

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文



Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

無證移工未成年子女之身分及權益保障研究

Undocumented and Unprotected Minors: The Rights and Legal
Status of Children of Undocumented Migrant Workers

陳又嘉

CHEN, MEGAN JUNE

指導教授：李建良 博士

Advisor: Chien-Liang Lee, Ph.D.

中華民國一一四年八月

August 2025

謝辭



無證移工及其子女的議題，是一個離生活有點距離，但卻很重要的議題，因為他們構成我國社會的一部分。大三服務學習時，有機會到關愛之家協助照顧那些很可愛的移工寶寶，當時心裡一直很想問，那些長到七歲的寶寶被帶到哪裡？為什麼有些孩子有爸爸或媽媽、但有這麼多的寶寶和兒童，大多數孩子的父母呢？即將畢業回頭來看，才發現緣分早已有跡可循。

謝謝李建良老師總是精闢的指導，從觀摩老師學生論文發表時瞭解到老師的指導風格，也非常喜歡這樣給予基本方向的引導，時常聽完老師體系、層次分明的分析我的論文後，更能掌握論文整體重點和方向。也感謝老師在四月底把我抓來中研院，使寫作效率被迫大幅提升，同時還可以賺錢養家不挨餓，每天下班路過土地公廟還可以拜拜。同時，非常感謝兩位口試委員，楊雅雯老師和翁燕菁老師的給予的寶貴指教。楊雅雯老師在口試時的多連問，一步步引領我去思考核心問題，讓我充分感受到學者思考的層次與縝密性之外，也使我更好的去連結結論與本文內容。翁燕菁老師作為參與第一線實務經驗的前輩，分享了很多單純從文獻、政府報告難以掌握到無證移工及其子女的生活面貌，亦使我更瞭解制度建立背後的推動力。

謝謝爆爆王李怡瑩總是給我100%的支持、八卦和一堆很經典的笑料，以及在接一堆外務下跟我步調一致，讓我每次回過頭來（像是研究所、國考來不及念完、論文還沒開始）都發現怎麼有人也在這，最後能一起順利完成論文和畢業的感覺很棒。謝謝黃端從國考、上班到研究所一路的陪伴，是會隨時給予關心和什麼都能聊的超暖心朋友。謝謝鄭成功人士心穎（被觀摩論發的同學）很有耐心都被我問各種法律問題和學校的行政流程事項，以及跟綺寶一起收留我。謝謝從大學一路認識上來的研究所朋友們，從考研究所、國考再到寫論文期間的相互支持，張庭、品樺、林巧、湘容、映蓉、脩敏、宗翰。

謝謝司改會的好夥伴，政諺（學術狂熱分子）、明汝、逸民、老蘇（論文好夥伴）和大家，在入職沒多久就開始關心我的論文和畢業進度，以及每次年中或年終時永頌律師、旭田律師也都給予學業上的關心。

最後，感謝我家人暖心的陪伴和支持。每次寫論文都想到以前小學翻到我爸爸的碩士論文，第一段是感謝我媽媽的精神陪伴（還被我偷笑沒實質支持），長大後真的沒想到寫一本論文要花費如此的精神、時間和專注度，這可能是偷笑的後果，以及發現家人的精神支持和陪伴就是實質貢獻了。謝謝我爸爸還跟我討論論文整體方向，然後很想指導我但太跨領域了，還有每天晚上陪我切磋象棋導致棋藝越來越差、借我車開去圖書館唸書；謝謝我媽媽從國考幫我買原子筆和煮飯，到寫論文期間上高峰帶我出國超開心，再到回家在興大圖書館寫論文時好好補我的身體；謝謝我弟弟從小給我鬧和偶爾關心我一下讓我感動到痛哭流涕；謝謝我姊姊做一個好的榜樣，以及在我被弟弟拒接電話時，幾乎每次都會接我的電話跟我聊天。

2025 年 8 月

摘要



在全球化時代下，人口、物資、資金的移動形塑了人們便利生活。然而，人終非物品與金錢，一方面，主權國家透過國境管控以嚴格的掌管其領土內的人口流動，有別於資金及物資相對自由的流動模式，另方面，在以經濟效益為目的下，各國移民政策係高度的行政、立法導向，而容易忽視了本於人性尊嚴所衍生的憲法、國際公約之保障誠命。此使移工及其子女—尤其是未經允許入境或居留者—的生活照顧與基本生存面向，很大程度取決於國家是否有積極的意識與作為。

本文觀察無證移工之未成年子女之身分合法性以及各權益受保障的範圍與程度，以理解在法律位階受排除於外的兒童及少年的基本生活面貌，並嘗試為其困境，包含權益保障上的法制不完善、長時間生活在國之兒少請求合法居留之可能等，提出回應。本文並發現，核心爭議在於，身分所涉之國家在邊境管制與移民政策上的主權行使，權益所涉及的立法者社會資源與財政之平衡，以及兒童個人的基本權利間的平衡與調配關係。就此，須仰賴國際人權規範所架構之基本邏輯、憲法基本權利與一般原則之意旨的探求，以及借鑑美國移民法領域的豐富論述，以形成本文見解並提出制度建議。

研究結論得出，無證居留兒少係存有憲法上權利以使立法者應重新檢討既有外國人身分取得之法制，政策路徑上則有多元的選擇模式，本文並整理出相關選擇之利弊及可參照之制度。

關鍵字：無證移工、移民政策、移工子女、非本國籍兒少、客工制度

Abstract

In the era of globalization, the flow and mobility of labor, commodities and capital from around the world created our fast-paced and convenient lifestyle. Given that human beings *per se* are fundamentally distinct from goods and money, states exercise their sovereign power to take control over people on the move, while commodities and cash flows are subject to relatively lax control. This exercise of sovereign power, however, created what we nowadays called “undocumented workers and children”. Specifically, the (un)favorable immigration policies in sovereign states are closely intertwined with local’s economic conditions, industrial needs, etc. As a result, state sovereignty and administrative and legislative considerations played a leading role in shaping immigration policies, while the mandates and rights enshrined in constitutional and international covenants have lagged behind. Under this circumstance, migrant workers and their families’ rights - especially those who are undocumented - are often left in the shadows, both legally and socially.

This study examines the range and protection regarding minor children of the undocumented migrant workers, specifically its legal status and economic, social and cultural rights. At the same time, it reveals which rights remain unprotected and what measures are to be enacted. This study identifies a core tension between the state's sovereign authority over border control and immigration policy, the legislative balancing of social resources and public finances, and the fundamental rights of individual children. In addressing this tension, the article draws upon the foundational logic of international human rights norms, the purposes and general principles of constitutional fundamental rights, and insights from the rich discourse in U.S. immigration law to formulate its analysis and institutional recommendations.

The research concludes that undocumented children possess constitutional rights that require legislators to reexamine existing legal frameworks for foreigners' status acquisition. Policy pathways offer diverse options, and this study organizes the advantages, disadvantages, and referenceable systems of related choices.

Keywords: Undocumented Children; Guest Worker Program; Migrant Workers; Immigration Policies; Unauthorized Migrant Workers

簡目



謝辭	I
摘要	III
Abstract	IV
簡目	V
詳目	VII
表次	XIII
第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第一項 研究動機	1
第二項 問題提出	3
第二節 名詞定義	4
第一項 無證移工	4
第二項 移工之未成年子女	6
第三節 研究範圍	8
第四節 研究架構	9
第二章 無證移工之非本國籍有依兒少的現制概覽及權利基礎	11
第一節 無證移工之非本國籍有依兒少在我國現行法下的法律地位	11
第一項 外籍移工在台所生子女之身分樣態	14
第二項 有證居留連結至權益保障下形成之缺口與後續制度演進	23
第三項 小結	40
第二節 無證居留之非本國籍兒少在國際公約下的權利	41
第一項 兒童權利公約	41
第二項 保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約	53
第三項 其他與無證兒少權利有關之重要國際公約	58
第三章 以憲法基本權利形塑無證居留兒少權利的保障	61
第一節 合法居留請求所涉及之憲法基本權利基礎	61
第一項 憲法第 10 條居住遷徙自由	61

第二項	居住權？	62
第三項	憲法第 7 條平等權	62
第四項	憲法第 15 條生存權	65
第二節	各權益所涉之憲法基本權利基礎	75
第一項	無證兒少接受基本教育之憲法上權利	75
第三節	以憲法基本權利與一般原則建構無證兒少的權利保障	79
第一項	立法形成自由之界線：基本權之保護	80
第二項	移民政策下身分劃定的立法裁量與憲法權利間的作用關係	82
第三項	無證兒少權益所涉之憲法考量	87
第四項	無證兒少身分安定之實現與制度建議	90
第四章	美國無證兒少法制經驗與權利保障模式	98
第一節	美國移民制度概論	98
第一項	移民法歷史	98
第二項	無證移工的由來	99
第三項	權力分配	104
第二節	美國移民法制度對我國無證兒少身分及權利建構的啟示	110
第一項	Plyler v. Doe 的論理及其後續所形塑的移民議題面貌	110
第二項	Plyler 基本精神所架構的無證兒少的合法居留請求	116
第三節	無證兒少基本生存權利的實現	124
第一項	一般原理原則：無證移民權利受司法權保障的密度	124
第二項	無證移民及其子女具體的權利實現	125
第三項	我國法制的比較分析與展望	129
第五章	結論	134
參考文獻		138

詳目



謝辭	I
摘要	III
Abstract	IV
簡目	V
詳目	VII
表次	XIII
第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第一項 研究動機	1
第二項 問題提出	3
第二節 名詞定義	4
第一項 無證移工	4
第一款 移工	4
第二款 無證移工	5
第二項 移工之未成年子女	6
第一款 無依兒少	7
第二款 有依兒少	7
第三節 研究範圍	8
第四節 研究架構	9
第二章 無證移工之非本國籍有依兒少的現制概覽及權利基礎	11
第一節 無證移工之非本國籍有依兒少在我國現行法下的法律地位	11
第一項 外籍移工在台所生子女之身分樣態	14
第一款 移工子女的身分認定	14
第二款 無證居留的非本國籍有依兒少	21
第二項 有證居留連結至權益保障下形成之缺口與後續制度演進	23
第一款 生活照顧層面之保障：以健康權為例	24
第一目 健康權保障：以全民健保與疫苗接種為例	24

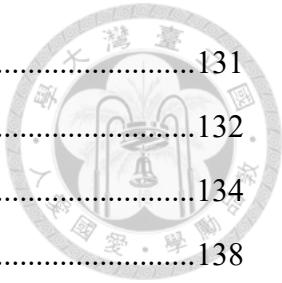
B. 本文分析	30
第二目 生存權之保障	31
第二款 受教權保障	33
第三款 問題分析、未竟之處與小結	34
第一目 問題分析與未竟之處	34
第二目 小結	38
第三項 小結	40
第二節 無證居留之非本國籍兒少在國際公約下的權利	41
第一項 兒童權利公約	41
第一款 兒童作為權利主體的歷史發展	42
第二款 兒童之權利地位發展對無證兒少之啟示	44
第一目 我國移工子女身分取得法律制度的省思	44
第二目 正視以兒童作為權利主體所開展之權利與原則	45
第三目 「所有」兒童作為公約之權利主體	45
第三款 國際遷徙下的兒童權利與國家義務	47
第一目 國際遷徙下的兒童權利	47
第二目 國家在國際遷徙下的兒童人權義務	48
第四款 出生登記與身分權	48
第一目 公約之權利	48
第二目 無依及有依兒少關於身分之保障程度上之區分？	49
第五款 受教權	49
第一目 公約下的受教權內涵	49
第二目 受教權利之實現	51
第二項 保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約	53
第一款 公約作為移民人權的國際標準	53
第二款 公約的重要性	55
第三款 無證移民權利之明文保障	55
第四款 無證移民並無請求身分正常化之權利	56
第五款 無證兒少的受教權	57

第六款 小結	57
第三項 其他與無證兒少權利有關之重要國際公約.....	58
第三章 以憲法基本權利形塑無證居留兒少權利的保障.....	61
第一節 合法居留請求所涉及之憲法基本權利基礎	61
第一項 憲法第 10 條居住遷徙自由.....	61
第二項 居住權？	62
第三項 憲法第 7 條平等權	62
第一款 平等權之主觀限制：外國人作為權利主體	63
第二款 平等權之主觀限制：無證居留之無依、有依兒少的可比較性	63
第三款 平等權之客觀限制	64
第四項 憲法第 15 條生存權	65
第一款 生存權的社會基本權性質	65
第二款 生存權的權利內容	66
第一目 合法居留身分與最低生存保障各面向之關係	67
第二目 合法居留身分以及最低生存保障本身的關係	70
第二節 各權益所涉之憲法基本權利基礎	75
第一項 無證兒少接受基本教育之憲法上權利.....	75
第一款 憲法第 21 條受教權	75
第二款 憲法第 7 條平等權	76
第三款 憲法第 15 條生存權	76
第一目 基本內涵	77
1. 正面定義出生存權與基本教育之關係	77
2. 反面定義生存權與基本教育之關係	77
第二目 比較法模式的參照	78
第三目 違反憲法之基本價值決定？	78
第三節 以憲法基本權利與一般原則建構無證兒少的權利保障	79
第一項 立法形成自由之界線：基本權之保護.....	80
第一款 立法形成自由與基本權利保護之關係	80
第二款 立法形成自由之依據與憲法基礎	81

第三款 司法違憲審查與立法形成自由	81
第四款 小結	82
第二項 移民政策下身分劃定的立法裁量與憲法權利間的作用關係	82
第一款 立法形成自由的定義：含行政裁量範圍	82
第二款 個別移民政策事項下的不同立法裁量範圍	82
第三款 憲法一般原理原則所劃定的界線	84
第一目 憲法下人的圖像	84
第二目 比較法觀點：兒童權利公約下「兒童」的主體性	84
第四款 憲法最低生存保障請求權	86
第三項 無證兒少權益所涉之憲法考量	87
第一款 財政作為權利限制正當理由的相對化	87
第一目 釋憲實務在生存權所形塑的憲法框架	87
第二目 比較分析	88
第二款 平等權之主張	90
第四項 無證兒少身分安定之實現與制度建議	90
第一款 司法權的形式？	91
第二款 行政權的形式：移民政事項中依職權的裁量自由？	91
第一目 理論層次的討論	91
第二目 實務層次的作法	93
第三款 制度建議	94
第一目 入出國及移民法第 26 條第 3 項	95
第二目 命令層級的措施	95
第四章 美國無證兒少法制經驗與權利保障模式	98
第一節 美國移民制度概論	98
第一項 移民法歷史	98
第二項 無證移工的由來	99
第一款 無證兒少的形成	101
第三項 權力分配	104
第一款 政治部門與司法部門間的權力分配：司法審查的界線	104

第一目 充分權力原則之適用範圍：移民法領域之界定	105
第二目 充分權力原則之適用範圍：行政與立法部門之區隔	106
第二款 政治部門間的權力分配.....	107
第三款 美國移民法下的外國人身分類型	108
第二節 美國移民法制度對我國無證兒少身分及權利建構的啟示.....	110
第一項 Plyler v. Doe 的論理及其後續所形塑的移民議題面貌.....	110
第一款 事實背景	110
第二款 判決理由	111
第三款 <i>Plyler</i> 之重要影響	114
第一目 無證移工及其子女之權利保障：法律地位的提升？	114
第二目 無證兒少後續議題的開展：高等教育及合法移民身分	114
第二項 <i>Plyler</i> 基本精神所架構的無證兒少的合法居留請求.....	116
第一款 無證居留狀態的複雜性.....	116
第一目 無證兒少身分複雜性對身分合法化制度的啟發	117
第二款 移民融入的觀點	119
第一目 移民融入觀點與身分合法化之連結	119
第二目 移民融入觀點與客工政策的相悖？	121
第三款 小結：制度設計上的提示	123
第三節 無證兒少基本生存權利的實現.....	124
第一項 一般原理原則：無證移民權利受司法權保障的密度.....	124
第二項 無證移民及其子女具體的權利實現.....	125
第一款 社會福利法之基本介紹	125
第二款 無證移民在社會福利法中的法律地位	125
第三款 無證移民所享有的基本生存權利	126
第四款 無證兒少所享有的權利	127
第一目 受教權之具體實踐	127
第一目 無證兒少因受教適格性所享有的基本生存權利	128
第三項 我國法制的比較分析與展望	129
第一款 司法權在權利保障與落實上的差異	129

第二款 行政及立法權間權力互動關係之差異	131
第三款 事實層面的比較分析	132
第五章 結論	134
參考文獻	138



表次



表 1：移工未成年子女之身分類別（含國籍、居留地位）	23
表 2：無證居留兒少身分及權益保障之問題分析	38
表 3：制度建議	136

第一章 緒論

第一節 問題意識

第一項 研究動機

「根據統計資料顯示，自 109 年 1 月 1 日至 112 年 9 月 30 日，生母為失聯移工的非本國及新生兒共有 1,349 人，這還不包括生母隱匿在自宅生產而未被醫療院所通報的黑數。」

107 年間發生多起外籍移工所生子女『黑戶寶寶』滯留在臺的受照顧權益問題，如：『1 名父母皆為外籍移工的男嬰，疑似遭受外籍保母虐待致死』¹，凸顯這類孩子因為欠缺『合法』身分，難以獲得托育照顧、醫療、社福等相關資源…

111 年間，2 位委員在調查有關農業缺工與農業移工案時，深入山區、農村訪談失聯移工，發現失聯移工成了農業補充人力的主要方式，這批失聯移工落腳在山裡、農村填補了龐大的勞動力缺口，也組成家庭、孕育下一代。但這些黑戶寶寶跟著父母在工寮、果園山區過著躲躲藏藏的生活，也因為父母的非法身分，欠缺托育照顧與教育，更令人擔憂的是醫療人權問題，因為非法居留身分甚至不存在出生通報紀錄中，沒有健保卡，1 次就醫費用就要 700 元，接種疫苗也要自費，遭遇重病或有身心障礙議題，有辦法得到醫療資源嗎？」²

前揭監察院新聞稿所稱的「黑戶寶寶」，或其他媒體常稱之「沒有身分、國籍的移工小孩」³，從法律學角度而言，為未經准許停／居留身分之移工所生的子女

¹ 「案由：據悉，1 名父母皆為外籍移工的男嬰，疑似遭受外籍保母虐待致死。男嬰的父親為合法移工，但母親和保母皆為逃逸移工，突顯逃逸移工在臺生子後，孩子因為沒有報戶口而成為非本國籍兒童，難以獲得醫療、社福和教育相關的資源。(下略)(調查報告案號：108 內調 100)。」關於生父為合法居留，子女卻係無證居留身分之問題，參第二章第 2 類型討論。引自王幼玲、王美玉 (3/18/2024)，〈近日發生 2 起非本國籍兒少被通報疑似重大兒虐事件，凸顯黑戶寶寶在臺托育照顧及就醫問題仍未獲得改善，監察院呼籲行政院正視此項問題的嚴重性，透過跨部會合作研謀對策、澈底解決〉，註 1，《監察院新聞稿》，https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=796&s=29590 (最後瀏覽日：2025 年 6 月 18 日)。

² 同前註。

³ 簡永達 (08/22/2016)，〈無國籍的移工小孩－「沒有名字」的孩子們〉，《報導者》，

(入出國及移民法第 26 條第 3 款)。而究竟為何會有不具合法居留身分之兒少的存在，須追溯到其父母輩即所謂「無證移工」的形成原因，此牽涉到我國整體的移工制度架構及引進外籍移工的基本原則。



回溯至 1980 年代，面臨重大工程之人力需求、產業結構的轉型與勞動結構轉變，我國以「十四項重要工程人力需求因應措施方案」首次引進藍領移工，隨後 1991 年訂定了就業服務法及其子法，正式確立了外國人聘僱與管理的法制與方向。⁴在政策基調上，區分出高階技術的白領移工及中低階技術之藍領移工，其中針對後者則嚴格規範了聘僱期間、期滿後返國及家庭成員依親居留之限制，沿襲了 1960 年代西歐國家在移工政策上「暫時性居留工作，但排除長期居留與入籍的移民可能」的基本立場。⁵如此將移工視為短暫客人、排除其政治上融入的概念，學說上稱之為「客工政策 (guestworker program)」。「我們要的是勞動力，來的卻是人」⁶，縱然政策目的係為國家經濟需求並明確排除變相移民可能以減低社會成本，同時勞動條件上予以嚴格控管 (如限業限量、禁止轉換雇主)，在實際運行上卻有了移工逾期滯留之「無證居留」現象，以及移工、乃至於無證居留移工在經濟需求外的「社會制度面向」使用 (如生活照顧、移工誕下之子女權益)⁷，甚至是「政治上開放其融入」的討論產生⁸。

<https://www.twreporter.org/a/stateless-children-of-migrants> (最後瀏覽日：2025 年 7 月 8 日)；TingS / 祖巴拉的珍珠 (7/13/2018)，〈他們一出生，就是台灣社會的透明人 關於那些沒有身分、沒有國籍的移工寶寶〉，《換日線》，<https://crossing.cw.com.tw/article/10276> (最後瀏覽日：2025 年 7 月 8 日)。

⁴ 陳韋佑 (2024)，〈全球化移民系列：我國外籍移工管理之研究〉，《立法院法制局專題研究報告》，頁 2。

⁵ Philip Martin & Mark J. Miller, *Guestworkers: Lessons from Western Europe*, 33 ILR REVIEW 315 (1980).

⁶ 原文為 “Wir riefen Arbeitskräfte, und es kamen Menschen.” MAX FRISCH, SCHWEIZ OHNE ARMEE? EIN PALAVER 133 (1989).

⁷ Philip Martin, Guest Worker Policies for the Twenty-First Century, 23 J. ETH. & MIGR. STUDIES 483, 485-86; Y. N. Soysal (著)，楊欣怡、曾育勤 (譯) (2012)，《公民身分的限制：歐洲的移民與後國家公民》，巨流；劉梅君 (2022)，〈外籍移工管理法制的回顧及生活照顧之未竟之地〉，《台灣勞工季刊》，72 期。

⁸ 「藍領移工」在政治上開放融入、成為移民可能之政策，如行政院「移工留才久用方案」開放藍領移工永久居留之可能。參行政院網站，<https://www.ey.gov.tw/File/B02D8A81E4B52009?A=C> (最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日)。惟該行政命令之法律授權不清晰，是否確實符合憲法法律保留等基本原則之要求，討論可參張志偉 (2023)，〈從客工到移民之路——借鏡德國移民法之變遷過程，檢

簡單瀏覽外國人聘僱與管理之法律制度，對於無證移工及其子女的基本權益與生活照顧層面，在法律位階的部分幾乎是毫無規範與著墨，惟法律上的排除或未提及，並不代表現實面的不存在，故而在無證移工及其子女的基本權利保護上，往往係由監察院、非營利組織、新聞所發掘與報導後，再大量仰賴行政權以行政措施、命令的方式加以補足與維護其人權，例如前述所引用的新聞稿及其所提及的「黑戶寶寶」。因而，在法制的錯散及尚屬初步建置的過程中，本文以「無證移工在台所生之子女」作為研究對象，試圖釐清其取得合法居留身分所面臨的法律上與事實上問題，將問題及子女身分予以類型化後，再行討論無證居留的兒少主張合法居留身分上之可能，此部分將藉由國際人權規範、憲法基本權利與一般原則及比較法上之討論作為參照與基礎。在身分的合法性之外，本文將並行討論無證移工之子女在受教權、健康權等各權益上的保障，以及爬梳合法身分與權益的取得之間是否有所連繫。在對無證移工子女之身分及權益有基本的了解後，最終提出政策建議，以供未來法制的完善。

第二項 問題提出

在討論內容上，可以分為以下幾點問題：

一、這些移工子女所不具有的「身分」，就國籍而言係基於法律上有國籍歸屬但事實上未能獲該國家保護的「事實上無國籍」，抑或為不受任何國家承認為國民的「法律上無國籍」；以及合法居留與否的情形，為立法規範上的漏洞，或為立法者有意排除的部分，抑或是涉及了法律適用的事實層面問題？

無證移工之子女，是否對於請求「合法居留」的法律性的權利存在（源於憲法或國際人權公約之權利）？在此之外，原本為無證居留的無依兒少獲發居留證之規定，「無證居留的有依兒少」得否請求比照其辦理，而此比照的前提基礎與法律基礎為何？

視我國移民（工）法制與政策》，《政大法學評論》，172期，頁152-157。

至於「無證移工」所生之子女，有成為政治社群之一員、入籍歸化成公民之可能，可參美國法上的討論。See notes 228-235, 292-298 *infra*.

二、在這之中，國際公約及憲法基本權利所揭示之意旨，如何作用於主權國家之權力及社會立法的形成自由，以強化無證兒少在身分合法性及基本生存權利上之主張？



三、從立法形成自由的角度來看，保障無證移工之子女的基本生存權利之方式多樣，在制度選擇上，透過美國移民法領域的討論，及無證移工及其子女所適用之法律作為比較法對象，本文嘗試比較出幾種路徑與其政策優劣，提出制度建議。

第二節 名詞定義

以下將先釐清本文所欲探討的移工範疇及定義無證移工一詞，進而聚焦到移工子女因生母的居留情形、生父的國籍下取得的身分別，在概略性將其歸類為無依、有依兒少後，本文的研究對象「無證移工之非本國籍有依兒童及少年」得以凸顯。

第一項 無證移工

無證移工（undocumented or unauthorized or irregular (migrant) workers）一詞，本文係沿用自「保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約」（The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families，下稱移工公約）關於移工及無證移工之定義。

第一款 移工

移工之定義，按第2條第1項，「『移徙工人』一詞指在其非國民的國家將要、正在或已經從事有報酬活動的人」。在我國脈絡下，其所規範來台工作之外國人者的主要法制為就業服務法及其子法。依就業服務法第46條第1項，並劃定出受僱來台工作外國人的各職業類型，共分為11個款項；其中，同條第1項第1至第7款為具專門及較高技術工作者，又可稱為白領移工，第8至10款則為中低技術工作者，為藍領移工。

在社會學家所觀察到各國在國族形成上所隱含的階級意識⁹，以及移工移入國在經濟目的所期待的源源不絕之再生產性勞動力、並脫免於承擔移工本人及下一代教養之社會成本下¹⁰，「經濟上的需要及政治上的排除」的客工制度主要係適用於「藍領移工」。進而，自法律學的觀察，以高度的行政、立法思維為導向，而非以國際公約、人權為決策基礎的移民政策¹¹，以及移民法與勞動法交錯牽連下所形成勞動條件與國境管制深深綁定¹²，嚴重的使國境管制影響並危害藍領移工之勞動處遇，形成移工失聯，即無證移工。故而，本文所稱之移工，主要係指藍領移工。

第二款 無證移工

依移工公約第 5 條訂有「移徙工人及其家庭成員」之定義規定。其中，第 a 項主要係有證居留之移工及家庭成員：「如在就業國內依照該國法律和該國為締約的國際協定，獲准入境、逗留和從事有報酬活動，則視為有證件或身份正常」，第 b 項則為無證居留之移工及其家庭成員，「如不符合本條第 a 項所規定之條件，則視為沒有證件或身份不正常」。

參第 a 項關於有證居留移工及其成員之定義，反面推論，則可將無證移工大致劃分成 1) 未經准許「入境」而在我國無證居留並從事有報酬活動者（例如以偽造護照進入我國之難民），2) 最初受允許入境，然而「逾期居留」並從事有報酬活動者，3) 最初有入境許可並獲准居留身分，然而並未取得工作簽證或實際工作與工作證件有所不符（例如持觀光簽證而從事有報酬活動者、失聯移工）。由於在我國脈絡下，天然的海峽環繞將他國領土與我國區隔開來¹³，因此未經允許即入境者，非屬大宗；再者，對於未經獲准入境者可否在我國，涉及難民法的問題，考量難民法在我國法制尚在草案的階段，且本文篇幅與能力實在有限，因此關於第

⁹ 曾嬿芬（2006），〈誰可以打開國界的門？移民政策的階級主義〉，《台灣社會研究季刊》，61 期。

¹⁰ 藍佩嘉（2006），〈合法的奴工，法外的自由：外籍勞工的控制與出走〉，《台灣社會研究季刊》，64 期，頁 115。

¹¹ 張志偉，同前揭註 8，頁 98。

¹² 楊雅雯（2021），〈跨越國境的勞動平權？論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限〉，《中研法學期刊》，28 期。

¹³ 有別於美洲國家及西歐、南歐國家，因土地與國界的接壤下，違法入境及逾期居留之情形皆屬常見。

一部分將暫行擱置而不予論及。因此，本文所指稱之無證移工，主要係指第二、第三部分在我國逾期居留或失聯的移工。

附帶而論，本文以較為中性之「無證移工」指稱上述無證居留而從事有報酬之活動者，為尊重此類群體之主體性¹⁴及依循比較法上用詞轉變的脈絡¹⁵，蓋非法之名義易於連結到犯罪的想像，避免加深對此類群體的污名化、標籤化及歧視。更有甚者，是「無證居留移工」的形成，係與 20 世紀初的國家主權意識興起、護照與證件的要求等有關，而非歸因於個人的行為好壞、個人並無法控制者¹⁶，故而，無證居留之身分是被「製造」出來的，停居留之合法性為主權片面行使之結果，涉及許多政策選擇成分—例如階級意識、值得性所形塑的國族想像¹⁷，而無關乎社會是否接受行為的對與錯，此既與「違法」之概念容有落差，則自應精準的描繪未經准許入境者為「無證居留的移工」而非「非法居留」，此係具區隔實益。¹⁸

第二項 移工之未成年子女

關於未成年子女之定義，本文參酌我國兒童及少年福利與權利保障法第 2 條規定，兒童及少年，指未滿 18 歲之人。另在移工之未成年子女之討論上，本文於

¹⁴ 國內亦有相似見解，可參見吳威嬪（2023），《移入國與移出國之跨域責任建構我國無證移工之健康權保障》，頁 6-7，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；Allison 艾厲森（09/27/2019），〈移工罪與罰：那些血淚交織的在台工作日〉，《聯合報》，<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/477/article/8543>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 9 日）。

¹⁵ United Nations General Assembly, Measures to ensure the human rights and dignity of all migrant workers (Dec. 9, 1975), <https://digitallibrary.un.org/record/189610>. European Parliament resolution on the situation of fundamental rights in the European Union 2004-2008 (Jan.14, 2009), ¶ 159, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-0019_EN.html. 關於其他採取同樣立場的事件，包含 2012 年的 Drop the I-World 事件、2021 年拜登政府要求移民執法機關以「無證的非公民」(undocumented noncitizen) 代替「非法外來者」(illegal alien) 的用詞。其他相關論述及重要立場，亦可見

https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/09/TerminologyLeaflet_EN_PICUM.pdf (last visited: July 9, 2025)。

¹⁶ MAE M. NGAI, IMPOSSIBLE SUBJECTS: ILLEGAL ALIENS AND THE MAKING OF MODERN AMERICA 61 (2004).

¹⁷ 曾嬿芬，同前揭註 9；曾嬿芬（2004），〈引進外籍勞工的國族政治〉，《台灣社會學刊》，32 期。Sébastien Chauvin & Blanca Garcés-Mascareñas, *Becoming Less Illegal: Deservingness Frames and Undocumented Migrant Incorporation*, 8 SOCIOl. COMPASS 422 (2014).

¹⁸ Sébastien Chauvin & Blanca Garcés-Mascareñas, *supra* note 17; Mila Paspalanova, *Undocumented vs. Illegal Migrant: Towards Terminological Coherence*, 4 MIGRA. INTL. 79 (2008).

內文中時而提及「無依／有依兒少」，故以下並將一同進行定義。

應先釐清者，係我國行政部門所提到之「非本國籍兒少」，一般係指無證移工在台灣所誕下的血親，並不包含其在原屬國的子女。原因在於，在客工制度下國家往往盡可能排除外籍移工之社會融入成本以及移民之可能性，尤其亞洲國家地小人稠之條件下，對於藍領移工之家庭團聚權更是有嚴格的限制。

依入出國及移民法第 23 條第 1 項第 2 款但書，從事就業服務法第 46 條第 1 項第 8 至 10 款（即藍領移工）者，不得為其未滿 18 歲之子女申請依親。而在實際作業上，移工來源國入境台灣尚需簽證，倘欲獲許攜子女來台幾乎不可能，故而實務上未成年子女皆為台灣出生。此亦可由內政部發布之措施名稱，如「各機關辦理在臺出生非本國籍兒童及少年特殊個案業務聯絡窗口」、「在臺出生非本國籍兒童及少年辦理居留、出境流程」得知。

第一款 無依兒少

無依兒童及少年一詞，可見於我國兒童及少年權利與權益保障法第 23 條第 1 項第 10 款「對於無依兒童及少年，予以適當之安置。」之規定。目前法制上並無相關定義，儘管廢止前的兒童福利法施行細則第 15 條曾加以定義¹⁹，惟後在 2004 年兒童權利公約施行法之通過、立法者重新修正兒少權益保障法及其子法後，經廢止與刪除。

本文參考 2004 年之修法精神，沿用兒童權利公約第 6 號一般性意見中，關於無依兒童及少年（下稱無依兒少）之定義，即係與父母和其他親人失散且未得到法定或按習俗有責任的成年人照顧的兒童。

第二款 有依兒少

本文所稱之有依兒童及少年（下稱有依兒少）為無依兒少的反義詞，即有父母撫養的兒童。雖此名詞非屬正式法律用語，惟為與無依兒少作區別，在部分學

¹⁹ 本法第十三條第七款所稱無依兒童，係指無法定扶養義務人或遭依法令或契約應扶助、養育或保護之人遺棄，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護之兒童。

者文章或公部門報告中亦有所使用²⁰，或稱之為「隨父母隱匿之兒少」²¹。

在實際社會現實中，亦常見移工將子女託付予 NGO 等組織機構或友人照顧之情形²²，而產生究竟係為有依或無依兒少的歸類混淆。如生母僅係暫時托付、仍會持續到機構看望其子女，則應視為「有依兒少」；如生母已完全失去聯繫，而其子女全然交由機構代為照顧，則應視為「無依兒少」。因為在現行法制下，移工子女的安置及處境（例如：是否發給合法居留證、是否隨生母遭返回國）取決於其生父、生母的行蹤，並不因他人代為照顧子女而有所改變。易言之，有依、無依兒少之區分實益，在於其後續法規的認定與適用，而法制的規範方式也影響了其定義。

第三節 研究範圍

本文擬探討是否及如何給予無證居留兒少身分及權益之保障，而該議題涉及移民政策、社會政策、國境管制等相關問題。綜觀而論，如將移工從入境工作到工作證期滿的出境返鄉化為一道軸線，最前端的入境工作，包含產業需求、基層勞動力缺工情形等行政、立法政策及國境管制；中端的一方為工作待遇、勞動條件則涉及勞動政策，另一方為與其家庭生活待遇、子女依親、移工永久居留可能的移民及社會政策；中後端則是移工育有後代，其本身及其子女所得享有的權益，屬移民及社會政策；最終端則是工作期滿或失聯後尋得的出境與遣返。在該時間軸上，本文欲探討之問題屬於中後端的部分。

理論上，如先處理前端及中端的國境管理、勞動政策，則中後端的移工失聯、移工在台出生之子女的情形自然迎刃而解。但實際上，以國境管理為例，禁止懷

²⁰ 例如，國家人權委員會（2023），〈移工如何在異鄉撫育子女專案報告〉；監察院（2019），〈108 內調 0100 調查報告〉；林怡綺（2018），〈黑戶兒少在台現況之研究—以生母為失聯移工為中心〉，《中央警察大學外事警察研究所碩士論文》；林怡綺、林盈君（2019），〈論黑戶無依兒少身分權：由生母為外籍移工談起〉，《勞資關係論叢》，第 21 卷第 1 期，頁 38-59。

²¹ 嘉義市政府衛生局網站，<https://health.chiayi.gov.tw/cp.aspx?n=11778>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 10 日）。

²² 王彥喬（09/18/2017），〈台灣關愛之家收容 171 個「黑寶寶」 無國籍、無健保瀕臨人道危機〉，《財團法人台灣關愛之家》，<https://www.twhhf.org/archives/5717>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 9 日）。

孕女性移工入境工作，涉及其工作權的侵害，已然不合時宜，我國於 2004 年刪除該規定，並於 2015 年移除每六個月的強制妊娠檢查。以勞動政策為例，縱使政府有意識到勞動環境惡劣、雇主不合理對待等情形為移工失聯的主因之一²³，並幾經修法極力改善²⁴，然而在總體嚴格管制的客工政策下，收效有限，也因而無論是失聯移工或非本國籍兒少，在我國的整體數據呈現上升趨勢²⁵。因此，關於非本國籍兒少的身分及權益保障已然是近年來不可忽視的存在²⁶，同時尊重兒童作為權利主體的人權意識下，本文的研究範圍將圍繞在中後端「移工在台所生子女」的部分，並以其中的「無證居留之兒少」為研究對象。

第四節 研究架構

為回應本文的問題意識，在研究架構上，分為以下五個章節。

第一章為問題意識與問題提出，以釐清本文寫作目的及後續的章節編排。同時進行名詞定義以確定研究的對象與範圍。

第二章，前半部分為問題分析的呈現，後半部分為提供無證居留兒少在權益保障上，一個體系化、具法理基礎的保障架構。首先，在第一節的部分，會先行類型化移工子女之身分，以了解其無證居留的樣態、形成原因以及政府分別的回應模式。在權益方面則分為生活照顧下的健康權、生存權、適足居住權，以及基

²³ 林玲舟主持（2014），〈外籍勞工發生行蹤不明原因分析探討〉，勞動部勞動發展署委託調查研究，頁 5；葉毓蘭主持（2016），〈防制外籍勞工行蹤不明對策研究計畫〉，勞動部勞動發展署委託調查研究，頁 133-139；蔡琮浩（2022），〈國內失聯移工擴增問題之探討〉，立法院議題研析。

²⁴ 包含自 2002 至 2008 年多次修法鬆綁移工轉換雇主限制，以回應勞動剝削下的移工失聯、逃逸；2016 年刪除強制出國規定，以免使外國人再次入境前受母國仲介剝削、增加不必要經濟負擔；2019 年引進農業移工，以回應特定產業大幅缺工吸引移工非法工作的問題等等。

²⁵ 關於失聯移工統計數據，自 2007 的 2 萬人，到 2017 年的 4 萬人，今截至 2023 年 9 月底共 8.5 萬人。參內政部移民署，<https://www.immigration.gov.tw/5385/7344/7350/8943/?alias=settledown>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 10 日）。關於非本國籍兒少，可參監察院，同前揭註 20，頁 43；立法院，<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=33580&pid=188919>（該內容為非本國籍無依兒少人數的上升，然應可依此想見有依兒少隨著失聯移工數據的提升，在人數上應有同樣的增加）。

²⁶ 透過觀察政府的各項政策，亦可發現其理解非本國籍兒少已成為我國日漸重視的議題，包含 2019 年的非本國籍特殊兒童（黑戶寶寶）可接種常規疫苗、2019 年的非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程、2023 年的國籍法草案第 4 條及第 7 條未成年外國籍／無國籍人可申請歸化等。

本教育的部分，並呈現出我國過往法制「以身分作為權益保障前提」之立法邏輯，以及在行政命令增訂後，無證居留兒少權益保障上的增進及未竟之處。其次，就第二節部分，有鑑於前一節終行政機關點狀、錯散地一個個補足無證兒少權益保障上的漏洞，本文欲透過國際人權規範，以借鑑在主權國家之移民政策、社會立法之資源分配自由及兒少基本權利保護間的如何衡平的思考模式，以建構出對無證兒少保障上的體系化理解。

第三章，則為討論憲法基本權利與一般原則如何作用於立法形成自由，以強化無證居留兒少在身分或權益上的主張。首應處理者為釐清憲法基本權利保障以及立法形成自由間的互動關係，以避免無證兒少之基本權利遁入立法者在移民政策與社會政策的廣泛的形成空間中，而無從加以審查與討論。次者，即進入到無證居留兒少，在請求取得合法居留身分上，憲法可資依附、主張的權利，以及其權益保障上所涉之基本權。

第四章，為比較法的借鑑，本文並以具豐富移民史與深厚移民法制經驗的美國法，作為參考對象。本章將先介紹確立無證兒少接受基本教育權利的 *Plyler v. Doe* 之判決，由該判決對無證兒少群體所呈現的基本立場，延伸出在其身分合法化上的道德性、乃至於法律性的主張。最後是爬梳美國法關於無證移民群體、尤其是在無證兒少的權益保障法律制度，並觀察是否有得作為我國制度建議上的參考部分。

第五章，為本文結論的部分，並於最後提出制度建議。

第二章 無證移工之非本國籍有依兒少的現制概覽及 權利基礎



據行政院資料²⁷自 2007 年至 2022 年，國內有 1296 位生母為無證移工之無國籍兒童，其中 758 位已遭返回國、436 位仍在協尋中。依此官方資料，可顯現出即使無證移工之非本國籍兒少人數得以確認，政府卻難以掌握其具體行蹤；更甚者，更前階段所謂的非本國籍兒少數目，基於無證移工自行生產、冒用他人證件等可能性²⁸，並不一定準確，而存有未能掌握的黑數。²⁹

實際上，國籍、戶籍、居留的身分確認，非僅為人口的管理與統計便利性，而係一國透過該身分的核發，隱含一人所得享有的公民權、出入境、工作權等自由或權利的主體地位及權利範圍。然而無證的兒少的身分，易於使其居於整個法體系運作之外，投射於權益上即是保障的空白性。因此，本章的目的在於先行釐清無證兒少在我國現行法下所處在的法律地位，以確認尚處於權利真空的無證兒少類型。接下來，是釐清移入國與無證兒少之法律關係，包含其是否有法律上責任予以權利保障，如答案為肯定，則該類型的無證兒少所得主張的權利。

第一節 無證移工之非本國籍有依兒少在我國現行法下的 法律地位

「今年 10 歲的小寶，生日恰好與耶穌同一天，當街上響起『平安夜』的歌聲時，越南籍的逃逸移工阿拚，臉上沒有洋溢著平安夜的喜悅，因為孩子一出生就

²⁷ 國家人權委員會（2023），同前揭註 20，頁 98 註 81。

²⁸ 吳昇儒、徐聖倫（03/27/2018），〈女兒變外甥女 男與女外勞生兩女 登記給妹〉，《自由時報》，<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1187392>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日）。彭杏珠（06/2019），〈女移工未婚生子、棄嬰 2000 名「黑戶寶寶」見不得光〉，《遠見雜誌》，https://event.gvm.com.tw/201906_migrant-worker/05.html（最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日）。

²⁹ 監察院網站，https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=213&s=7927（最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日）。政府亦有極力希望能確實掌握非本國籍新生兒的狀況與數量，而修正相關法律規定（兒童及少年權利保障法第 14 條、出生資料網路通報作業要點第 2 點），包含醫院的通報義務以及衛福部、移民署等跨機關的資料取得。

是個沒有國籍、沒有戶籍的『黑戶寶寶』，無論醫療、教育，所有基本人權全被剝奪。」³⁰

「『源遠漫長的中央山脈，有多少個外籍的家庭在那邊安定下來，5年、10年，甚至有他的下一代。』長期協助移工母子的關愛之家創辦人楊婕妤這席話，勾勒出移工在台面貌的轉變。《報導者》團隊翻過幾個山頭，來到中部高海拔的蔬果產區，在一處有3,000名失聯移工（亦稱無證移工）的農業聚落，我們遇見一個又一個的移工家庭，以及從襁褓到學齡階段的移工寶寶——他們出生後就幾乎沒離開過這座山。而我們所見只是冰山一角。」³¹

兩則同樣為關心無證移工之非本國籍子女的媒體報導，惟在時間跨度的落差有六年之多，顯見無證兒少議題之複雜與多面向性。由新聞所描述的事實內容，轉變至法律規範及制度性的問題，可以引發出以下的思考與疑問：

第一，移工之子女（尤其是無證移工之子女）是如何取得國民或居留地位？蓋所謂的「黑戶寶寶」必然是源自於我國關於外國人身分認定。因而，需先對於外國人取得我國國籍與合法居留身分的法制面貌有基本的理解與認知，方得近一步追問，新聞事實陳述的兒少無國籍、無身分的現象，係立法規範上的疏漏，還是單純為政府的移民政策上有意識的選擇？若是前者，則可以嘗試以法律解釋的方式填補漏洞，如若是後者，無證兒少固然是違反了國家的移民政策，然而可否以憲法原理原則與基本權利的方式出發，限縮立法者在劃定外國人身分上的形成自由？

第二，「醫療、教育等所有基本人權的全然剝奪」等有關給付行政、社會安全制度的面向，是否與無證居留的身分相牽連？此身分上的漏洞，會擴及影響到兒少的哪些權利面向？實際上，可以發現第一、二道問題是有關聯性的，甚至是前者可能是作為後者的給付基礎、要件。而無證居留的兒童及少年在權利保障的完

³⁰ 謝幸恩（09/16/2017），〈我想要上學 黑戶寶寶困境直擊〉，《鏡週刊》，<https://www.mirrormedia.mg/story/20170913soc002>（最後瀏覽日：2025年7月7日）。

³¹ 曹馥年（09/13/2022），〈中央山脈裡，那些扎了根的移工家庭〉，《報導者》，<https://www.twreporter.org/a/migrant-workers-families-in-central-mountain-range>（最後瀏覽日：2025年7月9日）。

全真空，是否有違憲法或國際人權規範之誠命？



在本節的結構編排上，為釐清無證移工子女在我國法制上的法律地位為何，具體會包含：在身分認定上，觀察兒少是否具有國民地位以及其居留地位（固然有停留、永久居留等情況，不過本文就此僅單純討論「有／無」合法居留之情形）。在權益享有上，無證居留兒少是否有使用相關給付行政之資格，其中，是以全民健保、疫苗注射與基本教育作為觀察對象。之所以選擇此三個類型，除了健康權、受教權係攸關兒少發展與成長的重要基本權利之外，主要原因在於基本教育與全民健康保險係分屬不同制度，因此在法律設計上係依循不同的法理運作，而透過不同制度的選擇與觀察，才更能全面的理解無證居留的兒少所面臨的不同情境、在法律中的不同地位。³²至於納入疫苗接種為觀察對象，則係因新冠疫苗的接種對象包含了無證居留的移工及其家庭成員，此屬於較為例外的情形，就此應可特別觀察其背後的法律政策成因，並視得否作為其他制度納入無證居留移工及其兒少的參照對象。而透過不同制度觀察有助於了解我國在給付行政上的規範邏輯，並作為建構無證居留兒少權利保障的基礎知識。

³² 例如，全民健保屬於社會安全制度下的社會保險一環，財源係來自於風險共同體所繳納的保費，相反的，疫苗接種、基本教育的財源主要來源於稅收，而不同的制度會影響其設計上是否欲納入某個群體，例如，社會保險基於社會重分配、社會連帶的要求，而對何人可被納入風險共同體中、成為我群，其要求較高。反之，社會服務固然在早期多限於具公民身分者，惟在國際人權規範的確立及各國移民經驗衝擊了內國法制，形成社會學現象所稱的「後國族式公民身分」的去國家化與取得公民身分重要性之相對化，現今各國社會服務之使用，不僅大多及於非公民，部分制度之使用亦會包含於無證移民，例如美國法下的救護車使用、早期的社會安全年金請領等。 P. H. Schuck, *The Status and Rights of the Undocumented Aliens in the United States*, 25 INT. MIGR. 125 (1987) (“‘Social insurance’ programs generally extend benefits to any undocumented alien who would otherwise be eligible. Social Security programs (old age, survivors, and disability insurance) and Medicare (health insurance for the elderly, disabled, and certain others) do not exclude individuals on the basis of their immigration status.”)因此在非屬社會保險或社會救助之其他社會服務中，將無證移工子女納入體系中的阻力相對較小，此亦能作為解釋新冠疫苗接種的對象包含無證移工及其家庭成員的正當性理由之一。

第一項 外籍移工在台所生子女之身分樣態



第一款 移工子女的身分認定

法律上的權利、乃至憲法上的權利會因個人身分上的差異（例如：國籍、居留地位）而分別適用於不同的法律依據。以憲法基本權利理論為例，其在承認具人權性質之基本權利為不分國籍之所有人民皆得享有保障的同時，亦肯認國家與其所屬國民間係具有緊密且特殊之關聯，為避免多重管轄下的法秩序衝突，以及考量外國人係居於可隨時脫離之關係下，部分的基本權利僅及於具國民地位之人民方得主張，例如遷徙自由、選舉罷免權。又，以法律上權利為例，基於移民政策的貫徹以及法秩序一貫的考量，往往排除未經准許入境、或逾期滯留於境內的無證移工，惟就其他合法居留的外國人，其生活於當地、與社群建立連結下，基於憲法的信賴保護、家庭團聚權等的考量，在法律制度設計上必須納入考量的對象。故而，在討論順序上，必然須先對無證移工子女之身分樣態有基本的理解，此後才去討論不同身分樣態下的子女所適用法律時分別處在的位置、對應的條文與法律。不同的條文順序與法律的制定時序，也會顯示國家保障的次序是由國民、到合法居留之人、再到無證居留之人。

由於我國及移工原屬國之國籍法均以「屬人主義」為原則，以及妊娠檢查的廢止後允許移工在台所生之子女得以「依親」方式居留，故移工子女之國籍以及居留地位皆係取決其父母之國籍與居留地位。因而，在移工子女身分樣態的觀察上，會首先以移工（即父母）之身分狀態做劃分，方得呈現出移工子女自本國身分、合法居留到無證居留的身分光譜。其次於權利取得的討論脈絡上，依循本國兒少、合法居留以及無證居留兒少的類型下，分別觀察其適用的法律、或受法律排除於外的情形。

在移民法制上，關於移工的引進、條件、資格與期限，主要規範在就業服務法及其子法；關於移工的永久居留與否、家庭成員的依親，則規範在入出國及移民法。因此，對於移工子女之身分樣態的整理，主要會涉及國籍法以及入出國及移民法此二部法律。



1. 生母為外國人，生父為本國人者

依監察院 106 年 009 內調顯示，「部分外籍勞工遭雇主或我國人性侵害而懷孕，礙於宗教因素無法墮胎，但產下子女後，若未經我國人辦理認領登記，這些兒少依據生母的國籍被認定為外國籍，必須與生母一同返回原屬國，亟不合理；且考量部分國家的宗教規範，生母雖遭性侵害而懷孕，但仍屬未婚生子，母子兩人返國後的生命安全讓人堪憂。」

「部分地方政府基於部分生父不願出面認領，或有部分生母礙於經濟困難、逃逸外籍勞工身分、在原屬國已有婚姻或宗教規範等諸多複雜因素，不願出面處理等，欲依循法務部前述 103 年 12 月 22 日函示輔導個案以 DNA 親緣鑑定報告書辦理認領，卻因未能同時出具生母的單身證明等文件而遭到拒絕，造成這類兒少明明依據國籍法屬我國國籍，卻無法獲得我國國籍應有的保障，影響健康保險、醫療衛生、教育文化、社會福利等權益甚鉅。」

誠然，因子女生父為本國人，依國籍法第 2 條第 1 項，我國國籍授予以屬人主義 (*jus sanguinis*) 為原則，故移工子女可取得中華民國國籍；同樣地，若原籍國不排除國民取得雙重國籍，移工子女亦可依原籍國之國籍法取得國民身分。³³然而，依我國國籍法第 2 條「出生時其父為中華民國國民」，若移工子女屬於非婚生子女，則在法律適用上，具本國籍之人是否子女之生父，為避免不同主權國家間的法秩序上的衝突，尚須有「生母單身證明」、「生父與子女之親子關係鑑定」等事實證明的提出。因而，在生父母消極不作為、生母未能出具單身證明、生父無認領意願等情況下，移工子女在法律上固然屬我國國民，惟現實中，形成法律適用問題或事實問題所致的無證居留身分。

故而，以下依移工子女是否為婚生子女，以及其生父認領意願或生母婚姻狀況之證明情形，大別為三個子類型：

³³ 我國在藍領移工僅向特定的四個國家開放，分別為印尼、泰國、越南、菲律賓。此四大來源國的公民身分取得，亦皆為屬人主義。Law of the Republic of Indonesia No.12/2006, art. 4; Nationality Act B.E. 2508, § 7 (1965) (Thai.); Law on Vietnamese Nationality No. 24/2008/QH12, art. 14; CONST. (1987), art. IV, § 1 (Phil.).



第一個子類型，移工子女的生父、母雙方具有婚姻關係下，子女作為婚生子女³⁴可基於國籍法第 2 條第 1 項第 1 款，「出生時其父為中華民國國民」之規定，取得中華民國國籍，自無大礙。

第二個子類型，是當移工子女為非婚生子女時，如其生母向原屬國取得單身證明並經其生父（本國人）出具 DNA 鑑定而辦理認領後，該兒少依民法第 1065 條視為婚生子女，復依國籍法相同規定取得本國籍。

第三個子類型，同樣為移工子女為非婚生子女的情況，然而，如其生母在原屬國與他人有婚姻關係，或生母未能出具單身證明、生父拒絕認領子女，則子女之國籍未定，並在生母為無證移工時，屬無證居留之兒少。就後者情形，為法律適用或事實上問題所致，對此，行政機關在作業上有試圖放寬，並在有證明困難之情形時，略以「以行政處分附款方式（事後補交單身證明）先予認領登記」，惟後續函釋進一步解釋，須生母行方不明、經駐外館處協查確實無法取得證明，方始構成有證明困難之情形；單純的生父、母之消極不作為、生母為避免遣返而不回國、路途遙遠或程序耗損等經濟因素³⁵，尚難構成證明取得困難之態樣。³⁶

綜上而論，「生母為外國人、生父為本國人」的移工子女，在第一、二個子類型中可取得本國籍，在身分與權益保障上與本國籍兒少無異。在第三個子類型，如生母係有證移工則可為其子女申請外僑居留證³⁷，如生母係無證移工，除非生母行蹤不明或已受遣返回國而行蹤不定使子女成為無依兒少³⁸，否則在現行法下，非本國籍之有依兒少並無從取得合法居留證。

2. 生母為外國人，生父為外國人或不詳者

³⁴ 民法第 1061 條、第 1063 條第 1 項。

³⁵ 李孟珊（2017），〈無證兒童少年身分取得與權益保障—以無證移工在台所生子女為例〉，《國立政治大學社會科學院行政管理碩士學程第十七屆碩士論文》，頁 39-41。

³⁶ 中華民國基督教女青年會協會（2015），〈愛在轉角處：在台非本國籍兒童少年特殊個案彙編〉，衛生福利部社會及家庭署補助，頁 20 所提及之內政部相關函釋；內政部 2014 年 7 月 25 日台內戶字第 1030216721 號函。

³⁷ 入出國及移民法第 26 條第 3 款。

³⁸ 如為此種情形，則適用第 4 類型（即生母為外國人且行方不明，生父不詳）的部分。

「根據監察院 111 年 12 月調查報告（111 財調 0044）指出，在訪視臺中山區時，發現在傳統農業基層勞動力匱乏下，農家為了求生存只能依賴失聯移工，而這些失聯移工們落腳在農村、山裡，組成家庭、孕育下一代，也與年邁的農民形成相互依存的關係，但他們每天提心吊膽、過著不斷躲藏查緝的生活，也失去醫療保障，而他們的孩子由於父母的非法身分，只能成為隨著父母到處躲藏的黑戶寶寶，欠缺托育、教育及醫療資源。」³⁹

按我國以屬人主義為原則之國籍授予法理，該類型移工子女並無取得我國國籍之資格，不過可依生父、生母之原屬國國籍法⁴⁰，取得外國國籍；又生父、生母之一方具有居留證者，其子女亦可申請外僑居留證之核發⁴¹。然而，當父母雙方皆為無證移工，或僅生父具合法居留證且子女為非婚生子女時⁴²，其在台出生之子女綜觀現行法制，由於移工子女取得合法居留證之主要法律依據為入出國及移民法第 26 條第 3 款「有下列情形之一者，應於事實發生之日起算三十日內，向移民署申請居留，經許可者，核發外僑居留證：…三、在我國出生之外國人，出生時其父或母持有外僑居留證或外僑永久居留證。」規定至明，在法律解釋方法以不

³⁹ 國家人權委員會（2023），同前註 20，頁 99。

⁴⁰ 同前揭註 33。

⁴¹ 同前揭註 37。

⁴² 固然，照理來說，如生父具合法居留證，並能提出與其子女的 DNA 證明，符合入出國及移民法第 26 條第 3 款「在我國出生之外國人，出生時其父或母持有外僑居留證或外僑永久居留證。」之要件，移工子女自得取得合法居留證。

然而，實務上，在認定生父與子女間的關係時，移民署在證明血緣關係的 DNA 證明之外，尚要求須出具生母受胎期間之單身證明，以確認生父同時為子女在法律上的父親，參林怡綺，同前揭註 20，頁 83。另現實案例（生父合法居留、生母無證移工）亦可參監察院 108 內調 0100 案由所列的憾事，而可見實務上子女身分認定確實較於仰賴生母一方身分。

有疑慮者，為移民署是否額外增加法律所無之要件限制，抑或係忠於法律文義上「父」的要求（蓋或可爭執「父」一詞係指法律上或血緣上的父親）。本文以為，由體系解釋觀之，民法上對於子女之生父係以「父」或「生父」稱之，如否則並不會有「父」一詞的使用（例如：第 1063 條否認子女之訴，係以「夫妻」中性的詞，而非「父母」，縱使在提起訴訟之前，夫確實為子女法律上之父親。）復以兒童本位之立場及目的解釋以觀，本條係為使在台出生之外籍兒童身分（居留地位）得以確定。至於，移民署之要求則係為避免法律上父親與血緣上父親不同之衝突，亦非無道理。就此，是否將生母在受胎期間與他人有婚姻存續預設為例外條款，而應優先確保兒童身分之安定，先行認定父子之關係，待日後有積極衝突再以法律訴訟解決；抑或是其他解決方式，尚有討論空間。

惟無論何者，既然實務上有相關案例，則為周全的涵蓋到所有無證的有依兒少，本文將此類型（即僅生父具合法居留證且子女為非婚生子女時）納入。

違背法條基本文義為基礎下，此類型兒少顯然無法由規範外國子女依親居留之規定，取得合法居留地位，而屬無證居留的兒少。

惟在入出國及移民法之外，是否尚有其他法律有規範到兒少身分地位？觀察兒童及少年福利及權益保障法第 22 條第 1 項，「主管機關應會同戶政、移民主管機關協助未辦理戶籍登記、無國籍或未取得居留、定居許可之兒童、少年依法辦理有關戶籍登記、歸化、居留或定居等相關事項。」固然涉及移工子女身分的部分，惟此僅係課予行政機關義務，而無法作為移工子女取得居留身分的法源基礎或主觀公權利。

再往下一級為有關外國人（移工子女）取得居留地位之法律，是否存在經法律授權或由行政機關依職權而制定之命令？然而目前除了以規範無證居留的無依兒少之「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程」，尚無其他相關規範。因此，對於父母為無證移工之兒少，其身分上亦為無證居留。不過，可以思考的是對於用以規範無證居留之無依兒少之辦法，此類型（即無證居留之有依兒少）可否依憲法平等權或其他基本權利，以立法不作為所形成的基本權保護不足而請求救濟。⁴³

另外，這類型下的移工子女，係與父母相伴生活，這個現實所影響到法制度設計層面的考量，主要會是憲法家庭團聚權保障的問題，即移工及其子女在身分取得上的法制應互為考量。舉例言，若出於兒少最佳利益的保護而以新法賦予子女合法居留地位，無證移工（即其父母）在強制驅逐的程序中，有關機關必然應考慮到該處分是否將造成兒少重大不利影響等等。⁴⁴因而，家庭團聚權作為建立社會連結中最根本且重要的聯繫，主要存在於此類型（無證有依兒少）的討論中，故於移民政策下的外國人身分劃定及國境管控之大框架中，應同時顧及該制度性保障。因此，無證居留的有依兒少、無依兒少在涉及身分地位上的法制設計，依循著不同的模式係可有所預見。

⁴³ 例如釋字第 737、748 等號解釋，對於排除特定群體所形成的違反平等權之立法不作為，憲法法庭基於保護基本權的考量，並不宣告原法條失效、定期失效，而僅諭知定期修法的立法義務。參蘇永欽（2017），〈夏蟲語冰錄（一一五）：立法不作為的憲法審查〉，《法令月刊》，68 卷，頁 148-158。

⁴⁴ 可參考外國人強制驅逐出國處理辦法第 7 條。

3. 生母、生父均無可考者

對於生母、生父均無可考而出生於我國的兒少，可依照國籍法第 2 條第 3 款之規定，認定屬中華民國國籍。



4. 生母為外國人且行方不明，生父不詳者

「儘管在台灣生活近 20 年，蒂蒂還是沒有取得台灣籍。她困在無國籍的囚牢中，無法擁有如同年齡人般的青春年華。她最喜歡 Hello Kitty，因為沒有嘴巴，沒有聲音，就跟自己一樣。愈來愈多無國籍的小孩正走向蒂蒂的命運，只有制度改變才能拾回他們的聲音。」⁴⁵

生母為外國人且行方不明，生父不詳的移工子女，首先，就國籍的部分，係有別於第 3 類型者，而為一可確定的外國國籍。惟，由於其生母行蹤不明，因此現實上此類兒少待於我國，若無政府人員協助聯絡其生母原籍國、協助辦理國籍之取得，則兒少縱使法律上有可歸屬之國家，但事實上並未取得國籍、無法受該國所保障，而為事實上無國籍人。其次，就居留的部分，參入出國及移民法第 26 條第 3 款，其「依親居留」係作為移工子女取得身分之主要方式，惟此類兒少一方面生母行方不明、另方面生父亦為不詳，顯然無法適用「依親居留」的方式而取得合法居留身分。就此，對於這類兒少故解釋上應較接近於法律漏洞，立法者所未考慮到、疏漏的情形，從而使這類無依兒少將一直處於事實上無國籍且無證居留之兒少。再者，縱算基於保護無依兒少、避免兒少無身分之情形，而肯認應給予此類兒少合法居留身分，後續會討論的是，無依兒少在我國成長與生活，聯繫極深、反而係與其原籍國較為陌生，對此，我國國籍法是否有開放其歸化成為我國國籍之可能？例如，前述所引用之案例，呈現了這樣的思考方向。

對於無證居留之無依兒少的身分所面臨的複雜性且多重問題，內政部在 2019 年發布「非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程」⁴⁶。首先，針對其事實

⁴⁵ 陳貞樺（8/22/2016），〈可不可以不要長大？移工小孩被堵死的國籍之路〉，《報導者》，<https://www.twreporter.org/a/stateless-children-adoption>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 8 日）。

⁴⁶ 參衛福部，<https://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/Detail.aspx?nodeid=1175&pid=8951>（最後瀏覽

上無國籍之處境，在經一定期間協尋不到生母後，由外交部協助與其原籍國確認，若原籍國逾一定期間未有回應或為否認時，則會依國籍法施行細則第3條第2項第3款，由內政部認定移工子女為無國籍人。其次，則進入到居留身分的程序，此部分分為兩個階段，在前階段之協尋生母期間，移民署會依其生母原籍國國籍核發外國籍外僑居留證，效期1年；在後階段經認定為無國籍人後，則係核發無國籍居留證，效期1年。透過協尋期間的居留證核發，使無依兒少不至於在等待期間有權利保障落空的情形，而得直接適用關涉其生存的法律制度，例如幼兒疫苗施打等。而在確認為無國籍後的居留證核發，亦使兒少在往後的生活得以安定，有一合法的身分。

在取得合法居留身分後，隨之而來的問題會是，在兒少成年後，不再適用兒童及受年保護之相關規定，則，例如上述之作業流程係針對非本國籍無依兒少所發給的，是否得持續至成年後繼續維持每年的合法身分核發，是有不確定性的。甚且，未能出養之兒少需待滿18歲之階段方能申請歸化入籍。由此，一方面，可以看出以迅速、暫時性的行政手段補足法律不足之侷限性，另方面，是否讓這樣脈絡下的移工子女納入政治社群、成為我國公民，勢必為民主社會與立法者所不可迴避的問題。

依舊國籍法之規定，非本國籍之無依兒少成為我國國民之歸化路徑有二，其一，在「未成年」時期受我國國人收養（第4條第1項第5款），其二，在「成年後」進行歸化（第3條第1項）。惟就第一條路徑，在2019年之作業流程發布以前，此類兒少之收養尚須適用涉外民事法律適用法、且作為監護人之生母行蹤不明而須先行由法院改判監護人，程序上較為繁瑣，甚且，國人對於收養非本國籍兒童之意願並不一定高。因此第一條路徑並不容易。又關於第二條路徑，國籍法限定在申請歸化的主體為「成年人」，排除未成年申請之可能；且據國籍法第3條尚有一定條件之要求（例如第4款「有相當之財產或專業技能，足以自立，或保

日：2025年8月3日）。另補充，此行政命令的背景緣起，與兩公約及兒童權利公約國際審查有關，蓋行政院對於兩公約及兒童權利公約共通議題的結論性意見追蹤管考，一直有相關討論，參行政院網站，落實兩公約第三次國家報告國際審查結論性意見（含CRPD、CRC共通議題）第二階段審查會議議程，議題六，<https://www.humanrights.moj.gov.tw/media/20212608/2023年5月31日上午場次-議程及會議資料.pdf?mediaDL=true>（最後瀏覽日：2025年8月3日）。

障生活無虞」)，成年之無國籍人並不一定滿足。則當該非本國籍無依兒少甫滿 18 歲，脫離兒童及少年權益之保護傘，無從再依前述流程申請無國籍外僑居留證，恐再次落入無證身分的迴圈中。



有鑑於此，內政部在 2019 年對衛福部所發布的函文提到⁴⁷，開放無依兒少於「未成年階段」申請歸化之另一條路徑，具體作法係由社會福利機關為無國籍人之監護人時，得為其申請歸化，使兒少不致待成年或被國人收養方可歸化。⁴⁸行政院更是在 2024 年 5 月，新增了國籍法第 4 條第 2 項第 2 款之規定，即是將上述命令訂入法律⁴⁹，立法說明謂「二、為處理非本國籍無依兒童及少年身分認定事宜…三、考量上揭兒童及少年最佳利益，落實聯合國兒童權利公約第 7 條規範意旨，以保障渠等身分權益，避免成為無國籍人，增訂第二款規定未成年且未滿十八歲之外國籍人或無國籍人，由社會福利機關或社會福利機構為監護人者，得由社會福利機關或社會福利機構申請歸化。」基此，可期望突破非本國籍無依兒少所處的成年後無證身分之困境。

第二款 無證居留的非本國籍有依兒少

由上可知，移工之未成年子女依其生父（母）之國籍與居留狀態，可劃分為本國籍、外國籍且具外僑居留證以及外國籍且不具外僑居留證之三種身分樣態（見表 1）。其中，本文以第 1 類型（c）及第 2 類型（a）的「外國籍且不具外僑居留

⁴⁷ 衛福部網站，<https://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/Detail.aspx?nodeid=1175&pid=8950>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日）。

⁴⁸ 該函文雖係由內政部發給衛福部及各直轄市、縣市政府，然而其實質內容卻實際影響了人民的權利義務（即取得姓名與國籍之權利），故不應定性具內部效力的行政規則，在無立法明文授權下亦非規範具體化的行政規則；然而，如認定為法規命令，經於行政院公報資訊網查詢後亦未見相關公告（以「歸化」或「無國籍」為關鍵字）。惟無論為何者，至少可以認定此項函文在法律階層上應屬第三層的命令性質。

復回到國籍法討論，國籍法屬法律位階，且顯然並未允許未成年之無國籍人（除經國人收養歸化之外）中華民國國籍。因此，固然此項函文立意良善且對兒少權益促進有重要性，但在國籍法於修法通過前可能會有違反法律優位而有形式違憲性之疑慮。

⁴⁹ 關於本次國籍法第 4 條規定之修正及立法理由，係與兒童權利公約以及兩公約在我國之落實與推動有所關聯，此部分可參相關結論性意見之追蹤管考，如「行政院人權及轉型正義處對『落實兩公約（含 CRPD、CRC 共通議題）國家報告國際審查結論性意見與建議行動回應表（第 2 稿）』之意見」議題六部分。



證」為主要研究對象，前者乃基於事實上的證明困難或其他原因、後者是本於法律規定，而形成移工子女身分上的無證居留。經歸納後，可發現其至少父或母之一方為無證移工，且互斥於第3、4類型的無依兒少，故本文亦稱之為「無證移工之非本國籍有依兒少」或「無證居留之非本國籍有依兒少」。

對於無證之有依兒少在我國土地上具體人數，縱使政府極力建立醫院新生兒主動通報義務與跨機關的資料共用，以掌握確切新生兒人數⁵⁰，然而現實面的移工在家生產或由地下診所接生之情形⁵¹，仍使無證居留之非本國籍兒少的人數上存有黑數。就現有資料觀察，依民間所提出，關愛之家主任王冠婷提到，就其個人服務經驗所了解，中部某山頭至少有50名非本國籍寶寶，父母均為非法失聯移工，在山上從事農業工作，把孩子帶在身邊。⁵²依官方資料指出，自2007至2022年，國內有1296位生母為無證移工之無國籍兒童，其中有758已遭返回原屬國，436仍在協尋中。⁵³相對於此，現階段受有法律保障身分、由無證居留轉為合法居留的非本國籍無依兒少人數，依新聞媒體向官方取得的獨家資料來看，自2011年至2016年約為300位⁵⁴；依內政部資料顯示，自2007年至2017年有543位的非本國籍無依兒童。⁵⁵

以上資料有助了解在我國的非本國籍兒少的基本面貌，亦即無證的有依兒少與無依兒少在數量分佈上並無太大差異，不過後者在兒童權益本位與的考量上的被賦予合法居留身分，前者則否。

本文將接續觀察整體上外籍移工在台所生子女的權益保障，尤其以經社文權利為重。蓋其係作為建立社會生活的重要基本前提，且與兒少人格完整發展及健

⁵⁰ 陳懿勝（07/18/2018），〈保障兒少人權 台醫院出生連結戶所登記〉，《大紀元》，<https://www.epochtimes.com/b5/18/7/18/n10570693.htm>（最後瀏覽日：2025年7月8日）。

⁵¹ 監察院，108內調0100調查報告。

⁵² CTWANT（02/25/2024），〈中部山區藏50「黑戶寶寶」如難民！原因曝光〉，《三立新聞網》，<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=1430877>（最後瀏覽日：2025年7月8日）。

⁵³ 國家人權委員會，同前揭註27。

⁵⁴ 簡永達，同前揭註3。

⁵⁵ 張之謙（09/14/2017），〈國內近2萬黑護寶寶？內政部澄清：僅543人〉，《三立新聞網》，<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=294526>（最後瀏覽日：2025年8月2日）。

全長大成人有直接密切關聯。而經社文權利往往仰賴國家法律制度的建立以祈實現，在此基礎下，身分的合法性（例如國籍、有證居留）多半是運用制度與設施的前提要件。在此假設下，權益保障落空的「外籍移工在台所生子女」類型，或許恰巧對應到無證的非本國籍有依兒少，進而使得該類型的兒少權利行使處於全然真空狀態的不利處境。

表 1：移工未成年子女之身分類別（含國籍、居留地位）

	移工子女身分狀態 (含無證及有證移工)	原因	名稱
第 1 類型	(a)本國籍	婚生子女	本國籍兒少
		非婚生子女， 且經生母出具單身 證明及生父辦理認 領	
	(b)外國籍且具外僑居留證	非婚生子女， 生母無法出具單身 證明或未經生父辦 理認領	有證居留之非本國籍兒少
第 2 類型	(c)外國籍且不具外僑居留證	無證居留之非本國籍有依 兒少	
	(a)外國籍且不具外僑居留證	原屬國國籍法、 入出國及移民法第 26 條第 3 款	有證居留之非本國籍兒少
第 3 類型	本國籍		本國籍兒少
第 4 類型	外國籍且具外僑居留證	辦理非本國籍無依 兒少外僑居留證作 業流程	有證居留之非本國籍無依 兒少

資料來源：本文整理

第二項 有證居留連結至權益保障下形成之缺口與後續制度演進

繼身分劃分之後，係觀察到不具合法身分者，在我國社會制度中的法律地位。結論上可以發現到，各制度下權益保障之對象為公民、擴及至合法居留、再擴及無證兒少保障的規律，這樣的保障模式反映出兩個現象：第一，過往無證兒少之權益大多不受保障，係有跡可循，因涉社會基本權實現之法律制度，往往與身分

是否為公民或合法居留有緊密的關聯，以致在身分合法作為權益保障的前提下，無證居留兒少權益的保障真空。第二，這樣的保障模式亦符合或反映了關於現代國家概念興起的脈絡，即基於國家與個人之緊密連結，而以公民作為法律保障的主要群體。惟在納入全球化下的人權的觀點以及大批外籍移工住居的國際現實，在社會制度要擴及到什麼範圍、保障到何種程度，會是國家與人民持續不斷辯證、討論、修改的議題。⁵⁶而在我國的脈絡下，即呈現出無證兒少從過往因移民政策的貫徹下，不具合法身分者受排除於社會福利與服務之外的境況，再到國際人權公約等的人權影響下，對於兒少保障的重視，及我國關於移工及其子女之法制發展漸趨成熟、密集，與對移工作為政治上社群不被需要者的觀念轉變⁵⁷，皆形塑出近年來在無證居留兒少一題中諸多規範增訂的重要基礎，並提升其在各制度中之法律地位。

第一款 生活照顧層面之保障：以健康權為例

第一目 健康權保障：以全民健保與疫苗接種為例

1. 全民健保之部分

(1) 全民健保法下移工未成年子女之保障概況

首先，移工子女中，第 1 類型(a)及第 3 類型者具本國籍，故其法律地位同於我國兒少。依全民健康保險法第 8 條第 1 項第 2 款第 4 目規定⁵⁸，而受涵蓋於保險對象範圍。

⁵⁶ 參 Soysal, 同前揭註 7；林偉如、周怡君（2019），〈外籍移工子女在臺灣的生活狀況與人權保障〉，《法律扶助與社會》，3 期，頁 21-23。

⁵⁷ 例如，新經濟移民法草案與移工留才久用方案，開放了工作一定期間之藍領移工的永久居留可能，使暫時性的客工走向移民之路。參行政院網站，<https://www.ey.gov.tw/File/B02D8A81E4B52009?A=C>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日）；行政院網站，<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/bad691ec-b013-4a38-9e35-92d2eff33623>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日）。

⁵⁸ 全民健康保險法第 8 條第 1 項第 2 款第 4 目規定：「具有中華民國國籍，符合下列各款資格之一者，應參加本保險為保險對象：一、…二、參加本保險時已在臺灣地區設有戶籍之下列人員：(一)…(四) 在臺灣地區出生之新生嬰兒。(下略)」

次者，為具有證居留之非本國籍兒少，依前述分類屬第 1 類型(b)、第 2 類型(b)及第 4 類型者。具合法居留身分之外國人所適用之法律，可大別為兩種情形：就第 1 類型(b)、第 2 類型(b)之部分，其係出生時即依入出國及移民法第 26 條第 3 款取得合法居留證之兒少，故在適用上受全民健康保險法第 9 條第 3 款「在臺灣地區領有居留證件且為在臺灣地區出生之新生兒」所涵蓋。就第 4 類型的部分，其出生時屬於無證居留、嗣後因「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程」取得合法身分，實務上則會將其認定為適用同條第 1 款「在臺灣地區領有居留證明文件並在臺居留滿六個月」者。對此，衛福部為能即時保障此類兒少之健康權，於 2019 年發布了「非本國籍兒少健保免受 6 個月等待期限制」的函文⁵⁹，使其得自取得居留證明文件之日起參加健保。

最後，為無證居留之非本國籍兒少，即第 1 類型(c)與第 2 類型(a)下的移工子女。依全民健康保險法第 8、9 條所明定之強制保險對象的範圍，基本上係限定在具中華民國國籍，或具居留證者且已居住一定期間者，此二種情形，因而，無證居留的兒少並不在全民健保法之保險對象及給付範圍內；其父母即無證移工，亦同。

(2) 本文評析

A. 全民健保作為社會保險應循之基本原則

無證居留之移工及其子女，受摒除於全民健保之外的法理基礎，係與其「無證居留之身分」以及「社會保險制度之基本原則」有關。蓋全民健康保險作為社會保險制度，透過社會連帶界定共同體與風險承擔的範圍，而非無所顧忌的開放任意人加入健保享受給付，故而，單純的短暫旅遊之合法居留外國人、無證移工及其子女等，由於未被整體民主社會視為我群，而不被涵蓋於內。

B. 「非本國籍兒少健保免受 6 個月等待期限制」函文之合法性

⁵⁹ 衛福部網站，<https://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/Detail.aspx?nodeid=1175&pid=8953>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 7 日）。

此函文與前述舊國籍法下行政機關先行開放無依兒少在未成年時歸化的函文，係有所情形類似，目的皆係為了能迅速解決兒少所面臨之困境。此函文雖然解釋上較接近解釋性行政規則，並有兒童及少年福利與權益保障法第 22 條第 2 項⁶⁰作為可資依附之法律條文，惟參見全民健康保險法第 9 條第 3 款立法理由「為使在臺灣地區出生並領有居留證明文件之外籍新生嬰兒，與在臺灣地區出生之我國籍新生嬰兒之納保時點一致...」係限於具合法身分之新生嬰兒，因此可能形成法解釋上的衝突。由於下位階之命令不應抵觸法律，且法院亦可逕自拒絕適用有違憲之虞的行政命令，因此，本文以為就該函文，可比照國籍法第 4 條無依兒少歸化的修法增訂模式，將之法制化。

C. 無證兒少之健康權保障？

排除無證的非本國籍兒少於全民健保體系之外，並不當然等同於剝奪其健康權保障。然而，由過去的法制經驗下無證移工及其子女使用醫療體系之情形來看，雖然法律並未課予醫療院所主動通報無證移工或無證居留者的義務⁶¹，無證移工及其子女仍可前往就診，僅係須給付較為高額自費費用，以及承擔可能受通報、查緝的風險，在這樣的權衡下，其健康權往往係不安定的。

有鑑於此，衛福部於今年 5 月發布了「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」，並於 2024 年 10 月發布「隨父母隱匿之失聯移工子女相關醫療及福利措施一覽表」，點狀式的完善了無證兒少在健康權上的保障。

2. 近期關涉無證兒少健康權的制度增訂

在進入到具體法制內容以前，本文以為自 2019 年的新冠疫情經驗，在全體人民共體時艱下，為保障全國人民健康福祉而開放了無證移工及其子女施打新冠疫

⁶⁰ 兒童及少年福利與權益保障法第 22 條第 2 項規定：「前項兒童、少年於戶籍登記完成前或未取得居留、定居許可前，其社會福利服務、醫療照顧、就學權益等事項，應依法予以保障。」

⁶¹ 吳威婷（2023），由移入國與移出國責任建構我國無證移工之健康權保障，《國立政治大學法律系碩士學位論文》，頁 209；勞動部網站，其中提到對於醫院的通報義務係限於取締非法媒介，而非以無證移工的就診為取締對象，<https://www.mol.gov.tw/1607/1632/1640/15114/>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 10 日）。



苗。當時的政策措施提供了一個新的思考與制度方向，即，關於無證兒少之健康權主張，並不一定應須源自於兒少本身，將視角轉為全體兒童健康的防治，避免感染後的傳染風險，亦有助強化兒少部分健康權面向的主張，從而課予國家相關的作為義務。

(1) 新冠疫苗之全面接種對無證兒少健康權保障之啟示

在 2019 年全球經歷嚴重特殊傳染性肺炎的肆虐後，專家極力研發相關疫苗以與之抗衡，我國則在 2021 年 3 月底開始施打 COVID-19 疫苗，並於同年 10 月底就第一劑達 70% 的人口覆蓋率。⁶² 復在同年 12 月 3 日，政府開始鼓勵無證移工等接種 COVID-19 公費疫苗，並承諾不通報、不查處、不管制、不收費之配套措施。

⁶³

回顧新冠疫情的脈絡，應可推知，若欲主張無證居留的非本國籍兒少應享有與本國籍或有證居留兒少齊平或近似水準的健康權保障，其所適用的領域可能關涉到全國人民健康風險的情況。同時，亦顯見若欲使無證兒少確實能使用到相關醫療資源，移民政策上的配套措施，諸如不通報、不查處等，係應受到考慮的。

(2) 隨父母隱匿之失聯移工子女相關醫療及福利措施一覽表

A. 兒童常規疫苗

關於幼兒強制接種疫苗之保障，過往無證兒少多受到排除或依其所在之地方自治團體介入程度受保障，因而在接種率上低落、保障程度係高度不確定，詳如下述。

參傳染病防治法第 27 條第 1、5 項、預防接種作業與兒童預防接種紀錄檢查及補行接種辦法第 7 條、衛福部公布「幼兒公費常規疫苗接種適用對象」指引⁶⁴等

⁶² 衛福部網站，<https://www.mohw.gov.tw/cp-5021-63794-1.html>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 10 日）。

⁶³ 勞動部網站，<https://dhsc.wda.gov.tw/News/Detail/e7818aca-491b-490d-b2d0-d96d0903980f>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 10 日）。

⁶⁴ 衛福部網站，<https://www.cdc.gov.tw/Uploads//archives/c2ddff6e-006e-4e26-87bd-4dc6fb285b1f.pdf>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 10 日）。

規定，幼兒疫苗接種在過往主要係限於本國兒少，或父母與子女任一方具合法居留證者，並排除三方皆無證居留之情形（即典型的無證居留的有依兒少）。

至於無證居留的非本國籍兒少，則因行蹤追蹤困難等原因，因此並非強制接種對象，在施打上大多須為自費。⁶⁵ 其是否真能接受疫苗施打、是否須完全自費，則往往取決於個案情形及政府的介入程度。例如，有接受與協助非本國籍兒少托育的機構，受當地市政府社會局辦理立案並協助施打疫苗，因此縱使是無證之有依非本國籍兒少（即父或母皆不具有合法居留證），仍得施打公費疫苗。⁶⁶ 惟此僅佔此類兒少的一部分，仍有大多數無證的有依兒少為隨父母藏匿於山中，因無身分而未受衛福部追蹤通知、父母躲避移民署與警察查緝等緣由，而未能至相關機關接種疫苗。

後於 2024 年 10 月，衛福部發布了「隨父母隱匿之失聯移工子女相關醫療及福利措施一覽表」⁶⁷，以專門保障無證居留的有依兒少，其中的福利項目涵蓋了兒童常規疫苗的接種與補接，使其不在處於保障範圍外或高度不安定的狀態。

B. 兒童預防保健

除幼兒疫苗接種外，本次的福利措施同時包含了未滿 7 歲之兒童的 7 次的預防保健檢查，例如體重、視力等的檢查，以提早覺察與預防相關疾病。

⁶⁵ 衛福部網站，同前註。另參衛福部疾管署網站，

https://www.cdc.gov.tw/Category/ListContent/4T8vDeSxOpmz0ILvF_D8Yw?uaid=j2C0YYhi3H2yjfmZxolccw，固然有聲明非本國籍特殊兒童可接種常規疫苗並由疾管署補助其費用，惟全文脈絡係指在收容機構受照顧之兒童者，至於非由收容機構照顧者則因追蹤困難無法協助；故此應係指經安置於的非本國籍無依兒少（就此部分為第 3、4 類型，往往持有短期的合法居留證，已如前述），而非與無證移工的父母居住在山上或他地的非本國籍有依兒少（亦即無證居留之非本國籍兒少）。

⁶⁶ 周倩玉、蔡玉芳、董曉萍、顏哲傑（2018），〈2017 年北部地區某愛心機構之弱勢孩童預防接種改善策略〉，《疫情報導》，第 34 卷第 8 期，頁 133-134；林怡綺，同前揭註 20，頁 87-88；關於父或母非本國籍或不具合法居留證，政府仍應盡力協助子女施予疫苗接種的誠命，可參中華民國基督教女青年會協會，同前揭註 36，頁 22。

其他案例亦可參考林倖如、周怡君，同前揭註 56，頁 25 表 1，疫苗施打是否自費取決於地方政府的管理方式（例如：北市府核發寶寶手冊，使可施打公費疫苗）、有無協助負擔。

⁶⁷ 嘉義市政府衛生局網站，<https://health.chiayi.gov.tw/cp.aspx?n=11778>（最後瀏覽日：2025 年 7 月 10 日）。

(3) 父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引

A. 基本介紹

衛福部在 2025 年 5 月公布了「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」，提供父或母為失聯移工之有依或無依子女必要之協助。⁶⁸其補助內容分為「生活扶助」以及「醫療補助」項目兩部分。

在醫療補助項目的部分，主要分為四個項目，並以經直轄市、縣市政府評估為必要者為限：

- (1) 為確認身分所作之親子血緣鑑定費用。
- (2) 發展遲緩兒童評估費及療育訓練費。
- (3) 經醫師鑑定，因早產及其併發症所衍生之醫療、住院費用。
- (4) 無全民健康保險投保資格個案之醫療費用。但以全民健康保險有給付項目，且由就醫者自行負擔之費用為限。

此顯然係考慮到了個別類型的有依兒少所遇到的困境與特定脈絡而加以應對。例如第一點的親子鑑定費用，可對應到第 1 類型及第 2 類型中，因兒少父母無婚姻關係且生父係國人或合法居留時，兒少因證明困難而無法取得本國籍或合法居留身分之窘境。以及第二、三點，有部分之有依兒少父母會於子女學齡屆至時自願離境回國，然而其中不乏有因子女突發的嚴重健康病痛、基於經濟因素考量而持續工作、無證居留的情形。⁶⁹至於第四點部分，由於有依兒少顯然因無證居留身分而排斥於全民健保之保險對象外，故提供個案醫療費用的補助；而透過「必要性」的比例原則控制，也避免本條被過於廣泛、無限度的使用。同時，條文設計之基本前提，實際上是肯認了無證移工及其子女係可以使用醫療服務、就醫的權利。

⁶⁸ 衛福部網站，<https://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/Detail.aspx?nodeid=1175&pid=13948>。

⁶⁹ 曹馥年，同前揭註 31。



B. 本文分析

在應備文件上，無論是申請生活扶助或醫療補助，皆要求應檢具「有效期內之居留證」或「中華民國統一證號」。這樣的文件要求，可以分成以下幾個角度分析：

第一，有依兒少有取得合法居留證之可能；由於入出國及移民法第 26 條排除其取得居留證之可能，因此居留證取得應非本條、而係行政機關行使裁量權之結果。而行政機關行使裁量權、核發無證兒少合法居留證之法源依據，一為兒童及少年權益保障法第 22 條，一為本於行政權的職權行使下的事實上裁量權。至於這樣的法源依據，是否符合法律基本原則，後述的制度建議將有所分析。

第二，本指引改變以往以合法居留身分作為請領福利的前提要件，加入「中華民國統一證號基資表」的方式；關於統一證號，係用於作身分辨識，但並無法代表個人的合法移民地位、不產生身分地位改變的效力。這樣的改變，可以看出行政機關意欲將身分與權利之連結脫鉤，以免無證的身分地位影響兒少最基本的生存權利保障，應值參採。惟有依兒少應如何取得統一證號，自本文撰寫期間尚未有相關規定發布供參。

第三，以統一證號作為請領福利之要件設計，同時反映了行政機關認為無證之有依兒少不應比照無依兒少之作法、直接全面的核發居留證的價值理念。其原因可能為無證之無依兒少經原屬國拒絕或不回應或生母協尋未果後，係確定的無國籍人，然而，無證的有依兒少即使同樣的暫時無國籍或國籍未定，其父母的存在保證了其必然可透過屬人主義取得某國籍，既然非必然無國籍，則非無處可歸而無需給予合法居留身分。而這也同時是醫療補助項目中提供了「親子鑑定」費用之補助，使有依兒少與生父之親緣關係得以確定。

不過，無證無依兒少在國籍未定期間（即協尋生母之三或六個月期間）得有合法居留身分，而無證之有依兒少在國籍未定期間（即父母尚未回國、登記出生等手續之前）得否比照，非無討論空間。

第二目 生存權之保障



1. 生活扶助的部分

首先，我國社會救助法之適用對象，參內政部 90 年 7 月 26 日台內社字第 9020826 號函，僅及於我國國民，並不包含合法居留之外國人、亦不及於無證居留之外國人者。復參申請社會救助之要件，係向「戶籍地所在地」之主關機關進行申請，故一方面立法者在法制預設上已然排除了外國人（戶籍係以本國人為前提），另方面現實的不可行亦排除了行政機關透過發布解釋性行政規則的方式涵蓋有扶助必要的外國人之可能。另同樣具救助性質的法律，如特殊境遇家庭扶助條例、弱勢家庭及少年生活扶助與托育及醫療費用補助辦法，亦有相同限制，自不待言。從而，無證居留的兒少若有無力維持生活的情形，其生存權在前述法制下無法被保障與救助。

復於 2025 年 5 月公布之「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」，以生活扶助項目的給付，納入並實現了無證兒少的最低生存保障請求權。具體內容如下：以「無扶養義務人或扶養義務人無力維持其生活之兒童及少年生活扶助費」，在應備文件上亦有近似於資力審查之要求（家庭所得證明及生活明細支出），性質上應屬於社會救助。此有助於無力維持生活之無證有依兒少及其家庭維持基本的生活保障。

2. 災害救助的部分

固然，從法理面而論，社會救助制度係單向性給付，對於社會連帶、共同體的要求及界定更為嚴苛，進而使得經濟弱勢之外國人，因請領相關補助而影響其繼續居留於移入國的資格，如美國法下的「可能成為公共負擔」⁷⁰、歐洲各國對於外國人領取社會救助者受驅逐。⁷¹但是，這樣的方式非一概而論，具體來說，會

⁷⁰ 原文係 “likely to become a public charge”. 8 U.S.C. §1227(a)(5) (“Any alien who, within five years after the date of entry, has become a public charge from causes not affirmatively shown to have arisen since entry is deportable.”); 8 U.S.C. §1282(a)(4) (“Any alien who, in the opinion of the consular officer at the time of application for a visa, or in the opinion of the Attorney General at the time of application for admission or adjustment of status, is likely at any time to become a public charge is inadmissible.”)

⁷¹ G. J. Vonk, *Migration, Social Security and Law*, 21 EUR. J. SOC. SEC. 315, 318-19 (2001).

因社會救助的「項目」及「對象」，而有所不同；例如，社會救助的對象若為兒少，基於其不成熟的特性而有特別保護之必要作為考量，因此，例如美國即對於符合資格之無證兒少享有免費或優惠的早餐及午餐之營養需求。⁷²故，在這樣的法理層面思考下，「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」以扶養義務人無資力維持兒少生活，而予以生活扶助，應值參採。

以社會救助的項目為例，美國法在申請聯邦公共福利之資格限制上，訂有例外規定，使所有人、不論其移民身分合法與否皆得領取之福利，其中一項即包含短期、非現金、實物形式的緊急災害救助。⁷³

回到在我國之無證移工及其子女，從其有大多無證移工係從事農業工作的特性，可知有大部分係分布於我國山區，所屬地帶對於自然風險災害（如颱風、洪水）有脆弱性並更易受影響。根據現今條文，災害救助屬社會救助法下的救助項目，僅限於本國人。固然，有部分學者主張最低生存保障具主觀權利效力，故得以司法方式直接請求，但就實際情形而言較難期待。

3. 基本住房的部分

依住宅法及其授權訂定之子法，在申請人要件上基本係限於我國國民。例如，內政部興辦社會住宅法第3條第1項第1款「申請承租社會住宅者，應符合成年國民或未成年國民具本法第四條第二項第四款或第十二款規定情形」。另如補貼租金的「三百億元中央擴大租金補貼專案計畫作業規定」，依其第4點之規定，原則上除係扶養或監護本國兒少之外國籍人具申請資格外，以本國國民為限。⁷⁴

考慮到我國人口密度極高、地狹人稠之特性，對於本國人乃至於外國人及無證移工群體的適足居住權⁷⁵的完全實現本即有一定困難性。對此，本文以為在外國

⁷² 8 U.S.C. § 1615.

⁷³ 8 U.S.C. § 1611(b)(1). 詳參第四章。

⁷⁴ 三百億元中央擴大租金補貼專案計畫作業規定第4點：「申請本專案計畫租金補貼者，應符合下列各款條件，不符合者，地方主辦機關應予駁回：(一) 中華民國國民在國內設有戶籍，且符合下列規定之一：1.已成年。2.未成年有下列情形之一：(1)已於安置教養機構或寄養家庭結束安置無法返家。(2)由外國人、無國籍人、大陸地區人民或香港、澳門居民行使負擔權利義務或監護。」

⁷⁵ 用語參考自釋字第709號解釋：「都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、

人及無證移工群體在居住的無法滿足符合人性尊嚴的標準時，或許由民間團體、非營利組織等的介入協助，像是提供中繼住所、便當或物資的發放等的形式，並由政府提供部分的資金挹注，會是可行的模式。蓋居住的資源係具排他性、在我國又係有限，因此避免了本國人之權利直接受排擠，也同時保障了非本國人之適當住居權。

第二款 受教權保障

關於兒少接受基本教育之法律依據，依其國籍而分別適用不同規定。首先，就本國籍兒少，即生父係屬本國人之移工子女（第1類型(a)及第3類型），依國民教育法第3條前段規定，六歲至十五歲之國民，應受國民教育。其次，就外國籍兒少，即生父或母具合法居留證之移工子女（第1類型(b)、第2類型(b)），為依國民教育法第30條第1項授權訂定之「外國學生來台就學辦法」第20條規定申請入學。最後，就無國籍兒少，包含第3類型及第4類型無依兒少，則分別依同條授權訂定之無國籍學生就讀國民小學及國民中學辦法第3條與第6條規定入學就讀。

值得注意的是，過往無依兒少在合法居留的法制尚未建立、或因程序所致而尚未取得合法居留身分以前，係以寄讀方式入學，而無法取得正式學籍、學歷與畢業證書。⁷⁶此次於2023年12月所公布之「無國籍學生就讀國民小學及國民中學辦法」第6條，考慮到這樣的情形而允許已辦理居留而尚未取得居留許可前之兒少，得準用第3條之規定，先行經分發入學，嗣後再補足文件。

最後，是無證居留兒少的部分。目前，並無相關法制明文規範無證兒少接受基本教育之權利，最接近的條文有二，一為無國籍學生就讀國民小學及國民中學辦法第6條，二為兒童及少年福利及權益保障法第22條第2項規定。就無證兒少是否受涵蓋於辦法第6條之規範主體，綜觀整條文義，係以「已依兒童及少年福

和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據。」

⁷⁶ 監察院（2012），〈101內調0097〉調查報告；中華民國基督教女青年會協會，同前揭註36，頁64-65。

利與權益保障法第二十二條規定，由衛生福利主管機關會同相關機關協助辦理有關戶籍登記、歸化、居留或定居等相關事項者」為前提，故係以已申請辦理居留證、但因行政作業時間尚未取得居留證者（如第4類型）為限。⁷⁷依歷史解釋觀察，立法理由第三點亦言明應檢附「可資認定已進行申請程序之相關文件」，並於取得身分證明後再行補齊入學所需文件；此部分自不可能邏輯矛盾的指涉無從辦理、取得居留證之無證居留之非本國籍兒童。

至於兒童及少年福利與權益保障法第22條第2項固然明文揭示未取得居留許可之兒少，就其社會福利服務、醫療照顧、就學權益等事項，應依法予以保障。惟，在實際運作上，其一，該條尚需藉由命令等下位階法源加以具體化，且本條亦非主觀公權利而得由無證兒少據以主張入學，其可能會面臨遣返的風險。其二，政府對於無證居留之移工及其子女，向來採取查緝、協助遣返的立場下，教育部及地方團體教育局無法如無依兒少一般以專案輔導申請入學等行政行為予以解套，或至少會有行政執行上的衝突。在此情形下，無證移工及其子女為避免請求申請入學而遭遇查處、遣返之風險，部分家庭於子女達學齡時會主動向移民署自首，並受協助遣返；部分家庭則尚無法顧及到子女教育一塊，而選擇持續默默扎根於一隅，且看且走。⁷⁸而在移民政策與人權保障的相互拉扯間，已悄然地形成一群已逾學齡而未受基本教育的兒童與少年，靜默地棲在這長河歲月的裂痕上。

第三款 問題分析、未竟之處與小結

第一目 問題分析與未竟之處

在身分的部分，首先，對於國籍的取得，舊國籍法下，無依兒少如未經出養、未受國人收養下，則其在未成年階段取得我國國籍的路徑是近乎封死的。其後在行政部門、民團與監察委員等的共同努力下，依循兒童權利公約第7條取得國籍之權利之意旨，新增了國籍法第4條第2項第2款「由社福機構監護之未滿18歲之外國或無國籍人得申請歸化」之規定。至於有依兒少之部分，其在過往攸關最

⁷⁷ 無國籍學生就讀國民小學及國民中學辦法第6條，立法理由第二點。

⁷⁸ 曹馥年，同前揭註31：國家人權委員會，同前揭註27，頁67-70。



低限度生存保障的幼兒公費疫苗、尋求就醫的健康權、受教權等權利保障，因近乎係法律真空的狀態，故而，行政部門與民團優先選擇維護與其生命、生存維繫直接相關的權益保障部分（例如，由 2024、2025 年相繼通過的行政命令可知），而在處理國籍的部分相對的順位劣後。

其次，對於居留的取得，無依兒少經 2019 年之「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發作業流程」發布，使取得合法居留身分得有所依。惟可進一步強化的，是該作業流程顯然係依附於兒童及少年權利保障法第 22 條之規定，一方面，在體系上，取得合法居留之法律規範置於入出國及移民法或較為適切，另方面，如入出國及移民法能有明確授權或規範，亦使得無依兒少在身分上之保障，在法位階層次中由單純的課予行政機關義務（即兒少權益保障法第 22 條）轉為主觀公權利。至於有依兒少的部分，在有證居留之身分取得上，會面臨事實上的障礙與法律上的排除。有關事實障礙之部分，衛福部於 2025 年 5 月發布之「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」補助生父及其子女的親子鑑定費用，顯然係由兒童之角度考量出發，而盡可能減少無身分兒少的狀況、縮小事實障礙。有關法律排除之部分，縱認國家基於主權行使而排除其取得有證居留身分，惟本文以為，非無討論空間。一方面，有依、無依兒少皆為事實上無國籍且無證居留之兒少，應具可比較性，在我國對於無依兒少予以合法居留身分時，自應受法治國原則下之平等原則拘束，故有依兒少可否藉平等權主張取得合法居留身分，是可討論的。另方面，亦得循國際人權規範及比較法上之討論，以檢視無證兒少在身分合法化上之論述及正當基礎。

在權益的部分，固然，在非營利組織與地方村里長等的協力下，教育部以專案輔導、寄讀之方式，盡可能協助國籍未定與無證居留之非本國籍兒少進入就學⁷⁹，不過，因現實層面父母的擔憂受遣返之考量，以及過往法律制度層面之缺乏，使此類兒少的受教權是不穩定的，包含有未受教育者、或因法律制度缺乏而無法取得學籍者。⁸⁰在我國基本教育制度適用以國籍、居留劃分所應適用的法律下，教

⁷⁹ 中華民國基督教女青年會協會，同前揭註 36，頁 22-24。

⁸⁰ 曹馥年，同前揭註 31。

育部亦難以透過解釋性行政規則之方式，將國民教育法、外國學生來台辦法擴張適用於非本國籍兒少。後經 2023 年無國籍學生就讀國民小學及國民中學辦法之訂定，始有明文，而無依兒少在已由主管機關協助辦理居留、而尚未取得證件以前，亦得依據第 6 條之規定進入就學。對於有依兒少之部分，在文義上似難適用該辦法第 6 條之規定，故而可能會依循以往鼓勵個案輔導入學之方式，以致產生以下問題：其一，在欠缺法律規範下，兒少仍會因其「無證居留」的身分，而無法取得學籍與畢業證書。其二，為教育部與移民署間所生的執法優先性衝突，故仍宜有明確法律或命令進行規範與指引，使移民署在學校四周維持低度的執法。其三，對於入學就讀之無證居留兒少，應確保其相關資訊（如具體住址等）不共享於其他機關（如移民署、警政署）。此防火牆之建設有助於權利之落實。⁸¹

因而，在修法建議上，本文以為第 6 條「在臺出生未辦理戶籍登記或未取得居留、定居許可之非本國籍兒童、少年，已依兒童及少年福利與權益保障法第二十二條規定，由衛生福利主管機關會同相關機關協助辦理有關戶籍登記、歸化、居留或定居等相關事項者」（粗體及底線為本文所加）有不當限縮兒少權益保障法第 22 條之保障效果，若修改為「在臺出生未辦理戶籍登記或未取得居留、定居許可之非本國籍兒童、少年，符合兒童及少年福利與權益保障法第二十二條所規定，應由衛生福利主管機關會同相關機關協助辦理有關戶籍登記、歸化、居留或定居等相關事項者」（粗體及底線為本文所加），則得使兒少權益保障法第 22 條範圍所及之所有無證居留兒少，受涵蓋於內。

在健康權的保障層面，無論是具有證居留之無依兒少、或無證居留之有依兒少，在幼兒公費疫苗、預防性及治療性醫療服務上，皆有受保障，其中，權利保障的手段主要以行政命令之方式為主。而有疑問的，是無依兒少取得居留身分後，尚須滿居留六個月之期間後方得參與健保。衛福部基於即時維護兒少健康權，故

⁸¹ See U.N. Committee on the Rights of the Child, General Comment No.23 (2017), Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, U.N. Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 (Nov. 16, 2017), ¶ 60 [CRC General Comment No. 23].

發布了解釋性的行政規則，使兒少免受六個月等待期間限制。此可能有違上位階的法律，故相關內容應予以法制化，以杜爭議。另縱認該行政命令有所爭議，參兒童權利公約所揭示之四大原則之一的「兒童最佳利益原則」，其可作為基本的解釋性法律原則，當一項法律條款可進行多種解釋，則應選擇能最有效實現兒童最佳利益之解釋方法。⁸²而全民健康保險法第9條第3款之保險對象，係「在台灣地區領有居留證明文件」並符合「在台灣地區出生之新生嬰兒」，在解釋上，並無條件關係，故如原本不具居留資格之在台出生之新生嬰兒，在一段時間後領到居留證（即無依兒少之情形），似亦符合本款情形，自得直接予以加入健保，無庸適用到第1款規定。最後，為健康權之具體落實，同樣須有健全的防火牆作為配套，以美國法為例，美國移民和海關執法局就醫療院所、學校、教堂、婚喪喜慶等公共場所，原則上會維持低度的執法，此為「敏感執法政策（Sensitive Locations policy）」。⁸³

⁸² U.N. Committee on the Rights of the Child, General Comment No.14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art.3, para.1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (May 29, 2003).

⁸³ U.S. Immigration & Customs Enforcement, U.S. Dep't of Homeland Sec., Enforcement Actions at or Focused on Sensitive Locations, Policy Mem. No. 10029.2 (Oct. 24, 2011), <https://www.ice.gov/doclib/ero-outreach/pdf/10029.2-policy.pdf>. 不過，由於敏感執法政策係行政措施，故後續於美國總統川普上任時，相關政策受到廢止。See NaFSA: Ass'n of Int'l Educators. *DHS Rescinds Biden Protected Areas Enforcement Policy* (Jan. 22, 2025), https://www.nafsa.org/regulatory-information/dhs-rescinds-biden-protected-areas-enforcement-policy?utm_source=chatgpt.com; U.S. Immigration & Customs Enforcement, *Protected Areas* (Jan. 2025), https://www.ice.gov/about-ice/ero/protected-areas?utm_source=chatgpt.com.

表 2：無證居留兒少身分及權益保障之問題分析



問題分析	(原) 無證居留兒少	解決方式	未竟之處
國籍	(a)我國國籍 (b)外國國籍	(a)無依兒少成年後之困境： 未成年時期歸化之法制化	(b)有依兒少之國籍取得
居留	(a)無依兒少 (b)有依兒少	(a) 行政命令：2019 作業流程 (b-1)事實上障礙：親子鑑定費用補助 / 2025 指引	(a)由移民法（而非兒少權益保障法）明確授權？ (b-2)法律上之排除：循公約、憲法與比較法之討論
受教權	(a)無依兒少 (b)有依兒少	(a)2023 無國籍學生就讀國民小學及國民中學辦法 § 6	(b) 縱使行政機關鼓勵專案就讀 ①無證居留者無學籍、畢業證書 ②執法優先性衝突（教育部與移民署） ③配套措施的防火牆（學生資料保護）
健康權	(a)無依兒少 (b)有依兒少	(a)因合法居留身分取得健保資格 (a-1)免受 6 月等待期限制 (b) ①幼兒疫苗 / 2024 措施 ②預防保健 / 2024 措施 ③治療服務之補助（必要時）/ 2025 指引	(b)配套措施 e.g. 美國敏感執法政策

資料來源：本文整理

第二目 小結

經整體觀察後，過往法律的基本邏輯圍繞於「身分作為權益給付之基本前提」的觀點，並且身分及權益間的關聯，會因制度本質特性、權利影響的直接與急迫性而有強有弱。舉例而言，全民健康保險作為社會保險，目的為事先的風險分攤



來維持個人經濟安全，考量其具社會重分配的特性，對於該制度所形塑出的「社會共同體」下的成員資格亦具有強烈且緊密關係的要求。而在幼兒疫苗接種上，考量嬰幼兒的死亡風險較高、傳染病的流行性下普遍抗體的重要性，以及地方自治團體在執行上的一定自由度⁸⁴，使以非法身分作為駁斥權益的正當基礎更為薄弱，而部分的無證兒少在此下受有權益的給付。而新冠疫情期間的疫苗接種，更是提供了一道新的法制經驗，其本於全國人民身體及生命權完好之福祉，同時依當代背景下的新型病毒對人體造成之嚴重破壞與死亡之高風險性，以及政府係以全體人民繳納之稅收作為財源⁸⁵，故在權利影響的重大及難以回復性、危險有立即直接實現的急迫性。這樣的法制經驗，呈現了稅收支應所緩解的成員資格性問題等的考量，以及國家對於關涉境內人民最低生存保障時的保護義務，使身分及權益間的連結性有所鬆動，並成為後續行政機關增訂規範的養分。

然則，「身分作為權益給付之基本前提」之立論基礎從何而來？從移工子女身分的類型化後，再到不同身分於全民健保、疫苗接種、國民教育等權益享有的法源依據差異，自國民至外國人（本國籍、合法居留、無證居留）如同心圓般地，漸進式擴張保護範圍的規範模式，深藏於背後的思考邏輯源自於民族國家及主權的概念下，其所確立的以固定領土範圍內之國民為法律規範基礎對象；而權益給付或權利保障範圍由國民擴張至外國人，則與全球化社會下的人口流動有所關聯。在全球化的時代下，前述完整呈現了國家主權及國際人權的拉扯及調和必要性。

⁸⁴ 此涉及中央與地方權限分配問題，即地方基於因地制宜與自主組織權所行使的自治立法權，是否逾越中央法規。此處問題為，地方自治團體在幼兒疫苗接種之幼兒身分上認定，可否採取比中央法規更寬鬆的認定，而納入無證居留的兒少（見本文頁21）。本文以為，就此部分應不違憲，蓋參釋字第738號解釋、111年憲判字第6號判決（萊豬案）之意旨，在確認權限歸屬於中央後，應視該中央法規之目的以認定地方自治團體有無抵觸中央規定。觀衛福部所發布之「幼兒公費常規疫苗接種適用對象」指引，其目的應視確保幼兒常規疫苗的施打、保障其健康權，至於地方自治團體是否額外以自身財務支應指引列舉外對象的疫苗施打（如無證居留之兒少）則屬其地方自治範圍。又，地方自治團體之行為是否與中央的移民政策（遣返無證移民）有所扞格，則應屬二事，不宜混為一談。詳述於第三章。

⁸⁵ 嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第11條。

第三項 小結

由整體的故事、脈絡來看，最初始係由移工依據就業服務法第 46 條第 1 項第 8 至 10 款進入我國境內工作，而由入出國及移民法第 22 條取得合法居留地位；近年政府透過永久留才方案，突破入出國及移民法第 25 條第 1 項限制，使具一定資格的移工得取得永久居留地位。若移工在台生下子女，首先應觀察子女是否可依國籍法第 2 條取得本國籍，抑或係屬第 3 條之無國籍人或者外國人，次者則對照入出國及移民法第 26 條第 3 款確認外國籍之子女得否取得合法居留地位。對於落在國籍法、入出國及移民法之外的無證居留無依兒少，政府依國籍法施行細則第 3 條第 2 項第 3 款認定為無國籍人後，並依職權發布命令給予合法居留地位，以補充現行法律的不足。對於無證居留有依兒少，則尚無類似規定。

依此，可發現規範移工子女的身分認定之法源，主要為國籍法及入出國及移民法；惟當現行有規範不足之疑慮時，政府亦可依職權發布命令加以補充。然而，現行對於無證居留之有依兒少，則尚無類似規定。而這樣立法者有意的排除的立法論問題，應追索到國際人權公約以及我國憲法所揭示之權利與基本原則，是否有提示在觸及保障或不保障無證兒少在身分以及各權益的思考邏輯。本文分為以下的問題討論：

第一，無證兒少是否有主張公民權或合法居留（即身分有關之請求）之權利及空間？在切入點上可概分為兩種，一為循國際公約，是否關於具特別保護必要且無辜、無責之兒少，對於其身分之未定或無身分，是否有相關權利可資請求或依附？在層次上，又可分為，國籍的部分，以及合法居留的部分。二為由憲法的基本權利與基本原則，例如信賴保護原則、法安定性原則等，對於在我國長時間居住之無證移工及其子女所形成的主張，此部分見於第三、四章之討論。

第二，我國關於無證兒少的權益保障之法律制度，大多非規定於法律層級，而是點狀地、錯落地散見於各行政措施中。此一方面會使保障無證兒少的基本權利實現的不安定。例如，命令位階的法律本即應遵守法律優先原則與法律保留原則，然而特定法律之保障範圍是否及於無證兒少，文義上可能是曖昧不明的，而

仰賴行政權發布解釋規則或其他行政命令⁸⁶。然而，這樣的行政行為是否係法律所授權者、是否違反立法原意、落於授權範圍內等，往往是具爭議的，又命令違反上位階法律者，無效。或如，行政命令本即為因應現實情況所做出之對策，其如雙面刃般，雖然即時保障了無證兒少的部分權益，但亦不排除未來動輒變更之可能。另方面，點狀式的權益保障亦形成部分權益（生活扶助、醫療補助）保障、部分未有保障（基本教育、基本住房）之情形，故而，國際公約在相關議題上的核心精神呈現，得以清晰在無證兒少保障上的指引。因此，藉由國際公約上的討論，有助於形成一個更為體系化的思考邏輯。

第二節 無證居留之非本國籍兒少在國際公約下的權利

本節透過國際公約的剖析，檢視無證兒少，是否可不因其無證居留身分之地位，而異其國際公約與憲法下的人權與基本權保障⁸⁷。研究結論得出，無證兒少本於其人性尊嚴而具有權利主體地位，然而在尊重國家主權行使下，一為無法逕自請求予以核發居留身分，二為基本權利的享有非為任意與全面，在基於合理國家目的與符合比例原則下，得與國民、有證居留者有差別待遇。

以下將分別檢視兒童權利公約、保護所有移徙工人及其家庭國際公約、經濟、社會與文化權利公約等國際文件及我國憲法，以理解在國際人權標準下無證兒少的群體是否受有保障（甚至是特別保障）、保障程度為何、與國內主權和移民政策碰撞下的回應。

第一項 兒童權利公約

依我國條約締結法第 11 條，條約具有國內法之效力⁸⁸；兒童權利公約施行法

⁸⁶ 例如，健保無需等待 6 個月、國籍法修法前無依兒少的歸化。

⁸⁷ 有論者以為，外國人本於其作為人的本質，享有與人有關、具人權性質的權利；至於與國家資源分配、經濟有關者則係屬基本權利，可予以限制。參李東穎（2017），〈論外國人的基本權地位—德國法的比較觀察〉，《憲政時代》，42 卷 3 期；李建良（2003），〈外國人權利保障的理念與實務〉，《台灣本土法學雜誌》，48 期。

⁸⁸ 受限於我國在國際法上的國家地位爭議，自 1971 年退出聯合國後我國欲加入、批准國際公約，往往遇有無法將相關文書存放至聯合國的困難，以致在國際法上我國的加入、批准等行為在效力上

第 2 條，公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。

第一款 兒童作為權利主體的歷史發展



兒童作為權利主體，在國際法上仍是相對新穎的概念。在早期歷史上，尚無兒童不應從事工作、應享有健康快樂童年等觀念，係直到工業革命後的小家庭模式產生，十九世紀末醫療進步下的生育率提升，與二十世紀兩次世界大戰以兒童作為主要被害人後，人們才逐漸將眼光聚焦在此類群體，正視其需求與權利—尤其是使其在健全發展下長大成人，兒童的定位亦逐漸從父母的附隨、權利的受益者轉變到權利主體本身。⁸⁹

回溯至十九世紀末期，伴隨著醫療科技迅速發展的人口出生率躍升，兒童的完好發展開始受到重視，在童工的逐漸退潮下，取而代之的是學校的義務教育。其中，學校所提供的營養、衛生健康、不受剝削的觀念與狀態，亦成為日後兒童權利主張的基石。⁹⁰到了二十世紀初期，兩次的世界大戰以兒童與婦女作為主要被害人，也因此分別催生了 1924 年的《日內瓦公約》(Geneva Declaration of the Rights of the Child) 以及 1959 年的《兒童權利宣言》(Declaration of the Rights of the Child)。

二十世紀前半段的兩大重要兒童權利宣言，固然有其重要意義，但亦有其侷限之處。1924 年的《日內瓦公約》，是由國際聯盟 (League of Nations) 所通過，為國際上首次肯認「兒童」享有權利與特別照顧 (special care) 的文件。其以五項條文建構兒童所應享有的特別照顧，核心宗旨為保障兒童在物質與精神上的正常發展 (normal development)，例如滿足其需求的特別照顧、作為優先救濟對象、免受剝削等。惟其並不具有法律拘束力，且遺憾的是，該公約之名稱與序言雖皆以權利 (rights) 指稱兒童得享有的保障，然綜觀五項條文，主要仍係以滿足兒童之

生有疑慮，不過，透過本條或於公約施行法內之明文規定，使無法存放文書的公約仍得在總統公布之生效日起，具有國內法效力。見法務部，「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告；法務部對《國際公約內國法化的實踐》委託研究報告之對案建議；「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告審查會議會議紀錄。亦可參見條約締結法第 11 條立法理由第 1 點。

⁸⁹ Paula S. Fass, *A Historical Context for the United Nation Convention on the Rights of the Child*, 633 ANNALS AM. ACAD. POL. & SCI. 17 (2011).

⁹⁰ *Id.* at 17-21.

需求 (needs) 為主，似是僅將兒童視為權利與特別照顧的「受益對象」，而非權利主體。⁹¹至於 1959 年的《兒童權利宣言》，則是由聯合國 (United Nations) 所通過，為承接國際聯盟的瓦解後所擬定的第二個兒童權利宣言。⁹²內容上，此宣言在《日內瓦公約》的基礎上加以延伸，以十項原則傳遞其宗旨，即兒童由未臻成熟到健全發展為成年人的過程中應享有相關權利及特別照顧⁹³，包含姓名、國籍、教育、社會保障、免受剝削等。不過，有別於其前身即《日內瓦公約》將兒童視為消極的受益者 (The child must be given...)，《兒童權利宣言》對兒童地位的態度有所轉變，而視之為國際法上的權利主體 (enjoy the benefits of [specific] rights and freedom)。⁹⁴此宣言固然在兒童權利保障上有飛躍性的進展，然而在法律上的拘束力仍有所侷限⁹⁵，況且，在父權主義當道下，國際上普遍對於肯認兒童的權利主體地位—尤其經濟、文化與社會權利—抱有遲疑態度。⁹⁶

遲至二十世紀中後期，關於兒童權利的雙邊與國際協定興盛下產生的國際統一標準需求⁹⁷、時代推移下既有國際法不足反映兒童的權利保障⁹⁸，以及在公民與政治權利國際公約、經濟社會與文化國際公約的相繼通過，在兒童權利保障上給

⁹¹ 35 GERALDINE VAN BUEREN, THE INTERNATIONAL LAW ON THE RIGHTS OF THE CHILD 7 (1995).

⁹² *Id.* at 9. 又 1948 年聯合國通過的《世界人權宣言》，其所保障的主體為「人類家庭所有成員」(all members of family members)，兒童在此定義下亦受涵蓋；惟參酌宣言第 25 條及第 26 條，似仍是將兒童視作父母的附庸與權利反射下的受益者，而尚非權利主體，使得序言所強調的人人皆為權利主體的意旨有所貶損，參 *Id.* at 38-39.

⁹³ U.N. Office of the High Commissioner, Legislative History of the Convention on the Rights of the Child 21 (2007),

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf>.

⁹⁴ BUEREN, *supra* note 92, at 12。不過較為可惜的是，兒童權利宣言肯認兒童為權利主體之理由，似非基於兒童作為人的本質 (children as human beings)，而是偏向於為了達成健全發展成人的目標，而訂定的有契約或條件 (可參 Principle 2)，仍有以上對下、非平等的態度遺留。See Noam Peleg, The Child's Right to Development 42-43 (2012) (Ph.D. dissertation, University College London) (on file with Cambridge University Press).

⁹⁵ 《兒童權利宣言》的法律拘束力有討論空間，蓋其固然僅是聯合國大會所通過不具拘束力的決議，然該宣言係全體成員國一致決所通過，因此是否應有道德性的拘束力 (moral force) 甚至是成為國際習慣法，非無可能。BUEREN, *supra* note 92, at 12.

⁹⁶ Cynthia P. Cohen, *United Nations: Convention on the Rights of the Child*, 28 I. L. M. 1448, 1149 (1989).

⁹⁷ BUEREN, *supra* note 92, at 13-14; *Id.* at 1450.

⁹⁸ 黃莉晴，(2022)，兒童權利公約保障之休閒權—韓國與台灣法律實踐之比較，《政治大學碩士論文》，頁 13。

予劃時代影響力⁹⁹，最終在民間團體為首的力量下取得成果，以波蘭政府遞交的草案為基礎¹⁰⁰，聯合國在 1989 年順利通過《兒童權利公約》(Convention on the Rights of the Child)。



第二款 兒童之權利地位發展對無證兒少之啟示

第一目 我國移工子女身分取得法律制度的省思

在觀察兒童在國際法中的地位演變，由父母之附庸到確立其權利主體的地位，將這樣的轉變帶進內國法秩序的視角中，應關注到立法者在制訂法律時，是否在成人之外，考慮到兒少同樣作為權利主體之保障。以比較法為例，有學者即指出，在兒童作為父母財產的傳統觀念影響下，美國移民制度中兒童的定位是弔詭的，在有依兒少的情形下，法律往往視其為父母之從屬與權利客體，忽視其聲音；在無依兒少的情形下，卻反將之類比於成人，而適用相同嚴苛的法律。¹⁰¹以前者為例，取得合法移民身分之主要方式為親屬類移民 (family-sponsored immigrant)，然而，在家長不提出申請，縱使為直系卑親屬，此兒少或受益人並無權利自行申請 (self-petition) 或迫使其父母提出移民申請。¹⁰²學者批評，此使兒少的身分取得仰賴父母之積極行為，並使之成為消極的權利客體、毫無權利地位可言。¹⁰³

在我國關於移工子女取得身分的法律制度，係以入出國及移民法第 26 條第 3 款依親居留之方式取得合法身分。而這樣的立法設計，是否亦有偏狹於父母、未能充分將兒少作為權利主體，考慮進整體移民制度中，可參第三章之討論。

⁹⁹ Adrian M. Plevin, *Children's Rights: Advocacy And International Agenda Setting*, in INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS OF CHILDREN 93, 116 (U. Kilkelly & T. Liefraad eds., 2018).

¹⁰⁰ <https://digitallibrary.un.org/record/6664?v=pdf>

¹⁰¹ David B. Thronson, *Kids Will Be Kids? Reconsidering Conceptions of Children's Rights Underlying Immigration Law*, 63 OHIO ST. L.J., 991-992 (2002).

¹⁰² 依反對婦女受暴法案 (Violence Against Women Act)，遭受具公民或永久居民身分之父母或配偶虐待或極端殘酷對待的配偶與子女，例外有資格提出自行申請的移民請願。8 U.S.C. §§ 1154(a)(1)(A)(iii), (B)(iii).

¹⁰³ Thronson, *supra* note 101, at 992-995.

第二目 正視以兒童作為權利主體所開展之權利與原則

確立了兒童具權利主體地位，更是可以之作為核心開展出專屬於尚未自立、具特別保護必要的兒少在各面向的權利，以及實現其權利所應遵循、特別留意之原則。

舉例言，兒童權利委員會在第 5 號一般性意見中，揭示了《公約》的四項基本原則：第 2 條的不歧視原則、第 3 條第 1 項的兒童最佳利益原則、第 6 條的兒童生存與發展原則以及第 12 條兒童自由表意與尊重其意見的原則。其中，以兒童最佳利益原則為例，其在無證兒少情境中所能發揮的作用，「以權利為基礎」的事情可能勝過兒童最佳利益（例如以國家安全、社會治安為由，將兒童返回原籍國），惟如僅係以「與無關權利者」（如移民管制）作為理由，則自不應作為壓倒兒童最佳利益的理由。¹⁰⁴以第 6 條兒童之生命、發展與生存權為例，就生存與發展權的部分，可參考 1990 年聯合國所發表的《兒童生存、保護與發展宣言》和《行動計畫》，其強調改善特定兒童群體（移工子女、流離失所的兒童、社會弱勢兒童等）所面臨的困境，並條列出健康權、受教權、飲食與營養等作為充實兒童生存與發展的積極行動目標。¹⁰⁵然而，這些權利在內國法中作為社會基本權，有別於自由權單純的請求國家消極不作為的情形，其實現仰賴立法者的具體形成及社會、財政資源的衡量，在立法形成自由及個人權利二者間，究如何有較明確之衡量標準，以確認締約國盡公約所課予之義務，詳述於下「受教權」之部分。

第三目 「所有」兒童作為公約之權利主體

前述肯認了兒童之權利主體地位，然而，兒童所得主張基本權利之前提，是否與取得或享有「合法身分」有所關聯？亦即，無證居留身分是否會有礙於公約權利之主張？

¹⁰⁴ U.N. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005), Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country or Origin, ¶ 86, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (Sep. 1, 2005) [hereinafter CRC General Comment No.6].

¹⁰⁵ the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children, ¶ 20(7); Plan of Action for Implementing the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children in the 1990s.

無證居留的兒少應受公約所涵蓋，其解釋依據可見於第 6 號一般性意見，「締約國根據《公約》承擔的義務適用於該國領土及在其管轄範圍內的所有兒童。(略)因此，對《公約》所規定權利的享受不僅局限於作為締約國公民的兒童，同時如果《公約》未明確作出其他不同規定的話，也必須適用於所有兒童，包括尋求庇護、難民和移民兒童，而無論其國籍、移民身分或無國籍身分。」¹⁰⁶

這樣的解釋精神與基本立場，亦可由公約之整體意旨與四大原則¹⁰⁷所推敲而出。以前者為例，參酌兒童權利公約之個別條文，例如第 22 條的兒童難民、第 23 條的身心障礙兒童，反映了關照到特定群體權利保障（第 22 條的兒童難民、第 23 條的身心障礙兒童等），可見《公約》不僅只關切全體兒童的權利保障，更強調特定脈絡下的兒童群體權利同樣應受保障。以後者為例，《公約》第 2 條之不歧視原則，除有禁止締約國為歧視行為之外，實有鼓勵國家就「有特別需求的弱勢邊緣的兒童群體」，給予特別考量與採取積極措施的意旨。此原則並肯認國家依保護需求的不同而給予不同程度的待遇，甚至是採行積極的措施以消除對此類兒童的污名。基此，國家不僅負有禁止歧視之義務，甚至應積極的措施以消除對此類兒童的污名。¹⁰⁸¹⁰⁹因此，依據《公約》所反覆提示之意旨，邏輯一貫下，對於國際遷徙脈絡下的移工子女、社會地位弱勢的無證居留兒童群體，不因其居留地位(status)的取得與否，而影響其權利主體地位享有、貶抑其權利內涵。因此，無證居留之非本國籍兒童，係同為《公約》的權利主體。

¹⁰⁶ CRC General Comment No.6, *supra* note 104, ¶ 12.

¹⁰⁷ CRC General Comment No.5 所列之四項基本原則：第 2 條的不歧視原則、第 3 條第 1 項的兒童最佳利益原則、第 6 條的兒童生存與發展原則以及第 12 條兒童自由表意與尊重其意見的原則。

¹⁰⁸ CRC General Comment No.6, *supra* note 104, ¶ 18.

¹⁰⁹ 類似意見亦可見於第 5 號一般性意見：「締約國要履行這項關於無差別的義務，必須積極確認和實現其權利可能需要採取特別措施的兒童個人及群體。(略)要解決差別問題，可能需要在立法、行政及資源分配方面進行改革，以及採取教育措施來改變人們的態度。應當強調的是，應用平等享有權利的無差別原則，並不是說待遇相等。」等語。U.N. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), ¶ 12, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (Nov. 27, 2003) [hereinafter CRC General Comment No.5].

第三款 國際遷徙下的兒童權利與國家義務

對於在國際遷徙脈絡下的兒童，基於其作為兒童與受遷徙影響下的雙重脆弱性，並時而附加民族根源、宗教信仰、移民地位等形成的三重脆弱性；以及無證移民時常面臨的違背國際人權標準之現實，兒童權利委員會與保護所有移工及其家庭成員委員會因而發表聯合一般性意見。其目標為確保具國際移民背景之兒童—無論其為有依或無依兒童，為無國籍或無證狀態，出生於原籍國或移入國，父母是否享有居留證—在《公約》下的所有權利得以實現，此為本於第 2 條的不歧視原則的當然結果¹¹⁰。

就上開聯合意見，兩委員會將其拆分為「國際遷徙下的兒童權利」與「國家在國際遷徙下的兒童人權義務」兩則一般性意見。

第一目 國際遷徙下的兒童權利

兩委員會首先重申國際遷徙脈絡下之兒童（包含無證兒童）仍為《公約》之權利主體，縱使國家正積極地進行邊境管控亦無權恣意縮減其義務範圍。隨後，強調將《公約》融入移民政策的框架之必要性，並條列四大基本原則與國家移民法制的互動關係：第一，不歧視原則應作為移民政策之核心。應確保具國際移民背景之兒童免於因移民地位而受有歧視，使其享有與國民同等地位及近用基礎設施有其重要性，任何差別待遇皆應通過合法性、比例原則、正當目的、最佳利益等原則之檢驗。第二，兒童最佳利益應在移民法制中受有完全的考慮，包含許可入境、限制其社會權等在立法、行政與司法上的決定。第三，兒童生命、生存及發展權的誠命下，締約國應確保具國際移民背景兒童均能享有足以促進其身體、精神發展的生活水準。蓋此類兒童所面臨與移民有關的風險（包含移民過程中的暴力威脅、邊境過度使用武力，以及抵達目的國後面臨的教育、適當住房、健康服務等障礙）可能危及兒童之生命、生存及發展權，故各國應特別重視保護無證

¹¹⁰ U.N. Committee on the Rights of the Child, General Comment No.22 (2017), Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, ¶ 9, U.N. Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22 (Nov. 16, 2017).

兒童，無論其為孤身或與家人一起。第四，則是強調政策作成、司法或行政決定等影響兒童權利的程序中，其意見應受尊重與接納的重要性。

第二目 國家在國際遷徙下的兒童人權義務

在該聯合意見中，兩委員會列明國家對具國際移民背景兒童所應負的具體義務，包含但不限於人身自由與訴訟權、獲得姓名／身分／國籍的權利、家庭生活下的不分離與團聚權、防止一切形式的暴力對待、免受經濟剝削與適足生活水準、健康權與受教權的保障等等。

第四款 出生登記與身分權

第一目 公約之權利

在第7、8條，賦予兒童出生後立即被登記、取得姓名與國籍及保有身分之權利。第7條的立即登記義務係源自強迫分離、大規模難民及人口流動的脈絡下，為防止販運、誘拐的現象以及避免家庭分離後的重聚困難。¹¹¹該義務與減緩無國籍現象或取得國籍權利相輔相成，避免兒童因無國籍狀態而受暴力、虐待、販運等剝削，以及排除在各國的各法律（如社會安全制度等）適用之外，甚且身分的不安定對兒童心理影響亦甚為巨大。¹¹²

在國家主權行使下，其有權管制邊境及限制外國人的出入境，進而給予居留許可。因此，在尊重主權的前提下，《公約》並未賦予兒童請求核准居留的權利，至多係提示國家應秉持著不歧視、兒童最佳利益等原則，以衡量是否核准兒童入境、立即驅逐出境、允許家庭團聚。¹¹³

¹¹¹ BUEREN, *supra* note 92, at 118.

¹¹² The United Nations Children's Fund [UNICEF] & The Office of the United Nations Refugee Agency [UNHCR], <https://www.unicef.org/eca/media/8086/file> (last visited May 8, 2024). 中文版可見於國家人權委員會網站，https://nhrc.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=8523&s=2757（最後瀏覽日：2024年5月8日）。

¹¹³ CRC General Comment No.6, *supra* note 104; CRC General Comment No. 23.

第二目 無依及有依兒少關於身分之保障程度上之區分？

關於我國允無證居留之無依兒少申請合法居留身分，卻未能開放有依兒少的政策，此身分上（以及身分所連結的權益保障）的區別待遇，在國際公約上是否有正當依據可循，為以下討論重點。兒童權利委員會在 2005 年針對發布了第 6 號一般性意見，標題為「遠離原籍國無人陪伴和無父母陪伴的兒童待遇」，惟細察該一般性意見之內容並反覆參詳公約意旨，其固然為了專門強調與保障無依兒少之身分與權益保障，但尚無法證成前述區別待遇。本號一般性意見，其背景源於無人陪伴和無父母陪伴的兒童常受歧視而無法獲得糧食、居所、衛生保健與教育，並受暴露於性暴力與童工之風險高。在籲請國家義務及具體權利保障上，在身分確認之部分提供了基本的法律框架（指定監護人、撫育和收養安排）供參照，在權利保障上則列明了其獲得教育、充足生活水平、享有醫療設施等。

上述可知，就身分部分提供國家可資依循之架構，使得建立一定的標準與掌握基本資料，以利後續身分之確認，惟此不表示排除或減免國家在保障其他兒少取得身分之義務。此觀消除一切型式種族歧視公約之第 30 號一般性意見「減少無國籍現象，特別是兒童的無國籍現象，其辦法有：鼓勵他們的父母代表他們申請公民身份」¹¹⁴可知；此自《公約》第 2 條之不歧視原則和取得國籍之權利，亦能有所了解。故有依兒少在身分上的保障並不低於無依兒少。

第五款 受教權

第一目 公約下的受教權內涵

《公約》中的受教權依據，可見於第 28 及第 29 條；第 28 條強調了教育的可近用性與國家的逐步實現義務，第 29 條則描繪出教育背後的價值觀與目標。¹¹⁵

其具體內涵，有許多學者及兒童權利委員會皆有提出了各種詮釋。例如，學

¹¹⁴ U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 30: Discrimination Against Non-Citizens, ¶ 16, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (Oct. 1, 2004).

¹¹⁵ U.N. Committee on the Rights of the Child, General Comment No.1 (2001), Article 29: The Aims of Education, ¶ 3, U.N. Doc. CRC/GC/2001/1 (Apr. 17, 2001) [herein after CRC General Comment No.1].

者 Verhellen 所提出的三軌模式 (three-track approach)¹¹⁶、聯合國第一位受教權的特別報告員 Tomaševski 提出的 4A 框架 (4A scheme)¹¹⁷ 以及聯合國兒童基金會所提出以人權為本的模式。這些關於受教權之內涵與歸類形式，亦與委員會一般性意見相呼應，例如第 1 號一般性意見，「每個兒童有權享有的教育是為了…增強兒童享有全面人權的能力和促進滲透著適當人權價值觀的文化。這一目標是要通過培養兒童的技能、學習和其它能力、人性尊嚴、自尊和自信來增權兒童。」之於三軌模式中第二軌的「透過教育鞏固兒童權利與人權」(rights through education)相互共鳴。或如，第 1 號及第 8 號一般性意見，「兒童不會因為走進了學校大門就失去了人權。例如，開展教育的方式必須尊重兒童的固有尊嚴，使兒童能夠根據第 12 條第 1 項表達自己的意見和參加學校生活。教育工作中也必須尊重第 28 條第 2 項中反映的對紀律措施的嚴格限制…體罰手段既不尊重兒童的固有尊嚴，也不尊重關於學校紀律的嚴格限制。」之於三軌模式中第三軌的「在教育中充分尊重與實踐兒童權利」(rights in education)，以及人權為本模式的第三面向「在教育環境中受尊重的權利」(the right to respect within learning environment)。

準此，可發現受教權的多層次與多面向性。而本文所欲討論者，主要圍繞在第 28 條的「所有兒童平等近用基本義務教育」之部分。不過，在前述肯認國家不得因無證身分而將無證兒童排除於本條適用之外後，尚且涉及：第 28 條所明文揭示之逐步實現義務，可否使國家豁免於其未盡之義務；受教權作為經社文權利，在實現上是否應衡量社會資源、國家財政等情形，立法者對於基本教育是否納入

¹¹⁶ Eugeen Verhellen, *Children's Rights and Education: A Three-Track Legally Binding Imperative*, 14 SCH. PSYCHOL. INT. 199 (1993). 第一軌為受教的權利 (right to education)，其內容上主要涉及第 28 條所揭載的機會平等或不歧視原則、義務性基本教育，以及第 29 條受教權以開拓個人人格及潛能發展的宗旨。第二軌為透過教育鞏固兒童權利與人權 (rights through education)，即透過教育的過程使兒童瞭解其權利及公約意旨。¹¹⁶ 第三軌係在教育中充分尊重與實踐兒童權利 (rights in education)，例如兒童在學校決策的參與，係具體的自由表意與意見受充分尊重原則之實現。

¹¹⁷ KATRINA TOMAŠEVSKI, HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS: MAKING EDUCATION AVAILABLE, ACCESSIBLE, ACCEPTABLE AND ADAPTABLE (2001). 此框架並受到兒童權利委員會的特別留意 (CRC General Comment No.1, *supra* note 115, at 9 n.1.)。4A 分別為可使用性 (availability)、可近用性 (accessibility)、可接受性 (acceptability) 與可適應性 (adaptability)。其中，可使用性為國家對於教育機構及人力的設立、資助、培養，可近用性為國家保障所有兒童獲得免費義務性的基本教育，可接受性為教育應具一定品質 (包含在文化、語言上的可接受性)，可適應性為教育應具彈性使能因社會變動而調整並回應來自不同社會與文化背景的學生之需求。



第二目 受教權利之實現

依照公約第 4 條後段，關於經濟、社會及文化權利方面，締約國應運用其本國最大可用之資源，並視需要，在國際合作架構下採取該等措施。復按第 28 條第 1 項規定，締約國確認兒童有接受教育之權利，為使此項權利能於機會平等之基礎上逐步實現 [底線為本文所加]，締約國尤應：(a) 實現全面的免費義務小學教育；(b) 鼓勵發展不同形態之中等教育、包括普通教育與職業教育… (略)。前者揭示了經濟、社會及文化權利（下稱經社文權利）的逐步實現義務（progressive realization），後者在受教權上本於其經社文權利之屬性，而同樣重複地提及了逐步實現義務。

逐步實現義務最早可見於經社文公約第 2 條第 1 項規定，本盟約締約國承允盡其資源能力所及，各自并藉國際協助與合作，特別在經濟與技術方面之協助與合作，採取種種步驟，務期以所有適當方法，尤其包括通過立法措施，逐漸使本盟約所確認之各種權利完全實現。其係本於經社文權利往往牽涉國家資源的分配以及財政負擔的能力之特性，透過予以國家適當的彈性手段¹¹⁸，使經社文權利之實現與社會資源、經濟能力有所衡平，並在此相對性標準下檢視國家義務的履行¹¹⁹。其要求國家隨著時間的經過，最終仍能達到在充分運用有限資源下，對經社文權利的最大限度地保護與促進之目的。¹²⁰

在此意義下，難免衍生出相關疑問，亦即，受教權作為經社文權利，並已於公約中明文提及了國家衡諸其可用的最大資源而予以逐步的權利實現，在此情形下，如無證兒童無法獲得(have access to)基本教育之機會，是否難以責難於國家？

1. 立即實現義務—不歧視原則

¹¹⁸ U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant) (1990), ¶ 9, U.N. Doc. E/1991/23 (Dec. 14, 1990) [hereinafter CESCR General Comment No. 3].

¹¹⁹ KATHARINE G. YOUNG, CONSTITUTING ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS 101 (2012).

¹²⁰ Ben T.C. Warwick, *A Hierarchy of Comfort? The CESCR's Approach to the 2008 Crisis*, in ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN A NEOLIBERAL WORLD 127, 133 (Gillian MacNaughton & Dianne Frey eds., 2018)

關於逐步實現義務之具體內涵，按經社文委員會第3號一般性意見，固然，在因資源有限下形成了侷限，然而其同時施加了立即生效的各種義務。其中，有兩項尤為重要：一為採取種種步驟之義務（the obligation to take steps）¹²¹，一為確保不歧視地行使權利之義務。¹²²因此，在後者的誠命下，就特定群體（即無證兒少）所面臨的無法接受基本教育而形成的歧視，國家尚須提出合理理由以論證前開差別待遇符合比例原則而加以正當化，否則仍屬違反公約意旨。¹²³此部分亦可與公約的四大基本原則相呼應。

2. 最低核心義務

除此以外，為避免逐步義務下經社文權利的全然剝奪，產生了最低限度的核心義務（minimum core obligations）之提出。就此，參考兒童權利委員會第46屆會議的一般性討論所提到的，最低限度的核心義務為平行於逐步實現義務的概念。其確保了兒童有人性尊嚴地生活的最低基本水平，而該最低限度的保護，包含基本糧食、平等地獲得基礎醫療、基本住房、社會保障、家庭保護與基本教育之機會。¹²⁴需注意的是，該最低限度的核心義務之劃定，僅係經社文權利最初始的起點，其後須透過國家對其資源與財政的衡量而加以疊加往上，此部分仰賴逐步實現義務之實踐，因此，該最低核心義務所建構的內容絕非相關權利的終點或天花板。¹²⁵委員會同時強調，締約國應採取立即的行動以滿足最低核心義務，且該義務的踐行—有別於逐步實現義務—並不仰賴於可用資源。

由上可知，兒童權利委員會十分明確地將所有兒童得接受基本教育視作國家

¹²¹ 在該誠命下，國家不可因資源的有限性而絲毫不採取任何保護經社文權利之步驟與措施，而應係擬有相關報告與計畫以供未來之實踐與改善。觀察我國情形，對於無證兒童所獲得之權利保障真空，政府顯然係有採取相關措施與進行研究，而逐步從無證的無依兒少之身分、受教權保護的漏洞填補，再衍伸至近期對於有依兒少恐未能符合兒少法第22條權益保障的重視，而有所呼籲應契合兒少法第22條之精神等，本文以為應係有滿足該義務。

¹²² CESCR General Comment No. 3, *supra* note 118, ¶ 2.

¹²³ See Seamus Byrne, *Reclaiming Progressive Realization: A children's Rights Analysis*, 28 INT'L J. CHILD. RTS. 748, 760 (2020).

¹²⁴ U.N. Committee on the Rights of the Child, Rep. of the Day of General Discussion on its Forty-Sixth session, *Resources for the Rights of the Child- Responsibility of States*, ¶ 48 (Sep. 21, 2007). See also CESCR General Comment No. 3, *supra* note 118, ¶ 10.

¹²⁵ Scott Leckie, *Another Step towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, 20 HUM. RTS. Q. 81, 102 (1998).

應立即實現之最低核心義務，且該見解非僅一家之言，而係受到其他監督國際公約機構即條約機構（treaty bodies）普遍的認同而成為國際法上一貫的標準。¹²⁶如前所述，公約下的受教權具多層次的內涵，國家固然可衡量其財政與社會資源等情況逐步實現該權利—例如中等教育的落實、技術和職業教育機構的設立、教育品質的提升，然而，在受教權上仍有最低限度基本水準之要求，此為基本教育的落實。其中，在基本教育的落實上，本文主要檢視關於所有兒童不歧視地接受基本義務教育的部分。觀察我國情形，則可發現由於學校端欠缺防止通報移民署與保密的配套、法律規定居留證件作為入學必備文件等原因，以致基本教育未能不歧視與平等地受所有兒童使用，無證居留之有依兒少群體獲得基本教育的機會被排除於外，形成最低核心義務的違反。

第二項 保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約

1990 年，聯合國大會決議通過了《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》；遲至 13 年後的 2003 年，公約方始達 20 份批准或加入書的門檻¹²⁷，而發生效力。

第一款 公約作為移民人權的國際標準

依聯合國人事高級專員辦事處（Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights）所言，《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》與《世界人權宣言》、《公政公約》、《經社文公約》等同屬「核心的國際人權條約」（the core international human rights treaties）¹²⁸，以此觀之，其在國際人權的重要性似乎不言

¹²⁶ See Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, Box 8; CESCR General Comment No. 3, *supra* note 118, para.10 ; U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant) (1999), ¶ 57, U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (Dec. 8, 1999) [hereinafter CESCR General Comment No. 13].

¹²⁷ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Art. 87 Sec. 1.

¹²⁸ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Core International Human Rights Treaties* (2014), https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_en.pdf (last visited May 12, 2024).

而喻，然而實際上，該公約在普世性與實效性上皆備受質疑；而在我國國會並未議決加入公約及制定相關施行法下，公約內容對我國亦不具法拘束力。然而，於了解公約低度批准的原因，除了涉及締約國有對移民政策通盤全面調整的技術複雜性¹²⁹、對公約內容存有誤解¹³⁰之外，更是與移民議題背後的政治、經濟結構有深深關聯¹³¹，在錯綜複雜的結構性因素、法律制度、社會脈絡等的交織下，似乎難以僅因公約低度批准之結果，而全然摒棄其在國際法上的地位。實際上，在移民已經越來越受重視以及全球治理逐漸興盛的近代，雙邊與跨國合作來處理移民政策的需求只會越來越多，公約在此之下提供了一個標準作為參照¹³²，我國同樣也可以依此作為移民政策的修正方向與基準。¹³³

¹²⁹ 例如，公約體系與國家整體移民政策的扞格（行政導向，而非人權取向）、移民輸入國缺乏整個系統性組織的支持以致履行公約義務必生困難等等。此問題可能導因於部分國家（如德國）並未將自己視為移民輸入國，將移民情形歸於暫時短期的狀態，以致反映於政策上便是缺乏通盤全面的移民組織與政策支持。參 PAUL DE GUCHTENEIRE & ANTOINE PÉCOUD, *Introduction: The UN Convention on Migrant Workers' Right in Migration and human rights: the UN convention on migrant workers' rights* (2009); Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Right to Education. Mission to Germany*, U.N. Doc A/HRC/4/29/Add.3, ¶ 63 (Mar. 9, 2007).

¹³⁰ 例如，實際上，有不少國家的國內法係與公約條文有大幅重合相容的，而因誤解或存在複雜技術面的通盤移民政策調整等原因而未能加入簽署公約，包含比利時、法國、義大利等國。參 Dirk Vanheule et al., *The Significance of the UN Migrant Workers' Convention of 18 December 1990 in the Event of Ratification by Belgium*, 6 Eur. J. Migration & L. 285, 320 (2004); Hélène Oger, *The French Refusal on Europe's Behalf*, in *MIGRATION AND HUMAN RIGHTS: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON MIGRANT WORKERS' RIGHTS* 295 (Ryszard Cholewinski, Paul de Guchteneire & Antoine Pécoud eds., 2009); Kristina Touzenis, *Migration and human rights in Italy: prospects for the ICRMW*, in *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights* 343 (Ryszard Cholewinski, Paul de Guchteneire & Antoine Pécoud eds., 2009).

¹³¹ 例如成本效益考量（權利的給予與經濟的助益為正相關，例如對於高知識移民優惠政策，對於經濟效果有限、可替代性高、供過於求的勞領移工，則並無誘因保障或賦予其權利）、國民普遍抗拒接納非國民的情感、國際上象徵著霸權的北方世界（the North / 往往為移民輸入國）與非霸權的南方世界（the South / 往往為移民輸出國）的政治角力（由於移民係由南方國家遷往北方國家的特性，在公約主要課予輸入國之一方下，恐會不平衡地使輸出國單方面獲益之疑慮）、國家比起多邊的國際公約較傾向以雙邊或區域性條約處理移民議題等等。See Antoine Pécoud, *The Politics of the UN Convention on Migrant Workers' Rights*, 5 GRONINGEN J. INT'L L. 57 (2017).

¹³² 例如，近幾年來，絕大多數的條約機構重複地在各國 concluding observation 中呼籲締約國應簽署《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》。See Pia Oberoi, *Defending the Weakest: The Role of International Human Rights Mechanisms in Protecting the Economic, Social and Cultural Rights of Migrants*, 11 INT'L J. MULTICULTURAL SOCIETIES, 19, 26 (2009).

¹³³ Pécoud, *supra* note 131.



第二款 公約的重要性

對於有特別保護必要之群體，往往有國際公約的特別制定以加以周全其權利，例如因應兒童以及婦女所相應而生的兒童權利公約及消除對婦女一切形式歧視公約。因此，1990 年的《保護移工及其家庭成員權利國際公約》，縱使在當時移民人權並非主要的重視對象，仍象徵著移工及其家庭成員作為有特別保護必要之群體。

值得一提的是，公約係由勞工權利以及國際人權所組成，前者係植基於 20 世紀後半葉對勞工權利的重視與承繼國際勞工組織各公約的精神之脈絡¹³⁴，後者則與近代逐漸重視的移民人權（尤其是經社文權利）有所呼應。因此，在理解公約保障移工權利（migrant worker's rights）的勞工權利之同時，尚須注意其更是重視移民權利（migrant rights）¹³⁵，並透過家庭成員權利的形式加以涵括，使其健康權、受教權等經社文權利同樣受有保障。

第三款 無證移民權利之明文保障

《保護所有移工及其家庭成員權利國際公約》在第三部分中明文揭示了無證／不正常情況下的移工及其家庭成員，享有一定的基本權利，同時亦肯認在符合比例原則的範圍內，國家可對其作成與國民及有證移民不同的差別待遇。¹³⁶此係有別於其他國際公約以「所有人」將無證移民僅係隱微地包含在內，且實際上，就無證移民是否落在「所有人」的範疇內而得享有人權的權利主體地位，亦存在了長達數十年的爭論。¹³⁷因此，公約的明文肯認係有其意義與必要性。

¹³⁴ Int'l Lab. Org. (ILO), Migration for Employment Convention (Revised) (No. 97), July 1, 1949; ILO, *Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention* (No.143), Dec. 22 1978.

¹³⁵ 在近期越來越常以 migrant rights 來代指，此項轉變係具有政治意涵，有推測公約以 migrant worker 作為可能是緩解國民與非國民的對立。符合早期 1980 時代下，所承繼自 ILO 對勞工權利的重視，但同時重視到在勞工權利之外的移民健康權、受教權等經社文權利之保障。參 Antoine Pécoud, *supra* note 133, at 59.

¹³⁶ See U.N. Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General Comment No. 2 (2013), On the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families, U.N. Doc. CMW/C/GC/2 (Aug. 28, 2013) ("Its application is limited to those rights of migrant workers and members of their families in an irregular situation that are protected in the Convention, and in particular Part III").

¹³⁷ Elpeth Guild, *Preface*, in IRREGULAR MIGRATION AND HUMAN RIGHTS: THEORETICAL, EUROPEAN,

在架構上，公約區分了「所有移徙工人及其家庭成員（包含無證件或身分不正常者）」與「有證件或身分正常的移徙工人及其家庭成員」的權利保障。其中，觀察前者所保障之基本權利，本文推測大抵係為了維持最低限度之人性尊嚴及人權保障，例如絕對保障之權利及憲法保留事項（第 12 條內心信仰自由、第 16 條人身自由與正當法律程序）、人道對待（第 10 條免受奴役、第 17 條人道對待、第 11、25 條與國民同等勞動保障以免受勞動剝削）、維持社會運作與民主秩序之基本前提（第 13 條表見自由、第 14 條隱私權、第 18、22 條訴訟權與正當法律程序）、與生存權有關之經濟安全（第 27 條社會保障權）、與生命權有關之緊急醫療權，以及攸關兒童保障的權利（第 29 條姓名與國籍權、第 30 條受教權）。因此，固然國民或有證移民相較於無證移民，在權利的保障範圍與保障密度上可有所差異且該差別待遇不構成歧視，然而至少應給予最低限度的人權與人性尊嚴保障，即公約第三部分所揭示者，此為本於無證移民生而為人的本質，並不因其身分地位的改變而在人的屬性上有所貶抑。

相較於過往我國學者所主張的外國人基本權利主張的範圍多限於人身自由、等公民及政治權利，至於受教權、工作權等經社文權利則開放由立法者衡諸國家與社會資源而予以裁量，公約對無證移民之保障，由公民與政治權利跨足至經社文權利，可見其對維護人性尊嚴與維持生活的下限值更高，更為廣闊與全面。

第四款 無證移民並無請求身分正常化之權利

公約在強調無證移工及其子女的人權保障之餘，同樣留意到各國主權的不可退讓性。例如，在第 79 條中強調了「本公約的任何規定不得影響每一締約國制定批准移徙工人及其家庭成員入境的準則的權利」，以使締約國在邊境控管與主權行使仍是充分與全面，而不因肯認無證移工及其子女的人權保障而有所減損。

同樣地，有證居留的核發同屬國家主權行使的一環。依第 35 條規定，「本公約本部分的任何規定不得解釋為意含沒有證件或身份不正常的移徙工人或其家庭成員情況的正常化，或其情況導致這種正常化的任何權利。」因此，公約在第三

部分所強調的無證移民之基本權利，無法作為其身分正常化之正當性依據，亦無法作為國家經正當程序下驅逐出境之抗辯理由。



第五款 無證兒少的受教權

依公約第 30 條，所有移工子女在與國民同等待遇的基礎上，享有接受教育的基本權利；同時，不得因其父母或本人的居留情形而拒絕其進入公立幼稚園。另參照委員會之第 2 號一般性意見，對於所有移工子女所得主張的受教權，包含國家提供基本教育之義務、在與國民相同待遇之基礎上接受中等教育、隔離教育的禁止等。又為了確保受教權的近用，國家應有相關配套，例如不要求學校報告學生與家長之身分正常與否、不應與移民署分享數據、國家不可在學校周圍進行移民執法行動等。

在各國的國家結論性意見中，對於未能保障所有移工子女近用教育機構或學校之締約國，保護所有移徙工人及其家庭成員權利委員會有所關切並提出具體建議，強調締約國應確保所有移工子女—無論為有證或無證—獲得教育，以契合公約第 30 條精神。¹³⁸

第六款 小結

公約係在既有的國際人權規範的框架下，重複強調所有移工及其家庭成員（包含無證者）享有人權保障。須注意的是，其重點描繪無證移工及其家庭成員之基本權利之目的，並非鼓勵此類情形的發生，而係為透過使其享有與有證移工同等水平的權利，以遏止雇主無證聘用移工之誘因¹³⁹。

¹³⁸ U.N. Committee on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families [CMW], Concluding Observations on the Initial Report of Ecuador, ¶ 35-36, U.N. Doc. CMW/C/ECU/CO/1 (Dec. 5, 2007); CMW, Concluding Observations on the Initial Report of Egypt, ¶ 36-37, U.N. Doc. CMW/C/EGY/CO/1 (May 25, 2007).

¹³⁹ See International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Preamble, Dec. 18, 1990, 2220 U.N.T.S. 3 [hereinafter ICMW] (“Considering that workers who are non-documented or in an irregular situation are frequently employed under less favourable conditions of work than other workers and that certain employers find this an inducement to seek such labour in order to reap the benefits of unfair competition, Considering also that recourse to the employment of migrant workers who are in an irregular situation will be discouraged if the fundamental human rights of all migrant workers are more widely recognized

復觀察公約的規範邏輯，其固然強調無證移工及其家庭成員的權利保障（包含急迫醫療權、受教權等），然而並未同步課予國家正常化無證移民的義務，僅係呼籲國家應採取措施以減緩此類情形¹⁴⁰。因此，顯然可以發現公約將身分的正常化以及權利的保障脫鉤看待的邏輯，突顯出國際上逐漸冒出使非國民或無證移民至少享有一定基本權利、部分權利不容剝奪的聲音，也呼應國內關於各基本權利應否擴張至非國民的論戰。

第三項 其他與無證兒少權利有關之重要國際公約

如簡單地掃視其他重要國際公約，會發現對於移工子女、無證兒少的議題與態度，絕大多數所傳遞出的意旨會與上述兩個公約相契合，而得認定為普世公認的國際標準：

第一是無證兒少不因其身分地位而不受公約所揭示之權利的保障。此論點立基在各公約所揭露之不歧視條款¹⁴¹中。另於各委員會撰擬之一般性意見或一般性建議，亦可發現其反覆強調包含無證兒少在內的非公民（non-citizen or aliens）亦適用公約所揭示的權利，此為本於不歧視原則的誠命¹⁴²；只有在公約明文規定¹⁴³、

and, moreover, that granting certain additional rights to migrant workers and members of their families in a regular situation will encourage all migrants and employers to respect and comply with the laws and procedures established by the States concerned.”).

¹⁴⁰ *Id.* art.79-80.

¹⁴¹ 例如，世界人權宣言第2條第1款、公民與政治權利國際公約第2條第1款及第26條、經濟、社會及文化權利國際公約第2條第2款、消除一切形式種族歧視國際公約第1條等等。值得注意的是經社文公約第2條第3款明文指出，發展中國家得對決定非本國國民所得享受經濟權利之程度，即經濟權利不一定適用於非本國國民；不過，本款規定再度應證至少在社會、文化權利部分，非本國國民是有所適用。See Pia Oberoi, *supra* note 132, at 24.

¹⁴² U.N. Human Rights Committee, General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant (1986), ¶ 1-2, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (April 11, 1986) [hereinafter HRC General Comment No. 15]; U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXX on the discrimination against non-citizens (2005), ¶ 4, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (Aug. 5, 2004).更是直接指出除為追求合理正當目標且目標手段間具合理關聯外，應平等對待公民及非公民。（“Noting that...it has become evident from the examination of the reports of States parties to the Convention that groups other than migrants, refugees and asylum-seekers are also of concern, including undocumented non-citizens...”）

雖然所指 aliens 似乎是以經過允許入境（para.6），但公約第12條 everyone + 限定詞、其他文獻亦未限定在合法入境者，故不應限縮。

¹⁴³ 例如，公政公約第25條，政治權利限定於「公民」（every citizen）；第12條第1項，在他國領

或國家為追求合理正當目標，且目標手段間具有關聯性外，方得限制非公民之權利、在公民、非公民間給予差別待遇。¹⁴⁴

第二是無證兒少享有姓名、出生登記及國籍權¹⁴⁵，不過並無請求他國給予國籍或合法居留證的權利，國家亦無義務給予國籍或合法居留權，但應做適當措施以減少無證居留或無國籍之情形。¹⁴⁶不過，需注意的是，在某些情況下，例如涉及不歧視、尊重家庭生活等考量因素時，非本國國民可以享有入境或居留方面的保障。¹⁴⁷回到我國觀察，無證之無依兒少可依照而持有合法居留證、甚至是 2022 年版國籍法草案如順利通過後得歸化為本國籍，無證之有依兒少則否，是否有涉及不歧視的違反，進而使無證之有依兒少依據平等權、不歧視原則而請求我國予以核發合法居留證，就此疑問，本文將於後述討論。

第三是無證兒少的受教權有其應實現的最低核心內涵，不因以其作為經社文權利而有所減損。首先，經社文權利的重要性本即不亞於公民及政治權利，此由《世界人權宣言》以及其他重要權利公約中本即未就二者作成優劣順序，且經社文權利係作為人民參與公共生活、得以完好實現公民及政治權利的基礎，故不宜受教權作為經社文權利之本質，而在其權利實現上遜於後。¹⁴⁸其次，經社文權利之實現，固然仰賴國家制度之建立，及取決於經濟發展程度及社會資源狀況，但其仍有應立即實現、無可減損之權利基本內涵；就受教權而言，即係確保所有兒

土內的居住遷徙自由，限定於「合法居留之人」(everyone lawfully within the territory of a State) 而排除無證居留者。E.g., International Covenant on Civil and Political Rights art. 25, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (limiting political rights to “every citizen”); *id.* art. 12(1) (granting the right to liberty only to persons “lawfully within the territory of a State”).

¹⁴⁴ U.N. Human Rights Committee, General Comment 18: Non-discrimination (1989), ¶ 13, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (Nov. 10, 1989); U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XIV on article 1, paragraph 1, of the Convention (1994), ¶ 2, U.N. Doc. A/48/18, at 114. *See also* U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights, The Rights of Non-Citizens (2006), available at

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/noncitizensen.pdf>.

¹⁴⁵ Universal Declaration of Human Rights art. 15, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948); International Covenant on Civil and Political Rights art. 24, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

¹⁴⁶ HRC General Comment No. 15, *supra* note 142, ¶ 5; U.N. Human Rights Committee, General Comment No. 17: Article 24 (Rights of the Child) (1989), ¶ 8, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 23 (April 7, 1989).

¹⁴⁷ HRC General Comment No. 15, *supra* note 142, ¶ 5.

¹⁴⁸ Kristina Touzenis & Rysard Cholewinski, *The Human Rights of Migrants- Editorial Introduction*, 11 INT'L J. MULTICULTURAL SOCIETIES, 1, 7-9 (2009).

童平等獲得基礎教育之機會。關於經社文權利蘊含的最低核心義務之重要性，如經濟、社會及文化委員會所言，如一締約國內有顯著數量的個人被剝奪接受基礎教育之機會 [即最低度的核心義務]，則將假定該國有違反《公約》義務。蓋如缺乏最低核心義務的建立，則《公約》將很大程度的失去其存在理由。¹⁴⁹最後，在無證兒少作為權利主體、得主張受教權之保障下，國家自應盡可能地移除相關結構性障礙，以確保包含非公民在內的兒童得以近用教育機構。¹⁵⁰

¹⁴⁹ CESCR General Comment No. 3, *supra note* 118, ¶ 10.

¹⁵⁰ U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *supra note* 142, ¶ 29-30; CESCR General Comment No. 13, *supra note* 126, ¶ 30.

第三章 以憲法基本權利形塑無證居留兒少權利的保障

第一節 合法居留請求所涉及之憲法基本權利基礎

首先，外國人是否有請求合法居留的憲法上權利？顯然，答案會是否定的。¹⁵¹蓋基於各國主權的尊重，其邊境控制是屬於最根本、傳統的國家主權行使，外國人並無請求居留的憲法上權利，下述亦將進一步說明。不過，這並不表示論述就此終止。一方面，各國存在合法化的法律機制，有些是永久性的、而為法律上權利，有些是一時的，這些法律制度的設立，背後是可以連結到，移民身分的合法化，牽涉到無證移工與兒少在其他面向的憲法上權利與原理原則，例如，主權國家可能基於信賴保護原則、家庭團聚權，難以直接逕自將無證移工及其子女遣返，甚至是基於這些憲法原則的考量與無證移民實質的融入社群，而有身分合法化的論述浮現、乃至法案的提出。¹⁵²因此，從牽涉的憲法基本權利進而影響移民地位的論述，在理解這樣的脈絡下，去談論無證兒少所得主張或受影響的憲法上權利，是有意義的。

第一項 憲法第 10 條居住遷徙自由

釋字第 558 號解釋，「憲法第十條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外。」外國人因而並非本條所保障的權利主體，並不具備請求入境他國的主觀公權利。

¹⁵¹ 縱使是由國際法所發展出的難民法，符合資格與要件的難民是享有「不被遣返回國」的庇護（nonrefoulement），至於能否合法居留在該國，則尚須另循內國制度與程序申請居留。

¹⁵² 例如，美國國會自 2001 年以後相繼提出的各個 Development, Relief, and Education for Alien Minors (DREAM) Act 版本。E.g., DREAM Act of 2001, H.R. 1918, 107th Cong. (2001); Dream Act of 2023, S. 365, 118th Cong. (2023).



第二項 居住權？

相比於第 10 條居住遷徙自由作為主張，或許具有社會權性質的居住權、請求國家「一定作為」（允許居留）會更為適宜。姑且不論居住權尚未成為釋憲實務所開展、承認的基本權利清單，以及其在憲法本文應置於哪一條脈絡下之爭論，單論其權利內容，似亦難貼切地作為無證兒少合法居留請求之權利主張基礎。

居住權的內涵為安全、和平和尊嚴地居住某處的權利。¹⁵³惟，本文無證兒少所需要者係更為上位的概念，而非僅限於可以和平且尊嚴地居住在某社區、某山區，遠超於此的，是可以和平且符合人性尊嚴地居住與生活在某國家內，因此後者是主張居住權的基本前提。

第三項 憲法第 7 條平等權

本文所要討論的法規範為「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程」的行政命令¹⁵⁴，其賦予原無證居留的無依兒少合法居留的法律上權利，而排除同樣無證居留的有依兒少之適用，是否有規範上的不足。又平等權的討論前提，主觀面向上是比較對象兩者的可相提並論性，客觀面向上平等權的主張內容是否有實質限制，例如，合法居留的權利之平等權主張是否逸脫於憲法遷徙自由權利的權利主體限制。

另外，從結論上來說，縱或肯認有違憲，並不至於使前述行政命令違憲失效，而致無依兒少合法地位保障上的落空。理由在於，此處討論的違憲係在平等權的基本權功能所導出的保護不足與立法不作為，從而，諭知立法者考慮到無證有依兒少的處境而進行修法，方是合適的排除違憲狀態之手段。¹⁵⁵如此的宣告方式可見於釋字第 745 號、748 號，大法官縱使對於違反平等權之情形諭知定期修法，但基於保護基本權的考量，並不因屆期未修法而使審查條文失效。

¹⁵³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 4: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant), ¶ 7, U.N. Doc. E/1992/23 (1991).

¹⁵⁴ 行政命令得作為憲法審查的標的，參司法院解釋第 216、238、374、586、626、705 等號解釋。

¹⁵⁵ 參蘇永欽（2017），〈夏蟲語冰錄（一一五）：立法不作為的憲法審查〉，《法令月刊》，68 卷 8 期，頁 148-158。

第一款 平等權之主觀限制：外國人作為權利主體

憲法第 7 條「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」中，以「中華民國人民」作為本條平等權之保障主體，是否將排斥境內外國人在憲法平等權的主張？過往學說多有爭論。主張平等權應限於本國人者，有以文義為解¹⁵⁶，亦有從國際間的互動關係與國人利益切入¹⁵⁷；不過今多數以為，本條之權利主體應及於外國人，因自憲法體系與文義下，基本權主體難以單由文義平等權源於近代歐洲人權思想，關乎於個人尊嚴與尊重，具「人權」性質，而與後天的國籍無涉。¹⁵⁸

第二款 平等權之主觀限制：無證居留之無依、有依兒少的可比較性

依釋字第 569 號解釋許宗力大法官及許玉秀大法官共同提出之不同意見書，平等權之審查前提，為差別待遇之兩方本質上具有可相提並論性；如不具可相提並論性，則國家所作之差別待遇也就不構成憲法上有意義之差別待遇，而無需進入平等原則之審查。¹⁵⁹

無證居留之無依及有依兒少雖然皆是因並不落入現行唯一授予移工子女居留

¹⁵⁶ 許宗力（2003），〈基本權利：第三講 基本權主體〉，《月旦法學教室》，4 期，頁 80。「除第七條的平等權因已明揭中華民國人民，故確無解為包括外國人的餘地外，其他所有僅僅泛稱人民的基權規定，有無可能包括外國人，都還須求諸實質的觀點作進一步分析（下略）。」

¹⁵⁷ 林紀東（1990），《中華民國憲法逐條釋義（一）》，六版，頁 66。「在國際關係之必要上以法律的形式給予外國人國民相同地位即可，不宜過早於憲法層次即給予平等權保障，而全然消除本國人與外國人之法律地位差距。」

¹⁵⁸ 可參劉慶瑞（1971），《中華民國憲法要義》，修訂六版，頁 50；陳新民（1999），《中華民國憲法釋論》，三版，頁 138-139，三民；蔡茂寅（1999），〈現代憲法論：第六單元平等權〉，《月旦法學雜誌》，第 46 期，頁 113；李東穎（2017），同前揭註 87，頁 243、257-259；李建良，同前揭註 87，頁 97；李震山（2003），〈論移民制度與外國人基本權利〉，《台灣本土法學雜誌》，48 期，頁 57-60；李念祖（2001），〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉，《憲政時代》，27 卷 1 期，頁 92-94。

¹⁵⁹ 「要求具備最基本的『可相提並論性』，乃因世界上每一個人、事、物都可以找出在某些特徵上是相同的，因此，並不是任何時候當國家對某類人或某種生活事實作了一定規定對沒被規定到的其他人或生活事實就當然構成差別待遇，而需要進行平等原則之審查，毋寧，只有當法律所規定與被排除在規定範圍之外之人或生活事實兩者間共同具有一個他人或其他生活事實所未具有之特徵（genus proximum），因而具有可相提並論性時，國家對其所作差別待遇才有作平等審查之意義與必要。」

證的法律之範圍內，而形成了無證居留之身分，然而，二者身分的具體成因並不相同，因此在法律設計的手段上有所差異，是為合理。惟，現行法並非僅是因應無證兒少的手段上容有差異，而是僅考慮到無證居留的無依兒少，完全排除、未論及¹⁶⁰有依兒少的部分。就法律地位而言，沒有合法居留證的移工子女，無論是在共同體相互負擔的全民健康保險、或者國家稅收支應的基本教育與幼兒以疫苗接種，往往皆以具「國民」身分或「合法居留」為前提，因而二者在法律地位上是有相似性的；從權利保護必要的角度切入，儘管無依兒少與生父、母分離，在生理與心理上承受的風險初步看來較高、更具脆弱性，然而同樣的，經政府安置下，其生存需求及權益的缺漏較能被即時看見，以彈性的手段代為關照，有依兒少則否，因此在法律地位相似下，二者皆有權利保護的必要。並且，有依、無依兒少皆為事實上無國籍之情形。因此，無證居留之無依及有依兒少應是具可相提並論性。

第三款 平等權之客觀限制

關於「合法居留證的核發」，該具體內容為居住遷徙自由下的具體內涵，理論上並非外國人所得主張之憲法權利。故有疑問的是，透過平等權的形式而成為其實質請求內涵，是否有藉機規避憲法基本權利保障範圍的疑慮。

對於此問題，德國基本法在基本權利之文義上明顯地區分出人人得主張之「眾人之權」以及限於德國人享有之「國民權」，故曾引發過類似的討論：如果立法者在國民權領域形成優惠本國人的法律政策時，外國人得否依據平等權主張禁止差別待遇？多數見解認為，限制外國人之國民權，並不等同於平等權在國民權領域即無法適用。¹⁶¹引用學者李東穎對於德國基本法下平等權討論之觀察¹⁶²：「主流見解認為，基本法將集會、結社、職業與遷徙自由的主體限制在本國人，意謂著原

¹⁶⁰ 在「非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程」中，其同時附上有關各類型移工子女之身分認定的法律，「類型 2 生母為外國人，生父為外國人或不詳者：兒童、少年之生母為外國人，生父為外國人者，該兒童、少年即與生父或生母具有相同之外國國籍，非屬無國籍人，如符合國籍法規定，亦得申請歸化。各收案單位請移民署專案核發與生母或生父具有相同國籍之外僑居留證或協助辦理旅行證件。」完全忽略該類型下無證居留的情形。

¹⁶¹ 李東穎，同前揭註 158，頁 251-252。

¹⁶² 同前註。

則上允許立法者在此形成優惠本國國民之措施；平等原則毋寧僅要求，國籍因素與差別待遇措施必須存在正當合理關聯。例如，(略)於許可外國人在本國執行特定職業後，復就執行方法形成本國人與外國人間之差別待遇，即難以通過平等原則的審查。」故德國通說亦認為平等權在適用上不應有所限制。

同樣地，在我國主流通說在基本權主體上採取基本權利理論，則亦會面臨到國民權可否成為平等權主張的內容，使區分實益遁入平等權的藉口中。借鑑前述德國學說上的討論，既然平等權之本質內涵在於衡諸事務之性質而為相同或不同之處理；故當此差別待遇的目的及區分標準係符合事理關聯，則以「國籍」作為分類基準自不構成平等權之違反，而不生前述矛盾的疑慮。這樣的論理方式也同樣常見於學者反駁「允許外國人主張平等權會使其完全享有國民待遇」的論調¹⁶³，即重點毋寧在於立法者之分類標準是否恰當、措施及分類標準間是否合乎事理關聯的觀察。同時，「無直接請求國家予以合法居留之權利」與「既有規範是否符合平等原則」，係屬於兩回事。因此，憲法平等權所依附的權利或利益應無範圍、內容上的客觀限制。

第四項 憲法第 15 條生存權

憲法生存權的權利內容，基本上有兩個面向，其一為消極的防禦國家侵害人民生命之權利，其二為積極的請求國家照顧、維繫生存的權利，例如失業人民請求救濟、急難事故請求國家救濟等。

關於生存權如何與本文所欲主張的無證兒少合法居留之請求有所連結，則涉及其積極內涵的詮釋與理解，即國家保障人民生存、受相當水準生活之權利。

第一款 生存權的社會基本權性質

我國憲法生存權作為社會權的權利性質，可自制憲時即 20 世紀初期的社會正義思潮，以及相關制憲史料中循其根源。具體來說，18、19 世紀的人民革命背景下的人權思想，以自由與平等作為兩大宗旨，係強調禁止國家干預個人自治領域

¹⁶³ 李震山，同前揭註 158，頁 55。

的防禦權。然而，過度的自由配同自由經濟的資本主義市場，形成了嚴重的社會問題與社會結構下難以歸責於個人的不自由、不平等。故自 20 世紀初期，尋求實質的、社會的自由之聲浪逐漸形成，主張國家基於平等原則下係有相應的社會義務。是此，人權的概念不再僅是消極的防範國家侵害個人自由，而更是包含了人民積極請求國家行為的概念轉變；由於此係有別於傳統的自由基本權，故就積極請求國家行為之權利，可稱作社會基本權。

除結合當代的思想潮流，透過憲法本文的觀察，亦顯見我國蘊含的憲政價值。例如，我國憲法前言「為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利」及憲法第 1 條所揭示的民生福利國原則（或社會國原則），亦使社會基本權的論據有所憑依。

為使無證兒少請求合法居留，在無法以法律解釋尋得解決時，便須轉到立法論的路徑，在此之下，請求的內容自須立基於相應的憲法基本權利。此請求內容上為積極請求國家之行為，故就傳統以防禦國家侵害人民權利的自由權，自難以為請求依據。憲法第 15 條生存權在禁止國家侵害個人生命之外，更是蘊含現實生命的延續，亦即人民請求國家照顧生存之權利的積極意義，而兼具社會基本權之性質。因此，在此基礎上，可以初步肯認以生存權作為「無證兒少合法居留請求」之權利基礎的適當性。然而，尚須更進一步觀察的，是生存權的權利內容為何？亦即，人民請求國家照顧生存、有尊嚴的生活之權利，在內涵上是否涵蓋本文無證兒少所欲主張的，不受侵擾或時刻憂慮受驅逐，且合法、合乎尊嚴的生活在一國境內，此一內容。

第二款 生存權的權利內容

生存權所涉及的法益與內容多樣，自憲法本文觀察，即包含第 142 條的國民經濟、第 153 條工農制度、第 155 條的社會安全制度、第 159 條的教育文化及第 160 條的醫療公衛等，所涉及的文化需求、健康生活，皆是生存權所保障的範圍。因此，其概念之抽象與廣泛，可見一斑。其中，最常受提及的是生存權底下的「最

低生存保障」概念，此亦為少數（或唯一）受學者、外國實務所肯認有主觀權利性質的社會基本權，同時也是本文所欲作為無證兒少所主張的權利內容。

最低生存保障的概念如字面上所示，是維持個人生存所需的最低基礎條件。惟此詮釋在現代社會中或許過於抽象，例如，怎樣的人無法維持生計、而能主張最低生存保障？或如，怎樣的扶助或多少額度的最低生活費，方能符合憲法所課予的國家保護人民生存之義務？此皆難以從憲法第 15 條加以探求，故最低生存保障的實踐，皆有賴立法者加以具體化。

在憲法最低生存保障之概念具抽象性的情形下，究竟如何論證：無證兒少的合法居留請求與最低生存保障間的關聯？本文以為，可從兩個層面加以切入。

第一目 合法居留身分與最低生存保障各面向之關係

關於最低生存保障之內涵所包含的層面，可透過外國立法例與判決的參考，以及社會救助法的項目加以理解。

1. 由我國社會救助法勾勒最低生存保障之內涵

社會救助法為最低生存保障的具體化，由社會救助法的給付項目，可以窺見最低生存保障所觸及的範疇與面向有哪些。例如，我國社會救助法第 15-2 條所提到的社會參與與社會融入之促進，意涵著最低生存保障之內容絕不僅限於物質、生理生存的最低需求，而係考量到人類本質上作為群體動物，難以脫離社會而生活、社會互動的不可或缺，故，最低生存保障必然包含精神上的生存，此亦賦予了人性尊嚴的意義，顯示了憲法價值秩序融入生存權中最低生存保障之解讀。

又如，同法第 16 條以下所列的教育補助與學雜費減免、住宅補貼，及第三章的醫療補助，皆顯示最低生存保障所涵蓋的範圍，非僅食、衣等單純的物質生存，更多的是，最低生存保障應解讀為「符合人性尊嚴的生活之最低生存保障」，而應包含：住房需求、教育需求、健康滿足等。¹⁶⁴

¹⁶⁴ 類似見解可見 Wolfgang Däubler, *Das Verbot der Ausgrenzung einzelner Bevölkerungsgruppen – Existenzminimum und Arbeitslosengeld II*, 18 NZS 227 (2005)，轉引自張桐銳，〈論憲法上之最低生存



(1) 疑問一：最低生存保障的內涵

另外補充，雖然上開部分條文以「得」的文字規定，而形成最低生存保障究竟是否有保障文化教育、健康需求等面向之疑慮，不過，本文以為，應無需因法律的文字而過快否認或質疑最低生存保障內涵的全面性。

因為，從憲法角度來看，除內在信仰自由¹⁶⁵、思想自由¹⁶⁶等受憲法絕對保障之權利外，憲法第 23 條即已明示基本權利係得基於公益需求而以法律限制者。故以法律保留主管機關在最低生存給付項目上的裁量權限，本即符合憲法的價值體系，故以此作為質疑最低生存保障內容的理由，尚非的論。¹⁶⁷至於是否可以更正面的描繪出教育文化、健康等面向的最低生存需求，有賴立法者加以具體化；惟如立法者並未予以立法，則人民請求之最低生存給付要求的內容—在本文中，即以教育為例，無證兒少是否可以請求接受國民基本教育—是否是最低生存保障之範疇，則須個案檢視，就此，本文將詳細於後述。但，如肯認最低生存保障至少涵蓋健康、文化教育等的面向，在現在以身分作為權益給付前提的法制架構特性來看，無證兒少在健康、文化教育上的最低生存保障，至少是毫無直接的法律可資主張¹⁶⁸，使在難以維繫最低生存基礎時，因為並無權利可主張，致使侵害最低生存保障，以及個案所涉的基本權利遭受全然地剝奪。基此，合法居留身分的請求，係與無證兒少在不同面向上的最低生存保障有直接且密不可分的關聯性。

(2) 疑問二：主體問題

另一疑問為，社會救助法之「戶籍所在地」等申請人認定要件之規範，顯然係將救助對象限於「本國人」而不及於外國人。¹⁶⁹就此，是否有推翻以社會救助

保障請求權》，頁 173。楊奕華亦指出，生存權應賦予人性尊嚴的意義，參楊奕華，同前揭註 177。

¹⁶⁵ 司法院釋字第 490 號解釋。

¹⁶⁶ 司法院釋字第 567 號解釋。

¹⁶⁷ 惟須注意的是，基於最低生存保障請求權作為所有自由或權利實現的根本基礎，而具有根本重要性，在財政上應予優先編列。故以財政分配作為公益的理由，原則上難以正當化對於人民最低生存保障請求權的限制。參張桐銳，同前揭註 164，頁 182。

¹⁶⁸ 固然，兒童及少年權益保障法第 22 條揭示了「所有」兒少的權益應予保障，但具體實踐仍有賴個別制度的設立（例如國民教育法及其子法作為保障無證兒少受教權的直接相關法律）。

¹⁶⁹ 內政部 90 年 3 月 2 日台內社字第 9009149 號函，亦同旨。

法描繪無證兒少所得主張的最低生存保障之基本圖像的疑義？首先，最低生存保障請求權具體內容固然抽象而待立法者加以具體化，惟其權利主體應及於所有人，此為多數學者所肯認的。本即不應以下位階法律所之適用對象定義憲法基本權利的主體範圍，生存權既然具普世性，無證兒少自得為權利主體。其次，最低生存保障請求權是否因權利主張者為本國人、外國人而有保障程度上的差異，應屬否定。蓋生而為人本即有最低生存基礎條件的需求、皆有權利享有具人性尊嚴的生活，不因國籍而有異、亦不宜受限於國家的現有財政狀況。就此，經社文公約、兒童權利公約等國際規範所揭示的最低核心義務，不受國家財政與經濟發展程度所侷限，而應立即實現該權利（所有兒童平等地接受基本教育等），亦凸顯了相類似的精神。故，作為外國人的無證兒少自得主張最低生存保障請求權，且該抽象的內涵在保障程度與範圍上，不因國籍而有區別。¹⁷⁰

2. 以比較法的參考理解最低生存保障所涵蓋的內容

在以我國社會救助之具體項目作為最低生存保障之內涵解讀之外，亦可參考同樣為民主自由國家之立法例及憲法判決，關於最低生存保障之詮釋與定義。例如，日本憲法第 25 條，「所有國民均享有醫療及文化的最低限度之生活的權利。」¹⁷¹亦明確顯示最低限度的生活至少有象徵著生理生存的「健康」以及精神上生存的「文化」此二面向。自可呼應前述提及的，教育文化包含在最低生存保障的脈絡下，只是怎樣程度的教育文化可受人民請求，則尚待立法者具體化；在相關法律的缺乏下，人民得否請求最低文化生存權，則涉及最低文化生存權的認定，以及最低生存保障請求權之規範效力問題。

另外，德國聯邦憲法法院在 2010 年的 Hartz IV 判決¹⁷²在最低生存保障上由國家義務轉為人民主觀權利，並以程序要求代替實體標準的審查，這樣的判決模式

¹⁷⁰ 吳庚（2003），《憲法的解釋與適用》，修訂版，三民，亦同此見。

¹⁷¹ 引自永久和平發展協會網站，<https://www.lawlove.org/tw/lawlove/discovery?b=JPN.001>（最後瀏覽日：2025 年 8 月 3 日）。原文可見於眾議院網站，

https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_annai.nsf/html/statics/shiryo/dl-constitution.htm（最後瀏覽日：2025 年 8 月 3 日）。

¹⁷² BVerfG, 1 BvL 1/09, Feb. 9, 2010, https://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html.

值得借鑑。在論理的部分，法院一方面尊重立法者享有具體化最低生存保障內涵之空間，另方面，強調該保障內容應切進實際、與時俱進，並區分了生理與文化最低生存需求。此判決應證了最低生存保障之內涵本即會隨著社會發展與經濟演變而有所進展，以及最低生存保障之面向不侷限於生理生存，而尚包含文化生存。

以上的比較法參考，顯示出傳統所認為的給付行政一如教育、醫療給付，是與個人維持最低生活水準所不可或缺的，故縱使就社會給付相關制度上，立法者有較寬廣的裁量權限，惟在觸及到人民最低生存保障的底線時，即應予以特別注意。在無證兒少合法居留的請求中，即直接涉及了相關的最低基本生存保障之剝奪，而與憲法第 15 條生存權保障密不可分；因而，構成了無證兒少得以依據憲法最低生存保障請求權，請求合法居留之理由之一。

以下將繼續論及依據最低生存保障請求權作為主張的另一理由。

第二目 合法居留身分以及最低生存保障本身的關係

無證兒少所請求之合法居留，是否落於最低生存保障內涵的範圍一題中，首先，應該討論的是，在司法救濟途徑中以最低生存保障請求權作為權利基礎，司法權可否直接認定最低生存保障之內涵？在討論最低生存保障請求權的具體內涵（甚至是規範效力），因為其係請求國家為積極給付的社會基本權性質，同時，最低生存保障所涉及的合乎人性尊嚴生活此一內涵，亦隨著時空及社會文化環境的不同而有變動，並非僵固不變的標準，甚且，最低生存保障欲保障到何種程度亦涉國家資源的分配，基於以上的特性，最低生存保障的具體內涵往往交由立法、行政等具民主正當性的政治部門加以形成。司法權基於司法自制、權立分立、民主正當性等原則下，並非決定最低生存保障之標準與具體內涵之最適憲法機關。基此，「無證兒少之合法居留請求，是否落於最低生存保障內涵中」此一問題的根本矛盾性在於，1、司法權無法判命行政或立法部門做出特定的給付，2、司法權作為認定最低生存保障之具體內涵的機關，是有疑慮的。

縱使如此，仍非謂本文無法就此問題進行分析與討論。對於第一點的回應，縱使司法機關（即憲法法院）無法做出「立法或行政部門應給予無證兒少合法居

留證」之判決主文，但仍是可以定期修法之宣告方式，促請政治部門進行維繫無證兒少最低生存保障需求之行為，而將具體措施交由立法形成或行政裁量決定。不過，在證立無證兒少的具體請求上，尚涉及司法權與立法、行政權間之關係，最低生存保障的規範效力問題，以及憲法保障的權利與政治部門在社會立法、社會政策形成自由間的緊張關係，有待進一步討論與分析，並將詳於第三節進行討論。此先進行最初步的內涵上認定，以作為後續討論的前提基礎。

對於第二點的回應，本文以為，仍可透過釋憲實務在生存權內涵的討論與觀察，了解過往實務遇到最低生存保障，是如何認定其內涵。並同時輔以學理上的討論，以試圖勾勒出基本的最低生存保障之圖像。

1. 釋憲實務

大法官體認到生存權之最低生存保障內涵與範圍的抽象性，以及涉高度專業與政策性考量下，在憲法解釋上並不直接援引生存權條款作為權利主張基礎，而是將之融入憲法審查，提供憲法客觀價值秩序的指引。

憲法第 15 條生存權的引述，最早可見於釋字第 203 號解釋，「學校對於聘約期滿之教員不予續聘之程序，其明示應列冊並敘述如何不為續聘之原由，向主管上級機關報備者，旨在督促學校對教員之不續聘，應審慎辦理，與憲法第十五條及第一百六十五條保障人民生存權及教育工作者生活之意旨並無牴觸。」顯見憲法生存權之保障絕非無法律拘束力、道德性宣示的方針條款；可惜的是，本號釋字對於生存權保障之具體內涵並未多加詮釋。

綜觀釋憲實務與最低生存保障相關之解釋，大略上可分為社會安全制度（例如：退休金、眷屬年金）與所得稅之免稅額及扣除額兩種類型的案例。此現象固然反射出生存權作為經濟上受益權之特性，惟本文以為生存權之最低生存保障內涵，絕非只限於與經濟安全有關者，已如前述。¹⁷³毋寧是，國家保障人民生存之

¹⁷³ 除此以外，亦可參考比較法上立法者對於具體化最低生存保障的形式，亦不受限於金錢。「德國社會法典第一編第九條第一項之規定，將社會參與所必要之需求，列為最低生存需求。對此，德國聯邦行政法院提出之些操作公式可供參照：接受扶助者，應能在非接受扶助者周遭，與其相類

維繫手段多端，而以經濟支持是最為直接、清楚的方式。因此，釋憲實務上的最低生存保障案例多半為與經濟生存有關，並不當然可以解讀為最低生存保障的具體內涵只限於經濟上支持與請求此一端。



透過以下憲法解釋的觀察，可以發現最低生存保障所具有的基本特性，而有助於詮釋其具體內涵。

(1) 切近實際之要求

釋字第 422 號解釋可說是在詮釋生存權最低生存保障上最為直接的解釋。其涉及佃農（耕地承租人）在家庭生活費用上的計算。依三七五減租條例第 19 條第 1 項第 3 款，如出租人收回耕地將使得承租人失其家庭生活依據，則耕地期滿，出租人亦不得收回租地；本條目的係為保障佃農的生活憑藉與生存權。本號解釋以為，關於佃農家庭生活費用之核計方式準用最低生活費支出標準金額，「以固定不變之金額標準，推計承租人之生活費用，而未就不同地域物價水準之差異作考量…難謂切近實際，有失合理，與憲法保護農民之意旨不符，應不再援用。」

本號解釋強調，最低生存保障的核心旨在保障個人在現實社會生存的實際基礎需求，則自會因個人所處的不同時空背景、社會環境、文化差異、發展程度而反映出不同要求，故個人最低生存保障上的認定，並非是一個僵固不變的標準。人民之生存基礎需求既會隨著不同社會脈絡而有所浮動，最低生存保障之具體內涵則有賴行政、立法等政治部門對於社會存在的結構性弱勢者形成具體制度來落實。例如，無證無依兒少基於無證居留的身分而受到進入學校、疫苗接種上的阻絕，教育局即以專案方式使其得以入學、台北市政府亦在其自治範圍內提供疫苗接種補助以保障這類兒少的最低生存需求；其後更是直接核發合法居留證，徹底排除無證無依兒少在取得基礎生存所需的法律障礙。

(2) 合乎人性尊嚴的生活

似地生活；只要個人即使相對於較低所得之購買者，也仍然受到歧視，則其必須擁有透過節儉對此加以補救的可能性；不好的社會地位不得導致其受到排擠。」參張桐銳，同前揭註 164，頁 173-174。

人性尊嚴作為憲法最根本、上位的價值，在憲法解釋上，對於人民享有最低生存所需的詮釋，自然應是符合人性尊嚴的生存，而非毫無尊嚴的勉強苟活。¹⁷⁴透過將人性尊嚴融入最低生存保障請求權、成為其核心內涵，不僅符合憲法的客觀價值秩序，亦使得國家在政策制定上不將弱勢者貶抑為客體，而是享有權利、有尊嚴的主體。

在釋憲實務上，亦可觀察出最低生存保障請求權係具有人性尊嚴的意涵融於其中。按釋字第 485 號所揭示，「憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第一條、基本國策及憲法增修條文第十條之規定自明。本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。」釋字第 766 號解釋，「人民依社會保險相關法律享有之社會保險給付請求權，具有財產上價值，應受憲法第 15 條財產權之保障；如其內容涉及人民最低限度生存需求，則應兼受憲法第 15 條生存權之保障。... 國民年金保險係國家為實現人民享有人性尊嚴之生活（下略）。」皆顯示出生存權之最低生存保障在解釋上應融入「人性尊嚴」的精神。參考德國聯邦憲法法院所提到過的，「基本法中的人的圖像，不是孤立的個體，而是生活在社會中，與社會產生連結。」有助於詮釋人性尊嚴以人為本的意涵。

在此基礎上，再去描繪最低生存保障的基本內涵，本於「有人性尊嚴的生活」，並結合切近實際要求下以我國作為民主自由、經濟成熟發展國家所應具有的生活水準為準繩，去理解維持個人最低限度的生活，應非只是單純的衣、食上的生理生存維繫，尤其在考量兒少身心未臻成熟的情況下，其最低限度的生活，尚應涵蓋足使健全成人的部分，包含最基本的社會參與及互動、足供精神與內心世界成熟發展的環境。

無證兒少基於身分上的不合法性，為躲避遭查緝與遣返，往往與父母一同隱匿於山上。此盡力隱匿、藏身的狀態，有可能使得無證兒少在人際交往上權利天然的受到剝奪與阻礙，封閉單一的成長環境同時也對兒少的身心發展無形造成障

¹⁷⁴ 類似見解，可參釋字 694 號羅昌發大法官協同意見書；釋字 694 號陳新民大法官協同意見書，頁 3；釋字 694 號黃茂榮大法官協同意見書，頁 4。

礙。¹⁷⁵然而，何謂最低限度的社會參與、怎樣是使兒少健全發展成人的最低限度生活環境，皆具高度抽象性¹⁷⁶；因此，未能給予無證兒少安穩的、合法的居留在我國境內之法律地位，是否表示其最低生存保障的權利受到了限制？

固然，足以肯認無證身分對於兒少生長環境造成了嚴重侷限，亦天然的使其需疏離於人群，惟此障礙是否達到危害了兒少社會與文化生存的最低標準，尚難以從上開合乎人性尊嚴與切近實際的特性開展出一定的結論。而從學說與比較法上的觀察，詳下述，可能也難以進一步釐清此問題：

學說在其內涵認定上與釋憲實務的合乎人性尊嚴的生活¹⁷⁷、切近實際¹⁷⁸的要求係有所重疊，但基於此具體內涵認定具高度抽象性而需政治部門依當代社經情形加以認定，故對於最低生存保障之具體內涵並未有過多的討論。至於比較法上，可觀察我國憲法釋義學主要的繼受國家即德國，在最低生存保障請求權上的內涵認定。自學者孫迺翊觀察，其發現，相較於我國釋憲實務更為直接的給予最低生存保障具體內涵指引與建議，德國聯邦憲法法院係採取較為保守的態度、而不直接做出判斷，理由在於，「最低生存保障的具體內涵隨著價值觀改變以及社會經濟條件狀況動態調整，這種動態調整的要求，是從人性尊嚴強調『個人作為社會群體中的一份子』推導而出，但矛盾的是，內容抽象且取決於當代社會經濟文化條件的憲法誠命，如何作為檢視法律命令是否落實最低生存保障的審查標準？或許

¹⁷⁵ 曹馥年，同前揭註 31。

¹⁷⁶ 對於無證居留身分在兒少身心健康上的影響，可參考國外的相關文獻。Jorge Delva et al., *Mental Health Problems of Children of Undocumented Parents in the United States: A Hidden Crisis*, 13 J. Community Positive Prac. 25 (2013); Hirokazu Yoshikawa et al., *Unauthorized Status and Youth Development in the United States: Consensus Statement of the Society for Research on Adolescence*, 27 J. Res. Adolescence 4 (2016); Elizabeth Vanquera et al., *Emotional Challenges of Undocumented Young Adults: Ontological Security, Emotional Capital, and Well-being*, 64 Social Problems 298 (2017).

¹⁷⁷ 法治斌、董保城（2020），《憲法新論》，七版，頁 116-117，元照；楊奕華（2022），〈經濟自由〉，程明修（主編），《憲法講義》，初版，頁 295，元照；蔡維音（2001），《社會國之法理基礎》，頁 50-51，正典；周宗憲（2005），〈人性尊嚴與人民最低限度生活權的保障〉，《司法週刊》，第 1239 期，頁 2-3；孫迺翊（2006），〈社會救助制度中受救助者的人性尊嚴保障：一個憲政國家前後的比較觀察〉，《月旦法學雜誌》，第 136 期，頁 65-87。

¹⁷⁸ 例如，學者蔡維音提到，「基礎生存所需的具體內容要如何認定，是很困難的問題，因為這牽涉到國家的救助要提供到什麼程度才不構成違憲的問題。一般這個決定都是交由立法過程去形成，因為這不僅牽涉到特定的社會經濟環境，也涉及到文化因素的差異。」參蔡維音，《社會國之法理基礎》，正典，頁 51。

因為如此，聯邦憲法法院對於界定最低生存保障之實質內涵為何，一向採取保守態度。」¹⁷⁹

因此，在現行法制的架構下，合法居留身分是享有最低生存保障的基礎前提，而二者間具有密不可分的關聯性，但其本身並不一定落在最低生存保障請求權的內涵與範圍中。

第二節 各權益所涉之憲法基本權利基礎

第一項 無證兒少接受基本教育之憲法上權利

第一款 憲法第 21 條受教權

憲法第 21 條：「人民有受國民教育之權利與義務。」包含了基本教育及補習教育。¹⁸⁰無證兒少可否基於本條主張受國民基本教育之權利，涉及本條在保障範圍上是否涵蓋外國人。

憲法第 21 條的特殊性在於，其係同時規範了人民應負的義務，以及所享有的權利之雙重性質。我國憲法關於人民應負之義務的規定有三：納稅義務、服兵役義務及受國民教育之義務。前兩項義務自然僅限於本國國民，此係基於國家與國民間由主權所連繫與直接建立的特殊、緊密關聯性，不似外國人與它國所建立的短暫、隨時可脫離之關係，因此，國家課予其國民而非外國人憲法上義務係有正當性，相對的，國民享有的憲法基本權利清單通常超過外國人（例如：居住遷徙自由、工作權等）。基此，受國民教育之權利與義務僅限於我國國民，而不及於外國人，自屬合理。

學說上，多數亦認為受教權之保障，通常是個人所屬國家之責任，與該國政治、經濟條件具有不可分離之關係，他國並無保障責任，而不認為第 21 條保障主

¹⁷⁹ 孫迺翊（2012），〈社會給付權利之憲法保障與社會政策之形成空間：以德國聯邦憲法法院關於年金財產權保障及最低生存保障之判決為中心〉，《台大法學論叢》，41 卷 2 期，頁 498。

¹⁸⁰ 參吳庚，同前揭註 170，關於第 21 條之內涵，可由憲法第 160 條輔以詮釋。

體及於外國人。¹⁸¹



第二款 憲法第 7 條平等權

國民教育法第 30 條第 1 條授權訂定之無國籍學生就讀國民小學及國民中學辦法第 6 條「在臺出生未辦理戶籍登記或未取得居留、定居許可之非本國籍兒童、少年，已依兒童及少年福利與權益保障法第二十二條規定，由衛生福利主管機關會同相關機關協助辦理有關戶籍登記、歸化、居留或定居等相關事項者」得接受基本教育。本條規範對象實際上是對應到本文第 4 類型無證之無依兒少¹⁸²，卻排除顯然「無法由主管機關辦理居留」的無證有依兒少，形成了差別待遇的現象。而此二類兒少具有可相提並論性，已如第三章第一節第三項所述，則無證有依兒少援引平等權以資主張應同樣享有分發入學、接受基本教育之權利，係有討論空間的。

另外，此脈絡下的平等權請求，考慮到我國教育建設及資源上的的完備，因此應是請求分享既有制度的使用，而非直接請求設立學校或擴張既有教育容量，甚且後者亦牽涉社會資源、國家財政的運用，自非司法權可介入審理的部分。

第三款 憲法第 15 條生存權

儘管憲法第 21 條受教權之權利主體並不包含作為外國人的移工子女，立法者非不得在法律層次上訂定相關制度與權利，如國民教育法第 30 條第 1 項授權制定的外國學生來台就學辦法。不過，本文以為，在憲法第 15 條生存權下的最低生存保障的脈絡下，推導出移工子女在最低教育水準的保障（即基本教育），是有討論空間的。

¹⁸¹ 李建良，同前揭註 87，頁 97；吳庚，同前揭註 170；林紀東，同前揭註 157，頁 66。

¹⁸² 參見立法理由第 2 點：「為落實兒童及少年福利與權益保障法第二十二條規定，非本國籍在臺出生而無法確認身分或國籍之兒少，於取得身分證明文件前，應保障其在國內就學權益（如外籍失聯移工在臺生育之子女，尚未取得身分證明文件），爰於本條予以定明，得準用第三條至第五條規定辦理，以資周延。另在臺出生指在臺灣地區出生者，依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第二條第一款規定：『臺灣地區：指臺灣、澎湖、金門、馬祖及政府統治權所及之其他地區。』併予敘明。」（粗體與底線為本文標注的）



生存權的社會文化側面，因牽涉個人與社會間的互動，故其具體內涵自係具有變動性的；又生存權下最低生存保障之核心「合乎人性尊嚴的生活」，基於人性尊嚴之概念隨著不同時空背景有不同判準，故其概念隨著社經條件發展有所浮動。¹⁸³

1. 正面定義出生存權與基本教育之關係

在觀察生存權與無證兒少基本教育間之關聯性，首先，可以正面的觀察國際人權規範的最低標準，蓋其劃定了現代民主自由發展的社會所應共同遵循之最低準繩，應可作為「合乎人性尊嚴之生活」內容的參照。其以為，國家就住房、基本教育等權利上應有立即實現之最低核心義務。我國憲法第 141 條，宣示了我國遵守國際人權規範之旨意；並且在 2009 年亦通過了兩公約施行法，亦顯然有奉行相關國際規範之意思。因此，固然生存權之具體內涵有其抽象性，惟經社文公約一作為國際共通遵循之準則一所揭示的最低核心義務，應可資作為認定「合乎人性尊嚴的生活」之參照。

或有認為，立法者通過兩公約施行法及其所揭示之最低核心義務內涵，尚與立法者直接、有意識的以法律的方式劃定出生存權的具體內涵有所區別；且生存權之內容過於廣泛抽象，不宜以正面的方式認定。是以，以下輔以反面論證的方式，來說明觀察生存權與基本教育之關係。

2. 反面定義生存權與基本教育之關係

相較於正面的去劃定生存權具體內涵的困難性，不妨反向的詢問，在我國民主發展、經濟發達的現代社會中，剝奪兒少接受基本教育的權利是否符合憲法在最低生存保障下合乎人性尊嚴生活之保障意旨？首先，考量到基本教育所蘊含的功能，其係社會階層流動的基礎來源，所習得之知識有助於獲得職業技能以維持生計，本身即與生存權有密切的關聯。其次，基本教育係提供了兒少身為人最初

¹⁸³ 孫迺翊，同前揭註 179，頁 485。



始的人與人間的社交互動場所，此特性係與根植在最低生存保障內涵與人性尊嚴下的社會參與，有重要的關係。因此，在生存權內涵的脈絡下（尤其是其社會文化面向），不僅可找到基本教育的定位，同時，基本教育機會之剝奪，恐怕有嚴重的危害個人的生存權、立足與社會上的可能。

因此，應可基本確認，無證兒少作為「非本國籍」之兒少，其受基本教育之權利應係可在憲法第 15 條生存權的最低生存保障脈絡下有所定位。

第二目 比較法模式的參照

德國基本法雖然並未明文規定「受教權」，不過其可透過基本法第 12 條第 1 項的職業選擇自由以及一般人格權加以導出¹⁸⁴；同時，基於社會、財政資源有限性的考量，德國實務認為該權利並無主觀請求權的效力，僅得在國家既有的容量下依平等原則與社會國原則得請求分享權。¹⁸⁵

而學者 Peter M. Huber 便是在論證受教權具「主觀權利效力」時，借鑒了 Hartz IV 判決所確立的最低生存保障請求權。其認為，既然人必須存在於社會關係中，而沒有最低教育程度也不可能有符合人性尊嚴的生活，故應具有一「教育的最低標準請求權」之存在；並透過基本權利中的「不足禁止」的要求，導出該最低教育標準請求權之主觀公權利效力。¹⁸⁶而在教育之課程內容與範圍等上，受政治決定影響下，受教權之實踐核心或個人可得訴請之權利內容，應在於「機會均等地就讀現有教育機構」上，此具體請求權對於沒有居留權者的子女等族群之受教權的實現，尤為重要。¹⁸⁷

第三目 違反憲法之基本價值決定？

對於憲法第 21 條受教權的主體限定於國民之情形，制憲者是否做出了將國民

¹⁸⁴ Peter M. Huber (著)，黃相博 (譯) (2015)，〈在中小學與大學之受教權〉，《世新法學》，8 卷，2 號，頁 385-413。

¹⁸⁵ 李震山、黃啟禎、王玉楚 (譯) (1991)，《德國聯邦憲法法院裁判選輯 (二)》，頁 71-115，司法院。

¹⁸⁶ Peter M. Huber，同前揭註 184，頁 401-402。

¹⁸⁷ 同前註，頁 403、407-408。

納入受教權保障範圍下，而有意排除外國兒少受憲法保障層次的基本價值決定？如果憲法有這樣的解釋意圖，那將外國兒少的受教權保障置於由生存權脈絡下，論證其享有接受基本教育的權利，會違反憲法的基本決定？



憲法第 21 條受教權、第 158 條以下的教育文化之制度保障及基本國策規定，在主體上限於「國民」，應係憲法考量財政資源有限、國家與國民間的緊密關係，而優先確保國民享有憲法層次、規範最起碼的權利保障與國家義務。然而，就邏輯上，應無需認定就是憲法做出了「外國人皆不允許受保障」的基本價值決定。蓋縱使某憲法基本權利或基本國策規定係限於本國國民，惟立法者決定在法律層次給予權利保障的情形，實屬常見（例如：第 155 條、第 157 條之社會福利與公醫制度，外國人仍得參與全民健保），亦不會被認定有違反憲法精神與客觀秩序，自屬當然。因此，固然肯認我國國民的受教權在憲法層次係受有保障，但並不當然連結到外國人之受教權絕對無法受到憲法層次保障的結論。而在保有憲法的開放性下，理解生存權之具體意義處於變動的情形，以透過符合憲法精神之解釋方法，推導出憲法生存權下的無證兒少受基本教育的權利，應不至於認為有違背憲法基本價值決定。

第三節 以憲法基本權利與一般原則建構無證兒少的權利保障

由於移民政策的制定（包含移工子女的身分劃定）屬於立法形成自由，而社會體制的設計（例如國民基本教育、福利制度）因涉及社會資源的運用、國家財政狀況，立法者同樣有形成自由。不過，立法形成自由不意味著創造出法院不得介入審查、憲法效力不及之的法外空間，否則在這脈絡下，無證兒少的相關主張都將因而落空；相反地，在主張無證兒少的居留、受教請求上，「憲法原理原則以及基本權利（最低生存保障請求權、平等權）」與「立法形成自由」間的互動關係不可忽視，也會是討論的重點。

第一項 立法形成自由之界線：基本權之保護

第一款 立法形成自由與基本權利保護之關係



立法形成自由的概念在我國司法實務上並不陌生，其是基於社會現實的了解而保留立法者在法律制定上一定的政策形成空間，屬於立法權不受其他國家權力干涉的獨立領域。釋憲實務亦不乏以尊重立法形成空間為由而認定特定法規範並未抵觸憲法。然而，對於立法者基於社會現實的理解，依其形成自由所進行的價值衡量，是否毫無司法權介入審查的空間？若司法權無權干涉立法者於形成自由下的法律制定，則本文所討論的，無證兒少之移民身分地位、教育、醫療等基本生活需求上，因屬於國家主權行使、涉及資源分配與財政情形的社會給付事項，在移民政策、社會福利領域下的立法裁量自由是否脫免於憲法基本權利的誠命？或基於生存權的主張而劃定可辨別的立法裁量界線範圍？故核心問題應注重在立法形成自由與基本權利保護間關係的釐清。

至於本文所稱的立法形成自由的範圍定義，除了指立法者制定法律所享有的政策決定空間之外，同時包含行政機關基於法律授權或本於職權所定的命令下的行政裁量自由。此係本於我國在社會政策的法制結構上的稍鬆散，時以下位階的命令形式補充¹⁸⁸，因而釋憲實務亦常見將命令作為審查標的之案例¹⁸⁹。關於本文的研究對象即無證兒少的議題上，行政機關亦不乏基於現有法律的侷限或保護不足，而另以職權訂定命令，例如社會福利主管機關為無國籍人之監護代理申請歸

¹⁸⁸ 例如學者孫迺翊關於社會給付規範密度之觀察：「我國社會給付立法之規範密度相當寬鬆，立法者向來習於將諸多涉及人民給付權利之內容、資格、要件等事項，授權主關機關訂定行政命令，或根本空白未做規定，再由主管機關於職權範圍內以職權命令或行政函釋作通案決定加以補充。」而在社會給付領域之外，涉及無證兒少的議題亦常見行政機關直接依職權通過函文以即時保障兒少權利。參孫迺翊，前揭註 179，頁 454。

¹⁸⁹ 參釋字第 374 號之解釋意旨，「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民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抵觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等號解釋）。」

化我國國籍、非本國籍兒少健保免受 6 個月等待期限制，而事後再由立法機關依議事流程通過法律補足其正當性的情形，亦時有所見。¹⁹⁰



第二款 立法形成自由之依據與憲法基礎

德國學者 Hans Kelson 自立法形成自由之存在目的與立論基礎提出了「規範框架」的理論，以解釋基本權利保護與立法形成自由間的互動關係。Kelson 提到，如同上位規範與下位規範的關係一般，由於憲法基本權利無法鉅細靡遺的全面規範所有內容、預先進行價值判斷，因此基本權利必然保留立法者享有一定的政策形成空間，故顯然立法形成空間係源於憲法授權以及憲法開放性。¹⁹¹但同時，所有國家機關的權力行為應受憲法拘束，因此立法形成自由並不意味著立法者在價值判斷上可脫免於法律、使政治領域成為遁入法外空間的藉口。¹⁹²因此，一方面憲法規範內容提供了一個「規範框架」，劃定立法形成自由所不可逾越的範圍，一方面，立法者在此規範框架內，保有政策形成的彈性空間，透過對社會現實的理解做出符合基本權利最大實現的價值決定，反映出憲法的框架性以及開放性的雙重面向。¹⁹³

第三款 司法違憲審查與立法形成自由

立法形成自由源於憲法授權、其範圍亦受憲法規範內容構築而成，因此立法形成自由雖係由代表民意的立法機關衡量多元利益下的價值判斷，基於民主原則，司法違憲審查機關應有所尊重，但不得逾越憲法框架，在此限度下是得受司法權所加以審查的。¹⁹⁴此意旨由釋字第 622 號解釋揭示至明，「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，

¹⁹⁰ 例如 2019 年內政部發布之「社會福利主管機關為無國籍人之監護代理申請歸化我國國籍」函文，後於 2024 年經立法訂入國籍法第 4 條第 2 項第 2 款，即為一例。參衛福部，同前揭註 47。

¹⁹¹ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), 2. Aufl., 1963. 轉引自黃舒梵（2010），〈立法者對社會福利政策的形成自由及界限：以釋字第 649 號解釋為例〉，《憲法解釋之理論與實務》，7 輯，頁 150-154。

¹⁹² 黃舒梵，同前註，頁 154。

¹⁹³ 陳陽升（2024），〈論違憲審查與立法政策形成自由：從司法院釋字第七九一號解釋宣告通姦罪違憲立即失效談起〉，《國立中正大學法學集刊》，84 期，頁 69-71。

¹⁹⁴ 黃舒梵，同前揭註 191，頁 150-156、162-166；陳陽升，同前註，亦同旨。

自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。」



第四款 小結

因此，在理解立法形成自由的理論與憲法基礎下，由於立法形成自由係為落實基本權利的實現，因此其界限範圍受憲法基本權利與基本國策等憲法規範內容所拘束。¹⁹⁵而以下將討論立法者在移民政策上訂定的移民身分地位界定、在社會政策領域（如教育、醫療健保）所享有的立法形成自由，如何受無證兒少的憲法一般原則與基本權利影響。

第二項 移民政策下身分劃定的立法裁量與憲法權利間的作用關係

第一款 立法形成自由的定義：含行政裁量範圍

立法與行政權對於申請居留證的申請人範圍有一定的決定權限，其中以立法者訂定廣泛、全面的規範為主，行政權則在必要時，以行政命令或個案方式有對於在法規範之外的對象，則在國際人權標準的考量或不違反立法目的的情形下，基於彈性、專業的功能下予以個案決定。

第二款 個別移民政策事項下的不同立法裁量範圍

從學理角度而言，移民政策上的立法裁量，會因所涉事項的不同，而有廣狹不同的範圍。關於移民政策領域，其基於所涉事項關涉主權的密切程度、可司法性，應可分為「一、涉及根本主權決定的出入境事項」，與「二、位處領土範圍內的移工（民）身分地位劃分事項」。此區別的意義在於，對於居於我國領土管轄下的移工，立法者對於外來者固然享有劃定其身分地位（永久居留、居留）的立法裁量自由，然而，移工透過與當地社群及人民的關係建立，會使在憲法上享有家庭團聚權、信賴保護等的憲法上權利地位，進而與尚未入境者做出區隔。對於前者，出入事項與國境管制縱然關涉最根本的國家主權行使，然而非謂司法與憲法權利無介入與保障空間，如釋字第 708 號所揭示，外國人至少有憲法上的程序

¹⁹⁵ 孫迺翊，同前揭註 183，頁 445。

性保障權利。舉重以明輕，對於後者，自然亦存在司法介入空間，也會是個別憲法基本權利效力所及的領域。

在「二、移工身分地位劃分事項」中，可以分為兩類，一為國籍，二為居留。對於國籍法的設計，立法者享有寬廣的形成自由。蓋國民地位的取得，象徵著將他人納入「我群」，代表著成員間的緊密關聯，使其涵括進成為政治共同體的一員、參與國家意志的形塑。而在居留的移民法制設計上，其固然涉及外來者能否合法的停居留在一國領土中，就此立法者與行政機關享有一定的裁量範圍，不過因並非如國籍取得般影響重大，因而其裁量範圍，司法權相對地較有介入空間，而其裁量範圍也會較易因涉及憲法權利而有所縮減。此脈絡下的移工（包含及家庭成員）顯然與第一次來台、尚未入境者，在憲法權利地位上是有所區別的。

對於第一次來台者，在核發居留證上的行政與立法裁量空間較為廣闊，主要以邊境安全、跨國境犯罪預防等國家利益為考量；亦有學者透過「領土原則」(territoriality)，主張既然欲來台者尚未進入我國領土境內，則自不在憲法管轄的範圍內，故無法主張憲法下的基本權利。對於無證移工，其以准許入境而逾期為大宗、對於國家利益考量上已曾受考慮，其子女即無證兒少的居留核發，考量的基礎主要會是社會融入、資源分配、人口管控、社會秩序等的社會利益維護，同時，無證移工及其子女在台多年後，與當地社群形成的連結、行政機關長期未能成功遣返、融入後形成實質的成員身分下，涉及憲法上的法安定性、家庭團聚權等，因此在裁量空間上是較為限縮的。

依循此脈絡，顯現出移民政策上的立法裁量自由，會因所涉及的事項、因涉憲法重大基本權利，使在範圍上或廣或狹。本文所討論者，既非尚未入境、未與我國國民及社群建立關聯的不相關外來者，亦非關涉成為國民、立法裁量自由寬廣的領域，而係無證兒少的居留問題。在此領域中的立法裁量的範圍，相較之下較為限縮、且與主權之關聯性較低。不過，其範圍仍涉及一般的憲法原理原則與個別憲法基本權利的作用的問題，而有待以下釐清。



第一目 憲法下人的圖像

本文涉及最低生存保障請求權，不過，在此之前，無證兒少同樣生而為人、並在符合人性尊嚴的限度下同受憲法保障之前提，可先抽象的將討論層次歸於憲法所形塑的「人的圖像」。基本上，憲法立基於人性尊嚴的精神上，強調個人主義下的自我負責原則，此項基本原則在民事法領域中發展出歸責原理、刑事法領域中的罪責原則、社會政策領域中的補充性原則。在此脈絡下，觀察在台出生的無證兒少之身分地位，其無證居留身分固然並非「懲罰」而需循嚴格的罪責原則，然而，在父母居留地位實質決定其子女居留地位，所影響的是兒少在健康、教育、社會政策等法律制度中的資格，乃至於其基本生存條件。在台出生之無證兒少，對於其未經移民署發給合法居留身分的情境，是無法課責的。又其在我國境內同受憲法生存權效力所及，故而比起粗糙的使「兒少之居留地位直接取決於父母地位」，立法者至少應將兒少的無責性以及無證居留嚴重的後果納入考量，有更細緻地設計、甚至使行政機關得對具體個案進行一次核發與否的決定，而不是至始未受考慮、排除於外。

或有謂，兒少的身分本即牽連於父母，例如國籍授予法理下的屬人主義、屬地主義，皆與所謂的憲法下自我負責原則並不相關，亦未見生於戰亂、窮困國家者向他國國家請求歸入其國籍。然則，一為本文所討論的層次係居留、而非國籍，相較於後者，居留證的核發行政機關的決定空間較為彈性與寬鬆，甚且，有別於初次入境所需考量的跨國境犯罪預防、邊境安全等國家利益，在台出生之兒少其父母多半係經准許入境而逾期居留外、對於兒少的考量是社會融入、人口結構、資源分配，二則於戰亂、窮困國家者，在國際公法學上亦有難民、庇護的概念（近期包含經濟難民是否應列入難民等討論），同樣是源於人權，與本文憲法自我負責原則源於人性尊嚴、個人主義等人權概念是類似取徑的。

第二目 比較法觀點：兒童權利公約下「兒童」的主體性

現行法對於移工子女的合法居留身分取得，主要依據入出國及移民法第 26 條

第 3 款所規定的依親方式取得居留身分。這樣的立法設計，使得兒少在居留的申請上僅能依附於父母，是否係將兒童作為父母之附屬品，而未能切合於兒童權利公約所揭示的「兒童作為權利主體」的意旨？



追索這樣的立法緣由，其背後的理論基礎，為移民政策及國境管理的考量。蓋外國籍人如欲入境或持續居留，其應受主權國家所許可；許可方式可能為工作許可，亦可能基於家庭團聚的考慮，故居留的正當性依附於血親的合法居留。

前開立論固然有所憑據，然而，在遭遇現實中複雜因素所構成的非本國籍兒少案例中，以父母作為規範主體、兒童作為依附的規範模式，顯然會有所不足，而使兒少的身分可能因事實上的問題或法律上規範的不足，而為無國籍及無證居留身分。因此，以「兒少作為權利主體」作為其身分取得的立法設計中考量因素之一，顯然係有必要的，故而，在兒少法第 22 條中，可見其肯認了主管機關依職權協助非本國籍兒少的身分取得。而這樣的案例又可大別為三種類型：

第一，可特定生母國籍且生母行方不明的無證居留之無依兒少。此類型的兒少，顯然為入出國及移民法（下同）第 26 條第 3 款以兒少附屬於父母的規範模式下，所未能考慮到、完善處理到的類型。詳言之，此類型兒少並不非生父、母無可考，故其係外國籍兒少下，取得居留身分的唯一方式屬第 26 條第 3 款的依親居留；惟無依兒少的生父、母行蹤不明，顯然無法由依親居留方式取得合法身分，則成為法律所漏未規範到的類型。因而，行政機關後於 2019 年發布了「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程」，立基於兒童本位的思考角度，針對此種類型的兒少做成了詳細的作業流程與案型，補足了法規範的缺漏。

第二，第 1 類型(b)及第 2 類型中，生父係國人或合法居留移工，因未能充分證明與子女之血緣關係，以致形成無證居留有依兒少案型，屬於事實上障礙。此類型的兒少身分取得（主要為非婚生子女），主要繫於父母的積極行為，例如，父親（國人）是否欲認領子女、生母是否能提供單身證明；兒少係作為接受的一方，故其國籍及居留身分極其仰賴於父母之行為，然而，當其父母未能有相關積極行動，則兒少易傾於無身分的狀態。而這樣的父母子女關係，同樣反射出兒少易淪為了父母所隨意支配、丟棄的財產或客體。就此，衛福部在 2025 年 5 月公布了「父

或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」，其中在醫療補助項目，明示了補助確認身分所作之親子關係鑑定費用，係由兒少為權利主體的角度出發，試圖減緩生父不願或因經濟因素無能力證明親子關係的事實上障礙。

第三，第 2 類型中生父、母皆為無證移工下，其子女屬無證居留的有依兒少的立法論討論。從移民政策的角度來看，此類型的兒少應非法所漏未規範的類型，而應是國境管理及主權行使下法律所有意排除的類別。惟，從憲法一般原則下的自我負責原則來看，兒少對於其不合法的身分地位，並不具有責任、亦非其有意識、可控制的選擇；依憲法下的法安定性，無論其身分的合法與否，長期的生活與社會的融入所形成的社會連結，會使國家驅逐人民的權力有所遞減；由平等權角度觀之，此類兒少係與無證居留的無依兒少（協尋生母時的前期身分）有可比較性，均屬事實上無國籍，國家對於其身分的差別待遇應有充分正當理由。綜上，納入兒童權利公約下的「兒少為權利主體」之精神，審視現行兒少取得身分之立法設計，該類型的兒少，在法律上非無主張之餘地，國家至少應有一定的正當理由，方始得排除之。

第四款 憲法最低生存保障請求權

最低生存保障之具體內涵，不宜由憲法法庭直接定義或劃定最低標準線。而應由立法機關衡社會變遷、經濟發展狀況以較低位階的法律加以形成之。然而，最低生存保障的抽象性及基於功能最適下的權限分配，並非等同於全然排除司法違憲審查機關檢視相關法律是否符合憲法保障意旨之可能。一方面，在人民需求日漸複雜多樣下所要求國家功能由消極轉向積極層次、所衍生的國家保護義務等，也相應的使司法權權限有所擴張（在審查功能上發展出多元的模式以有所應對¹⁹⁶）；另方面，各國釋憲實務也開展出多元的審查模式，以及判決宣告方式的調整，亦不致侵入立法或行政權的核心領域，既有效的在個案融入憲法精神也謹守權限分際。例如，德國 Hartz 判決對於法律是否符合最低生存保障請求權意旨之審查，係以程序審查之方式，代替傳統針對實體法律內容的結果審查模式。

¹⁹⁶ 張桐銳，同前揭註 164。

以此為基礎，並同時考慮到平等保護的觀點，觀察「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發作業流程」，其中，對於有依兒少之部分，僅簡略提及「生母為外國人、生父為外國人或不詳者（即無證有依兒少）兒童、少年之生母為外國人，生父為外國人者，該兒童、少年即與生父或生母具有相同之外國國籍，非屬無國籍人，如符合國籍法規定，亦得申請歸化。」卻未能充分考慮到同為無證居留而隨父母隱匿兒少，使一無證居留的兒少（無依兒少）有了身分及權益上的保障，另一無證居留的兒少（有依兒少）卻是有部分權益落空，則當立法者（包含行政機關）制定法律時選擇性排除特定群體時，至少應要求其負合理的說理，以正當其差別待遇。

第三項 無證兒少權益所涉之憲法考量

第一款 財政作為權利限制正當理由的相對化

固然，立法形成自由的範圍源於憲法基本權利與基本國策所劃定的憲法框架下，然而本於憲法基本權利內容的抽象性，此形成自由的範圍難以確定，故而，各國釋憲實務在案例的累積下，透過基本權利性格的導出、所涉領域的論述，而發展出相對可供依循的理論。

第一目 釋憲實務在生存權所形塑的憲法框架

釋字第 766 號涉及國民年金法第 18 條之 1 的遺屬年金發給始點的認定，是否違反憲法第 15 條財產權及生存權保障的問題。理由書中亦反映出立法者在制定社會保險制度上的形成自由，以及遺屬在維持生活安定之生存權、財產權保障，此二者間的平衡。首先，憲法法庭已然認識到，基於社會保險制度的財政資源有限性、隨時因應社會與人口的調整必要性，立法者享有一定的形成空間。¹⁹⁷然而，考慮到本件在財產權以外，同時涉及遺屬之基本經濟安全，屬於人民最低限度的生存需求，因此在生存權的作用下，前述的立法形成自由應有所限縮。其次，國

¹⁹⁷ 「憲法第 155 條前段規定：『國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。』基於前開憲法委託，立法者對於社會保險制度有較大之自由形成空間（本院釋字第 568 號解釋參照），是社會保險給付之請領要件及金額，應由立法者衡酌國家財政資源之有限性、人口增減及結構變遷可能對社會保險帶來之衝擊等因素而為規範。」

民年金法第 18 條之 1 的立法目的主要是追求行政便宜、行政作業上的費用減省，簡言之係考量財政狀況而限制了遺屬的財產權與生存權。就此，憲法法庭表示，單純的節省財政負擔難以正當化遺屬最低生活需求的限制，因而宣告系爭規定違憲。

釋字第 701 號涉及身心失能無力自理生活而需長期照顧者之醫藥費，限以付與所得稅法所定之醫療院所使得列舉扣除額，是否違反憲法平等權保障之問題。立法者固然享有租稅形成權，然而其形成自由非毫無限制，而應受租稅平等原則相繩。至於醫療費屬於受長期照顧者維持生存所必需的基本支出，涉及人民生存權保障，故而，基於租稅公平原則，立法形成自由應受司法檢視的同時，考慮到憲法生存權的作用，立法裁量範圍應有所限縮，故本件應受較嚴格之審查。憲法法庭最終以納入其他醫療院所之醫療費不致過度增加行政稽徵成本、生存權不應因醫療院所而有區別對待等理由，認定該法規範抵觸憲法平等權保障。

憲法法庭進一步指出，以醫療院所作為得否申報列舉扣除額的分類標準，目的在避免規避稅負以及減少行政稽徵成本，相較於受長期照顧者所承受的生存權限制之重大不利影響，難謂符合憲法保障生存權之意旨。

第二目 比較分析

1. 國際人權規範的影響

透過釋憲實務，可以觀察到即使生存權僅是憲法審查中審查標準的考量要素，但基於此權利作為國家與人民間關係的前提、實現其他基本權利的基礎，因此會作用在立法裁量範圍的廣狹上，使比例原則的審查標準趨於嚴格。而在第 15 條、第 155 條等憲法內容所劃定出的受限的憲法框架下，若不涉及龐大的整體財政資源變動，單純的財政減省皆難以作為限制生存權有力的正當依據，使財政狀況作為權利限制正當理由有了相對化的情形。

國內的司法實務在生存權以及民主原則、作用下的立法形成自由的互動關係，可與國際公約規範個人社會基本權、尤其是基本生存保障下的逐步實現義務與立即實現義務相互對應。申言之，即使具有社會基本權性質的經社文權利受限

於國家資源配置、經濟發展而在權利實現上課予國家逐步實現義務，然而為維護經社文權利最基本的內涵），而有了最低限度核心義務的要求與設立，其內涵上包含了糧食、基本初級保健、基本住房或最基本的教育形式，而這些皆可與生存權在不同領域的作用上相呼應、尤其是映射到了最低生存保障。在各委員會意見書中，可見最低限度的核心義務國家是應立即實現的，因此相對地，以資源、財政有限為理由而未能實現最低限度的保障之情形，需受嚴格檢視，使在最低限度保障具優先性¹⁹⁸的情形下嚴格審視國家確實已利用可得使用之資源滿足其立即實現義務。

2. 內國主權以及既有司法體系的尊重

另一點有所呼應的，是國際公約固然肯認了人權保障的普世性與最低限度範圍，然而，其同樣理解民族國家作為執行與保護人民權利的基本單位，而將經社文權利的實現界定在一定的法理基礎下，例如，因為尊重國家主權下的資源有限、考量經社文權利之實現無法單仰賴司法部門，因此是以最低核心「義務」的方式呈現、保障社會基本權，而非直接賦予人民在最低限度保障上的主觀公權利，以作平衡，以免無法銜接內國司法體系、或過度造成內國司法體系的重大調整，保留內國司法發展。

3. 分析

因此，在制定社會福利政策或給付行政時，立法者固然享有形成自由，然而當觸及憲法第 15 條生存權下的最低生存保障的內涵，僅以財政節省、行政便宜尚難以作為限制權利之實質正當目的。進一步言，以無證兒少之受教權為例，教育制度在我國已然成熟，而有密集的公立學校建設、法制亦已備完確的情形下，將無證兒少納入基本教育之制度內，行政負擔相較之下應不至於過大、所面臨的學童數量亦不至過於龐大。故單純的行政困難會難以作為排除無證兒少受教權的正當事由。

¹⁹⁸ 張桐銳，同前揭註 164，頁 182；蔡維音（2013），〈社會救助與個人綜合所得稅上對最低生存基礎界定之交互考察〉，《法治的傳承與永續：第一屆翁岳生教授公法學研討會論文集》，頁 323。

然而，對於無證兒少的社會基本權利實現，在立法形成的考量係多重的，除了既有的資源、財政運用之外，尚涉及了配合移民政策的整體一貫性。

第二款 平等權之主張

涉及無依及有依兒少差別待遇之法律，包含了「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程」所核發的居留身分，以及「無國籍學生就讀小學及中學辦法第 6 條」的辦理入學。

無證居留之無依兒少與有依兒少係具可相提並論性，蓋二者同樣係法律上可能存在有國籍聯繫的國家，惟現實上並未受其保障的事實上無國籍情形，甚且，係有依或無依兒少，可能繫於高度不確定的因素，例如生母之一念之間、生母當下經濟狀況等，並且，若生母嗣後後悔而尋回兒少，則無依、有依兒少在身分間實際上有轉換可能。

在此基礎上，兒童及少年權益及福利保障法第 22 條亦明揭保障「未取得居留之兒少」，並未因其為無依或有依情形而予以區別對待。故主管機關本於依法行政及平等原則等基本行政法的一般原則，若保障上有差別待遇，自應有正當理由存在。

本文以為，考慮到無依兒少及有依兒少因所處環境、取得外國籍之可能、是否與家人生活等的情形，欲使二者取得合法居留身分之立論基礎或合法化之手段與過程容有不同，固有理據。惟，在拒絕給予無證居留之有依兒少合法身分後，所形成其權益的部分落空，本於二者的可相提並論性，更應透過給予有依兒少維持其生存所需的權益，包含確保其一定的營養、健康權的安定、受教權的實現，方足正當化其身分上的差別對待。

第四項 無證兒少身分安定之實現與制度建議

若合法居留身分成為兒少最低基本生存保障之給付障礙，或立法者有重新檢討、欲以兒少為中心調整現行入出國及移民法等相關兒少移民身分，以下就無證兒少取得合法居留證之方式與制度建議進行討論。問題層次上，首先是在現行法

下無證兒少得否透過法律解釋方式取得居留證，其次是確認外國人身分劃分的移民事項權力分配及權限歸屬，最後才提出具體的制度建議。

第一款 司法權的形式？

對於合法居留的申請，為人民請求行政機關做成特定內容行政處分，因此在行政爭訟的定位中，可由屬給付訴訟型態之課予義務訴訟加以實現。惟，課予義務訴訟的行使有其前提，即人民依法規享有請求行政機關做成特定處分之公法上權利，否則若僅是反射利益，則應不具備訴訟權能。

固然，在行政訴訟法第5條「依法申請之案件」，在解釋上並不以法律明文規定人民有申請權者為限，而得以法律解釋之方法釐清人民是否具有特定內容的公法上請求權¹⁹⁹；然而，在合法居留的請求上，因為涉及國家對其疆域中人口的管理之主權行使，故與憲法保障自由權下的原則允許、例外限制的概念有所不同；縱使合法居留身分與涉及基本需求的社會制度使用有直接關連性，然而也無法將其等同於最低生存保障請求權。因而立法者既然於合法居留之申請人的範圍與資格上，已然訂有全面、嚴謹的法律要件，則對於不落在合法居留之申請人範圍者，應足認定即不具有該法律上權利。而有關合法居留之申請人範圍，是否包含了無證居留的兒少，在本文第二章中已有論及；因此無證移工及子女一方面在訴訟要件上係當事人不適格，另方面對於這部分的群體，現行法上缺乏了請求權基礎的存在。²⁰⁰

第二款 行政權的形式：移民事項中依職權的裁量自由？

第一目 理論層次的討論

行政機關是否可以依職權核發予法律上受排除的非本國籍群體的居留證，使其享有合法移民地位與身分，從更宏觀的角度來看，實際上會牽涉到「外國人身分劃定」立法權與行政權間的權力分配及歸屬。

¹⁹⁹ 李建良（2024），《行政訴訟十講》，增修五版，頁223，元照。

²⁰⁰ 見第二章第一節第一項之討論。



1. 行政權共享移民事項之權力

移民事項，由於涉及國家邊境管控與人口管制，主事者往往為執法之專責移民單位，或隸屬警政單位之入出境管理單位²⁰¹，我國如行政院之陸委會、僑委會、內政部警政署之入出境管理局等，故移民事項屬於行政權之固有權力範圍，自無疑義。

而行政權關於移民事項的行使及具體化，是否必然需仰賴立法者加以形成之，而無依職權直接訂定之空間，將於下述討論。

2. 行政權在移民事項權力之行使

一般而言，在行政權得否直接加以訂定規則與命令，會連結到法律保留原則的考量。釋字 443 號固然揭示了層級化法律保留理論，不過傳統的法律保留討論主要係針對基本權利「侵害」的國家行為；釋字 614 號揭示的重大影響或學說上所提的重要性理論，則係補充侵害保留的部分，主要適用於給付行政下，為保障基本權利的重要部分而應由法律或法律授權的較高規範密度之要求。因此，反面解釋上，若非為基本權利實現之重要部分，則可由法律或法律授權以外的方式加以規範。

由於外國人之入境允許及居留權利，不受憲法基本權利所保障，毋寧是國家主權行使下的決定。²⁰²因而，外國人之居留並不必然需經由法律或法律授權之命令為之，得由行政機關依職權加以規範。然而，考慮到居留權利牽涉外國人得否入境與持續生活於境內的重大性，及合法居留身分直接關乎其他社會制度與給付行政上的使用資格，故原則上由法律設定出基本架構與準則為宜，例外再經行政機關依職權決定。

在確認行政權與立法權共同享有劃定外國人身分、核發居留證之移民權限後，隨之而來的疑問是，若行政權在法律已有規範的情形下，另外創設新的得申

²⁰¹ 陳明傳，〈我國移民管理之政策與未來之發展〉，《文官制度季刊》，6 卷 2 期。

²⁰² 至於外國人因在我國長時間生活並與當地建立連結，以及其配偶與子女請求入國居留，則屬憲法下信賴保護、家庭團聚權等的內涵，自受憲法所保障，而相關限制應受法律保留原則所拘束。

請居留的樣態，是否形成立法與行政權間的機關衝突？就此，將於下述(2)部分討論。

第二目 實務層次的作法

從理論層次討論之外，本部分將從歷史上及現代中的實務作法來證成行政權及立法權係共享的移民權力，且亦行之有年。

1. 行政院開啟客工制度時代（1989-1991 年）

1989 年，行政院通過了「十四項重要建設工程人力需求因應措施方案」，首度引進外籍移工，以填補之勞力需求。又於 1991 年 10 月訂定了「因應當前人力短缺暫行措」，採行專案的方式，在補充性人力之原則下引進外籍勞工。直至 1992 年，立法院通過就業服務法，其中第五章規定了外國人之聘僱及管理，始出現了全面性的外國人在台許可期間、資格條件等的法律層級規範。從而，在決定外國人入境與居留之條件等移民事項的權力，為行政權與立法權所共享的。

2. 行政機關賦予非本國籍兒少合法身分

固然，原則上，外籍移工子女所享有的合法居留身分，係經入出國及移民法第 26 條規定，然而，現行實務之運作下，行政機關（即移民署）對於不在前述法規範範圍內的無證居留之非本國籍兒少，會採取「個案處理，從寬辦理」之原則核發居留證，以保障兒少權益。²⁰³

這樣個案性的合法居留身分的核發，主要係基於行政權的彈性、迅速與專業性，以及生存受危害的無證兒少權利保護的必要，且對於給付行政上，不似侵害保留在法律保留之要求層次高，故行政機關本於其職權賦予合法身分，應不致違反憲法法律保留原則。

然而，在個案辦理的穩定運作下，行政機關更是歸納出具一定類型的兒少進行「通案性」的辦理，即辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發標準作業流程。

²⁰³ 中華民國基督教女青年協會，同前揭註 36，頁 19。



而考慮到關於移民事項，在國家的法制規範密度漸高，立法者已然制定了全面、完善的規範（有別於 1992 以前的年代），則行政機關以這樣的通案方式，創設出的一個全新、得申請合法居留之身分類別，是否有侵入立法者已然規劃好的既定範圍，逾越了行政權在移民事項的權限？

首先，可以肯定的，是行政權亦共享有決定外國人的居留等移民事項之裁量範圍自由，在這個前提之後，行政院本於其職權所訂定的規定曾送立法院而獲查照者，或立法院以決議方式指示行政部門實施某給付措施，皆得作為給付之依據，而不至於違反法律保留原則²⁰⁴，違背立法原意或侵入了立法權在移民事項的權力領域。

經查，行政院曾於立法委員要求建立保障非本國籍兒少權益之機制時，將其以專案形式核發居留身分等的措施，送交請立法院查照²⁰⁵；復於 2021 年，立法院並在總預算中提出決議，其中第二十四項決議內容要求行政院研議保障失聯移工及其子女（尤其是無依兒少）之權益及相關的協助作為，以落實國際人權公約。²⁰⁶因此，在行政權共享移民事項權力下，透過其與立法院間的互動（送請查照、實施決議內容等）而有明示或默示的允許，並不會有違反權力分立原則的疑慮。

第三款 制度建議

以上的討論，對於無證有依兒少取得合法居留是有制度建議上的提示。簡單的來說，既然行政權享有移民事項中劃定外國人合法身分之權力，並且在立法者已然制定全面移民法規範下，可透過例外的個案模式授予合法身分，抑或是形成通案規定但需交由立法院查照或源自於立法院決議，則代表相關制度的設計，交由國會修法固然是一個選擇，但亦得由行政院本於職權個案處理或訂定命令，而不必然需經由立法程序為之。對於非本國籍兒少議題的複雜性，以後者為作為政策路徑或許更為適當。

²⁰⁴ 李建良（2006），〈行政法：第十講 依法行政：法律保留原則〉，《月旦法學教室》，第 49 期，頁 51-53。

²⁰⁵ 立法院第 9 屆第 3 會期第 14 次會議議案關係文書，院臺法字第 1060014460 號。

²⁰⁶ 立法院審議中央政府總預算案所提決議、附帶決議及注意辦理事項辦理情形報告表（中華民國 110 年度）。

第一目 入出國及移民法第 26 條第 3 項



建議條文	現行條文
<p>入出國及移民法第 26 條第 3 項</p> <p>有下列情形之一者，應於事實發生之翌日起算三十日內，向移民署申請居留，經許可者，核發外僑居留證：</p> <p>一、...</p> <p>三、在我國出生之外國人，出生時其父或母持有外僑居留證或外僑永久居留證，<u>或經內政部專案核准者</u>。</p>	<p>入出國及移民法第 26 條第 3 項</p> <p>有下列情形之一者，應於事實發生之翌日起算三十日內，向移民署申請居留，經許可者，核發外僑居留證：</p> <p>一、...</p> <p>三、在我國出生之外國人，出生時其父或母持有外僑居留證或外僑永久居留證。</p>

第二目 命令層級的措施

無證居留之有依及無依兒少，在行政機關介入處理以前，其皆為事實上無國籍的狀態²⁰⁷，即在法律上可能是存在有國籍聯繫的國家，但可能因移工失聯、無證父母遲未回國登記等情形，故實際上無法被該國所保護。不過，在無依兒少在適用「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證標準作業流程」後，如經原屬國 3 個月之不回應或拒絕承認孩童國籍後，無依兒少因會成為法律上無國籍人，因而，會由內政部依國籍法施行細則第 3 條認定其為無國籍人，並為其辦理無國籍之居留證。

而對於無依兒少在事實上無國籍之階段下（例如協尋生母期間），內政部允以暫依生母國籍辦理居留證（效期 1 年）之作法，可否被同樣處於事實上無國籍之有依兒少所參照，直待其父母自願回國？

²⁰⁷ See Brad K. Blitz, *Statelessness and the Social (De)Construction of Citizenship: Political Restructuring and Ethnic Discrimination in Slovenia*, 5 J. HUM. RIGHTS 453, 455 (2006) (stating that de facto stateless arises when “individuals cannot call on the state to which they may be formally attached by means of nationality”). For discussions of abandoned migrant children in Japan, see Sari K. Ishii, *Access to Citizenship for Abandoned Children: How Migrant Children Become ‘Stateless’ in Japanese Orphanage*, 47 J. ETHN. MIGRA. STU. 970 (2021).

此政策為可行的選擇之一，不過，一方面無證移工何時返國大多為不確定的時間，與政府掌握外國移工居留期間的有所不同；另方面，無證移工失聯、未經許可工作之目的係為經濟、而非子女得在台享受利益，但其子女學齡屆至後確實會成為是否返國的一定衡量因素。²⁰⁸故這些皆為應考慮到的部分。除此以外，以下檢視取得合法居留之兒少所得享有的權利。

1. 合法居留所連結的權利

(1) 基本教育之權利

取得外國籍居留證之兒少，可直接依外國學生來台辦法第 18 條申請入學。

(2) 施打疫苗的對象

在 2024 年 10 月以前，幼兒公費疫苗之施打對象主要限於有合法居留身分者，或由地方自治團體依其辦法進行辦理。不過，其後在國家人權委員會推動「協助在臺隨失聯移工父母隱匿的有依兒少獲得基本權益之保障」下，衛福部已然更新規定，使在臺隨失聯移工父母隱匿之子女亦得施打疫苗。²⁰⁹

(3) 全民健保的保險對象

取得外國籍居留證之兒少，可依全民健保法第 9 條成為強制參與全民健保之保險對象。就這部分，會有社會保險制度基本原則的討論，蓋社會保險制度之社會平衡原則下的社會重分配、不具個別對價性效果，其背後之正當基礎便是在於共同體間的社會連帶關係，從而，對於誰可加入我群、成為風險共同體，係需有一定的連結關係。例如，全民健保法第 9 條第 1 項透過「在台居留滿六個月」的一定居住期間作為成為共同體的界定，而未將短暫旅遊、工作的合法居留外國人納入其中。因此，國家一方面作為主權國家，有考慮移民政策²¹⁰與社會資源分配

²⁰⁸ 詳參第三章第二節第二項之討論。

²⁰⁹ 嘉義市衛生局網站，<https://health.chiayi.gov.tw/cp.aspx?n=11778>（最後瀏覽日：2025 年 6 月 8 日）。

²¹⁰ See, e.g., Vonk, *Migration, Social Security and Law*, *supra* note 71 (suggesting that immigration policies have direct impact on shaping the position of different groups of migrants on social security.)

的必要，另方面作為遵循國際人權公約之締約國，亦有保障所有人、不分移民地位合法與否的基本生存保障，例如就醫、就學、住房等權利。因而，多數國家對於無證移工及其子女之健康權保障，排除其加入公共健康保險之可能，而醫療補助及給付則主要限於救助性質的「緊急醫療」情況。²¹¹而衛福部在 2025 年 5 月亦推出了「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」，保障無證兒少之健康權，已如第二章所述。

2. 合法居留所未連結的權利

原則上，社會救助法之適用對象係限於我國國民²¹²。而其他救助性質的法律，如特殊境遇家庭扶助條例、弱勢家庭及少年生活扶助與托育及醫療費用補助辦法，固然在解釋上並不限定於本國人，但其申請補助之規定「向戶籍地所在縣（市）主管機關申請」，會使得非本國籍人難以適用。惟，衛福部所公布的指引，繞過了公民身分與社會救助連結的限制，而承接了無力生活的無證兒少。

²¹¹ 例如，美國的個人責任與工作機會和解法（Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996）（8 U.S.C. § 1611）及德國的尋求庇護者社會給付法（Asylbewerberleistungsgesetz）第 4、6 條（參吳威嬪，同前揭註 14，頁 70-89）。

²¹² 內政部 90 年 7 月 26 日台內社字第 9020826 號函。

第四章 美國無證兒少法制經驗與權利保障模式

本章以美國聯邦法律作為比較法的對象，目的是為呈現對於無證兒少一題上，作為移民大國自 20 世紀上所根深久遠的情況²¹³，所發展出厚實的法治討論與回應，以及關注到自 2000 年以來，對於無證兒少受阻於高等教育學費優惠外與工作限制上，所興起的無證居留身分合法化的呼聲。在立法階段遲遲未能通過相關法院下，行政權對於無證兒少、乃至於後續的無證居留的父母（無證移工）在身分合法化上創新、別具一格的論述，是值得作為參照與討論的。

第一節 美國移民制度概論

第一項 移民法歷史

美國憲法第 1 條第 9 節第 1 款的遷徙條款（Migration Clause），「現存各州認為適當接受的遷徙或輸入之人，不得在 1808 年之前被國會禁止……」。²¹⁴本條當初的目的是為避免聯邦政府介入、管制州政府關於奴隸的交易，因而，在美國建國（1789）的一百年內，對於移民的管轄權落於各州州政府手中，同時，建國初始的人力不足、等背景下，各州係鼓勵移民來拓荒開墾，故而在移民制度的規範上近乎是稀少，可謂是無限制的移民（unrestricted immigration），此大環境亦形塑出當今的「大熔爐」之稱。²¹⁵

至 1871 年的美國內戰（南北戰爭）結束所象徵的奴隸制度解放，先前基於奴隸管制下由各州州政府掌管移民權限的正當性即有所弱化，使得權限歸屬有模糊。²¹⁶在樹立聯邦與強化民族主義下，著名的 Chae Chang Ping 案（*The Chinese*

²¹³ 自 1870 年南北戰爭結束後的聯邦權統一後，國會首次制定移民法，再到 1920 年的 Quota Law 規範各國移民配額，由此而生了大量、系統性的無證移工（及其子女）。至於我國則是待到 1980 年代方始開放移工、制定相關法制，因而，美國在移民法的發展與討論。

²¹⁴ “The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight.....” U.S. CONST. art. 1, § 9, cl. 1.

²¹⁵ Mae M. Ngai, *The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965*, 21 LAW AND HISTORY REV. 69, 74.

²¹⁶ Gerald L. Neuman, *The Lost Century of American Immigration Law (1776-1875)*, 93 COLUM. L. REV.

Exclusion Case，或稱美國排華案）²¹⁷首次明白的確認了聯邦政府的移民管轄權（immigration federalism）。因而，州政府不再擁有規範移民的權限。至今日，美國國會在移民法制上發展出全面且細緻的規範。



第二項 無證移工的由來

在美國的無證移民的追溯，早至建國之初即有此現況。至無證移民系統性的產生，則源於 1920 年的配額法（Quota Law）與護照的使用，所開始建立的證明文件與入境資料掌握。隨後，在 1960 年代下布拉賽羅計畫（Bracero Program）所引進的大量暫時性移工與隨後通過的移民與國籍法案（Immigration and Nationality Act of 1965），以及 1980 年代嚴格的邊境執法，對現今無證移工的組成和大量滯留情形有深遠的影響。

美國在建國之初，移民法律的主要由各州州政府加以制定與規範，當時固然採取相對寬鬆與開放的態度，然而，規範模式上的差異與態度的寬鬆無法代表無證移民概念的不存在。無證移民的概念，是指其存在於國境內或入境上係涉及法律的違反。透過各州與移民有關法律的統整，可發現州移民法律是有規範禁止入境的移民類別（如罪犯、貧民或可能成為公共負擔之人等），同時，也透過遣送回國、懲罰移民、懲罰運送者的手段來嚇阻非法移民的前來。因而，無證移民、非法移民的詞彙，在 1875 年前並未有言及²¹⁸、法律制度亦容有區別，但就概念上的

1833, 1897 (1993). WEISSBRODT, ET. AL., IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL (5th ed. 2005); David A. Martin, *Why Immigration's Plenary Power Doctrine Endures*, 68 OKLA. L. REV. 29 (2015), 34.

²¹⁷ *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889). 背景可參考 Hiroshi Motomura, *Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 YALE L.J. 545, 550-52 (1990); Sarah H. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 TEX. L. REV. 1, 124-134 (2002).

²¹⁸ Neuman, *supra* note 216, at 1899.作者在同頁註腳提到（以下經翻譯成中文）「根據 LEXIS 和 WESTLAW 的搜尋結果，該術語（此指 illegal alien）最早出現在司法判決中的案例是 *Waisbord v. United States*, 183 F.2d 34, 35 (5th Cir. 1950)，但該案本身並非法律措辭得體的典範。而『無證移民』（undocumented alien）一詞則更晚才出現。」

關於無證移民一詞，根據學者 Mae M. Ngai 主要在 1920 年代開始要求文件（documents）後所生的相應詞彙。See MAE M. NGAI, IMPOSSIBLE SUBJECTS: ILLEGAL ALIENS AND THE MAKING OF MODERN AMERICA 61 (2004).

相似性—在一國境內的存在或入境上涉及違反法律的移民—應可認為無證移民的現象是存在於最初的一百年當中的。²¹⁹

在 19 世紀下至 20 世紀初期，隨著移民人口結構的改變、民族主義與領土完整的意識興起、產業進步的移民需求減少與安格魯薩克遜文明的種族論述，國會在 1924 年通過全面性的移民法 (Immigration Act of 1924)，藉由國籍配額制度以限制南歐、東歐與亞洲的移民。²²⁰由於全新確立的制度是建立過往所無的抽象配額與簽證審查，以及早期國會設立的遣返制度並無授予行政機關裁量權，加上一改以往對邊境寬鬆與放任的態度，因此，有別於早期分散的移民體制下，所個別存在的無證移民情形，此次修法通過後所強調的邊境管控（包含邊境巡邏隊的設立）與正式文件要求，以及移民管制作為全球新時代的一部分，造就出大規模的無證移民。²²¹

再到 1950 年代，為因應農業勞動力需求，羅斯福總統簽署了布拉賽羅計畫，開啟由墨西哥移工作為勞動力、季節性進入美國工作的客工時代。即使該計畫在 1964 年突兀地宣告終結、隔年國會亦通過新的移民法 (Immigration and Naturalization Act of 1965) 設定出西半球移民上的限制，但是在歷經十多年的計畫內墨西哥移工所建立起的工作社群網絡，以及法律有意漠視的國內實際且持續地勞動力需求，墨西哥移工因而持續違法的進入美國國境，再規律循環、季節性地回國。²²²至 1986 年的移民法 (Immigration Reform and Control Act) 雖然兩度合法化無證移民，然而此後的二十年所過度強調、投入資源並加強執法的邊境軍事化，使跨境的流動率大幅下降—移工不再回國、而是帶著家人、孩子長期留在美國境

²¹⁹ 其中更細緻論述，包含懲罰運送的第三人是否形同嚇阻無證移民、各州的移民法可否代表聯邦整體的意思等，可參 Neuman, *supra* note 216.（作者主要透過 1789-1875 年的美國移民法歷史的檢視與分析，來釐清無證移民是否屬於美國憲法所保障的主體、司法審查，以及政治部門中立法與行政間的權力分立關係，此三大議題的討論。同時也澄清建國一百年初期是全然無移民法律的迷思，即開放、鼓勵移民的態度並不代表無移民法律與規範。）

²²⁰ NGAI, *supra* note 218, at 17-20; Mae M. Ngai, *supra* note 215, 74-75 (2003); WEISSBRODT, ET. AL., *supra* note 216, at 6-12.

²²¹ NGAI, *supra* note 218, at 61.

²²² Douglas S. Massey, et al., *Explaining Undocumented Migrants to the U.S.*, 48 INT. LAW REV. 1028, 1028-1032 (2014).

內。²²³在移工脈絡下造就的龐大的墨西哥無證移工，也成為了現今美國境內佔比最大宗的無證移工人口。²²⁴

作為佔比最重的美國境內來自於墨西哥的無證移工，與我國的無證移工相較，二者的成因不盡相同：前者主要基於簽證數量與入境工作需求上的供需失衡，所引起的大量違法入境的移工，後者多半為因嚴格的客工制度（例如轉換雇主限制、早期妊娠檢查）所形成的逃逸與逾期居留。但兩相比較，會發現二者的移工移入動機皆為經濟因素考量之外，他們所面臨的制度有共通性，亦即皆為暫時性移工以因應勞力需求，所反映在普遍社會認知及法律制度上是不被認可為具「移民」身分²²⁵、成為政治共同體的意識。以及，外觀（例如膚色）的不同所面臨的困境（例如容易受警察、行政機關查處²²⁶）²²⁷，這種種對於法律及移民政策在形塑認同感、成員身分或我群、權利享有等等的思考模式，在兩國間是有一定相似性。

第一款 無證兒少的形成

來自於墨西哥的無證移工佔據了美國境內無證移民人口一定的重要比例，而

²²³ *Id.*; ROBERT G. GONZALES, LIVES IN LIMBO: UNDOCUMENTED AND COMING OF AGE IN AMERICA 18-20 (2016).

²²⁴ Bryan Baker & Robert Warren, *Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2018-January 2022*, U.S. Department of Homeland Security (2024); Massey, *supra* note 223, at 1031. 在 2010 年，墨西哥無證移民人口更是佔比高達 59%。

²²⁵ 關於美國的部分，例如，學者 Ngai 提到在 1930 年代因應無證移民所發展出的一波合法化措施，行政機關在裁量權的行使上卻深受社會與政治偏見的影響，而偏狹於來自歐洲的無證移民、排除墨西哥或亞洲人（例如事先審查制度），形成無證移民上的種族化傾向。See Ngai, *supra* note at. 關於台灣的部分，藍領移工不被視為「移民」的相關法律制度分析，可參張志偉，同前揭註 8（同時對於德國如何將移工轉為移民的路徑有深刻的介紹）。

²²⁶ 李啟箖 (9/21/2022)，抓錯人非首次！三重警曾狂吼逮捕女移工 鬧烏龍竟丟包路邊，中國時報 https://www.chinatimes.com/realtimenews/20220921005638-260402?utm_source=chatgpt.com&chdtv

（最後瀏覽日：2025 年 3 月 29 日）；中央社 (3/8/2025)，執勤搞烏龍？遭擅闖店家茶移工 新北專勤隊發聲了，聯合新聞網，https://udn.com/news/story/7320/8595125?utm_source=chatgpt.com（最後瀏覽日：2025 年 3 月 29 日）。

²²⁷ 在美國的無證移工（主要為墨西哥人）與來自歐洲的無證移民在外觀上的不同，以致前者容易與犯罪（早期美國移民法將非法入境當作刑事犯罪）、不值得被接納的人（undeserving）做連結，後者則更易於融入當地社會，乃至於實際影響其在身分地位的轉換（由無證居留轉為合法居留，例如美國在 1930 年代在遣返制度外所發展出的一套裁量權作為主權與人權矛盾的制衡，即是當過往套用於亞洲無證移民的嚴苛制度適用於歐洲無證移民時所帶來的省思）。See 89-107.

在無證兒少的組成當中，同樣也由自墨西哥遷徙而來的兒少佔了大宗（62%）。²²⁸顯然地，無證兒少的形成與美墨間移工的遷徙脈絡是有很深的關聯性，尤其是在 1986 年移民法案（Immigration Reform and Control Act of 1986）的通過，在防止無證移民數量擴大的邊境軍事化與合法化計畫，反而改變了墨西哥移工週期性回國的模式。²²⁹當有近半成的無證移工帶著家人在美國紮根生存²³⁰，有大部分子女是在美國出生而成為美國公民²³¹、組成了混合身分家庭（Mixed Status Family），但也有在國外所生的子女，而後者雖生於國外，但主要長於美國並接受教育，形成了實質上有歸屬感、法律上排除於成員身分外的無證兒少。甚且，他們形成一定比例的人口，以 2005 年的資料為例，無證兒少人口數高達一百八十萬，在無證人口中佔比為 16%。而這群在 1990 年代隨父母遷居美國、接受教育²³²並深刻融入當地社群的無證兒少，在成長成人後所直面的因無證身分所造成之生存問題（工作取得、社會安全碼所象徵的社會福利保障、駕照）以及身分認同與移民地位的矛盾情形，成為了當今美國於政治、社會、法律上所激烈討論與重視的議題，而他們亦可被稱作「等待中的美國人（Americans in Waiting）」²³³或「夢想者（DREAMers）²³⁴」。

²²⁸ Jeanne Batalova & Margie McHugh, *DREAM vs. Reality: An Analysis of Potential DREAM Act Beneficiaries*, MIGRATION POL'Y INST., at 6 (2010).

²²⁹ DOUGLAS MASSEY, ET AL., BEYOND SMOKE AND MIRROR: MEXICAN IMMIGRATION IN AN ERA OF ECONOMIC INTEGRATION 91 (2002). WALTER J. NICHOLLS, THE DREAMERS: HOW THE UNDOCUMENTED YOUTH MOVEMENT TRANSFORMED THE IMMIGRATION RIGHTS DEBATE 27 (2013). Robert G. Gonzales, *Learning to be Illegal: Undocumented Youth and Shifting Legal Contexts in the Transition to Adulthood*, 76 AM. SOCIO. REV. 602, 602 (2011).

²³⁰ Jeffrey S. Passel & D' Vera Cohn, *A Portrait of Unauthorized Immigrants in the United States*, Pew Hispanic Center, at ii, 5 (2009).

²³¹ U.S. CONST. amend. XIV. 以 2005 年的資料為例，在無證移民家庭中 64% 的兒童因在美國出生而有美國公民身分。See Jeffrey S. Passel, *The Size and Characteristics of the Unauthorized Migrant Population in the U.S.: Estimates Based on the March 2005 Current Population Survey*, PEW HISPANIC CTR., 8 (2006).

²³² *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

²³³ HIROSHI MOTOMURA, *AMERICANS IN WAITING: THE LOST STORY OF IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE UNITED STATES* (2006).

²³⁴ 此稱呼是源自於 2001 年國會所提出、至今未通過的未成年外國人發展、救助和教育法案（Development, Relief and Education for Alien Minors Act）草案，縮寫後為夢想法案（DREAM Act）；該法案提供自幼在美國生長的無證兒少一個身分合法化的路徑，而這些被規範的群體即被稱作夢想者（DREAMers）。See, e.g., Rachel F. Moran, *Dreamers Interrupted: The Case of the Rescission of the Program of Deferred Action for Childhood Arrivals*, 53 UC DAVIS L. REV. 1905 (2020); Michael A. Olivas, *Dreams Deferred: Deferred Action, Prosecutorial Discretion, and the Vexing Case(s) of Dream Act Students*, 21 WM. & MARY BILL RTS. J. 463 (2012).

美國與我國的無證兒少在規模、融入程度、乃至於討論著重的脈絡容有差異。規模上的差異雖然會導向政策選擇上的不同，不過作為規模較小的我國反而是有更多選擇空間可以思考，有彈性的取徑於美國；融入程度上，則是基於兩國法律制度的不同（例如受基本教育）所形成，但不可否認的是兩國的無證兒少相較於出生地皆更融入於當地社群，同時，亦可針對美國制度選擇背後的法理進行討論與借鑑；在討論脈絡上，雖然美國的移民身分合法化是基於無證兒少長時間地、實質地融入社會，所形成的實質成員因此合法化是在兒少成人後的階段；本文所討論的則是基於憲法最低生存保障請求權，所開展的教育、健康、合法移民地位，以及兒少實質生活在我的一定年限，但並未因此而限制在成人階段的合法化，此係礙於兒少生存各面向的迫切性，以及兩國法制上的不同（例如：美國無證移民有受緊急醫療的權利，我國則視各醫療診所，社會救助法則並未明文保障）。然而，不可否認的是兩國的無證兒少相較於出生地皆更融入於當地社群，並且同樣對於無證居留的身分有不可歸責性，而在全球化與資本社會下移民政策的階級主義，無證兒少身分合法化討論所著重的「無辜」或「值得」²³⁵是具有共通性的。再到普遍的社會態度，例如排除於社會福利外以嚇阻無證移民²³⁶，所形塑出的法律制度，其背後民意基礎與立法設計是相似的。除此以外，美國移民法所賦予行政廣泛的裁量權，與我國在立法上鬆散、多仰賴行政個案處理或訂定行政命令，二者法制結構上亦有相似性，因此在應對無證兒少身分的合法化上，討論內容以及法理或許可以相互參照。

²³⁵ Elizabeth Keyes, *Defining American: The Dream Act, Immigration Reform and Citizenship*, 14 NEV. L.J. 101 (2013); ROBERT G. GONZALES, *supra* note 223, at 4. 甚至在權利取得上也有影響，*Plyler*, 457 U.S. at 223-24. (“Section 21.031 imposes a lifetime of hardship on a discrete class of children not accountable for their disabling status.” “[W]e may appropriately take into account its costs to the Nation and to the innocent children who are its victims.”)

²³⁶ 1996年通過的兩項法案—Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRIRA)以及 Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act (PRWORA)，在非公民取得社會福利上設定了一定的限制。這些限制源自於「移民進入美國的拉力是為了社會福利」的普遍社會認知。See MICHAEL FIX, ET AL., IMMIGRANTS AND WELFARE: THE IMPACT OF WELFARE REFORM ON AMERICA'S NEWCOMERS 1 (2009).

第三項 權力分配



在移民政策權限的歸屬上，於早期因未受美國憲法明文規範，因此究竟屬於聯邦政府、抑或基於保留權力原則²³⁷隸屬州政府，是有所疑問的。²³⁸美國憲法第1條第9節第1款的遷徙條款固然有移民事宜，不過本條主要係避免聯邦政府干預州政府在奴隸上的，因而並無法作為劃定移民權限之依據。而憲法第1條第8節第4款規定國會制定統一的國籍歸化的權限，亦未提及包含出入境、居留的移民政策事宜。最終，是在1889年排華案（*the Chinese Exclusion Case*）中，最高法院由國家主權為依據，正式確立了規範移民政策的權力歸屬於聯邦政府。²³⁹

第一款 政治部門與司法部門間的權力分配：司法審查的界線

國會規範移民事項之權力，「在幾乎沒有任何領域中，國會的立法權比對外國人入境的權力更為完全（Over no conceivable subject is the legislative power of Congress more complete than it is over the admission of aliens.）」²⁴⁰，基於移民政策關乎國家與國家間的外交等複雜關係²⁴¹，法院並無適當的工具與能力判斷²⁴²，抑或是考慮到規範移民之權力源自於主權²⁴³，因而，在早期判決近乎是完全拒絕審查

²³⁷ U.S. CONST. amend. X. (“The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”)

²³⁸ Martin, *supra* note 216, at 34-38; Motomura, *supra* note 217, at 551-52.

²³⁹ “That the government of the United States, through the action of the legislative department, can exclude aliens from its territory is a proposition which we do not think open to controversy. Jurisdiction over its own territory to that extent is an incident of every independent nation. It is a part of its independence. If it could not exclude aliens it would be to that extent subject to the control of another power.” *Chae Chan Ping*, 130 U.S. at 603-04.

“It is invested with power over all the foreign relations of the country, war, peace and negotiations and intercourse with other nations; all which are *forbidden to the state governments.*” *Chae Chan Ping*, 130 U.S. at 605 (emphasis added).

²⁴⁰ See, e.g., *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977) (quoting *Oceanic Steam Navigation Co. v. Stanahan*, 214 U.S. 320, 339 (1909)).

²⁴¹ “Since decisions in these matters may implicate our relations with foreign powers, and since a wide variety of classifications must be defined in the light of changing political and economic circumstances, such decisions are frequently of a character more appropriate to either the Legislature or the Executive than to the Judiciary.” *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81 (1976); also quoted in *Fiallo*, 430 U.S. at 796.

²⁴² Martin, *supra* note 216, at 38; Adam B. Cox, *Citizenship, Standing and Immigration Law*, 92 CAL. L. REV. 373, 382 (2004).

²⁴³ 法院有時候會以主權來證成移民權力的不受限制。E.g., *Jean v. Nelson*, 727 F.2d 957, 964 n.5 (11th Cir. 1984) (en banc) (“Because this 'undefined and undefinable' sovereign power does not depend on any constitutional grant of authority, there are apparently no limitations on the power of [admission] Aliens

相關法律²⁴⁴，直到後期才開放了範圍極窄的審查空間²⁴⁵。學者稱此為「充分權力原則」(plenary power doctrine)，該原則使得移民法領域逸脫於美國公法與憲法的主流秩序之外²⁴⁶，亦導致外國人的憲法權利難以被法院承認或納入審查，而廣受學界批評。²⁴⁷儘管如此，充分權力原則在移民法領域所創造的立法極寬廣的形成空間延續至今。

第一目 充分權力原則之適用範圍：移民法領域之界定

關於國會在移民法領域的「充分權力原則」，其所稱的「移民法」是指國家管理外國人的入境與出境的法律，而非外國人所享有與負擔的權利及義務。²⁴⁸不過，不可否認的，是充分權力原則的確會影響法院對涉及外國人權利義務之一般性法律（即用以規範所有人、非專為規範外國人）上的審查標準。²⁴⁹

may therefore be denied admission on grounds that would be constitutionally impermissible or suspect in the context of domestic legislation."), *aff'd*, 472 U.S. 846 (1985). Justice Brewer 的不同意見書也反映出當時法院論點的擔憂 ("It is said that the power here asserted is inherent in sovereignty. This doctrine of powers inherent in sovereignty is one both indefinite and dangerous. Where are the limits to such powers to be found, and by whom are they to be pronounced?") *See Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 735 (1893) (Brewer, J., dissenting). 不過，有許多學者認為由行使主權所構成的移民權力仍然應受憲法約束。*See STEPHEN H. LEGOMSKY, IMMIGRATION AND THE JUDICIARY: LAW AND POLITICS IN BRITAIN AND AMERICA* 320 (1987); Martin, *supra* note 216, at 38-39; Cox, *supra* note 242, at 384-86.

²⁴⁴ *See Stephen H. Legomsky, Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 Sup. Ct. Rev. 255, 257 n.11 (quoting *Lees v. United States*, 150 U.S. 476, 480 (1893) (Congressional exclusion power is "absolute" and "not open to challenge in the courts"); *Fong Yue Ting*, 149 U.S. at 706 (1893) ("conclusive upon judiciary"); *Chae Chan Ping*, 130 U.S. at 606 ("conclusive upon judiciary")).

²⁴⁵ *Fiallo*, 430 U.S. at 792 (1977) (the power to expel or exclude is "largely immune from judicial control"); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 589 (1955) ("Such matters are so exclusively entrusted to the political branches of government as to be largely immune from judicial inquiry or interference"). *Id.* at 257 n.12; *see also* Motomura, *supra* note 217, at 550-60; Cox, *supra* note 242, at 383-384 & n.42.

²⁴⁶ Motomura, *supra* note 217, at 547.

²⁴⁷ Motomura, *supra* note 217; Legomsky, *supra* note 244; Neuman, *supra* note 216.同時，學者對於國會的充分權力原則之理論基礎亦眾說紛紛，例如學者 David Martin 以為該原則之基礎來自功能性的考量，即司法部門並非決定對外事務與移民政策的最適機關，以免使在處理移民事務的彈性被縮減；Adam Cox 認為充分權力原則實際是反映外國人缺乏完整訴訟權能 (alien standing)，使得其難以在法院主張憲法上的權利；Gerald Neuman 則指出，極其有限的司法審查是與移民政策的政治性格有關。*See Martin, supra* note 216; Cox, *supra* note 242; GERALD L. NEUMAN, STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS, AND FUNDAMENTAL LAW (1996).

²⁴⁸ Legomsky, *supra* note 244, at 256; Motomura, *supra* note 217, at 547.

²⁴⁹ *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Mow Sung Wong v. Hampton*, 426 U.S. 88 (1976). *See also* Motomura, *supra* note 217, at 585.



第二目 充分權力原則之適用範圍：行政與立法部門之區隔

充分權力原則所適用的領域主要在於立法權的行使，即國會制定移民法律的充分權力²⁵⁰，而非行政權的法律執行層面。然而，一方面，法院透過行政行為的審查—即移民法律的解釋與適用之次層級憲法領域—使移民法不過度偏離於主流憲法價值²⁵¹，另一角度來看，充分權力原則亦不免成為法院在行政行為審查上退縮的理由。²⁵²但無論如何，至少法院在審查行政機關的移民決定上，並不會如審查國會之移民決定一般的極為限縮。

至於在移民法領域中，行政行為下的司法審查標準為何？首先，基於資源有限的經濟效益考量以及人道因素的考量，在移民法領域所發展出的行政機關決定是否向個人或特定群體執行移民法律的「執法裁量權」(prosecutorial discretion)²⁵³，而在其他法領域中，對於行政機關不執行法律的決定，往往係基於資源分配、政策決定等專業考量，原則上並不受司法介入審查²⁵⁴，故基於相同的法理，在移民

²⁵⁰ *Fiallo*, 430 U.S. at 792 (“Over no conceivable subject is the legislative power of Congress more complete than it is over the admission of aliens.”) (quoting *Oceanic Steam Navigation Co. v. Stanahan*, 214 U.S. 320, 339 (1909)); *Boutilier v. INS*, 387 U.S. 118, 123 (1967) (“It has long been held that the Congress has plenary power to make rules for the admission of aliens and to exclude those who possess those characteristics which Congress has forbidden.”)

²⁵¹ Motomura, *supra* note 217, at 580-83.

²⁵² Cox, *supra* note 242, at 381 (citing *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 766 (1972); *Jean v. Nelson*, 727 F.2d 957 (11th Cir. 1984) (en banc), *aff'd*, 472 U.S. 846 (1985)).

²⁵³ Shoba Sivaprasad Whadia, *The History of Prosecutorial Discretion*, 64 AM. U. L. REV. 1285, 1291 (2015). 另外，執法裁量權為 1920 年代在執法資源有限與大量、超負荷的遣返無證移民下，行政機關所發展出來的裁量權；其並於 1940 年代首次經國會明文規範。而執法裁量權的形式多樣，有部分可見於移民與國籍法之條文，包含暫緩遣返 (deferred action, 8 U.S.C 1227(d)(2))、假釋 (parole)、延期強制出境 (stay of removal)；亦有部分未受明文化，係行政機關基於執法政策與人道考量等，依其職權所行使的措施，如延長自願離境 (extended voluntary departure)、原地假釋 (parole in place)。See Ngai.

²⁵⁴ *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821, 831-32 (1985) (“an agency’s decision not to take enforcement action is presumed immune from judicial review under [APA] § 701(a)(2).”) (“[A]n agency decision not to enforce often involves a complicated balancing of a number of factors which are peculiarly within its expertise...whether agency resources are best spent on this violation or another, whether the agency is likely to succeed if it acts, whether the particular enforcement action requested best fits the agency’s overall policies, and indeed, whether the agency has enough resources to undertake the action at all. An agency generally cannot act against each technical violation of the statute it is charged with enforcing. The agency is far better equipped than the courts to deal with the many variables involved.”) See Heather

法領域下的「不執法裁量權」，往往受法院所尊重。次者，為 1996 年通過的非法移民改革及移民責任法（Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act）限縮了法院在審查空間，以保障行政在移民決定上的裁量權。²⁵⁵例如，對於司法部長在是否開啟強制驅逐程序、裁決個案與執行遣返命令之決定上，法院無管轄權。²⁵⁶而一般而言，在前兩者之外，法院審查行政機關之移民決定上，則主要是以「恣意妄為（arbitrary and capricious）」或「裁量濫用（abuse of discretion）」作為標準。²⁵⁷

第二款 政治部門間的權力分配

過往在移民權限歸屬上，主要注重於聯邦與州的垂直權力分立問題，以及政治部門及司法部門間的權力分配，對於聯邦內、政治部門間的行政權與立法權的水平權力分配問題，法院較少著墨²⁵⁸，因而，總統與國會間有關移民權力之分配，主要限於學理討論。而直到歐巴馬總統在 2012 年及 2014 年發布的童年抵達者暫緩驅逐辦法（Deferred Action for Childhood Arrivals, DACA）²⁵⁹及（DAPA），該議題才受到大量的學理討論與重視。²⁶⁰政治部門間的權力分配之核心爭議，便是濫觴於部分由國會授權賦予行政機關、部分行政機關自行發展的，在移民法後端（驅逐出境）極其廣泛的執法裁量權，以及歷史上總統未經國會授權直接移民事項的

Fathali, *The American Dream: DACA, DREAMers, and the Comprehensive Immigration Reform*, 37 SEATTLE U. L. Rev. 221, 255 (2013).

²⁵⁵ Fathali, *supra* note 254, at 230-31 (Comparing John Lennon's case which is prior to IIRIRA with Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Comm., 525 U.S. 471(1990) which was made post-IIRIRA.)

²⁵⁶ Immigration and Nationality Act §242(g), 8 U.S.C. §1252(g) (2006).

²⁵⁷ Motomura, *supra* note 217, at 583 n.191 (citing Foti v. INS, 375 U.S. 217, 228-30 (1963) (abuse of discretion is standard for judicial review of denials of discretionary relief from deportation); Carlson v. Landon, 342 U.S. 524, 544 (1952) (applying "clear abuse of discretion" standard in upholding the Attorney General's refusal to release aliens on "bail" pending deportation proceedings, while noting "the executive judgment is limited by adequate standards").

²⁵⁸ Adam B. Cox & Christina M. Rodriguez, *The President and Immigration Law*, 119 YALE L.J. 458 (2009).

²⁵⁹ Memorandum from Janet Napolitano, Sec'y of Homeland Sec., to David Aguilar, Acting Comm'r, U.S. Customs & Border Prot., et al., *Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Came to the United States as Children* (June 15, 2012),

<https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/s1-exercising-prosecutorial-discretion-individuals-who-came-to-us-as-children.pdf> .

²⁶⁰ Adam B. Cox & Christina M. Rodriguez, *The President and Immigration Law Redux*, 125 YALE L.J. 1 (2015); Peter Margulies, *Taking Care of Immigration Law: Presidential Stewardship, Prosecutorial Discretion, and the Separation of Powers*, 94 B.U.L. REV. 105 (2014);



事實之下，所衍生的行政權在移民法領域之權力為先天擁有或由國會授權所派生的，以及行政機關之移民權力是否有憲法界線或國會界線。此種種問題，學說、實務上至今仍未有定見，但由這些討論可以初步看出美國法在移民權力分配上的基本架構，詳下述。

移民與國籍法是由國會所制定的法典，其中外國人的入境許可 (admissibility) 以及構成遭返回境的事由 (removable aliens) 均受規範在內。不過，在境內大量的可遭返回境之人對比有限度的人力、經費與資源下，1930 年代行政機關即發展出了裁量權，並在 1940 年首次見於國會制定的移民法中，透過對移民法後端的遭返回境上，廣泛地授予了行政機關裁量權。²⁶¹而如此的權限架構，也使得行政機關在行使裁量權上（例如：決定不執行 / 暫緩執行可遭返回境之人），發展出在美國之外國人身分複雜多樣的樣貌。

第三款 美國移民法下的外國人身分類型

美國移民架構下的外國人身分類型複雜，在合法身分與合法居留之理解，以及合法居留可否連結至權利的享有，與我國的概念顯有不同，故應有所區辨。在台灣移民架構下，第一，合法居留身分等同於合法身分，本文所稱的合法身分是較大的集合概念，包含取得工作許可來台工作的外籍移工、依入出國及移民法進行短暫旅遊觀光之外國遊客、外交官、永久居留之外國人等；反之，非法（或無證）身分的外國人，必然是無證居留者（包含逾期居留或自始未經允許入境者）。

第二，我國的法制用語上並不區分移民與非移民，而是單純在法條設計上限制特定群體的移民可能性，例如入出國及移民法第 25 條第 1 項但書，即規定「經中央勞動主管機關許可在我國從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十款工作之原因經許可居留者及以其為依親對象經許可居留者」之居留期間不予計入永久居留期間之計算，而非直接將藍領移工稱為「非移民」。²⁶²

第三，外國人使用我國社會保險與社會福利制度，主要是以合法身分作為資

²⁶¹ E.g., INA §240, 8 U.S.C. §1229a.

²⁶² 相關討論可見張志偉，同前揭註 8。



格限制的要件。²⁶³而由於具合法身分同時必然具備合法居留身分，因此原則上具合法居留身分，且滿足其他要件（例如滿足一定的居住時間要求），可享有一定程度的社會制度保障。

而在美國國會所設定的外國人身分類別，在美國擁有正式合法地位、移民地位（lawful status / lawful immigration status）者，有三種情形：其一為外國人具移民身分（immigration status），也就是合法永久居民（legal permanent residents, LPRs）²⁶⁴。其二為非移民身分（nonimmigrant status）²⁶⁵，這類別下的居留原因多樣，包含外交、旅遊、學生簽證、短期工作等。²⁶⁶其三為難民（refugees）²⁶⁷。反之，未經准許入境（admitted）或逾期居留的外國人²⁶⁸，因並無合法的身分（unlawful status or no status），故被稱為非法的、無證的外國人（illegal / unauthorized / undocumented aliens）。無證移工及其子女即落入此類型中。

而在合法身分與不合法身分間，尚存有一種類型的外國人，其因受行政機關行使不執法裁量權、允許留在境內，而具合法居留身分（lawful presence）²⁶⁹，然而因執法裁量所衍生出的身分類型，其並不屬移民法架構下的合法移民地位（lawful immigration status），至多是處於暫時不受驅逐的狀態。²⁷⁰由於身分以及法律地位處於灰色地帶，法制用語亦無統一的稱呼，因此，此類型的外國人身分又

²⁶³ 參與勞保（勞工保險條例第6條及第8條）所得享有的普通事故保險及職業災害保險給付；參與全民健保（全民健康保險法第9條）下的保險給付；合法居留之外國籍學生之申請入學（）。詳細的外國人之社會保險與福利制度研析，可參馬財專主持（2015），〈我國外籍人士社會保險與社會福利之研究與跨國分析〉，國家發展委員會委託研究報告。

²⁶⁴ Immigration and Nationality Act [INA] § 101(a)(20), 8 U.S.C. § 1101(a)(20) (2018).

²⁶⁵ INA § 101(a)(15), 8 U.S.C. § 1101(a)(15).

²⁶⁶ CRS Report R45040, *Immigration: Nonimmigrant (Temporary) Admissions to the United States*.

²⁶⁷ INA § 101(a)(42), 8 U.S.C. § 1101(a)(42).

²⁶⁸ CRS Report R47218, *Unauthorized Immigrants: Frequently Asked Questions*.

²⁶⁹ 8 USC §1182(a)(9)(B)(ii): “An alien is deemed to be unlawfully present if the alien is present in the United States **after the expiration of the period of stay authorized by the Secretary of Homeland Security** or is present in the United States without being admitted or paroled.” (emphasis added)

²⁷⁰ CRS Report R45158, *An Overview of Discretionary Reprieves from Removal: Deferred Action, DACA, TPS, and Others*, Summary, 3 (2018), <https://www.congress.gov/crs-product/R45158>. E.g., “Because the decision to extend DED protection is made by the President, it is not a statutory provision under the Immigration and Nationality Act and as such, it is **not considered an immigration ‘status.’**” (U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERVS., AFFIRMATIVE ASYLUM PROCEDURES MANUAL 39 (2013), available at <https://www.aila.org/library/uscis-affirmative-asylum-procedures-manual-11-13>) (emphasis added).

被學者描述為「無身分 (nonstatus)」²⁷¹、「準合法身分 (quasi-legal status)」²⁷²、「邊緣身分 (liminal status)」²⁷³或「模糊身分 (twilight status)」²⁷⁴。

由行政機關行使裁量權所決定暫時不遣返外國人之形式種類多樣，裁量權之依據有來源於國會制定的移民與國籍法，如假釋入境 (parole)、臨時保護身分 (Temporary Protection Status, TPS)，更多則直接來源於國土安全部的執法裁量權 (enforcement discretion or prosecutorial discretion)，例如延遲強制出境 (Deferred Enforced Departure, DED)、暫緩驅逐出境 (Deferred Action)、非優先驅逐身分 (Nonpriority Status)。因而，呼應台灣移民架構提到的第一點，美國移民架構下的合法居留並不代表外國人具合法的移民地位。因此相較於合法與不合法身分的移民地位二分概念，美國架構下的移民地位毋寧是如光譜般的呈現。而這樣光譜性的移民地位，也使得外國人所享有的權利也是連續動態的。

第二節 美國移民法制度對我國無證兒少身分及權利建構的啟示

第一項 Plyler v. Doe 的論理及其後續所形塑的移民議題面貌

第一款 事實背景

Plyler v. Doe 一案（下稱 *Plyler*）係由墨西哥兒童組成的集體，對德州州政府提起訴訟。本案的事實背景涉及了德州州議會在 1975 年修正通過的教育法（下稱系爭條文），修正規定了州政府不再對於未經允許入境之學生²⁷⁵（即無證兒少）的

²⁷¹ Geoffrey Heeren, *The Status of Nonstatus*, 64 AM U.L. REV. 1115 (2015).

²⁷² Hiroshi Motomura, *What Is “Comprehensive Immigration Reform”? Taking the Long View*, 63 ARK. L. REV. 225 (2010).

²⁷³ Jennifer M. Chacon, *Producing Liminal Legality*, 92 DENY UNIV. L. REV. 713 (2015); Nina Rabin, *Legal Limbo as Subordination: Immigrants, Castes and the Precarity of Liminal Status in the Trump Era*, 35 GEO. IMMIGRA. L.J. 567 (2021).

²⁷⁴ David A. Martin, *Twilight Statuses: A Closer Examination of the Unauthorized Population*, MIGRATION POL'Y INST. 1 (June 2005).

²⁷⁵ Lawful presence 之定義，包含 legally admitted。反之則為 undocumented/ illegal/ unauthorized aliens.

部分，核撥予公立學校相關的教育經費。並且，公立學校得拒絕無證兒少入學。²⁷⁶

第二款 判決理由

Plyler 之結論肯認了無證兒少接受基本教育之權利，其重要性不言而喻。在 *Plyler* 的理由構成上，基本上分為幾大重要的部分：第一，所有人（無論移民地位合法與否）皆受憲法第十四修正案的平等保護條款所保障。第二，無證移民並非屬「嫌疑分類」，受平等權保護之密度較低而係採取「寬鬆審查」標準 (rational basis)²⁷⁷，然而，無證兒少並不在此範圍內，而應提高其司法審查密度。第三，受教權固然非憲法所保障之權利，然而其影響兒少未來人生之重要性應被考量，使「接受教育」區別於其他聯邦福利之享有，而應及於無證居留之群體。

首先，*Plyler* 從目的及歷史解釋的使用，確立所有人、即使為不具合法移民地位者，凡是係處於美國領土境內，即享有憲法第十四修正案下的平等保護條款之保障。

在過去的判決先例中，已然肯認在境內的無證居留移民，仍然係受憲法第五及第十四修正案前段的正當程序條款保障。²⁷⁸然而，本件中上訴人主張憲法第十四修正案後段之平等權保護條款有「所有境內的人民 (any person within its territory)」之文字，解釋上應區別於正當程序條款，而將「所有人」限縮在合法居留者，不及於無證移民。²⁷⁹對此，主筆的 Brennan 大法官由目的及歷史解釋的角度切入，闡明了其一，本院從未主張過平等保護條款之保障範圍，會小於正當程序條款的保障範圍，蓋「第十四修正案所揭示的條款，保障範圍並不限於公民，而具有普世性質，及於在其領土內的所有人民」²⁸⁰。²⁸¹故所謂的「所有境內的人民」

²⁷⁶ Tex. Edu. Code Ann. 21.031 (West 1987).

²⁷⁷ 有受學者批評 See, e.g., Jason H. Lee, *Unlawful Status as a "Constitutional Irrelevancy"?: The Equal Protection Rights of Illegal Immigrants*, 39 GOLDEN GATE U.L. REV. 1, 19-40 (2008); Gerald L. Neuman, *Aliens as Outlaws: Government Services, Proposition 187, and the Structure of Equal Protection Doctrine*, 42 UCLA L. REV. 1425, 1440-52.

²⁷⁸ *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228, 238 (1896); *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886).

²⁷⁹ *Plyler*, 457 U.S. at 210.

²⁸⁰ *Yick Wo*, 118 U.S. at 369.

²⁸¹ *Plyler*, 457 U.S. at 211-12.

其意涵並無法做限縮的解釋、係毫無依據，而應解讀為「負有保護義務的州政府關於平等權保障的運作範圍，是在自身管轄權的範圍才能實現」²⁸²之意。²⁸³若允許州政府利用「所有境內的人民」而縮小平等權保障範圍，排除一定的群體、免除州政府的保護義務，是不當貶損了平等保護條款的保障目的。²⁸⁴其二，在第十四修正案之草案討論中，亦清楚證實「所有境內的人民」文字的意旨是為能廣義的涵蓋到在州的疆界內、法律義務所及的全部人民。²⁸⁵因此，不合法的身分並不能減損其存在的事實，故除非其已然離境，否則無證移民及其子女係落於憲法第十四修正案之保障範圍內。

其次，為無證兒少所受之平等權的保障密度與審查標準。此部分在前階段的討論可分為兩個層次，第一為無證移民群體是否屬於嫌疑分類，第二為前述的適用標準得否套用在無證兒少群體。就第一點言，由於無證移民落入到「無證居留」這樣的移民地位分類，係出於自願行為所生的後果，故應為其行為結果負責。當聯邦政府出於外交政策、邊境控制等目的，透過其權力的行使而界定出適當的標準，以規範某類外國人的待遇，州政府當然得依據劃分出的標準行事。²⁸⁶然而，這樣的論證並無法套用到無證兒少的群體上。蓋進入到第二點討論，一方面，無證兒少對無證居留的行為結果並無法負責，亦無能力控制其父母之行為。另方面，縱使對州政府而言以對其子女來控制父母之行為是便利有效的，但如此將父母不當行為轉嫁於其子女，基本上並不符合正義的理念。²⁸⁷後半部分討論則是系爭條文所進行差別對待、限制的基本教育權利是否重大等的審酌。雖然受教權並非憲法所保障的權利，但其亦非單純的社會福利。Brennan 大法官透過大篇幅的敘述，一方面強調了教育所傳達出的民主價值觀、文化傳承等對於整體社會、國家的安定與助益作用是顯著的，另方面，教育在影響個人基本生活的自立及未來發展可能同樣是深遠的。因此，綜合考慮無證兒少對其身分的無辜性及教育剝奪對個人、社會影響的永久性，系爭條文所為之差別待遇應至少係出於實質正當的目的

²⁸² Missouri ex rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337, 350 (1938).

²⁸³ Plyler, 457 U.S. at 213.

²⁸⁴ *Id.*

²⁸⁵ *Id.*, at 214-16.

²⁸⁶ *Id.*, at 219 n.19.

²⁸⁷ *Id.*, at 220.

(substantial goal)，方為合理。²⁸⁸

最後，是系爭規範以無證兒少作為差別對待之對象，其目的是否具充分的合理依據 (a sufficient rational basis)，及分類是否精準的審查。第一部分有關目的合理性之討論，Brennan 大法官直接言明了「無證身分」本身並無法作為。蓋移民的出入境與身分分類的權力，係歸屬於聯邦政府所有 (Immigration federalism)，州政府在移民法領域基本上並無置喙空間，且在行政權裁量權的行使下，無證兒少皆有可能受到合法居留，此為州政府所缺乏的判斷能力。除此以外，固然，州政府應留意到國會政策與法律，然而，檢視國會制定之移民法，並無法辨別出國會有剝奪無證兒少教育權的意圖。綜上，系爭規範之目的並非具備充分的合理基礎。

第二部分為分類是否精準的討論。Brennan 大法官闡明了，州政府固然可以借用聯邦政府所劃定的標準，但在正當化使用該標準以達成自身目的時，州政府必須證明其目的與分類標準間具有合理的關聯性。一個主張為，這樣的分類有助於減緩無證移民的流入並緩和其對經濟造成的負面影響。就此，Brennan 大法官指出，實際上並無證據表明無證移民會造成經濟的衰減，相反的，他們在當地工作甚至有助於提升經濟。甚且，無證移民是為了受僱的經濟目的而進入當地，完全不是為了獲得教育的利益，因此限制教育來達成減少無證移民的目的會是荒謬的。另一項主張，是無證兒少會造成教育經費上的特別負擔；主張理由在於如墨西哥裔等特定族群的兒童相較於同齡的教育水準較為落後，會使學校設計特別課程、產生額外支出。然而，限制無證兒少的受教權與財政支出的減少二者的關聯性是薄弱的。蓋聯邦政府挹注州政府教育經費係根據人頭，故而減少一名無證兒少並不會因此讓整體財政變多。況且，這些有特別教育需求的特定群體，並非都是無證居留，有些是具合法身分的外籍學生；就算認為具特殊教育需求的群體與無證兒少有所關聯，然而，中央補助的減少，反而會使教育品質下降。因此，這樣的分類並不精準。

²⁸⁸ *Id.*, at 221-24.



第一目 無證移工及其子女之權利保障：法律地位的提升？

綜觀美國過往在移民法領域之判決，*Plyler* 一案可謂係無證移民權利保障中的高標準判決。²⁸⁹惟至此，是否顯示了無證移民以平等權在權利主張上的強化、或審查密度的提高，則非當然之理。蓋自 Brennan 法官的論理模式，可以發現其大量強調基本教育對兒少以及整體美國社會福祉之影響²⁹⁰，並且在分類標準上明示了無證移民並非嫌疑分類，故而，*Plyler* 對無證移民整體之法律地位提升或後續涉及平等權爭議的判決之影響係有限。²⁹¹

第二目 無證兒少後續議題的開展：高等教育及合法移民身分

縱然 *Plyler* 在無證移民之地位提升影響有限，惟其很大幅度形塑了後續關於無證移民的討論議題，其中最受討論與關注的，是無證兒少全面融入美國社會後的「成為公民」之可能，以及無證兒少在完成基本教育後，獲得「高等教育」之學費優惠。

在無證兒少得否成為美國公民的討論上，早自 2001 年國會中即提出了相關的修法草案（多以 DREAM 法案作稱）²⁹²，蓋自 1980 年代 *Plyler* 通過後，經過十幾年，接受教育的那群無證兒少已然發展成人，在成長背景與教育過程的軌跡上與其他美國公民近乎無異，卻在成人的瞬間直面到就業的不可能以及高等教育的就學困難，從這樣的理來看，一方面，從個人角度來看，是無證兒少實際上與美國連結甚深、與其原籍國牽連甚淺，除了法律身分之外，基本上可以視之為美國人，另方面，從國家角度來看，其花費了時間與資源所培養的人才，卻無法回饋社會，兩個角度兼併下，與美國公民無異的無證兒少卻無法實現自我、大展長才，不難理解其為何被稱為「等待中的美國人（Americans in Waiting）」、「夢想者

²⁸⁹ Hiroshi Motomura, *The Rights of Others: Legal Claims and Immigration outside the Law*, 59 DUKE L.J. 1723, 1734 (2010).

²⁹⁰ *Plyler*, 457 U.S. at 218-30. See *id.*, 1731-32.

²⁹¹ *Id.*, 1731-36.

²⁹² Development, Relief, and Education for Alien Minors (DREAM) Act, S. 1291, 107th Cong. (2001).

(DREAMers)」。

在國會中，自 2001 年開始夢想法案之草案受多次提出，法案之重要性在於，提供了無證兒少暫時性的合法移民身分，更重要的是，開闢了歸化成為美國公民之可能路徑。²⁹³在要件上，包含未滿 16 歲入境、居留滿一定期間（多為 5 年）、具高中學歷、無重大刑事紀錄等。然而，在國會長達十數年未能通過法案的僵局下，歐巴馬總統於 2012 年發布了「童年抵達者暫緩驅逐辦法（Deferred Action for Childhood Arrivals, DACA）」²⁹⁴，藉由行政手段的方式先行給予無證兒少合法居留之地位（非合法移民身分）及工作許可，立論基礎便是行政權本身所蘊含或經國會授予的廣泛裁量權下的非優先執行事項的明文化²⁹⁵。其後於 2014 年更是發布了「為美國公民或合法永久居民之父母暫緩遣返政策（Deferred Action for Parents of Americans and Lawful Permanent Residents, DAPA）」²⁹⁶，針對公民、永久移民之無證居留父母，給予合法居留的地位。惟最高法院於 2016 年宣告 DAPA 違憲，地方法院並於 2025 年宣告 DACA 違憲、並在原告（德州）之領域內暫停適用。由此，對我國的提示，為行政權本於其迅速、彈性之手段而先行補足法律漏洞或解釋法律，本即常見，惟關於行政權之界線，以及行政權是否有侵入立法權領域、而違反權力分立，透過法院的論理模式，可以覺察出行政權及立法權之互動關係，在影響的關於既有法律之解釋適用，以及影響行政法令的合憲性認定之重要性。

²⁹³ 固然，美國移民法有提供不具合法移民身分者轉換為合法移民之規範，惟該法規排除了非法入境之人轉換身分的可能，因此絕大多數的無證兒少是毫無可能取得合法居留或合法移民身分。

²⁹⁴ Memorandum from Janet Napolitano, Sec'y of Homeland Sec., to David Aguilar, Acting Comm'r, U.S. Customs & Border Prot., et al., *Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Came to the United States as Children* (June 15, 2012), [https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/s1-exercising-prosecutorial-discretion-individuals-who-came-to-us-a-s-children.pdf](https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/s1-exercising-prosecutorial-discretion-individuals-who-came-to-us-as-children.pdf) .

²⁹⁵ U.S. Dep't of Justice, Office of Legal Counsel, *Prioritizing and Deferring Removal of Certain Aliens Unlawfully Present in the United States* (Nov. 19, 2014), <https://www.justice.gov/olc/opinion/prioritizing-and-deferring-removal-certain-aliens-unlawfully-present-united-states> ; Hiroshi Motomura et al., *Open Letter from Law Professor to President Obama*, at 6 (Nov. 25, 2014), <https://pennstatelaw.psu.edu/sites/default/files/documents/pdfs/Immigrants/executive-action-law-prof-letter.pdf> .

²⁹⁶ Memorandum from Jeh Charles Johnson, Sec'y, U.S. Dep't of Homeland Sec., to León Rodríguez, Dir., U.S. Citizenship & Immigr. Servs., et al., *Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Are the Parents of U.S. Citizens or Permanent Residents* (Nov. 20, 2014), https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14_1120_memo_deferred_action.pdf .

第二項 *Plyler* 基本精神所架構的無證兒少的合法居留請求

針對 *Plyler* 一案中法院所展現的論證邏輯，學者 Hiroshi Motomura 將其歸納為三個核心主題：第一，無證居留狀態的複雜性；第二，州與地方政府在移民事務中角色的有限性；第三，整合無證移民的必要性。²⁹⁷而這三個核心主題對於思考「法律外移民（immigration outside the law）」領域中各議題上的論辯，是有重要性的。Motomura 教授進一步，將由受教權發展而來的案例，其背後精神與基本理念放置進更宏觀、一般性的「移民地位合法化」的論述，以夢想法案、美國第十四修正案之出生地主義涵蓋無證兒少及大規模之合法化政策為觀察對象，而主張法治國原則（rule of law）是有彈性的，故一味硬性的以無證移民違反法律入境的單純論點排斥該群體所有權利主張的可能性，是不可採的，並且得出由該原則所形成的支持賦予合法身分的觀點，比起反對的觀點係更為有力的結論。²⁹⁸

本文以為，Motomura 教授提出 *Plyler* 下的三大核心主題所連結的移民地位合法化論述，可作為思考我國無證兒少身分合法化的出發點。這樣的論述從不同路徑切入，呈現出平行於第三章由我國憲法一般原理原則及最低生存保障請求權所展開的正當性基礎，進而豐富了無證兒少主張合法居留之理論基礎。

第一款 無證居留狀態的複雜性

Plyler 一案中提到，「就如同所有違法入境之人一般，這些兒童（此指無證居留兒少）屬於可受遣返之人。惟，對這樣可受遣返之兒童，現實並無法保證他有朝一日必然會被遣返回國。」²⁹⁹ Motomura 教授分析，此論點反映出兩個觀點，第一，一人是否不具合法身分，是複雜而不清楚的。第二，就算其確實為身分不合法的外國人，但他並不一定會被遣返。

首先，第一點可呼應第二章所提到的，我國無證居留的有依兒少之組成、形成原因的複雜性。舉例言，第 1 類型生父為國人、生母為無證移工者，其非婚生

²⁹⁷ Hiroshi Motomura, *Immigration Outside the Law*, 108 COLUM. L. REV. 2037 (2008).

²⁹⁸ Hiroshi Motomura, *Making Legal: The Dream Act, Birthright Citizenship, and Broad-Scale Legalization*, 16 LEWIS & CLARK L. REV. 1127 (2013).

²⁹⁹ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. at 226.



子女在法律上屬於中華民國籍，但可能因證明困難或耗資、生父拒絕認領等原因，子女遲未受登記，形成與生母同身分的無證居留地位。類似的情形亦可能出現於生父為合法居留、生母為無證移工且二人無婚姻關係之情境。因而，兒少的移民地位，自無證居留到合法居留，本即是可變動的關係。

其次，第二點所論及的「無證兒少並不一定會受遣返」之觀點，在現實中的報章雜誌實地訪查，同樣顯現出了這樣的現實基調。例如，「受訪的雇主、移工不諱言，山區缺工是事實，連一些家裡務農的警察也會請失聯移工。當地與執法人員有默契，只要移工安分工作，除非有人檢舉或發生刑案，否則很少主動逮人。他們說，把失聯移工抓光，菜園、果園誰顧？會造成多龐大的經濟損失？」³⁰⁰

第一目 無證兒少身分複雜性對身分合法化制度的啟發

對於無證兒少，其是否繼續居住於台灣、繼續抱有無證居留的身分，實際上係取決於其父母；而父母對於是否返回原屬國的決定，又往往繫於子女是否屆於學齡：

「專勤隊隊員小蔡（化名）解釋道，『依我們的經驗，10 件通報裡大概有 7、8 件都是假資料，後續我們也查不到這個媽媽跟她的小孩。只能等到她願意出面自首，或是想帶孩子回去了，我們專勤隊才能掌握小朋友的情況。』這些移工媽媽自首的時間也呈 M 型波峰，有的一懷孕想儘早回家，第一時間就來自首，『有的很會拖，拖到小孩 5、6 歲要上學了才出來。』」³⁰¹

當然，是否所有無證移工家庭皆如此，也非定論：

「她（此指關愛之家創辦人楊婕妤）聽說，在印尼沒有學校的偏遠山區，爸媽們會自己教導孩子語言與信仰；一些在台灣深山工作的印尼爸媽，懷抱相同的觀念養育下一代，但孩子的學習發展會是如何？楊婕妤還是放不下心。」³⁰²

³⁰⁰ 曹馥年，同前揭註 31。

³⁰¹ 簡永達，同前揭註 3。

³⁰² 同前註。

由以上可以發現，無證移工的居留時長係與其子女相牽連。反過來說，若開放無證兒少入學，從我國無證移工未來的逾期居留情形而言，是否有鼓勵無證移工繼續留在台灣工作的疑慮？這是在無證兒少身分合法化的討論中，必然會考慮到的現實因素，即無證移工群體的擴大及繼續居留的可能性，以及無證兒少基本生存權利的剝奪，兩者間的權衡。

不過，進一步可以延伸思考，若並非全面的合法化所有、包含未來在台出生的無證兒少，而是有限度的確立現今在我國境內工作的無證移工及其子女之合法化，這樣的可能性之存在。

據監察院調查報告之觀察與總結：

「當天接受訪談的印尼籍失聯移工共有 10 多人，其中有幾對夫妻。...大多在這裡已經工作、生活 5 年以上，有的甚至超過 10 年的時間，這些移工說到，失聯後的移工藏於山區、走入農村從事農務工作，換取到的是自由與彈性、合理的生活方式、工作環境，更能夠和配偶、孩子共同生活不會受到工作牽絆而分隔兩地，也因為這批人力，讓農家得以生存下去。」³⁰³

「我國農業人口結構老化嚴重，農民平均年齡已達到 68 歲，世代斷層嚴重，基層勞動力已經出現青黃不接的窘態，農業現場出現人力荒的窘迫，而在傳統農業基層勞動力匱乏下，農家為求生存只能依賴失聯移工，成了農業人力缺口的主要補充方式，龐大的缺口也漸漸由這批人力所填補，如同隱形的勞動力，撐起我國農業的一片天。」³⁰⁴

從現實性的勞動力需求角度、到雇主聘用資深員工的成本效益考量，再到移民融入的觀點（詳於下述），在無證兒少身分合法化的設計上，將其父母一併納入整體考量，使現階段一定範圍、一定條件下的無證移工及其子女合法化，一方面避免單純合法化無證兒少、而父母仍有受遣返可能的困境，充分考量了家庭團聚權與移工的社會融入，一方面，也緩和了鼓勵無證移工繼續居留的疑慮，使整體

³⁰³ 監察院（2022），〈111 財調 0044〉調查報告，頁 70。

³⁰⁴ 同前註。

考慮到無證移工及其子女的方式成為一種政策選擇。



第二款 移民融入的觀點

Plyler 一案中，法院採取了移民融入的立場，而將兒少—無論其移民地位如何—納入公共教育體系，並將教育的剝奪連結到社會永久的邊緣化、次等階級地位。³⁰⁵ 同時，*Plyler* 提到教育之意義包含了「延續美國社會的政治與文化傳統」、「啟發兒少對文化價值的認同」、養成「良好公民的基礎」與「使其適應環境」等的重要性，亦明示了教育在移民融入美國社會、經濟與文化上的關鍵地位。

第一目 移民融入觀點與身分合法化之連結

而移民的融入作為成為「我群」所不可或缺的一環，可見於國籍法第 3 條第 1 項第 4 款「具備我國基本語言能力及國民權利義務基本常識」之規定。同時，憲法第 163 條「國家應注重各地區教育之均衡發展，並推行社會教育，以提高一般國民之文化水準，邊遠及貧瘠地區之教育文化經費」，其「地區」的資源受限所為的挹注，背後的重點毋寧在於「人」、即接受教育資源的兒童。因而，若我國教育制度自始排除特定群體接受教育，一方面永久拒絕了成為我群的可能性，另方面也有違背憲法下實質平等、剝奪向上的社會流動的疑慮。

在將移民融入作為支持身分合法化的理由中，Motomura 教授提出了「immigration as affiliation」的觀點，肯定了無證移民生活與居住在境內一段時間，所發展出與該國的連繫；而一定時間所沉積出的連繫關係，也成為美國移民法中，成為判斷是否驅逐（執法裁量權之行使）、賦予法律上權利的要素。³⁰⁶

Motomura 教授在這階段所提出的將「時間」的概念納入公民權、居留權的主張，實際上並非其所獨創，亦得見於其他學者的討論中。³⁰⁷ 例如，學者 Joseph Carens

³⁰⁵ See Motomura, *supra* note 298, at 1129; Doe v. Plyler, 458 F. Supp. 569, 577 (E.D. Tex. 1978) (The district court noted that without an education, undocumented children “[a]lready disadvantaged as a result of poverty, lack of English-speaking ability, and undeniable racial prejudices, ...will become permanently locked into the lowest socio-economic class.”).

³⁰⁶ Hiroshi Motomura, *Who Belongs: Immigration Outside the Law and the Idea of Americans in Waiting*, 2 UC IRVINE L. REV. 359, 376-77 (2012); Motomura, *supra* note 298, at 1131-32.

³⁰⁷ See also RUTH RUBIO-MARIN, IMMIGRATION AS A DEMOCRATIC CHALLENGE: CITIZENSHIP AND

提出在長時間的居住與工作下，移工應享有的繼續居留及成為公民可能性之道德性主張（moral claim）。且這樣的原理並不限於那些合法居留者，而一樣可以援用到無證居留者；這樣的道德性主張在兒少身上更為強烈，因為他們對於自身移民地位並無可歸責性。³⁰⁸ 學者 Antje Ellermann 則將這樣的道德性主張透過法治國原則下的法安定性（the principle of legal certainty）轉為法律上的主張。³⁰⁹

1. 時間維度下的過去面及一般無證移民之身分合法化

對於一段時間的經過下，移民的融入（包含經濟上的貢獻、與在地人的連結）成為成員（member），所衍生出的道德性主張，抑或是法安定性原則下，在長時間未受遭返回國的時效經過，以及為了使無證移民得以對未來生活有安排與預見，無論移民是否確實受社會所整合與實際融入，皆應肯認其繼續居留的法律上主張存在。這兩類的論調均立基在「無證移民在過去長時間居住」所紮根的連繫上的認知，而這樣的論述對於一般無證移工（即無證兒少之父母）群體，是。Plyler 所引用司法部長在聽證會上的言論，亦將這樣的群體形容為「守法且有生產力之人」³¹⁰，而這個角度的理解也可以套用到在我國長期深耕與勞作的無證移工。

2. 時間維度下的未來面及無證兒少之身分合法化

在認知到時間的維度上的過去面之外，Motomura 教授將未來面也納入考量。具體而言，居留權或公民權的賦予，使得合法身分作為一個移民融入的平台，而 Plyler 便是認為無證兒少未來的移民融入，相較於現階段的不合法身分更為重要，因而將時間維度的未來面下移民融入的觀點作為主要考量，而肯認了所有兒少—無論移民地位合法與否—的受教權。相同的論述亦可套用在夢想法案的支持理由。

回到我國法體系當中，國籍法第 4 條第 2 項第 2 款的新增，同樣可以反映出相同的論調。本款為 2024 年所修正通過，主要適用於無證居留之無依兒少。蓋在

INCLUSION OF GERMANY AND THE UNITED STATES (2000).

³⁰⁸ Joseph Carens, *Members and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States*, IMMIGRATION AND THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA 31, 43 (1989).

³⁰⁹ Antje Ellermann, *The Rule of Law and the Right to Stay: The Moral Claims of Undocumented Migrants*, 42 POLITICS & SOCIETY 293 (2014).

³¹⁰ Plyler, 457 U.S. at 218 n.17.

舊法時代，無證之無依兒少僅能在「成年後」依照國籍法第3條之規定進行歸化，或需經國人「收養」方得於「未成年時期」取得中華民國國籍。修法理由謂以「為處理出生於我國領域內，生父不詳，生母為外國人且行方不明，或已出境或遭遣返回國後行方不明之非本國籍無依兒童與少年身分認定事宜...考量上揭兒童及少年最佳利益，落實聯合國兒童權利公約第七條規範意旨，以保障渠等身分權益，避免成為無國籍人，爰將渠等得申請歸化之情形分款規定，...增訂第二款規定未婚且未滿十八歲之外國人或無國籍人，由社會福利主管機關或社會福利機構為其監護人者，得由社會福利主管機關或社會福利機構申請歸化」。這樣的修法呈現了時間維度下的移民融入，並不限於「過去面」，而是包含可預見的未來面上的融入（「在中華民國領域內合法居留雖未滿三年」等語），肯認了無國籍的無證無依兒少生長於我國以及在可預見的未來中會繼續加深在我國的連繫，且與生母原籍國之連繫亦極為薄弱，故不待其成年、預先允許取得我國國籍，以消除日後融入社會制度等的各種障礙。

以未來的移民融入為考量，同樣可以作為無證有依兒少取得合法居留證的支持理由。因為基於雇主對於無證移工勞力需求之現實面，以及移工融入、貢獻其力量於當地社群中，與移工相對應在經濟上的需求、難以期待主動離台，就其子女教養上有部分會選擇留在台灣自行教育；對於這樣的無證兒少，透過合法居留身分的賦予，使其日後得以順利、完全地融入我國社會之利益，如同其父母般貢獻我國社會與經濟，是否遠勝於將其永遠排除於外，乃至於由此而生的所有基本生存需求之排除（如基本教育）？此為可供立法者進行衡量的層面。

第二目 移民融入觀點與客工政策的相悖？

在透過時間維度上所呈現的移工及其子女在「過去面向」上長期的居住期間以及與當地社群所建立的連結，與「未來面向」上可預期的繼續居留在我國領域內，作為移工及其子女身分合法化主張的正當基礎，這樣的觀點是否與我國客工政策有內在價值上的衝突？

詳言之，亞洲國家的客工制度與美國客工制度是存有一定的區別，究其原因涉及了歷史、地理背景上的差異。亞洲國家地域空間有限、人口密度高之特徵，

以及種族同質性高、欠缺偏好永久居留之意識形態，在客工制度之設計上，相較於具豐富移民歷史的美國及傾向後國族主義公民權之歐洲國家而言，是最為嚴苛的。³¹¹因而，普遍的亞洲移民移入國不允許低階移工入籍歸化，亦限制移工長期居留之可能³¹²，並且基於家庭團聚權之依親權利亦是有所限制³¹³。

因此，在美國與台灣移民基本制度及意識形態上的差異下，欲將移民融合之觀點套用於身分合法化的論述中，會有無法切合之處。然而，觀察近來台灣移民制度，行政院在 2018 年提出了「新經濟移民法」草案，其中第三章外國中階技術人力，以就業服務法第 46 條第 1 項第 8 至 10 款的藍領移工作為規範對象，若其工作滿 6 年且符合一定的條件，可轉為中階技術人力，而這樣的身分、移民地位轉變使其有申請永久居留之資格，其家庭團聚權亦受保障，配偶與子女得申請依親居留。雖然因立法院屆期不連續而最終未能通過，目前草案係退回行政院³¹⁴，然而，這樣的制度設計與美國移民法所強調的因居留期間所取得的，以及家庭團聚權之保障，可以相呼應，因此，一方面，無證移工有機會因憲法基本原則（如法安定性）主張身分合法化是一回事，但另方面，台灣移民政策試圖在嚴苛客工制度上的轉變，也實際開闢出藍領移工走向移民路徑的可能。進而，在以移民融入觀點作為無證移工身分合法化的論述上，不過於突兀與不切實際。

此外，行政院在 2022 年推出「移工留才久永方案」，適用對象即主要為製造業、農業、看護工之社福業等藍領移工階級，並透過薪資條件、技術條件、在台工作滿 6 年等的門檻規定，開放予這樣的中階技術人力申請永久居留的權利。³¹⁵此

³¹¹ 藍佩嘉，(2006)，〈合法的奴工，法外的自由：外籍勞工的控制與出走〉，《台灣社會研究季刊》，第 64 期，頁 114。

³¹² 例如，1992 年 5 月 8 日公布之就業服務法第 49 條僅允許一聘 1 年，並得延長 1 年；1997 年 5 月 9 日公布之就業服務法第 49 條，則更改為一聘 2 年，並得延長 1 年。不過，後續因雇主成本、員工訓練等的考量，依現今就業服務法第 52 條（2025 年 1 月 20 日公布）為一聘 3 年，並得延長，累計不得逾 12 年（家庭看護移工 14 年）。

³¹³ 例如，入出國及移民法第 23 條第 1 項第 1、2 款，禁止藍領攜帶其配偶、原屬國所生子女來台。

³¹⁴ 國家發展委員會，<https://www.ndc.gov.tw/Content>List.aspx?n=10F8A9E4711F6510>（最後瀏覽日：2025 年 5 月 23 日）。

³¹⁵ 行政院，

<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/bad691ec-b013-4a38-9e35-92d2eff33623>（最後瀏覽日：2025 年 5 月 23 日）。

鬆綁了入出國及移民法第 25 條藍領移工不得申請永久居留之限制，透露了台灣的客工由移工身分邁向移民身分的意味。其背後的理念「是我國不可或缺的生產力」、「熟悉臺灣生活環境，更熟練勞動、生產及運用的技術」³¹⁶，以及透過一定工作時間的累積作為要件，皆反映了移民融入的觀點。因此，以移民融入論證無證移工身分的合法化，並不會與我國移民政策下的客工制度有所扞格。

第三款 小結：制度設計上的提示

在討論無證兒少身分合法化的制度設計時，可以區分出兩種不同的政策路線，各自具有不同的法理基礎、適用範圍及實務考量。第一種政策選擇，係大規模的合法化居住一定期間（例如五年）的無證移工，其子女可由入出國及移民法第 26 條依親居留方式一同獲得合法居留身分。此立法模式為非單純考量無證居留兒少，而考慮到家庭團聚權等憲法權利，而將其父母一同納入。理論基礎在於，無證移工及其子女的家庭在台生活、工作一定的時間，對於社區與土地所產生的連結，反映了法安定性，以及因長時間的不驅逐所產生的信賴保護考量，與由雇主面向考慮到的人力與員工訓練成本的經濟效益。制度的優點，在於範圍具可確定性，詳言之，無證移工家庭的合法化，可透過要件的設計（例如居住期間、某年以前的無證移工）而將身分合法化限制於一定的範圍、受限的群體，在數量上至少具可預估性。另一個優點，是無需變動既有的、整體的移民及相關權利的法制架構，即可有效保護到兒少之權益，例如兒少以依親方式取得居留、因合法居留身分而無證移工及其子女之健康權皆得受保障等。

第二種政策選擇，為全面的給予所有無證居留的兒少合法居留之身分。惟，此模式可能會面臨的問題，其一，是剝奪立法者針對不同身分的兒少給予保障的可能，形成齊平的現象，優點是得以實現並保障所有兒童之權益，例如法國在未成年階段並未有移民身分的劃分，缺點則是立法者無法衡酌社會資源予以不同程度的保障。其二，考慮到主權國家在移民領域及外國人身分劃定之權力行使，在承認無證居留的兒少應予以合法身分，有點近似於難民認定的概念——即使不具備一般的入境合法性，但基於人道考量或國際法義務而給予特殊保護。至少須建

³¹⁶ 同前註。

立在「堅強且具普遍性的法理基礎」上。本文以為，由國際公約下的兒童之特別保護、憲法權利與原則之討論（如第三章所述），應係有可能的。



第三節 無證兒少基本生存權利的實現

第一項 一般原理原則：無證移民權利受司法權保障的密度

美國憲法第五修正案之正當程序條款、第六修正案之刑事程序權利、第十四修正案之平等保護條款等，在保障範圍上係及於境內之所有人，無論移民地位合法與否，已如前述。³¹⁷其中，與無證移民之社會基本權實踐較具關聯者，為第十四修正案之平等保護條款。然而，一方面，平等權在所涉法律屬聯邦或州（地方）層級會有不同的審查標準，當國會所制定的法律，以移民地位作為分類標準，因外國人權利享有涉及國家外交關係的折衝考量，作為充分權力原則之延伸影響的領域³¹⁸，法院介入空間有限，而往往採取寬鬆審查（rational basis）。³¹⁹另方面，無證移民群體非屬嫌疑分類，且在審查密度上多採取寬鬆審查，僅涉及無證兒少時例外提高標準。綜上，無證移民以平等權作為法規違憲主張的基礎，係有限的。據學者觀察，相較於以實體的平等權主張，透過「聯邦優先權」等程序權的主張，論證相關法律違憲的勝訴可能性反而更高。³²⁰

³¹⁷ *E.g.*, Wong Wing, 163 U.S. 228; Yick Wo, 118 U.S. 356.

³¹⁸ Diaz, 426 U.S. at 81-82.

³¹⁹ See Michael J. Wishnie, *Laboratories of Bigotry? Devolution of the Immigration Power, Equal Protection, and Federalism*, 76 N.Y.U. L. REV. 493, 501 n.41 (2001) (citing *City of Chicago v. Shalala*, 189 F.3d 598 (7th Cir. 1999) (affirming citizenship requirements in 1996 Welfare Reform Act), cert. denied, 120 S. Ct.1530 (2000); *Rodriguez v. United States*, 169 F.3d 1342 (11th Cir. 1999) (same, as to Food Stamps programs under 1996 Welfare Reform Program); *Kiev v. Glickman*, 991 F. Supp. 1090, 1095-97 (D. Minn. 1998) (same); *Abreu v. Callahan*, 971 F. Supp. 799, 807-11 (S.D.N.Y. 1997) (same, as to Food Stamps and SSI); *Cid v. S.D. Dep't of Soc. Servs.*, 598 N.W.2d 887, 891-93 (S.D. 1999) (same, as to TANF)).

³²⁰ Hiroshi Motomura, *The Rights of Others: Legal Claims and Immigration outside the Law*, 59 DUKE L.J. 1723 (2010).

第二項 無證移民及其子女具體的權利實現



第一款 社會福利法之基本介紹

1996 年國會通過的個人責任與工作機會調節法（Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, or Welfare Act of 1996，以下簡稱社會福利法），將移民請領聯邦公共福利之資格進行了統一、全面的規範，並重新界定移民在公共福利之近用。在 1996 年以前，移民在聯邦公共福利之請領資格基本上同於美國公民，且並未受統一的規範，而為視各計畫而定。基本上，受公共福利排除於外的外國人，主要為無證移民或短期居留者。³²¹自 1996 年修法後，基於反移民之背景以及移民移入與社會福利請領直接相關的普遍社會認知³²²，本次改革大幅限縮了外國人（包含永久居民、難民、無證移民）取得社會福利之資格，並使公民身分在取得社會福利上佔據了不成比例的重要性。

第二款 無證移民在社會福利法中的法律地位

就無證移民得否適用社會福利法，享有聯邦挹注的公共福利與服務，主要參酌關於本法的權利主體以及權利客體上的限制。

首先，社會福利法（美國法典第 8 編第 1611 條）規定僅符合資格之外國人（Qualified aliens）³²³，且應滿足一定的要件（例如：居住滿 5 年期間），方具有請領福利之資格。關於符合資格之外國人之定義，主要指。因此，無證移民作為不具合法移民地位者，落於社會福利法之基本公共福利的權利主體之外。

附帶補充，符合資格之外國人又可分為兩類，一種類型係不受限制的請領所有的福利，此類型的外國人包含工作滿 40 個工作季之永久居民，或居住滿 7 年之

³²¹ Michael Fix & Jeffrey Passel, *The Scope and Impact of Welfare Reform's Immigrant Provisions*, Discussion Paper No. 02-03, Assessing the New Federalism, Urban Ins. (Jan. 2002), at 5, www.urban.org/publications/410412.html; Tanya Broder & Jonathan Blazer, *Overview of Immigrant Eligibility for Federal Programs*, 1 (Oct. 2011).

³²² See 8 U.S.C. Section 1601(1) (“self-sufficiency has been a basic principle of United States immigration policies”). See also Fix & Passel, *supra* note 321, at 3-4.

³²³ 8 U.S.C. § 1641(a) (an alien who is not a qualified alien is not eligible for any Federal public benefit).

難民。³²⁴另一類型則僅得請領特定福利³²⁵，而排除享有單向性、救助性質（需資力審查）的社會福利³²⁶，例如居住滿 5 年、未工作滿 40 工作季之移工。

其次，「不合格之外國人不具有領取聯邦公共福利之資格」³²⁷，所謂聯邦公共福利之定義，為「任何由美國聯邦機關或透過美國聯邦撥款所提供之福利，包括：退休金、社會福利、醫療、身心障礙補助、公共或補助住宅、高等教育、糧食援助、失業給付，或其他性質類似的福利（下略）（粗體及底線為本文所加）」³²⁸。因而，在反面解釋上，非屬高等教育之學前或基本教育之福利，為不符合資格之外國人（例如無證兒少）得享有者。例如，啟蒙計畫（Head Start Program）專為低收入戶家庭兒童提供的學前計畫，因非屬「高等教育」福利，故符合年齡、家庭收入資格的無證兒少亦得參與。³²⁹或如，婦幼營養計畫（Special Supplemental Nutrition for Woman, Infant and Children, WIC）即因為非屬聯邦公共福利之定義範圍，因此在使用對象上納入了無證兒少及其母親。³³⁰

因此，聯邦公共福利的大幅改革固然是為了制止無證移民的湧入，但這些無證移民最基本的生存及安全的維護仍是應被考慮到的，因此社會福利法在限制外國人請領福利的同時，就涉及了基本生存或公共福祉的部分，訂有例外規定。

第三款 無證移民所享有的基本生存權利

社會福利法在聯邦公共福利資格（eligibility）限制上，設有例外規定，使所有（無論其移民地位合法與否）享有一定的保障。

³²⁴ 8 U.S.C. § 1611(a) (“an alien who is not a qualified alien is not eligible for any Federal public benefit”).

³²⁵ 8 U.S.C. § 1612(a).

³²⁶ 舉例言，資格受限制的外國人，僅得加入社會安全制度、聯邦助學金（Pell Grant）、低收入家庭福利優惠（Earned Income Tax Credit）；而對於貧窮家庭暫時性救助金（Temporary Assistance for Needy Families, TANF）、補充保障收入（Supplemental Security Income, SSI）等，需待工作滿 40 個工作季或居住滿 7 年之難民，方不受資格限制。See Fix & Passel, *supra* note 321, at 6-7.

³²⁷ 8 U.S.C. § 1611(a).

³²⁸ 8 U.S.C. § 1611(c).

³²⁹ U.S. Dep’t of Health & Human Servs., Admin. for Children & Families, Child Care Bureau, Program Instruction No. CCDF-ACF-PI-2008-01 (May 2, 2008).

³³⁰ See J. Paul Leigh & Alvaro Medel-Herrero, *Participation in the Women, Infants, and Children (WIC) Program as Reported by Documented and Undocumented Farm Worker Adults in the Households*, 20 J. AGROMEDICINE 409; Tanya Broder & Jonathan Blazer, *supra* note 321, at 3.

例外規定之內容，節錄如下：



「(A) 根據《社會安全法》第十九章 (Social Security Act Title XIX) (或其後繼計畫) 提供的醫療協助，用於治療該外國人所患之緊急醫療狀況 (emergency medical condition) (略) 且該外國人須符合該章根據州政府核准計畫所訂定的醫療協助資格條件之援助 (下略)。

(B) 短期、非現金、實物形式的緊急災害救助。

(C) 公共衛生援助，其內容包括針對可接種疫苗的疾病所進行之疫苗接種，以及針對傳染性疾病症狀 (無論是否已確診為傳染性疾病) 之檢測與治療。

(D) 由司法部長指定的計畫、服務或援助 (例如愛心廚房、危機諮商與介入、以及短期庇護)，該指定係由司法部長在與相關聯邦機關協商後，依其單獨且不受審查之裁量所作成，且該等計畫須符合下列條件：

- (i) 在社區層級提供實物服務，包括透過公立或私立非營利機構提供者；
- (ii) 不以個人受助者之收入或資源作為提供援助、援助金額或援助成本的條件；
- (iii) 為維護生命或安全所必要者。

(E) 由美國住宅與城市發展部長管理的住宅或社區發展援助計畫 (略)，但僅限於該外國人在 1996 年 8 月 22 日當日即已領取該等福利者。」³³¹

由上可知，社會福利法保障了無證移民最低度的生存需求，主要以維護生命或安全所必要者為限。

第四款 無證兒少所享有的權利

第一目 受教權之具體實踐

無證兒少之基本教育權利受憲法所保障 (參 *Plyler* 一案)，已如前述。在法律規範上，各州亦有法規規範學校不得以移民身分的合法性，作為拒絕入學之理由或申請入學之要件。³³²而關於學區之認定，則有別於我國傳統以戶籍認定的方式，

³³¹ 8 U.S.C. § 1611(b)(1).

³³² E.g., 22 Pa. Code § 11.11 (d); N.J.A.C. 6A:22-3.3(b).

單純的透過如電話帳單、租約等證明的提出，即資認定。³³³

第一目 無證兒少因受教適格性所享有的基本生存權利



1. 社會福利法下免費或優惠的營養午餐 / 早餐計畫

無證兒少之基本教育權利受憲法所保障（參 *Plyler* 一案），已如前述。又，立法者並在社會福利法規範了接受教育的兒少所得享有的營養給付，以直接保障到所有兒童，不論移民地位合法與否，的最低生存保障權利。法規內容如下：

「凡依州法或地方法有資格接受免費公共教育福利者，不得僅因其國籍、外國人身分或移民身分，而被排除於《理察・B・羅素國家學校午餐法》所提供之學校午餐計畫，或《1966 年兒童營養法》第四節所提供之學校早餐計畫之外。」³³⁴

此係針對經濟弱勢家庭的兒少，提供免費或優惠的營養早餐或午餐。立法的規範方式，使範圍上得以涵蓋到所有兒少。在資力認定上，則以落在貧窮線的 130% 以及 185% 的經濟弱勢家庭，符合資格。³³⁵

2. 社會福利法規範模式對保障我國無證兒少生存權保障的制度提示

如第二章所述，我國在社會救助相關制度上，往往以「戶籍地」劃定負責接受申請的權責機關，這樣的立法模式或許反映出立法者有意排除非本國籍人使用我國社會救助制度，然而，這樣的立場顯然有違憲法生存權的要求，也完全排除了司法機關以法解釋或行政機關以行政命令方式補充之可能。

在 2025 年衛福部增訂的「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」，即提到「本項補助參照『弱勢兒童及少年生活扶助與托育及醫療費用補助辦法』規定辦理」，而在申請方式部分，改為「實際居住地直轄市、縣（市）

³³³ U.S. Dep't of Educ., *Fact Sheet: Information on the Rights of All Children to Enroll in School*, <https://www.ed.gov/media/document/dcl-factsheet-201101pdf-21434.pdf>.

³³⁴ 8 U.S.C. § 1615(a).

³³⁵ 低於聯邦貧窮線 130% 及 180% 家庭。U.S. Dep't of Agric., Econ. Research Serv., *National School Lunch Program*, <https://www.ers.usda.gov/topics/food-nutrition-assistance/child-nutrition-programs/national-school-lunch-program> (last visited July 10, 2025).

政府社會局（處）申請」，有別於前述辦法第3條之「戶籍所在地縣（市）主管機關申請」。因而，過往的立法模式，可能有重新調整與修正之必要。這樣的以「實際居住地」作為申請機關之規範模式，係與美國法在認定兒少學區上所採的標準類似，並以作為實際居住地之認定。

另一點可以參照的，是在法律上直接以「有資格接受教育者」作為規範對象，使其範圍與效力一次性及於所有兒童，而無需分散地僅因身分上的不同，在個別法律中訂定相同的保障規範。其中，新北市有類似於前述免費營養午餐計畫之規範模式，其「幸福保衛站計畫」³³⁶之目的係為提供高風險家庭或弱勢家庭兒少餐點、資源及服務，在補助對象上，以「就讀或設籍於新北市之18歲以下高國中小學生（韓中輟生）及兒童」，使得在有飢餓需求時於合作超商領取餐點。本文以為，若後續能將無證兒少納入教育體系中，則以「就讀」作為「設籍」的補充或替代要件，更能承接到高風險或經濟弱勢家庭之所有兒少，此亦合於兒童權利公約之意旨及落實兒少權益保障法第22條第2項之規定。

第三項 我國法制的比較分析與展望

以下比較分析台美之制度差異，一方面指出我國在無證兒少之相關保障上至少應不遜於美國法，另方面也強調在我國憲法精神與公約之誠命下，其所揭示之權利義務皆可作為立法、行政及司法權在無證兒少議題上可資發展、憑據的豐富來源。

第一款 司法權在權利保障與落實上的差異

在美國移民法領域中，即使所涉及的國會法律無關乎出、入境，而係單純外國人權利義務及待遇，在充分權力原則的擴展與籠罩下³³⁷，司法權因考慮到國家外交政策等政治部門的移民權力，在審查密度上往往有所退縮，此為其一。其二是美國憲法缺乏社會基本權之明文規範以及社會國原則之作為憲法基本價值的導

³³⁶ 新北市網站，<https://www.ntpc.edu.tw/userfiles/1051100/files/新北市幸福保衛站計畫.pdf>（最後瀏覽日：2025年7月10日）。

³³⁷ See notes 248-252 *infra* and accompanying text.

向，故而在訴諸於司法權上，主張的權利以及權利位階連結的保障程度，亦會有所侷限。例如，外國人在違憲主張上須大量仰賴平等權或其他程序性規範；憲法效力位階的缺乏，亦難以課予立法者建構一定社會基本權保障之義務。

反觀我國憲法及移民法領域，一方面，在司法審查上，並無如美國移民法般發展「充分權力原則」來大為限縮審查空間，另方面，縱算移民領域以及社會立法屬立法形成空間，惟立法形成自由既源自憲法授權，觀我國憲法所明列之社會基本權一如生存權下之最低生存保障請求權，至少使司法權在審查人民權利與國家權力上會相互權衡，而非過度的退讓於一方。尤其是，一來，我國關於社會基本權之實踐的學說討論益見豐富，在社會國原則下所課予的國家義務使司法權限有所擴張，司法權對於人民基本權之最低限度保障、或甚至是積極給付請求應有所回應³³⁸，二來，我國在社會制度之建設成熟與完備，權益之積極給付請求往往係「分享權」之主張而非實際設施之建設與擴張，故而在司法實踐的可能上是提升的。在此之後，是有依兒少與無依兒少之可比性，蓋在受教權、健康權（如健保使用）及身分有證居留上，我國對於後者皆有完善的法制規範，此顯然有別於美國法下的脈絡與法制架構，故而，在國家行為應受法治國原則下的平等原則所拘束，則無證居留有依兒少皆可依附於相關法律或命令，主張應平等地適用於己。

再者，另一切入點，是兒童權利公約作為我國無證兒少藉由司法權實踐其權利之主張憑據。美國因顧慮兒童權利公約恐與國家主權、家庭及隱私權相衝突³³⁹，而至今未能批准公約，此亦減損了司法權（或其他二權）保障兒少之力度與空間；兒童權利公約，參兒童權利公約施行法第 2 條規定，則在我國具法拘束力。觀察我國司法實務，以國際公約所揭示之權利作為主觀權利請求一定給付³⁴⁰，非無前例，例如依身心障礙者權利公約第 5 條之不歧視原則及第 19 條之自立生活與融入

³³⁸ 張桐銳，同前揭註 164，頁 26、31、145；蔡維音（2020），〈社會基本權釋義學之重構〉，《成大法學》，41 期；蔡維音（2023），〈再析社會基本權釋義結構〉，《成大法學》，46 期。

³³⁹ CRS Report R40484, The United Nations Convention on the Rights of the Child: Background and Policy Issues (2010), <https://www.refworld.org/reference/research/uscrs/2010/en/76727> .

³⁴⁰ 如應為特定內容之行政處分涉及行政機關之裁量權，則法院會判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定，參行政訴訟法第 200 條第 4 款。

社區權利，而命市政府社會局依判決意旨重新做出行政處分。³⁴¹因此，在我國與美國憲法結構與公約批准上差異的觀察，使無證兒少在尋求司法途徑上的權利落實，可資主張的實體權利有範圍及程度上的不同。



第二款 行政及立法權間權力互動關係之差異

美國法對於無證兒少成年時期的身分合法化（即 DACA）乃至於其父母身分合法化（即 DAPA）所涉及的激烈論辯的正、反論述³⁴²，與法院在合憲性上的論理過程³⁴³，其所呈現的行政、立法權間的權力關係，是值得借鑑的。歐巴馬總統時期由國土安全部發布的 DACA 行政措施，其背景係涉及無證兒少身分合法化的「夢想法案」自 2001 年經過十幾年遲未經立法者通過，故而由行政權先行予以「合法居留」（而非合法移民身分，蓋此乃屬立法者權限）。³⁴⁴DACA 開放了無證兒少合法居留於美國的可能，並使其取得工作許可³⁴⁵，進而享有一定的社會福利（所得稅抵免、累計社會保險積分、落入社會保障法主體範圍³⁴⁶）³⁴⁷。惟於 2018 年，德州等九個州政府提出訴訟，主張 DACA 違反行政程序法（Administrative and Procedure Act）、移民與國籍法（Immigration and Nationality Act）以及美國憲法第 2 條忠誠執行法律的義務（Take Care Clause）。後經地方法院認定 DACA 違反法律與違憲應予廢止，並發布擴及全國之禁制令³⁴⁸；至 2025 年 1 月，第五巡迴上訴法

³⁴¹ 臺北高等行政法院高等庭 110 年度訴字第 60 號判決。

³⁴² E.g., Ming Hsu Chen, *Beyond Legality: Understanding the Legitimacy of Executive Action in Immigration Law*, 66 SYRACUSE L. REV. 87 (2016); David A. Martin, *A Defense of Immigration-Enforcement Discretion: The Legal and Policy Flaws in Kris Kobach's Latest Crusade*, 122 YALE L.J. 167 (2012); Peter Margulies, *Taking Care of Immigration Law: Presidential Stewardship, Prosecutorial Discretion, and the Separation of Powers*, 94 B. U. L. REV. 105 (2014); Josh Blackman, *The Constitutionality of DAPA Part II: Faithfully Executing the Law*, 19 TEX. REV. L. & POL. 213 (2015).

³⁴³ Texas v. United States, 809 F.3d 134 (5th Cir. 2015), *aff'd*, 570 U.S. 547 (2016); Texas v. United States, 126 F.4th 392 (5th Cir. 2025).

³⁴⁴ White House, Remarks by the President on Immigration (June 12, 2012), <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/06/15/remarks-president-immigration> (last visited: Aug. 3, 2025). See also Michael A. Olivas, *The Political Economy of the DREAM Act and the Legislative Process: A Case Study of Comprehensive Immigration Reform*, 55 WAYNE L. REV. 1757 (2010).

³⁴⁵ 8 C.F.R. §274(a)(14).

³⁴⁶ 8 U.S.C. §1611(b)(2)(3).

³⁴⁷ Texas v. United States, 809 F.3d at 148-150.

³⁴⁸ Texas v. United States, 691 F.Supp.3d 763 (S.D. Tex. 2023).

院維持地院之判決結果，不過針對禁制令之範圍，調整限縮於德州。³⁴⁹

其中，關於 DACA 此行政行為是否違憲之虞，2025 年巡迴上訴法院之論理內容大幅引用了 2015 年宣告 DACA 違憲失效的法院判決，就其論理，大致可歸整如下：其一，係立法者已然給予「合法居留」明文定義，並明確規定了由無身分轉為合法移民身分的樣態³⁵⁰，故行政權係創設新的類別，違反立法者原意，亦無法解釋為單純的執法裁量權行使。³⁵¹其二，DACA 之實質內容、要件及法律效果係與夢想法案有相似性下，而立法者遲未通過夢想法案。³⁵²其三，DACA 之合法居留身分尚連結至工作許可、社會福利之享有，此具經濟與政治上的重大影響，就此至少應具可辨別的立法授權，惟綜觀移民與國籍法，乏此。

然而，在台灣的部分，首先，是立法結構上的差異。入出國及移民法第 26 條並未明文規定不得賦予無證兒少合法身分、亦未定有有證與無證身分轉換之規定，故是有空間透過法律解釋方式，認為無證兒少屬於法未規範的部分（可同時搭配兒少法第 22 條主管機關應盡義務之規定）。其次，是我國立法及行政權間的互動關係及態度³⁵³，皆係支持保障所有兒少基本生存權益的，並有相關行為（如預算案所提決議、命令送請查照）滿足低度法律保留之要求，而有別於美國情形。

第三款 事實層面的比較分析

在美國的移民背景下，隨父母自原籍國遷徙、未經許可入境之無證兒少，其係出生於國外、後長於美國，故而絕大多數係具有國籍，此由相關統計資料歸整無證兒少之國籍來源可知。這樣的國際遷徙脈絡，係與我國有依兒少有別，詳言之，在入出國及移民法第 23 條依親限制下，於我國無證居留的兒少主要為移工在台所生之子女。當無證移工（父母）持續在我國未經許可工作而未返國，其子女

³⁴⁹ Texas v. United States, 126 F.4th.

³⁵⁰ E.g., 1229b (cancellation of removal), 1229c (voluntary departure)); *See also* § 1227(d) (administrative stays of removal for T- and U-visa applicants (victims of human trafficking, or of various serious crimes, who assist law enforcement)).

³⁵¹ Texas v. United States, 126 F.4th at 418-419 (citing Texas v. United States, 809 F.3d at 179; Texas v. United States, 50 F.4th 498, 526-527 (5th Cir. 2022)).

³⁵² Texas v. United States, 809 F.3d at 185.

³⁵³ 參本文第三章第三節第四項之討論。

固然法律上有可歸屬之國籍，但事實上多未經登記與辦理國籍，而為事實上無國籍或國籍未定之狀態。在這樣的理據下，我國之無證兒少，並非僅為單純的無證居留、更是未能取得國籍，其面臨的身分不安定情形係更為嚴重的。³⁵⁴



³⁵⁴ 無國籍、證件之兒童之身分不安穩，同樣會攸關杜絕人口販運。See CRC General Comment No. 23, ¶ 39.

第五章 結論



以國際人權規範以及憲法平等權為依，我國在無證居留之有依兒少與無依兒少上所形成的身分上之差別待遇，乃至於因身分差異所影響權益落實的情形，其正當性是薄弱的。在相關修法建議上，立法者首先應於入出國及移民法第 26 條子女依親居留規定上，有規範上的新增或授權，使不致生行政命令有否違法律保留原則之爭議。其次，是內政部在法律授權下（如法律未為授權，則依附於兒少權益保障法第 22 條規定），發布有依兒少取得合法居留之行政命令。

應予同時處理的，是有依兒少之國籍問題。蓋我國之居留身分主要分為「外國籍」或「無國籍」居留身分，且其他外國人權利義務事項亦時以國籍作劃分，故，如未能確保有依兒少之國籍問題，會面臨攸關社會權之法律適用依據疑義、兒少身分的不穩定、居留身分所依附的國籍等問題。就此，在應對模式上，或可比照「辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發作業流程」，鑑於有依兒少事實上無國籍之情形，以附款之方式，先行由內政部認定其為無國籍人（國籍法施行細則第 3 條第 2 項第 3 款）³⁵⁵，嗣後在父母回國辦理或我國與兒童原籍國協助辦理國籍後，前開處分失效。

當立法者怠為修法或內政部未為相關措施時，法院經受理案件後，在憲法第 15 條所提供之實體權利、第 7 條依附作業流程，與兒少權利公約第 2 條不歧視原則與立即實現義務、第 6 條生命、生存及發展權與第 7 條取得國籍之權利等，提供了豐富的法源可加以運用，以命行政機關依判決意旨為一定處分。

與之並行的，是無證居留兒少權益保障的部分。第一種情形，為若無證居留兒少可取得合法居留身分，原則上其受教、健康權等部分皆因而得受保障，惟在生活扶助上，我國社會救助法、弱勢兒童及少年生活扶助與托育及醫療費用補助辦法之適用對象主要限於本國人，就此，立法者宜考慮到憲法生存權之人權性質、保障主體為「所有人」，與兒少之未成熟、無法自立之特性，在要件上由「戶籍所

³⁵⁵ 參國籍法施行細則第 3 條之規範模式，第 1 項應係指法律上無國籍之人，第 2 項之部分則承接住法律上無國籍人之嚴格定義外的無國籍人。

在地」修正為「實際居住地」。衛福部亦可依兒少權益保障法第 22 條，以職權命令之形式，就無力維持生活之兒少予以保障，此即現行之「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」。第二種情形，為在無證居留兒少未能取得有證居留身分時，至少應給予最低限度的權利保障，保障水準應至少齊平於無依兒少，此觀國際人權規範所揭示之最低核心義務、或由憲法之平等權、生存權皆可加以導出。現階段下，由於身分之取得尚須跨部會（如內政部移民署）之協調與措施因應，故衛福部主要係透過第二種情形、即將身分與權益脫鉤，以即時保障兒少。

另在前開應行制度之外，無證居留兒少之身分合法化，從美國的法制經驗的參照下，或許亦得與父母有所連結，此優點在於，由於我國農業等產業之缺工，故係有一定數量的無證移工現實上未經許可工作、受僱於雇主，故給予無證移工合法居留身分，可填補農業等產業的缺工的實際需求，並認知到這些移工的貢獻、融入及生產力。其無證居留之子女則依入出國及移民法第 26 條得依親居留。惟，這樣的政策係平行於前開討論，其並不因此減免前述的國家在保障兒少之行政及立法上義務。

表 3：制度建議



合法居留身分	無證居留之有依兒少，比照無依兒少，全面的取得合法居留身分	參考制度： 辦理非本國籍無依兒少外僑居留證核發作業流程 國籍法施行細則§3II(3)	(+)在不變動既有的法律架構，使無證兒少的基本權利受保障
	合法化符合一定要件之無證移工（其子女可依入出國 § 26 取得合法身分）	參考制度： 美國法 DREAM Act 草案、 美國 DACA 及 DAPA 行政措施（後經法院判定違憲）	(+)填補農業等產業的缺工的實際需求，認知移民的融入及生產力，並減少無證移工情形 (-)無法全面解決（未來出生的）無證兒少的困境
不給予合法居留身分，但保障其基本生存權利	就涉及基本生存權利之項目，給予兒少權益保障	參考制度： 2025 年 5 月「父或母為失聯外籍移工之兒童及少年相關醫療及福利補助指引」	(+)主管機關視無證兒少基本生存需求，彈性地給予保障

資料來源：本文整理



參考文獻

中文文獻

(一) 學位論文

吳威嬌（2023），《移入國與移出國之跨域責任建構我國無證移工之健康權保障》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

李孟珊（2017），〈無證兒童少年身分取得與權益保障－以無證移工在台所生子女為例〉，國立政治大學社會科學院行政管理碩士學程碩士論文。

林怡綺（2018），〈黑戶兒少在台現況之研究－以生母為失聯移工為中心〉，中央警察大學外事警察研究所碩士論文。

黃莉晴（2022），〈兒童權利公約保障之休閒權－韓國與台灣法律實踐之比較〉，政治大學碩士論文。

(二) 專書

Y. N. Soysal (著)，楊欣怡、曾育勤（譯）(2012)，《公民身分的限制：歐洲的移民與後國家公民》，巨流。

吳庚（2003），《憲法的解釋與適用》，修訂版，三民。

李建良（2024），《行政訴訟十講》，增修五版，元照。

李震山、黃啟禎、王玉楚（譯）(1991)，德國聯邦憲法法院裁判選輯（二）》，司法院。

林紀東（1990），《中華民國憲法逐條釋義（一）》，六版。

法治斌、董保城（2020），《憲法新論》，七版，元照。

陳新民（1999），《中華民國憲法釋論》，三版，三民。

程明修主編（2022），《憲法講義》，初版，元照。

劉慶瑞（1971），《中華民國憲法要義》，修訂六版。

蔡維音（2001），《社會國之法理基礎》，正典。



(三) 期刊論文

- Peter M. Huber (著), 黃相博 (譯)(2015),〈在中小學與大學之受教權〉,《世新法學》,8卷2號,頁385-413。
- 李念祖(2001),〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉,《憲政時代》,27卷1期,頁80-100。
- 李東穎(2017),〈論外國人的基本權地位—德國法的比較觀察〉,《憲政時代》,42卷3期,頁235-264。
- 李建良 (2003),〈外國人權利保障的理念與實務〉,《台灣本土法學雜誌》,第 48 期, 頁 92-107。
- 李建良(2006),〈行政法：第十講 依法行政：法律保留原則〉,《月旦法學教室》,第 49 期, 頁 45-54。
- 李震山 (2003),〈論移民制度與外國人基本權利〉,《台灣本土法學雜誌》,48期, 頁 51-65。
- 周宗憲 (2005),〈人性尊嚴與人民最低限度生活權的保障〉,《司法週刊》,第 1239 期, 頁 2-3。
- 林怡綺、林盈君 (2019),〈論黑戶無依兒少身分權：由生母為外籍移工談起〉,《勞資關係論叢》,第 21 卷第 1 期, 頁 38-59。
- 林偉如、周怡君 (2019),〈外籍移工子女在臺灣的生活狀況與人權保障〉,《法律扶助與社會》,3期, 頁 17-46。
- 邱羽凡、宋庭語 (2020),〈移工自由轉換雇主之限制規範與檢討〉,《交大法學評論》,勞動法特刊, 頁 1-50。
- 孫迺翊 (2006),〈社會救助制度中受救助者的人性尊嚴保障：一個憲政國家前後的比較觀察〉,《月旦法學雜誌》,第 136 期, 頁 65-87。
- 張桐銳,〈論憲法上之最低生存保障請求權〉,《政大法學評論》,123 期, 頁 121-191。
- 許宗力 (2003),〈基本權利：第三講 基本權主體〉,《月旦法學教室》,4 期, 頁 80-88。
- 陳陽升 (2024),〈論違憲審查與立法政策形成自由：從司法院釋字第七九一號解釋宣告通姦罪違憲立即失效談起〉,《國立中正大學法學集刊》,84 期, 頁 59-122。
- 曾嬿芬 (2004),〈引進外籍勞工的國族政治〉,《台灣社會學刊》,32 期, 頁 1-58。
- 曾嬿芬 (2006),〈誰可以打開國界的門？移民政策的階級主義〉,《台灣社會研究季刊》,61 期, 頁 73-107。



黃舒范（2010），〈立法者對社會福利政策的形成自由及界限：以釋字第 649 號解釋為例〉，《憲法解釋之理論與實務》，7 輯，頁 137-191。

蔡茂寅（1999），〈現代憲法論：第六單元平等權〉，《月旦法學雜誌》，第 46 期，頁 111-118。

蔡維音（2013），〈社會救助與個人綜合所得稅上對最低生存基礎界定之交互考察〉，《法治的傳承與永續：第一屆翁岳生教授公法學研討會論文集》，頁 319-366。

藍佩嘉（2006），〈合法的奴工，法外的自由：外籍勞工的控制與出走〉，《台灣社會研究季刊》，64 期，頁 107-150。

蘇永欽（2017），〈夏蟲語冰錄（一一五）：立法不作為的憲法審查〉，《法令月刊》，68 卷 8 期，頁 148-158。

英文文獻

（一）專書

Gonzales, R. G. (2016). *Lives in limbo: Undocumented and coming of age in America*. University of California Press.

Legomsky, S. H. (1987). *Immigration and the judiciary: Law and politics in Britain and America*. Oxford University Press.

Massey, D., et al. (2002). *Beyond smoke and mirror: Mexican immigration in an era of economic integration*. Russell Sage Foundation

Motomura, H. (2006). *Americans in waiting: The lost story of immigration and citizenship in the United States*. Oxford University Press.

Neuman, G. L. (1996). *Strangers to the Constitution: Immigrants, borders, and fundamental law*. Princeton University Press.

Nicholls, W. J. (2013). *The DREAMers: How the undocumented youth movement transformed the immigration rights debate*. Stanford University Press.

Rubio-Marin, R. (2000). *Immigration as a democratic challenge: Citizenship and inclusion of Germany and the United States*. Cambridge University Press.



Van Bueren, G. (1998). *The international law on the rights of the child*. Martinus Nijhoff Publishers.

Weissbrodt, D., Danielson, L., Myers III, H. S., Peterson, S. K., & Brenes, S. (2005). *Immigration law and procedure in a nutshell* (5th ed.). West Academic Publishing.

Young, K. G. (2012). *Constituting economic and social rights*. OUP Oxford.

（二）專書論文

Carens, J. (1989). Members and morality: Admission to citizenship in liberal democratic states. In *Immigration and the politics of citizenship in Europe and North America* (pp. 31-49).

De Guchteneire, P., & Pécoud, A. (2009). Introduction: The UN Convention on Migrant Workers' Right. In *Migration and human rights: The UN convention on migrant workers' rights* (pp. 1-46).

Oger, H. (2009). The French political refusal on Europe' behalf. In *Migration and human rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights* (pp. 295-321).

Plevin, A. M. (2018). Children's rights: Advocacy and international agenda setting. In *International Human Rights of Children* (pp. 93-133).

Touzenis, K. (2009). Migration and human rights in Italy: Prospects for the ICRMW. In *Migration and human rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights* (pp. 343-359). Cambridge University Press.

Warwick, B. T. C. (2018). A hierarchy of comfort? The CESCR's approach to the 2008 crisis. In *Economic and social rights in a neoliberal world* (pp. 127-149).

（三）期刊論文

Blackman, J. (2015). The constitutionality of DAPA part II: Faithfully executing the law. *Texas Review of Law & Politics*, 19, 213-285.

Blitz, B. K. (2006). Statelessness and the social (de)construction of citizenship: Political restructuring and ethnic discrimination in Slovenia. *Journal of Human Rights*, 5, 453-479.

Byrne, S. (2020). Reclaiming progressive realization: A children's rights analysis. *International Journal of Children's Rights*, 28, 748-777.

Chacon, J. M. (2015). Producing liminal legality. *Denver University Law Review*, 92(4), 713-773.

Chen, M. H. (2016). Beyond legality: Understanding the legitimacy of executive action in immigration law. *Syracuse Law Review*, 66, 87-156.

Cleveland, S. H. (2002). Powers inherent in sovereignty: Indians, aliens, territories, and the nineteenth century origins of plenary power over foreign affairs. *Texas Law Review*, 81, 1-284.

Cohen, C. P. (1989). United Nations: Convention on the Rights of the Child. *International Legal Materials*, 28(6), 1448-1476.

Cox, A. B. (2004). Citizenship, standing and immigration law. *California Law Review*, 92, 373-424.

Cox, A. B., & Rodriguez, C. M. (2009). The president and immigration law. *Yale Law Journal*, 119(3), 458-547.

Cox, A. B., & Rodriguez, C. M. (2015). The president and immigration law redux. *Yale Law Journal*, 125, 1-225.

Delva, J., et al. (2013). Mental health problems of children of undocumented parents in the United States: A hidden crisis. *Journal of Community Positive Practice*, 13, 25-35.

Ellermann, A. (2014). The rule of law and the right to stay: The moral claims of undocumented migrants. *Politics & Society*, 42(3), 293-308.

Fass, P. S. (2011). A historical context for the United Nation Convention on the Rights of the Child. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 633, 17-29.

Fathali, H. (2013). The American Dream: DACA, DREAMers, and the comprehensive immigration reform. *Seattle University Law Review*, 37, 221-254.

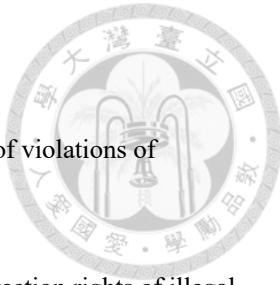
Gonzales, R. G. (2011). Learning to be illegal: Undocumented youth and shifting legal contexts in the transition to adulthood. *American Sociological Review*, 76(4), 602-619.

Heeren, G. (2015). The status of nonstatus. *American University Law Review*, 64(5), 1115-1182.

Ishii, S. K. (2021). Access to citizenship for abandoned children: How migrant children become 'stateless' in Japanese orphanage. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 47(5), 970-987.

Keyes, E. (2013). Defining American: The Dream Act, immigration reform and citizenship. *Nevada Law*

Journal, 14(1), 101-155.



Leckie, S. (1998). Another step towards indivisibility: Identifying the key features of violations of economic, social and cultural rights. *Human Rights Quarterly*, 20(1), 81-124.

Lee, J. H. (2008). Unlawful status as a "constitutional irrelevancy"? The equal protection rights of illegal immigrants. *Golden Gate University Law Review*, 39, 1-49.

Leigh, J. P., & Medel-Herrero, A. (2015). Participation in the Women, Infants, and Children (WIC) Program as reported by documented and undocumented farm worker adults in the households. *Journal of Agromedicine*, 20(4), 409-18.

Legomsky, S. H. (1984). Immigration law and the principle of plenary congressional power. *Supreme Court Review*, 1984, 255-307.

Margulies, P. (2014). Taking care of immigration law: Presidential stewardship, prosecutorial discretion, and the separation of powers. *Boston University Law Review*, 94, 105-178.

Martin, D. A. (2012). A defense of immigration-enforcement discretion: The legal and policy flaws in Kris Kobach's latest crusade. *Yale Law Journal*, 122, 167-186.

Martin, D. A. (2015). Why immigration's plenary power doctrine endures. *Oklahoma Law Review*, 68, 29-56.

Massey, D. S., et al. (2014). Explaining undocumented migrants to the U.S. *International Law Review*, 48(4), 1028-1061.

Mnookin, R. H. (1975). Child-custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy. *Law and Contemporary Problems*, 39, 226-293.

Moran, R. F. (2020). Dreamers interrupted: The case of the rescission of the program of deferred action for childhood arrivals. *UC Davis Law Review*, 53(4), 1905-1955.

Motomura, H. (1990). Immigration law after a century of plenary power: Phantom constitutional norms and statutory interpretation. *Yale Law Journal*, 100(3), 545-613.

Motomura, H. (2008). Immigration outside the law. *Columbia Law Review*, 108(8), 2037-2097.

Motomura, H. (2010). What is "comprehensive immigration reform"? Taking the long view. *Arkansas Law Review*, 63, 225-241.



Motomura, H. (2012). Who belongs: Immigration outside the law and the idea of Americans in waiting. *UC Irvine Law Review*, 2, 359-380.

Motomura, H. (2013). Making legal: The Dream Act, birthright citizenship, and broad-scale legalization. *Lewis & Clark Law Review*, 16, 1127-1148.

Neuman, G. L. (1993). The lost century of American immigration law (1776-1875). *Columbia Law Review*, 93(8), 1833-1901.

Neuman, G. L. (1996). Aliens as outlaws: Government services, proposition 187, and the structure of equal protection doctrine. *UCLA Law Review*, 42, 1425-1452.

Ngai, M. M. (2003). The strange career of the illegal alien: Immigration restriction and deportation policy in the United States, 1921-1965. *Law and History Review*, 21(1), 69-107.

Olivas, M. A. (2012). Dreams deferred: Deferred action, prosecutorial discretion, and the vexing case(s) of Dream Act students. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 21(2), 463-548.

Olivas, M. A. (2010). The political economy of the DREAM Act and the legislative process: A case study of comprehensive immigration reform. *Wayne Law Review*, 55, 1757-1810.

Pécoud, A. (2017). The politics of the UN Convention on Migrant Workers' Rights. *Groningen Journal of International Law*, 5(1), 57-72.

Rabin, N. (2021). Legal limbo as subordination: Immigrants, castes and the precarity of liminal status in the Trump era. *Georgetown Immigration Law Journal*, 35, 567-613.

Thronson, D. B. (2002). Kids will be kids? Reconsidering conceptions of children's rights underlying immigration law. *Ohio State Law Journal*, 63, 979-1016

Vanheule, D., Foblets, M. C., Loones, S., & Bouckaert, S. (2004). The significance of the UN Migrant Workers' Convention of 18 December 1990 in the event of ratification by Belgium. *European Journal of Migration and Law*, 6, 285-321.

Vanquera, E., et al. (2017). Emotional challenges of undocumented young adults: Ontological security, emotional capital, and well-being. *Social Problems*, 64(2), 298-314.

Vonk, G. J. (2001). Migration, social security and law. *European Journal of Social Security*, 21, 315-332

Wadia, S. S. (2015). The history of prosecutorial discretion. *American University Law Review*, 64(5), 1285-1302.

Yoshikawa, H., et al. (2016). Unauthorized status and youth development in the United States: Consensus statement of the Society for Research on Adolescence. *Journal of Research on Adolescence*, 27(1), 4-19.

(四) 學位論文

Peleg, N. (2012). *The child's right to development* [Doctoral dissertation, University College London]. Cambridge University Press.

