296</sup>因而存在「國家對於決定小孩監護權的裁判程序需特別勤勉」<sup>297</sup>的要求。此外，亦可能有其他更進一步需特別迅速的原因存在。例如在 *Bevacqua and S. v. Bulgaria* 案<sup>298</sup>中，監護權的判決程序必須迅速的原因，除了在三歲小孩成長過程中陪伴之重要外，更因申訴人的先生有持續家暴的行為，常常在小孩面前毆打申訴人成傷，以致有造成小孩人格不良發展的危險。然而，國內法院卻未注意該案的特殊情形，而只是依往例拖延監護權庭期以進行和解觀察，都已拖延了八個月都還沒核發「臨時監護權」裁定。因此，歐洲人權法院認定被告國沒有盡到保護私人及家庭生活的義務，而宣告違反公約。至於 *Mehemi v. France (no.2)* 案<sup>299</sup>中則是與監護權無關，乃因被告國先前對申訴人驅逐出境之行為已被前判決<sup>300</sup>認定違反公約，因此認為國家負有積極義務，必須專案促使申訴人獲得進入該國之許可，以與家人（尤其是年幼的子女）團聚，而不能使申訴人與其他外國人一同排隊等待入境許可。

最後一個程序觀點的積極義務類型，是「程序參與權」的問題<sup>301</sup>。較常出現在國家以原生父母不適任為由，欲強制將未成年子女帶走照顧時，原生父母的程序參與權問題，以及在未成年子女的監護權訴訟中，判決作成前之程序保障問題。在此類案件中特別強調程序保障的原因，與上述程序期間的要求類似，乃因為決定一旦做成即很難事後更改。亦即，小孩被從父母身邊帶走（不論是從父母之一方或雙方身邊帶走）並讓其他人照顧時，會隨著時間經過而與照顧者建立起新的連結，此時縱然發現原先的決定不當，基於關係安定性的維持以保護小孩的利益，往往已無法補救。因此，比起一般情形，此種案件更需要完善的「事前保障」——即相關利害關係人的程序參與：「必須確保其觀點及利益能被相關機關了解、納入考量，且可在適當期間內行使相關的救濟方法。」<sup>302</sup>例如，在 *Kosmopoulou v. Greece* 案<sup>303</sup>中，申訴人離婚後，小孩的監護權由前夫取得。而在探視權方面，國內法院原先允許申訴人可每週探視小孩，但其前夫提出三位精神科醫師對小孩的評估報告（但未經申訴人參與），而認為小孩「因為遭母親疏

<sup>296</sup> *W. v. the United Kingdom*, no. 9749/82, judgment of 8 July 1987, §65.

<sup>297</sup> *Mehemi v. France (No. 2)*, no. 53470/99, judgment of 10 April 2003, §46. 不過，如此之要求更常出現在公約第 6 條「合理審判期間」的審查中，如 *E.P. v. Italy*, no. 31127/96, judgment of 16 November 1999, §53.

<sup>298</sup> *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, judgment of 12 June 2008, 尤見§7、§10、§22、§§75-76.

<sup>299</sup> *Mehemi v. France (No. 2)*, no. 53470/99, judgment of 10 April 2003, §47.

<sup>300</sup> *Mehemi v. France*, no. 25017/94, judgment of 26 September 1997.

<sup>301</sup> 需補充的是，在此類「程序參與權」保障不足的案件中，法院在論理上除了以未盡保護家庭生活為由宣告違反積極義務外，有時亦會因為程序保障的不足而直接推定系爭決定內容不當，而以宣告系爭干預（例如國家強制將子女從父母身邊帶走照顧的作法）不符合「必要性」（即非「民主社會所必要」）的方法來認定違反公約。例如 *W. v. the United Kingdom*, no. 9749/82, judgment of 8 July 1987, §64、*McMichael v. the United Kingdom*, no. 16424/90, judgment of 24 February 1995, §87、*Ignacolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, judgment of 25 January 2000, §99 及 *Osub Caras v. Romania*, no. 7198/04, judgment of 27 July 2006, §41.

<sup>302</sup> *W. v. the United Kingdom*, no. 9749/82, judgment of 8 July 1987, §63.

<sup>303</sup> *Kosmopoulou v. Greece*, no. 60457/00, judgment of 5 February 2004, 尤見§10、§§15-16、§19、§49.

忽及遺棄，而有否認自己的愛與情感、並對於自己的成就和進行中的活動漠不關心的情形。」且報告結論為：「暫時與母親分離，可以抑制此種負面情感。」因此，母親的探視權被法院暫停。歐洲人權法院認為，考量九歲多的小孩與母親相聚的權利對於雙方而言意義都非常重大，國內法院一開始暫停探視權的決定過程並無母親或其代理人的參與的作法，對於申訴人的利益未能提供足夠保障，故違反公約第 8 條。<sup>304</sup>

另外，在 *W. v. the United Kingdom* 案<sup>305</sup>中，小孩的母亲由於產後憂鬱及酗酒之原因而不適合照顧小孩，且小孩的父親因工作關係亦無暇照顧，因此政府決定將小孩給收養家庭長期照顧。其後，又以維護小孩與養父母關係的發展為由，不告知申訴人夫妻該小孩的位置，使其無法探視。不過，在程序保障上，在決定長期收養以及不給予探視之前，既未事先告知申訴人夫妻，亦未預先諮詢其意見。法院認為，收養及禁止探視的決定，對於該名只不過一歲半小孩會長期離開原生父母，且在重要階段時無法與原生父母接觸，影響極為重大。雖然鑑於問題的複雜及判斷的極度困難，國家享有很大的判斷餘地。然而，申訴人夫妻在決定過程中明顯的參與不足之事實，使得國家違反公約第 8 條規定。<sup>306</sup>

必須提及的是，關於程序保障不足的案件中，法院除了以違反積極義務的方式宣告違反公約外，有時也會以「如此之程序保障無法說明干預的必要性」的理由，即以「系爭干預非民主社會所必要」的方式宣告違反公約。<sup>307</sup>此處論理方式之差異，乃因「積極義務」與「消極義務」的界限不易區分，且兩者之判斷流程有所差異所致，詳見下述。

### 第三項 「違反積極義務」的判斷流程

首先，法院表示「積極義務的存在並非絕對。國家要採取的措施之性質與範圍，要視個案的具體情況而定。」<sup>308</sup> 因此，為決定個案中國家是否存在積極義務，法院亦建立了一套判斷的流程。

法院一再說明，公約第 8 條的重要目標是「保護個人的私人及家庭生活免受國家恣意行為的干預，干預必須符合第 2 項的正當化事由。另外，可能會要加上

---

<sup>304</sup> 本案雖然還有其他違背公約的原因，但依據下列理由可知，本判決中確以「違反積極義務」的方式來處理程序權保障不足的問題：1.判決§§43-46 中引用關於「積極義務」的判例法，尤其是§46：「本案的重點在於，政府是否有採取所有措施去確保申訴人與前夫離婚後能維持與女兒建立家庭生活。」2.後續未進入公約第 8 條第 2 項正當化事由的討論。

<sup>305</sup> *W. v. the United Kingdom*, no. 9749/82, judgment of 8 July 1987, 尤見§9、§§12-13、§16、§62、§§67-70.

<sup>306</sup> 類似案件還有 *McMichael v. the United Kingdom*, no. 16424/90, judgment of 24 February 1995.

<sup>307</sup> 例如 *Haase v. Germany*, no. 11057/02, judgment of 8 April 2004, §104.

<sup>308</sup> *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 and 78030/01, judgment of 22 June 2004, §151.



積極義務才能有效『尊重』私人及家庭生活。」<sup>309</sup>因此依法院對公約的解釋，「干預」一詞是侷限在「國家的積極作為」的概念上（換句話說，屬於討論國家是否有不作為義務的「消極義務」問題）。由於公約第 8 條第 2 項是對於「干預」之正當化事由的規定<sup>310</sup>，因此，公約第 8 條第 2 項正當化事由（即上述本章第二節第三、四、五項所討論的「依據法律」、「追求法定目標」以及「民主社會所必要」要件之審查）之討論，並不會出現在「積極義務」案件的審查流程中<sup>311</sup>。取而代之的，積極義務的案件，是審查國家是否「在社會整體利益與個人私益間取得平衡」<sup>312</sup>：例如在判斷國家是否有允許外國人入境的積極義務時，衡量「國家在該案上控制入境以維持移民秩序的利益」及「該外國人在該國經營家庭生活的利益」彼此間孰輕孰重<sup>313</sup>；在判斷國家一直不對於交還子女或允許探視權的裁判為強制執行之作法是否違反積極義務時，則要衡量「子女健全成長的利益」與「父母與小孩相聚的利益」之高低。<sup>314</sup>

法院認為國家未盡保護義務（「積極義務」）的問題，並非「干預」，因此不用審查公約第 8 條第 2 項正當化事由，或有些道理。因為，對於「不作為」可能

---

<sup>309</sup> 例如"relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, and 2126/64, judgment of 23 July 1968, §7、Marckx v. Belgium, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31、Airey v. Ireland, no. 6289/73, judgment of 9 October 1979, §32、X and Y v. the Netherlands, no. 8978/80, judgment of 26 March 1985, §23、Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §67、Rees v. the United Kingdom, no. 9532/81, judgment of 17 October 1986, §35、Johnston and Others v. Ireland, no. 9697/82, judgment of 18 December 1986, §55(c)、Leander v. Sweden, no. 9248/81, judgment of 26 March 1987, §51、W. v. the United Kingdom, no. 9749/82, judgment of 8 July 1987, §60、B. v. the United Kingdom, no. 9840/82, judgment of 8 July 1987, §61、R. v. the United Kingdom, no. 10496/83, judgment of 8 July 1987, §65、Gaskin v. the United Kingdom, no. 10454/83, judgment of 7 July 1989, §38、Niemi v. Germany, no. 13710/88, judgment of 16 December 1992, §31、Keegan v. Ireland, no. 16969/90, judgment of 26 May 1994, §49 及 Hokkanen v. Finland, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994, §55. 本註腳內容引自 Stjerna v. Finland, no. 18131/91, judgment of 25 November 1994 之附件：Wildhaber 法官協同意見書 (Concurring Opinion).

<sup>310</sup> 公約第8條第2項：”There shall be no interference...except.....”

<sup>311</sup> 例如 Marckx v. Belgium, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31 及 REES v. the United Kingdom, no. 9532/81, judgment of 17 October 1986, §37 末段.

<sup>312</sup> Rees v. the United Kingdom, no. 9532/81, judgment of 17 October 1986, §37、Gaskin v. the United Kingdom, no. 10454/83, judgment of 7 July 1989, §42、Cossey v. the United Kingdom, no. 10843/84, judgment of 27 September 1990, §37、Powell and Rayner v. the United Kingdom, no. 9310/81, judgment of 21 February 1990, §41、B. v. France, no. 13343/87, judgment of 25 March 1992, §44、§63 及 Hokkanen v. Finland, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994, §55. 本註腳內容引自 Stjerna v. Finland, no. 18131/91, judgment of 25 November 1994 之附件：Wildhaber 法官協同意見書 (Concurring Opinion).

<sup>313</sup> Ramos Andrade v. the Netherlands, no. 53675/00, decision of 6 July 2004. 衡量過程之討論參下述第四章。

<sup>314</sup> 未強制執行違反公約：Hokkanen v. Finland, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994；未強制執行不違反公約：Pini and Others v. Romania, nos. 78028/01 and 78030/01, judgment of 22 June 2004. 兩者會有相反之結論，乃因具體情況不同。而兩判決中所提及之應考量具體情況，有親子間的熟識程度、相關當事人間的和諧關係、相聚的急迫性、相聚所需面對之障礙等等。

無法討論「是否依據法律」（例如前述關於家暴的 *Bevacqua and S. v. Bulgaria* 案<sup>315</sup> 國內法院花了八個月仍未核發小孩的臨時監護決定，是否依據法律？）以及「追求何種目的」（例如 *Kosmopoulou v. Greece*<sup>316</sup>案中身為公益代表人的檢察官收到醫院新的精神鑑定報告證明讓申訴人探視小孩對小孩有利，但卻未有積極作為，使得申訴人接下來三年中仍然無法探視小孩。該不作為是追求何種目的？）

然而，由於案件事實的多樣，有些「不作為」本身卻有討論「是否依據法律」、「追求何種目的」的可能性（例如前述 *Airey v. Ireland* 案<sup>317</sup>國家將「裁判分居」訴訟排除在法律扶助制度之外，即可能可以從法律扶助的相關規定上討論適法性），甚至有討論的必要性（如上述 *Pini and Others v. Romania* 案<sup>318</sup>中，國家一直未對養父母訴請返還小孩之裁判為強制執行，乃為保護小孩的利益，因為小孩已經在國外成長許久且與當地建立穩固的連結。因此，本案中「不採取強制手段」的作法唯有從追求目的來討論，方能正確理解。）

尤其在後者，即具有「討論必要性」的情形，「積極義務」的審查中若完全不討論公約第 8 條第 2 項的法定目的，就會有論述上的困難。因此，法院雖肯認積極義務的審查不需討論公約第 8 條第 2 項的正當化事由，卻又曾表示，不作為的原因「與第 8 條第 2 項提到的目標可能有某種程度的相關」<sup>319</sup>。

總而言之，法院對於積極義務案件的審查流程，並不進入公約第 8 條第 2 項的正當化事由審查，乃是審查國家「是否在社會整體利益與個人私益間取得平衡」。而且有時仍會認為「在取得平衡時，和第 8 條第 2 項的目標可能會某種程度的相關」。與消極義務的審查流程有很大的不同。

## 第四項 消極義務與積極義務的區分實益？

### 第一款 概說

首先，關於相關主張是屬消極義務或消極義務的面向，有時本非明確。的確，有些案件明顯是人民的家庭生活權利受到國家行為的干預，討論的是為該干預是否正當的「消極義務」問題，例如國家強制將小孩從父母身邊帶走以撫養照顧、或將一位家庭成員驅逐出境等等；相反的，有些案件的爭執明顯的是國家未做應該做的事，屬於主張國家違反積極義務的問題，例如國家在決定監護權的過程中

<sup>315</sup> *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, judgment of 12 June 2008.

<sup>316</sup> *Kosmopoulou v. Greece*, no. 60457/00, judgment of 5 February 2004.

<sup>317</sup> *Airey v. Ireland*, no. 6289/73, judgment of 9 October 1979.

<sup>318</sup> *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 and 78030/01, judgment of 22 June 2004.

<sup>319</sup> *Rees v. the United Kingdom*, no. 9532/81, judgment of 17 October 1986, §37、*Gaskin v. the United Kingdom*, no. 10454/83, judgment of 7 July 1989, §42 及 *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, no. 9310/81, judgment of 21 February 1990, §41.

速度太慢、未積極執行命令交還子女的判決、在確認身分關係的訴訟中未能提供律師協助等等。

然而，亦存在許多處於邊際地帶的案例，尤其是針對「申請被拒絕」的情形。此種情形，是要討論「該拒絕的決定是否構成不當干預」，還是要討論「國家是否有義務要核准申請」？似乎從消極義務或積極義務觀點來討論都說得通。實例如 *Kroon and Others v. the Netherlands* 案<sup>320</sup>中血緣上生父要求國家在小孩出生證明上之父親欄位記載他的名字遭拒、*Aliev v. Ukraine* 案<sup>321</sup>中長刑期的監獄受刑人要求國家提供其與妻子「親密接觸」機會遭拒、*Sisojeva and Others v. Latvia* 案<sup>322</sup>中身為長期居民的申訴人請求國家核發永久居留權遭拒絕等等。

由於有些案件中，決定其屬何種義務並不容易，因此就產生了一個問題：消極義務與積極義務的區分，對審查結果是否會有影響？若無影響，下一章關於「拒絕入境」與「驅逐出境」兩種情形，才可以合在一起討論。

關於這個問題，法院早已表示：「積極和消極義務的界限無法精確定義，但適用共同的原則。」<sup>323</sup>因此，有些案件中，對於系爭義務究屬何者哪個面向的問題，法院直接以「不必要決定」一語帶過<sup>324</sup>。更甚者，在 *Dickson v. the United Kingdom* 案中，下級法庭（第四法庭）已經分析完畢而認為該案屬積極義務，但作為上訴審的大法庭判決在引述該段分析之後直接澆一盆冷水，表示「這沒必要區分」。<sup>325</sup>

若消極義務與積極義務的區分會影響審查結果，可以想到的兩點原因是「審查流程的不同」及「審查密度的不同」。接下來即從「審查流程」和「審查密度」兩方面，來討論積極義務與消極義務的區分是否真的不會影響最後判斷的結果，以印證法院的想法。

## 第二款 區分實益一：審查流程不同？

的確，消極義務和積極義務的審查流程並不同，消極義務在確認干預的存在

<sup>320</sup> *Kroon and Others v. the Netherlands*, no. 18535/91, judgment of 27 October 1994, §30.

<sup>321</sup> *Aliev v. Ukraine*, no. 41220/98, judgment of 29 April 2003.

<sup>322</sup> *Sisojeva and Others v. Latvia*, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005, §104.

<sup>323</sup> *Keegan v. Ireland*, no. 16969/90, judgment of 26 May 1994, §49、*Powell and Rayner v. the United Kingdom*, no. 9310/81, judgment of 21 February 1990, §41 及 *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82, judgment of 18 December 1986, §55.

<sup>324</sup> *Mikulic v. Croatia*, no. 53176/99, judgment of 7 February 2002, §58、*Odievre v. France*, no. 42326/98, judgment of 13 February 2003, §40、*Cvijetic v. Croatia*, no. 71549/01, judgment of 26 February 2004, §48.

<sup>325</sup> *Dickson v. the United Kingdom*, no. 44362/04, judgment of 18 April 2006, §30 及 *Dickson v. the United Kingdom [GC]*, no. 44362/04, judgment of 4 December 2007, §69、§71.

後，要討論公約第 8 條第 2 項的正當化事由，而積極義務則否。

那在邊際案件中，不區分積極與消極義務，該如何審查呢？法院表示，「本  
案中不需決定以積極或消極義務的觀點考量，積極和消極的義務應適用的原則是一樣的，因兩者的核心問題都是國家機關是否在相關的公共利益和私人利益間取得適當的平衡。」<sup>326</sup>、「國家享有判斷餘地，歐洲人權法院的工作不是取代國內機關依據法定程序來判斷，而是以公約的觀點重新審查國家解釋權的行使是否妥當，以決定國家行為在公約第 8 條之中是否正當。」<sup>326</sup>。

亦即，既然消極和積極義務的審查核心都是「法院事後檢視國家機關是否在相關的公共利益和私人利益間取得適當的平衡」，因此，在邊際案件中，法院就直接以此種「較類似積極義務」之審查用語來審查。

因此，不論定性成何種義務，法院的工作都是判決國家有無在相關公私益間取得平衡。另外，如前述，某些積極義務的案件，若不考量公約第 8 條第 2 項的相關要件，可能會造成論述的困難。此外，亦有認為積極義務與消極義務的審查流程應該要一模一樣，都要適用公約第 8 條第 2 項的正當化事由的建議出現<sup>327</sup>。況且，有些案件爭點較多，或是兼顧積極和消極義務的面向（例如程序權的保障問題），但法院都是用同一個審查流程來討論，並將兩種義務的違反併同宣告之。<sup>328</sup>

亦即，兩種義務的審查流程的不同，但兩種流程的核心概念類似，且兩種流程往往可以互相流用，因此，定位為消極或積極義務，在審查流程的觀點上，對案件的結果並不會影響。

### 第三款 區分實益二：審查密度不同？

在討論國家是否應為特定作為的積極義務案件中，法院表示「由於案件情況及可以採取之措施種類的多元性，積極義務的需求程度會隨案件而不同」<sup>329</sup>、「積

<sup>326</sup> Hokkanen v. Finland, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994, §55 及 Keegan v. Ireland, no. 16969/90, judgment of 26 May 1994, §49.

<sup>327</sup> Stjerna v. Finland, no. 18131/91, judgment of 25 November 1994 之附件：Wildhaber 法官協同意見書(Concurring Opinion)：「我認為『干預』的意義應涵蓋違反第 8 條第 1 項的所有義務，不論是積極還是消極義務。申訴人主張違反『積極義務』時，法院仍要認定是否有干預存在、是否依據法律、是否追求法定目標、是否為民主社會所必要。的確，此方法不會造成不同的結果，但優點是明確化：基本上，關於國家尊重私人及家庭生活的義務上，不應有積極/消極義務的區分，因為適用的原則都相同(參 Keegan v. Ireland, no. 16969/90, judgment of 26 May 1994, §49 及 Hokkanen v. Finland, no. 19823/92, judgment of 23 September 1994, §55)。」

<sup>328</sup> 例如 W. v. the United Kingdom, no. 9749/82, judgment of 8 July 1987, 尤見 §§60-64、§§67-70.

<sup>329</sup> "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, and 2126/64, judgment of 23 July 1968, §5、National Union of Belgian Police v. Belgium, no. 4464/70, judgment of 27 October 1975, §39、Marckx

極義務的存否，國家需考量優先順序及擁有的資源來決定」<sup>330</sup>，而共同的結論是「國家享有更廣泛的判斷餘地」。

誠然，因為國家有的人力物力是有限的，是否存在特定積極義務，牽涉到國家的資源配置<sup>331</sup>及價值選擇<sup>332</sup>問題，因此和消極義務相比，審查積極義務的案件中，國家似乎擁有更大的判斷餘地。

然而，如前所述，消極義務和積極義務兩者無法精確區分，且二者的審查重點類似，都是看國家有無在「公共利益和私人利益間取得適當的平衡」。另外，法院在決定積極義務時也是認為「國家不能被認為負有不可能或是不成比例的積極義務負擔」<sup>333</sup>，與消極義務的「民主社會所必要」要件，一樣是在考量「比例性」的問題。因此，縱然以「消極義務」的審查脈絡來審查，此處的「資源配置」、「價值選擇」問題，在討論「系爭干預是否為民主社會所必要」時，仍然可以發揮應有的影響力。換句話說，將案件定位為「積極義務」或「消極義務」的問題，從審查密度來看，對於結果仍無必然的影響。

#### 第四款 小結：歸類於何種義務並不影響結果

綜上所述，積極義務與消極義務的區分界限並不明確，尤其是對於「申請之拒絕」的案件，可以主張該拒絕構成權利的干預，但也可以主張國家為有效保護人民權利，有同意該申請義務。

而關於消極義務與積極義務是否有區分必要的問題，兩者的審查流程不同，前者要討論第 8 條第 2 項的正當化事由，而後者則否。然而，法院表示，兩者適用的核心原則相同，都是要求國家在公共利益與私人利益間取得平衡，而法院的工作是事後檢視國家的作為或不作為是否合理。另外，判決中亦有許多不予區分而將兩者擺一起討論的例子，而亦曾有學者建議兩者審查流程不應有分別。

另外，關於審查密度的問題，由於積極義務包含「資源配置」和「價值決定」

---

v. Belgium, no. 6833/74, judgment of 13 June 1979, §31 及 Rasmussen v. Denmark, no. 8777/79, judgment of 28 November 1984, §40、Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §67.

<sup>330</sup> Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, no. 48787/99, judgment of 8 July 2004, §332、Novoseletskiy v. Ukraine, no. 47148/99, judgment of 22 February 2005, §70.

<sup>331</sup> 舉例而言，對何種訴訟應提供法律扶助的問題。相關案件如 Airey v. Ireland, no. 6289/73, judgment of 9 October 1979.

<sup>332</sup> 特別是較無國際共識的領域，如同性伴侶的問題、及是否應允許受刑人之配偶「同居探視」的問題等。相關案件分別為 Fretté v. France, no. 36515/97, 26 February 2002 及 Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, judgment of 4 December 2007.

<sup>333</sup> Özgür Gündem v. Turkey, no. 23144/93, judgment of 16 March 2000, § 43、Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, no. 48787/99, judgment of 8 July 2004, §332.

的問題，相對於消極義務，乍看之下，國家應享有更大的判斷餘地，歐洲人權法院的審查密度應較低。然而，積極和消極義務的審查，都是審查公利益間的平衡、審查課予國家負擔或國家採取的措施是否與目的具比例性，採何種態樣審查，並不會影響審查的結果。亦即，縱然是對於消極義務的審查，上述的資源配置和價值決定兩種論述，仍然會在衡量「是否為民主社會所必要」的過程中發揮影響力。

因此，對歐洲人權法院而言，積極義務或消極義務的區分，並不會影響最後的結果。要決定一個案件是否符合公約，應該純粹考量案件中公共利益和私人利益孰高孰低。該案件被歸類於積極義務還是消極義務面向，對結果而言並無影響。

#### 第四節 本章小結

歐洲人權公約第 8 條家庭生活之意義，依人權法院關於家庭權利的相關判決，可統整說明出，依據通常親密程度的不同，存在一種階層狀的關係層級。最核心的是「配偶關係及婚生親子關係（包含祖父母與孫子女間）」，單憑婚姻或血緣關係即可被認為構成家庭生活。其次是「非婚生親子關係及未婚伴侶關係」，除血緣關係外還需要有其他事實（通常是共同生活之事實）來證明其親密性，才被認為屬家庭生活。至於「已成年獨立子女與父母間之親子關係、叔姪關係」等其他更疏遠的關係，則需於一般情感連結之外，有其他獨立的事實能證明其屬親密家庭關係，才會構成家庭生活。至於關於變性人與其伴侶間，及一般的同性伴侶間之關係，前者已被法院與異性關係（婚姻或同居）為相類似的對待，而後者尚未被法院肯認屬於家庭生活的範疇，仍需隨著各國共識的形成程度而繼續發展。

另外，關於「微弱的家庭關係」，如撫養親友小孩建立的關係、死產胎兒的子嗣身分、未婚夫妻間的關係、乃至同性伴侶的關係，皆為廣義家庭關係中之一種，並非絕對沒有保護的必要。然而，此等關係並不屬於公約第 8 條的「家庭生活」。因此，當公約第 8 條之「家庭生活受尊重權」不足以保障此種「微弱家庭關係」的時候，法院即會轉向於公約第 8 條「私人生活」的範疇中保護之。私人生活」與「家庭生活」兩者一同並列於公約第 8 條第 1 項當中，兩者在下述的權利作用方式、干預正當化事由等討論上，完全沒有任何的差別。另外，既然結論一樣，公約第 8 條的「家庭生活權利」是否有必要保有「核心家庭」的嚴格門檻，徒增公約條文適用上的麻煩，不無疑問。

至於干預之正當化事由，則有「干預依據法律」、「干預乃追求公約法定目標」以及「干預為民主社會所必要」三個要件。

另外，家庭生活受尊重的權利，除了課予國家不得恣意干預人民家庭生活權

利之「消極義務」外，亦包含為保障既有之家庭生活，課予國家應為一定措施之「積極義務」。而判斷流程是看國家有無「在社會公共利益與個人的私人利益間取得平衡」。不過，積極與消極義務有時並不易區分，特別是在「申請遭拒絕」的情形，從兩種角度討論都說得通。因此，即產生有無區分實益的問題。在審查流程上，雖然有所不同，消極義務要判斷第 8 條第 2 項的正當化事由，積極義務則否，但法院已表示應適用的原則是共同的，即檢視國家有無在公私益間取得平衡。另外，對於審查密度上，積極義務的判斷，包含「資源配置」及「價值選擇」的問題，國家似應享有較大的判斷餘地，但若把系爭案件定為成消極義務問題，在「民主社會所必要」，上述二因素仍能發揮影響力。因此，究竟是定位成消極或積極義務的類型，對於審查結果並不會有影響。

在此基礎上，下章即討論「拒絕入境」與「驅逐出境」在審查密度及應適用的標準上，是否有區分必要，並研究歐洲人權法院對相關案件進行公、私益之利益衡量的過程，而對比例原則予以類型化和具體化。

## 第四章 歐洲人權法院對驅逐出境處分之限制

### 第一節 概說

歐洲人權法院在拒絕入境與驅逐出境的相關案件中，必定會表示：「國家為維持公共秩序，依據充分建立的國際法，且為盡條約所課予的義務，享有充分權力去控制外國人的入境及居留。」<sup>334</sup>的確，不論是出於維持公共秩序、保護國家安全、本國人就業保障等動機，國家對於外國人的入境及居留的管制，傳統上皆被認為是國家主權的核心領域，各國享有很大的決定空間。

然而，決定空間再怎麼大，仍然不會到「絕對」的程度。屬於國家主權之核心領域，絕不代表一國政府就可以對於准許與否完全恣意決定，不受任何限制，乃屬當然。

在歐洲人權公約中，對於外國人受驅逐時直接提供保障的條文，有第四議定書第4條<sup>335</sup>，以及第七議定書第1條<sup>336</sup>。然而，該限制非常寬鬆，除了第七議定書

<sup>334</sup> Abdulaziz, Cabales and Balkandali, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §67, Berrehab v. the Netherlands, no. 10730/84, judgment of 21 June 1988, §§28-29、Moustaquim v. Belgium, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991, §43、Beldjoudi v. France, no. 12083/86, judgment of 26 March 1992, §74、C. v. Belgium, no. 21794/93, judgment of 7 August 1996, §31、Ahmut v. the Netherlands, no. 21702/93, judgment of 28 November 1996, §67(b)、Bouchelkia v. France, no. 23078/93, judgment of 29 January 1997, §48、D. v. the United Kingdom, no. 30240/96, judgment of 2 May 1997, §46、Mehemi v. France, no. 25017/94, judgment of 26 September 1997, §34、El Boujaïdi v. France, no. 25613/94, judgment of 26 September 1997, §39、Boujlifa v. France, 25404/94, judgment of 21 October 1997, §42、Dalia v. France, no. 26102/95, judgment of 19 February 1998, §52、Baghli v. France, no. 34374/97, judgment of 30 November 1999, §45、G.H.H. and Others v. Turkey, no. 43258/98, judgment of 11 July 2000, §34、Bensaid v. the United Kingdom, no. 44599/98, judgment of 6 February 2001, §32、Hilal v. the United Kingdom, no. 45276/99, judgment of 6 March 2001 §59、Boultif v. Switzerland, no. 54273/00, judgment of 2 August 2001, §46、Jakupovic v. Austria, no. 36757/97, judgment of 6 February 2003, §25、Slivenko v. Latvia [GC], no. 48321/99, judgment of 9 October 2003, §115、Sisojeva and Others v. Latvia, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005, §99、Kaya v. Germany, no. 31753/02, judgment of 28 June 2007, §51、Liu v. Russia, no. 42086/05, judgment of 6 December 2007, §49 及 Darren Omoregie and Others v. Norway, no. 265/07, judgment of 31 July 2008, §54。基本上，本章會提及的判決都在這個註腳裡了。

<sup>335</sup> 第四議定書第4條：”Collective expulsion of aliens is prohibited.”

中文翻譯：「禁止集體驅逐外國人。」

<sup>336</sup> 第七議定書第1條：

“I. An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed:(a) to submit reasons against his expulsion,(b) to have his case reviewed, and (c) to be represented for these purposes before the competent authority or a person or persons designated by that authority.

II. An alien may be expelled before the exercise of his rights under paragraph 1.a, b and c of this Article, when such expulsion is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security.”

中文翻譯：

「I.合法的居住於一國領土之外國人不應被驅逐出境，除非該決定依據法律，且該外國人已受允許：a.能針對驅逐提出抗辯；b.能使其案件被檢視；c.在有權機關或該機關所指定的個人或



第1條第1項對於正當法律程序的保障之外，幾乎沒有任何實際上的意義，何況該程序保障還受到同條第2項的嚴格限制。

因此，公約對驅逐出境的直接保障甚少。然而，歐洲人權法院並非因此就對此領域袖手旁觀，而是透過其他條文的規定，來避免國家為不適當的驅逐出境處分。常見的情形有透過第3條「禁止不人道待遇」<sup>337</sup>的規定，若被驅逐出境之後會使該外國人受到虐待（例如被刑求<sup>338</sup>）、判死刑<sup>339</sup>、或無法妥善治療慢性病而有致命危險<sup>340</sup>，法院就會宣告該驅逐處分不得執行，否則會違反公約第3條。

除了第3條以外，另外一種更常被用來限制國家的拒絕入境或驅逐出境決定的權利，就是公約第8條的「私人及家庭生活權利」。亦即，當國家禁止一個家庭成員入境，或將家庭成員驅逐出境時，可能會違反「家庭生活受尊重」的權利。而將一個已與地主國建立緊密的經濟、文化、社會連結的「長期移民」驅逐出境，則可能會干預「私人生活受尊重」之權利。

用第8條的權利來討論入境和居留權時，首先會碰到的矛盾是，如第二章所述，依據公約條文規定，「外國人」在「入境及居留權」及「政治活動相關權利」上，受公約保障程序較本國人低（但並非不受保障），而其他權利（如私人與家庭生活權利）則和本國人無所差別。那麼，在「用私人與家庭生活權利來保護入境和居留」時，保障程度究竟如何？

當然，這不是太大的問題，因為外國人在第8條中與本國人受到一樣程度的保障，但該條的保障本非絕對。以消極義務來說，干預在公約第8條第2項的正

---

團體前，在有代表的情況下，進行上述程序。

II.當驅逐是基於公共秩序的利益所必要，或者基於國家安全之理由，一個外國人可以在受到第1項a、b、c款權利保障之前就被驅逐。」

<sup>337</sup> 公約第3條：“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

中文翻譯：「任何人不應受到折磨、接受不人道或貶低人格的待遇或懲罰。」

<sup>338</sup> Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, judgment of 28 February 2008, 尤見§10、§143、§164、§170。大要為，申訴人涉嫌參與恐怖組織，義大利欲將其驅逐，回其本國。然而，經國際特赦組織的報告，驅逐出境的目的地：北非突尼西亞，會以電擊、壓頭浸水、毆打、倒吊在天花板、用香煙燙、恐嚇進行性侵害等方式刑求犯人。法院因而認為，若執行該驅逐處分會違反公約第3條。

<sup>339</sup> 在廢止死刑的第6議定書施行之前，法院就已在 Soering v. the United Kingdom, no. 14038/88, judgment of 7 July 1989, §111 宣告：美國的死刑犯在被處決之前，往往要經過六到八年的「等死期」，該等死過程構成公約第3條的不人道待遇。因此，英國若將該殺人犯引渡到美國，會違反公約第3條。此外，值得一提的是，正因為犯人被締約國引渡出境後若受到死刑對待，歐洲人權法院會找當初決定引渡或提供幫助的締約國算帳，所以當初我國偵辦尹清楓命案時，瑞士政府才會要求臺灣政府先提供不判死刑的保證，才願提供關於被告軍火商汪傳浦之司法互助資料。換句話說，汪傳浦被臺灣檢察機關以法定刑包含死刑的殺人罪通緝，此一事實，在尋求美國引渡或司法互助時，是個有利因素，但在歐洲尋求引渡或司法互助時，卻有反效果。參廖福特，〈不判死刑，才有司法互助〉，《司法改革雜誌》第51期，財團法人民間司法改革基金會出版，2004年6月15日，第11頁。此點亦可看出歐洲和美國對於人權保障思想的不同。

<sup>340</sup> 如驅逐罹患愛滋病之申訴人而被法院宣告違反公約第3條之 D. v. the United Kingdom, no. 30240/96, judgment of 2 May 1997, §53.

當化事由之下可以正當化；以積極義務來說，在國家在公公益間取得平衡時，該不作為不會構成積極義務的違反。因此，國家管制外國人入境和居留的利益，會在利益衡量的時候發揮作用，而可能可以正當化該干預，或認定國家不負有積極義務。如此，即能調和這樣的矛盾。

因此，國家控制移民的權力並非絕對，私人與家庭生活之保障亦非絕對。本章要討論的，即是私人與家庭生活的「私益」與國家管制移民的「公益」，如何衡量兩者輕重的問題。

為了解此問題，本文首先討論「拒絕入境」、「驅逐出境」兩者應適用的原則有無不同。而確定兩者所應適用之原則差異不大後，就先將二者個別之特有問題作個別處理，然後即以「驅逐出境」為代表而為後續之討論。

基於驅逐處分必要性之衡量即「受驅逐人之社會連結性」與「受驅逐人之社會損害性」間之衡量，因此本文先討論不論各種驅逐原因都會碰到共通問題——「受驅逐人之社會連結性」之判斷。接著，再討論「受驅逐人之社會損害性」，此部分因著驅逐原因的不同，分成因行為人犯罪、為追求國家安全兩種不同之類型，作類型化的討論，以了解歐洲人權法院在各種驅逐原因之類型上，認為國家採取驅逐處分時，社會損害性要到多嚴重的程度，才能正當化對受驅逐人社會連結性之干預。

最後要特別說明的是，一個人被驅逐出境時，其家庭生活權利固然可能受影響，但除此之外，其「家人」的家庭生活權利也會受影響。因此，驅逐一個人，往往同時會影響兩個以上的人之家庭生活權利。因此，在作利益衡量的時候，「受驅逐人的家人」的權利也要一併考量<sup>341</sup>（甚至，即使受驅逐人的家人沒有一起提出申訴亦同<sup>342</sup>）。此為「家庭生活權利」的特別之處。

## 第二節 「拒絕入境」<sup>343</sup>之準用說明

<sup>341</sup> 參歐洲理事會部長委員會建議案(Recommendation Rec(2000)15 §4(a))：「對於驅逐處分的審查所要衡量的事實，包含『對移民者及其家人兩者的影響』」。引自 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, judgment of 12 October 2006, §36.

<sup>342</sup> 例如，*Joseph Grant v. the United Kingdom*, no. 10606/07, judgment of 8 January 2009, 尤見§40。本案只有父親一人受驅逐，也只有其一人提出申訴，然而法院仍在「民主社會所必要」之要件中評估申訴人的女兒們是否已成年、是否依賴申訴人等事實。不過，這畢竟是少數，絕大多數案件中受驅逐人的家人（配偶、子女——甚至是剛出生的小孩）都會一起掛名擔任申訴人。

<sup>343</sup> 要說明的是，本文雖然把「拒絕入境」和「驅逐出境」兩者併列，但兩個概念並不是時時可以全然區分，有時兩者會是一體兩面，只是討論角度的不同而已。例如，一道驅逐令上面，為達成驅逐之目的，通常一定會有出境後一定期間（甚至是永久）禁止再入境的規定，此時系爭處分就同時含有驅逐出境和拒絕入境兩個效果。再者，如 *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, judgment of 12 February 2009 之案例事實，申訴人原已獲准居留，但國家趁其短暫出國辦事時，撤銷其居

本論文之重點是在公約第 8 條上討論「驅逐出境」。「驅逐出境」是國家行為對私人及家庭生活權利的干預，討論的是「消極義務」面向。而類似的情況「拒絕入境」，則是對於「申請的拒絕」，屬於「積極義務」與「消極義務」的邊緣地帶。

兩者雖為不同的態樣，但法院已表示兩者的議題核心同樣都是「審查國家是否在公私益間取得平衡」。依據第三章之討論，定性為何種義務並不會影響結果。因此，法院所闡釋衡量依據之事實以及衡量過程，二者應該是可以共同適用的。

因此，既然定性為何種義務並不影響結果，下文在介紹判斷標準及具體化比例原則時，係以「驅逐出境」作為討論對象。但既然「驅逐入境」與「拒絕入境」應考量同樣的原則，在「拒絕入境」的情形中，在比例原則的衡量上，應該是不會有差異，而可以準用下述的討論及所歸納出的原理原則，合先敘明。

### 第三節 事實認定基準時

在進行比例原則分析之前，先要插入討論的是：歐洲人權法院判斷系爭驅逐令是否與公約相容，是要依據哪一時間點作為判斷事實的基準時？是政府發驅逐令時？或是用盡國內救濟途徑故而驅逐令確定時？或是在驅逐令實際執行時？

首先，因著公約第六條及第七議定書的保障，政府發驅逐令後，該外國人有請求中立機關（通常是國內法院）再次檢視該驅逐令是否合法的權利。因此，若國內法院駁回申訴人的請求確定，此時權利才終局的被侵害。因此，「政府發驅逐令時」不會是歐洲人權法院審查的事實基準時。接下來的問題是，到底是「驅逐令確定時」，還是在「驅逐執行時」，作為審查基準時？換句話說，驅逐令確定後，行為人受驅逐之前，此時發生的新事實，是否可以成為歐洲人權法院衡量該驅逐處分是否適當的依據？亦即，有沒有可能一個驅逐令在確定時，是在追求目標和權利干預間保持平衡的，但是隨著時間的經過，在執行驅逐令時，卻變成不平衡而違反公約？

隨著判決的發展，法院的態度已經明確。首先，早期判決中，肯認對於「家庭生活權利是否已建立」的問題，是以「驅逐令確定的時點」為其事實判斷的基準時。例如，在 *El Boujaïdi v. France* 案<sup>344</sup>中，申訴人受驅逐令，且救濟程序遭駁回確定後，才與女友同居、生小孩，法院表示，「衡量驅逐處分否干預公約第 8 條的家庭生活所依據的時間點，是看驅逐令確定時，申訴人是否已構成家庭生活。」，因此認為其有同居女友和小孩之事實不應列入考量。

---

留許可，不再讓其入境。此時究竟是拒絕入境或驅逐出境？並不易分類，且硬是區分也無實益。

<sup>344</sup> *El Boujaïdi v. France*, no. 25613/94, judgment of 26 September 1997, §33.

而相同的道理，在驅逐令確定時，申訴人擁有家庭生活，但其後家庭生活已經解消時，系爭案件仍會因為驅逐令確定時仍擁有家庭生活，而受到公約第 8 條的保障。在 *Yildiz v. Austria* 案<sup>345</sup>中，前後兩種情形都有發生，可謂關於認定事實基準時點的精彩判決。申訴人是先與女友同居，後受驅逐令，然後結婚，生小孩，然而待行政法院確定該處分後，其已離婚。法院認為，判斷國家是否有盡公約義務的時間點，是在處分確定之時。因此，除了其與伴侶關係之外，申訴人擁有小孩的事實，亦成為其被肯認其擁有家庭生活權利，且最後認為國家違反公約之重要理由。至於驅逐處分確定後離婚的事實，不論是真是假，法院皆不予考量。

然而，法院在驅逐確定後所發生的事實，一律不予考量的態度，則已有所改變。近期判決中，*Maslov v. Austria* 案<sup>346</sup>判決可稱為經典。縱然其對於有無家庭生活存在之認定，仍是依據舊判例，而認為考量時點是在「驅逐令確定之時」。然而，關於「考量驅逐是否適當」，亦即衡量追求目標與權利干預的平衡時，其亦一併考量「驅逐處分確定後」發生之新事實。在該案中，申訴人受驅逐令之原因乃因其一再犯罪。然而，申訴人於驅逐令確定之後，過了幾年間都未曾再犯罪，法院即依據此未再犯罪之事實而認定行為人的危險性已降低。法院表示：「法院的工作是去評估實際驅逐行為與公約之相容性，而非僅於驅逐令確定時……在此種案例中，國家應去建立制度，以使驅逐處分確定後新發生之事實可以被考量到。」<sup>347</sup>

本文以為，判決後驅逐前的新事實，的確也是「真實存在」的事實。過去判決認為該事實不予考量的原因，或許是因為認為一個明知其確定會被驅逐的外國人，還在國內建立新家庭生活，此種家庭生活並不值得保障。

然而，法院早已說明「對於不合法居留，原則上並不能以既成事實為由，去期待一個居留權的保護。」<sup>348</sup>因此，若真有這種權利濫用的案件，該「家庭生活的既成事實」只要在衡量過程中，認為不值得保護而宣示為系爭措施仍為民主社

<sup>345</sup> *Yildiz v. Austria*, no. 37295/97, judgment of 31 October 2002, §34、§44.

<sup>346</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, 尤見§43、§91、§93. 此大法庭判決之論理過程，除了引過去集大成的標竿判決(*Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, judgment of 2 August 2001, §51)為例之外，也有引法院對於公約第 3 條的判決理由來引證(*Saadi v. Italy*, no. 37201/06, judgment of 28 February 2008, §133)，另外還引了歐洲法院(Court of Justice of the European Communities)之判決來參考(ECJ, *Orfanopoulos v. Land Baden-Württemberg and Oliveri v. Land Baden-Württemberg* judgment of 29 April 2004 (Cases C-482/01 and C-493/01, operative part, points 3-5))，可謂極具參考價值。

<sup>347</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, §93.

<sup>348</sup> *Chandra and Others v. the Netherlands*, no. 53102/99, decision of 13 May 2003. 而例外情況，如兒少最佳利益的考量，例如 *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, no. 50435/99, 31 January 2006, §§41-43.

會所必要就好了，應該不需要在一開始的時候就否認該事實的存在，而將少數真正有保護必要的新家庭生活關係的案件也阻擋在大門之外。上述大法庭的 *Maslov v. Austria* 案判決，論述詳細，確認驅逐確定後新發生的事實也可以包含在法院判斷的依據之內，可謂值得肯定的嘗試。然而，或許是受到過去判決見解的拘束，仍未認定「驅逐行為」對於驅逐令確定後方建立的家庭生活有造成干預的可能性，此應為法院可以繼續努力的方向。

## 第四節 驅逐原因之類型化討論

### 第一項 概說

為了了解對於拒絕入境與驅逐出境處分（考量兩者之類似性，以下多以「驅逐出境」處分為代表，但「拒絕入境」亦適用相同的原則，自不待言）要如何才會與所干預的家庭生活成比例，以下研究法院相關判決中所提及之各種衡量因素，以了解應考慮的各種因素為何，及各因素的重要性。之後，探討完共通因素後，再依據處分發動原因之不同，分為「犯罪原因」、「國家安全原因」作類型化的討論，以期使衡量的過程足夠具體化，以供我國參考。

### 第二項 共通考量因素

#### 第一款 發展過程

對於驅逐出境的利益衡量過程，早期的判決大都沒有太詳盡的論述，往往就只是把在個案中「有利於正當化驅逐的因素」（如以犯罪為由驅逐時，其犯罪的嚴重性）以及「有利於保障家庭生活的因素」（如其家庭生活已建立多久、有多少家人在地主國等等）兩者相關事實一一列出來，然後就得出「成比例」或「不成比例」的結論。以 1989 年的 *Moustaquim v. Belgium* 案<sup>349</sup>為例，申訴人現 22 歲，於 2 歲起就隨家人來到比利時（以下簡稱地主國）居住之摩洛哥（以下簡稱國籍國）人。其在青少年時期共犯了 147 件包含搶劫、暴力攻擊在內的罪行，且是個服完刑、受特別監管命令後，仍然持續犯罪的黑幫老大。不過，其已在地主國已生活了 20 年，在此長大、接受教育、且父母及七個兄弟姐妹都住在地主國且有些人已取得地主國之國籍，申訴人在國籍國反而沒有其他親戚。在該案中，將申訴人自地主國驅逐出境所維護之「防止犯罪和失序之公益」，相較於「其適應當地的環境及能與家人相處之私益」，後者之干預是否與前者追求之目的——如判決的結論一般——不成比例？就直觀的法感情來看，顯然是見仁見智，甚有討論的空間。以現在的標準來看，或許可稱其「判決不附理由」。

<sup>349</sup> *Moustaquim v. Belgium*, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991.

當然，在一種類型的案件剛開始發展的時候，法院對於怎樣的私益會優於公益一事，尚無法有詳盡的論述過程，此事無法強求。然而，隨著判決的累積，愈來愈明確的判斷標準，即會慢慢被建立、發展出來。例如，有了上述 *Moustaquim* 案判決被告國敗訴的判決先例，隔年在 *Beldjoudi v. France* 案<sup>350</sup>的判決，法院判申訴人勝訴其中一個理由就是因為此案和前案案情類似：申訴人犯多數嚴重攻擊罪刑，犯罪生涯長達 15 年，服刑逾 7 年，但自幼就生長於地主國，而難以回到其本國生活。而因其犯罪情節和 *Moustaquim* 的 147 案相比，顯然輕微許多。法院認為，既然前案都已認為系爭驅逐出境處分與家庭生活的干預不成比例而判決被告國敗訴，此案自然也認為該驅逐出境處分不合比例。

因此，關於驅逐必要性的判斷標準，就是像這樣藉由上述之例子，藉由一連串的相關判決，一步步建立起來的。

## 第二款 「必要性」之判斷標準介紹<sup>351</sup>

藉由十幾年來的發展，在驅逐出境與家庭生活權利的問題上，2001 年出現了一個集大成的標竿判決：*Boultif v. Switzerland* 案<sup>352</sup>，以及 5 年後再進一步整理補充該標竿判決內容的 *Üner v. The Netherlands* 案<sup>353</sup>。此二個重要判決，一共從過去判決中歸納整理出下述判斷因素<sup>354</sup>：

- 申訴人所犯罪行的性質及嚴重性
- 申訴人已在地主國生活的長度
- 申訴人犯罪已經過的時間長度，以及申訴人此期間的行為表現
- 該案各關係人（如申訴人的家人）的國籍
- 申訴人的家庭狀況，如婚姻長度，或其他表現實際夫妻家庭生活事實
- 申訴人的配偶於進入婚姻時，是否對該犯罪行為知情
- 該婚姻中是否育有子女，如果有，子女的年齡

<sup>350</sup> *Beldjoudi v. France*, no. 12083/86, judgment of 26 March 1992.

<sup>351</sup> 關於建立判斷標準之實益，亦曾受文獻質疑，認為法院只指出眾多標準而無進行重要性之排序，是否仍會造成判決難以預期？見 *Üner* 案之附件：*Costa, Zupancic and Türmen* 三位法官之聯合不同意見書(*Joint Dissenting Opinion*)§17。然而，本文以為，建立判斷標準之目的，可使各國在做驅逐必要性之判斷時，至少不會全無考量之依據，此即重要之實益。並且，法院之標準還可作為檢討國內法律規定是否有所不足時之參考。另外，隨著判決的累積，不同標準間之優先順序亦可逐漸明確化，而使判決結果變得愈來愈可預期。這需要時間。

<sup>352</sup> *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, judgment of 2 August 2001, 見§48.

<sup>353</sup> *Üner v. The Netherlands* [GC], no. 46410/99, judgment of 18 October 2006.

<sup>354</sup> 值得一提的是，下述判斷因素在 *Boultif* 案中，原是適用於「第二代移民」（即出生於地主國，或幼年隨父母移居地主國，因而自幼成長於此之居民）（見 *Keles v. Germany*, no.32231/02, judgment of 27 October 2005, §57）。然而，之後判決將之適用範圍進一步延伸，而將適用範圍包含於「已在自己國家建立家庭，成年後才移居地主國」之移民（見 *Mokrani v. France*, no. 52206/99, judgment of 15 July 2003, §§30-31）。本文從之。

- 申訴人的配偶陪同申訴人到驅逐後國家生活所會遭遇困難的嚴重程度<sup>355</sup>
- 未成年人的福祉，尤其是申訴人的小孩隨同移居他國時所會遭遇困難的嚴重程度
- 申訴人於地主國及國籍國，兩者社會、文化和家庭連結穩固性之比較
- 驅逐後拒絕入境的長度

當然，鑑於案例的多樣化，在個案中總是可能會出現特別值得考量之因素出現<sup>356</sup>，因此上述標準只是例示，而不以之為限，乃屬當然。

本文討論的流程，是先將上述要件作一番整理、歸類。若該要件有需補充的內容，則本文在補充之內容上劃底線，以茲區別。

至於整理和歸納的方法，由於所謂必要性的衡量，在家庭生活的觀點，就是在衡量個案中「申訴人的社會連結性」以及「申訴人的社會損害性」（例如犯罪的社會的危害、對國家安全之危險等等，視驅逐原因而定）二者孰重孰輕的問題。因此，乃先以「申訴人的社會連結性」作為共通要件，討論其評估因素及評估方法。接著，再討論「申訴人的社會損害性」，此點是依據不同驅逐原因而進行類型化的討論，以了解在各種不同類型中，法院是如何決定損害性的輕重緩急，及在什麼樣的情形才會使國家社會的公益壓過申訴人的利益。

### 第三款 共通判斷因素—社會連結性之判斷

#### 第一目 概說

要先說明的是，受驅逐人與地主國社會連結性之強弱，以決定其與地主國之緊密程度，乃一相對的概念。亦即，其「與地主國之連結性」相對於「其國籍國之連結性」之強弱，才是本處要討論足以決定受驅逐人保障程度之「與地主國之社會連結性」概念。

因此，以下就「受驅逐人地主國之連結性」、「受驅逐人與國籍國之連結性」分別討論之。另外，前者所謂「受驅逐人與該主國之連結性」，亦包含受驅逐人「之家庭」與該國之連結性，合先敘明。接著，依據法院之判決，「第二代移民」及「未成年人最佳利益」，乃會造成強烈社會連結性而需加強保障之特殊事實，本文亦於接下來一併討論之。

<sup>355</sup> 此點以上（包含該點本身）為 *Boultif* 案所提出之判斷因素，以下則為自 *Üner* 案中整理。

<sup>356</sup> 例如移民政策：如英國結束全球殖民後，原殖民國國民湧入定居的問題(*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985)、又如因行為人過去違反移民法之紀錄而拒絕更新居留許可(*O. and O. L. v. the United Kingdom*, no. 11970/86, (Commission) decision of 13 July 1987, 見「The law」段落下§6·X., *Y. and Z. v. the United Kingdom*, no. 9285/81, (Commission) decision of 6 July 1982, 見「The law」段落下§1 之第三段)。



## 第二目 與地主國之連結性

### 一、受驅逐人與家庭、及家庭與地主國之連結性

首先，乃受驅逐人與地主國之連結性問題。此一問題，可以從「其與家庭之連結性」、以及「該家庭與地主國」之連結性兩者來建構。當兩者之連結性都很強的時候，即可證明受驅逐人的社會連結性很強；反正，當其中一個連結，或是兩個連結都較弱的时候，申訴人此時與地主國的社會連結性自然也弱。

關於「被驅逐人與家庭之連結性」，即為本論文前一章所討論的家庭生活的概念及範圍的問題。其關係愈是親密、愈是接近核心家庭，被驅逐人與家庭的連結性就愈強。

前述「Boultif 及 Üner 標準」中，與此情形相關的有：

- 申訴人的家庭狀況，如婚姻長度，或其他表現實際夫妻家庭生活事實
- 該婚姻中是否育有子女，如果有，子女的年齡

前者是的伴侶關係，即考量受驅逐人與其伴侶的親密、相互依賴狀況。依前一章之討論——結婚與否、是否有同居事實、關係的長度、是否有跡象顯示雙方有要一起擁有小孩的承諾等等，皆是此處的考量因素。

而後者即申訴人與其子女間的關係。依前章所述，申訴人與子女之關係所歸屬之關係層級，究竟是「婚生親子關係（包含祖父母與孫子女間）」、「已成年獨立子女與父母間之親子關係、叔姪關係」，決定關係的性質是決定親密度的第一步。接著才是探討該案中特有的因素，以決定該關係的親密度的增減。

例如，近期的 *Joseph Grant v United Kingdom* 案<sup>357</sup>中，申訴人在地主國英國雖有四個女兒，然並未與她們同住。其中年紀較長的三人已經成年，雖申訴人仍然與她們保持連絡，但她們生活中完全不依賴申訴人。至於其最小的女兒，則與其繼父與母親一起居住。基於上述原因，法院認為申訴人與家庭連結關係並不強。

而除了受驅逐人與其家庭之連結緊密之外，該家庭與地主國的連結是否緊密，也很重要。因為，即使受驅逐人與家庭有緊密的連結，但家庭之其他家人與地主國並無緊密連結，則受驅逐人也可以在其他國家去建立他的親密家庭生活。因此，純由申訴人與家庭之緊密連結事實，而無該家庭與地主國之緊密連結事實，並無法推出申訴人與地主國緊密連結的結論。

<sup>357</sup> *Joseph Grant v United Kingdom*, no. 10606/07, judgment of 8 January 2009, §40.



關於該家庭與地主國連結之程度，相關考量的因素有：

- 該案各關係人（如申訴人的家人）的國籍與居留狀況

申訴人在地主國的家人，是暫時居住，還是已取得永久居留權，或是已有地主國之國籍，自然會決定該家庭與地主國之緊密程度。

- 申訴人與配偶建立家庭時，是否已存在犯罪行為及其他造成居留地位不穩固之事實

按「對於不合法居留時建立之家庭，原則上並不能以既成事實為由，去期待一個居留權的保護。」<sup>358</sup>此一要件即判斷一對伴侶在建立家庭之時，一方或雙方是否處於不穩定的移民地位。若是如此，雙方應知在地主國建立該家庭生活，之後會有不能持續的風險。此時若仍然在地主國建立家庭，在後來因移民地位之緣故而被驅逐時，該驅逐處分，除例外的情況外，不會構成公約第 8 條之違反。<sup>359</sup>

具體的例子如：持留學或旅遊簽證進入英國，而在當地與其他非英國人結婚之 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* 案<sup>360</sup>，一開始就欠缺在英國建立家庭的合理期待，此事實為認定該驅逐令合乎公約的重要理由之一。相對的，如在建立家庭時，是擁有永久居留權的，而因建立家庭之後的犯罪行為才使永久居留權被撤銷，而被命驅逐出境時，此種合理信賴基礎即會成為保障程度較高之原因。<sup>361</sup>

## 二、被驅逐人本身與地主國之直接連結

除了被驅逐人因為家庭關係而間接的與地主國建立連結之外，被驅逐人本身，亦會與直接與地主國建立彼此的連結關係。

固然，申訴人與地主國直接建立的連結性，會比較偏向公約第 8 條「私人生活」<sup>362</sup>的範疇。然而，由於在大多數的案例中，家庭生活會是申訴人與地主國之連結中，很重要的一部分，所以相關判決往往都是將公約第 8 條的「家庭生活」

<sup>358</sup> *Chandra and Others v. the Netherlands*, no. 53102/99, decision of 13 May 2003.

<sup>359</sup> *Darren Omoregie and Others v. Norway*, no. 265/07, judgment of 31 July 2008, §57、*Jerry Olajide Sarumi v. the United Kingdom*, no. 43279/98, decision of 26 January 1999 及 *Andrey Sheabashov v. Latvia*, no. 50065/99, decision of 22 May 1999. 例外情況，例如未成年人最佳利益的考量，參 *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, no. 50435/99, judgment of 31 January 2006, §§41-43 及 *Mitchell v. the United Kingdom*, no. 40447/98, decision of 24 November 1998.

<sup>360</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §68.

<sup>361</sup> 例如 *Keles v. Germany*, no. 32231/02, judgment of 27 October 2005.

<sup>362</sup> 「私人生活」，乃指一個人因長期居住而整合入社會中，亦即，因長期居住而在居住地發展出的人際、社會和經濟連結。可參 *Sisojeva and Others v. Latvia*, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005, §107.



和「私人生活」放在一起討論。況且，在少數因為受驅逐人已成年，與父母的關係無法成立公約第 8 條的「家庭生活」，因而被法院認為只構成公約第 8 條「私人生活」的案件中，法院對足以正當化驅逐處分的「社會損害性」程度要求，並未因而打折扣。<sup>363</sup>因此，鑑於「家庭生活」和「私人生活」的相似性，且二者在公約第 8 條並列受保障並無差別的事實，本文為求完整，此處仍將「受驅逐人本身與地主國之直接連結」的「私人生活」問題一併納入討論，並不會破壞本論文以家庭生活為中心的架構，先予說明。

相關因素有：

- 申訴人居留權的種類（如永久居留權和暫時居留權的不同）
- 申訴人已在地主國生活的長度

申訴人在地主國生活長度之所以重要，乃因「在地主國生活愈久，與地主國的連結就愈密切，且與國籍國的連結就愈少」之公理。

尤其，若受驅逐人是自幼在地主國出生，或是小的時候就進入地主國居住，而成長、受教育於此，此時與地主國的連結性，就與其他在該國長大的本國小孩就會變得沒什麼兩樣，唯一的差別只有受驅逐人沒有本國國籍而已；另外，其與國籍國的連結，除了「國籍」之身分以外，可能就沒有其他的連結，而與其他外國人一樣。因此，此時已經成為「準本國人」，具有最強烈之社會連結性，法院稱之為「第二代移民」之類型。關於此類型，後面會闡專節來討論。

### 第三目 被驅逐人與國籍國之社會連結性

#### 一、說明

關於「受驅逐人與地主國之社會連結性」，對受驅逐人而言，其實是相對於「其與國籍國之連結性」而形成的概念。亦即，其與地主國不可分離的程度，除了其與地主國的連結之外，亦與其原國籍國的連結強弱息息相關。因此，要了解系爭驅逐處分對於受驅逐人造成多大的影響，除了正面討論受驅逐人與地主國的連結之外，亦要從反面的來討論其與國籍國之連結。此即下述判斷因素：

- 申訴人於地主國及國籍國，兩者社會、文化和家庭連結穩固性之比較

與上一目類似，本目也分成「受驅逐人本身與國籍國的連結」、及「受驅逐

---

<sup>363</sup> 例如 *Sisojeva and Others v. Latvia*, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005, §108. 本案中，因其子女已成年，法院並未肯認第一申訴人 *Sisojeva* 在地主國擁有家庭生活，只肯認其擁有強烈的私人生活。然而，法院在本案表示：必須當申訴人有「嚴重本質的犯罪行為」才能夠正當化對他的驅逐。由此可知，本案申訴人受保障的程度，與其他案件中，申訴人併擁有「家庭生活」的情形並無分別。詳見下述第四目中關於第二代移民的討論。

人家人與國籍國的連結」兩個觀點，來了解申訴人被驅逐以後，在其他國家建立生活的困難度。



## 二、受驅逐人之家人與受驅逐人之國籍國之連結

### - 申訴人的配偶及家人陪同申訴人到驅逐後國家生活所會遭遇困難的嚴重程度

外國人的居留許可，畢竟牽涉到國家管控國境的問題，我們很難想像，一個人在某國有親戚，基於家庭生活權利，該國就一定要允許其入國居住；亦很難想像，當一個本國人去國外與該國人民結婚時（真正的婚姻），該本國就一定要允許其外籍配偶入國。因為，縱然該外國人沒有犯罪的危險、有財產得以自立自足而不會造成國家的負擔、也不會和本國人搶工作，然而，國家基於控制國境及外國人入住的權力，仍不應負有義務必然允許該外國人入境，否則一些經濟水準較高或社會福利較優的國家，必然會充滿此種外國人。因此，在牽涉到外國居民入境的國境控制政策問題時，是否存有應受公約保障之家庭生活權利，法院有較不一樣的觀點。

對於此問題，首先，法院肯認，公約第 8 條尊重家庭生活權利之規定，並不會因此課予國家一個概括的義務，必須要保障一個家庭得被建立在自己選擇的特定國家。<sup>364</sup>換句話說，所謂的「尊重」，並非指國家一定要接受本國人的外籍配偶進入本國，或准許本國居民之外籍子女的入境許可。

至於何時才會造成家庭生活之干預呢？法院表示，「申訴人必須證明該家庭於其本國或其中一方之國家，建立家庭生活有困難。」<sup>365</sup>換句話說，國家之拒絕入境或驅逐出境措施，若會構成「尊重家庭生活」的干預，必須是因為受處分人的家庭，因為事實上困難，難以在他國經營其家庭生活。

茲舉 *Gül v. Turkey* 案<sup>366</sup>為例：

申訴人是土耳其人，單獨至瑞士尋求政治庇護，其妻子和二名小孩（較小的尚不足歲）則留在土耳其。其後妻子因病亦到瑞士與申訴人同住，而將小孩留給當地的親戚照顧。妻子隨後又在瑞士生了一個孩子。後來，申訴人的政治庇護申請被拒絕，但太太的健康情況太差，因而必須住在瑞士的一家療養院。申訴人及妻子，以及新生的孩子，經瑞士政府以人道原因獲發居留許可。數年後，申訴人請求瑞士允許

<sup>364</sup> *Gül v. Switzerland*, no. 23218/94, judgment of 19 February 1996, §38.

<sup>365</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, §68.

<sup>366</sup> *Gül v. Switzerland*, no. 23218/94, judgment of 19 February 1996.

讓其留在土耳其的小孩的入境，但瑞士政府認為，當初申訴人之政治庇護申請本未獲准許，其乃以人道原因核發居留許可。依國內法，此種類型之許可得隨時撤銷，且並不允許帶家人一同前來，因此拒絕申訴人的請求。申訴人乃向歐洲人權法院申訴。法院雖認為，子女與申訴人有婚生血緣而構成「家庭生活」的連結。然而考量：1. 申訴人當初政治庇護的理由並不成立，其回到土耳其並無危險，實際上亦曾回國探視兒子數次。2. 依相關法律，申訴人的妻子若回到土耳其，仍可領取免費的慢性病津貼及補品。妻子仍可獲得適當醫療照顧。3. 申訴人的兒子在土耳其長大，文化和語言環境均很適合其等生活。因此，認為申訴人等若在土耳其經營家庭生活，並無客觀上的障礙。瑞士不允許其子入境，並無不尊重家庭生活之情事，而未違反公約。

由上例及其他類似案例<sup>367</sup>可知，若案件情形是申訴人自願跑到地主國來，然後要求地主國讓其他家庭成員也一同入境居住時，此時只要家庭生活於其他國家（通常是在其原本的國家）來發展「並無客觀上的障礙」時，法院就會回到國家有控制外國居民居住之公益的論述，認為公約並不課予此種允許家人入境的一般性義務。

當然，上述為拒絕入境的例子，但亦可能發生在驅逐出境的情況，例如 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* 案<sup>368</sup>中，一個外國人被允許短期居留，而在地主國與同國籍的本國人建立家庭，此時居留期滿後被驅逐出境，法院即認為二人可回本國建立家庭，因此該驅逐處分不違反公約第 8 條。

另外，此處所謂的「有無客觀上的障礙」，是指在他國「經營家庭生活」的障礙，而不只是「能見面」的障礙而已。因此，在 *Lupsa v. Romania* 案<sup>369</sup>中，申訴人被驅逐出境後，其同居女友及小孩雖然曾去申訴人的國籍國與申訴人同住幾個月，但其女友及小孩並不會講當地語言，亦不適應當地的文化。法院表示，家人能夠定期去該國拜訪，並不能治癒家庭生活的中斷。因此，該驅逐行為仍違反公約第 8 條。

至於考量的具體因素，若配偶在當地語言不通、無法融入當地文化（例如回教文化）、或無法取得居留權，則幾乎不可能陪同申訴人移居該外，此時該驅逐對於申訴人的家庭生活權利之干預程度自然重大。另外，小孩是否可隨同移居他

<sup>367</sup> 如 *Lahnifi v. the Netherlands*, no. 39329/98, decision of 13 February 2001、*Mensah v. the Netherlands*, no. 47042/99, decision of 9 October 2001、*Adnane v. the Netherlands*, no. 50568/99, decision of 6 November 2001、*Chandra and Others v. the Netherlands*, no. 53102/99, decision of 13 May 2003 及 *Ramos andrade v. the Netherlands*, no. 53675/00, decision of 6 July 2004.

<sup>368</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, nos. 9214/80, 9473/81, and 9474/81, judgment of 28 May 1985, 尤見§68.

<sup>369</sup> *Lupsa v. Romani*, no. 10337/04, judgment of 8 June 2006, 尤見§21、§26、§27.

國，法院常常以其年紀來判斷，若年紀小到係還可以被收養的年紀，代表其適應新生活的能力尚強，此時移居他國就會被認為困難較小。<sup>370</sup>



### 三、受驅逐人本身與國籍國的連結

除了申訴人能否在其他國家建立家庭生活外，另外是從私人生活的觀點，觀察申訴人在地主國以外的國家可否生活的問題。例如申訴人會不會講國籍國的語言、是否了解當地文化、在國籍國有沒有親屬等等，都是考量之因素。

前述標竿案例——Moustaquim 案，之所以一個黑幫老大持續犯了 147 個犯罪，法院仍認為地主國之驅逐處分不成比例，除了申訴人與地主國的超強連結及罪行是在少年時所犯之外，還有一個很重要的原因，就是申訴人二歲時就隨家人來到地主國，而與國籍國完全無任何連結。因此，Moustaquim 在被驅逐出境之後，事實上並沒有回到國籍國去，而是到第三國打零工生活。況且，一個剛成年沒多久的青年，被迫到一個陌生的環境重新生活，且與家人幾乎是完全的隔離，種種的強烈痛苦也使申訴人於該案件在歐洲人權法院進行訴訟時，被診斷出得了憂鬱症<sup>371</sup>。由此可知，「與原國籍國之連結」此一因素之重要性，實不容小覷。

## 第四目 加強保護之特殊類型

### 一、概說

接下來，依據判決之整理，關於「申訴人與地主國之社會連結性」之要件，有兩種特殊類型，會使該連結性提升到極高的程度，而受到強烈的保護。一種是「對出生或自幼生長在地主國之第二代移民特別保護問題」，而另一種是「兒少最佳利益之特別保護問題」。茲說明如下：

### 二、第二代移民（準本國人）特別保護問題

按，「本國人絕對不受驅逐」之概念，已成為國際公法上當然的原則，亦為歐洲人權公約第四議定書第 3 條第 1 項<sup>372</sup>所明文規定。

對於在國內出生，或自幼<sup>373</sup>即隨父母移居到地主國定居的這種「外國人」

<sup>370</sup> Ajayi and Others v. the United Kingdom, no. 27663/95, decision of 22 June 1999 及 Sarumi v. the United Kingdom, no. 43279/98, decision of 26 January 1999.

<sup>371</sup> 見該判決§23。

<sup>372</sup> 歐洲人權公約第四議定書第3條第1項：“No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national.” 中文意思為：「人民不能被驅逐出自己的國家領土，無論是以個別或整體的手段。」

<sup>373</sup> 通常指在地主國接受教育，因而建立其語言文化之社會連結。邊際案例：Keles v. Germany, no. 32231/02, judgment of 27 October 2005，申訴人十歲才移民德國，之前已在國籍國受過一半的小學教育。然而，因移居德國後仍「二度就學」，完成學業，因此法院認為仍可與類似「第二代移民」之標準來檢視之。

而言，因其受教育、社會化的過程全在這裡，語言、文化、生活習慣.....等所有社會連結都建立在地主國，除了未擁有國籍外，此種外國人和其他的本國人並無任何差別。相對的，該「外國人」與其國籍國的關係，除了擁有國籍身分外，往往亦沒有其他任何的連結。基於其與本國人極為相似的事實，本文乃稱之「準本國人」。又，基於其乃隨父母移民入國內的事實，法院較常以「第二代移民」<sup>374</sup>的用語稱之。

將此種「準本國人」驅逐出境，則無異使一個人脫離從小生長之生活環境，強迫其進入一個自己未有記憶的陌生國家去，令其離開自幼即未中斷生活的國家、人際網、社會、經濟關聯。驅逐行為會造成受驅逐人生活之痛苦，與驅逐一個本國人到外國去無異。

另外，本文除了上述常見的連結性因素觀點之外，本文亦認為，不應驅逐「準本國人」之理由，還可從「責任歸屬」的觀點來看。因此，既然該「準本國人」從小社會化的過程都在地主國，其被培養成何種性格，地主國當然要負最大的責任。若其長大之後去為犯罪行為，國家自應負起責任，以感化、開導等教育手段——若無效，則亦以羈押、刑罰或其他保安處分等的正常抗制犯罪手段來回應。如此即可使該行為人無害化，而達到防衛社會的目的。若地主國對於自己社會所培養出之犯罪人，採取「以鄰為壑」的方法，為減省成本而直接將其驅逐出境，眼不見為淨，應非負責任之作法。

關於如何保障此種「準本國人」的問題，歐洲理事會曾有熱烈的討論。首先，其民意機構——國會大會，曾通過建議案 **Recommendation 1504 (2001)**，其中§ 11(ii)(h)<sup>375</sup>，建議各國對於此種「出於或自幼成長於地主國之移民，在任何情況下都不能驅逐。」

而該建議案送到部長委員會後，各國外交部長未同意「絕對禁止驅逐」的觀點，而作了例外許可的規定，然而但對於居留時間和年齡作了更具體的規定<sup>376</sup>：

「c. 出生於地主國之長期居民，或於十歲以前進入地主國之「合法居住」之長期居民，一旦滿十八歲，就不應被驅逐。

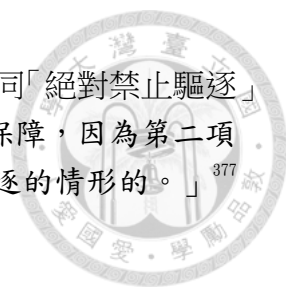
未成年的長期居民，原則上不驅逐。

d. 然若行為人國家安全及公共安全構成嚴重威脅，則構成禁止驅逐之例外」

<sup>374</sup> Keles v. Germany, no. 32231/02, judgment of 27 October 2005.

<sup>375</sup> Üner v. the Netherlands [GC], no. 46410/99, judgment of 18 October 2006, §37.

<sup>376</sup> Recommendation Rec(2000)15 §4(c)、(d)



至於歐洲人權法院的態度，則與部長委員會一樣，沒有認同「絕對禁止驅逐」的觀點。法院表示，「如此『絕對』的權利不受公約第 8 條的保障，因為第二項已寫明，對於在第一項保障的權利的干預，是有第二項允許驅逐的情形的。」<sup>377</sup>因此，此時仍然要視個案來衡量驅逐處分的必要性。

不過，法院雖然沒有肯認絕對禁止驅逐準本國人，但是亦和部長委員會的態度一樣，認為此種移民要受到非常強大的保障。法院表示，「此時若要將驅逐行為正當化，一定要基於『非常嚴重的理由』才有可能。」<sup>378</sup>

因此前述標竿案例 *Moustaquim* 案中，法院會認為地主國比利時對於犯了 147 個罪行的黑幫老大驅逐行為，乃不合比例而違反公約，不是沒有原因的。

此種「準本國人」與地主國的社會連結性，屬於「最強的連結」。至於其社會損害性要到什麼程度，才能符合「非常嚴重的理由」之驅逐出境要求呢？下述討論社會損害性的類型化時，會再繼續討論。

### 三、兒少最佳利益優先之特別問題

#### (一) 概說：兒少最佳利益<sup>379</sup>及國家之照顧義務

「兒童乃未來之主人翁」乃人人皆可朗朗上口之原則。由於一個人在成長過程中的經歷，對於決定其未來人格發展有絕對重要的影響，又由於一個兒童沒有能力選擇他的成長背景和環境，一切都處於「被他人決定」的狀態。因此，兒童利益之特別保護，乃國際社會之共識。

因此，本文亦將兒童的權利另闢一段落，作為一種特殊類型來討論。當一個家庭中有未成年成員的時候，不論該未成年人的國籍，亦不論該未成年人是否是出生於或自幼成長於地主國，都有受父母適當照顧，以健全發展人格之強烈需求。因此，此時國家不論是驅逐該未成年人之父母，或是驅逐該未成年人本身，都必須要以追求「兒少最佳利益」作為出發點，來決定該驅逐行為是否成比例。

<sup>377</sup> *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, judgment of 18 October 2006, §55.

<sup>378</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, 23 June 2008, §75.

<sup>379</sup> “best interests and well-being of the children”，而其中“children”一字，年齡層的範圍包含所有之 18 歲以下之未成年人（參聯合國兒童權利公約第 1 條：「本公約所稱之『兒童』，係指所有未滿十八歲以下之人。但相關法律規定在十八歲以前就成年者，不在此限。」），與我國兒童及少年福利與權益保障法中，兒童乃專指十二歲以下之人（參該法第 2 條），二者之定義有很大的不同。因此，為明確計，本文以「兒少最佳利益」稱之，以免十二歲以上之少年被誤認為不包含在兒童最佳利益的保護範圍之內。又因本論文係研究國際法，除有特別指明外，「未成年人」一詞原則上係指聯合國兒童權利公約第 1 條所指之「未滿 18 歲之人」，而非如我國民法第 12 條規定之「未滿 20 歲之人」。

首先，先說明要以兒少最佳利益作為相關案件出發點的法律依據。法院表示，「公約的解釋適用要符合國際法的一般原則，尤其是關於人權的國際性保護問題」<sup>380</sup>。其中，關於牽涉兒童少年利益的案件，法院通常必定援引「聯合國兒童權利公約」<sup>381</sup>，作為解釋公約第 8 條「家庭生活」權利之依據。而該兒童權利公約第 3 條<sup>382</sup>正宣示「兒少最佳利益應優先考量的原則」，而第 7 條<sup>383</sup>則宣示「子女有盡可能被父母照顧之權利」。另外，歐洲人權法院之相關案件類型，除了子女照顧問題<sup>384</sup>、收養許可問題<sup>385</sup>以外，驅逐出境<sup>386</sup>的問題，亦占了可觀的比例。

而關於「兒少最佳利益優先」原則之具體適用之例，如：當父母的權利與子女的利益衝突，國家需要採取措施平衡雙方權利時，子女的利益要作最首要的考量，而往往優先於父母的利益。<sup>387</sup>尤其，父母不能以公約第 8 條的權利為由，進行可能會傷害小孩的健康和人格發展的行為。<sup>388</sup>而在收養的類型裡，有句話可以貼切的形容這樣的概念：「所謂的收養，乃給予小孩一個家庭，而非讓一個家庭擁有小孩。」<sup>389</sup>在 Pini and Others 案<sup>390</sup>裡，法院表示，養父母渴望養子女相聚的權利，固然值要保護，但若養子女已經在國外成長許久且與當地建立穩固的連結時，考量其被帶回養父母身邊時會經歷的痛苦，此時養父母的權利就受到小孩利益的限制。

至於與未成年人相關之驅逐處分的問題，以下則分成「驅逐未成年子女在國內之外國父母」以及「驅逐父母在國內之未成年外國人」兩種情形來討論。

<sup>380</sup> Emonet and Others v. Switzerland, no. 39051/03, judgment of 13 December 2007, §66.

<sup>381</sup> “the United Nations Convention on the Rights of the Child”，聯合國大會於 1989 年 11 月 20 日之依據第 44/25 號決議通過，而於 1990 年 9 月 2 日正式生效。關於該公約之介紹，可參聯合國兒童基金會網站：[http://www.unicef.org/chinese/crc/index\\_30160.html](http://www.unicef.org/chinese/crc/index_30160.html)。最後瀏覽日期：2012 年 6 月 19 日。

<sup>382</sup> 聯合國兒童權利公約第 3 條第 1 項：「關於兒童的一切行動，不論是由公私社會福利機構、法院、行政當局或立法機構執行，均應以兒童的最大利益為一種首要考慮。」

（註：中文亦為聯合國的官方語言之一，依兒童權利公約第 54 條規定，中文版本與其他五種官方語言之版本具有同等效力。因此，雖用語可以翻譯得更清楚，但筆者仍保留原文，只將簡體字轉換成繁體字。下註同。）

<sup>383</sup> 聯合國兒童權利公約第 7 條第 1 項：「兒童出生後應立即登記，並有自出生起獲得姓名的權利，有獲得國籍的權利，以及盡可能知道誰是其父母並受其父母照料的權利。」

<sup>384</sup> Scozzari and Giunta v. Italy [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, judgment of 13 July 2000, §148.

<sup>385</sup> Pini and Others v. Romania, nos. 78028/01 and 78030/01, judgment of 22 June 2004, §139. 另，收養問題另會援引「歐洲收養子女公約」(the European Convention on the Adoption of Children, of 24 April 1967).

<sup>386</sup> Üner v. the Netherlands [GC], no. 46410/99, judgment of 18 October 2006, §58.

<sup>387</sup> Elsholz v. Germany [GC], no. 25735/94, judgment of 13 July 2000, §52 及 T.P. and K.M. v. the United Kingdom [GC], no. 28945/95, judgment of 10 May 2001, §72.

<sup>388</sup> Johansen v. Norway, no. 17383/90, judgment of 7 August 1996, §78.

<sup>389</sup> Frette v. France, no. 36515/97, judgment of 26 February 2002, §42.

<sup>390</sup> Pini and Others v. Romania, nos. 78028/01 and 78030/01, judgment of 22 June 2004, 見§§164-165.



## (二) 驅逐未成年子女在國內之外國父母

此時的重點，乃依「兒少最佳利益原則」所課予國家的積極義務。亦即，「國家有義務促使未成年人與家人團聚」<sup>391</sup>。因此，在兒童無法隨同移居國外時，國家將兒童的父母驅逐出境，即會有違反此原則的可能。

Rodrigues da Silva and Hoogkamer 案<sup>392</sup>可謂當中的經典代表。案情簡述如下：

申訴人是名巴西女性，在未取得居留權的情況，來到荷蘭，與荷蘭男子生了一個小孩，小孩取得荷蘭國籍，但後來申訴人與同居人分手。申訴人聲請居留權遭拒，國內法院因而將監護權判給生父。然而，小孩一直以來與申訴人的關係非常親密，與其生父卻少有互動。歐洲人權法院認為，若申訴人被驅逐出境，由於該小孩是荷蘭國籍，監護權已被荷蘭法院判給荷蘭的生父，申訴人不可能帶小孩回巴西，必須使小孩和她媽媽分開。如此，申訴人不可能定期去看小孩，對只有三歲的小孩來說，是極大的痛苦。因此，對該三歲女兒而言，其最佳利益是讓媽媽留在荷蘭陪他。申訴人並沒有犯罪，荷蘭國內經濟福祉的利益並不會大於驅逐其母親的利益，即使小孩出生時媽媽仍是不合法居留亦同。國家無視小孩利益的重要，只以經濟福祉為由驅逐申訴人，過度形式主義，干預與利益不成比利，違反公約第 8 條第 2 項。

該案中，申訴人與地主國的連結不高，且與國籍國的連結不弱，受驅逐後回本國生活並無困難。然而，法院在本案中主要考量其三歲的小女孩的利益，由於該小孩不可能與申訴人一同返回其國籍國巴西，而必須要與母親分離。考量其最佳利益（聯合國兒童權利公約第 7 條：「子女有盡可能被父母照顧之權利」），國家僅以「國內經濟福祉」為由，干預其女兒受申訴人照顧的權利，該措施並非民主社會所必要。<sup>393</sup>

## (三) 驅逐父母在國內之未成年外國人

接下來是驅逐父母在國內之未成年人的問題。此點因與未成年人保護直接衝突，因此更受國際社會的關注。<sup>394</sup>

<sup>391</sup> Johansen v. Norway, no. 17383/90, judgment of 7 August 1996, §78 及 Eriksson v. Sweden, no. 11373/85, judgment of 22 June 1989, §71.

<sup>392</sup> Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, no. 50435/99, judgment of 31 January 2006, §§41-43.

<sup>393</sup> 在不合法居留狀態時所建立的家庭生活，原則上不受保護，除非是在很例外的情況——而本案正是這種「很例外的情況」。當然，不是說沒有居留權的母親，只要來到本國生小孩，就會因小孩之緣故不得被驅逐。若無本案小孩與父親的疏離、小孩因生父關係取得國籍等原因，結論未必會相同。而且，小孩的年紀也是考量的因素，年紀小較依賴父母，年紀長則依賴既存生活環境。關於年紀可參 Mitchell v. the United Kingdom, no. 40447/98, decision of 24 November 1998, 「The law」段落下§7.

<sup>394</sup> 除了下述之聯合國兒童權利公約之外，歐洲人權法院判決曾援引之國際公約，如歐盟法保障

法院在此相關案例中，除了討論國家便利未成年人與父母團聚的義務外，更還包含了國家照顧未成年人，促使其融入社會的義務。例如，在未成年人犯罪的時候，聯合國兒童權利公約第 40 條<sup>395</sup>宣示，應以「助其重返社會」應為國家措施的重要考量。因此，在 *Maslov v. Austria* 案<sup>396</sup>中，歐洲人權法院即認為若將未成年人驅逐出境，乃將其原有之家庭及社會連結剝奪，並不能達成「助其重返社會」此目的，因此系爭處分非民主社會所必要。<sup>397</sup>

### 第五目 小結

關於「受驅逐人與地主國之社會連結性」要件，除了考量「受驅逐人本身與地主國之連結」、「受驅逐人與家庭之連結與該家庭與地主國之連結」之外，由於連結性是個需經比較才有意義的概念，因此，還要再考量「受驅逐人個人、及其家人，與國籍國之連結性」，方能了解受驅逐人與地主國之社會連結有多強，驅逐處分對其干預程度有多高。

另外，對於「出生於或自幼移居地主國，而成長於地主國」的此種「第二代移民」（「準本國人」）的特殊類型，因為其與地主國的超強烈連結，以及地主國之社會本應對其人格發展負責任等理由，受到最高程度的保障。

而另一種特殊類型，乃「未成年人最佳利益」的問題，基於聯合國兒童權利公約等相關國際公約的保障，歐洲人權法院亦採取出特別的判決角度，不論是驅逐兒童的父母，或驅逐該兒童本身，都會以未成年人的最佳利益為出發點，探討國家是否有盡受兒童受父母照顧的義務、幫助邊緣兒少再社會化的義務，以決定國家的干預措施是否為民主社會所必要。

## 第四款 其他——驅逐後拒絕入境之長度

---

未成年人受驅逐之規定(Article 28 § 3 of Directive 2004/38/EC)：「除非基於重要緊急的(imperative)公共安全外，不得驅逐下列居民：……(b) 未成年人，除非基於 1989 年聯合國兒童人權公約規定之兒童最佳利益之必要。」條文引自 *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, §41、§82。又如前述部長委員的建議案(Recommendation Rec(2000)15 §4(c)、(d))，宣示「未成年的長期居民，原則上不驅逐」的原則，只允許「對國家安全及公共安全構成嚴重威脅」時之例外。引自 *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, judgment of 18 October 2006, §37。

<sup>395</sup> “States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.”

<sup>396</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, §83.

<sup>397</sup> 要說明的是，此原則並非絕對，當未成年人之性格已被認為無重返社會之可能時，仍可能合公約的以刑罰處理，或為驅逐出境。只是本案不存在這些情況。

最後，有一個必要性之判斷標準，既不屬於「受驅逐人之社會連結性」，又不屬於「受驅逐人之社會危險性」，因此本文歸類於「其他」類。即：

#### - 驅逐後拒絕入境的長度

雖對於驅逐處分所追求之利益與造成干預兩者是否成比例之衡量，乃是衡量一個時點，而非衡量一段期間。然而，行為人被驅逐後，隨著時間的經過，行為人之社會危險性的確是會改變，是可能會降低的。而家庭生活之連結程度，雖然也可能會隨著驅逐後分離時間而減少，然而，父母子女彼此團聚的需求，由於其關於乃建立在血緣之上之故，彼此分隔愈多年，該團聚的需求度通常反而會愈高，此即血親關係之特性。

另外，為了達成有效驅逐出境的目的，國家在執行驅逐令後，一定會限制一段時間禁止受驅逐人再次申請入境。此處要討論之問題即為驅逐令所附之禁止再次入境之期間長度，是否會因為過長，而發生違反公約之問題。

在法院的判決中，「驅逐後拒絕入境的長度」的確會成為個案中考量比例性的因素。然而，由於拒絕入境長度對於公公益消長效果之抽象性，法院基於尊重各國解釋空間的態度，未曾見過法院對於拒絕入境期間為喊價式的挑剔。法院唯一會挑剔長度不合比例者，只有在「終生拒絕入境」的情形而已。關於「終生拒絕入境」之驅逐規定，在一些案例上，被法院認為是不合比例的原因之一；<sup>398</sup>相反的，而一些案例中，法院乃以長度有限制，申訴人於期間經過後仍可回過與家人團聚為由，而成為處分符合必要性之原因之一。<sup>399</sup>最後，在 *Kaya v. Germany* 案<sup>400</sup>中，法院更是明確肯認此種「有期限/無期限」之區分方式。

### 第三項 類型化一：因犯罪為由驅逐出境

#### 第一款 概說

評估完「受驅逐人與地主國之社會連結性」之後，皆下來就依各驅逐原因之不同，評估受驅逐人之「社會損害性」，方能了解兩者孰重孰輕，該驅逐出境處分是否為民主社會所必要。

<sup>398</sup> 例如 *Radovanovic v. Austria*, no. 42703/98, judgment of 22 April 2004, §37、*Ezzouhdi v. France*, no. 47160/99, judgment of 13 February 2001, §35 及 *Yilmaz v. Germany*, no. 52853/99, judgment of 17 April 2003, §§48-49.

<sup>399</sup> *Üner v. the Netherlands [GC]*, no. 46410/99, judgment of 18 October 2006, §65、*Benhebba*, no. 53441/99, judgment of 10 July 2003, §37 及 *Jankov v. Germany*, no. 35112/92, decision of 13 January 2000.

<sup>400</sup> *Kaya v. Germany*, no. 31753/02, judgment of 28 September 2007, 尤見§68.



因犯罪而驅逐出境，此種驅逐出境追求之目的，乃公約第 8 條第 2 項之「公共安全」及（或）「避免失序或犯罪」，先予說明。

另外，犯罪是判決中最常見之驅逐出境原因<sup>401</sup>。此類案件在比例原則的操作上，可以有足夠程度的具體化。亦即，怎麼樣的社會危險足以干預怎麼樣的社會連結，有個比較清楚的標準。接下來即以「比例原則」的操作為重點來討論之。

## 第二款 考量標準

評估社會連結性的相關標準，已如上述本章第二項所述。至於評估社會損害性之相關標準，在 *Boultif* 及 *Üner* 案建立之考量標準中，與之相關者有三：

- 申訴人所犯罪行的性質及嚴重性
- 申訴人犯罪時是否已成年
- 申訴人犯罪已經過的時間長度，以及申訴人此期間的行為表現

以下分別討論之。

### 第一目 受驅逐人所犯罪行的性質及嚴重性

犯罪的性質，最主要的就是視其是否為重大暴力犯罪。如，殺人<sup>402</sup>、強姦<sup>403</sup>、強盜<sup>404</sup>，屬於重大暴力犯罪。至於竊盜<sup>405</sup>、勒索<sup>406</sup>、酒駕<sup>407</sup>等等，則不屬之。輕傷罪<sup>408</sup>通常具暴力本質但非重大，而重傷罪<sup>409</sup>則屬之。過失致死<sup>410</sup>，視情況亦可能構成重大暴力犯罪。

比較特別的是毒品問題。毒品犯罪本身，雖然不屬暴力犯罪，但多數國家都對此類犯罪採行極為嚴厲之制裁，甚至在驅逐出境問題上，規定因運毒入境而被判刑確定之外國人，一律終生驅逐出境，即使擁有永久居留權亦同。<sup>411</sup>對於此種犯罪類型，法院表示，「考量到毒品澈底毀滅人民生活的可怕——尤其是年輕人

<sup>401</sup> 例如，集大成之 *Boultif* 和 *Üner* 案，就是因犯罪原因驅逐出境之案件。

<sup>402</sup> *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, judgment of 18 October 2006,

<sup>403</sup> *Bouchelkia v. France*, no. 23078/93, judgment of 29 January 1997, §51.

<sup>404</sup> *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, judgment of 2 August 2001.

<sup>405</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008.

<sup>406</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008.

<sup>407</sup> *Keles v. Germany*, no. 32231/02, judgment of 27 October 2005.

<sup>408</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, §14、§81.

<sup>409</sup> *Kilic v. Denmark*, no. 20277/05, decision of 22 January 2007, 見「The law」段落下§1 倒數第三段。

<sup>410</sup> *Kilic v. Denmark*, no. 20730/05, decision of 22 January 2007, 見「The law」段落下§9。應特別提醒的是，此裁判與上註所引用之裁判，兩者名稱、日期相同，內容亦相似，但案號不同。

<sup>411</sup> 如法國在 *Mehemi v. France* 一案中就採取如此作法。見 *Mehemi v. France*, no. 25017/94, judgment of 26 September 1997, §34.

——法院能理解國家機關堅定對抗外國人此種犯罪的態度。」<sup>412</sup>因此，肯定製毒、販毒及運毒為嚴重之犯罪。不過，單純吸毒並不屬之<sup>413</sup>。

此上乃犯罪之性質之討論。而關於犯罪之嚴重性，除了與該犯罪之性質相關之外，亦會以各國法院對該罪行所判決之刑度為依據，例如 *Keles v. Germany* 案<sup>414</sup>。

## 第二目 受驅逐人犯罪時是否已成年

同樣的犯罪，犯罪當時行為人是否成年，自然會有很大的不同。<sup>415</sup>由於未成年人尚在發展人格的階段，且基於幫助未成年人復歸社會乃少年司法之主要目的，少年犯罪通常較能夠被容許。因此，就算其為一連串之犯罪行為，只要其非屬重大暴力犯罪，法院通常將之歸類為「少年非行」<sup>416</sup>，而嚴重程度較低。例如在 *Maslov* 案<sup>417</sup>，申訴人於 15 個月期間內，接連一再違反竊盜、勒索、傷害等罪，以賺錢吸毒。法院認為，申訴人犯這些罪的時候還未成年、及非暴力的本質，成為該案決定性的關鍵。

因此，未成年人犯罪，除了在「社會連結性」之判斷上，基於兒少最佳利益的考量，會特別考量驅逐後會面臨的艱苦和困難，而增加連結之外，在「社會損害性」之判斷上，往往亦會被視為是降低危險的因素，而難以正當化驅逐。

## 第三目 犯罪後已經過之時間，及受驅逐人在這段時間之表現

犯罪行為雖然表彰行為人的社會危險性，但若其服刑或受驅逐令後，已經受到教訓，其後已不再犯罪或幾乎不再犯罪，自然會因此認為其危險性已降低，驅逐之執行已不必要。

另外，在大多數判決的時間順序中，申訴人都是先犯罪，然後被定罪，之後是服刑以及收到驅逐令，而在服刑中驅逐令確定，然後才出獄。亦即，驅逐令確定之前，申訴人通常都還在監獄當中服刑，沒有什麼「已不再犯罪」之可言，因為在監獄服刑之時不再犯罪，並沒有什麼意義。因此，幾乎所有的案例，申訴人已降低之社會危險性的表徵，一定是在出獄——即驅逐令確定之後。

<sup>412</sup> 例如：*Dalia v. France*, no. 26102/95, judgment of 19 February 1998, §54 及 *Baghli v. France*, no. 34374/97, judgment of 30 November 1999, §48.

<sup>413</sup> *Ezzouhdi v. France*, no. 47160/99, judgment of 13 February 2001, §34、*Maslov v. Austria [GC]*, no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, §80.

<sup>414</sup> *Keles v. Germany*, no. 32231/02, judgment of 27 October 2005. 該案中，申訴人一而再再而三的酒後駕車，被告國因此強調申訴人對交通往來安全會造成嚴重危險。然而，法院表示，其更看重該行為被判處之刑度也只有五、六個月而已。

<sup>415</sup> *Radovanovic v. Austria*, no. 42703/98, judgment of 22 April 2004, §35.

<sup>416</sup> “juvenile delinquency”，參 *Maslov v. Austria [GC]*, no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, §75.

<sup>417</sup> *Maslov v. Austria [GC]*, no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, 見§81.

這首先就產生了一個問題，即驅逐令已經確定，之後才發生事實，是否應納入判斷。若國內法院之駁回上訴，而使驅逐令確定的裁定，是合乎公約，是否可以因之後的新發展，而使該驅逐令被認為不成比例？

此問題在上一節之討論過，起先法院是認為驅逐令確定以後之事實都不再考慮，但在 *Maslov v. Austria* 案<sup>418</sup>已確定的改變此一見解，而認為驅逐處分確定後之新事實亦要考量。亦即，縱然確定之驅逐令合乎公約，隨著新事實的發生，「實際之驅逐行為」可能變成違反公約。

例如，在最新的 *A.W. Khan v. the United Kingdom* 案，申訴人雖然販賣 2.5 公斤的海洛因，而被判七年徒刑。但 2006 年獲假釋後，近四年都已未曾再犯罪，法院即依據其出獄後所表現的好行為，而認其社會的危險性已經減緩。

### 第三款 重新檢視標竿案例-- MOUSTAQUIM v. BELGIUM 案

接下來，本文經由已整理出之標準，再回去重新檢視上述之標竿案例 *Moustaquim v. Belgium* 案<sup>419</sup>。當然，如此之討論，是將一連串之判決所建立之原則，拿回去檢視建立該原則之原判決，自然本質上是個循環論證。不過，本節之論述目的，並不是要去證立 *Moustaquim* 判決之正確性，乃單純在於舉例說明，因為將來若發生其他類似的案件，就可以很容易的套入這些已經有的原則，而達成判斷。

受驅逐人即申訴人 *Moustaquim* 現年 22 歲，自 2 歲起就隨家人來到比利時(以下簡稱地主國)居住之摩洛哥(以下簡稱國籍國)人。其屬於上述之「自幼生長於地主國」之「準本國人」(第二代移民)，與地主國之連結強烈到幾乎與本國人沒有兩樣、又與國籍國幾無連結，連親戚都沒有。又，雖其已成年，但由於其尚未獨立離家，故仍家人組成屬於核心家庭，與家人有強烈連結。另外，七個兄弟姊妹亦全部都在地主國居住，有些甚至在地主國出生，而且其中年紀最大的哥哥已取得地主國之國籍。因此，申訴人與地主國比利時之「社會連結性」，屬於最強烈之程度。

接下來討論其社會損害性。申訴人在未成年時，共犯了 147 件罪行。然而，一開始都是由少年法院以保護處分及教育命令來處理。十七歲的時候，少年法庭放棄管轄權，將該案移送到檢察署起訴，以刑事程序來處理。其後，被控二十四個罪名中，有二十二個罪名判有罪確定，包含 4 個加重竊盜罪、12 個加重竊盜

<sup>418</sup> *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, judgment of 23 June 2008, 尤見§43、§91、§93.

<sup>419</sup> *Moustaquim v. Belgium*, no. 12313/86, judgment of 18 February 1991.

未遂罪、1 個竊盜罪、1 個收受贓物罪、1 個毀損車輛罪、2 個傷害罪和 1 個恐嚇罪，而被判決二十六個月的徒刑。雖然具是一連串的犯罪，但就其性質，皆非重大暴力犯罪。犯罪之個數再多，也不會改變其非屬重大暴力犯罪之性質。況且，其為少年時期所犯之事實，亦會將低危險性的層次。

最強烈的社會連結性，以及非屬重大暴力犯罪之第二等社會損害性，兩者相較之下，驅逐處分所追求之「防止犯罪、保障公共秩序」之利益，並不能正當化對受驅逐人之私人及家庭生活之干預。因此，該驅逐處分不是民主社會所必要。

## 第四款 後續發展

### 第一目 王見王之類型——重大暴力犯罪仍可驅逐準本國人

接下來探討標竿判決之後的發展。同樣也是選取最強烈的社會連結性之案件。首先，先討論王見王的情況，亦即，最強烈的社會連結性——即出生或自幼成長於地主國之準本國人，碰上最強烈的社會危險性——即重大暴力犯罪，此時該驅逐處分是否符合比例？

關於此問題，前述已經提過，雖歐洲理事會的國會大會曾建議，對於此種準本國人，絕對不予驅逐，然歐洲人權法院並未採取這樣的見解。因此，法院肯認在此種情形，重大暴力犯罪所造成最強烈的社會危險性，是可以正當化對最強烈社會連結性之干預的，縱使該重大暴力犯罪是在少年時所犯，亦同。

在 *Bouchelkia* 案<sup>420</sup>（本文以此案為「王見王類型」之標竿案例）中，申訴人 2 歲時就與母親一同搬到地主國丹麥，與父親及兄弟姐妹同住。其不會講國籍國阿爾及利亞的語言，在國籍國亦沒有親戚。而 17 歲時以暴力觸犯加重強暴罪。法院強調該犯行的嚴重性，以此為由認為定驅逐處分成比例。另，在 *Kilic v. Denmark* 案<sup>421</sup>（共兩案）中，兩位堂兄弟，一位自幼出生於丹麥，一位 2 歲時隨家人移居丹麥。其後 16 及 17 歲時，二人一同犯下強盜未遂、過失致死及重傷害罪，法院亦認為該驅逐處分沒有違反公約。

因此，可知，在王見王的情況，少年人的重大暴力犯罪，仍可以驅逐自幼成長於本國之第二代移民的。<sup>422</sup>

<sup>420</sup> *Bouchelkia v. France*, no. 23078/93, judgment of 29 January 1997, 見 §§50-51.

<sup>421</sup> (*Ferhat*) *Kilic v. Denmark*, no. 20730/05, decision of 22 January 2007 及 (*Hizir*) *Kilic v. Denmark*, no. 20277/05, decision of 22 January 2007. 不過此兩案之申訴人，與國籍國土耳其仍有連結，因此代表性比前註之案例略低。

<sup>422</sup> 值得一提的是，並非完全沒有相反的案例。在 *Nasri v. France*, no. 19465/92, judgment of 13 July 1995 中，為第二代移民之申訴人觸犯強暴罪，驅逐處分被法院認為不成比例。然，本案中有極

另外，在 *Lamguindaz v. the United Kingdom* 案<sup>423</sup>中，申訴人從七歲起就跟父母進入地主國居住的第二代移民，而現已成年。其因一連串傷害罪被定罪，而受驅逐。人權委員會引述 *Moustaquim* 案，肯認申訴人受驅逐後會面臨重大困難，認為該項申訴於法有據，而決定受理。相對於其他引述 *Moustaquim* 案宣示之原則後，就宣告顯無理由不受理的案件<sup>424</sup>，人權委員會於本案中顯然較偏向認定違反公約的態度<sup>425</sup>。

兩相對照可知，在暴力犯罪的領域中，重大暴力犯罪可以驅逐第二代移民，也「唯有」重大暴力犯罪才能驅逐第二代移民。亦即，可否驅逐第二代移民的界限，是劃在「重大暴力犯罪」與「非重大暴力犯罪」之間。

### 第二目 毒品犯罪——嚴重性遠低於重大暴力犯罪

另外，對於毒品犯罪，法院雖已肯定其為嚴重本質之犯罪，但從以下二案例中衡量之結果，似可知該罪名之嚴重性，仍不及於重大暴力犯罪。

第一案是最新之 *A.W. Khan v. the United Kingdom* 案<sup>426</sup>。申訴人是個三歲就來到地主國之準本國人，與地主國有強烈之社會連結，且與國籍國已無連結。申訴人 38 歲時因幫助運輸大量（2.5 公斤）之海洛因，而被判刑七年，後驅逐出境。本案中，其與 38 歲，未建立家庭，雖與父母同住，但其已成年獨立，不構成核心家庭，其受公約保障之權利只有私人生活而已。

然而，縱然其家庭生活的連結如此之弱，受保障的只有私人生活而已，法院最後仍認為運毒的嚴重性仍無法勝過這樣的利益。因此，舉輕以明重，可以此概念推知：若其於在私人生活之外亦擁有核心家庭，而成為標準之私人生活和家庭生活都有的「準本國人」，以運毒造成的社會損害性，自然亦無法正當化該驅逐處分。因此，與嚴重暴力犯罪相比，運毒之社會損害性顯然遠遠不及之。

不過，本案中還有犯罪後驅逐前已經過數年的問題，因此也有可能法院不是

---

其特殊的情況，即申訴人自幼聾啞，且完全不識字，除了父母和兄弟姊妹外，沒有人有能力和他溝通。因此，本文以為，該案情形過於特殊，並不能成為「以重大暴力犯罪為由仍可驅逐第二代移民」原則之反證。

<sup>423</sup> *Lamguindaz v. the United Kingdom*, no. 16152/90, (Commission) decision of 17 February 1992.

<sup>424</sup> 如 *D.O. v. Switzerland*, no. 24545/94, (Commission) decision of 31 August 1994、*Lumumba v. Sweden*, no. 22696/93, (Commission) decision of 12 October 1994、*Charfa v. Sweden*, no. 20002/92, (Commission) decision of 5 April 1995 及 *Sim and Ungson v. Finland*, nos. 25946/94 and 25947/94, (Commission) decision of 28 June 1995.

<sup>425</sup> 本案只討論人權委員會的見解，乃因為該案後來雙方和解了，因此法院判決不受理，見 *Lamguindaz v. the United Kingdom*, no. 16152/90, judgment of 23 June 1993. 而從被告國願意和解一事，應亦可推知有關機關皆偏向認定已違反公約。

<sup>426</sup> *A.W. Khan v. the United Kingdom*, no. 47486/06, judgment of 12 January 2010, 見§43.



認為運毒本身損害性較重大暴力犯罪為低，只是危險性後來已降低而已（雖然與上述王見王之 *Bouchelkia* 案，其暴力犯罪是在少年時期違犯，同樣也有降低社會損害性之理由）。因此，毒品犯罪之社會損害性不及於重大暴力犯罪之論述，還需要再舉一例來討論。

*Mehemi v. France* 案<sup>427</sup>也是個很精彩的案子。其之所以精彩，不只是法院衡量雙方利益過程之討論，更是因為申訴人 *Mehemi* 在 1997 年獲法院判決確認驅逐他出境的處分違反公約之後，過了六年，申訴人又主張被告國（法國）雖已允其入境，但因為核發強制居住令限制其活動之自由，因此再次認為其家庭生活權利被侵害，第二次向歐洲人權法院申訴，而法院也有再度做出判決來回應。

案情為，申訴人是自幼在法國出生的第二代移民，直至 33 歲受驅逐前，其父母、四個兄弟姊妹住在法國，且申訴人成年後，在法國娶妻生子，三個未成年子女在法國出生，擁有法國國籍。申訴人與國籍國幾無連結，只有一次短期旅遊。法院亦已考量過，申訴人無法在法國之外之國家建立該家庭生活。由此可知，申訴人除了出生於地主國之外，亦已在地主國建立自己的家庭生活，有三個未成年子女，與地主國的「社會連結性」，屬於最強烈的連結。

而關於申訴人的社會危險性，申訴人走私大量大麻（142 公斤）入境，被判六年有期徒刑。因為政策考量，運毒入境的外國人都永久驅逐。

法院審理後，認為雖可理解國家對於運毒強力禁絕的決心，但若因此要申訴人永久與妻子及三名未成年子女分開，並不成比例，因而判決被告國敗訴。由此判決可知，「運毒」造成之社會危害性，亦不足以正當化干預最強烈的社會連結性。

不過，這裡有個問題，法院認為系爭驅逐令不成比例，究竟是認為該驅逐令本身就完全不成比例，是否是因為「永久驅逐」的關係才不成比例？光此判決看不出來，因為前述重大暴力犯罪之驅逐不違反公約之判決，其驅逐時間雖然未明確規定，但依國內法，五年後通常就可以准許再次入境。<sup>428</sup>相較於此案，法院似有可能不足正當化的原因不是因為運毒的嚴重性不強，而是因為「永久驅逐」長度的關係。

然而，幸好該案有後續發展，即有基於第二次申訴的後判決<sup>429</sup>存在，而解決了這個問題，確定前判決所謂之不成比例，乃該驅逐令本身就不成比例，而非永久驅逐之期間不成比例。其依據為：首先，在後判決中，法院引述前判決時，

<sup>427</sup> *Mehemi v. France*, no. 25017/94, judgment of 26 September 1997.

<sup>428</sup> *Bouchelkia v. France*, no. 23078/93, judgment of 29 January 1997, §30.

<sup>429</sup> *Mehemi v. France* (No. 2), no. 53470/99, judgment of 10 April 2003.

說明該判決認定違背公約的理由是「驅逐申訴人到一個除了國籍以外沒有連結的國家」，因而目的與干預不成比例，而未曾提到驅逐期間的問題。<sup>430</sup>此外，在該判決中，申訴人抱怨被告國法國於前案敗訴後（1997年09月26日），在允許其重入境上有數個月的拖延，才核發許可讓其回到法國。<sup>431</sup>而法院亦肯認國家於不適當驅逐後，有積極義務要便利受驅逐人返回國內<sup>432</sup>，且肯認該項允許之核發有延遲的情形。<sup>433</sup>換句話說，法院肯認被告國在受敗訴判決之後，就有盡可能快速的讓申訴人返回國內的義務存在。因此，縱拋開「終生驅逐」之期間不談，前判決所述之驅逐行為，干預本身就已經目的不成比例，至此已經顯明。

由上可知，重大暴力犯罪本身可以正當化最強烈的社會連結性之干預，然在相同的情況下，販毒犯罪卻不可以。因此，在法院的觀點中，販毒所造成之社會損害性，不如重大暴力犯罪來得強烈，毒品犯罪並不會造成行為人擁有「最強烈的社會危險性」

另外，或有以為對於販毒，國內法院才判處六年、七年之輕刑，乃是前述毒品犯罪之社會危險性較不被認為嚴重的原因。然而，此說法並不成立，因為前述以在未成年時違反加重強暴罪為由驅逐第二代移民，而被認為成比例的標竿案例 *Bouchelkia* 案中，國內法院判處的刑度也才五年而已，而且因為獲減刑，行為人服刑二年就出獄了。<sup>434</sup>因此，此處法院考量之重點乃犯罪之性質，而非其刑度，至為顯然。

### 第三目 卒見卒——輕連結 v. 輕罪

至於在申訴人與地主國的社會連結不是最強的時候，但申訴人的社會危險性亦只有觸犯輕罪時，此時當如何？此時，「未成年人的利益」往往就會決定判決之結果。

*Keles v. Germany* 案<sup>435</sup>可作為典型的代表：

申訴人為土耳其人，10歲時移居德國，和父母及兄弟們同住，並繼續受教育。然而其之後仍常常回到土耳其，22歲時，在土耳其認識其妻子，兩人並育有一子。之後，申訴人與妻子及兒子與之一起去德國居住，並皆取得德國之永久居留權。夫妻陸續又生了三個小孩。然

<sup>430</sup> 見該判決§46 第一句。

<sup>431</sup> 見該判決§44。

<sup>432</sup> 見該判決§46。

<sup>433</sup> 見該判決§48 末句。

<sup>434</sup> 參 *Bouchelkia v. France*, no. 23078/93, judgment of 29 January 1997, §9.

<sup>435</sup> *Keles v. Germany*, no. 32231/02, judgment of 27 October 2005, 見§64.

而，夫妻及四個小孩都是土耳其國籍。

申訴人有酒癮，因侮辱、酒駕、妨害公務、過失駕駛、傷害、無照駕駛等一連串之犯罪，最後被判七個月徒刑且不得緩刑，因而服刑七個月。服刑一年後，德國以其連續犯罪（尤其大部分與交通相關），造成公共安全的危險且有再犯之虞，且申訴人在土耳其仍能建立家庭為由，將之驅逐出境。

法院先考量其社會危險性。關於犯罪的本質及嚴重性，申訴人一共犯了八個罪，其中四個與交通相關。雖然肯認這些犯罪會造成道路交通往來的危險，但法院更看重這些罪名後來被判的刑度最多也只有五或六個月而已。

接著考量連結申訴人的社會連結性。關於其與地主國的連結：驅逐當時，申訴人已在德國合法居住 27 年。10 歲時就移入，並接著受教育，且工作於此。後獲得永久居留權。妻子亦已在德國居住十年，實際上有效的家庭。而與國籍國的連結部分：申訴人與土耳其不是沒有連結，考量其熟悉土耳其的語言和文化，妻子是在土耳其認識的土耳其人。大兒子五歲以前亦是在土耳其生活。又，申訴人及家人都具有土耳其國籍，因此，要重新整合進入土耳其的社會並不會太困難。

申訴人與妻子之社會連結性及社會損害性都不高，要如何下決定呢？此時，小孩的利益成了決定因素。法院觀察，申訴人的四個小孩，在申訴人驅逐令核發當時，是六歲到十三歲不等，除大兒子外，皆在德國出生，於此受教育。就算他們會土耳其話，去土耳其住，但仍會面臨困難，因為學校課程是不同語言、要適應新的課程安排。

因此，法院認為驅逐處分不成比例。

在上案中，未成年人的最佳利益，成了最後的關鍵考量因素。

另外一案 *Jakupovic v. Austria*<sup>436</sup>，則是受驅逐人本身就是未成年人的情形：

申訴人是巴爾幹半島之克羅埃西亞人，12 歲時帶著與 6 歲弟弟來到地主國，因其母親已在此生活和工作。16 歲時，因涉嫌 15 起住宅竊盜罪，遭判刑五個月，緩刑三年。受到驅逐令。但受驅逐令後其後仍繼續竊盜。

社會危險性方面，是屬於一連串的竊盜罪，尚屬輕罪。而在社會連結性方面，申訴人非第二代移民，因已在地主國受過教育，熟悉當地的語言和文化。又，其只來地主國三年多而已，且在父親仍在國籍國。

此時到了未成年人利益的考量。首先，國籍國剛遭戰亂洗禮，環境惡劣，對於現仍未成年的申訴人來說，並不是適合成長的环境。又，

<sup>436</sup> *Jakupovic v. Austria*, no. 36757/97, judgment of 6 February 2003, §27.

其雖有父親在國籍國，但已有報告顯示其在戰爭中服兵役時，已經失蹤。其他親戚，因戰亂的關係，亦已分散各處，申訴人在當地是否找到親戚，亦不確定。

因此，基於以上考量，法院認為單純的竊盜罪並不足以正當化該驅逐處分，而認為被告國違反公約。



本案例中，申訴人進入地主國沒幾年，社會連結性不多，而社會危險性也只有竊盜犯罪而已。最後，法院考量其未成年人之身分，驅逐後必須回到剛經戰爭洗禮，殘破不堪的巴爾幹半島，影響非常大，因此認定驅逐處分不成比例。

### 第五款 具體規範參考

歐洲理事會之部長委員會，關於長期移民之驅逐保障問題，曾提出建議案 Recommendation Rec(2000)15，其中第 4 條對於受驅逐時居住期間與犯罪嚴重性之關係、以及第二代移民之入國年齡，有著具體的規定，深值參考，故特引用說明如下：

- 「 b. 依據比例原則的觀點，國家在驅逐長期居民時，應適當的考量的居住長度種類，與所犯罪行嚴重性的關係。尤其，會員國應保障以下之長期居民不應被驅逐：
  - 居住五年後，除非犯罪行為被判刑超過二年且無緩刑
  - 居住十年後，除非犯罪行為被判刑超過五年且無緩刑
  - 居住超過二十年後，一個長期移民不應該再被驅逐
- c. 出生於地主國之長期居民，或於十歲以前進入地主國之「合法居住」之長期居民，一旦滿十八歲，就不應被驅逐。  
未成年的長期居民，原則上不驅逐。
- d. 各國可自由規定於內國法：若長期居民對國家安全及公共安全構成嚴重威脅，則仍可以驅逐。」

### 第六款 小結

因犯罪原因而驅逐出境時，要衡量的標準即「受驅逐人因犯罪行為所展現之社會危險性」及「受驅逐人之社會連結性」兩者間的關係。受驅逐人社會連結性愈緊密，驅逐所依據之犯罪的性質及嚴重性就要愈強，方足以正當化。

依歐洲人權法院的判決，對於出生於地主國，或自幼隨家人來到地主國，而在地主國成長、受教育、接受社會化過程之「第二代移民」，鑑於其與地主國之家庭生活與私人生活之緊密連結，該移民除不具國籍外，幾與其他本國人無兩樣，因此屬於最強烈的社會連結性，要受最強的保障。而至於第二代移民如何認定，在不同個案上或有差異，但歐洲理事會之部長委員會所建議之「在十歲以前入國，且已年滿十八歲」之標準，可作為不錯的指標。

符合此種「最強烈連結」之「準本國人」，是否要受「絕對不驅逐」之保障，曾有爭議。歐洲理事會之國會大會之建議案就曾主張絕對不驅逐，但部長委員會並未採之，而認為對社會秩序構成嚴重威脅時，仍可以驅逐之。歐洲人權法院亦採與部長委員會相同的觀點，表示由於公約第 8 條規定國家的干預在符合第 2 項要件，尤其是「民主社會所必要」要件時，仍可以被正當化，因而公約中並不包含「絕對禁止驅逐」之保障。

然而，法院亦肯認，此時若要將驅逐行為正當化，一定要基於『非常嚴重的理由』才有可能。

在過去案例中，可知要正當化此種「最強烈的社會連結」之干預，唯有「重大暴力犯罪」（如殺人、強暴）——不論是成年或未成年時所犯——造成的社會危險性，方為足夠。反之，犯罪之性質非重大暴力犯罪，即不足以正當化對最強烈社會連結性之干預——縱使犯罪再頻繁、數目再多，仍不會使該性質變成重大暴力犯罪。另，關於製毒、運毒、販毒行為造成徹底毀滅人民生活的可怕，法院肯認其亦屬非常嚴重的犯罪，但在相關判決中可知，此等犯罪之嚴重性仍無法與「重大暴力犯罪」相比擬，無法正當化對「最強烈社會連結」之干預。

另外，犯罪性質輕微但社會連結也很弱的時候，此時法院最重要的考量點，即為未成年人之最佳利益。不論受驅逐人為父母或子女，亦不論父母受驅逐時小孩是否有一起申訴，只要驅逐之結果會使得父母與子女分離，或會使未成年人進入惡劣的環境生活，即會被認為系爭驅逐處分不成比例，因而違反公約。

而其他的情形，則要考量受驅逐人之「社會連結性」——由驅逐人和家人與地主國之連結（包含婚姻及子女狀況、關係人的國籍、居留權之種類、建立家庭時是否有定居在地主國之合理期待、在地主國生活之長度等）對比於與國籍國之連結來決定；以及受驅逐人之「社會危險性」——所犯罪行的性質及嚴重性、申訴人犯罪時是否已成年、申訴人犯罪後已經過的時間長度及行為表現——，並考量驅逐期間之長度及相關特殊情況（如移民政策之特殊歷史背景因素、行為人違反移民法之紀錄等）。在上述標準之中，找出個案中較具決定性的因素，來衡量社會連結性與社會危險性之大小，以決定該驅逐處分是否成比例。



最後，若個案中無特別有意義的決定性因素時，則可參考部長委員會所提出之一般原則：

下列之長期居民，若無造成公共安全之嚴重威脅，不應驅逐：

- 居住五年後，除非犯罪行為被判刑超過二年且無緩刑。
- 居住十年後，除非犯罪行為被判刑超過五年且無緩刑。
- 居住超過二十年後。

「因犯罪驅逐出境」之討論，至此告一個段落。

## 第四項 類型化二：「國家安全」特別考量

### 第一款 概說

會選擇「國家安全」的議題，乃因臺灣和大陸之兩岸關係即處於一種潛在的敵對狀態，國家安全的考量，對於我國對大陸人民的入境及居留管制措施，影響重大。

而國家安全問題並非臺灣所獨有。在歐洲，不論是前蘇俄解體後，俄國從新成立國家撤軍的問題，或是各國面臨激進穆斯林恐怖攻擊之危險，也都提供了非常多足以令人省思的案件材料。

因此，本文希望藉由探討歐洲人權法院在相關案件上的看法，了解如何在「國家安全」與「家庭生活權利」兩利益間取得平衡，了解如何避免「國家安全」變成無限上綱干預權利的口號。

首先要說明的是，「危害國家安全」和「構成犯罪」兩者，並非完全不會重疊。因為，危害國家安全的行為，通常也會構成刑法上侵害國家法益的犯罪（如我國的內亂、外患罪等），或是侵害個人法益的犯罪（如恐怖攻擊所該當的大規模殺人罪）。因此，本文要討論的並不只是「與犯罪無關，而單純因為影響國家安全而驅逐出境」的案例，而是討論「不論有無構成犯罪，以維護國家安全之目標，在個案上可正當化驅逐處分的程度」。研究的目的是看歐洲人權法院如何去在判決中避免締約國在「維護國家安全」大旗下濫用驅逐出境權力。

經由判決的研究、整理，在國家安全相關案件上，除了「比例原則的操作問題」外，另外還有特有的問題，即「因資料為機密而造成驅逐程序不透明的問題」。後者屬程序問題，本文先予討論之。

## 第二款 以機密為由規避驅逐出境審查的合法性

國家行政機關以受驅逐人在國內居留危害國家安全為由，核發驅逐出境的命令。然而，到底為什麼受驅逐人會危害國家安全？是有陰謀顛覆政府行為？從事恐怖活動？或有其他原因？因為資訊來源以及資訊內容的敏感性，在許多案件中，受驅逐人除了被告知「你有危害國家安全的危險」之外，無法了解具體被驅逐的緣由，而對該驅逐處境處分的相關司法審查也受到限制。

國家機密的保護固有必要，但國家亦有保護人民之私人和家庭生活權利的義務。兩者衝突時，在驅逐出境的程序上，有何最低限度的要求？歐洲人權法院主要是在「干預依據法律」的要件中的「明確性」要求之下，對於此種明確程度必然較低的事物領域中，審查系爭法律規範是否有提供一套避免國家恣意解釋法律的事後審查機制——即有效的司法救濟機制。

首先，法院肯認各國維護國家安全的特別重要性。「出於維護國家安全目的之措施，因該事之敏感度、以及造成嚴重社會損害之潛在後果，因此與其他案件比起來，可以有較少的程序保障。」<sup>437</sup>、「法律明確性的要求程度，要取決於干預措施的本質及影響範圍。在因國家安全而驅逐出境的情形，考量『國家安全』之事物本質，由於對國家安全的危害，會以許多不同形式出現，因此無法期待立法對其行為態樣預先作定義。」<sup>438</sup>

然而，明確性的要求程度縱然較低，「國家仍不能做超出其文義的解釋」<sup>439</sup>、「仍然必須確保國家機關不會恣意濫用法律的解釋空間」<sup>440</sup>。並且，正因為維護國家安全而干預家庭生活權利之驅逐出境處分，其事前的保障相當少，「為保障個人權利，法律制度所提供給個人之事後檢視保障，就必須有較大的程度。」<sup>441</sup>。而在機密的問題上，法院亦表示，「在國家安全危急時，此種機密的保護雖無可避免。然而，此不代表行政機關每當宣稱系爭案件牽涉國家安全時，其對權利的干預措施就可以不用受國內法院的有效控制。」<sup>442</sup>

因此，在以國家安全因素驅逐外國人的相關案件上，國內法律所規定的程序，

<sup>437</sup> C.G. and Others v. Bulgaria, no. 1365/07, judgment of 24 April 2008 §45.

<sup>438</sup> Al-Nashif v. Bulgaria, no. 50963/99, judgment of 20 June 2002, §§120-121、C.G. and Others v. Bulgaria, no. 1365/07 judgment of 24 April 2008, §40。而關於明確性程度的要求程度，另見 P.G. and J.H. v. the United Kingdom, no. 44787/98, judgment of 25 September 2001, §46.

<sup>439</sup> Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, no. 62540/00, judgment of 28 June 2007, §84.

<sup>440</sup> Al-Nashif v. Bulgaria, no. 50963/99, judgment of 20 June 2002, §122.

<sup>441</sup> C.G. and Others v. Bulgaria, no. 1365/07, judgment of 24 April 2008, §45.

<sup>442</sup> Liu v. Russia, no. 42086/05, judgment of 6 December 2007, §62.

是否有提供司法機關有效檢視行政機關所為系爭處分合法性的機會，即為判斷系爭處分「是否依據法律」之重點。因為，如前一章所述，所謂的「干預依據法律」，並不只是要求國家的措施有某種程度的法律依據就好了，法院還要求該法律必須要具備足夠的品質，尤其是「明確性」，使該法律能夠預防國家機關的恣意。因此，若相關法律有很大解釋空間，而且國家機關具有不受限制的權力解釋系爭法律時，該法律即不具備法律的品質，有法律存在和沒有法律存在是一樣的意思，無法預防國家機關的恣意，此時即不符合「干預依據法律」之要件。

而為確保國家機關不會恣意解釋系爭法律，最重要的一點，即法律在相關程序上，必須提供中立的機關（通常是國內法院）重新審查行政機關處分的機會。歐洲人權法院表示：「即使在國家安全處於危急狀態時，民主社會中合法性（lawfulness）以及法治（rule of law）的概念，要求干預基本權的處分，並需在有能力的獨立單位前，進行對審程序（adversarial proceedings），去檢視決定的理由及相關證據（如有必要，可對機密資訊為程序上的限制）。個人必須有權去挑戰行政機關對其具有國家安全威脅性的主張。由於行政機關對於為何危害國家安全的評估，本質上占了非常重要的角色，該獨立機關必須能回應：系爭危害沒有事實根據、或對『國家安全』的解釋不合法、違背常識或恣意。若無此等保障，警察或其他行政機關即可以恣意干預公約保障的權利。」<sup>443</sup>

因此，在以國家安全為由將申訴人驅逐出境的 *Al-Nashif v. Bulgaria* 案<sup>444</sup>中，申訴人是回教徒，曾參加一場穆斯林的神學研討會，並曾開班教導十幾名穆斯林小孩。政府主張，申訴人所開設教育中心內的宗教行為不合法、輿論有負面影響、組織內疑似藏有極端份子，曾鼓吹武力威脅等等，並提出新聞報導及便條紙記錄等資料為證。歐洲人權法院以被告國完全沒有提供申訴人尋求國內法院或其他中立機關審查該驅逐處分合法性，以使相關事實主張及證據有被檢視的機會，而認為該系爭法律無法達成避免國家機關恣意干預公約權利的功能，不符合法律明確性的要求，違反「干預依據法律」的要件，因而宣告系爭驅逐處分違反公約。

而在 *Liu v. Russia* 案<sup>445</sup>中，俄國僅以概括的「對國家安全有危害」為由，拒絕給申訴人居留許可。申訴人雖得向國內法院尋求救濟，但由於行政機關主張證明申訴人危害國家安全的相關事實及證據是國家機密，國內法院無法獲得該資訊，只能對行政機關的決定作「形式上」的審查。歐洲人權法院因而認為，司法審查受到如此限制，根本無法就避免行政機關對於法律廣泛解釋權恣意濫用的危險一事提供有效保障。<sup>446</sup>

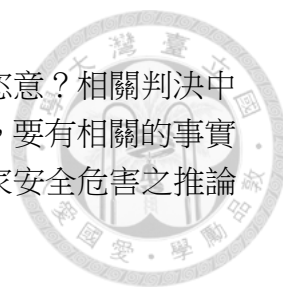
<sup>443</sup> *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, judgment of 20 June 2002, §§123-124.

<sup>444</sup> *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, judgment of 20 June 2002, 尤見 §§47-49、§53、§57、§§125-126.

<sup>445</sup> *Liu v. Russia*, no. 42086/05, judgment of 6 December 2007, §56.

<sup>446</sup> 同樣因國內法院審理時無法接觸細節而只能形式上審查驅逐處分的合法性，因而被認為不符





至於國內法院的審查，要能避免行政機關的何種解釋上的恣意？相關判決中存在的情形如：要求國家對於行為人構成國家安全威脅的宣稱，要有相關的事實基礎<sup>447</sup>、要有相關證據證明該事實<sup>448</sup>、以及該行為會構成國家安全危害之推論必須合乎常理等等<sup>449</sup>。

另外，值得一提的是，歐洲人權法院認為牽涉國家機密的相關案件仍必須受國內司法審查，還有一種很重要的理由：因為透過制度的設計，兼顧受驅逐人程序保障而不洩漏情資的性質和來源，是有可能的。在相關案件中必定被引用的 *Chahal v. the United Kingdom* 案<sup>450</sup>中，法院即援引了加拿大移民法上的國家安全機密案件審查相關規定。該規定重點如下：「不公開審理。聯邦法院法官先檢閱國家機關提出的證據後，告知向當事人案情摘要，而之後的調查程序當事人及其代理人不能在場，以此程序使當事人不會直接接觸到證據，而滿足保護機密的需求。不過，法院會委任一名通過安全調查的律師，於前述調查證據的時候代表當事人交叉確認證據及協助法院審查該案件，以兼顧程度保障的需求。最後，作了必要的刪減後，告知當事人調查結果，以使當事人可以表示意見。」

### 第三款 比例原則的具體化操作

#### 第一目 危害國家安全之恐怖份子類型

關於在因國家安全驅逐與家庭生活權利之保護一事上比例原則具體化之研究，第一個會想到的案例類型，自然是疑為恐怖份子的驅逐出境問題。法院已肯認「在現代，國家要保護社會免受恐怖暴力攻擊，面臨巨大的困難。因此，絕不能低估恐怖攻擊的危險性和對社會的威脅。」<sup>451</sup>因此，若有此類案例，法院的判決必然具有重要意義。

然而，就目前為止，相關案例<sup>452</sup>都因為申訴人驅逐後有受虐待的危險，驅

---

合公約第 8 條「干預依據法律」要件：*Lupsa v. Romani*, no. 10337/04, judgment of 8 June 2006, §41.

<sup>447</sup> *Liu v. Russia*, no. 42086/05, judgment of 6 December 2007. 該案中警察機關只說「依據聯邦安全局的資料，顯示申訴人對國家安全有危害」，就將其驅逐，而申訴人、律師、國內法院，從來都無法知道該資料內容為何、以及到底是什麼行為有國家安全有危害。

<sup>448</sup> *C.G. and Others v. Bulgaria*, no. 1365/07, judgment of 24 April 2008, §49. 本案中，國家機關證明申訴人有販毒行為的相關證據只是警察的跟監調查報告。然而，申訴人及國內法院完全無法確認該跟監調查報告是否正確摘錄於原始文件、是否有適當的程序保存資料的完整正確、該秘密跟監措施的發動及執行是否合法。

<sup>449</sup> *C.G. and Others v. Bulgaria*，見上註，§43. 本案中，國家以申訴人販賣迷幻藥作為其有危害國家安全的理由，歐洲人權法院即強烈質疑，單純的販毒行為與危害國家安全有何關係？如此解釋已超出「國家安全」的文字本義。

<sup>450</sup> *Chahal v. the United Kingdom* [GC], no. 22414/93, judgment of 15 November 1996, 見§144.

<sup>451</sup> *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, judgment of 28 February 2008, §137.

<sup>452</sup> 相關案件如 *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, judgment of 28 February 2008、*Chahal v. the United Kingdom* [GC], no. 22414/93, judgment of 15 November 1996.

逐行為被認為違反公約第 3 條<sup>453</sup>，因此法院認為沒有檢視第 8 條的必要，而未在家庭生活權利一事上表達意見。以 *Saadi v. Italy* 案<sup>454</sup>為例，申訴人因家庭因素獲准進入義大利居住，已與伴侶同居十年，伴侶也生了小孩。其伴侶有嚴重的心肌缺血症，需常住院，全家財務全靠申訴人一個人維持，具有很強的家庭生活連結。而申訴人因涉嫌參與國際恐怖組織而被起訴，也算很強的社會危險性。但是，因為國際特赦組織指出，驅逐處分之目的地——北非突尼西亞，在 2003 年的反恐法案施行後，有許多對囚犯進行的虐待的行為：電擊、壓頭浸水、毆打、倒吊在天花板、用香煙燙、恐嚇進行強暴等等，因此認為會申訴人於被驅逐後有受酷刑、虐待的危險，而被法院認定該驅逐令之實施會違反公約第 3 條規定。因此，在關於第 8 條的申訴中，直接認為無證據顯示締約國在被宣告驅逐行為會違反第 3 條之後還會繼續執行驅逐，因此沒有檢視驅逐處分是否違反第 8 條的必要。

## 第二目 危害國家安全之政治敏感國居民類型

雖然因恐怖攻擊危險而驅逐之類型上，尚無公約第 8 條的討論，但在「政治敏感國居民」的類型中，卻幸運的有一些可以討論的案件。在前蘇聯解體浪潮中獨立的波羅的海三小國之一「拉脫維亞」，與解體後之「俄國」，二國間產生了微妙的敏感關係。觀察拉脫維亞政府對於境內前蘇聯軍的恐懼，對照於與臺灣政府對於因私人及家庭生活連結關係而居住於國內之大陸居民之態度，不無似曾相似之感。而拉國相關的驅逐處分經由受驅逐人申訴到歐洲人權法院，充實了法院在國家安全此一領域的判決豐富度。

1991 年前蘇聯解體，拉脫維亞也宣告獨立。獨立之後，拉脫維亞政府為根除蘇聯對該國的占領狀態，確保國家安全，而與俄國訂定條約，規定前蘇聯的駐軍及其家屬要於一定時間內離開拉國。對於未於期限內離開者，拉脫維亞政府即因此發出了許多驅逐出境的命令。然而，因此卻引發已退役的軍人、以及從未從軍的軍人家屬，是否有亦有出境必要的問題。另外，在獨立數年之後，因為此一政治敏感關係，又發生了一些事件：有些雖與前蘇聯軍隊有關聯，但拉國獨立後被允許留在拉國的居民，因為一些輕微的隱瞞居留事實之行為而牽動了國家安全的敏感神經，而被取消居留權，收到了驅逐令。

以下分別介紹及討論之。

## 第三目 有關政治敏感國軍人家屬危險性的 *SLIVENKO* 案

首先，先來看 *Slivenko v. Latvia* 案<sup>455</sup>。此案即為政治敏感國軍人的家屬需不

<sup>453</sup> 公約第3條：“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.” 中文翻譯為：「任何人不應受到折磨、接受不人道或貶低人格的待遇或懲罰。」

<sup>454</sup> *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, judgment of 28 February 2008, 尤見§10、§143、§164、§170.

<sup>455</sup> *Slivenko v. Latvia*, no. 48321/99, judgment of 9 October 2003.

需要隨該軍人一同離開拉國的問題。

第一申訴人的丈夫是俄國軍官，在拉脫維亞獨立後已依撤軍條約離開拉國，這沒有問題。然而，第一申訴人自己於出生後一個月大的時候，就與父母移居拉國，從小從拉國長大，現已四十歲。她是在拉國與來此地駐軍的丈夫認識的，並非隨丈夫一同前來，其居留權的取得也與丈夫沒有關係。因此，第一申訴人認為自己雖然為軍人的家屬，包含在撤軍條約的涵蓋範圍之內，但於丈夫離去後，應可獨立留在拉國才對，拉國不應對其核發驅逐處分。何況她必須要照顧年邁的雙親，不能離開拉國，因此向歐洲人權法院申訴。

第二申訴人是第一申訴人與其丈夫在拉國所生的女兒，從小在拉國長大，現已 18 歲。她與母親一樣收到了拉國的驅逐令，因而一同向歐洲人權法院申訴。

先跳出來分析一下，本案之比例原則應如何衡量呢？在「社會連結性」上，兩位申訴人都是第二代移民，自幼即在拉國長大，分別已在此地生活 40 年、18 年，與地主國享有緊密的連結。雖然法院認為第一申訴人的父母並非不能獨立生活，因此其不存有受公約保障的「家庭生活」，因此二位申訴人都只有因人際、社會、文化、經濟連結而與地主國建立之「私人生活」受公約保障。不過，第二代移民的身分仍構成強烈的「社會連結性」，並無問題。

而在「社會危險性」上，由於拉脫維亞脫離前蘇聯而獨立後，俄國對其駐在拉國之軍隊仍有指揮權，因此拉脫維亞為了根除蘇聯對該國的占領危險，而依撤軍條約要求境內之俄國軍人及家屬（依條約及拉國法律規定，不含取得拉國國籍或具有永久居留權的家屬）出境，由於二位申訴人之前與俄國軍官的關係，拉國以國家安全之故，認為其具有社會危險性，亦全非無所本。

結果如下。法院認為，撤軍條約所追求之國家安全目的，和申訴人的家屬是否仍可留在拉國，雖非必然不相關。然而，在本案情況下，因申訴人的丈夫在申訴人遭驅逐時早已退役，並無武裝，且申訴人除了有一個軍官丈夫外，從未與軍旅有任何關係，未曾讀軍事學校或住軍人眷屬宿舍。因此，驅逐兩位申訴人，對於達成撤軍條約所追求的國家安全目的，幫助實屬有限。考量兩位申訴人的強烈社會連結，法院認為拉國政府一味依條約賦予之權限令其等出境而未為適當的利益衡量，非民主社會所必要之行為，違反公約第 8 條。

看了判決中的討論，即可知道以兩位申訴人的社會危險性，的確無法正當化干預其強烈社會連結性的驅逐處分。然而，「危害國家安全」這樣一種抽象的恐慌，卻往往讓人過度強調安全感的需求，而看不清真相。舉臺灣為例，雖然沒有

像拉脫維亞獨立一樣造成的情勢緊張程度，但只要想到每當海峽兩岸情勢緊張的時候，大陸配偶就會變成臺灣的全民公敵的事實，就可略知一、二。由於國家安全的情感安全需求以及其抽象性本質，以之為由的相關措施很容易被過度發動，因此提供制度化保障，更顯得重要。

#### 第四目 有關輕微違規的 SHEVANOVA 及 SISOJEVA 兩案

接下來的申訴人在俄、拉兩國違規居住的案件，牽涉到俄、拉兩國的敏感神經。一共有兩案：Shevanova v. Latvia 案<sup>456</sup>以及 Sisojeva and Others v. Latvia 案<sup>457</sup>。<sup>458</sup>兩案的共同特徵為申訴人原為蘇聯國籍，但長期（非自幼，但都已二十年以上）居住在拉國，且在當地結婚、生小孩。但在 1991 年蘇俄解體後頓時變成無國籍人，數年後才取得拉國的永久居留權。但做了輕微違反移民法的情事，被拉國撤銷居留權，命驅逐出境。兩者皆為緊密的私人生活權利之保護，對上移民法控制利益的問題。

至於違反了什麼移民法，在第一案 Sisojeva 案中，申訴人是一名駐在拉國的蘇俄女軍人（以及其家屬）。不過，和上述 Slivenko v. Latvia 不同的是，該名軍人在拉國獨立前兩年，就已經退役，所以拉國獨立後，獲准留在拉國，不用依撤軍條約出境。三名申訴人在拉國獲永久居留權。然而，在拉國登記永久居住住所後，又拿了舊蘇俄護照在俄國登記住所。拉國最高法院表示，申訴人等秘密獲得兩國的身分且在兩國都登記住所，且向該國移民署申請居留時未透露第二本護照的事情且提供不實資訊，嚴重違反拉國移民法，因而被撤銷居留許可，而命驅逐出境。

而第二案 Shevanova 案則比前案稍微嚴重一點點，但其實也不怎麼嚴重。該案中，申訴人在蘇俄時期遺失了護照。獲補發新護照後，找到了舊護照，但沒有依規定交回，因此持有兩本護照。在拉國獨立蘇聯解體，取得了拉國的居留權之後，申訴人為取得俄國公民權以利工作，在之前那本因報遺失而失效的舊蘇俄護照上蓋上在拉國的居留權已撤銷的假戳記，並因此在俄國申請到永久居留權並取得公民權。但申訴人除短暫去俄國出差外，都居住在拉國。數年後，在拉國聲請護照時，使用第二本護照，以隱瞞其已在俄國重覆獲得身分的事實。但後來被發現，而被拉國以違反移民法為由，撤銷永久居留權，並命驅逐出境。

<sup>456</sup> Shevanova v. Latvia, no. 58822/00, judgment of 15 June 2006.

<sup>457</sup> Sisojeva and Others v. Latvia, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005.

<sup>458</sup> 要特別說明的是，此二判決皆為歐洲人權法院第一庭的判決，而被告國拉脫維亞上訴後，大法庭依據第一庭沒有觀察到的事實，而認定於申訴人等提出申訴案後，被告國已提供他們申請永久居留機會之足夠補救措施，因此認為違反公約的權利侵害情事已經解決，而將案件改判不予受理（見 Shevanova v. Latvia [GC], no. 58822/00, judgment of 7 December 2007, §§46-47、Sisojeva and Others v. Latvia [GC], no. 60654/00, judgment of 15 January 2007, §98、§102）。不過，由於此一後續發展完全不影響原判決所認定之事實及所宣示的法律論述，因此本文仍將該深具研究價值的二則原判決作為研究對象。

二案的共通情況是申訴人用一點輕微欺騙行為，在俄拉兩國都取得了公民的身分，因而遭拉國撤銷居留權，核發驅逐命令。而國家主張的驅逐理由是為了確保移民法被遵守，追求的目的是「防止失序」。誠然，雖然沒有明確提及「國家安全」，實際上也無法合理主張該行為會危害國家安全。然而，本文還是將其放在國家安全的脈絡下，是因為認為這是一種「高舉國家安全大旗下的實質歧視」。亦即，就兩國的敏感關係而言，「國家安全」的口號會是對付對造國人民的隱藏性的重要目的，不論其合不合理。以兩岸關係為例，就像大陸居民在臺灣犯輕罪（如第一章所述，開車不小心撞傷人的而觸犯過失傷害罪），這和危害國家安全有什麼關係？但為什麼合法居留大陸人只要犯罪就可以驅逐出境，其他外國人則把微罪及過失犯罪排除在外？<sup>459</sup> 對於大陸人的輕微犯罪行為特別敏感、要求異常嚴苛的理由，無疑心理想的是「國家安全考量」口號，至於「維護入境秩序」、「避免社會混亂」大概只是表面上的理由吧。因此，本文認其為「高舉國家安全大旗下的實質歧視」，而把此兩岸放在國家安全的脈絡下討論。歐洲人權法院是否接受國家對敏感居民的嚴苛待遇呢？請見下述。

兩案中申訴人社會連結性方面，依申訴人與拉國二十幾年來的人際、社會、經濟連結，構成穩固的私人生活關係，具有很強的社會連結性。而社會損害性方面，法院肯認，「國家依主權去控制外國人入境及居住，自然必須有權力去驅逐違反移民法的人出境。因為，驅逐之是合乎邏輯的處罰，若只是判刑或罰錢，等於宣示當事人可以繼續不法居留。但是，若構成公約第 8 條尊重私人或家庭生活權利之干預，系爭措施仍需要通過同條第 2 項的正當化事由檢驗，尤其是『與立法目標成比例』。」<sup>460</sup>

法院認為，「在這種情形，對於申訴人要求合法化其居住地位的要求，尤其需要嚴重性質的理由才能拒絕。雖然了解各國有權採取有效措施確保移民法被遵行，這種措施仍只有在申訴人有特別危險行為時，才會成比例。檢視類似的申訴案，驅逐令都需要申訴人有嚴重犯罪行為，才能正當化干預公約第 8 條的驅逐。本案中並無這樣的情形，申訴人根本不構成犯罪，只是違反行政法，而受到不太大的罰鍰。」<sup>461</sup>因而，兩案法院都被認為不成比例，系爭干預非民主社會所必要。

在此兩案中，雖然申訴人受保障的權利只有私人生活，而無家庭生活，且皆非第二代移民之最強保障類型。然而，法院不但「不理解」兩國間的敏感情勢，

<sup>459</sup> 入出國及移民法第 32 條：「入出國及移民署對有下列情形之一者，撤銷或廢止其居留許可，並註銷其外僑居留證：……三、經判處一年有期徒刑以上之刑確定。但因過失犯罪者，不在此限。」

<sup>460</sup> Shevanova v. Latvia，見上述，§76。另，Sisojeva and Others v. Latvia，見上述， §§106-108 也有類似的敘述，但較簡略。

<sup>461</sup> Sisojeva and Others v. Latvia，見上述，§108。另，在 Shevanova v. Latvia，見上述，§77 也有類似的敘述，但較簡略。

甚至還認為要正當化該等驅逐，需要行為人有特別危險的行為，甚至舉相關案例表示要嚴重犯罪行為才行。相對於我國因過失傷害罪就驅逐大陸配偶出境，這兩則歐洲人權法院的判決實在非常值得我國參考。

#### 第四款 小結

因國家安全而驅逐，有個特有的問題，即「因機密之故而造成驅逐程序不透明的問題」。就此而言，法院的態度很明確，認為危害國家安全之影響固然重大，但基於問題的敏感度，事前程序保障通常較少；並且，由於概念的不明確性很高，濫用的可能性也較大，因此事後的程序保障就更為重要。另外，*Chahal v. the United Kingdom* 案<sup>462</sup>中，法院即援引了加拿大移民法上的國家安全機密案件審查相關規定為例，認定透過制度的設計，兼顧受驅逐人程序保障而不洩漏情資的性質和來源，是有可能的。因此，對於因國家安全的驅逐，法院仍明確要求相關案件須有受中立機關的重新審視的機會，以檢視該宣稱有無事實基礎、有無相關證據、行為會構成國家安全危害之推論是否合乎常識等。唯有如此，系爭干預才符合法律明確性的要求。另外，此處所謂中立機關的審視，並須是有效的審視，因此若有訴請國內法院救濟的機會，但若國內法院於訴訟程序中根本無法看到相關資料，只進行確認有無行政文件的形式審查，則仍然不符合此要求。

至於比例原則的具體化操作，法院尚無以私人或家庭生活權利，討論驅逐涉嫌恐怖主義者的案件，因此恐怖主義的國安面向尚有待發展。不過，但卻有幾則對政治敏感國國民的驅逐的判決，符合我國現今兩岸關係的情勢，可作為參考。此即在前蘇聯解體浪潮中獨立的拉脫維亞（波羅的海三小國之一），對於境內俄國國民的驅逐出境問題。

1991年前蘇聯解體，拉脫維亞也宣告獨立。獨立之後，拉脫維亞政府為根除蘇聯對該國的占領狀態，確保國家安全，而與俄國訂定條約，規定前蘇聯的駐軍及其家屬要於一定時間內離開拉國。對於未於期限內離開者，拉脫維亞政府即因此發出了許多驅逐出境的命令。然而，引發了一些問題。

首先是關於從未從軍的軍人家屬，是否有亦有出境的必要的問題。在 *Slivenko v. Latvia* 案<sup>463</sup>中，拉脫維亞政府欲驅逐身為第二代移民之申訴人，理由為其丈夫為前蘇聯軍。但申訴人的丈夫在申訴人遭驅逐時早已退役並回到俄國，且申訴人除了有一個軍官丈夫外，從未與軍旅有任何關係。法院即認為，拉國政府一味依條約賦予之權限令其等出境而未為適當的利益衡量。

由此判決可知，「危害國家安全」這種抽象的恐慌，往往讓人過度強調安全

<sup>462</sup> *Chahal v. the United Kingdom* [GC], no. 22414/93, judgment of 15 November 1996, 見§144.

<sup>463</sup> *Slivenko v. Latvia*, no. 48321/99, judgment of 9 October 2003.

感的需求，而看不清真相。以臺灣為例，觀察每當海峽兩岸情勢緊張的時候，陸配就會變成臺灣的全民公敵的事實，就略可知一、二。由於國家安全的情感安全需求以及其抽象性本質，以之為由的相關措施很容易被過度發動，因此提供制度化保障，更顯得重要。

另外，在獨立數年之後，因此政治敏感關係，又發生了一些事件：有些雖與前蘇聯軍隊有關聯，但拉國獨立後被允許留在拉國的居民，因為一些輕微的隱瞞居留事實之情事而牽動了國家安全的敏感神經，而被取消居留權，收到驅逐令。*Shevanova v. Latvia* 案<sup>464</sup>以及 *Sisojeva and Others v. Latvia* 案<sup>465</sup>，兩案的申訴人是定居在拉國的居民。而案件情形都是申訴人已在拉國居住，但使用輕微的隱瞞或欺騙手段而在俄國另行登記住所，拉國發現後，即以違反移民法為由，驅逐其等出境。

然而，在此兩案中，雖然兩位申訴人的社會連結性只有較微弱的私人生活，但法院「並不理解」兩國間的敏感情勢，認為輕微的行政違規，此處完全不能作為正當化驅逐的理由。

此種「高舉國家安全大旗下的實質歧視」，就像我國的兩岸關係中，大陸居民在臺灣犯極輕的罪（如車禍的過失傷害罪）就驅逐出境，而其他外國人則不會因微罪及過失犯罪被驅逐。對於大陸人的輕微犯罪行為特別敏感、要求異常嚴苛的理由，無疑打的是「國家安全考量」的大旗。歐洲人權法院對此種敏感反應的全然否定，非常值得我國檢討。

## 第五節 本章小結

拒絕入境與驅逐出境，牽涉到國家主權的問題，因此國家享有很大的判斷餘地。然而，若影響到人民的私人或家庭生活權利，則仍應受到限制。國家的拒絕和驅逐決定，以及人民權利的保護，兩者皆非絕對，要在個案中衡量公益和私益的輕重高低。另外，拒絕入境和驅逐出境只是消極或積極權利面向的不同，兩者的適用相同的原則和標準，而因為驅逐出境處分較常見，因此本文主要以驅逐的面向來討論。

另外，關於事實認定基準時的問題，法院肯認「有無家庭生活存在」是要看驅逐令確定之時。但作利益衡量時（尤其是評估申訴人對社會的危險性），也可以觀察驅逐後執行前的事實，以決定驅逐處分應否執行。

<sup>464</sup> *Shevanova v. Latvia*, no. 58822/00, judgment of 15 June 2006.

<sup>465</sup> *Sisojeva and Others v. Latvia*, no. 60654/00, judgment of 16 June 2005.



而基於處分必要性之衡量即「受驅逐人之社會連結性」與「受驅逐人之社會損害性」間之衡量，要使比例原則具體化，就要先討論社會連結性的問題。受驅逐人社會連結性愈緊密，驅逐所依據之犯罪的性質及嚴重性就要愈強，方足以正當化。

而關於社會連結性的強度判斷，經由 *Boultif v. Switzerland* 案<sup>466</sup> 及 *Üner v. The Netherlands* 案<sup>467</sup>，再經由本文的整理，可歸納出下列衡量標準：「與地主國之連結性：受驅逐人與家庭及家庭與地主國之連結性、受驅逐人本身與地主國之直接連結」、「與國籍國之社會連結性：受驅逐人之家人與受驅逐人之國籍國之連結、受驅逐人本身與國籍國的連結」等。尤其是「受驅逐人之家人受驅逐人國籍國之連結性」，占了很重要的部分，因為若受驅逐人於他國建立家庭並無困難時，地主國即不負有允許其在國內居留之義務。

另外，對於在地主國出生，或自幼成長於地主國之「第二代移民」而言，其與地主國的連結除未有國籍以外與其他本國人無異，且與國籍國之連結除了具有國籍以外，與一般的陌生外國人無異。因此，此種「準本國人」在當地建立了緊密的私人或家庭生活，受到最大程度的保護。另外，在受驅逐人是未成年人或是其父母時，即會有「兒少最佳利益」的保護問題。

而在犯罪原因而驅逐的類型上，要正當化對此種「最強烈連結」之「第二代移民」之驅逐出境處分，唯有「重大暴力犯罪」（如殺人、強暴）——不論是成年或未成年時所犯——造成的社會危險性，方為足夠。反之，犯罪之性質非重大暴力犯罪，即不足以正當化對最強烈社會連結性之干預——縱使犯罪再頻繁、數目再多，仍不會使該性質變成重大暴力犯罪。另，關於製造、運輸、販賣毒品之罪行，法院肯認其亦屬非常嚴重的犯罪，但在相關判決中可知，此等犯罪之嚴重性仍無法與「重大暴力犯罪」相比擬，無法正當化對「最強烈社會連結」之干預。

另外，犯罪性質輕微但社會連結也很弱的時候，此時法院最重要的考量點，即為未成年人之最佳利益。不論受驅逐人為父母或子女，亦不論父母受驅逐時小孩是否有一起申訴，只要驅逐之結果會使得父母與子女分離，或會使未成年人進入惡劣的環境生活，即會被認為系爭驅逐處分不成比例，因而違反公約。

在無上述情形時候，則要在個案中找出其他特有因素，衡量受驅逐人之「社會連結性」——由驅逐人和家人與地主國之連結（包含婚姻及子女狀況、關係人的國籍、居留權之種類、建立家庭時是否有定居在地主國之合理期待、在地主國

<sup>466</sup> *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, judgment of 2 August 2001, 見§48.

<sup>467</sup> *Üner v. The Netherlands* [GC], no. 46410/99, judgment of 18 October 2006.



生活之長度等)對比於與國籍國之連結來決定——以及受驅逐人之「社會危險性」——所犯罪行的性質及嚴重性、申訴人犯罪時是否已成年、申訴人犯罪後已經過的時間長度及行為表現——，並考量驅逐期間之長度及相關特殊情況(如移民政策之特殊歷史背景因素、行為人違反移民法之紀錄等)。在上述原則之中，找出個案中較具決定性的因素，來衡量社會連結性與社會危險性之大小，以決定該驅逐處分是否成比例。

最後，若個案中沒有特別有意義的決定性因素時，則可參考部長委員會所提出之一般原則：

下列之長期居民，若無造成公共安全之嚴重威脅，不應驅逐：

- 居住五年後，除非犯罪行為被判刑超過二年且無緩刑。
- 居住十年後，除非犯罪行為被判刑超過五年且無緩刑。
- 居住超過二十年後。

接著是「因國家安全而驅逐」的類型。其有個特有問題，即「因機密之故而造成驅逐程序不透明的問題」。就此而言，法院的態度很明確，認為危害國家安全之影響固然重大，但基於問題的敏感度，事前程序保障通常較少；並且，由於概念的不明確性很高，濫用的可能性也較大，因此事後的程序保障就更為重要。因此，對於因國家安全的驅逐，法院仍明確要求相關案件須有受中立機關的重新審視的機會。

有幾則對政治敏感國國民的驅逐的判決，符合我國現今兩岸關係的情勢，可作為參考。此即在前蘇聯解體浪潮中獨立的拉脫維亞(波羅的海三小國之一)，對於境內俄國國民的驅逐出境問題。

1991年前蘇聯解體，拉脫維亞也宣告獨立。獨立之後，拉脫維亞政府為根除蘇聯對該國的占領狀態，確保國家安全，而與俄國訂定條約，規定前蘇聯的駐軍及其家屬要於一定時間內離開拉國。對於未於期限內離開者，拉脫維亞政府即因此發出了許多驅逐出境的命令。然而，其把從未從軍的軍人家屬(為第二代移民)，及輕微居留違規之前蘇聯軍隊居民，皆令驅逐出境，就被歐洲人權法院認定非為民主社會所必要。

由此可知，「危害國家安全」這種抽象的恐慌，往往讓人過度強調安全感的需求，而看不清真相。以臺灣為例，觀察每當海峽兩岸情勢緊張的時候，大陸配配就變成臺灣的全民公敵的事實，就略知一、二。由於國家安全的情感安全需求以及其抽象性本質，以之為由的相關措施很容易被過度發動，因此提供制度化保障，更顯得重要。而所謂「高舉國家安全大旗下的實質歧視」，就像我國的兩岸

關係中，大陸居民在臺灣犯極輕的罪（如車禍的過失傷害罪）就驅逐出境，而其他外國人則不會因微罪及過失犯罪被驅逐。對於大陸人的輕微犯罪行為特別敏感、要求異常嚴苛的理由，無疑打的是「國家安全考量」的大旗。歐洲人權法院對此種敏感反應的否定、抗制的態度，非常值得我國檢討。



## 第五章 我國法探討與調校

### 第一節 概說

本章蒐集我國相關法律、實務與學說之見解中，與前幾章介紹過之歐洲人權法院見解相關之部分，並做一比較，了解其中的落差，以了解本國問題所在及法治可提升之方向。

以下先對國家管控國境所涉及之公益予以討論、定性，接著從個人權利的角度著手：先將我國憲法上家庭生活權利予以定性，肯認家庭生活權利為憲法 22 條的基本權。其次，再討論「外國人」在我國是否能夠享有這樣的權利。

在肯定外國人的權利主體性之後，先研究相關法令規定，再予廣泛蒐集國內各級法院的判決，以觀察相關法令及判決中對於家庭生活權利和國家控制國境之利益兩者「比例原則」之利益衡量過程，點出問題之所在，最後具體提出修法建議。

### 第二節 「家庭權」之法律保障

#### 第一項 概說

「家庭」對於每個人而言都是不可或缺的：從自出生至死亡，不論是撫養、照護、居住、教育、娛樂、勞動……無一不是與家庭息息相關。

我國學者曾明言，家庭的概念可從許多不同的面向去定義或分類，而本文因為後續探討之必要，而將「家庭」的概念分成「社會意義的家庭」和「法律意義的家庭」。<sup>468</sup>

社會意義的家庭，即以社會上實際具有家庭功能<sup>469</sup>、具有永久共同生活目的的角度來定義。此種家庭是先於國家與法律而存在的：「由雙親和他們的孩子組成所謂的『核心家庭』，可能是家庭最古老的形式，其可追溯到大約五十萬年

<sup>468</sup> 李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 63-65 頁。

<sup>469</sup> 關於家庭的功能，有學者整理出「生育、經濟、教育和人格正常形成機能」四種，見李沃實，「同性婚者在我國身分法中應有之地位」，《中央警察大學法學論集》第 14 期，2008 年 4 月，第 168-169 頁。然而，管見以為，正面列舉必然會掛一漏萬，如居住是家庭最主要的功能，但就不在上述四種分類中；而且，有些「失功能」的家庭，亦難以直接認為其不是家庭。因此，本文無意以「辭典」或「社會學」的說明方式來介紹家庭的功能，此處認為社會意義家庭是以「實際功能來定義」的說法，只是要與以法律定義的「法律意義家庭」做區別而已。

甚至更早先的人類最早祖先。」<sup>470</sup>亦即，血緣與親屬關係構成原始意義的家庭。然而，隨著社會的變遷，家庭的概念也跟著愈來愈廣，而不以之為限：諸如未婚收養子女、同居生活、同性伴侶等等……亦可能成為社會意義上「家庭」。<sup>471</sup>

至於法律意義的家庭，由於人類社會有法律之後就試圖以規範方式，將多數人共信「符合道德倫常觀念」<sup>472</sup>或多數人所遵循一定文化模式以規範化——即將社會承認法制化。<sup>473</sup>亦即，法律意義的家庭是將特定意識型態家庭的概念，由法律加以創建。但是，由於法律的保障會有制定時之時空背景的限制，必然會有些「社會意義的家庭」不屬於「法律意義的家庭」的保障範圍內的情形出現。

本文主要是討論後者「法律意義的家庭」為主。以下先探討憲法上是否存在家庭權的概念，之後再討論在「社會意義的家庭」未被「法律意義的家庭」涵蓋的部分——即同性伴侶的問題<sup>474</sup>，討論其保護的必要及保障不足的問題。

## 第二項 家庭權概覽

### 第一款 大法官解釋

我國憲法之基本權條文中，「家庭權」並非列舉基本權，因此需援引憲法 22 條的概括條款來討論。大法官解釋早已肯認其屬憲法 22 條的適用性並無爭議。相關大法官解釋中，有提及與家庭相關的權利者，共有六則解釋，分別為釋字第 242、362、372、552、554、696 號解釋。<sup>475</sup>

首先，釋字第 242 號解釋是討論在兩岸開放探親以前，夫妻音訊全無，一方於臺灣另行結婚，卻仍構成重婚的問題。解釋理由書提及「……對於此種有長期實際共同生活事實<sup>476</sup>之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所抵觸。」

<sup>470</sup> 李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 63 頁。

<sup>471</sup> 如欲進一步從社會學上了解「家庭」的概念，可參王玉波，「中國古代的家」，臺灣商務印書館，1998 年；加里·斯坦利·貝克爾(Becker, Gary Stanley)原著，王獻生、王宇譯，《家庭論》，北京商務印書館，2009 年。

<sup>472</sup> 參司法院釋字第 502 號解釋。

<sup>473</sup> 李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 64 頁。

<sup>474</sup> 當然，未涵蓋的部分不以同性伴侶為限，如非婚生子女與血緣生父的關係、人工生殖而產生的後代等情形亦屬之。

<sup>475</sup> 統計至 2013 年 7 月 28 日，最後解釋為司法院釋字第 710 號解釋。

<sup>476</sup> 粗體字為本文所加。



接著，釋字第 362 號解釋則是討論善意重婚之人（結婚時不知對方已婚）之保障問題。解釋提及：「……適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障。」

釋字第 372 號解釋是討論「不堪同居之虐待」離婚事由之解釋問題，重點是討論人格尊嚴與人身安全的問題，與家庭生活的享有較無關。

釋字第 552 號解釋則是釋字 362 號解釋之補充解釋，其提及「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障」，而至於保障之內容，則有提及「婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關」。

釋字第 554 號解釋則是討論通姦罪的合憲性問題。大法官表示：婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。……按婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。」

釋字第 696 號解釋則是在夫妻合併申報所得稅造成不利益的案件中，再次強調婚姻與家庭對社會的重要，如果一個制度對婚姻關係造成不利，應受較嚴格之審查。

由上述相關解釋可知，「家庭」之相關權利已被大法官肯認屬於憲法 22 條所保障之權利。其於該項權利被提及的內涵，則有「家庭生活、共同生活」（釋字第 242、696 號解釋）、「人倫秩序、身份關係」（釋字第 242、552 號解釋）、「結婚自由」（釋字第 362 號解釋）、「性行為自由」（釋字第 554 號解釋）等。

另外，關於應受保障之理由，則有「長期實際共同生活事實」（釋字第 242 號解釋）、「子女之正常成長等公共利益」（釋字第 552 號解釋）、「婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎」（釋字第 554、696 號解釋）等等。

至於權利之作用方式，釋字第 554、696 號解釋以「制度性保障」<sup>477</sup>的方式

<sup>477</sup> 「制度性保障」是來自德國憲法學的名詞，大致有兩種意義，傳統意義為要求尊重既存的體制，尤其是國家存立以前已有的體制，例如國家不能廢除或任意變更傳統婚姻制度，即為此種意

出現，而釋字第 242 號解釋關於重婚時後婚姻的撤銷問題、以及釋字第 554 號解釋對性行為自由的刑罰限制問題，應有「防禦權」的面向。

而關於本文欲討論的「家庭生活權利」的問題，除了釋字第 242、696 號解釋稍微提及「家庭生活」外，就只有釋字第 554 號解釋的「性行為自由」。然而，前者所謂的「家庭生活」只是以婚姻的觀點來論述，對於親子關係、兄弟姊妹或其他關係，則是隻字未提；而後者之「性行為自由」，亦僅限於夫妻間之關係，且更過侷限，對於夫妻間之其他情感交流、以及親子關係等等，則被排除在外。

另外，至於非基於法律婚姻所組成的同居伴侶關係，釋字第 647 號解釋在平等原則的審查中，則是肯認差別對待的正當性，而將權力留給立法者，由其斟酌社會之變遷及文化之發展等情，再給予適度的法律保障。

因此，從相關大法官解釋來看，「家庭生活權利」雖有憲法上之權利地位，但其內涵、範圍，尚有待進一步發展。

## 第二款 學說文獻

由於家庭關係本質上的重要<sup>478</sup>，相關權利屬憲法第 22 條的保障範圍，學說上亦無太大的爭議。不過，關於權利的定性和體系，則有不同的看法。有學者以「婚姻自由」為上位概念，而包含婚姻締結自由、共同生活之維持、受扶養權利、離婚自由等下位概念。<sup>479</sup>然而，亦有學者認為「婚姻自由」無法所有涵蓋家庭應享有的權利，而應以「家庭權」作為上位概念而架構權利態樣較佳。<sup>480</sup>本文以為，兩種體系架構方式的區別，應只是用語的不同，權利保障的內涵未必有所不同。例如「共同生活之維持」似不在「婚姻自由」的固有文義範圍中，但者採前者分類方式的學者仍認為「共同生活之維持」為「婚姻自由」的下位概念。因此，以何種體系來分類，對於權利之內涵不會有太大的差別，但「家庭權」的分類方式較為簡潔、清楚，因此本章以「家庭權」用語作為指涉「家庭的相關權利」時的

---

義下的結論，但此種意義並未賦予個人可主張之請求權，與基本權功能較無關。而另一意義為「制度化基本權」之意義，即認為基本權需要透過國家立法形成社會生活的規範，而透過該具體化的法秩序規範的方式，使得基本權真正獲得實現。後一面向除了擔保現狀的功能外，更包含在於社會關係有所變化時，國家應對相關法律規範加以調整，以促使基本權實現的要求。參蔡維音，「論家庭之制度保障——評釋字第五〇二號解釋」，《月旦法學雜誌》第 63 期，2000 年 8 月，第 140-141 頁；吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004 年 6 月第三版，第 120-124 頁。

<sup>478</sup> 如李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 66 頁所述：「憲法若對於提供個人在社會生活中所必要的心理、經濟、教育支援的最基本單位，或對於具有生育、教育、社會、文化多重功能社會最重要的基本單位的家庭不予以保障，殊難想像。」

<sup>479</sup> 吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004 年 6 月第三版，第 313-314 頁。

<sup>480</sup> 李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 67 頁。

總括用語。

而關於權利作用的面向，許多學說皆以「制度性保障」的面向為其探討中心<sup>481</sup>，但自然不代表家庭權的作用方式只限於制度性保障一途。例如，有文獻即以德國基本法第 6 條關於家庭保障的規定內涵——包含防禦性基本權（例如締結婚姻之自由）、制度保障（例如一夫一妻制）、受益權（例如母性之保障請求）、保護義務（例如平衡非婚生子女之地位）以及歧視之禁止（例如非婚生子女之保護）等——來作為我國憲法上相關權利的思考憑藉<sup>482</sup>。由此觀之，本文所著重的「防禦權」面向，亦屬家庭權之作用方式之一，應無疑義。

### 第三項 固有「核心家庭」外的新興家庭類型——同性伴侶

#### 第一款 概說

由於社會意義的家庭未必屬法律意義的家庭，在前者之中，只有被多數人認為「符合道德倫常觀念」的類型，才會以制定法律的方式，構成法律意義的家庭而享有相關的權利義務保障。

然而，多元價值的肯認已成為民主社會的重要精神。若「不符合主流價值」的家庭之存在對社會不會有什麼損害，國家只因為其屬少數就拒絕提供法律保障的作法，是否合理呢？隨著社會的發展，家庭型態會愈來愈多樣化，因此，在固有「核心家庭」之外的「新興家庭類型」，即可能會有法律保障不足的情形。

而在法律的討論上，本文選擇以「憲法層次」的觀點來討論。此乃由於「法律層次」的規範較具體，因此對於家庭之保障種類較為僵固，倘某種家庭生活類型法律並未規定，即無從討論起。另外，正因為「新興家庭類型」往往尚不符合「多數主流價值」，因此要以多數決方式來修法保障，往往非常困難，而難追上新興家庭類型出現的速度。以「生父與非婚生子女」此種「非核心家庭」之家庭關係受到法律保障的發展過程為例，該問題過去沉痾已久，然而後來法律保障不足的問題之所以解決，並非立法院主動修法，而是因為司法院釋字第 587 號解釋的出現，才迫使法律發生改變。

<sup>481</sup> 吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004 年 6 月第三版，第 312 頁；蔡維音，「論家庭之制度保障——評釋字第五〇二號解釋」，《月旦法學雜誌》第 63 期，2000 年 8 月，第 138-143 頁。

<sup>482</sup> 蔡維音，「論家庭之制度保障——評釋字第五〇二號解釋」，《月旦法學雜誌》第 63 期，2000 年 8 月，第 138 頁；李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 70 頁。

因此，本文對於法律部分的討論，主要是以條文較抽象，但也因此較易隨時代改變而擴大保護內涵的「憲法層次」來著手。一旦肯認系爭新興家庭類型之家庭關係屬於憲法第 22 條家庭權的保障範圍，則在「法律層次」保障不足的問題，早晚就可以解決。而憲法層次之研究方式，當然以大法官解釋為第一步，但在解釋有所不足的時候，則輔以相關學說見解來探討此一問題。

至於新興家庭的種類，由於非常多樣，且並非本論文最主要的重點，因此對於有些已修法保障的新興家庭類型（如生父與非婚生子關的關係），即不再重覆介紹；而對於一些牽涉新興生殖科技而產生的新興家庭類型（如代理孕母與其「子女」、複製人等<sup>483</sup>），由於爭議點較集中於「得否為之」及「親子關係認定」的問題，而較不涉及「該家庭關係是否受憲法保障」的問題，因此本文亦不納入討論範圍，而僅採擇近代國際社會最熱門的「同性伴侶」問題，來探討該家庭關係其是應屬於憲法所保障。

## 第二款 大法官解釋

大法官解釋中曾有將婚姻雙方限定為男女的用語，例如釋字 554 號解釋理由書第二段：「按婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。」然而，同性間是否可結婚，並非本號大法官解釋要處理的問題。因此，該段敘述應認為大法官是基於現行法規的闡述，而非有認為異性結合的婚姻才受憲法保障之意。

退一步言，縱大法官認為婚姻的本質屬男與女的結合，則同性間的結合是否仍能有類似婚姻的效力，不無疑問。畢竟以比較法的觀點來看，法律上不承認同性婚姻，但以同性伴侶的方式保障該家庭生活的國家，比比皆是。

---

<sup>483</sup> 關於此部分文獻，文章部分可參李震山，「從憲法保障生命權及人性尊嚴之觀點論人工生殖」，《月旦法學雜誌》第 2 期，1995 年 6 月，第 18-25 頁；王以禮，「『代理孕母』之法律關係研究」，《全國律師雜誌》第 1 卷第 11 期，1997 年 11 月，第 16-20 頁；陳妙芬，「浮濫的平等？——談代理孕母的法理問題」，《月旦法學雜誌》第 52 期，1999 年 9 月，第 31-40 頁；李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 88-93 頁；王海南，「人工生殖子女之法律地位——兼評『人工生殖法』中涉及身分關係之相關規定」，《法令月刊》第 58 卷第 8 期，2007 年 8 月，第 102-116 頁；邱玟惠，「人工生殖子女親子法制之檢討與修法建議」，《國立臺灣大學法學論叢》第 38 卷 3 期，2009 年 9 月，第 281-348 頁。而專書及論文部分，可參廖慧全，《論代理孕母之法律規範》，國防管理學院法律研究所碩士論文，1999 年；李端珺，《代理孕母法律問題之研究》，東吳大學法律研究所碩士論文，1999 年；陽佳君，《論代理孕母所生子女之法律地位》，成功大學法律研究所碩士論文，2002 年；楊佳祥，《論人工生殖技術對我國親子關係法規範之衝擊》，中正大學法律研究所碩士論文，2002 年；彭英泰，《論複製技術之管制與複製人之身分認定》，政治大學法律研究所學士後法學組碩士論文，2003 年；顏厥安，「國家不應禁止代理孕母的法哲學與憲法學根據」，收錄於《鼠肝與蟲臂的管制——法理學與生命倫理》，2004 年 9 月，第 123-125 頁。



因此，在憲法上，同性伴侶是否屬憲法 22 條家庭權的保障範圍，尚有待學說及實務的發展。<sup>484</sup>



### 第三款 學說見解

同性婚姻或其他對同性結合之法律保障的問題，為近代國際社會熱門但複雜的問題。

相關文獻中認為家庭權不包含同性結合的理由，主要有：一、本質說：婚姻的本質為一男一女的結合。二、生育說：為求種族的延續，生育是家庭最重要的功能之一，而同性結合無法達到這樣的目的。此種說法亦會推導出「違反自然」的論述。三、倫理道德說：同性結合會對於父母和子女關係產生人倫秩序的破壞，譬如一個小孩可能會有兩個爸爸。四、心理疾病說：同性戀是種心理的病態，社會應治療之而非保障該結合關係。<sup>485 486</sup>

而在認為應受保障的相關文獻中，所提出理由有：一、多元文化的尊重：基本道德觀標準紛雜，統一不易。限縮在既有道德評價之中，會扼殺新興價值觀，造成激烈對立。<sup>487</sup>二、社會觀念的變動性：若在法律上表示婚姻「本質」只侷限於一男一女的結合，則會將隨時代改變的法律概念，凍結於歷史上的某個時點。婚姻等於異性戀結合的說法，在人類文明的發展上，未必為必然之理。<sup>488</sup>三、人格發展需求：同性戀乃生理的本質，有其發展的需求。<sup>489</sup>四、平等原則：性傾向與能力、貢獻、道德無關，差別待遇的理由多僅因偏見，並無差別待遇的合理基礎。<sup>490</sup>五、隱私權保障：性傾向為個人的私密空間，國家以此為由拒絕兩人結合以進入婚姻，乃對隱私權的侵犯<sup>491</sup>等等。

同性結合是否應受法律保障的問題，國內正反見解之文獻自然都有，但就大方向的趨勢而言，早期文獻大多持否定的態度<sup>492</sup>，而近期文獻大多是從肯定同

<sup>484</sup> 當然，於憲法層次之外，相關法律並無同性結婚的規定，因此目前法律層次上，實務對同性結婚的權利問題是處於明確否定的態度，如法務部 83 年 8 月 11 日的法八十三律決字第 17359 號函釋。

<sup>485</sup> 史尚寬，《親屬法論》，1974 年，第 84 頁。

<sup>486</sup> 徐振雄，「菲尼斯對於「同性婚姻」之道德論辯及其權利語言之探討」，《政大法學評論》第 77 期，2004 年 2 月，第 21-22、29 頁。

<sup>487</sup> 李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，國立中正大學法律學系出版，2004 年 7 月，第 82-83 頁。

<sup>488</sup> 廖元豪，「同性婚姻受憲法保障嗎？」，《月旦法學教室》第 70 期，2008 年 8 月，第 8-9 頁。

<sup>489</sup> 李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，國立中正大學法律學系出版，2004 年 7 月，第 87 頁。

<sup>490</sup> 廖元豪，「同性婚姻受憲法保障嗎？」，《月旦法學教室》第 70 期，2008 年 8 月，第 9 頁。

<sup>491</sup> 吳煜宗，「同性戀者的結婚自由」，《月旦法學教室》第 14 期，2003 年 12 月，第 11 頁。

<sup>492</sup> 史尚寬，《親屬法論》，1974 年，第 84 頁；趙鳳喈，《民法親屬新論》，1974 年，第 52 頁；周濟，《中國民法婚姻論》，1976 年，第 20 頁；胡長清，《中國民法親屬論》，1978 年，第 45 頁；

性結合應受（某程度的）法律保障的觀點出發。<sup>493</sup>

#### 第四項 實務判決檢討

值得提及的是，家庭生活權利（家庭團聚權）已為憲法上經肯認之基本權，然我國法院實務上，仍曾出現未意識到該等權利之判決<sup>494</sup>。如最高行政法院 96 年度判字第 838 號判決，其案情大要為：一大陸女子嫁來台灣，回大陸後欲再入境時，被面談官認定假結婚，而撤銷入境許可並強制出境。原告係該女子之丈夫，以利害關係人之身分，對該撤銷入境許可並強制出境之處分不服，提起訴願及行政訴訟。臺北高等行政法院調查後認定該婚姻應屬真正，而撤銷原處分。事後，內政部入出國及移民署不服原判決，提起上訴後，而最高行政法院認為：原處分係對該妻子之撤銷入境許可並強制其出境，法律效果係對該妻子發生，並未致原告（被上訴人）即該先生之權利或利益直接受有損害；原告自無從主張其有何權利或利益受有損害，而得以自己之名義合法提起訴願及行政訴訟，而認原告欠缺當事人適格，而廢棄原判決，駁回原告之訴。

此等最高行政法院之判決內容，顯未意識到家庭生活權利係憲法上之權利。<sup>495</sup>更有甚者，判決理由中援引行政法院 75 年判字第 362 號判例：「所謂利害關係乃指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係在內。訴外人陳某雖為原告同財共居之配偶，但並未因此使陳某違反廢棄物清理法致受罰鍰之處分，與原告有當然之法律上利害關係，而得以其自己之名義對陳某之處分案件為行政爭訴。」，作為夫妻另一方非利害關係人之理由。然而，該判例所述之情形，係單純之財產關係，夫妻一方被罰鍰，另一方自然未必有利害關係；然本案情形係

---

戴炎輝、戴東雄，《親屬法》，2002 年，第 53 頁。

<sup>493</sup> 近期相關文章計有：劉靜怡，「論同性戀者的基本權利保障：人與憲法的再思考」，《臺灣法學會學報》第 20 期，1999 年 11 月，第 235-285 頁；吳煜宗，「同性戀者的結婚自由」，《月旦法學教室》第 14 期，2003 年 12 月，第 10-11 頁；張宏誠，「爭取彩虹下的權利——臺灣同性戀者平權運動的策略與展望」，《全國律師月刊》第 8 卷第 2 期，2004 年 2 月，第 67-89 頁；謝榮堂，「同性伴侶法律關係與婚姻締結之合憲探討」，《華岡法粹》第 31 期，2004 年 5 月，第 255-288 頁；李震山，「憲法意義下之『家庭權』」，《國立中正大學法學集刊》第 16 卷，2004 年 7 月，第 61-104 頁；傅美惠，「論同性戀人權與平等保護」，《國立中正大學法學集刊》第 16 期，2004 年 7 月，第 1-60 頁；李沃實，「同性婚者在我國身分法中應有之地位」，《中央警察大學法學論集》第 14 期，2008 年 4 月，第 159-206 頁；廖元豪，「同性婚姻受憲法保障嗎？」，《月旦法學教室》第 70 期，2008 年 8 月，第 8-9 頁。

而相關論文有：王明郎，《從比較法觀點論同性伴侶關係之法律保護》，國防管理學院法律研究所碩士論文，1997 年；張宏誠，《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，政治大學法律研究所碩士論文，1999 年；林政彥，《從同性戀者入伍服役政策論同性戀者權利主體地位之建構與解構》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2000 年。

<sup>494</sup> 除後述最高行政法院 96 年度判字第 838 號判決外，最高行政法院本於同一理由之裁判尚有：95 年度判字第 1411 號判決、95 年度裁字第 1528 號裁定等。

<sup>495</sup> 應予說明的是，或有人疑惑，若係假結婚，則假結婚之配偶，自沒有受家庭生活權利保障之問題？然而，在審查流程上，當事人適格係依原告主張予以形式認定，原告係主張係真正婚姻，受驅逐人之配偶，就應有家庭生活權利被干預，而具有當事人適格，得請求法院就該案為實體上之審理。至於該婚姻是否真正，係待法院調查後認定，而係原告主張有無理由之層次，不能與當事人適格混為一談。

夫妻一方被禁止入境，另一方之家庭生活權利將直接受到干預，與該判例所述之情形有本質上之不同，此部分有引據失義之嫌，應非妥適。

幸而，就此種案件之當事人適格之問題，96 年度高等行政法院法律座談會曾於 96 年 4 月 25 日討論過<sup>496</sup>，多數說皆認為配偶應具有當事人適格，而提出

<sup>496</sup> 決議紀錄原文如下：

96 年度高等行政法院法律座談會紀錄 法律問題七 民國 96 年 4 月 25 日

座談機關：高等行政法院

資料來源：96 年度高等行政法院法律座談會紀錄（民國 96 年 4 月版）第 61-68 頁  
司法院公報第 49 卷第 10 期第 131-134 頁

法律問題：大陸地區人民 A 與我國人民 B 在大陸地區結婚，嗣 A 申請來臺團聚，經原處分機關進行訪談認定不予許可，其配偶 B 有無法律上利害關係，得否提起訴願及行政訴訟？

討論意見：

甲說：肯定說。

本件 A 既以 B 之配偶身分，欲進入臺灣地區與 B 團聚，但原處分機關予以否准，且否准之理由實質上是懷疑婚姻之真實性。則本件原處分是否合法，已影響到 B 受憲法保障之婚姻關係及從此延伸出之夫妻同居生活關係，故 B 應屬原處分之利害關係人。理由如下：

（一）按行政機關之違法行政處分，致權利或法律上之利益受損害之相對人及其他利害關係人，得提起行政爭訟。而所謂「利害關係人」，係指違法行政處分之結果致其現已存在之權利或法律上之利益受影響者而言，若僅具經濟上、情感上或其他事實上之利害關係者則不屬之。

（二）而法律上所稱之「權利」或「法律上利益」，乃是指權利主體所感受的各式各樣主觀利益中（包括生存上的、經濟上的、文化上的、甚至是情感、宗教等各個領域），透過實體法規範（包括憲法及一般法律，甚至是命令）的選擇，將其中之一定範圍劃分出來，並以法規範之力量，來加以保障（法律上利益）或提供實現手段（權利）的特定範圍利益。因此權利或法律上利益，必然具備二個層面，一為法規範保障之形式，一為可感受價值之實質。

（三）因婚姻而形成夫妻關係，其因實踐「相互扶持、共同生活」目的所須具備的社會現實條件，乃係一種受憲法保障之權利。而此等社會現實條件如果因公權力之作為而存有受限制或剝奪之外觀，自應認夫妻之一方，因婚姻所形成之憲法權利已受到侵犯，有實施訴訟之權能，而為適格之當事人，提起行政爭訟。至於維持婚姻所須之現實條件實質上是否真的受到限制或剝奪，則屬本案實體判斷之問題，二者不宜混為一談。

（四）又臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 52 條第 1 項規定：「結婚或兩願離婚之方式及其他要件，依行為地之規定。」準此，大陸地區人民與臺灣地區人民在大陸地區結婚，其方式及其他要件，應依大陸地區婚姻法之規定。本件 B 主張其與 A 係在大陸地區結婚，其乃 A 之夫，對於 A 能否依親居留，已影響渠等在法律上夫妻同居義務之履行及日常家務之代理權（民法第 1001 條、第 1003 條之規定參照），B 自屬法律上之利害關係人，依訴願法第 18 條規定，本得以利害關係人之身分，提起訴願，如不服訴願決定，並得向高等行政法院提起撤銷訴訟。

乙說：否定說。

按行政訴訟法第 4 條第 1 項規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾 3 個月不為決定，或延長訴願決定期間逾 2 個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟」，是提起撤銷訴訟者，以主張其權利或法律上利益，因行政機關之違法行政處分而受損害為要件，此即學說上所稱原告必須具有「訴訟權能」，其提起訴訟始能謂適格。在撤銷訴訟，通常行政處分之相對人即具有訴訟權能，但如非行政處分之相對人之第三人，依其所主張之事實其不可能因行政處分而有權利或法律上利益受侵害，則第三人對該行政處分不具備訴訟權能，原告不適格，訴訟即無理由應予駁回。上述所稱之法律上之利益，係指法律上值得保護之利益，經濟上、情感上或事實上之利益，並不屬之。夫與妻各自為法律上之獨立人格，其各自受不利行政處分者，原則上僅受處分之夫或妻得提起撤銷訴訟，非為行政處分相對人之妻或夫則非因該處分有權利或法律上利益受侵害，不得主張其有權利或法律上利益受侵害而提起撤銷訴訟。本件處分之相對人為 A，B 並非相對人，其雖主張其為 A 之配偶，惟如前所述，僅屬事實上之利害關係人，非處分相對人之 B 就該處分不具有法律上利益，其無從主張權利或法律上利益受侵害而提起撤銷訴訟。

初步研討結果：

多數採甲說。

大會研討結果：

（一）法律問題文字修正。

之理由深有啟發性，應予肯定。特將該決議紀錄中，與家庭生活權利相關之討論內容紀錄如下：

1. 按婚姻是以一個社會「制度」之面貌而受憲法保障，而在這個「制度」底下會有很多面向的利益有待權衡調整，其中有 夫妻同向對外的關係（如何與以個人主義為立法建制原則之現代法制進行調適）；有 夫妻內部間對立的關係；與 因夫妻而形成之家庭關係（包括未成年之子女），這些關係透過實證法之具體規範，均足以形成個別的權利義務。
2. 但婚姻制度所形成之人際結合及其對外關係，其態樣複雜，實證法無法全面予以規範。若有此等情形，婚姻制度保障之法規範基礎，即必須直接建立在憲法上。
3. 而要將權利之規範基礎直接建立在憲法，都會面臨「難以具體化」之困境。故本院在此採取「光譜」之觀點，將婚姻制度所形成之關係，視其與婚姻制度本質之鄰接程度，予以「排序」（或「排譜」），將其中與婚姻制度緊密接合之部分（即維持實質婚姻關係所必須之事項），認定為憲法上之「權利」，而將與婚姻制度關係較遠之部分（與實質婚姻關係維持無必然關連性之事項）認定為事實上之「利益」。其間二者之臨接領域，其分辨可能或許不是十分明顯，但至少光譜二端之事項，則可清楚區分，例如配偶之一方與他人發生債務糾紛，另以配偶當然不可以主張「配偶一方之財務狀況影響其心境，因此影響婚姻中之生活圓滿狀態」，而以利害關係人之身分行使其配偶之權利。因為配偶一方之財務狀況與婚姻關係之維持，在經驗法則上，沒有「強」關連。
4. 但配偶之一方如在國外，其能否進入本國境內，對「同居義務」能否履行有關鍵作用，而同居復為婚姻制度之核心價值，此等請求如被否准，形式上已直接侵犯到人在國內之另一方配偶維繫婚姻關係之機會，該在國內之配偶當然有提起行政訴訟之權能。
5. 至於分處國內與國外二地之配偶實質上到底有無婚姻關係存在，則屬「實體判斷」之問題，而行政部門對此實體事項之認定，並不具有所謂之「對世效力」（只有家事法院針對特定婚姻訴訟標的案型中所為之婚姻關係存否判斷才會產生「對世效力」），而僅在入境管制行政中產生作用而已。

---

原為「二、法律問題七：大陸地區人民 A 與我國人民 B 在大陸地區結婚，……」修改為「二、法律問題七：大陸地區人民 A 與臺灣地區人民 B 在大陸地區結婚，……」。

（二）討論意見甲說二處修正。

（1）原為「甲說：肯定說。本件 A 既以 B 之配偶身分，欲進入臺灣地區與 B 團聚，但原處分機關予以否准，且否准之理由實質上是懷疑婚姻之真實性。則本件原處分是否合法，……」修改為「甲說：肯定說。本件 A 既以 B 之配偶身分，欲進入臺灣地區與 B 團聚，但原處分機關予以否准，則本件原處分是否合法，……」。

（2）甲說（四）最後原為「……，如不服訴願決定，並得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」修改為「……，如不服訴願決定，並得向高等行政法院提起課予義務訴訟。」。

（三）討論意見乙說修正。最後一行原為「……，非處分相對人之 B 就該處分不具有法律上利益，其無從主張權利或法律上利益受侵害而提起撤銷訴訟。」修改為「……，非處分相對人之 B 就該處分不具有法律上利益，其無從主張權利或法律上利益受侵害而提起課予義務訴訟。」

（四）多數採甲說。

然最高行政法院似尚無改變見解之傾向，於該決議後，最高行政法院仍有數起於此類案件中認定原告對配偶之禁止入境處分請求救濟，並無當事人適格之判決<sup>497</sup>。此問題實尚有待實務發展。



## 第三節 「外國人」在「家庭權」上的憲法權利主體地位

### 第一項 概說

下一個問題是，即使肯認在我國憲法下，「家庭權」（此處指的是「維持家庭生活」——即「家庭生活權利」的態樣）為人民得以防禦權的方式對抗國家的干預的基本權型態，仍然有一個更大的問題：外國人是否為該權利之權利主體？例如，當政府禁止在臺灣尚留有配偶或子女等家人的外國人入境，或將其驅逐出境時，該外國人是否可以援引家庭生活權利作為請求或主張之依據？

或有人會質疑，討論外籍家庭成員是否有享有家庭生活權利並不具實益，因為縱然外籍人士不享有家庭生活權利，在外國人受拒絕入境或驅逐出境處分時，以該處分亦會同時侵害本國家庭成員的家庭生活權利的觀點來思考，在訴訟中只要本國籍之家庭成員以自己的家庭生活權利受侵害為由提起救濟，仍可達到一樣的效果。然而，此種說法並不正確。首先，以拒絕外籍配偶入境為例，該處分所干預的究竟是只有一個人（本國籍配偶）的基本權，還是兩個人（本國籍配偶加上外籍配偶）的基本權，其侵害程度是不同的：若肯認外籍配偶的家庭生活權利，在渠等無法團聚時，夫妻 2 人之權利同時被干預，受干預之權利乃雙倍於只有本國人權利受保障之情形。另外，在該外國人屬於未成年子女的身分時，更顯出保障外國人家庭生活權利的實益：因為就本國家庭成員（即父母）的角度來看，系爭處分干預的權利只是其與小孩的團聚而已，此與和其他家庭成員的團聚並無太大的差別；然而，若肯認外籍人士的家庭團聚權，系爭處分所干預的權利，是未成年子女得與父母生活、接受父母照料的權利，其干預的程度頓時大大提升。

況且，一個在本國定居家庭，全部家庭成員都不具本國籍的情況，亦非不可能發生。因此，外國人是否得成為憲法上「家庭權」的主體，乃無法迴避的問題，故本文乃特立本節，在我國法制上探討此一問題。

### 第二項 外國人的定義

<sup>497</sup> 如上述最高行政法院 96 年度判字第 838 號判決即為一例。

首先要先說明我國法律對於外國人之定義。憲法第二條規定「具有中華民國國籍者，為中華民國國民。」依其反面推論，無中華民國國籍者，即為外國人。因此，在憲法層次上，無國籍者亦屬外國人，而雙重或多重國籍者，只要具有我國國籍，仍為本國人。

當然，各種法律中，由於立法目的的不同，對於本國人與外國人的區分方法可能也會有些不同。<sup>498</sup>然而，此處主要乃以憲法層次討論外國人之地位，因此不予詳論。

不過，在憲法層次中，在本國人和外國人區分之相關議題上，仍有兩點必須說明：

首先是關於於臺灣地區無戶籍之國民。由於過去兩岸分治時，雙方政府互爭中國正統，因此臺灣政府也讓旅居海外的華僑很容易的取得中華民國國籍。然而，事實上卻又不可能讓如此多的「國民」入臺，享有國民的權利義務。<sup>499</sup>為解決此問題，乃加上無戶籍國民的入國與居留須經許可之規定，且停留長度有所限制。<sup>500</sup>而此作法亦經大法官於司法院釋字第 558 號解釋肯認，認為「對於此種『國民』入國，依我國國情之特殊性所使然，非不得加以限制。」因此，在我國憲法秩序中，對於「臺灣地區無戶籍之國民」，並不適用本國人絕對的入國權與居留權之保障，而既然無法入境，相關權利亦甚難行使，乃屬於「本國人」和「外國人」之中間地帶。

其次，是關於大陸或港澳地區居民的問題。此問題亦是由於特殊的歷史因素造成，因兩岸分裂分治所產生的國家定位問題。本文以為，從憲法學理上，討論大陸及港澳地區人民是否屬「中華民國國民」，並無實際上之意義，因此縱屬我國國民，依據憲法增修條文第 11 條，仍可依法律（臺灣地區與大陸地區人民關係條例、香港澳門關係條例等法律）對之為特別處理。而從實證上來講，大陸地區人民之權利自然遠不及我國人民，甚至地位比「外國人」更加不利。<sup>501</sup>本文以

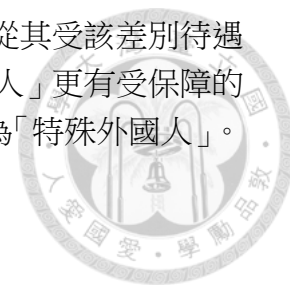
<sup>498</sup> 例如，以入出國及移民法來說，基於入出國管制的需要，該法第 93 條規定：「本法關於外國人之規定，於國民取得外國國籍而持外國護照入國者.....準用之。」使具有我國與他國之雙重國籍而以外國護照身分入國者，適用「外國人」之法律效果。

<sup>499</sup> 如臺北高等行政法院 90 年度訴字第 5537 號判決有明文說明：「.....由於三十八年政府自大陸撤退來臺，臺灣地區範圍狹小，世界上具有中華民國國民身分者人數眾多，並非臺灣地理區域所能全數吸納，因此必須限制其居民人數，以免社會負荷過重，而承繼日據時代建立的戶籍制度，以設籍作為給予居民身份保障之法律基礎，實質上已將居民身分之取得建立在『出生地原則』上。」

<sup>500</sup> 參入出國及移民法 5 條第 2 項、第 7 條至第 17 條。

<sup>501</sup> 以大陸地區人民為例，入境、居留，依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 10 條以下之規定亦採許可制，且有接受面談、按指紋錄存等規定；在工作上，就業服務法第 80 條：「大陸地區人民受聘僱於臺灣地區從事工作其聘僱及管理，除法律另有規定外，準用第五章（按：外國人之聘僱與管理）相關之規定。」；在政治活動上，不論後來是否已取得我國國籍，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 21 條更有嚴格的規定，且經司法院釋字第 618 號解釋認定合憲。

為，不管在「定義上」大陸及港澳地區人民是否屬於外國人，從其受該差別待遇之事實和地區保障需要的角度來看，既然其地位比「一般外國人」更有受保障的需要，自然屬於本文所討論「外國人權利」的範圍中，而可稱之為「特殊外國人」。



### 第三項 外國人憲法基本權主體性之討論

#### 第一款 大法官解釋

按，司法院大法官審理案件第 5 條第 1 項規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」因此，若大法官於程序上已受理外國人的釋憲聲請（不論勝敗），依上開規定可知，大法官必已肯認其為憲法上所保障之權利；反之，若為憲法上的權利，依「有權利必有救濟」的原則，其於程序上亦有聲請解釋之權利。因此，關於外國人在實體法上基本權主體的問題，與程序法上的當事人適格，兩者互為充分必要條件，可作相同的認定。若大法官已受理外國人的釋憲聲請，即可知大法官肯認外國人屬於憲法上的基本權主體。

大法官解釋<sup>502</sup>中，最早由外國人聲請者，首推釋字第 313 號解釋。本解釋乃許多國內及國外之航空公司所聲請，主張民用航空運輸業管理規則對搭載無入境簽證或入境證的外國人入境應受處罰的規定，不符授權明確性原則，而經大法官確認。本案作為聲請人之各外國航空公司，雖經公司法第 4 條認許，而得在臺營業，但外國法人的地位並無改變。<sup>503</sup>本號解釋雖未討論外國法人基本權主體性的問題，不過既未質疑外國人聲請人部分的程序合法性，解釋文亦未將之從聲請人中排除，應可推知大法官肯認外國法人為憲法基本權之主體。

其次，在釋字第 560 號解釋更加確立此一態度。該案聲請人魏曉安為德國人，認為當時的勞工保險條例第 62 條對其於勞工家屬的死亡喪葬津貼，排除外國人適用的作法違反勞工的受益權（憲法第 15 條財產權）及憲法第 7 條的平等原則，而聲請大法官解釋。而大法官最後雖未肯認其主張，而認為系爭差別待遇有正當原則，因此並未違反平等原則及比例原則。但大法官已作出實體解釋而以憲法第

<sup>502</sup> 至於憲法實行前之訓政時期的的相關司法院解釋（即院字及院解字之解釋），因其功能為法令的統一解釋而非憲法解釋，因此與本文此處討論的憲法上權利較無關係。關於該解釋涉及內外國人之權利的部分，可參林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政治大學法律研究所碩士論文，2004 年 7 月，第 18-19 頁。

<sup>503</sup> 從「美商」、「韓商」、「馬來西亞商」等公司名稱即可知曉。關於外國公司的問題，可參王文宇，《公司法論》，2006 年 8 月第三版，第 659-670 頁。

7 條和 23 條討論系爭權利的合憲性，已肯認至少在系爭權利領域（財產權及平等原則）中，外國人亦具基本權主體性，應無疑義。<sup>504</sup>

然而，在財產權及平等原則外的其他權利領域，大法官會議尚無作出相關的解釋，據以表示其對於外國人基本權主體性的態度。因此，接下來即討論學說上的見解。

## 第二款 學說見解

### 第一目 學說介紹

關於外國人是否、及何種權利受到本國憲法保障，學說及比較法上，大致可分為「絕對否定說」、「文義界定說」、「權利性質說」、「準用說」及「外國人與國家之實質關係說」、「全面肯定說」六種<sup>505</sup>。

第一種「絕對否定說」認為本國憲法乃規定國家與國民的關係，因此外國人並無憲法權利保障之適用，但外國人之權利仍應受到國家尊重，且可受法律的保障。本文以為，就是在外國人之權利未受法律保障或是未受到尊重時，才會有訴諸於憲法保護的必要，上述但書之說法根本就沒有意義。此種說法在國際往來頻繁的現代已不合時宜，因一個國家的立法和行政機關得任意干預其國內之外國人的身、財產等自由而不受憲法任何節制，此概念在現代實為難以想像之事，因此此說幾乎已無人主張。

至於第二種「文義界定說」乃指從憲法條文上「國民」或「人民」的用語來決定外國人是否得享有該種權利。

第三種「權利性質說」則是修正前說，認為不應以形式上的條文文字來決定，而是依個別權利的性質來決定該種權利是否可適用於外國人。例如，有認為參政權、社會權（受益權）、入國與居留權、政治表現自由權等權利是專屬於國民的權利，而其他權利則無此限制。而上述權利專屬於本國人享有的原因為：參政權以國民主權的原理為基礎；社會權被認為應由各人所屬國家予以保障；入國自由，依國際習慣法屬於各國自由裁量的事項。

第四種「準用說」，即再修正前說，而應視外國人個別情況（例如依其居留長

<sup>504</sup> 此兩號解釋之討論，見林孟楠，〈論外國人的國際遷徙自由〉，政治大學法律研究所碩士論文，2004年7月，第21-21頁。

<sup>505</sup> 關於各學說的介紹，可參許義寶，〈外國人入出國與居留之研究——以我國法制為探討中心〉，中正大學法律研究所博士論文，2007年1月，第56-60頁。而關於各學說盛行於我國的歷史，可參林孟楠，〈論外國人的國際遷徙自由〉，政治大學法律研究所碩士論文，2004年7月，第11-18頁。



度、社會認同程度等)而決定外國人是否應享有前述認為外國人不應享有的權利。如外國人已有類似「本國人」的地位，尤其是在社會權、部分參政權方面，該「準本國人」應能享有。

而第五種「外國人與國家之實質關係說」，與前述「準用說」相比，則是再更進一步的具體化。此說認為外國人是否享有權利的問題，除了權利的性質之外，還要討論該外國人的「居住型態」，以決定得享有何種權利。因此，雖同樣是「已入國的外國人」，但還可再分為「一般短期入國的外國人」、「難民」、「長期居住外國人」、「永久居留外國人」等等，而各享有不同的基本權利。

而最後一種「全面適用說」，則是認為各種基本權利，外國人與本國人同樣都能夠享有。外國人頂多與本國人享有權利的「程度」不同，而非主張「外國人根本不得成為該等權利之主體」。<sup>506</sup>

## 第二目 各說評釋

### 一、第一及第二說不足採

首先，第一種「絕對否定說」，已不合時宜，無討論的必要。

第二種「文義界定說」太過於僵化，且以我國憲法為例，第 8 條至第 22 條基本權保障的規定，條文用語全部都是「人民有……之權利（或義務）」，很難想像吾人要如何單從文義來決定外國人能不能享有該條權利。況且，在比較法上，德國基本法之基本權條文用語，有「人權」(Menschenrechte)和「德國人權」(Deutschenrechte)的不同，然，德國憲法法院及學說皆肯認，縱然基本法的條文對於該權利定性為「德國人權」，但外國人亦有從「一般行動自由」的概括規定導出應受保障的該權利<sup>507</sup>。因此，第二種說法應無可採。

### 二、第三說「權利性質說」

而第三種至第五種的說法，精神不會差別太大，都是以系爭權利之性質來探討外國人是否應享有該權利，差別只是在於對於社會權利政治權的認定不同而已。

第三說「權利性質說」雖然履遭國內外學者批評<sup>508</sup>，但畢竟為學界之通說，

<sup>506</sup> 例如吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004年6月第三版，第142-143頁。

<sup>507</sup> 李建良，「外國人權保障的理念與實務」，《臺灣本土法學雜誌》第48期，2003年7月，第99頁；李震山，《人性尊嚴與人權保障》，2009年2月，第387頁。

<sup>508</sup> 如李建良，「外國人權保障的理念與實務」，《臺灣本土法學雜誌》第48期，2003年7月，第106-107頁；陳新民，《憲法學釋論》，2005年8月第五版，第137-141頁等。而在廖元豪，「外人做頭家？——論外國人的公民權」，《政大法學評論》，第113期，2010年2月，第245-306頁中，更以下述5個理由質疑外國人完全無法參與政治權利（公民權）的說法：一、憲法文義未全然排斥外國人享有政治權利；二、某些「外國人」實際上與本國有著非常密切的連結與依賴關係

故本文以較大篇幅討論如下：



所謂「權利性質說」，乃認為依基本權之性質，可將憲法保障之權利區分為不同層級，有些權利外國人得享有，有些不行。但要如何區分，亦有兩種不同的說法。

第一種分法是人權、國民權和公民權之三分法。第一種「人權」，在本國憲法秩序之下，乃指一個人因出生所具有應受憲法保障重的諸如生命權、人身自由、思想良心信仰等內在精神自由等等，其保障的根源為「人性尊嚴」，與國籍無關。第二種態樣為「國民權」，指政治權利分配無直接關係，但涉及國家經濟或其他資源的分配，具本國國民身分的人民始享有或應優先享有的權利，例如經濟上及福利措施的受益權，如工作權、受教育權等等。最後一種是「公民權」，指涉及強烈國家主權意識的權利，涉及國家政策決定或基本認同，只有具特定條件的國民（即公民）始得享有的權利，例如選舉罷免創制複決、及服公職等權利。外國人得享有人權，而不得或劣後的享有國民權，不得享有公民權。<sup>509</sup>

第二種分法則是區分「作為人即應享有之權利」、「中間型態的受益權」和「有強烈國家主權意識關聯性的權利」。前者如生命權、人身自由、人身體不受侵害權，該權利之性質及內涵直接涉及「人類」之屬性，屬於人類與生俱來之「自然權」，只要是人就能享有。而後者如選舉、罷免、創制、複決權等，為本國人之基本人權。至於中間型態之權利，大多屬受益權型態，例如工作、財產、生存權……等，是否享有，需視各國已開發之程度而定。實際觀察上，亦可分為幾個保障層次：1.消極層次：若將保障外國人的人權，列屬立法裁量、立法政策或立法自由形成範圍，縱不保障外國人人權，亦不生違憲問題者。2.積極或理想層次：若基於「自然權利」的想法，不分國籍，在國際人權規範標準下，承認外國人的人權。3.折衷層次：當今大多數國家，恐仍在主權之主宰下，視人權性質及國際潮流、

---

（如外籍配偶），實際上是「我們臺灣人」的一分子，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、外國人往往是結構性的弱勢群體；五、有限度的外人參政權，與國民主權原則並不當然抵觸。

另，在廖元豪，「移民——基本人權的化外之民——檢視批判『移民無人權』的憲法論述與實務」，《月旦法學雜誌》第 161 期，2008 年 10 月，第 85 頁中，作者更引德國學者 Jost Delbruck 的說法，指出該種源自德國的三分法是一套建構在封閉國家主權觀的憲法理論，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「開放共合國」路線。本文並保留該文之引註，以供參考：Jost Delbruck, *Globalization of Law, Politics, and Market—Implications for Domestic Law—An European Perspective*, 1 Ind. Global Legal Stud. 9 (1993). 另參 Genrald L. Neuman, “We Are The People” —Alien Suffrage in German and American Perspective, 13 Mich. J. Int’l L. 259, 273 (1992)。

<sup>509</sup> 此種三分法乃移植自德國，甚早出現在我國文獻當中，如林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（一）》，1990 年第六版，65-57 頁；法治斌、董保城，《憲法新論》，2005 年 9 月第三版，148-149 頁；李惠宗，《憲法要義》，2006 年 9 月第三版，第 101 頁；陳慈陽，憲法學，2005 年 11 月第二版，第 380 頁；陳春生，「談外國人的基本權利」，《月旦法學教室》，第 16 期，第 131 頁。

國際社會之壓力或視個案而調整對外國人之基本權利保障，屬折衷層次。<sup>510</sup>

本文以為，不論採何種區分法，「家庭生活權利」的定性應無不同。就第一種分法而言，家庭生活權利與資源配置或國家意識並無關係，因此不應屬於國民權及公民權的範疇。就第二種分法而言，與親人一同生活乃人類本能需求：伴侶之間藉由建立家庭，彼此在親密關係中獲得安全感及歸屬感，是人類最深層的渴望，其來源早已不可考。甚至，在父母與未成年子女的關係上，除了是「先於國家而存在」的人類本能需求之外，更是「先於人類而存在」的哺乳類動物本能。與親人共同經營家庭生活，除了繁衍下一代的目的外，雙方共同照顧剛出生無自行謀生能力的小嬰兒，並藉由家人之教導而經歷社會化的過程。因此，以上種種現象都明確說明「家庭生活權利之性質及內涵直接涉及「人類」之屬性，屬於人類與生俱來之「自然權」，先於國家而存在。因此，只要是「人」皆應享有此一權利，國家不得恣意侵害或消極不設立制度保障之，而無分本國人與外國人。

因此，在此說之下，憲法上之「家庭生活權利」，不論外國人或本國人皆應享有，應無疑義。

### 三、修正前說之第四、第五說

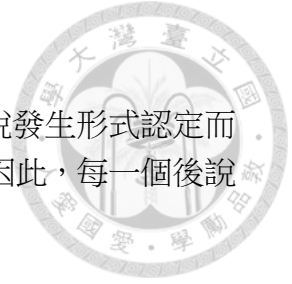
第四說「準用說」和第五說「外國人與國家之實質關係說」，主要是要依據該外國人的居住情況等個別情況，以決定其得享有哪些憲法權利。究其內容，乃為解決在第三說「權利性質說」之下，「長期移民」或其他「與本國有連結關係之外國人」之某些權利完全不受憲法保障的問題，因而出現的修正學說。

然而，該等學說所謂的「與本國人的近似性」或「居住型態」等區分標準，實際上亦是對個案進行利益衡量，其與「全面適用說」的邏輯並無太大的不同：「準用說」和「外國人與國家之實質關係說」是在違憲審查步驟第一關的「有權利干預與否」要件下，就先依據「外國人與本國的連結程度」而作了利益衡量，決定其是否享有該種基本權。通過之後，在下一關「比例原則」再為進一步的利益衡量，而得出系爭案件合憲或違憲的結論。相對的，下述之「全面適用說」則是第一關先一律寬認外國人的基本權主體性，而將「利益衡量」的操作都放在「比例原則」的關卡來進行。兩者相較之下，此兩種修正說，皆不及「全面適用說」之作法來得簡潔一貫。

另外，在第三說「權利性質說」之下，「家庭生活權利」已為外國人得享有之權利，為更進一步加強保障而產生之此兩修正說，更是應獲相同的結論，應無疑問。

<sup>510</sup> 李震山，《人性尊嚴與人權保障》，2009年2月，第389頁。

#### 四、最為可採之最後一說：「全面適用說」<sup>511</sup>



大體而言，六種說法之演變過程是有順序性的，因為前一說發生形式認定而造成不合理結果的問題，而產生了後一說，以補前說的不足。因此，每一個後說都比前說更為細緻、有更複雜的要件。

然而，再怎麼細緻，由於社會事實的多樣性及流動性，形式認定的結果，總是會將一些有需要保護的案件，在第一關「基本權的干預」的審查時，就被排除於保護大門之外而造成不合理結果。

因此，發展到最後出現最後一說「全面適用說」。其乃於第一關進行「外國人是否得享有該種基本權」的審查時，先做寬鬆的認定，而全面肯認外國人具有憲法各基本權之權利主體性，而將利益衡量的工作完全放入比例原則的審查過程中，最為簡潔，也最不會發生形式化認定的弊病。

並且，此說雖論理簡潔且保障足夠，但並不會有「過度保障」而排擠本國人權利的問題。究其理由，乃因基本權之保障本非絕對，外國人得作為基本權主體，但合比例原則的干預，仍為合憲。平等原則之保障，亦非齊頭式的假平等，在依事物本質有區別的時候，亦得為合理的差別待遇。因此，縱然肯認外國人屬權利主體，亦非代表立法者完全不能以「國籍」為由對外國人的權利為合理的限制。以「社會權」為例，將不必繳稅的外國人排除在國民年金或健康保險的保障之外之作法，應會被認為符合比例原則或平等原則，而可為如此合理之權利限制或差別對待。因此，在「有合理差別對待必要」的情況下，採此「全面適用說」並不會造成不合理的結果。相反的，在「沒有合理差別對待必要」的情況下，例如外國人屬長期移民，與其他本國人一樣都負有相同繳稅、守法或其他公義務的情況下，卻只因為其國籍的不同，而不能享有社會福利（社會權）、或無法使自己的聲音被政治人物重視（選舉、罷免等參政權），此現象顯然不公平，可能會有憲法代言人介入立法決定的必要。

況且，在國際間的交流頻繁和強調人人平等的「地球村」中，本外國人兩者之本質上差異，有無大到需要於特定憲法權利中完全將外國人排除適用的必要，殊值懷疑。

綜上所述，本文以為，「全面適用說」既有簡潔、易操作的優點，且唯有此說，不會在一開始就將某些外國人完全擋在某些憲法特定類型權利的大門之外，而使憲法在真正有保障必要的時候，仍然無法提供保護。另外，又不會有過度保

<sup>511</sup> 相同主張：廖元豪，「移民——基本人權的化外之民——檢視批判『移民無人權』的憲法論述與實務」，《月旦法學雜誌》第 161 期，2008 年 10 月，第 83-104 頁。

障而排擠資源的問題。因此，此種全面肯認外國人屬基本權之權利主體，再以「比例原則」的方式來衡量個案權利限制的合理性的作法，應屬可採。

而在此說之下，「家庭生活權利」為外國人得享有之權利，自屬當然。



## 第四節 「外國人家庭生活權利」與「國家管控國境權力」之利益衡量——「比例原則」之操作

### 第一項 概說

由上述各節討論可知，國家控制國境的權力固然有很高的公益性，但權力仍然並非絕對，在個別案件之情況下，可能由於個人私益的份量高過國家公益的需要，因此國家權力應受退讓。亦即，此時國家「拒絕入境」或「驅逐出境」之處分是為憲法所禁止的。

相同的道理，外國人之家庭生活權利受憲法保障，雖無問題，但權利之保障亦非絕對。肯認人民享有該權利，亦不代表就國家完全不能干預之。憲法上基本權之行使，仍受到憲法第 23 條的限制，國家在合乎正當目的、比例原則和法律保留原則之情況下，仍是可以對權利為限制的。亦即，在特定條件下，政府仍得對於在臺灣有家庭的外國人予以拒絕入境，或將之驅逐出境。

因此，重點還是應該回到「比例原則」的問題，進行公益和私益的利益衡量，以決定國家對個案的拒絕入境或驅逐出境處分是否合法、合憲。

本文先就抽象之法律條文中，就入出國及移民法、臺灣地區與大陸地區人民關係條例及其相關子法有關依親、團聚之相關規定擇要介紹，觀察其演進及修改過程，並提出評釋。之後再進入具體之個案，觀察我國法院在拒絕入境和驅逐出境處分中，是否有保障家庭生活權利意識、以及觀察比例原則的操作結果。如此一來，盼望抽象法規與具體個案皆不偏廢，對於行政、立法、司法機關都能提出建言。

### 第二項 法規研究

#### 第一款 概說

入出國及移民法、臺灣地區與大陸地區人民關係條例等法規，及其子法，有

許多關於入出國（境）、依親、團聚、定居等規定。本文舉出數條與「家庭生活權利」相關之規範，並觀察其演變。



## 第二款 因親屬重病重傷而需停留照顧

外國人原本於臺灣停留，突遇臺灣之親屬發生重病重傷入院，關於延期居留之規定：

外國人停留居留及永久居留辦法（最後修正日期：101年10月25日）

制定修正時間	條文內容
89年2月1日制定（第3條第2項）	每次延期，不得逾原簽證許可停留之期間，其合計停留期間，並不得逾六個月。 <u>但因不可抗力或其他重大事故仍須延期停留者，應報由主管機關核准。</u>
97年8月1日修正（第3條第2項）	每次延期，不得逾原簽證許可停留之期間，其合計停留期間，並不得逾六個月。 <u>但有下列情形之一並提出證明者，入出國及移民署得酌予再延長其停留期間：</u> <p style="text-align: center;">…</p> <u>三、在臺灣地區設有戶籍之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親，在臺灣地區患重病或受重傷住院需人照顧…</u>

而大陸地區人民因政治因素，在大量開放觀光以前，光是「入臺」一事，就比外國人困難很多。因此關於臺灣親屬重病或重傷時，相對於外國人著重於討論「延期居留」，大陸地區人民則是討論「入臺探病」之相關規定：

大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法（最後修正日期：101年12月28日）

制定修正時間	條文內容	修正內容
82年2月8日制定（第4條第1項）	大陸地區人民，其在臺灣地區設有戶籍之 <u>祖父母、外祖父母、父母、配偶之父母、配偶、子女、子女之配偶、孫子女、外孫子女或兄弟姐妹</u> 有左列情形之一者，得申請進入臺灣地區探病或奔喪： 一、因患重病或受重傷，而有生命危險者。 二、年逾七十歲，患重病或受重傷者。 三、死亡未滿一年者。	
84年5月19日修正（第4條第1項）	大陸地區人民，其在臺灣地區設有戶籍之 <u>二親等內血親、繼父母、配偶之父母、配偶或子女之配偶</u> 有左列情形之一者，得申請進入臺灣地區探病或奔喪：	一、得探親之人未改變，只是文字簡化。 二、病患年齡

	<p>一、因患重病或受重傷，而有生命危險者。</p> <p>二、年逾六十歲，患重病或受重傷者。</p> <p>三、死亡未滿一年者。</p>	放寬為 60 歲。
93 年 3 月 1 日修正(第 5 條第 1 項)	<p>大陸地區人民，其在臺灣地區設有戶籍之<u>二親等內血親、繼父母、配偶之父母、配偶、或子女之配偶</u>，有下列情形之一者，得申請進入臺灣地區探病或奔喪：</p> <p>一、因患重病或受重傷，而有生命危險。</p> <p>二、年逾六十歲，患重病或受重傷。</p> <p>三、死亡未滿<u>六個月</u>。</p>	<p>一、刪除「<u>繼父母</u>」之字樣，但二等內血親已包含繼父母，固得探親之人亦未改變。</p> <p>二、奔喪部分，縮短為需死亡內六個月方能申請。</p>
98 年 6 月 8 日修正(第 5 條第 1 項)	<p>大陸地區人民，其在臺灣地區設有戶籍之<u>三親等內血親、配偶之父母、配偶或子女之配偶</u>，有下列情形之一者，得申請進入臺灣地區探病或奔喪：</p> <p>一、因患重病或受重傷，而有生命危險。</p> <p>二、年逾六十歲，患重病或受重傷。</p> <p>三、死亡未滿六個月。</p>	一、得探親之人放寬為三等親內血親。

制定修正時間	條文內容
82 年 2 月 8 日制定(第 6 條第 1 項)	依…規定進入臺灣地區探病之大陸地區人民，其探病對象年 <u>逾七十歲</u> 在臺灣地區無子女，且傷病未癒或行動困難乏人照料者，其具有照料能力者一人，得申請延期在臺灣地區照料。
84 年 5 月 19 日修正(第 6 條)(現移列至第 7 條)	依…規定進入臺灣地區探病之大陸地區人民，其探病對象年 <u>逾六十歲</u> 在臺灣地區無子女，且傷病未癒或行動困難乏人照料者，其具有照料能力者一人，得申請延期在臺灣地區照料。

照顧親人，是家庭生活權利(歐洲人權法院更可能討論到私人生活權利之面向)重要之一環，尤其家人重傷重病在臺住院之情形，該傷患因該現實狀況，通常較難出國，暫時本國發生較強之連結。而親屬入國照顧、探病，亦算是暫時性，對國內之經濟危害亦較小，此時，允許親屬入臺照顧，或已入臺者讓之延長居留，在比例原則之衡量上，私益之家庭生活權利之面向應較容易勝出。

上揭外國人停留居留及永久居留辦法，於 97 年 8 月 1 日修正時，將一定親屬在臺灣地區患重病或受重傷住院需人照顧之情形，明定為得申請延長居留之情

形，為人民家庭生活權利意識之抬頭，應予肯定。然同法第 3 條第 3 項規定，該事由之延長停留期間，自事由發生之日起不得逾 2 個月。此「2 個月」的最長期間限制，並無另外核准延長之規定，是否過於僵硬，應有檢討的空間。

至上揭大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法，關於大陸地區人民入臺探病的要件限制，有些微之改變，而大方向來說，是朝著放寬探親之親等之方式修正。不論是對應到兩岸關係之穩定，或歸因於人道意識之抬頭，皆應予以肯定。期待此種家庭生活權利（探病權）在法規明文保障之後，即使兩岸關係有所變動，對兩案民間探視權利之干擾，可以減到最少。

而關於大陸地區人民入臺探病後（現行規定期間為 2 個月），如尚有需持續照顧之情事，得申請延期在臺灣地區照料（現行規定期間為 1 年），修正過程亦將探病對象由 70 歲放寬為 60 歲，亦應予以肯定。然可以思考的是，既因重傷、重病有照料之需求，則該病患就已不能自立，其年齡為何，似乎不是重點。一個大陸地區人民，有一個 40 歲之重病患親屬在臺灣，就不得延期停留照顧，但有一個 60 歲的重病患親屬在臺灣，就可以申請，如此差別待遇之合理性如何？殊難想像。既已限制在「重傷重病」，且有「生命危險」之可能，其即已有緊急情事，對於欲申請延期停留照料者，若仍要以限制病患之年齡作為總量管制之手段，不免有違反比例原則之疑慮。

### 第三款 未成年人探視權部分

大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 3 條第 1 項（最後修正日期：101 年 12 月 28 日）

制定修正時間	條文內容
82 年 2 月 8 日	大陸地區人民符合左列情形之一者，得申請進入臺灣地區探親： 一、依規定不得申請進入大陸地區探親之臺灣地區人民，其在大陸地區之配偶或三親等內血親。 …
84 年 5 月 19 日 修正第 3 款	… 三、其父母、配偶或子女在臺灣地區設有戶籍者。
98 年 6 月 8 日 新增第 6 款	… 六、其為經許可在臺灣地區依親居留、長期居留之臺灣地區人民之配偶之前婚姻未成年子女。
98 年 8 月 12 日 修正第 6 款	… 六、其為經許可在臺灣地區依親居留、長期居留之臺灣地區人民配偶之未成年親生子女。



關於大陸地區之未成年人，因父母在臺灣居住而入臺探親之規定，就條文來說，雖本來就在得探親之規定中，但自 98 年起，更將「未成年子女」獨立成單獨之一款，且該許可辦法就該項事由，亦訂有許多配套措施，如第 3 條第 5 項得申請入學、第 20 條第 1 項第 1 款第 2 目探親期間延長（每次 6 月，必要時可申請延長，每次延長 6 月，無最長期間限制）等，更完備的保障父母在臺灣居住，然本身未於臺灣具有戶籍之大陸地區未成年子女，應予肯定。

#### **第四款 因犯罪而撤銷居留許可部分**

大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法（民國 101 年 11 月 23 日修正）第 15 條第 1 項：「大陸地區人民申請在臺灣地區依親居留，有下列情形之一者……得撤銷或廢止其許可：一、有事實足認有犯罪行為或有犯罪紀錄。……」，而同辦法第 27 條對於長期居留、第 34 條對於定居，有同樣之規定。

與歐洲人權法院判決之經驗一樣，犯罪行為為常見的驅逐出國原因。然而，對於大陸地區居民此種「政治敏感國」居民而言，此款亦最容易被行政機關濫用，而發生「高舉國家安全大旗下之實質歧視」後果。

因此，本文認為，既已申請依親居留者，代表在臺灣已有一定之家庭生活權利，只要有任何「犯罪行為」就可撤銷居留而驅逐出國，文義涵蓋太廣。為免該款規定遭濫用，對於已申請依親居留者，應加上排除輕微犯罪之規定，而建議於該辦法第 15 條第 1 項第 1 款後，加上但書：「但觸犯最重本刑為拘役或專科罰金之罪者，不在此限」，而將比例原則之具體規定直接定在法規範中，以免事後救濟之不確定性及麻煩。

### **第三項 國內判決研究**

#### **第一款 概說**

以下從我國法院之判決中，由個案中觀察比例原則之操作。而介紹的順序，則依驅逐性質或裁判法院的不同，依續介紹「法院刑事庭判決」（對犯罪人宣告驅逐出境之保安處分）、「行政法院判決」（對於行政機關的拒絕入境或驅逐出境的決定進行審查）、以及「其他判決」（例如受刑人假釋時，檢察官命以驅逐出境代替保護管束，而受刑人不服檢察官的指揮而向法院聲明異議）三種型態的判決。

#### **第二款 行政法院判決研究**

##### **第一目 概說**

中國古代之《唐律·雜律》中有條文規定：「諸不應得為而為之者，笞四十，事理重者，杖八十。」<sup>512</sup>誠然，政府所做的「笞四十」和「杖八十」的處分，都會符合該條文的規定，因此形式上都「合法」。然而，這樣的「合法」，有何意義？

依現代法治國家的標準來看，絕非只以「形式上是否有法律依據」來決定處分的合法性，除了法律明確性的要求之外，更以「比例原則」構成實質合法性的要求——對於對行政、立法、司法機關皆同。此處要討論的是後者：司法機關。若司法機關對於行政機關所為的拒絕入境或驅逐出境處分，皆只援引如入出國及移民法第 18 條「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得禁止其入國……」之類的規定，然後就表示「行政機關所為並無不法」，因此駁回原告之訴，這和唐朝縣府援引上述《唐律·雜律》作為法律依據，然後就處罰人民，有什麼兩樣？

本文挑選兩則行政機關的判決作為代表，介紹如下。

### **第二目 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 1832 號判決：未衡量家庭生活權利重要性**

內政部警政署境管局（即今內政部入出國及移民署）因一名越南籍配偶陳氏紅伍（Tran Thi Hong Nam，以下簡稱陳君）於民國 90 年間因在臺非法工作，依規定受到 5 年的入國管制。陳君出境後，於管制期間復冒用他人護照入境非法工作，而又被驅逐，並依入出國及移民法第 17 條第 1 項第 3 款<sup>513</sup>及外國人入國管制資料作業規定入國管制 10 年。然而，此時陳君已與一名臺籍男子結婚，並育有一子，該名臺籍先生向境管局申請解除對其妻之入國管制並允許妻子入境，遭拒絕後，提起行政爭訟。

原告提出最主要理由為「兒童最佳利益」的保護：「本件禁止原告之越南籍配偶陳君入國，同時剝奪出生數月具有我國國籍之未成年子女吳研廷受生母照料及呵護之權利，剝奪其全家之家庭生活，係不人道的作法。」並舉憲法第 156 條保護母性的規定、世界人權宣言第 16 條第 3 項、第 25 條第 2 項之規定保障子女受父母親照顧的規定，作為立論依據。至於法律上的主張，則依據入出國移民法相及關行政規定中，「得」禁止入國的裁量規定，以「比例原則」為主要的論述依據：「本件原告之越南籍配偶陳君，雖有非法工作及冒用護照來臺之違反行政程序規定之不法，但其目的無非是要工作謀生而已，對國家社會之危害極小。今既然已與原告結婚，並生下吳研廷，自有准其入境全家團圓，並照顧具中華民國國籍之未成年子女之必要，此與我國之國家民族發展極有關係，因此，依我國國籍法第 17 條之規定，本就非強制規定不得入境，且被告亦配合制頒管制資料

<sup>512</sup> 本條之註曰：「謂律令無條，理不可為者。」因此，該條條文將抽象不明確的「理」（亦即「禮」，似現今法律體系中之「法理」概念）亦納入處罰的法源依據。

<sup>513</sup> 現行法已移至 18 條，下同。

作業規定第 9 點，原告得申請不列為管制資料，依法被告不得拒絕解除列管。詎被告曲解法令，拒絕原告之聲請，實屬違法違憲且不人道。」

然而，臺北高等行政法院對於此家庭生活權利的主張，只以簡單「不違法」的理由就駁回原告的訴訟：「惟縱將本國人之外籍母親予本國為同一之保護，依憲法第 23 條規定，基本人權於為防止妨礙他人自由、避免緊急避難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者，仍得以法律加以限制。而外國人之入境，事涉國家安全，係與社會秩序及公共利益有關，既經入出國及移民法第 17 條就禁止行為明文列舉，自無違反上開憲法及世界人權宣言規定之可言。原告主張被告未將陳君不列入入國管制資料，有違憲及違反人權情事云云，尚無可採。」

此判決中，原告並不否認非法入境及非法打工的情事，但強調其只是想要謀生、養家，對於國家及社會並無太大的危害。並且，其在臺灣已有小孩，宣告其十年禁止其入境，就等於宣告她的幼子，在未來最重要的成長過程中，十年內必然無法有母親的陪伴、照顧。

就此判決而言，誠然，基於原告有冒名非法入境的情事，因此，本家中國家管控國境的公益，以及人民家庭生活權利的私益，前者和後者孰重孰輕，或許見仁見智，因此本文此處暫不處理判決結論的妥適性的問題。然而，就法律的推理過程，明顯就大有問題：法院單純以「外國人之入境，事涉國家安全，係與社會秩序及公共利益有關，既經入出國及移民法第 17 條就禁止行為明文列舉，自無違反上開憲法及世界人權宣言規定之可言」（上開判決文中劃底線部分）的理由就判原告敗訴，顯示法院的確欠缺問題意識：本案重點不是形式上有沒有法律依據，重點是比例原則的審查！此判決印證了本文上開的擔憂：不論對於行政機關或司法機關，對於在臺有家庭成員的外國人之拒絕入境或驅逐出境處分作審查時，若實體法上只有泛泛的比例原則的規定<sup>514</sup>，對於家庭生活權利的保障，實屬不足。

### 第三目 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 1532 號判決：未衡量家庭生活權利重要性

此案件的論述過程，與上案一樣，全未考量比例原則的問題。大致經過為：原告為嫁來臺灣的外國人，來臺近一年時接受產前檢查而被驗出有愛滋病。由於積極以藥物治療，其所生小孩幸運並未遭感染。然而，在產子後休養期間，經警方告知其居留證已因患愛滋病之原因被撤銷，並限期出境。原告不服，因而提起行政爭訟。

原告的對於家庭權部分，主張之理由為：「原告與我國人係以合法婚姻申請

<sup>514</sup> 如「必要時」，或是「得驅逐出境」之條文用語。

在臺生活，且與我國人共組家庭，原告出境將無法履行其對婚姻與家庭之責任，此一行政處分實陷原告於不仁不義。原告儼然已是我國一份子，卻因為未具備我國國民身分，就必須承擔此不人道的處分。更強迫原告之子無法擁有完整的家庭關懷，種種因行政處分所導致原告生命遭受危害，誅連本國籍配偶家庭承受無妻無母之悲痛……又實則原告危害社會重大公益之情形不存在，此乃因愛滋病毒傳染途徑係經由體液與血液傳染，愛滋感染者與他人日常生活、作息皆不會傳染給他人。查原告與其夫婿係有合法婚姻關係，且原告在臺生活並無外出工作，交往單純，亦減少與他人接觸之機會，又原告經由三合一抗愛滋藥物的治療，控制體內愛病毒於低量，其傳染他人之可能性更是微乎其微。前述種種情形在在皆證原告危害社會重大公益之情形實難成立。」

然而，面對嬰幼兒在成長過程中能受母親照顧，如此重大的利益，法院只簡單回應「原告雖為事實欄所載各節之主張，然系爭處分合於依後天免疫乏症候群防治條例第 14 條之 1 規定<sup>515</sup>……原告於依法出境後，仍得向主管機關提出申覆。是原處分並無不法……原告徒執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。」

系爭行政機關無視喪失系爭處分對臺籍配偶、外籍配偶和臺籍小孩家庭團聚權之干預，亦無視入出國及移民法「得驅逐出國」用語授予行政機關裁量權之用意<sup>516</sup>，而未衡量家庭團聚權，逕以原告被發現感染愛滋病為由，將已在臺定居，有配偶和小孩的她，驅逐出國。法院亦僅簡單以援引法條規定即認定行政機關作法並無不當，無國際人權法及憲法意識，無視驅逐與否尚需個案衡量之立法精神，以「合於法律規定」就駁回原告之訴，應為不當。

或有謂，相關法律已有於驅逐出境後，得提起救濟的規定，因此該法律並無問題，且行政機關乃依法行之，法院之判決並無不當。然而，入出國及移民法對於「患有足以妨害公共衛生或社會安寧之傳染病」之人，規定的是「得」驅逐出國<sup>517</sup>，亦即有課予依比例原則裁量的義務，從合憲性解釋的觀點更應如此解釋。本案的根本問題是：為什麼要驅逐？縱然驅逐後，提起申覆，然後經複雜的行政程序後，又准允許入國，亦無法彌補該段「驅逐出境之後，重新入國之前」的期間，小嬰兒無法受到母親照顧、養育的損失，以及受驅逐人與家人分離間期的精神痛苦。此類案件中，必須衡量的因素，應該有小嬰兒在臺灣是否可受其他適當

<sup>515</sup> (舊)後天免疫乏症候群防治條例第 14 條之 1：「依前條第 2 項規定出國(境)者，如係在臺停留或居留期間受本國籍配偶傳染或於本國醫療過程中感染，得於出國(境)後於 6 個月內，以書面提出申覆；其次數，以 1 次為限。」

<sup>516</sup> 縱然依當時的(舊)後天免疫缺乏症候群防治條例第 14 條第 2 項規定：「前項檢查或檢驗結果呈陽性反應者，中央衛生主管機關應通知外交部或內政部撤銷或廢止其簽證或停留、居留許可並令其出國(境)」，但法律課予衛生署應通知移民署的義務，絕非代表移民署也就「一定要」將該外國人驅逐出國，尤其以合憲性解釋的觀點下，更應如此。舉例而言：難道對於一離開醫院就會有嚴重生命危險的病患，行政機關依法並無暫不驅逐的決定空間？如此解釋絕非合理。

<sup>517</sup> 當時之規定，相當於現行入出國移民法之第 18 條及 36 條。

親人可以照顧、或有無與爸爸媽媽一同在原告所屬國籍國團聚及建立家庭的可能性、愛滋感染者的傳染風險、或造成本國醫療負擔的程度等等。然而，法院對於這些因素全部都隻字未提，只援引抽象的授權規定，而表示「系爭處分並無不法」，而未對如此嚴重的人倫悲劇予以把關，甚為可惜。

附帶一提，該判決所援引的後天免疫乏症候群防治條例，後來已經大修並更名為「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」，相關規定對於家庭權的保障，與判決當時相比，已有進步<sup>518</sup>。

### 第三款 法院刑事庭保安處分判決研究

#### 第一目 概說

其次，是法院刑事庭宣告外國人有罪時，依刑法第 95 條所附帶課予之驅逐出境保安處分之觀察。

就條文規範而言，刑法第九十五條的用語亦為「得」驅逐出境，亦即法院應個案審酌是否有驅逐出境的必要，而非外國人受有期徒刑以上的罪名宣告就必然要驅逐<sup>519</sup>。最高法院早已有判決先例明白表示此項原則，而宣示驅逐出境處分對於原本合法居留之外國人影響甚為重大，因此法院對於是否有宣告的必要應審慎決定，尤其應注意符合比例原則。<sup>520</sup>

然而，研究附有「驅逐出境」之保安處分之判決之後，卻發現法院刑事庭對於驅逐出境的宣告，實在難以與「審慎決定」來描述。以下先從「案情」的方面來觀察，介紹許多宣告驅逐出境的輕罪判決，並提出質疑。接著再對於判決中「驅逐理由」的簡略或不備的現象，提出檢討。

<sup>518</sup> 例如已有申覆後得暫不出境的規定、且將國內有親屬列為得申覆理由之一，可參人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 20 條。另外，本文以為，縱將「國內有親屬」列為得提申覆的理由之一，但申覆應否准許，最終還是比例原則的利益衡量問題，因此縱依新法，仍不能排除具體化比例原則操作的必要性。

<sup>519</sup> 此點可與不授予法院裁量餘地而要求法院必然要為特定宣告的法律規範方式作對比：貪污治罪條例第 17 條：「犯本條例之罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。」、總統副總統選舉罷免法第 99 條第 3 項「犯本章之罪或刑法分則第六章之妨害投票罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。」（公職人員選舉罷免法第 113 條第 3 項亦有相同規定）此種規範方式與刑法第 95 條不同，未授予法院就個案裁量的空間，而要求法院在宣告有期徒刑以上之刑時，必然要宣告褫奪公權的從刑。

<sup>520</sup> 最高法院 94 年度台上字第 404 號判決：「按刑法第九十五條規定：外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。是否一併宣告驅逐出境，固由法院酌情依職權決定之，採職權宣告主義。但驅逐出境，係將有危險性之外國人驅離逐出本國國境，禁止其繼續在本國居留，以維護本國社會安全所為之保安處分，對於原來在本國合法居留之外國人而言，實為限制其居住自由之嚴厲措施。故外國人犯罪經法院宣告有期徒刑以上之刑者，是否有併予驅逐出境之必要，應由法院依據個案之情節，具體審酌該外國人一切犯罪情狀及有無繼續危害社會安全之虞，審慎決定之，尤應注意符合比例原則，以兼顧人權之保障及社會安全之維護。」可資參照。



## 第二目 案情觀察

首先是從案情來觀察。許多驅逐出境的判決，被告所觸犯的罪刑非常輕微，是否有驅逐必要性實在令人有非常大的疑惑。

在案件的挑選原則上，對於「非法入境」或「已逾期居留」的被告而言，此時的驅逐出境處分直接涉及國家對於外國人之居住管制的問題，涉及「公共利益」的程度較高，因此縱然行為人只觸犯輕罪，該驅逐出境處分對於受驅逐人之「私人利益」的干預，較容易被比例原則所正當化。<sup>521</sup>因此，本文下述所介紹的法院刑事庭的驅逐出境判決，已將「非法入境」（如偷渡入境、偽造或冒用護照、假結婚）<sup>522</sup>與「已逾期居留」<sup>523</sup>兩種案情的判決都剔除在外。亦即，下述提及之驅逐出境判決，被驅逐出境的對象，都是原先在臺灣合法居留者。

以下依案由之分類方式，介紹幾則較有趣，且本文認為單以該輕罪為由並不應該驅逐出境之判決，並討論之：

「竊盜」：如臺灣臺北地方法院 89 年度簡字第 1427 號判決，美國籍的被告在福華大飯店偷了幾件內衣，被判刑 4 個月，得易科罰金；臺灣臺北地方法院 93 年度簡字第 723 號判決，被告因缺錢而竊取被害人皮包，判刑 2 個月，得易科罰金；甚至臺灣臺北地方法院 93 年度簡字第 3142 號判決中，被告去勝立生活百貨和屈臣氏偷了一些化妝品，只被判處拘役 19 天，仍然被驅逐出境。整體來說，因「竊盜案」而宣示驅逐出境之判決，占了全部驅逐出境判決很大一部分，且不乏被告造成的損害或危險性並不大，如犯後已歸還財物、並非慣竊、或是刑度非常輕，但仍然被驅逐出境之例子。順帶一提，上述最後一則判決其實並不合法，因為刑法 95 條是規定被告要受「有期徒刑」以上之宣告才能驅逐出境的，而該判決只是對被告科以拘役，並不符合此要件。這正顯出驅逐出境發動門檻的浮濫和問題不被重視的程度：不要說比例原則之隱藏性要件了，連明文規定在刑

<sup>521</sup> 需特別說明的是，此時「較容易」正當化對受驅逐人之私人利益的干預，仍不代表「絕對」能正當化。在私人利益甚為重大的案件中，國家對於外國人居住管制的利益，亦可能需要退讓。例如，在該外國人從小在臺灣長大，完全未在其國籍國生活過、不懂該國語言的情形，或者該外國人在臺灣留有未成年子女，而無其他親戚可以照顧，且該子女也難以與之一同回到國籍國的情形。此時，縱然外國人之居留證被撤銷或展期未經核准，而成為逾期居留的狀態，法院對其所為驅逐出境之處分，可能仍不符合比例原則。關於此問題，詳參本文第四章第四節第四目「加強保護之特殊類型」之討論。

<sup>522</sup> 如臺灣士林地方法院 98 年度審簡字第 1106 號判決、福建金門地方法院 95 年度城簡字第 74 號判決、臺灣桃園地方法院 98 年度審簡字第 362 號判決、臺灣桃園地方法院 98 年度易字第 1081 號判決、臺灣桃園地方法院 98 年度易字第 581 號判決、臺灣桃園地方法院 96 年度簡字第 219 號判決、臺灣基隆地方法院 96 年度簡字第 715 號判決、臺灣臺北地方法院 98 年訴字 2120 號判決、臺灣南投地方法院 97 年度投刑簡字第 413 號判決、臺灣南投地方法院 96 年度投刑簡字第 606 號判決等。

<sup>523</sup> 如臺灣士林地方法院 98 年度審簡字第 1153 號判決、臺灣桃園地方法院 99 年度桃簡字第 241 號判決、臺灣桃園地方法院 99 年度審簡字第 129 號判決、臺灣板橋地方法院 95 年度易緝字第 102 號判決等。

法法條上的要件，法院都可能會疏忽。

「贓物」：臺灣屏東地方法院 97 年度重訴字第 24 號判決，五名漁工收受別人從漁船搶來的鯊魚、魚翅，各被判刑 7 月；臺灣臺北地方法院 89 年度簡字第 1427 號判決，被告幫朋友保管偷來的金飾，構成寄藏贓物罪，只被判 2 個月徒刑，得易科罰金。就「贓物」犯行的可責性來說，本文以為，該種行為的性質其實與單純的買賣或保管行為並無太大差異，且對被害人之損害實屬間接，之所入罪之理由主要是為抑制主犯犯行之政策考量，倫理非難性並不高。<sup>524</sup>

「妨害婚姻」：相姦罪（與有配偶之人相姦），如臺灣桃園地方法院 97 年度桃簡字第 337 號判決，判刑 4 月得易科罰金；臺灣桃園地方法院 98 年度簡字第 1701 號判決，判刑 3 月得易科罰金；臺灣桃園地方法院 98 年度桃簡字第 1056 號判決，判刑 2 月得易科罰金等。而通姦罪（有配偶之人與他人通姦），如臺灣桃園地方法院 98 年度桃簡字第 1056 號判決，判刑 2 月得易科罰金。按，「通姦、相姦」之行為應否以刑法處罰，本已有爭議。縱現行刑法有入罪的規定，罪刑也是非常輕微。誠然，外國人來破壞臺灣的家庭，也許容易引起民族意識的反感，且將之驅逐出境也是讓配偶與外遇對象斷絕關係之的好方法。然而，該名外國人原先已合法居住在臺灣，其權利仍有受保護的必要。通姦行為必是兩情相悅方能發生，將全部責任都怪到外國人一方身上合理嗎？況且，若婚姻當中的潛在的緊張關係並未解決，縱然將第三者趕走，該段婚姻下次就不會再次出問題了嗎？不無疑問。外國人也是人，將之驅逐出境亦可能嚴重干預其在臺灣已建立的各種人際、經濟、社會或文化連結，若國家所發動的強制處分不是基於理性，而只是基於民族情感或排他意識而發動，就是對於人權的恣意侵害。今天我們不尊重在臺灣的外國人之人權，明天我們到別國去而成為該國的「外國人」時，又如何能要求別人尊重我們？

「施用及持有毒品」：前者「施用毒品」之態樣，如臺灣板橋地方法院 94 年度簡字第 2760 號判決，被告因受勒戒之後又再次施用第二級毒品，被判刑 3 月，得易科罰金。本文以為，毒品犯罪的損害性固然重大，但應不包含單純吸毒的態樣。吸毒行為屬「無被害人犯罪」，且吸毒者亦有病人的屬性，行為的可責性本不高。其次為後者「持有毒品」之態樣，如臺灣桃園地方法院 97 年度訴字第 233 號判決及臺灣高等法院 93 年度上易字第 1634 號判決，兩案被告皆持有第二級毒品，被判處 3 個月徒刑，得易科罰金。按，依毒品危害防制條例，「持有」的刑度本比「施用」還更輕微。<sup>525</sup>況且，會被判「持有毒品」而非「施用毒品」，

<sup>524</sup> 類似結論：認贓物罪之法定刑偏高。見林山田，《刑法各罪論(上冊)》，2005 年 9 月修訂五版，第 534 頁。

<sup>525</sup> 各種毒品犯罪的行為態樣，依刑度由重到輕之排序為「製造、運輸、販賣」>「以非法方法使人施用」>「意圖販賣而持有」>「引誘他人施用」>「轉讓」>「施用」>「持有」。見毒品危害防制條例第 4 條至第 11 條。

正是因為毛髮中未驗出毒品反應，因此持有毒品者完全沒有因為「成癮性」而造成之社會危險的問題，例如為解發作的毒癮而不擇手段犯罪以籌錢買毒等等。因此，要以該行為展現出的社會危險性為由，令驅逐出境，需有更為重大的理由。

至其他類型的判決，如「妨害公務」——**臺灣臺北地方法院 98 年度簡字第 3394 號判決**，被告為保護其他外籍人士，阻止警察追捕，而將警察推擠在牆上，造成員警頸部及手肘部分輕微擦傷、紅腫，被判刑 3 個月，得易科罰金；「偽造文書」——**臺灣臺北地方法院 99 年度簡字第 201 號判決**，已大學畢業的 22 歲被告，欲謀職養家而偽造身分請領身分證，經判刑 4 月，得易科罰金；「公共危險（酒駕）」——**臺灣桃園地方法院 95 年度桃交簡字第 434 號判決**，被告酒後駕車肇事（被害人未受傷），酒測時呼氣酒精濃度為每公升 0.44 毫克（未達實務上 0.55 毫克之移送法辦之客觀標準<sup>526</sup>，若未肇事，通常不會認為有不能安全駕駛之情況而受到刑事追訴），被判刑 3 月，得易科罰金。

誠然，上開諸案件中，被告並非無責，也正因為如此，他們付出了定罪、判刑的代價，此部分並無問題。然而，關於驅逐出境處分的部分，上開各種犯行的倫理非難性或造成損害之程度尚屬輕微，被告在該等犯罪中所顯現出的「社會危險性」程度，是否能正當化對於合法居留之被告的驅逐出境處分，所當成的人際、經濟、社會或文化連結？本文認為，答案應該是否定的。

#### 第四款 判決理由觀察——驅逐理由不備

對於判決之結論有疑問時，最好的方法是去研究判決理由，以了解法院得心證之理由，並進行評論。然而，絕大多數法院刑事庭之判決，對於被告應驅逐出境之理由，完全未提及利益衡量的過程，而只說明「被告為外國人且受有期徒刑之宣告」而已。例如臺灣高等法院 93 年度上訴字第 1452 號判決所提及的驅逐理由只有：「被告為泰國籍之外國人，爰併依刑法第九十五條規定，宣告於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。」然而，本案之被告有臺灣配偶，當初乃為「依親」之故而在臺灣定居。縱其觸犯運毒重罪而被判 7 年 6 個月有期徒刑，但本案中，服刑之後有多高的再犯的危險性？受驅逐後，配偶有沒有可能與其一同到泰國經營家庭生活？該家庭有沒有小孩？被告服刑後社會危險性的程度是否能正當化對其家庭生活權利的干預？完全都是個謎。<sup>527</sup>

<sup>526</sup> 參林山田，《刑法各罪論(下冊)》，2005 年 9 月修訂五版，第 313 頁。

<sup>527</sup> 類似案件：臺灣高等法院 94 年度上訴字第 480 號判決。此案為販毒案，為一在因有臺籍配偶而在臺居留之泰籍人士在臺販賣安非他命，而販賣對象絕大多數為其泰國朋友，案情與上述臺灣高等法院 93 年度上訴字第 1452 判決極為相似，但是刑度還更輕，只有四年六個月。但法院之判決仍然與上案相同，以其為外國人為由，就宣告其驅逐出境，頂多加了一句「於在臺期間觸犯上開重罪，顯已不適合留居國內」的說明。



然而，此判決不是特例，而是常態。相關判決中關於驅逐出境的理由，絕大多數往都只有說明其為外國人且受徒刑宣告，如此簡單一、兩句話而已。茲再舉幾個例子如下：

「被告為印尼國人，應依刑法第 95 條規定併諭知應於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。」<sup>528</sup>然，本案被告只是犯了通姦罪，判四月徒刑且還可以易科罰金，有多大的社會危險性？「應諭知驅逐出境」的理由就只有「被告為印尼國人」而已？

「被告二人均為外國人，有內政部警政署查詢資料二份在卷可參，其等既因本案犯行而受有期徒刑之宣告，爰依刑法第九十五條之規定，諭知於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境。」<sup>529</sup>本案被告幫朋友保管金飾，構成寄藏贓物罪，只被判 2 個月徒刑，得易科罰金。驅逐處分為何符合比例原則，難道不需多一點的說明，例如至少應把相關考量的因素列出來？

「被告為泰國人，在臺未經許可持有第二級毒品甲基安非他命而罹於刑責，類此違法亂紀、干犯刑章之外國人，自不宜許之於刑後繼續在我國居留，以避免養癰貽患，爰依刑法第 95 條之規定，諭知被告於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。」<sup>530</sup>此判決驅逐理由稍微長了一點，而且還鑲了一句深奧的成語上去，顯然不只是直接套例稿而已。然而，本案被告只是「持有」第二級毒品，比「施用」還來得輕微，且無成癮性的社會危險，又只被判 3 個月徒刑，得易科罰金。法官既然對於判決用語還曾用心進行修飾，為何不多花一些時間說明驅逐處分衡量過程？

本文並非認為此類判決之驅逐出境命令都不符比例原則，而是認為法院在宣示驅逐出境命令時，「至少」應在必要性之要件上說明其得心證之「簡單理由」，例如至少應把相關作為考量因素的事實列出：被告對社會的危險性有多高、驅逐處分對被告會造成多大的干預（即被告對於臺灣的連結性有多強，如被告已在臺灣住了多久、語言文化的融入程度、在臺灣有無家人等等），以使該判決有受到檢視的可能。然而，上述判決中說明理由，卻顯示法院在決定要宣告驅逐出境處分時，往往只看到刑法第 95 條的「外國人」和「有期徒刑」的要件而已，對於「比例原則」之要件，卻連最低要求的論述都沒有，實有刑事訴訟法第 379 條第 14 款「判決不載理由」之違法。

<sup>528</sup> 臺灣桃園地方法院 97 年度桃簡字第 337 號判決。

<sup>529</sup> 臺灣臺北地方法院 98 年度易字第 1325 號判決。

<sup>530</sup> 臺灣桃園地方法院 97 年度訴字第 233 號判決。

另外，除上述問題以外，刑事訴訟法中對於「簡易判決處刑程序」<sup>531</sup>的案件之判決得不附理由的相關法律規定<sup>532</sup>，有很大的問題。按，簡易判決處刑的案件，概括來講，因為法律效果較輕微<sup>533</sup>，因此得適用較簡單的程序、製作簡易的判決書，以求司法資源的妥適利用。然而，「驅逐出境」處分的法律效果有可能「一點也不輕微」，但因為被定義成保安處分而只是在有罪判決時「附帶宣告」而已，如此形式適用法條的結果，產生簡易判決書中對於驅逐出境之決定原因「亦無庸記載」的結果<sup>534</sup>。然而，此種案件，實質上完全不符合簡易型程序之「法律效果輕微性」的要求，卻由於「主刑」輕微，因此形式上仍符合簡易判決處刑程序的要件要求而得適用簡易程序。相關法律規定，侵害被告的訴訟權，有違憲之虞，亟待修正。<sup>535</sup>

### 第五款 其他類型判決研究

除了上述「行政法院判決」、「法院刑事庭驅逐出境判決」之外，亦有其他判決類型會牽涉到驅逐出境之處分。

例如，外籍被告原先只是被法院宣告「保護管束」之保安處分<sup>536</sup>，但檢察官執行保安處分時，即可能援引保安處分執行法第 74 條之 1「對於外國人保護管束者，得以驅逐出境代之」之規定，而改命被告驅逐出境。此時，被告即可能以不服檢察官的執行處分為由，依刑事訴訟法第 484 條<sup>537</sup>之規定，向諭知該裁判之法院聲明異議。

臺灣高等法院 98 年度聲字第 2690 號刑事裁定，就是對於受刑人在如此情況下所提之聲明異議所作的裁判。<sup>538</sup>該案原告觸犯殺人罪，經判處 19 年 6 個月有

<sup>531</sup> 見刑事訴訟法第 449 條以下。

<sup>532</sup> 由於 1990 年修法時刪除刑事訴訟法 454 條第 2 款中「與其認定之理由」之字樣，因此依歷史解釋可知，簡易判決處刑之簡易判決書，毋庸記載判決理由。參林鈺雄，《刑事訴訟法(下冊)——各論編》，2006 年 9 月第四版第三刷，第 243 頁。

<sup>533</sup> 參刑事訴訟法第 449 條第 3 項：「依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限。」

<sup>534</sup> 例如臺灣臺中地方法院 95 年度簡字第 97 號判決、臺灣臺北地方法院 96 年度簡字第 1245 號判決、臺灣桃園地方法院 98 年度桃交簡字第 3559 號判決等。

<sup>535</sup> 附帶一提，除了驅逐出境處分以外，以簡易判決書宣告從刑（如沒收）或其他的保安處分（如強制工作等）時，亦可能會發生同樣的問題。問題點根源應是出在於刑事訴訟法 450 條第 1 項：「以簡易判決處刑時，得併科沒收或為其他必要之處分」之規定，未對所附加處分課予「輕微性」要件限制之不當。

<sup>536</sup> 尤其是因緩刑或假釋而受保護管束之被告，參中華民國刑法第 93 條：「I.受緩刑之宣告者，除有下列情形之一，應於緩刑期間付保護管束外，得於緩刑期間付保護管束：一、犯第九十一條之一所列之罪者。二、執行第七十四條第二項第五款至第八款所定之事項者。II.假釋出獄者，在假釋中付保護管束。」

<sup>537</sup> 刑事訴訟法第 484 條：「受刑人或其法定代理人或配偶以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議。」

<sup>538</sup> 該裁定經抗告後，最高法院作出 98 年度台抗字第 767 號刑事裁定，且廢棄發回後，臺灣高等法院又作出十八年度聲更(一)字第 17 號刑事裁定。因此，下述案例事實乃整理自此三份裁定中

期徒刑確定，服刑近 12 年後經核准假釋，法院依法宣告假釋期間付保護管束。而執行檢察官依上述保安處分執行法第 74 條之 1 之規定，以驅逐出境處分取代保護管束。

本案原告之身世很特別。原告在臺灣出生，其母親為臺灣人，生父亦為臺灣人，但因母親懷孕當時，與一名美國籍男子有婚姻關係，因此依婚生推定之故，原告之法律上生父為該名美國籍男子。依當時臺灣之國籍法規定，原告出生時無法取得中華民國國籍，成為無國籍人。後取得美國國籍。

原告出生後，其母親曾帶其至美國，與母親之配偶（即原告法律上之生父）同住。然原告 4 歲那年，生母就帶其返臺定居，此後 31 年來，原告及其生母都沒有再與該名美國籍之法律上生父連絡過。

而關於原告與臺灣的連結強度，其自 4 歲返臺後，從未有於美國或其他國家生活之經驗，除國、臺語外，不懂其他外國語言，國外亦無任何親友。其自幼即在臺灣受教育、成長迄今，實際上之生活領域皆在臺灣。又，原告之生父、生母、兄弟均生活於臺灣，於臺灣亦有固定之住居所。

誠然，本案原告曾觸犯殺人罪，且已逾期居留，驅逐出境所追求之「公共利益」非常重大。

然而，本案原告自 4 歲以後即從未離開過臺灣，基於從小在臺灣受教育、成長之事實，原告與其他「臺灣人」相比，除了不具國籍外，其實與你我沒什麼不同；而原告與其國籍國（即美國）的關係，除了具有國籍外，與其他「非美國人」的你我亦無兩樣。原告要在哪裡出生、在什麼樣的情況下出生，完全都不是他可以決定的事情，其 4 歲開始在臺灣成長的童年記憶，大概也和其他自幼在臺灣成長的你我之記憶一模一樣。然而，只是因為一個「抽象的國籍概念」，就受到與你我相比如此大的差別待遇，真的合理嗎？

的確，他不具中華民國籍，從國籍法的觀點上並非本國人，因此不受「有戶籍國民得隨時返國及禁止驅逐」<sup>539</sup>之絕對保障。然而，他在臺灣之外之地方，沒有親友，亦不會講外國語言。其受驅逐後其將何去何從？如何安身立命？如此「特殊情形之外國人」，鑑於其有著極強的「居留利益（私人利益）」，被驅逐之後會受到的痛苦，與驅逐「本國人」之傳統「流刑」所造成之痛苦並無二致。因此，

---

法院所認定之事實。另，雖然三個裁定中對於原告之稱呼，一共有「受刑人」、「抗告人」、「異議人」等三種不同用語，本文為求簡明，以下一律以「原告」稱之。

<sup>539</sup> 參司法院釋字第 558 號解釋。

在此類「準本國人」的案件裡，是否依法理「類推適用」上述「絕對禁止驅逐」之原則，較為合理？不無討論空間。

退一步言，縱然認為現行法秩序底下，此種「準本國人」並不受「絕對禁止驅逐保障」，然而，仍然一定會有「比例原則」有適用的餘地。不過，比例原則要如何操作？如何衡量此類案件中，同樣非常強烈的「私人利益」和「公共利益」？就歷審之情形觀察，執行檢察官的處分、以及高等法院（第一審）的裁定是認為公共利益勝出，因此應予驅逐；然而，最高法院（第二審）和高等法院更審（更一審）的裁定是認為私人利益勝出，因此不應驅逐。

此案最後以撤銷原驅逐處分的結果，裁判確定。不過，對於一個人如此不人道、殘忍的重大干預之處分，卻只是基於「最後一審法官」的一念之間而已——一個人之後的命運完全繫於「最後一審法官」對於比例原則的理解，是否太過恐怖？因此，本文認為，對於比例原則的具體化工作——何時可以驅逐、何時不能驅逐，實有建立標準的必要。

## 第五節 我國法制向國際人權標準調校

綜上所述，與歐洲人權法院判決宣示之人權保障水平相較，本文對我國之法制提出下列調校建議：

一、權利歸屬部分：家庭關係之存否，應採實質認定，而非侷限於法律上婚姻夫妻、親子關係，為傳統概念上之核心家庭，固然為受最強保障之家庭生活。然而，同居關係、兄弟姊妹，以至於叔侄等親等較遠的關係，若有相關事實證明其相互關係構成親密家人般的家庭生活，自然亦能構成家庭生活權利。亦即，隨著社會通常親密程度的降低，對於有親密家庭生活存在的舉證要求亦會愈高。但是若能證明，則該等關係亦構成家庭生活權利，而應受保護。

再者，即使未婚或同性伴侶在法律上尚不受婚姻制度之保障，然由私人與家庭生活關係，或由平等原則觀點，該等關係仍然應屬於基本權利之一種，法律並不能全然否定此種身分關係。

就我國而言，未婚或同性伴侶權利之保障，或許在短期內尚難以立法方式為之，然在大法官解釋或法院判決中承認此種關係的存在，而肯認其受一定程度之法律保障（如受驅逐處分時，在比例原則考量相關利益時予以衡量），應為必要之態度。

二、對夫妻一方為禁止居留處分，另一方自為利害關係人

夫妻關係為傳統上之核心家庭，夫妻一方遭國家為禁止居留之處分，另一方之家庭生活權利將直接受到影響，自為利害關係人，應具有對該處分提起訴願及行政訴訟之當事人適格。最高行政法院多起判決，錯誤援引認於行政處分干預配偶之財產時，配偶另一方無當事人適格之「行政法院 75 年判字第 362 號判例」，而認此種對配偶一方為禁止居留處分之情形，另一方配偶非利害關係人，不能對該對其配偶所為之禁止居留處分提起行政爭訟。此種判決欠缺家庭生活權利之憲法意識，應非妥適。

### 三、對外國人為驅逐出境處分時應考量對家庭生活權利之影響

國家在禁止外國人入境居留以及驅逐外國人出境時，過去文獻論述多著重於入境權（國際居住遷徙自由）。然而，外國人是否有入境權，基於國家主權之考量，在我國的實務上，不無疑問。縱肯認之，在比例原則的衡量上，仍然受到公共利益和國家安全等帝王條款的限制，難有實際效果。

本文參酌歐洲人權法院之判決，認為對外國人為禁止居留處分時，要換個角度，以「家庭生活權利」為主要的權利做為思考對象。系爭干預追求之立法目的，若不能通過對家庭生活權利之干預正當化之衡量，則為違憲。

並且由於禁止入境或驅逐出境處分之適用對象及處分原因，相對單純，但影響極為重大。立法者有義務以類型化之方法做不同的規定，否則泛泛的以比例原則條款概括授權行政機關或司法機關的裁量，為制度性保障之不足。

### 四、法院為驅逐出境處分，應附考量之理由，且不應以簡易判決處刑程序為之

刑事判決僅論述「被告為外國人」、「受有期徒刑宣告」是不夠的，至少應把相關作為考量因素的事實列出：被告對社會的危險性有多高、驅逐處分對被告會造成多大的干預（即被告對於臺灣的連結性有多強，如被告已在臺灣住了多久、語言文化的融入程度、在臺灣有無家人等等），以使該判決有受到檢視的可能。又驅逐出境之諭知，法律效果非屬輕微，不應以不必開庭的簡易判決處刑程序為之。

### 五、入出國及移民法中因犯罪而驅逐之條件，應與刑法驅逐出境要件一致

入出國及移民法第 18 條第 1 項第 7 款，以「在我國或外國有犯罪紀錄」為驅逐出國要件，而同法第 36 條第 1 項第 2 款，亦將該事由引為驅逐出國要件。然而，此一要件實屬過寬，如觸犯公然侮辱、侵占遺失物等極輕之罪，而受罰金刑宣告，亦屬「在我國有犯罪紀錄」，但此種行為顯難因此認定該外國人對我國之損害已達應予驅逐出國之程度。相較於刑法第 95 條規定，受有期徒刑以上刑之宣告，法院才能諭知驅逐出境處分，則同樣皆為因犯罪而驅逐，入出國及移民法第 18 條第 1 項第 7 款卻賦予行政機關比法院更大的裁量權限，並無道理。因

此，應配合刑法規定，於入出國及移民法第 18 條第 1 項第 7 款之「犯罪紀錄」後面，修正增加「受有期徒刑以上刑之宣告」之要件，始使法制上體例一貫，而避免除外國人因極輕微之犯罪卻被驅逐出境之風險。



## 六、比例原則衡量部分

### (一) 驅逐考量因素之明文列舉

國家為禁止入國或驅逐出境之處分時，則要考量受驅逐人之「社會連結性」——由驅逐人和家人與地主國之連結（包含婚姻及子女狀況、關係人的國籍、居留權之種類、建立家庭時是否有定居在地主國之合理期待、在地主國生活之長度等）對比於與國籍國之連結來決定；以及受驅逐人之「社會危險性」——危險行為性質及嚴重性、行為時是否已成年、行為後經過的時間長度及行為表現，並考量驅逐期間之長度及相關特殊情況（如移民政策之特殊歷史背景因素、行為人違反移民法之紀錄等）等事由。在個案審查時，應在上述標準之中，找出個案中較具決定性的因素，來衡量社會連結性與社會危險性之大小，以決定該驅逐處分是否成比例。

尤其，受驅逐人與本國之連結強度，更是首要應考量之點。而此強度不能僅以傳統國籍概念為之，更應以公民概念、私人生活關係網等觀點切入。

因此，為求明確，建議在入出國及移民法第 18 條禁止入國的規定後面，增加第 18 條之 1，將上揭應考量之因素明定在條文中。並於第 36 條之 1「驅逐出國」之規定準用之：

#### 入出國及移民法第 18 條之 1：

I 為前條處分時，應考量受處分人與本國之連結性及對本國之危險性，依比例原則衡量之。

II 前項所指連結性，乃指將受處分人和家人與地主國之連結（包含婚姻及子女狀況、關係人的國籍、居留權之種類、建立家庭時是否有定居在地主國之合理期待、在地主國生活之長度等）對比於與國籍國之連結程度。

III 第 1 項所指社會危險性，包含：危險行為性質及嚴重性、行為時是否已成年、行為後經過的時間長度及行為表現等事件，並考量驅逐期間之長度及相關特殊情況（如移民政策之特殊歷史背景因素、行為人違反移民法之紀錄等）。」

(二) 對自幼出生於本國之「第二代移民」為驅逐出境處分時應嚴格限制。長期居住之居民亦同

參歐洲人權法院的判決，對於出生於地主國，或自幼隨家人來到地主國，而在地主國成長、受教育、接受社會化過程之「第二代移民」，鑑於其與地主國之

家庭生活與私人生活之緊密連結，該移民除不具國籍外，幾與其他本國人無兩樣，因此屬於最強烈的社會連結性，要受最強的保障。而至於第二代移民如何認定，在不同個案上或有差異，但歐洲理事會之部長委員會所建議之「在十歲以前入國，且已年滿十八歲」之標準，可作為不錯的指標。

因此，建議應在入出國及移民法第 36 條驅逐出境的規定後面，新增第 36 條之 1 規定如下：

「前條情形，對於在中華民國出生或十歲以前便在中華民國定居之外國人，不適用之。但遇有重大暴力犯罪等危及公共安全與秩序之重大原因，確有驅逐出國之必要者，不在此限。」

而上述但書之例外規定，歐洲人權法院判決宣示，要正當化此種「最強烈的社會連結」之干預，唯有「重大暴力犯罪」（如殺人、強暴）——不論是成年或未成年時所犯——造成的社會危險性，方為足夠。反之，犯罪之性質非重大暴力犯罪，即不足以正當化對最強烈社會連結性之干預——縱使犯罪再頻繁、數目再多，仍不會使該性質變成重大暴力犯罪。另，關於製毒、運毒、販毒行為造成徹底毀滅人民生活的可怕，法院肯認其亦屬非常嚴重的犯罪，但在相關判決中可知，此等犯罪之嚴重性仍無法與「重大暴力犯罪」相比擬，無法正當化對「第二代移民」之驅逐。

而在因犯罪而驅逐的案件中，若個案中無特別有意義的決定性因素時，則可參考歐洲理事會之部長委員會所提出之一般原則：

下列之長期居民，若無造成公共安全之嚴重威脅，不應驅逐：

- 居住五年後，除非犯罪行為被判刑超過二年且無緩刑。
- 居住十年後，除非犯罪行為被判刑超過五年且無緩刑。
- 居住超過二十年後。

又我國法制上，宣告刑 5 年有期徒刑以上者，本無得附加緩刑之規定。而宣告刑 2 年有期徒刑以上者（只要宣告刑未超過有期徒刑 3 年），則有可能。<sup>540</sup>因而宣告刑超過 5 年以上之情形，已不需再附加緩刑排除條款。

<sup>540</sup> 中華民國刑法第 74 條第 1 項：「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：

一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。  
二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者

少年事件處理法第 79 條：「刑法第七十四條緩刑之規定，於少年犯罪受三年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者適用之。」

因而，為對長期居民予以特別保護，建議在入出國及移民法第 36 條驅逐出國的規定後，新增第 36 條之 1 規定如下：

「前條情形，對於下列長居於我國之居民，除有重大暴力犯罪等危及公共安全與秩序之重大原因，確有驅逐出國之必要外，不適用之：

一、在中華民國出生或十歲以前便在中華民國定居之外國人，居在我國連續居住超過二十年者。

二、在我國連續居住十年，而未因犯罪而受五年以上有期徒刑之宣告者。

三、在我國連續居住五年，而未因犯罪而受二年以上有期徒刑宣告且無緩刑者。

而如此增定後，在法院依刑法 95 條宣告驅逐出境，或入出國及移民署依入出國及移民法第 18 條為禁止入國之處分時，亦應本於法理而適用，乃屬當然。

### （三）增加對外籍兒童及少年居留之保障

由歐洲人權法院之判決可知，雖非第二代移民，但家庭中有未成年人時，此時最重要的考量點，即該未成年人之最佳利益。不論受驅逐人為父母或子女，亦不論父母受驅逐時小孩是否有一起申訴，只要驅逐之結果會使得父母與子女分離，或會使未成年人進入惡劣的環境生活，即會被認為系爭驅逐處分不成比例。

是以，參酌上揭概念，以及我國刑法關於責任能力規定及少年事件處理法對於少年刑事案件相關之實體及程序規定，建議應在入出國及移民法第 18 條禁止入國的規定之後，新增第 18 條之 2 之規定如下：

「1 第 18 條情形，對於未滿 18 歲之外國人，父母或監護人為有戶籍之中華民國國民，或雖非有戶籍之中華民國國民但在國內有居留權且定居於國內者，不得禁止入國。但曾在國內或國外犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪經判刑確定，或有事實足認其犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，不宜入國者，不在此限。

II 前項但書，應由少年法院（庭）裁定之。」

另外，在第 36 條驅逐出國之後，新增第 36 條之 1 第 2 項的規定如下：

「第 18 條之 1、之 2 規定，於前條情形準用之。」

### （四）因國家安全而驅逐之特別保護

此概念主要適用於大陸人民。由歐洲人權法院判決，可知「在國家安全大旗下之實質歧視」，是個人權侵害的溫床，因此應在法制上對此種居民特別保護，如要令大陸人民出境，不能空泛的僅以「國家安全」等語帶過，也不能僅以「思



想與民主概念不符」等例稿式的假設當作理由，一定要要求行政機關說明該人有哪些行為有害國家安全，如此方能正當化驅逐之決定。

就此部分，「國家安全」之實體要件較為的空泛，必然無法避免，而應著重於程序保障的設置。我國法上，關於強制大陸地區人民出境之規定，在臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條<sup>541</sup>，雖有內政部入出國及移民署於強制其出境前，得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會之規定，但並非強制之義務。

然而，該規定所適用之對象，既是針對已有取得居留許可之大陸地區人民，其與臺灣之連結性，自己非薄弱。相較於「犯罪行為」、「有危害國家安全或社會安定之虞」此種可輕可重（犯罪行為）、極為抽象（國家安全、社會安定）的要件，要求行政機關於驅逐前，要先由公正第三人召開審查會，並讓當事人有陳述意見之機會，如此之程序保障應不為過。因此，建議將上述條文「得」召開審查會之規定，修正為「應」，並明示此程序乃保障受處分人之權利，而非限制，如受處分人希望程序盡速終結，得以書面聲明放棄。

因此，建議修正臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 2 項如下：「進入臺灣地區之大陸地區人民已取得居留許可而有前項第三款至第五款情形之一者，除以書面聲明放棄者外，內政部入出國及移民署於強制其出境前，應召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。」

## 第六節 本章小節

從我國法討論家庭生活權利，並與歐洲人權法院宣示之人權標準比較。

首先，大法官已肯認夫妻的家庭生活，及性行為自由等權利，為受到憲法 22 條所保障之基本權。學說上亦肯憲法保障之家庭相關權利包含婚姻締結自由、共同生活之維持、受扶養權利、離婚自由等等，亦有以「家庭權」作為上位概念稱之者。

另外，社會上之「家庭」概念會隨著時間演變，但新興之家庭態樣（例如同

<sup>541</sup> 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條：

「 I 進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：

- 一、未經許可入境。
- 二、經許可入境，已逾停留、居留期限。
- 三、從事與許可目的不符之活動或工作。
- 四、有事實足認為有犯罪行為。
- 五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞。

II 進入臺灣地區之大陸地區人民已取得居留許可而有前項第三款至第五款情形之一者，內政部入出國及移民署於強制其出境前，得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。」

性結合之家庭)可能不符合多數主流價值,因此未受到法律保障。此時就會有係社會意義的家庭卻不受法律保障的問題出現,而需訴諸憲法的層次來討論。大致上而言,早期的文獻並很少及此一問題,而近期文獻對於同性結合應受法律保障的問題,幾乎都是抱持肯定的態度。而其提出之理由有「多元文化的尊重」、「社會觀念的變動性」、「人格發展需求」、「平等原則」、「隱私權保障」等等。

而在肯認「家庭生活權利」為憲法權利後,接下來的問題是「外國人是否可享有此一權利」。在學說見解上,關於外國人權利主體性的問題,大致上可分為「絕對否定說」、「文義界定說」、「權利性質說」、「準用說」及「外國人與國家之實質關係說」、「全面肯定說」等等。本文以「全面肯定說」為可採,因為利益衡量的問題自有「比例原則」的要件控制,不論如何都不應在第一步「是否有基本權干預」的審查上,就將外國人排除在大門之外,使真正有受保障必要的案件當事人,亦完全無法受到憲法之保障。另外,本文亦以通說「權利性質說」來論述,而認為由於「家庭生活」的利益乃先於國家而存在——甚至是先於人類而存在的哺乳類本能,因此與國籍無任何關係,而是直接牽涉到「人」的屬性,因此內外國人皆為基本權之權利主體,應無分別。

最後是關於「比例原則」的討論,而本文採用的方式是從各級法院的判決下手。驅逐出境對於受驅逐人之家庭生活之影響往往至為重大,然而,法院於宣示此種處分,或是審查此種處分的妥適性時,本文經分析後,認為常未經過審慎的衡量。對於在臺灣有子女的受驅逐人,行政法院的判決曾以「行政機關之驅逐處分並無不法」就駁回原告的聲請,無視條文對於比例原則的實質合憲性之控制。刑事庭在科以驅逐出境之保安處分時,絕大多數亦只以「被告為外國人且受徒刑宣告」的法條要件就決定驅逐,亦忽略條文要求法院個案裁量,依比例原則決定是否應予驅逐的授權用意。並且,除了理由不備之外,藉由案情的研究,許多極輕微的犯罪,如輕微竊盜、通姦、持有毒品、酒後駕車等等,行為人對於社會造成的損害性會有多大,是否能正當化對於居留利益的干預,實有疑問。

外國人也是人,且我們出國之後也會變成「外國人」。今天我們把外國人當人看,以後自己變成外國人時,我們也才有立場要求別人尊重我們。然而,在面對外國人違規或犯罪之時,很容易會有「誰叫你這個外人當初要這樣,活該」的排他意識出現,而未慮及所給予之處罰是否會太超過,而作出未必合乎理性的決定。

為解決這樣的問題,在就司法面向而論,首先,法院於驅逐出境處分之宣示及審查,應說明驅逐之理由:應列舉出個案中公益與私益面向的相關事由,以有受檢視之可能。無論如何,單純的僅說明「系爭處分並無不法」、「被告為外國

人且受有期徒刑以上宣告」，絕對不合乎驅逐出境處分理由之最低要求。更別提在簡易判決處刑程序中，驅逐出境的發動理由，連一個字都不必提及。

另外，將「抽象」的比例原則概念予以「類型化和具體化」，方能使法院於操作比例原則時，排他意識的情緒反應能降到最低，且能作出更妥適的衡量。尤其在拒絕入境與驅逐出境的相關案件中，決定「公益」與「私益」兩面向之高低時，所涉及相關因素相對單純，因此類型化和具體化的工作之可行性並無太大困難，且亦不會有僵化、欠缺彈性之結果的問題，實為必要努力之方向。

因此，本文以為，入出國及移民法未區分禁止居留原因和受處分對象，一概授予主管機關裁量「得驅逐出國」的法律效果，對家庭團聚權之保障不周，不符合憲法對家庭生活權利為「制度性保障」的要求，有賴法律的修正。另外，在法院刑事庭宣告驅逐出境保安處分的判決上，只以「被告為外國人，受有期徒刑宣告」為由就宣告驅逐出境，而無任何關於比例原則的判決理由論述，應構成「判決不備理由」之違法，有賴上級法院的從嚴要求。另外，簡易判決處刑程序中判決得不備理由的規定，未排除對於基本權利影響甚大的「驅逐出境宣告」部分之適用，實屬不當，此亦有修法之必要。

具體而論，修法建議如下：

明定禁止入國及驅逐出境時應衡量之因素，而增訂入出國及移民法第 18 條之 1：

*「為前條處分時，應考量受處分人與本國之連結性及對本國之危險性，依比例原則衡量之。」*

*前項所指連結性，乃指將受處分人和家人與地主國之連結（包含婚姻及子女狀況、關係人的國籍、居留權之種類、建立家庭時是否有定居在地主國之合理期待、在地主國生活之長度等）對比於與國籍國之連結程度。*

*第 1 項所指社會危險性，包含：危險行為性質及嚴重性、行為時是否已成年、行為後經過的時間長度及行為表現等事由，並考量驅逐期間之長度及相關特殊情況（如移民政策之特殊歷史背景因素、行為人違反移民法之紀錄等）。*

入出國及移民法第 18 條第 1 項第 7 款之禁止入國要件，「在我國或外國有犯罪紀錄」後，可加上「受有期徒刑以上刑之宣告者」字樣，以與刑法關於驅逐出境之價值選擇一致，並依入出國及移民法第 36 條準用到驅逐出國之規定上。

大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法第 15 條第 1 項：「大陸地區人民申請在臺灣地區依親居留，有下列情形之一者……得撤銷或廢止其許可：一、有事實足認有犯罪行為或有犯罪紀錄。……」，其既欲申請或已申

請依親居留，該大陸地區人民與臺灣應有一定之家庭連結，應排除輕罪之驅逐，故可於第 1 款後加上：「但觸犯最重本刑為拘役或專科罰金之罪者，不在此限」之但書，直接將比例原則之具體規定寫入法條中，以免行政機關濫用權限時，尚需事後救濟之不確定性及麻煩。

為達成對第二代移民之特別保護，在入出國及移民法第 36 條驅逐出境的規定後，新增第 36 條之 1 規定如下：

「前條情形，對於下列長居於我國之居民，除有重大暴力犯罪等危及公共安全與秩序之重大原因，確有驅逐出國之必要外，不適用之：

- 一、在中華民國出生或十歲以前便在中華民國定居之外國人，居在我國連續居住超過二十年者。
- 二、在我國連續居住十年，而未因犯罪而受五年以上有期徒刑之宣告者。
- 三、在我國連續居住五年，而未因犯罪而受二年以上有期徒刑宣告且無緩刑者。

而為對兒童及少年之保護，應在入出國及移民法第 18 條禁止入國的規定之後，新增第 18 條之 2 之規定如下：「I 前條情形，對於未滿 18 歲之外國人，父母或監護人為有戶籍之中華民國國民，或雖非有戶籍之中華民國國民但在國內有居留權且定居於國內者，不得禁止入國。但曾在國內犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪經判刑確定者，或有事實足認其犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，不宜入國者，不在此限。II 前項但書，應由少年法院（庭）裁定之。」

另外，在第 36 條驅逐出國之後，新增第 36 條之 2 規定如下：

「第 18 條之 1、之 2 規定，於前條情形準用之。」

而為達刑事判決驅逐出境保安處分之程序保障，應於刑事訴訟法第 450 條第 1 項：「以簡易判決處刑時，得併科沒收或為其他必要之處分」之後加上但書：「但不含刑法第 95 條驅逐出境之處分」<sup>542</sup>。

對於在我國居住，但政治上較為敏感之大陸居民，為免因國家安全此一模糊要件而驅逐時，保障不週，應加強程序保障。建議將臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 2 項修正為：「進入臺灣地區之大陸地區人民已取得居留許可而有前項第三款至第五款情形之一者，除以書面聲明放棄者外，內政部入出國及移民署於強制其出境前，應召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。」

外國人停留居留及永久居留辦法，第 3 條第 3 項規定，對於臺灣地區親屬患重病或受重傷住院需人照顧，大陸地區人民入臺後延長停留之期間，「自事由發生之日起不得逾 2 個月。」然此「2 個月」的最長期間限制，並無另外核准延長

<sup>542</sup> 在體例上，其他種類保安處分亦可一併檢討，但非本文研究範圍，併此說明。

之規定，過於僵硬，應修正為「每次核准不得逾2月」即可，且不限制核准之次數。

而大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第7條第1項，關於大陸地區人民入臺探視重傷重病而有生命危險之親屬後，尚有需持續照顧之情事，而申請延期在臺灣地區照料之規定，限制「探病對象年逾六十歲」。考量重傷重病而有生命危險者，其生活自理能力，或親屬照顧及陪伴之需求，與該病患之年齡並無必然之關係，建議刪除該「探病對象年逾六十歲」之要件，以符平等原則及比例原則之要求。

## 第六章 結論

### 第一節 家庭權保障之歐洲跨國標準

歐洲人權公約第 8 條關於家庭生活權利保障，通常指伴侶彼此及親子彼此間，但近親間的連結若對家庭足夠重要亦屬之，而採實質認定之標準，採「是否具有親密關係」而論，而與形式上之法律要件無關。因此，同居伴侶間、生父與非婚生子女間，只要有共同生活之事實，皆受家庭生活權利之保障。而同性伴侶、事實上非血緣之扶養關係等，雖連結較弱，但仍屬該條「私人生活」之權利範圍，而亦受保障。

而此種權利之保障，不論本國人或外國人，皆屬權利主體，亦無強弱之差別。具體之影響只表現在與本國連結強度上，而於比例原則考量時予以衡量。亦即，保障之強弱重點在於「與本國連結性」，而非「國籍」此一形式概念。

又國家有採取「適當足夠且有效」的措施以保護人民家庭生活權利之積極義務。救濟途徑之完備、及適當期間可完成之要求，並使受影響之人有足夠之程序參與權，皆為國家應盡之積極義務。

而在拒絕入境與驅逐出境處分之比例原則衡量上，應考量之因素有：

考量受處分人之「社會連結性」——由驅逐人和家人與地主國之連結（包含婚姻及子女狀況、關係人的國籍、居留權之種類、建立家庭時是否有定居在地主國之合理期待、在地主國生活之長度等）對比於與國籍國之連結來決定；以及受處分人之「社會危險性」——所犯罪行的性質及嚴重性、申訴人犯罪時是否已成年、申訴人犯罪後已經過的時間長度及行為表現——，並考量驅逐期間之長度及相關特殊情況（如移民政策之特殊歷史背景因素、行為人違反移民法之紀錄等）。在上述標準之中，找出個案中較具決定性的因素，來衡量社會連結性與社會危險性之大小，以決定該拒絕入境或驅逐出境處分是否成比例。

因犯罪原因而驅逐出境時，要衡量的標準即「受處分人因犯罪行為所展現之社會危險性」及「受處分人之社會連結性」兩者間的關係。受處分人社會連結性愈緊密，處分所依據之犯罪性質嚴重性就要愈強，方足以正當化。

依歐洲人權法院的判決，對於出生於地主國，或自幼隨家人來到地主國，而在地主國成長、受教育、接受社會化過程之「第二代移民」，鑑於其與地主國之家庭生活與私人生活之緊密連結，該移民除不具國籍外，幾與其他本國人無兩樣，因此屬於最強烈的社會連結性，要受最強的保障。而至於第二代移民如何認定，

在不同個案上或有差異，但「在十歲以前入國，且已年滿十八歲」之標準，可作為不錯的指標。

要正當化此種「最強烈的社會連結」之干預，唯有「重大暴力犯罪」（如殺人、強暴）——不論是成年或未成年時所犯——造成的社會危險性，方為足夠。反之，犯罪之性質非重大暴力犯罪，即不足以正當化對最強烈社會連結性之干預——縱使犯罪再頻繁、數目再多，仍不會使該性質變成重大暴力犯罪。另，鑑於製造、運輸、販賣毒品罪行造成澈底毀滅人民生活的可怕，法院肯認其屬非常嚴重的犯罪，但在相關判決中可知，此等犯罪之嚴重性仍無法與「重大暴力犯罪」相比擬，無法正當化對「最強烈社會連結」之干預。

另外，犯罪性質輕微但社會連結也很弱的時候，此時法院最重要的考量點，即為未成年人之最佳利益。不論受處分人為父母或子女，亦不論父母受處分時小孩是否有一起申訴，只要拒絕入境或驅逐出境處分之結果會使得父母與子女分離，或會使未成年人進入惡劣的環境生活，即會被認為系爭處分不成比例，因而違反公約。

最後，若個案中無特別有意義的決定性因素時，則可參考以下一般原則：

下列之長期居民，若無造成公共安全之嚴重威脅，不應驅逐：

- 居住五年後，除非犯罪行為被判刑超過二年且無緩刑。
- 居住十年後，除非犯罪行為被判刑超過五年。
- 居住超過二十年後。

而因國家安全而驅逐部分，有個特有的問題，即「因機密之故而造成驅逐程序不透明的問題」。就此而言，法院的態度很明確，認為危害國家安全之影響固然重大，但基於問題的敏感度，事前程序保障通常較少；並且，由於概念的不明確性很高，濫用的可能性也較大，因此事中、事後的程序保障就更為重要。

至於比例原則的具體化操作，歐洲人權法院不認同「政治敏感國國民」可以寬鬆的以「國家安全」為由驅逐。在個案中，申訴人的社會連結性只有頗微弱的私人生活，但法院認仍認為輕微的違規居留申請，完全不能作為正當化驅逐的理由。

## 第二節 我國法調校

家庭生活權利應為憲法 22 條所保障之基本權利，並且不論本國人、外國人，除此權利請求國家給予制度性保障之外，更應可以之做為防禦權，對抗國家之

侵害，此原則上已為大法官所肯認。然相關解釋只有於夫妻的家庭生活，至於其他親子或其他關係間的家庭生活，尚未有大法官之肯認，有待實務繼續發展。

又新興之家庭態樣（例如同性結合之家庭）的部分，早期的文獻並很少及此一問題，而近期文獻對於同性結合應受法律保障的問題，幾乎都是抱持肯定的態度，提出之理由有「多元文化的尊重」、「社會觀念的變動性」、「人格發展需求」、「平等原則」、「隱私權保障」等等，亦為我國可發展之發向。

最後是關於「比例原則」的討論，而本文採用的方式是從各級法院的判決下手。驅逐出境對於受驅逐人之家庭生活之影響往往至為重大，然而，法院於宣示此種處分，或是審查此種處分的妥適性時，往往僅有極簡略的說理。對於在臺灣有子女的受驅逐人，行政法院的判決曾以「行政機關之驅逐處分並無不法」就駁回原告的聲請，無視條文對於比例原則的實質合憲性之控制。而刑事庭在諭知驅逐出境之保安處分時，絕大多數亦只以「被告為外國人且受徒刑宣告」的法條形式要件就決定驅逐，亦忽略條文要求法院個案裁量，依比例原則決定是否應予驅逐的授權用意。並且，除了理由不備之外，藉由案情的研究，許多極輕微的犯罪，如輕微竊盜、通姦、持有毒品、酒後駕車等等，行為人對於社會造成的損害性會有多大，是否能正當化對於居留利益的干預，實有疑問。

要解決這樣的問題，就司法面向而言，首先，法院於驅逐出境處分之宣示及審查，應說明驅逐之理由：應列舉出個案中公益與私益兩面向的相關，以有受檢視之可能。無論如何，單純的「系爭處分並無不法」、「被告為外國人且受有期徒刑以上宣告」，絕對不合乎驅逐出境處分理由之最低要求。更別提在簡易判決處刑程序中，驅逐出境的發動理由，連一個字都不必提及。另外，將「抽象」的比例原則概念予以「類型化和具體化」，方能使法院於操作比例原則時，排他意識的情緒反應能降到最低，且能作出更妥適的衡量。尤其在拒絕入境與驅逐出境的相關案件中，決定「公益」與「私益」兩面向之高低時，所涉及相關因素相對單純，因此類型化和具體化的工作之可行性並無太大困難，且亦不會有僵化、欠缺彈性之結果的問題，實為必要努力之方向。

具體建議如下：

非牽涉修法部分：可由訂定相關行政規則，或由上級（尤其是終審法院）判決中來要求下級法院，甚至以選為判例之方式，來達成目標。

一、家庭權利應採實質認定，依是否有親密之生活而判斷，並應調查與本國連結性之強度。並適時將同性伴侶等事實上親密生活關係，依據平等原則的角度來保護。





- 二、對夫妻一方為禁止入境或驅逐出境處分，另一方之家庭生活權利將直接受到干預，自為利害關係人。最高行政法院多起判決，錯誤援引認於行政處分干預配偶之財產時，配偶另一方無當事人適格之見解，應予改變。
- 三、法院刑事判決為驅逐出境之保安處分時，應詳述被告之社會連結性及社會危險性等比例原則衡量過程，而不能僅論述其為外國人、受有期徒刑宣告等法條要件而已。
- 四、行政法院在接到人民不服禁止入國或驅逐出國處分，而請求救濟時，應有保障家庭權利之積極義務的概念。應有即時救濟的認知而優先處理，及適時為定暫時狀態之處分，以免因時間經過而使家庭或私人連結關係斷裂而無法回復。

而關於修法建議部分，條列如下：

- 一、應明定禁止入國及驅逐出境時應衡量之因素，而增訂入出國及移民法第 18 條之 1：

*「為前條處分時，應考量受處分人與本國之連結性及對本國之危險性，依比例原則衡量之。」*

*前項所指連結性，乃指將受處分人和家人與地主國之連結（包含婚姻及子女狀況、關係人的國籍、居留權之種類、建立家庭時是否有定居在地主國之合理期待、在地主國生活之長度等）對比於與國籍國之連結程度。*

*第 1 項所指社會危險性，包含：危險行為性質及嚴重性、行為時是否已成年、行為後經過的時間長度及行為表現等事由，並應考量驅逐期間之長度及相關特殊情況（如移民政策之特殊歷史背景因素、行為人違反移民法之紀錄等）。」*

- 二、犯罪得驅逐出國之規定，應排除輕微犯罪：

入出國及移民法第 18 條第 1 項第 7 款之禁止入國要件，「在我國或外國有犯罪紀錄」後，可加上「受有期徒刑以上刑之宣告者」字樣，以與刑法關於驅逐出境之價值選擇一致，並將入出國及移民法第 36 條準用到驅逐出國之規定上。

大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法第 15 條第 1 項：「大陸地區人民申請在臺灣地區依親居留，有下列情形之一者……得撤銷或廢止其許可：一、有事實足認有犯罪行為或有犯罪紀錄。……」，其既欲申請或已申請依親居留，該大陸地區人民與臺灣應有一定之家庭連結，應排除輕罪之驅逐，故可於第 1 款後加上：「但觸犯最重本刑為拘役或專科罰金之罪者，不在此限」

之但書，直接將比例原則之具體規定寫入法律條文中，以免行政機關濫用權限時，尚需事後救濟之不確定性及麻煩。



三、為達成對第二代移民之特別保護，在入出國及移民法第 36 條驅逐出境的規定後，新增第 36 條之 1 規定如下：

「前條情形，對於下列長居於我國之居民，除有重大暴力犯罪等危及公共安全與秩序之重大原因，確有驅逐出國之必要外，不適用之：

一、在中華民國出生或十歲以前便在中華民國定居之外國人，居在我國連續居住超過二十年者。

二、在我國連續居住十年，而未因犯罪而受五年以上有期徒刑之宣告者。

三、在我國連續居住五年，而未因犯罪而受二年以上有期徒刑宣告且無緩刑者。」

四、為達成對兒童及少年之保護，應在入出國及移民法第 18 條禁止入國的規定之後，新增第 18 條之 2 之規定如下：

「前條情形，對於未滿 18 歲之外國人，父母或監護人為有戶籍之中華民國國民，或雖非有戶籍之中華民國國民但在國內有居留權且定居於國內者，不得禁止入國。但曾在國內或國外犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪經判刑確定者，或有事實足認其犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，不宜入國者，不在此限。

前項但書，應由少年法院（庭）裁定之。」

又應在第 36 條驅逐出國之後，新增第 36 條之 2 規定如下：

「第 18 條之 1、之 2 規定，於前條情形準用之。」

五、為達刑事判決驅逐出境時程序保障，應於刑事訴訟法第 450 條第 1 項：

「以簡易判決處刑時，得併科沒收或為其他必要之處分」之後加上但書：「但不包含刑法第 95 條驅逐出境之處分」

六、大陸居民，因國家安全理由驅逐出國時之程序保障：

建議將臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 2 項修正為：「進入臺灣地區之大陸地區人民已取得居留許可而有前項第三款至第五款情形之一者，除以書面聲明放棄者外，內政部入出國及移民署於強制其出境前，應召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。」

七、刪除法規中不必要之期間限制，留待行政機關個案審酌必要性：

外國人停留居留及永久居留辦法第 3 條第 3 項，對於在臺灣地區親屬患重病或受重傷住院需人照顧時，大陸地區人民入臺後延長停留之期間，「自事由發生

之日起不得逾 2 個月。」然此「2 個月」的最長期間限制，並無另外核准延長之規定，過於僵硬，應修正為「每次核准不得逾 2 月」即可，且不限制核准之次數。

而大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第 7 條第 1 項，關於大陸地區人民入臺探視重傷重病而有生命危險之親屬後，尚有需持續照顧之情事，而申請延期在臺灣地區照料之規定，限制「探病對象年逾六十歲」。考量重傷重病而有生命危險者，其生活自理能力，或親屬照顧及陪伴之需求，與該病患之年齡並無必然之關係，建議刪除該「探病對象年逾六十歲」之要件，以符平等原則及比例原則之要求。

## 第七章 參考資料



### 一、中文書目

#### (一) 專書

刁仁國，《外國人入出境管理法論》，中央警察大學出版社，2001年3月

吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民書局，2003年9月

李念祖，《論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格》，收於《國際法論集——丘罕達教授六秩晉五華誕祝壽論文集》，三民書局，2001年3月

李震山，《人性尊嚴與人權保障》，元照出版，2001年11月修訂再版

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

司法院大法官書記處編譯，《歐洲人權法院裁判選譯》，臺北：司法院，2008。

李建良，《憲法理論與實踐(二)》，臺北：新學林出版股份有限公司，2007。

吳志光，《比較違憲審查制度》，臺北：神州圖書，2003。

林超駿，《超越繼受的憲法學》，臺北：元照出版公司，2006。

法治斌，「司法審查之平等權：建構雙重基準之研究」，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，第6卷1期，1996年1月。

廖福特，《歐洲人權法》，臺北：學林文化事業有限公司，2003。

廖福特，《國際人權法——議題分析與國內實踐》，臺北：元照出版公司，2005。

廖福特，《人權法論叢》，臺北：元照出版公司，2007。

顏厥安、林鈺雄主編，《人權之踐國性司法實踐——歐洲人權裁判研究(一)》，臺北：元照出版公司，2007。

顏厥安、林鈺雄主編，《人權之踐國性司法實踐——歐洲人權裁判研究(二)》，臺北：元照出版公司，2008。

林明昕，「婚姻、家庭與憲法——以憲法與親屬法之關係為中心」，發表於「第三屆家庭與法律社會學研討會」，國立中正大學法律系，2006年6月。

林紀東，《中華民國憲法逐條釋義(一)》，三民書局，1993年1月修訂7版

林紀東，《中華民國憲法釋論》，大中國圖書公司，1997年1月。

俞寬賜，《從國際人權法、國際人道法及國際刑法研究個人的國際法地位問題》，國立編譯館，2002年11月

姜皇池，「論外國人之憲法權利——從國際法觀點檢視」，收於氏著，《國際法與臺灣——歷史考察與法律評估》，學林文化，2000年12月。

曾陳明汝，「外國自然人之地位」，收於氏著《國際私法原理(上集)——總論篇》，學林文化公司，2003年6月

廖元豪，「我們的法律，她們的命運——臺灣法律如何歧視外籍與大陸配偶」，收錄於《不要叫我外籍新娘》，左岸文化，2005年9月。

廖元豪，「海納百川」或「非我族類」的國家圖像？——檢討民國九十二年的「次等國民」憲法實務」，收錄於《法治與現代行政法學——法治斌教授紀念論文集》，元照出版，2004年5月。

## (二) 期刊論文

刁仁國，「論外國人出國的權利」，《中央警察大學學報》第37期，2000年10月。

張志偉，「比例原則與立法形成餘地——由法律原則理論出發，探討審查密度的結構」，《中正大學法學集刊》，第24期，2008年5月，第1-74頁。

黃昌元，「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」，《臺大法學論叢》，第33卷第3期，2004年5月，頁45-148。

吳信華，「非我族類，其心必異？——德國聯邦憲法法院關於「外國人選舉權」的判決淺析」，《司法週刊》第514期，1991年4月10日。

吳信華，「論憲法上「婚姻」與「家庭」的保障」，收錄於「第二屆家庭法律社會學研討會論文」，國立中正大學法律系，2005年5月21日。



李建良，「外國人權利保障的理念與實務」，《臺灣本土法學雜誌》第 48 期，2003 年 7 月。

李建良，「行政程序與人民權利之保障」，《月旦法學雜誌》第 50 期，1999 年 7 月。

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

李震山，「憲法意義下之「家庭權」」，《中正大學法學集刊》第 16 期，2004 年。

許義寶，「外國人居留權之研究」，《法令月刊》，2004 年 5 月

許義寶，「驅逐外國人出國之法定原因與執行政程序」，收錄於《論權利保護之理論與實踐——曾華松大法官古稀祝壽論文集》，元照出版，2006 年 6 月。

許義寶，「外國人之入國程序與限制之研究」，《法令月刊》第 57 卷第 11 期，2006 年 11 月。

陳春生，「談外國人的基本權利」，《月旦法學教室》第 16 期，2004 年 2 月。

陳靜慧，「從平等權的觀點論大陸配偶在臺灣地區之法律地位及其基本權利之保障」，《憲政時代》第 28 卷第 2 期，2002 年 10 月。

蔡庭榕、李立宏，「我國外國人永久居留制度之研究」，《國境警察學報》第 4 期，2005 年 12 月。

蔡維音，「論家庭之制度保障」，《月旦法學雜誌》第 63 期，2000 年 8 月。

張永明，「禁止 SARS 病患入境」，《月旦法學教室》第 9 期，2003 年 7 月。

張亞中，「移民與權利：政治學的觀點」，「全國化與基本人權：政治學與公法學之對話」學術研討會，臺北：臺灣大學政治學系，2003 年 12 月 26 日。

廖元豪，「從「外籍新娘」到「新娘民女性」」，《臺灣本土法學雜誌》第 61 期。

廖元豪，「外人做頭家？外籍人士參政權之可能性」，《月旦法學教室》，第 54 期，

2007 年 3 月。

鄧衍森，「歐洲人權公約的法制化發展」，《月旦法學雜誌》第 44 期，1999 年 1 月。



### (三) 學位論文

周珮娟，《比例原則之分析與實踐——以歐洲人權法院審理德國被訴案件為例》，臺北大學法律學系碩士論文，陳春生、廖福特指導，2009 年 7 月。

許義寶，《外國人入出國與居留之研究——以我國法制為探討中心》，中正大學法律學研究所博士論文，李震山指導，2007 年 1 月 31 日。

林孟楠，《論外國人的國際遷徙自由》，政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月

康夙如，《歐盟法比例原則適用之研究》，淡江大學歐洲研究所碩士論文，2006。

林俊言，《論非列舉權利之憲法保障》，政治大學法律學研究所碩士論文，2002 年。

### (四) 網頁資料

司法院大法官網站：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/>

## 二、英文書目

### (一) 專書

Andrew Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative study* (Oxford, Clarendon Press, 1985)

Brice Dickson, *Human Rights and the European Convention* (London; Sweet & Maxwell, 1997)

D. J. Harris, M. O' Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (Butterworths, 1995)

Donna Gomien, David Harris and Leo Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter* (Council of European

Publishing, 1996)

Francis G. Jacobs and Robin C.A. White, *The European Convention on Human Rights* (2<sup>nd</sup> ed., Manchester University Press, 1995)

Karen Reid, *A practitioners Guide to the European Convention of Human Rights* (London; Sweet & Maxwell, 1998)

Mireille Delams-Marty, *The European Convention for the Protection of Human Rights* (the Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992)

P. van Dijk and G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on the Human Right* (3<sup>rd</sup> ed., Kluwer Law International, 1998)

Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2005)

Hélène Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights* (Council of European Publishing, 2006)

Steve Peers, Robin Barzilay, Kees Groenendijk and Elspeth Guild, *The legal status of persons admitted for family reunion : a comparative study of law and practice in some European states* (Council of European publishing, 2000)

Rubio-Marin, Ruth: *Immigration AS a Democratic Challenge*, Cambridge : Cambridge University Press, 2000.

## (二) 網頁資料

Council of Europe (<http://www.coe.int/>)

European Court of Human Rights ([http://www.echr.coe.int/echr/Homepage\\_EN](http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN))

ECHR porta Search (<http://cmiskp.echr.com.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>)

