

私立東海大學
法律學系研究所
碩 士 論 文

指導教授：高得潤 博士

論新移民工作權之保障
-以大陸配偶之問題為中心-

**A Study on the Protection
Of New Immigrants' Working Rights
—Focused on the Problems of Mainland Spouses—**

研究生姓名：王國元

中華民國 100 年 5 月 20 日

碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 王國元 君所提之論文：
論著作權之保障
——以大陸地區為例之問題為中心。

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

林 裕 敏

井 子 凱

高 得 潤

100 年 5 月 20 日

提要

婚姻移民事務涉及入境、居留、工作等基本權利之限制，此三大類之權利，環環相扣、息息相關，為求問題討論之全面性，在研究架構上均涉獵，方有大致上之輪廓，然以工作權為主要。工作涉及人格自我之實現與發展，更為實際生活所必需，兩岸人民關係條例第 17 條之 1 規定，經依親居留許可後，可於國內合法從事工作，修法賦予彼等合法之工作權，為國內保障人權之具體成果，惟尚有部分之規定尚待討論，如許可目的不符之活動、學歷採認、限制從事公職人員、排除程序保障等規定，在實務上之運作結果，彼等為爭取其權利，向法院提起爭訟之個案，各方之見解，為本文主要探討之問題。

大陸配偶經合法入境國內，為國家構成員之一份子，故其於國內因結婚而組成之家庭，以及所產生之工作權等法律問題，須依法治國家之原理原則為之。本文主要以兩岸人民關係條例之規定，對大陸配偶入境國內，工作權遭受到限制之情形，分別加以論述，共分為六大部分：第一部分係移民工作權之發展，包括由日本、德國、新加坡等國家引用外籍勞工，所產生國際勞動人權之問題，及婚姻移民發展情形加以介紹。第二部分係介紹大陸配偶入境國內所產生居留、就業等法律問題，分別有面談、公序良俗、工會參與限制…等。第三部分係介紹大陸配偶之權利保障與限制，將產生之問題提到憲法層次探討，論述基本權利限制之合憲性。第四、五部分為本文探討之重心，分別以許可目的不符之活動、學歷採認、限制從事公職人員、排除程序保障等個案，以法治國家之原理原則，討論條文規定之必要性，最後，再以憲法平等原則檢視之。

一個合格之公民，理應享有完整之權利，若欲對其規範，亦需符合合理性及必要性，兩岸間涉及複雜之政治、國家安全考量等因素，故對此領域之規範，非不可做出限制。惟大陸地區人民與大陸配偶本質不同，故規範此事務，應考量國家整體利益與國內之實際關係程度後，再予以合理之規定，較予妥適。本文以前揭問題之提出，對於涉及個案之工作權及平等權，加以評析，並做出結論和建議。

簡目

第壹章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	2
第三節 研究範圍與方法.....	4
第四節 名詞定義.....	5
第貳章 移民工作權之發展.....	7
第一節 國際勞動人權.....	7
第二節 婚姻移民.....	14
第三節 外籍配偶之工作現況.....	17
第參章 大陸配偶之權利保障與限制.....	33
第一節 基本問題.....	33
第二節 工作權限制之理論.....	38
第三節 平等權與平等原則.....	48
第肆章 實務之問題檢討.....	55
第一節 行政許可制度.....	55
第二節 大陸學歷之採認.....	63
第三節 擔任公務員之限制.....	77
第伍章 排除程序保障之問題.....	91
第一節 實質正當性.....	91
第二節 特定事務之排除.....	93
第三節 實務見解評析.....	95
第陸章 結論.....	99
參考文獻.....	103

詳目

第壹章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	2
第三節 研究範圍與方法.....	4
第四節 名詞定義.....	5
第一項 國民.....	5
第二項 跨國婚姻.....	5
第三項 婚姻移民.....	6
第四項 外籍配偶.....	6
第五項 大陸配偶.....	6
第貳章 移民工作權之發展.....	7
第一節 國際勞動人權.....	7
第一項 各國之情況.....	7
第一款 日本.....	8
第二款 德國.....	9
第三款 新加坡.....	9
第四款 小結.....	10
第二項 勞動力國際化之現象.....	10
第三項 國際勞動之基準.....	12
第二節 婚姻移民.....	14
第一項 近代人權之發展.....	14
第二項 女性移民者之保障.....	15
第三項 小結.....	16

第三節 外籍配偶之工作現況.....	17
第一項 法制現況分類.....	17
第一款 前言.....	18
第二款 外籍配偶.....	19
第三款 大陸配偶.....	20
第四款 小結.....	21
第二項 外籍配偶之工作權.....	21
第三項 大陸配偶之工作權.....	23
第一款 面談之問題.....	23
第二款 公序良俗之防範.....	25
第三款 工作項目限制之準用.....	27
第四款 離婚後之問題.....	29
第五款 工會參與之限制.....	30
第參章 大陸配偶之權利保障與限制.....	33
第一節 基本問題.....	33
第一項 學說上之見解.....	33
第二項 國際社會之現況.....	34
第三項 權利層級化之區分.....	36
第四項 小結.....	37
第二節 工作權限制之理論.....	38
第一項 工作權之架構.....	38
第一款 工作權之性質.....	38
第二款 與社會權之關係.....	39
第三款 與職業自由權之關係.....	40
第二項 職業自由之限制.....	42

第一款 執行職業自由之限制	42
第二款 職業選擇自由之主觀要件	43
第三款 選擇職業自由之客觀要件	43
第四款 小結	44
第三項 工作權之主動關係	44
第一款 工作機會之請求權	44
第二款 勞工結社權	46
第三款 勞工團體協商權	47
第四款 勞資爭議權	47
第三節 平等權與平等原則	48
第一項 平等之意義與性質	49
第二項 平等公民權之保障與範圍	50
第三項 平等權之檢驗程序	51
第一款 制度目的之確定	52
第二款 事物本質要素探求	52
第三款 合理差別待遇之形成	53
第肆章 實務之問題檢討	55
第一節 行政許可制度	55
第一項 案例之說明	55
第二項 法律明確性	56
第三項 學說上見解	59
第四項 本文見解	60
第二節 大陸學歷之採認	63
第一項 案例之說明	63
第二項 採認學歷之理論	64

第三項 學說上見解.....	66
第四項 本文見解.....	66
第三節 擔任公務員之限制.....	77
第一項 案例之說明.....	77
第二項 國籍限制之要件.....	78
第三項 學說上見解.....	81
第四項 本文見解.....	82
第五章 排除程序保障之問題.....	91
第一節 實質正當性.....	91
第二節 特定事務之排除.....	93
第三節 實務見解評析.....	95
第六章 結論.....	99
參考文獻.....	103



第壹章 緒論

第一節 研究動機

據統計至民國 99 年 2 月底為止，非本國籍配偶（以下簡稱外籍配偶）在台人數總計 707,271 人，其中中國大陸籍配偶（以下簡稱大陸配偶）人數為 275,548 人¹，若再加上彼等傳承之後代，相關數據逐年持續成長，台灣已出現「移民」社會。彼等入境之因素不一，有「探親」、「工作」至「婚姻」..等皆有之，惟多數係藉「婚姻」成為配偶後，至國內居留。傳統法律適用之「主體」，係以國人為「原則」，外國人為「例外」，在實際生活中因共同居住，互相接觸之結果，產生法律上之問題。例如：文獻上²認其為「弱勢族群」之故，常見其處於孤立無援的困境，如家暴、性侵害、受虐之被害人者有之；反之，成為加害人者亦有之³，法制上對於當事人應如何衡量立法，方符合法治國家之原理原則。

大陸配偶毋須經主管機關之許可即可從事工作⁴，法律上賦予權利之保障，憑己勞力從事勞務，即可獲取生活之收入，運作上應不生問題，惟若干規定尚待討論。持「肯定」見解者，應如何與國家安全兼顧，允許範圍、限制為何；「否定」看法者，應如何對其做法律規範，正反意見均有之。實務上陸續出現少數人士向法院提起訴訟之個案，爭取權利，例如：大陸配偶以「團聚」之名義入境，嗣其從事招呼客人、清潔桌面及結帳等工作，被認有從事與「許可目的不符」之活動，違反兩岸人民關係條例之規定，予以驅逐

¹ 參照內政部入出國及移民署全球資訊網 <http://www.immigration.gov.tw/aspcode/info9902.asp>，最後造訪日 99 年 5 月 1 日。

² 文獻資料上認外籍配偶和大陸配偶因婚姻之關係來到國內居住，生活充滿各種摩擦和妥協，此等人口缺乏社會支持系統，相較於本地婦女則面臨更多孤立無援的困境，參夏曉鵬主編，不要叫我外籍新娘，左岸出版社，民國 97 年 4 月，第 17 頁。

³ 民國 96 年 9 月 8 日自由時報電子報導位於新竹市生命線接到肢障丈夫遭大陸配偶毆打的求助個案；民國 98 年 4 月 4 日住於基隆地區蘇姓男子被控訴求歡不成，毆傷大陸配偶等社會上之問題發生，資料取自自由時報電子報 <http://www.libertytimes.com.tw/index.htm>，最後造訪日 99 年 5 月 1 日。

⁴ 參兩岸人民關係條例第 17 條之 1 規定：「經依前條第一項、第三項或第四項規定許可在台灣地區依親居留或長期居留者，居留期間得在台灣地區工作」。

出境⁵。該條例施行細則內容未對許可目的不符定義其範圍，引發「法律明確性原則」之質疑，此為問題之一。大陸配偶之學歷檢覈及採認辦法，係由教育部明定⁶，惟該辦法在彼等欲辦理學歷檢覈及採認時，卻以現階段尚未辦理該作業，而駁回其請求⁷，是否合理有據，此為問題之二。另經初等筆試及格，因其設有戶籍未滿 10 年，拒絕辦理派代送審作業，並令其離職⁸，必要性與否此為問題之三。外籍配偶可有條件限制擔任公職⁹以及採認學歷和程序保障¹⁰，大陸配偶則無可資請求，兩者相較，後者之規定反更嚴格，是否合於憲法「平等原則」，此為問題之四。綜上述各項之疑義，進而引起本文研究之動機。

第二節 研究目的

舉世各國為保護本國人之權益對外國人之入境管理，皆採嚴格管制之方式，例如：偷渡、逾期居留者，被查獲時即可對其驅逐出境；若發現係利用假結婚從事非法之活動者亦同其法律效果。合法者應對其加以保障，「大陸配偶」來自中國，兩岸現狀曖昧不明，為確保國家安全，對於彼等施以必要管制，符合「公益」之需要，惟所採取之手段需具合理性及必要性，始符合法

-
- ⁵ 有關該案件內容請參閱台北市政府府訴字第 09426201800 號訴願決定書，另外兩岸人民關係條例第 10 條規定：「第 1 項大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入台灣地區。第 2 項經許可進入台灣地區之大陸地區人民，不得從事與許可目的不符之活動。前二項許可辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定之。」第 18 條第 1 項規定：「進入台灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：一、未經許可入境。二、經許可入境，已逾停留、居留期限。三、從事與許可目的不符之活動或工作。四、有事實足認為有犯罪行為。五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞。」
- ⁶ 參舊兩岸人民關係條例第 22 條規定：「台灣地區人民與經許可在台灣地區定居之大陸地區人民，在大陸地區接受教育之學歷檢覈及採認辦法，由教育部擬訂。」
- ⁷ 有關大陸配偶學歷檢覈採認案爭訟過程，請參閱台北高等行政法院 94 年度訴字第 582 號裁判、97 年度訴更一字第 63 號裁判、最高行政法院 97 年度判字第 602 號裁判內容。
- ⁸ 兩岸人民關係條例第 21 條規定：「大陸地區人民經許可進入台灣地區者，除法律另有規定外，非在台灣地區設有戶籍滿 10 年，不得登記為公職候選人、擔任公教或公營事業機構人員。」另外有關大陸配偶擔任公務員案爭訟過程，請參閱台北高等行政法院 91 年度訴字第 2864 號裁判、司法院大法官釋字第 618 號解釋。
- ⁹ 參國籍法第 4 條規定：「外國人或無國籍人，現於中華民國領域內有住所，具備前條第 1 項第 2 款至第 5 款要件，於中華民國領域內，每年合計有 183 日以上合法居留之事實繼續 3 年以上，並有下列各款情形之一者，亦得申請歸化：一、為中華民國國民之配偶。」第 10 條規定：「外國人或無國籍人歸化者，不得擔任下列各款公職：……總統、副總統……立法委員等。」
- ¹⁰ 參國外學歷查證認定作業要點第 8 點規定：「國外學歷經查證符合下列各款規定者，始得認定：一、入學資格與國內同級同類學校規定相符者。二、修業期限與國內同級同類學校規定相當者。三、修習課程與國內同級同類學校規定相近者。四、畢（肄）業學校為本部編印之參考名冊所列或為當地國教育主管機關或專業團體認可者。」行政程序法第 3 條第 3 項規定：「下列事項，不適用本法之程序規定：一、有關外交行為、軍事行為或國家安全保障事項之行為。二、外國人出、入境、難民認定及國籍變更之行為……等。」

治國家之要求。知識、資訊的缺乏關係，造成「她們」在國內為一群生活能力較低之族群，有「弱勢族群」之稱，保障渠等為各種場合之口號，對於一個「依法行政」的國家而言，「法令」更是提供其基本保障依據，若無法獲得確保其他即成為空談。現行法令中，對於大陸配偶入境係採「許可制」¹¹，經許可進入台灣地區不得從事與許可目的不符之活動，惟何謂與「許可目的不符」之活動，該條例及施行細則無以得知其範圍為何，然而違反該規定之法律效果「得」驅逐出境；大陸配偶申請進入台灣地區以後，有違反「善良風俗」之行為，惟其概念界定不易，違反者「得」不予許可入境，已許可者，得撤銷或廢止其許可，並註銷其入出境許可證¹²。「不確定法律概念」在兩岸事務間，處理該等事件，使用此立法技術，賦予行政機關較高程度的裁量權限，為現實上所必需，然此等用語之規定，在實際的執行面上，考量每一個案之情節，俾使執行上的結果合理又必要，使「國家安全」與「人權保障」得以兼顧，即有討論之空間。

法令在移民管理的體系上區分為「外籍配偶」與「大陸配偶」兩類，前者主要依據「外國護照簽證條例」、「國籍法」、「入出國及移民法」、「就業服務法」等之規定；後者則係依「兩岸人民關係條例」、「兩岸人民關係條例施行細則」、「就業服務法」、「大陸地區人民進入台灣地區許可辦法」、「大陸地區人民申請進入台灣地區面談管理辦法」等規定。相關措施事涉當事人基本權利甚鉅，現行法令對其規範是否合理有據，以兩岸人民關係條例之規定為討論對象；同條例對於擔任公職、學歷檢覈、程序權等規定限制工作之權利，是否符合法治國家之精神，有待檢驗；綜上述之問題，對於相關權利之限制有明文規定為依據¹³。法律之架構設計使同為移民對象之外籍配偶相

¹¹ 大陸配偶之入境許可制規定，請參閱兩岸人民關係條例第 10 條之規定，有關該條文內容請參閱前註腳 5。

¹² 參大陸地區人民進入台灣地區許可辦法第 19 條第 1 項規定：「大陸地區人民申請進入台灣地區，有下列情形之一者，得不予許可；已許可者，得撤銷或廢止其許可，並註銷其入出境許可證：一、現擔任大陸地區黨務、軍事、行政或具政治性機關（構）、團體之職務或為成員。二、參加暴力或恐怖組織，或其活動。三、涉有內亂罪、外患罪重大嫌疑。四、在台灣地區外涉嫌重大犯罪或有犯罪習慣。五、曾有本條例第 18 條第 1 項各款情形。六、持用偽造、變造、無效或經撤銷之文書、相片申請。七、有事實足認係通謀而為虛偽結婚。八、曾在台灣地區有行方不明紀錄 2 次或達 2 個月以上。九、有違反善良風俗之行為。十、患有重大傳染性疾病。十一、曾於依本辦法規定申請時，為虛偽之陳述或隱瞞重要事實。十二、原申請事由或目的消失，且無其他合法事由。十三、未通過面談或無正當理由不接受面談或不捺指紋。十四、同行親屬未依第 3 條第 3 項、第 4 項或第 5 條第 6 項、第 7 項規定同時入出台灣地區。十五、違反其他法令規定。」

¹³ 參兩岸人民關係條例第 21 條第 1 項規定：「大陸地區人民經許可進入台灣地區者，非在台灣地區設有戶籍滿 10 年，不得登記為公職候選人、擔任軍公教或公營事業機關（構）人員及組織政黨。但法律另有規定者，從其規定。」舊兩岸人民關係條例第 22 條規定：「台灣地區人民與經許可在台灣地區定居之大陸地區人民，在大陸地區接受教育之學歷檢覈及採認辦法，由教育部擬訂，報請行政院核定後發布之。」同條例第 95 條之 3 規定：「依本條例處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務，不適用行政程序法之規定。」

較，大陸配偶有更為嚴格之規範，有待分析。綜上，乃所欲探討者，期能以研究所得，對問題之解決，提供助益。

第三節 研究範圍與方法

本文之研究主要係以台灣地區之「大陸配偶」，以法令的規範，對於此等對象進行研究。社會形態、人口結構之變化，婚姻的組合形式不再侷限男女結婚，可能有「男子與男子」、「女子與女子」等之形態，因此「配偶」之稱呼，不再侷限於對女子而言；另台灣女子婚嫁亦有選擇中國大陸或外籍之男子為對象，該等人士入境後，亦有工作權之問題。上述情形婚姻，只要不違反強制或禁止規定仍屬有效。惟就前者而言，民法第 980 條規定：「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚。」從其文義解釋，同性間之婚姻是否為法律保障之範圍，甚有疑義。後者之情形，國內婚姻組合之形式，究屬少數，且較不易產生問題，以及所涉性質、意義不同之故，不就上述之情形討論。國內特殊之政治環境，法制之分類對於同為國人結婚擇偶對象之大陸配偶，有不同之規範，程序保障和法律效果皆有相異之規定，因此產生差別待遇之問題。相關法令之限制，於進行「工作權」的規範比較時，於適用上各階段造成的問題，以她們從大陸地區取得入境許可之前，取得居留以後等階段加以研究，喚起國人、政府相關單位之重視。其次該概念相當廣泛，本文除了對其論述外，並針對涉及入境、居留等權利亦加以涉獵。

在考量研究動機、目的之後，決定採取文獻探討法、比較研究、制度分析法；文獻探討法為一篇論文的起點，藉由相關文獻資料的閱讀，可以讓本文對於相關議題有初步瞭解與掌握，待有概念後，再以國外先進國家之法令規範為借鏡，以法治國家之基本保障標準，檢驗本文所提出之問題。世界各國對於非屬自己國籍之移民人口待遇，隨著經濟發展條件均有所不同，我國欲對其施以何種待遇，瞭解外國立法例可為參考之基準。國際人權公約與勞動基準法的規定所代表之意義，為世界多數國家共通之共識，亦具有重要參考因素，以國際間所建構之公約、標準對於現行法令規範進行檢視。隨著國家發展進步迅速，人類之間距離愈來愈趨接近，人與人交流頻繁即發生不同國籍之人民，在非所屬國家居留，我國亦可見有非屬本國籍之人民活動，此問題為一個進步國家所無法避免，因此為研究本主題之需要，對於相關移民法令規範、統計資料、實務見解的探討，皆為所採之研究素材，並對於其所形成之理論加以分析，在探討上得以突顯比較之意義。

第四節 名詞定義

由於法律用語必須嚴謹明確、避免爭議，本文中論及多種特定名稱，為此特別說明如下：

第一項 國民

「國民」之用語，具中華民國國籍者為中華民國國民，反之，不具有中華民國國籍者即非我國民¹⁴。另於「法律」定義者，例如：指具有中華民國（以下簡稱我國）國籍之居住台灣地區設有戶籍國民或台灣地區無戶籍國民¹⁵。兩者皆以「國籍」認定是否屬之，至如何取得分為「固有取得」和「傳來取得」兩種，國籍法第2條第1項規定：

- 一、出生時父或母為中華民國國民。
- 二、出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民。
- 三、出生於中華民國領域內，父母均無考，或均無國籍者。
- 四、歸化者。

前2款係以「血統主義」為原則，第3款為採「出生地主義」之例外規定，前者情形為固有取得之方式，後者第4款為『傳來國籍』之規定¹⁶。欲取得國民之資格，若非屬前者，則僅有後者歸化一途。

第二項 跨國婚姻

所謂跨國婚姻，係指具我國之國民，與外國人締結之婚姻而言，就其須具備「跨國」與「婚姻」之形式。此類婚姻因國際交流頻繁，近年應相當常見。與歐美、日等先進國家之人士結婚者尚屬少數，與中南半島或其他開發中或未開發中國家人士結婚者，與日增加。如未特別指明者，係指具「越南、印尼、柬埔寨等東南亞」之外籍配偶和具「中國籍」之大陸配偶。本文以具此國籍之女子為範圍，實係因國人目前結婚擇偶之對象，屬多數比率，故而以此為選擇。

¹⁴ 參憲法第3條規定：「具有中華民國國籍者為中華民國國民。」

¹⁵ 參入出國移民法第3條第1項規定：「第1款國民指具有中華民國（以下簡稱我國）國籍之居住台灣地區設有戶籍國民或台灣地區無戶籍國民。」

¹⁶ 馬漢寶，國際私法，自版，民國95年2月再版，第84頁。

第三項 婚姻移民

婚姻移民係指以透過締結婚姻的方式，從自己原籍國家移民到其他國家，須具備『婚姻』、『移民』兩要件。由於資本主義全球化發展，人類為追求更好的生活，即不惜千里找尋環境，欲改善本身的生活，不外以工作、投資、婚姻等方式。本文所討論的對象即指以締結「婚姻」，從原生國移往結婚對象的國家居住，共組家庭以該國為生活重心，成為其人民。移民種類多端有投資、婚姻等，如以長期居住在我國之外國人（含大陸配偶），或不具有我國籍之人，如其擬在國內永遠居住，稱其為「移民」；居住時間之長短區分（一般在一年之中有超過二分之一期間），短暫為特定目的入國，在一完成其目的後，即回到其原來國家，即非屬之¹⁷。本文如未特別指明，於文中稱為「新移民」用語時，係指含外籍配偶和大陸配偶之意。

第四項 外籍配偶

「外籍配偶」，係指不具我國籍之女子，與我國籍的男性締結婚姻，因雙方之婚姻關係，而從其原生國遷移至國內居住共組家庭，以其為生活重心，長期居住之女性配偶。傳統的婚姻觀念，結婚係以具我國籍之男女為主，然而社會階層化、資訊進步化等各方面之因素，人與人之間的交往管道更具多元，男性之適婚者欲尋找自己的另一伴侶，其擇偶並不再像以往侷限於本國籍之人民，所尋找締結婚姻的女性對象為異國籍者，亦時有所見。

第五項 大陸配偶

大陸配偶係指其原係居住於中國大陸地區，與國人締結婚姻，居住國內共組家庭之中國籍女子。台灣女子與大陸男子結婚，居留國內亦可能屬之，惟問題的性質、意義不同，該等情形非本文所指之對象。所稱係指具中國籍之女性，一般皆對其稱為「大陸配偶」，為與上述「外籍配偶」做區隔，並考慮法律用語，民法規定係使用「配偶」，對其稱為「大陸配偶」，純為論述方便並符合規定，未具歧視和偏見之用意。

¹⁷ 許義寶，論新移民之基本權與其保障-以工作權與財產權為例，警學叢刊第40卷1期，民國98年7月，第114頁。

第貳章 移民工作權之發展

第一節 國際勞動人權

勞動人權主要係始於工業革命之演進，文獻顯示其係發源於英格蘭中部地區，18 世紀中葉，英國人瓦特改良蒸汽機之後，由一系列技術革命引起從手工勞動，向動力機器生產轉變的重大飛躍，隨後傳播到英格蘭到整個歐洲大陸，19 世紀傳播到北美地區；社會之變遷產生了極為重要的影響，由於鄉村人口大舉移入都市，造成了都市化的現象及都會區的出現，也因為自由經濟主義的興起，進而擴大了人民對民主政治的參與，大量工廠的成立，不僅造成了勞資雙方的對立，勞工悲慘的生活及工作環境也逐漸為人重視¹⁸。在工業革命之後將社會之運作完全依賴自由競爭，而國家之權利受限於特定治安功能，其結果導致貧富不均及層出不窮之社會問題，因而大多數人民轉而要求國家積極作為，制定良好社會政策¹⁹。當時大多數工人生活貧困，工作條件極差，且受到資產階級的剝削，勞工變成賤價求售的商品，其權益遭受嚴重剝削，貧富差距日益擴大，此一階段人權訴求最主要係以經濟及社會人權為主要內涵，其範圍有工作權、經濟權、勞動人權等²⁰。探討國際勞動人權之實益，其在於國際間從事勞務獲取報酬，屬不可或缺之需求，而所在之地因非其所屬國，常易成為被壓迫之對象，故須對其賦予較多關懷之故。

第一項 各國之情況

勞動力國際化之情形，衍生而來即為勞動人權保護之實踐問題，對於非本國籍之勞動者處遇，各國略有不同，然此問題多為先進國家所面對，他山之石可以攻錯，故下文即以日本、德國、新加坡等國家為介紹，以為探討。

¹⁸ 資料取自 <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/question?qid=1010022503723>，最後造訪日 99 年 5 月 1 日。

¹⁹ 王惠玲，社會基本權與憲法工作權之保障，律師通訊第 153 期，民國 81 年 6 月，第 295 頁。

²⁰ 謝易達、洪大安，論近代人權思想之發展趨勢，慈濟技術學院學報第 5 期，民國 92 年 9 月，第 70 頁。

第一款 日本

日本對於外籍勞工管理非常嚴格，凡欲於國內就業者，均應依入出國管理暨難民認定法，先向駐當地使領館申請後，該館再將申請案送至法務省，轉請各部會表示意見，如教師由文部省審議，熟練技工由勞動省審查等，經核准後始發給入境簽證，目前接受外籍勞工的許可範圍僅限於企業管理及經營人員、在學術或教育機關從事研究指導及教育、演藝、科技、熟練技能者(如中國菜廚師)等，以及特別認可居留者(如外語教師)，對違法工作外國人之處理，均予遣送出境²¹。由於該國對於勞動力之輸入採嚴格之方式，因此在每年為數不少入境國內之外國人裡，持就業簽證的外籍勞工極為少數²²。

該國的工資水準比起亞洲其他國家偏高，大量的外籍基層勞工不斷湧到該國，因其本身為違法就業之故，難以接受法律的正常保護，多數者在極惡劣的環境中工作，引發權利侵害的問題，例如低工資的惡劣條件、非法解雇、無法領到工資(依據日本入國管理局統計，1986年有636件，1987年有492件未給付工資的案件發生)。鑑於此問題嚴重，對社會治安、經濟秩序等之影響，因此該國提出解決方案如下²³：

一、擴大引進專門技術外籍勞工，持續禁止基層勞工輸入：

日本目前正朝向經濟、社會國際化目標邁進，在考慮最近各產業及企業於海外投資熱潮的趨勢下，更積極地活用具有專門技能的外國人材，因此准許僱用外籍勞工的範圍應重新檢討並加以擴大。

二、建立雇用許可制度、加強管制監督：

為了擴大引進具有專門技術之勞工，必須徹底實施勞力需求的調查，並不斷地追蹤監督雇主之各項措施，以求確保能享受適當之勞動條件，因此必須建立一個健全的引進制度，即雇用許可制度。

三、重新檢討外國人技術研修生引進制度：

由於對友邦之經濟發展有所貢獻，達到技術移轉的效果，擴大留學生和技術研修生的引進，並加強留學或研修的成果，給與實習的機會，視必要而准許其結業後一定期限內的就業活動。

²¹ 吳俊明，各國對外籍勞工之管理簡介，勞工行政第18期，民國78年10月，第28頁。

²² 邱駿彥，日本的外籍勞工問題及其對策(上)，勞工行政第16期，民國78年8月，第58頁。

²³ 邱駿彥，日本的外籍勞工問題及其對策(下)，勞工行政第17期，民國78年9月，第57-59頁。

第二款 德國

德國引進外籍勞工始於 50 年代中期，隨著經濟景氣消長，政策上由大量的輸入、停止引進至致力於遣返與整合，至 1994 年仍有 240 萬外勞，從事專門職業技術工作者，約占 25%，另 75% 則從事基層勞力工作；由於所從事之工作，大多為德國人所不願從事之環保從業人員及低層勞力工，故具補充性質，對該國失業率之高低，並無絕對因果關係，一般人民對其懷有敵意，並非擔心工作機會被剝奪，而主要係不滿分享社會福利資源造成國家負擔²⁴。其管理規定於國家基本法及就業促進法中，凡欲在西德就業者，均需由其雇主向地區就業服務機構申請工作許可，目前僅接受高級科技人才、醫生，或當地無法尋找之人才，對非法工作之外國人經查獲，即責由警察機關遣送出境，對未經合法程序引進並媒介工作者，可處予 3 年以下有期徒刑或罰金，非法僱用之雇主課以罰金²⁵。

企業組織法第 75 條規定，禁止任何因國籍而產生之工作歧視，因此在工資、工時、有給休假、產假和勞工法院的保護等方面，皆享有和本國勞工平等的待遇，而且也納入法定退休、健康以及意外事故保險制度內，至於外籍勞工在罷工權、年金給付、獎金及津貼等，亦一樣享有之；事實上該國政府給予其勞動給付待遇與本國人相同的原因，還是考量到為了維持社會之安定，避免因過低之待遇而造成替代效果，影響到本國勞工的權益，另其亦可在工會之同意下，享有和資方集體協議工資給付的事宜，以及參與審議未在新資給付協約內規定的爭議事項，此項做法可同時達到外勞福利保障及穩定國內勞動市場之目標²⁶。

第三款 新加坡

新加坡由於經濟快速成長，所得大幅提升之故，國民不願意從事體力勞動工作，因而採行較具彈性的外籍勞工政策，目前所同意引進的外籍勞工限於製造業、旅館業、營建業及家事服務業，據其移民廳法令規定，外國人欲在新加坡工作者，必須由其雇主向移民局申請工作許可證²⁷。當地人民不願從

²⁴ 廖為仁，瑞士、德國外籍勞工許可及管理之介紹，就業與訓練第 14 卷第 5 期，民國 85 年 9 月，第 63-65 頁。

²⁵ 吳俊明，各國對外籍勞工之管理簡介，勞工行政第 18 期，民國 78 年 10 月，第 29 頁。

²⁶ 游茜荻，德國外籍勞工問題之研究，南華大華碩士論文，民國 93 年 6 月，第 38 頁。

²⁷ 吳俊明，各國對外籍勞工之管理簡介，勞工行政第 18 期，民國 78 年 10 月，第 29 頁。

事製造業與營造業之辛苦工作，引進確有需要，此時非法外籍勞工有其需求，然其最大之誘因係僱用此等勞力，估計每月至少可節省新幣近百萬元(每 1 元新幣約換 0.5 美元)之利益；國內對此情況亦顯嚴重，非法被僱用者不受法律之保護，因此於該國工作者有遭受不平等處遇之情事，據被遣送回國之泰籍勞工受訪，聲稱係受媒介代理人之欺騙，因其曾保證可以合法工作，而另有些人則抱怨在新加坡受到虐待與剝削工資，持護照進入者，其重要證件遭雇主扣留，以防其離去²⁸。

該國雖已引進為數不少之外籍勞工，但其政府及事業單位認為，其僅能視為補充性之勞力，鑑於該國人口密度考量，嚴格規定不得與國內公民或擁有永久居留權者結婚或同居；在實際管理之工作上，雇主亦負有薪資水準及福利措施，應與本國勞工相同，不得對其有任何歧視的待遇，並為其提供適當的住宿場所及足夠之衛生設施，且應給予必要的生活管理之法定義務²⁹。

第四款 小結

綜上所述，國際間先進國家，非本國籍之勞力輸入，政策上剛開始係採大量之雇用，之後則以專門技術性之勞力引進為主，制度上大部分係以「許可制」為外籍勞工之管理手段，惟所採之管制方式為何，在經濟發展迅速之國家，此等勞力於國內從事勞務，合法者可以法定方式入境，然未具法定資格者，為改善家庭經濟狀況等原因，常見有冒險以非法之方法，亦或是受人利用者，前往先進國從事勞務，賺取薪資，亦所在多見。勞動條件低、工作環境差應為其特色，較嚴重者剝削、虐待亦時有所聞。然各國於管理之法制上，率皆明文不可因其所屬國籍、種族之相異，而有歧視或者不平等之對待，所在國應有對其人道待遇之義務。

第二項 勞動力國際化之現象

勞動力之遷徙並非本世紀始有之現象，早在遠古之石器時代，文明的肇始初期，即有基於經濟理由的移民出現；除了這種自主性的流動人口之外，在人類的移民史上也有為數不少者，非基於自由意志被人口販子當成商品般送

²⁸ 曾碧淵，擁抱外籍勞工的苦惱-日本和新加坡的體驗，勞工行政第 18 期，民國 78 年 10 月，第 34 頁。

²⁹ 陳育俊，新加坡現行的外籍勞工管理政策，就業與訓練第 13 卷第 5 期，民國 84 年 9 月，第 70 頁。

往異地，從事基層的廉價之勞工在非屬本國籍勞動，或於國內僱用外籍人士之員工，稱之為『勞動力國際化之現象』³⁰。隨著科技的進步，全球化的腳步無限延伸，各種不同的勞動與移民，隨市場需求而國際化，由於各國的經濟狀況不一，勞動力的需要亦有所不同，每一國家不再侷限僱用屬本國籍之勞工為主要，而企業亦不侷限成立於本國，現況早已出現許多跨國企業，總公司成立在台灣，關係企業成立在他國，受僱於國際間企業之勞工，可能因工作上之需求而調動，或雇主因工資低廉為獲得更高之利益。通常勞工為改善家庭經濟狀況，不得已前往所得較高之國家工作，雇主僱用彼等之情形已非少見，因渠等所得提昇之故，本國人不願從事之工作甚多，例如：髒亂之勞動場所、低所得收入工作等，造成勞動力之不足，故而引入外籍勞工，從事該等工作。此現象於國內亦屬無可避免，非屬本國籍者之勞工在我國提供其勞力，對於經濟成長有其助力；然而由於彼等人士在語言、文化上之不同，生活知識資訊的缺乏造成不便，對於此等未有妥適之配套政策、法律加以保障者，職場內易成為被壓榨之對象，鑑於目前人口遷徙流動頻繁，在國內已形成趨勢。則於國際上重要之課題，即彼等於國內從事勞動，究應受到如何之待遇，不對等有損國際形象，然而若過度的保護，則涉及資源分配問題。

前述之疑問除就國際上之互惠原則為思考外，另須以勞動人權之本質為探討，所謂「勞動人權之本質」在於人之所以為人，即在於其與動物不同，人類有思想、感情表現於外面，而動物雖亦有思想、感情，並可表現於外部，但不具「人類」之明顯性，因其具有分辨「是、非、善、惡」之能力，有此特殊之性格，在這個生活秩序上即應該受到保護，承認其為具有「主體性」，學理上在憲法闡述人權的理念，稱此名詞為「人性尊嚴」³¹，即在闡明此一理念。「人性尊嚴」的核心內涵有二：一、即人在自己自由權利範圍內，有自治自決之高度自主性。二、人不能成為純粹客體，不論是依自由意志或他意，人都不能被工具化、物化、商品化³²。探討勞動人權之目標在於確認勞動者，在工作時能體認到自己做為一個人的價值與尊嚴，而實現之具體方式

³⁰ 孫以凡，我國外籍勞工法制與國際法規範之比較研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，民國88年7月，第5頁。

³¹ 李震山，人性尊嚴之憲法意義，收錄於人性尊嚴與人權保障，元照出版社，民國90年，第1-25頁。許志雄，憲法上之個人尊嚴原理，中國比較法學會學報，第13輯，民國81年，第50-70頁。蔡維音，德國基本法第一條人性尊嚴之探討，憲政時代，第18卷第1期，民國81年，第36-48頁。黃桂興，淺論行政法上的人性尊嚴理念，收錄於城仲模主編，行政法之一般法律原則，三民書局出版社，民國83年，第1-26頁。陳清秀，憲法上人性尊嚴，收錄於現代國家與憲法，李鴻教授六秩華誕祝賀論文集，元照出版社，民國86年，第93-120頁。

³² 李震山，人性尊嚴，法學講座第17期，民國92年5月，第4頁。

就是透過「勞動條件」的保障與維護³³。由於，人類具有主體性，「勞工」亦為人，以及享有權利之主體，其有權利要求在一個合理的勞動條件下安心的工作，不被雇主以不合理的手段壓榨之保障，只是其憲法基礎為何？憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」。「工作權」亦稱勞動權，為社會基本權體系之一環³⁴；其次，社會權之意義係指「基於社會國理念，為使任何人皆可獲得合乎人性尊嚴之生存，而予以保障之所有權利之總稱」，由此一概念出發，乃產生人民對國家有一定之給付請求權，而欲實現此等權利往往需要立法之形成藉以實現³⁵。準此，從憲法第 15 條之規定，可取得保障之基礎，具體之範圍尚須由立法加以形成，惟最低之標準，應使勞工合於人性尊嚴之生存，不被雇主以不合理的手段壓榨。

第三項 國際勞動之基準

勞動人權之本質在於「人」為主體，不能為工具化、物品化，因此非本國籍之勞工於該國勞動，所屬國有人道對待之義務，應係立基於此所為之考量，然而其範圍為何，具體之方式則須透過勞動條件之保障，其基準涉及跨國之問題，因此須參考國際間勞動之基準以為參考題材。1900 年勞工立法協會成立於布魯塞爾時，國際合作方才第一步實現，其後批准了幾個重要協約；1919 年，在第一次世界大戰後遺問題之巴黎和會中，各國決定設立一國際勞動立法委員會，俾便以其觀點進行研究全球性勞工問題，同時並設立一個永久性機構，其後歷經 20 餘年間的努力，此組織終在 1946 年正式成為聯合國之一專門機構³⁶。對全世界勞動者而言，全球化過程所造成之衝擊，可說全面而直接，除經濟轉型所帶來勞動市場彈性化，將造成就業安全受到不利影響外，伴隨而來非典型僱用形態之興起，傳統之勞資關係產生質變，原先享有之工作條件及權益等，變得更為不受保障，為因應此一情勢，國際勞工組織（International Labor Organization：ILO）早在 1994 年起即開始利用各國談判籌組世界貿易組織之機會，推展「核心」之國際勞動基準，得以兼顧勞動者基本人權之保障³⁷。

³³ 蕭博銘，全球化趨勢下對勞動人權的政治經濟分析-以我國外籍勞工勞動人權為例，國立中山大學政治學研究所碩士論文，民國 94 年 1 月，第 26-27 頁。

³⁴ 黃越欽，憲法中工作權之意義暨其演進，法令月刊第 51 卷第 10 期，民國 89 年 10 月，第 34-35 頁。

³⁵ 李惠宗，憲法，元照出版社，民國 97 年 9 月，第 233 頁。

³⁶ 黃越欽，國際勞工工約與憲法法院-兼論釋字第 373 號解釋，憲政時代第 28 卷第 3 期，民國 92 年 1 月，第 5-6 頁。

³⁷ 焦興鎧，全球化與基本勞動人權之保障，理論與政策第 17 卷第 3 期，民國 93 年 1 月，第 77-78 頁。

國際勞動基準之具體內容，計有八項核心公約所揭櫫之四項基本國際勞動人權，已由國際勞工組織在 1988 年及 2000 年分別正式認可，依其通過之時間順序，分別為一、強迫勞動之剷除（1903 年第 29 號強迫勞動公約、1957 年第 105 號廢止強迫勞動公約）。二、結社自由及集體協商之權利（1948 年第 87 號結社自由及組織保障公約、1949 年 98 號組織權及團體協商權公約）。三、男女同工同酬與就業歧視之禁止（1951 年 100 號男女同工同酬公約、1958 年 111 號歧視就業與職業公約）。四、童工之禁止（1973 年 138 號最低年齡公約、1999 年最惡劣形態童工公約）³⁸。國際勞動基準之建構標準，表示其所通過公約基準內容中，為國際間保護勞動人權之標準，做為各國一個努力的方向。但該公約在各國內之適用，必須依該國立法機關的態度為何，大致上只能將該公約要進入內國法的方式作一種類上的劃分，於各國家實踐該公約時，僅能從其組織之監督程序，促使公約能得以實現，或許這背後顯現出國家主權獨立、國際法相較於內國法僅是「弱法」（weak law）的特點，但是並不能因為這樣就廢棄勞動權提升的目標與保護，更應該從積極面而言，努力來督促內國立法機關完成立法³⁹。

國內對於此基準之現行法的實現具體成果者，例如：勞動基準法第 5 條強制勞動之禁止、就業服務法第 5 條國民就業機會平等之保障、性別工作平等法第 7 條工作禁止性別歧視等法律內容中，皆有將相關的目標加以實現⁴⁰。可見我國雖非國際勞工組織的一員，然而對於所通過的基準，仍然是持續的努力實現中，只是有些基準尚未達令人滿意的目標，例如：曾有勞工與工會人員為抗議立法院修正「主管機關得撤換工會之理監事」之法案，該 4 名勞工皆被以妨害公務罪移送法辦⁴¹。

³⁸ 有關國際勞動基準八項核心公約及四項基本勞動人權，更詳細之內容，請參閱焦興鎧，全球化與核心國際勞動基準之建構（下），法令月刊第 54 卷第 10 期，民國 92 年 10 月，第 26-29 頁。

³⁹ 許明娟，論國際勞工組織公約在內國法中的適用，國立中正大學法律學研究所碩士論文，民國 91 年 7 月，第 132 頁。

⁴⁰ 參勞動基準法第 5 條規定：「雇主不得以強暴、脅迫、拘禁或其他非法之方法，強制勞工從事勞動。」就業服務法第 5 條規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」性別工作平等法第 7 條規定：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」皆為該目標實現之具體成果。

⁴¹ 在我國例如：結社自由與團體協商權之行使、平等權之落實、失業問題與社會安全制度之建立等問題之解決以及制度的建立，均待我國努力建置，參民國 93 年度勞動人權報告提到上述內容，資料取自 <http://www.labour.nccu.edu.tw/test/academic/humanright/right93.pdf>，最後造訪日 99 年 5 月 1 日。

第二節 婚姻移民

在古希臘時期與中古世紀，自然法的主要規範是人的職責與義務，而且承認奴隸制度與農奴的合法性，與現代人權核心觀念之「自由」與「平等」相去甚遠；現代的人權觀念啟迪主要是來自於國外，特別是源自於 15、16 世紀歐洲的文藝復興運動，歷經 17、18 世紀的啟蒙運動及受到西方平等自由主義和民主思想的傳統影響⁴²。人權的發展已不侷限於為爭取自由、財產等權利，更進而至遷徙、婚姻、家庭等權利保障的強化。受到地球村的思潮以及國界日趨淡化關係，人民跨國的自由，毋寧是常態，國際間有許多外國人在移動，也因為本國人民成為外國人之機會大增，因此外國人之基本權利逐漸受到重視⁴³。

第一項 近代人權之發展

人權歷史的進展，係從最初主張自由權、財產權，到最後因國家之功能只受限於特定治安功能，其結果導致貧富不均及層出不窮之社會問題，消極的不被干涉的自由，已進而主張國家應有作為之義務，人權學者將消極的不被干涉的自由之時代的權利觀念稱之為「第一代人權」，其內容有包括：生命權、人身自由權、個人有發表意見的自由、信仰自由、宗教自由、言論和出版自由、集會與結社自由、遷徙與居住自由等⁴⁴。惟隨著工業革命的來臨，消極地不干涉人民的自由與權利，已經不足以保障人民基本生存所需；因此，20 世紀初社會主義思潮提倡各種勞動、社會與文化等「第二代人權」；「第三代人權」著眼於集體權，源自 1980 年代對於保護環境、尊重少數民族文化與住民自決權的反省⁴⁵。

遷徙擇居、婚姻家庭等為現代人權之具體內容，前者司法院大法官釋字第 443 號解釋文稱：「憲法第 10 條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有任意移居或旅行各地之權利。」後者釋字第 552 號解釋文稱：「首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符。」此

⁴² 何子乾，外國人在台工作權保障之研究，國立台灣海洋大學碩士論文，民國 96 年 1 月，第 11 頁。

⁴³ 李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌 48 期，民國 92 年 7 月，第 52 頁。

⁴⁴ 謝易達、洪大安，論近代人權思想之發展趨勢，慈濟技術學院學報第 5 期，民國 92 年 9 月，第 11 頁。

⁴⁵ 雷文玟、黃舒苒，社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討，行政院研究發展考核委員會編印，民國 95 年 4 月，第 5 頁。

等權利之保障，為釋憲實務所肯認，該項權利更為渠等所必需之，依其在全球的形成及發展，時期區分為三階段⁴⁶。此等人民因婚姻之關係，前往非屬本國籍國家居住，國際間為強化其權利之保障，有以明文之方式加以保護者，較具體之內容有：如世界人權宣言規定，在一國境內有自由遷徙及擇居之權利，以及成年男女，不受種族、國籍或宗教的任何限制，有權婚嫁和成立家庭。在婚姻方面，應有平等的權利。家庭是天然和基本的社會單元，並應受社會和國家的保護等⁴⁷。公民權及政治權國際公約規定，合法處在一國領土內的每一個人有權享受遷徙自由和選擇住所的自由等⁴⁸，此皆為強化該等權利保障之依據⁴⁹。

第二項 女性移民者之保障

隨著全球化浪潮，20 世紀末至 21 世紀初是國際移民時代，因婚姻、外籍勞工、偷渡等合法或非法途徑所形成之新興移民，在語言、文化、價值觀與主流社會產生差異，已係先進國家面臨之重要課題；台灣在這股浪潮下，所出現的轉變除了經濟面的產業外移，伴隨而來的更是社經結構的轉變，並導致人口結構、婚姻市場上的改變。與異國籍者結婚對於國人而言，四處可見，已習慣周遭親友迎娶非本國籍之女子，但是對於她們的生活經歷以及文化背景卻陌生，政府跟社會做最多的是讓其融入社會，不要成為台灣社會的問題，卻忘了去瞭解「新移民女性」的文化背景，大眾忽略了需要去尊重她們所帶來的文化。這些新移民女性，豐富台灣的文化，卻也在無形中顯現

⁴⁶ 1960 年代以前的萌芽期：男女雙方透過信件的介绍方式而締結婚姻的例子，在許多社會由來已久，大多經由親友、專業媒人或商業機構而認識，發展至今有「郵購新娘」稱呼出現。1960 年代的形成期：此時開始有國際婚姻仲介業，這是由於急速工業化、都市化的結果和國際生育率的改善，社會、人口的改變等導致對媒介服務的需求增加的結果。1970 年代以後的發展期：媒介機構如婚姻介紹所和交友俱樂部開始發展出不同的方式和服務，他們將女性鎖定為亞洲或較貧窮的歐洲國家的女性，並且以男性顧客的喜好為主，服務以供需為前提。參李建忠，雲林縣新移民女性就業困境分析，南華大學非營利事業管理研究所碩士論文，民國 95 年 12 月，第 10 頁。

⁴⁷ 參世界人權宣言第 13 條規定：「人人在一國境內有自由遷徙及擇居之權利。」第 16 條規定：「一、成年男女，不受種族、國籍或宗教的任何限制，有權婚嫁和成立家庭。他們在婚姻方面，在結婚期間和在解除婚約時，應有平等的權利。二、只有經男女雙方的自由的和完全的同意，才能締結婚姻。三、家庭是天然的和基本的社會單元，並應受社會和國家的保護。」

⁴⁸ 參公民權及政治權國際公約第 12 條規定：「一、合法處在一國領土內的每一個人有權享受遷徙自由和選擇住所的自由。二、人人有自由離開任何國家，包括其本國在內。三、上述權利，除法律所規定並為保護國家安全、公共秩序、公共衛生或道德、或他人的權利和自由所必需且與本公約所承認的其他權利不抵觸的限制外，應不受任何其他限制。四、任何人進入其本國的權利，不得任意加以剝奪。」

⁴⁹ 常健，人權的理想、爭論與現實，洛克出版社，民國 86 年 3 月，50 至 52 頁。

出，台灣社會仍無法全面接受已經是個移民國家、多元文化民族的事實⁵⁰。對於外國人之管理，為主權表現方式之一，「移民」一詞，本身即含有領域界分，寓含著國家權利的介入，包括「移入及移出」，並以本國領域為基準，管理機制含括入出境、停留、居留等，一般而言，此等權利國際間常將視其為統治權而為決定，然其限制性質多涉及其他基本人權，例如：婚姻權、家庭團聚權等，在此等權利要求下，是否仍得以國家主權優先，即有考量之餘地，一國政府如何有智慧地在婚姻移民管理政策上，在人權保障的基礎上，以國家主權之有效的公權力規範與執行，代表著該國之文明程度⁵¹。

對於非法入境者應予嚴格取締，合法入境即應對其保護，因婚姻之關係而合法移民至本國組成家庭，揆諸上述國際公約意旨應受保障，惟應提供如何之基準，每一國家發展狀況不一，難有定論。論者以為不論外國人是否取得居留權，其依法結婚組成家庭之權，自屬其權利，該項權利具有先於國家、憲法之自然法性質，因此其亦有超國家之效力，我國憲法雖未明文保障婚姻與家庭，但合乎人性且不違反公序良俗及法律強制禁止規定，即是社會安定之基石，至少依憲法第 22 條之概括規定，即可加予容納，結婚權利係人格自由發展之要素，自應當成一種基本人權而受尊重⁵²。女性移民者透過合法之婚姻移入本國，依上述學者之見解自應予以保障，之後所得享有的權利亦應擁有之，然而得以法律為合理之限制。其應遵守之原則，應具有下列之基準：一、不能低於一般文明標準。二、合理差別待遇。三、遵守法律保留原則與踐履正當法律程序等原則⁵³。

第三項 小結

人權之發展史上，係由最初主張自由權、財產權至現代移民人權之保障，依據世界人權宣言、公民權及政治權國際公約等，皆有遷徙擇居權之具體內容，其意義含有：「在一國領土內合法居留的人，在該國領土內有遷徙往來的自由以及擇居自由，人人有權離開或進入任何國家，此權利不得無理剝奪，在一國合法居留的外國人，非經依法判定，不得驅逐出境，除非事關國家安

⁵⁰ 陳又甄，外籍配偶工作權政策-馬歇爾公民權模式為觀點，國立暨南大學公共行政學政策學系碩士論文，民國 98 年 1 月，第 2 頁。

⁵¹ 蔡庭榕，論主權與人權-以婚姻移民面談為例，憲政時代第 32 卷第 1 期，民國 95 年 7 月，第 13 至 14 頁。

⁵² 李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代第 25 卷第 1 期，民國 88 年 7 月，第 115 頁。

⁵³ 刁仁國，論外國人入出國的權利，中央警察大學學報第 37 期，民國 89 年 10 月，第 152 至 155 頁。

全必須急速處理者。」已達結婚年齡之男女，有論及婚嫁和成立家庭權利，不受種族、國籍或宗教任何限制，另家庭是社會基本單位，應受社會和國家保護。國內間移民對象大陸配偶藉「婚姻」的方式，而移入我國，在其歷經入境等管制措施的檢驗，證明其為合法移民者之後，國家對其即有保護之義務。婚姻移民所涉及之家庭權在憲法雖未有明文之保障規定，不妨為憲法第22條之概括規定所容納外，另彼等從事勞務，有權在一個合理之勞動條件下工作，不被壓榨。然而雖肯認此等權利之保障，惟移入國亦可基於實際之需要，對其做合理之限制，所應遵守之原則有：一、不能低於一般文明之標準。二、合理差別待遇。三、遵守法律保留原則與踐履正當法律程序等基準。

第三節 外籍配偶之工作現況

國內之勞工態樣，形態上不僅只具我國籍國民之類型，根據現行法制的分類，不同國籍之勞工尚有「外籍勞工」、「外籍配偶勞工」、「大陸配偶勞工」等，於國內分別從事勞務，外籍人士於國內間之勞動情況，新移民者於法制上賦予合法之工作權保障，惟對於外籍勞工係採「許可制」之規範，兩者之差別待遇基礎，在於前者為本國人民配偶之故，因此以法律賦予其從事勞務之權利，然後者係為補充勞力不足之考量，故以採許可制為管制措施，兩者不能等同以觀。該領域與本文所討論之主題雖有相關惟並不直接，故本節於體系上加以概略介紹，下文除對外籍配偶加以論述外，亦對大陸配偶等工作權利加以探討，並以國內之法制和現況加以說明。

第一項 法制現況分類

依據學者黃越欽氏認我國勞動法之發展共分為三個世代，第一世代從民國17年到民國26年，有工會法、工廠法、勞資爭議處理法、團體協約法；第二世代從民國36年到民國73年，當時代表性的法律勞資爭議處理法、勞工保險條例、勞工安全衛生法；第三世代從民國73年迄今，當時代表性的法律有勞動基準法、就業服務法、就業保險法、職業災害勞工保護法等⁵⁴。隨著經濟發展之需要，國內企業開始引用不同國籍之勞工，以及國人結婚擇偶

⁵⁴ 黃越欽，勞動法新論，翰蘆出版社，民國95年9月修訂3版，第13頁以下。

之對象不侷限於本國人民等因素，此等人口因生活上之需要，而分別投入職場從事勞務，以往之法律部分已不符實際的需求，傳統以國民為主要之勞動力，形態已經有所改變，現行之法律規定亦已隨型態之變化而修法因應，以下即以現行之法制規範，針對不同國籍之勞動力加以分類，對其說明並介紹之。

第一款 前言

不具有我國籍者即是外國人，包括具有單一外國籍者、多重外國籍者、無國籍者。依此，符合上述「外國人」來台工作時，必須受我國法制規定之拘束。依就業服務法與同法第 48 條授權「雇主聘僱外國人許可及管理辦法」（以下稱雇聘辦法），因來台工作的種類與性質不盡相同，其將外國人區分為四類：白領階級勞工、藍領階級勞工、留學生、難民，並在聘僱與管理上為不同之規定⁵⁵，茲分別說明如下：

壹、白領階級勞工：

依據雇聘辦法規定，指受僱從事就業服務法第 46 條第 1 項第 1 至 6 款規定工作之外國人⁵⁶。此類工作大部分指具有專門及技術之性質，例如：外國語文教師、演藝人員等。雇主聘僱此類人士者，依同辦法第 7 條規定須檢附相關證明文件向主管機關申請許可⁵⁷。

貳、藍領階級勞工：

係指受聘僱從事家庭幫傭、海洋漁撈工作等類之外國人，從事製造

⁵⁵ 劉家綾，外籍勞工在我國憲法上應享有的人權，就業安全第 6 卷第 1 期，民國 96 年 7 月，第 107 頁。

⁵⁶ 參雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 2 條第 1 項第 1 款規定：「第一類外國人：指受僱從事就業服務法第 46 條第 1 項第 1 至 6 款規定工作之外國人。就業服務法第 46 條第 1 項規定：「雇主聘僱外國人在中華民國境內從事之工作，除本法另有規定外，以下列各款為限：一、專門性或技術性之工作。二、華僑或外國人經政府核准投資或設立事業之主管。三、下列學校教師：（一）公立或經立案之私立大專以上校院或外國僑民學校之教師。（二）公立或已立案之私立高級中等以下學校之合格外國語文課程教師。（三）公立或已立案私立實驗高級中等學校雙語部或雙語學校之學科教師。四、依補習教育法立案之短期補習班之專任外國語文教師。五、運動教練及運動員。六、宗教、藝術及演藝工作。」

⁵⁷ 參雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 7 條第 1 項規定：「雇主申請聘僱第一類外國人，應備下列文件：一、申請書。二、負責人之國民身分證或護照、登記或立案證明。特許事業應附特許證明文件影本。三、聘僱契約書影本。四、受聘僱外國人之名冊、護照影本及畢業證書影本。但外國人入國從事本法第 46 條第 1 項第 2 款、第 5 款及第 6 款工作者免附畢業證書影本。五、審查費收據正本。六、其他經中央主管機關規定之文件。」

業、營造業、家事類等勞力性之工作，為其主要特色⁵⁸。欲招募此類勞工，須以合理勞動條件招募本國勞工，不足之情形者，始可提出申請⁵⁹。

參、留學生與難民：

前者指聘僱外國留學生之情形⁶⁰，後者係指獲准居留之難民等類之勞工⁶¹。聘僱該類外國人工作者，須備齊同辦法第 36 條證件，向主管機關申請許可⁶²。

肆、小結：

由上可知，我國對於外國人勞工之入國管理係採許可制，非有許可，即不得在國內工作，與因國人有婚姻關係之外籍配偶，管理法制相異。前者之從事勞務，須申請許可，後者則無。因彼等非本文主要論述之對象，故於文中對於其規範稍加介紹，並不詳論。

第二款 外籍配偶

「外籍配偶」於入境之前須先向我國駐外館處申請入國手續，經審核合格後發給停留或居留簽證⁶³，次再依據「入出國及移民法」之規定持有效之簽證，以及取得停留、居留許可文件辦理外僑居留證，該證件對於彼等在未

⁵⁸ 參雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 2 條第 1 項第 2 款規定：「第二類外國人：指受聘僱從事本法第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款規定工作之外國人」。就業服務法第 46 條第 1 項規定：「八、海洋漁撈工作。九、家庭幫傭。十、為因應國家重要建設工程或經濟社會發展需要，經中央主管機關指定之工作。十一、其他因工作性質特殊，國內缺乏該項人才，在業務上確有聘僱外國人從事工作之必要，經中央主管機關專案核定者。」

⁵⁹ 參雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 12 條規定：「雇主申請聘僱外國人，應以合理勞動條件向工作場所所在地之公立就業服務機構辦理求才登記後次日起，在經中央主管機關指定之國內新聞紙中選定一家刊登求才廣告 3 日，自刊登求才廣告期滿之次日起至少 21 日辦理招募本國勞工。」

⁶⁰ 參就業服務法第 50 條第 1 項規定：「雇主聘僱下列學生從事工作，得不受第 46 條第 1 項規定之限制；其工作時間除寒暑假外，每星期最長為 16 小時：一、就讀於公立或已立案私立大專校院之外國留學生。二、就讀於公立或已立案私立高級中等以上學校之僑生及其他華裔學生。」

⁶¹ 參就業服務法第 51 條第 1 項規定：「雇主聘僱下列外國人從事工作.....。一、獲准居留之難民。二、獲准在中華民國境內連續受聘僱從事工作，連續居留滿五年，品行端正，且有住所者。三、經獲准與其在中華民國境內設有戶籍之直系血親共同生活者。四、經取得永久居留者。」

⁶² 參雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 36 條第 1 項規定：「雇主申請聘僱第四類外國人，應備下列文件：一、申請書。二、申請人之國民身分證或公司負責人之國民身分證、公司登記、商業登記證明、工廠登記證、特許事業許可證等影本。但依規定免附工廠登記證或特許事業許可證者，不在此限。三、聘僱契約書或勞動契約書影本。四、受聘僱外國人之護照影本。五、受聘僱外國人之外僑居留證或永久居留證影本。六、審查費收據正本。七、其他經中央主管機關規定之文件。」

⁶³ 參外國護照簽證條例第 7 條規定：「外國護照之簽證，其種類如下：一、外交簽證。二、禮遇簽證。三、停留簽證。四、居留簽證。前項各類簽證之效期、停留期限、入境次數、目的、申請條件、應備文件及其他相關事項，由外交部定之。」

取得我國國籍，形同具國內身分證件之功能⁶⁴。

法制上對其工作權規範較明確者，於獲准居留後，即可合法於國內從事一般工作，而毋須經主管機關申請許可之程序⁶⁵。其合法之工作權保障，除受相關法令之限制外⁶⁶，其所能選擇勞務之類別較具多元性。惟語言、知識缺乏之關係，使其所能從事之性質，多以家庭照護者、製造業等勞務性質類者居多，除少數來台具專業能力者，例如：具外語能力者可擔任補習班教師、具電腦工程專業者，可於高科技公司擔任工程師外，餘均從事基層性質工作居多。

第三款 大陸配偶

目前國內對於大陸配偶之規範，係以特殊的方式處理，而非適用處理涉外事件的法律，亦非適用處理一般民事務的法律，乃係另以「兩岸人民關係條例」因應之。學者許宗力氏認其法律關係屬一種「特殊國與國的關係」，與一般（外）國與（外）國間之關係仍屬有間。在涉及兩岸人民間的權利義務關係問題，先依據該條例來處理，未規定者再依前述對待一般外國人之法律加以適用⁶⁷。

學說上之見解如前所述，係以特殊化之方式處理該等事務，然在法院實務上之判決認為，國家刑罰權乃國家主權作用之一種形態，故刑罰權行使關於地之範圍，應與主權支配之地域相同，若為主權所不及之地域，除特定之犯罪行為外，要無刑罰權之適用。雖然我國對於大陸地區亦稱擁有主權，然而依國際情勢實不容否認該地區現係由另一政治實體（中華人民共和國）所

⁶⁴ 參入出國及移民法第 22 條規定：「外國人持有效簽證或適用以免簽證方式入國之有效護照或旅行證件，經入出國及移民署查驗許可入國後，取得停留、居留許可。依前項規定取得居留許可者，應於入國後 15 日內，向入出國及移民署申請外僑居留證。外僑居留證之有效期間，自許可之翌日起算，最長不得逾 3 年。」

⁶⁵ 參就業服務法第 48 條第 1 項規定：「雇主聘僱外國人工作，應檢具有關文件，向中央主管機關申請許可。但有下列情形之一，不須申請許可：一、各級政府及其所屬學術研究機構聘請外國人擔任顧問或研究工作者。二、外國人與在中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留者。三、受聘僱於公立或經立案之私立大學進行六個月內之短期講座、學術研究經教育部認可者。」

⁶⁶ 參國籍法第 10 條第 1 項規定：「外國人或無國籍人歸化者，不得擔任下列各款公職：一、總統、副總統。二、立法委員。三、行政院院長、副院長、政務委員；司法院院長、副院長、大法官；考試院院長、副院長、考試委員；監察院院長、副院長、監察委員、審計長。四、特任、特派之人員。五、各部政務次長。六、特命全權大使、特命全權公使。七、蒙藏委員會副委員長、委員；僑務委員會副委員長。八、其他比照簡任第十三職等以上職務之人員。九、陸海空軍將官。十、民選地方公職人員。」

⁶⁷ 許宗力，兩岸關係法律定位百年來的演變與最新發展-台灣的角度出發，收錄於氏著憲法與法治國行政，元照出版社，民國 88 年 3 月，第 246 至 248 頁。

統治，事實上並非我中華民國主權所及之，應屬在我國領域外犯罪⁶⁸，依此判決對於本國人民於大陸地區犯罪，認為非屬國內刑罰權所及，此見解符合現行實際之狀況。

兩岸人民結婚後，其來台係採「許可制」，即須通過面談後方准其入境⁶⁹，居留階段區分為團聚、依親居留、長期居留、定居等 4 種情形。符合要件者持入出國及移民署之通知，辦理戶籍登記定居證，並向戶政事務所申辦，即可申請國民身分證，成為我國之國民，無須申請許可即可工作⁷⁰。

第四款 小結

綜上所述，不同國籍者在我國就業時，得分為外籍勞工、外籍配偶、大陸配偶等。外籍勞工從事之工作係採「許可制」之立法，於國內從事勞務，須經主管機關申請許可，例如：各製造業、建築業或看護業是，因非本文所論述之主題，僅略介紹。但外籍配偶與大陸配偶入境後即可從事工作，惟中國對台仍存有曖昧不明之關係，對於後者另區分為團聚、依親居留、長期居留、定居等程序加以規範，所適用即有特別處理之必要，以兩岸人民關係條例為依據，另亦須受一般法律的規範。

第二項 外籍配偶之工作權

按「外籍配偶」並非法律之用語，近二、三十年來國人結婚的對象，與

⁶⁸ 參考台灣高等法院 88 年度上易字第 3571 號刑事判決：「查公訴人起訴被告涉嫌之詐欺及業務登載不實罪行，其行為地均在大陸地區之福建省福州市，被告雖設籍於台北市，但其行為是否得依我國刑法加以處罰，端視現階段之大陸地區是否為我中華民國之主權有效地域範圍？經查國家刑罰權乃國家主權作用之一種形態，故刑罰權行使關於地之範圍，應與主權支配之地域相同，若為主權所不及之地域，除特定之犯罪行為外，要無刑罰權之適用。雖然我國對於大陸地區亦實稱擁有主權，然而依國際情勢實不容否認該地區現係由另一政治實體（中華人民共和國）所統治，事實上並非我中華民國主權所及之地域，從而在大陸地區犯罪，應屬在我國領域外犯罪。」

⁶⁹ 參兩岸人民關係條例第 10 條之 1 規定：「大陸地區人民申請進入台灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、按捺指紋並建檔管理之；未接受面談、按捺指紋者，不予許可其團聚、居留或定居之申請。其管理辦法，由主管機關定之。」

⁷⁰ 參兩岸人民關係條例第 17 條規定：「第 1 項大陸地區人民為台灣地區人民配偶，得依法令申請進入台灣地區團聚，經許可入境後，得申請在台灣地區依親居留。第 3 項經依第 1 項規定許可在台灣地區依親居留滿 4 年，且每年在台灣地區合法居留期間逾 183 日者，得申請長期居留。第 5 項經依前 2 項規定許可在台灣地區長期居留者，居留期間無限制；長期居留符合下列規定者，得申請在台灣地區定居。」戶籍法第 15 條規定：「在國內未曾設有戶籍，且有下列情形之一者，應為初設戶籍登記：一、中華民國國民入境後，經核准定居。二、外國人或無國籍人歸化或回復國籍後，經核准定居。三、大陸地區人民或香港、澳門居民，經核准定居。四、在台灣地區合法居住，逾 12 歲未辦理出生登記。」

非本國人士者，民間常以「外籍配偶」用語稱之。彼等多來自於東南亞國家，對於台灣的文化亦不瞭解，於本國生活一開始要即需面對語言的問題，因其母語和我國相差甚遠，渠等溝通上之不良，造成就業、教育小孩等問題及困擾。

外籍配偶在其母國的教育程度並不高，多數教育程度偏低，普遍低於台灣一般之教育水平，越南籍女性嫁來台灣後，在國中以下者占 37%，其本國籍之配偶，亦集中在國中或高中職，念大專院校的比例非常低，顯現出跨國婚姻雙方之教育程度在整個台灣社會中不高，雖在獲得長期居留前原則上得工作⁷¹，然以其學歷背景在取得身分證之前，謀職機會相對較少，是以跨國婚姻家庭，多數在台灣社會「中下階級」，另者亦有尚不乏高學歷，但工作經歷有限，在學經歷不足的情況下，就業選擇相當有限，甚至會有困難之現象⁷²。

國際婚姻盛行，現為國人之配偶，亦有工作權之需求，目前國人與外籍人士結婚，只要非從事違反法律之工作，主管機關亦不過問。認為未受過高等教育家境貧困，結婚對象多為較低階層之男士，往往被簡化地定義為「買賣婚姻」⁷³。隨著當前國際勞動力移動潮流下，「她們」亦是另外一種形式的跨國勞動力移動，可以直接進入勞動市場而影響勞動力供需；另一方面則是透過生育而補充未來的新生勞動力，在台灣的勞動市場一方面扮演了經濟的補充性勞動力，因為其所從事之工作為台灣低階層勞動工作⁷⁴。前揭現象反應彼等於國內，被認係透過婚姻來解決生存之問題，因此，可以買賣之方式使其入境，此舉有將人類貶化為物品之嫌，其次，在我國從事勞務，雖具有合法之工作權，惟所能從事者為低階層勞動，先天之歧見，需藉時間相處以融合之。惟合法之入境者，理應為法律所保障，故外籍配偶從事勞務，若為合法之工作，應不分種類而受保障。

本國對於勞工之保護，首依「勞動基準法」之規定，因該法係勞動條件之最低標準，其對於外籍配偶亦有適用，考其立法理由說明中，多係參考國

⁷¹ 依據就業服務法第 48 條第 1 項但書之規定，其不須申請許可，即可於國內合法工作，有關該條文之規定內容，請參閱前註腳 65。

⁷² 許崇賓，外籍配偶工作權之問題研究，東海大學法律研究所碩士論文，民國 97 年度，第 53 頁。

⁷³ 夏曉鵬，資本國際化下的國際婚姻—以台灣的外籍新娘現象為例，台灣社會研究季刊第 39 期，民國 89 年 9 月，第 48 頁。

⁷⁴ 王宏仁，社會階層下的婚姻移民與國內勞動市場：以越南新娘為例，台灣社會研究季刊第 41 期，民國 90 年 3 月，第 122 頁以下。

際勞動組織公約基準而制定⁷⁵，此係我國為使國際勞動人權得以具體實現之積極作為，亦與憲法之工作權保障相配合。如調漲基本工資時，適用於渠等，形式上符合憲法平等原則之要求⁷⁶。然存在問題者，領取與國內勞工相同之基本工資，由於非屬本國籍之國民，對相關法律資訊缺乏，雇主不知現行相關之規定，更由於語言的障礙對於工資之要求，常處於不知本身權益保障之情況，在從事幫傭、看護等工作時，由於該類工作場所均在雇主家中，公權力常很難得知真實工作的狀況，欲對其實施有效的保護困難重重⁷⁷。

第三項 大陸配偶之工作權

勞工具主體性，不能被工具化、物化、商品化，其有權利要求在一個合理的勞動條件下安心工作，不被非法壓榨。大陸配偶因婚姻之關係來到我國居留，經前述之介紹，入境之程序有別於外籍配偶，惟在繁鎖的規定下，仍有部分人士以各種非法方式進入本國⁷⁸。非法入境者固應查緝，合法者則加以保障，開放大陸配偶之工作權，其次加強非法入境者之取締，對此情況之改善應有不同之效益。兩岸人民關係條例，賦予除受相關法令規範，從事工作不受限制，應無存在問題，惟現行法律實際上亦造成某些居留、就業之困境待解決，下文分析說明如下：

第一款 面談之問題

大陸地區人民申請進入台灣地區面談管理辦法（下稱面談管理辦法）規定，無正當理由拒絕接受或未通過面談者，其申請案不予許可⁷⁹。因此「面談」或為是否合法入境之管制措施。其採取之手段為行政調查方法之一，與

⁷⁵ 參勞動基準法第 25 條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」其立法說明指出：一、本條確定男女同工同酬之原則，為工廠法第 24 條原有規定。二、我國於民國 47 年 3 月已批准國際勞工組織「男女勞工同工同酬公約。」第 46 條規定：「未滿 16 歲之人受僱從事工作者，雇主應置備其法定代理人同意書及其年齡證明文件。」其立法說明指出：參照我國 28 年 12 月批准國際勞工組織「修正工業工作兒童之雇用年齡公約」第 8 條規定，並為檢查機構或主管機關便於查核，特作本條規定旨在勞工保護等。

⁷⁶ 蔡尚宏，我國外籍勞工勞動人權之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，民國 96 年 7 月，第 64 頁以下。

⁷⁷ 此等對象之探討非屬本文主要討論對象，坊間對此等之工作權保障亦有專著加以討論，近期者可參閱，許崇賓，外籍配偶工作權之問題研究，東海大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年 5 月。

⁷⁸ 陳小紅，跨國婚姻中人權問題之探討-來台生活「大陸配偶」案例之檢視，國家政策季刊第 4 卷第 1 期，民國 94 年 4 月，第 152 頁。

⁷⁹ 參大陸地區人民申請進入台灣地區面談管理辦法第 14 條第 1 項第 1 款規定：「無正當理由拒絕接受或未通過面談者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可。」

按指紋建檔管理措施同為管理外國人民申請進入台灣地區團聚、居留或定居之方法。然而，面談與按捺指紋不同，前者之目的在於作為許可或撤銷處分之主要基礎，而後者旨在符合許可入境後之管理需要⁸⁰。「面談」之行政行為實施前，透過資料之蒐集，以結婚名義申請入境之大陸配偶，使用該等之方式，對其進入本國之目的加以審查。綜其作用主要係「事前」之防範措施，並確認其等申請入境之原因是否為屬實，若為真實者則對其許可入境，該等作法於實務上之運作亦發揮相當之功能⁸¹。

面談管理辦法係依據兩岸人民關係條例第 10 條之 1 授權⁸²而制定，該條例僅大陸地區人民，「應接受面談」，未接受面談者，不予許可其團聚，若『已接受』面談者，並未有規範其法律效果，則在該辦法另行規定「未通過面談」者，不予許可其入境，其授權之內容存有疑義。法規命令制訂是否逾越法律之授權，司法院大法官釋字第 538 號解釋理由書稱：「建築法第 15 條第 2 項規定：『營造業之管理規則，由內政部定之』，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員準則、主管機關之考核管理等事項，依行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。」該號解釋理由書指出：「…依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件等有意授權。」然而如何就法律整體解釋推知，尚未具體指明，概念屬抽象不易理解。

另釋字第 612 號解釋文：「…其以法律授權主管機關發布命令為補充規定者，內容須符合立法意旨，且不得逾越母法規定之範圍，其在母法概括授權下所發布者，是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及整體規定之關聯意義為綜合判斷其主要功用。」本號之解釋對於如何判斷則有更進一步之解讀，以下即參照前揭解釋意旨，檢驗該辦法是否逾越法律之授權。已接受面談未通過者不予許可入境，因可能為非法入境者，對其不予許可，係為貫徹兩岸人民關係條例之確保台灣地區安全之立法目的，且隨後之法律效果當為當事人可得預見，此其一；從主權之理論，所採取之手段為入境管制措施，事涉主權的行使，對未通過者不予許可處分，各國有較高之裁量範圍，故對於法律授權範圍之解釋，即不宜以高

⁸⁰ 蔡庭榕，論主權與人權-以婚姻移民面談為例，憲政時代第 32 卷第 1 期，民國 95 年 7 月，第 16 頁。

⁸¹ 參入出國移民署統計資料指出：民國 99 年通過面談 7799 件、不予通過 1874，其受理之面談案件不予通過之比率有 15.61%，參 <http://www.immigration.gov.tw/public/Attachment/13249461889.xls>，最後造訪日 100 年 4 月 2 日。

⁸² 有關兩岸人民關係條例第 10 條之 1 規定內容，請參閱前註腳 69。

密度審查，宜尊重行政機關之專業判斷，此其二。

綜上，該辦法對未通過面談者，不予許可入境之處分，應無違該條例之授權範圍。入境管制採取此手段，可初步過濾申請者是否合法入境，以「假結婚」為例，面談的方式對欲申請入境的大陸配偶加以過濾，可達初步篩選之功能，惟訪談內容涉及個人隱私，對於被判定不通過者不予許可入境。然該條例規定，所面對之處分排除行政程序法之適用⁸³，當事人欲提訴訟救濟，即已被驅逐出境，權利影響之大，程序保障相對之弱，可能形成法律上對比不足之現象。為加強彼等程序之保障，除了應遵守作業程序外⁸⁴，另在硬體之設備可增強錄音、錄影等功能，以「制度」強化權利之保障。

第二款 公序良俗之防範

大陸地區人民進入台灣地區許可辦法（下稱許可辦法）規定，有違反「善良風俗」之行為，已許可入境者，得撤銷或廢止其許可⁸⁵。「大陸地區人民」，與本國人民結婚後，或為「大陸配偶」，所為對渠等之稱呼，前者為法律之用語，後者為通稱而來。故彼等於我國從事上述行為時，該當於該辦法適用之主體。遭註銷入出境許可證之結果，即被賦予驅逐出境處分，其效果嚴厲，對於當事人權利影響甚大，居留權、家庭、團聚等權利皆為其影響效力所及。惟何謂違反善良風俗之行為？法令使用此等用語，並非不可，因在行政法規常見『不確定法律概念』，以因應所規範事務之日新月異的不斷變化，有關國家安全、公共衛生、社會秩序等，其概念之運用如有爭議，最後須接受司法審查，但法律之要件適用，並非即違反法律明確性原則，仍須視其規範之內容、要件、目的、範圍，可否明確化；或該價值規範，得經一般社會通念予以認定而定⁸⁶。

按善良風俗屬流動之概念，隨時代而改變，於法令之構成要件使用該等用語，衡諸實際係屬無法避免之情況，另違反善良風俗之行為，賦予不許可入境之立法目的係為維持社會秩序，該規定有其正當性；惟該當於此要件行

⁸³ 有關該條例排除行政程序法的適用，請參閱前註腳兩岸人民關係條例第 95 條之 3 規定，條文內容請參閱前註腳 13。

⁸⁴ 有關面談之作業程序請參閱內政部入出國及移民署實施面談辦法之規定，該條文內容請參閱入出國及移民署 <http://girs.moi.gov.tw/LawContentDetails.aspx?id=FL046764&KeyWordHL=&StyleType=1>，最後造訪日 100 年 4 月 2 日

⁸⁵ 參大陸地區人民進入台灣地區許可辦法第 19 條第 1 項第 9 款規定：「有違反善良風俗之行為，已許可入境者，得撤銷或廢止其許可，並註銷其入出境許可證。」

⁸⁶ 許義寶，外國人之入國程序與限制之研究，法令月刊第 57 卷第 11 期，民國 95 年 11 月，第 42 頁。

為之社會事實多端，行為人「可歸責」之事由，若未規定是否會造成保障不週之情形⁸⁷。例如：於公共場所賭博、或於工作場所與同事互相謾罵，遭公然侮辱之告訴，上述賭博或公然侮辱是否該當於「善良風俗」之違反；若該當者可能被廢止其許可，則其結果是否具必要性。「撤銷」或「廢止」，為行政機關「行政處分」之一種，應受行政程序法「比例原則」之檢驗，惟該事務並無行政程序法之適用，因此；該等案件，是否造成不週延之情事，不無疑問。按合法居留者，因違反特定原因遭受註銷之處分，係屬行政處分附款之問題，得分為附條件、附期限、附負擔、附保留等四種情形，其中「附負擔」者指附加於授益行政處分之特定作為、不作為或忍受的義務，其本質上並非不可單獨以行政處分之形態表現，但因附隨於處分而成為附款之一種，例如：准許外國人居留，但附加不得在台就業之限制⁸⁸。

許可辦法之規定，不得有從事違反善良風俗之行為，除屬行政程序法規定之法規准許廢止情形外，另者尚有以附負擔之行政處分出現⁸⁹，當事人未履行亦或違反者得為廢止。惟條文雖無規定，「廢止處分」須以行為人有可歸責之事由，為其責任之成立要件。參酌司法院大法官釋字第 275 號解釋認：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件。」釋憲實務上之見解，對於行為人責任之歸究至少要求須具備過失為要件；另從現行法之規定，亦可見處罰「故意」為原則、「過失」為例外，「無過失」更為例外中之例外明文⁹⁰。國家賠償法因公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負賠償責任，之所以須負「無過失」責任，其考量不外有重大公益之理由於背後支持。

許可辦法規定在考量國家安全和維護社會秩序，其目的亦屬正當，然而所採手段是否必要，則須就個案加以檢視，予以妥適性之裁量。例如：大陸配偶於公共場所聚眾賭博、公然侮辱之情事，其行為與國家安全不致有所

⁸⁷ 學者廖元豪氏認法律中充滿了各種抽象模糊的「驅逐出境原因」，授予執法官員極大的解釋空間。諸如「罹患傳染病」而強制出國，而未詳究這是不是被「咱台灣人」給傳染，也不顧他現在已經沒有「足以妨害公共衛生」的狀況，參廖元豪，全球化趨勢中婚姻移民之人權保障-全球化、台灣新國族主義、人權論述的關係，思與言第 44 卷第 3 期，民國 95 年 9 月，第 7 頁以下。

⁸⁸ 李震山，行政法導論，三民書局出版社，民國 92 年 10 月，第 331 頁。

⁸⁹ 參行政程序法第 123 條規定：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：一、法規准許廢止者。二、原處分機關保留行政處分之廢止權者。三、附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者」。

⁹⁰ 參行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」刑法第 12 條第 2 項規定：「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」國家賠償法第 3 條第 1 項規定：「公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負損害賠償責任。」

妨害，雖屬違反善良風俗，然其已接受刑事上之處罰效果，不應在行政罰上亦認其該當許可辦法之規定，而對其廢止居留之法律效果。本文以為該辦法「…『得』撤銷或廢止其許可，並註銷其入出境許可證」之規定，係賦予行政機關裁量權，法令無法就個案情節逐一規範，應認係在實務上，賦予其就違反行為事實判斷之義務，個案上為行政處分之際，應考量法治國家比例原則之運用，於行使裁量權時，應考慮者為其違反之行為，是否可歸責於行為人，以及所從事者，對國家安全是否有妨害，於個案上為合義務性之裁量，所採取之手段方更具合理性。

第三款 工作項目限制之準用

經依許可在台灣地區依親居留或長期居留者之大陸配偶，居留期間得在台灣地區工作，該條例之修正參考其修法理由⁹¹係指放寬彼等工作權符合國際人權基準、對就業市場無明顯排擠效應、不影響職業訓練及就業服務資源、有助社會公益展現、可改善兩岸婚姻家庭經濟及穩定婚姻關係。亦即如通過面談來台，換發依親居留證件後，於國內無須申請許可，即可從事勞務，條文之修正賦予其權利，惟從事之工作項目是否有限制。該等於國內受聘僱，管理法制上，以兩岸人民關係條例為主，該條例未有明文規定者，再依其他之法令，就業服務法⁹²對其聘僱及管理有準用之規定，同法第 5 章條文中，對於外國人有特別之規範，在境內從事工作有受到限制⁹³。彼等在未取得身分證之前亦為「準外國人」之一種，該條例對於大陸配偶所能從事的工作項目，並無不受到限制之明文規定，然而就業服務法規定之結果，其雖不用經過許可即可工作，惟所能從事之工作項目，是否須受到該法之限制？

⁹¹ 參兩岸人民關係條例第 17 條之 1 修法理由：「兩岸人民關係條例第 17 條之 1 修法理由：「依馬總統所提出『婚姻移民人道待遇及工作權保障』之移民政見及我國人口政策白皮書，我國應採取更多元包容之移民政策，對於尊重人權、融合多元文化及合理保障移入人口各項權益等層面，規劃完整之移民政策；另「97 年至 145 年人口推計」報告亦提出政策建議，對於以長期居留為目的之移入人口，應予包容尊重，提供必要之照顧輔導，建構多元文化社會。為落實上開政策，爰檢討現行大陸配偶制度，包括取得身份證年限、工作權、繼承權及其他相關權益等事項，另配合其他法規之修正，本條例部分規定有一併修正之必要，爰擬具本條例部分條文修正案。」

⁹² 參就業服務法第 80 條規定：「大陸地區人民受聘僱於台灣地區從事工作，其聘僱及管理，除法律另有規定外，準用第 5 章相關之規定。」

⁹³ 參就業服務法第 46 條規定：「雇主聘僱外國人在中華民國境內從事之工作，除本法另有規定外，以下列各款為限：一、專門性或技術性之工作。二、華僑或外國人經政府核准投資或設立事業之主管。三、下列學校教師：(一)、公立或經立案之私立大專以上校院或外國僑民學校之教師。(二)、公立或已立案之私立高級中等以下學校之合格外國語文課程教師。(三)、公立或已立案私立實驗高級中等學校雙語部或雙語學校之學科教師。四、依補習教育法立案之短期補習班之專任外國語文教師。五、運動教練及運動員。六、宗教、藝術及演藝工作……等。」

觀察就業服務法（下稱就服法）之法規沿革，開放與中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留者，無須向主管機關申請許可即可工作，係於民國 92 年 4 月 29 日時修正該法第 48 條之規定⁹⁴。該法第 51 條之規定⁹⁵，外籍配偶工作須自行向主管機關申請許可，其工作項目不受限制，當時亦修正該法第 51 條之規定⁹⁶，修法理由指出：「因配合本法第 48 條第 1 項第 1 款後段之修正，刪除第 51 條第 1 項第 1 款之規定。」亦即刪除該款「與在中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留者」之規定。修正條文之結果為外籍配偶可於國內合法工作，毋須經主管機關許可，除法令另有限制外，其工作項目不受到限制。惟大陸配偶因就服法第 80 條規定準用之結果，即產生法律適用上之疑義。

就業服務法第 80 條規定「準用第 5 章…」，該章節之條文有第 46 條外籍勞工工作項目之限制、第 48 條外籍配偶從事工作不用經過申請許可等規範，則條文係「準用」前者或後者，整體解釋之下，可能解為大陸配偶從事工作不用經過申請許可之程序，但所能從事的工作以就服法第 46 條規定的工作項目為限，行政機關於適用上可能會有疑義。本文以為應係準用後者之看法，兩岸人民關係條例第 17 條之 1 的修法理由中指出：「…大陸配偶與外籍勞工不同，其為家庭成員之一，而工作權係其生活之基本權利。因此，基於人道及家庭經濟考量，爰有進一步放寬工作權之必要。」條文之修正意旨係為放寬彼等之工作權，故除其他法律有限制規定外，與外籍勞工不能等同以觀，故應不須受就服法第 46 條工作項目之限制；其二外國人與大陸配偶兩者性質有別，前者從事工作就服法係採「補充性」之原則，對於其就業管制政策做立法限制有其「正當性」，後者雖係「準外國人」之一種，惟其一方面為國人之配偶與我國國民在生活、經濟、社會安定等因素淵源較深，於尚未取得我

⁹⁴ 參民國 92 年 4 月 29 日就業服務法第 48 條第 1 項規定：「雇主聘僱外國人工作，應檢具有關文件，向中央主管機關申請許可。但各級政府及其所屬學術研究機構聘請擔任顧問、研究工作者或與在中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留者，不須申請許可。」其修法理由指出：「茲因外國人與中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留者，依原條文第 51 條第 1 項第 1 款可逕向中央主管機關申請許可證明，惟此等申請之程序在法律上乃徒具形式並無實質意義。故特修正第 48 條第 1 項後段，法律明文規定符合『與中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留者』條件之人，不待申請許可，法律即應賦予平等工作之權利。」

⁹⁵ 參民國 90 年 12 月 21 日就業服務法第 51 條規定：「雇主聘僱下列外國人從事工作，得不受第 46 條第 1 項、第 3 項、第 47 條、第 52 條、第 53 條第 3 項、第 4 項、第 57 條第 5 款、第 72 條第 4 款及第 74 條規定之限制，並免依第 55 條規定繳納就業安定費：一、與在中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留者。」

⁹⁶ 參民國 92 年 4 月 29 日就業服務法第 51 條修正規定：「雇主聘僱下列外國人從事工作，得不受第 46 條第 1 項、第 3 項、第 47 條、第 52 條、第 53 條第 3 項、第 4 項、第 57 條第 5 款、第 72 條第 4 款及第 74 條規定之限制，並免依第 55 條規定繳納就業安定費：一、獲准居留之難民。二、獲准在中華民國境內連續受聘僱從事工作，連續居留滿五年，品行端正，且有住所者。三、經獲准與其在中華民國境內設有戶籍之直系血親共同生活者。四、經取得永久居留者。」

國身分證之前，彼等係在台合法居留之中國籍配偶，因此就服法對其立法做工作項目的限制較不具有「正當性」。其三兩岸人民關係條例規定從事工作既不須申請許可，所從事之工作項目限制，就不能和一般外國人等同視之，另同為國民之配偶，除法律有明文之規定，否則對於渠等之工作項目限制即應回歸至兩岸人民關係條例、國籍法等相關法律之特別規定，從法解釋論立場，宜將該法第 46 條的「外國人」做「限縮解釋」不包括「大陸配偶」而言，未來宜以修法明文規定，以避免爭議。

第四款 離婚後之問題

外籍人士入境國內，從事勞務係採「許可制」之管制措施，彼等與本國人締結婚姻取得依親居留許可之後，毋須申請即得合法工作，兩者之差別待遇基礎在於後者為國民之配偶，如為合法婚姻之繼續中，固無問題，有疑問者為若其離婚後，如仍有法定原因於本國居留，是否仍受兩岸人民關係條例之保障。大陸地區人民在台灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法（下稱依親居留許可辦法）第 13 條規定⁹⁷，其與國人婚姻關係消滅後，除有法定原因外，原則上應撤銷或廢止其依親居留許可。

行政院勞工委員會 94 年 8 月 8 日勞職外字第 0940504574 號函釋：「外籍配偶來我國所取得之居留證在未經撤銷、註銷、屆滿而失其效力者，仍可適用就業服務法第 48 條第 1 項第 2 款但書⁹⁸之規定。惟外籍配偶若非因「結婚」而係有依其他法律之原因，而續獲准在台延期居留者，其工作仍須申請許可，始得在台工作。」從事工作毋須申請許可，在於其與本國人具有婚姻之關係，並取得依親居留之許可，然而可能存在之情形，雙方離婚後亦可能續居留於國內，例如：雙方離婚後，於國內尚有親權及家庭暴力事件等原因之訴訟案件，於法院尚未確定判決時，有續停留於我國之必要。大陸配偶準用就業服務法第 5 章對於外國人聘僱與管理之規定，該條例對此情形亦未有

⁹⁷ 參大陸地區人民在台灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法第 13 條規定：「第 1 項大陸地區人民申請在台灣地區依親居留，有下列情形之一者，不予許可；已許可者，撤銷或廢止其許可：一、申請依親居留原因消失。但已許可在台灣地區依親居留，有下列情形之一者，不撤銷或廢止其許可：

（一）依親對象死亡。（二）於離婚後 10 日內與原依親對象再婚。（三）離婚後經確定判決取得、離婚後 10 日內經協議取得其在台灣地區已設有戶籍未成年親生子女權利義務之行使或負擔。（四）因遭受家庭暴力經法院判決離婚，且有在臺灣地區設有戶籍之未成年親生子女。二、未經許可入境或未經查驗入境。三、與台灣地區人民結婚，其婚姻無效或經撤銷。四、與台灣地區人民結婚，有事實足認係通謀而為虛偽結婚。五、冒用身分或所提供之文書係偽造、變造、無效、經撤銷或申請原因自始不存在。六、有危害國家安全或社會安定之虞。七、無正當理由不按捺指紋。八、無正當理由拒絕接受或未通過面談。九、身分轉換為非大陸地區人民。

⁹⁸ 有關就業服務法第 48 條之規定內容，請參閱前註腳 65。

特別之規範，前揭函釋認為彼等如有該等情形者，依就業服務法第 5 章第 43 條之規定⁹⁹應經過申請許可之程序。針對此問題，行政院勞工委員會續又於民國 97 年做出解釋，依據行政院勞工委員會勞職管外字第 0970509294 號函釋：「外籍配偶無須申請許可即可在我國境內工作，應包括下列各款情形之一者：一、婚姻關係存續中，且居留期限尚未屆滿。二、婚姻關係存續中，於居留期限屆滿，未向入出國及移民機關申請居留延期，而於逾期居留期間從事工作。三、因離婚或我國籍配偶死亡致婚姻關係消滅，原居留許可在未經廢止、撤銷或因期限屆滿而失其效力。另外籍配偶於居留期限屆滿未申請居留延期，原外僑居留證即已失效，倘該外籍配偶於逾期居留期間在我國境內工作，依上開適用原則，雖無違反本法第 43 條規定，惟是否違反入出國及移民法相關規定，仍應由入出國及移民機關逕依權責卓處。」

行政院勞工委員會 97 年 6 月 3 日勞職管字第 0970509294 號函釋，外籍配偶與國人離婚，基於「信賴保護原則」及「人道立場」認為¹⁰⁰，並無違反就業服務法第 43 條須經主管機關許可之規定；就同一問題，前者認為上揭情形仍須經主管機關許可，方可從事工作。行政機關前後解釋結論意見相悖。司法院大法官釋字第 287 號解釋稱：「行政主管機關就行政法規所為之釋示，係闡明法規之原意，固應自法規生效之日起有其適用，惟在後之釋示如與在前之釋示不一致時，在前之釋示並非當然錯誤，於後釋示發布前，依前釋示所為之行政處分已確定者，除前釋示確有違法之情形外，為維持法律秩序之安定，應不受後釋示之影響。」可以得知行政機關之解釋，原則以在後之解釋為主。最新之見解認為外籍配偶與國人離婚，如仍居留於國內，仍無違反就業服務法第 43 條之規定，此函釋依同法第 80 條之規定，為大陸配偶所準用，因此其與國人離婚後若仍於本國居住，毋須經許可。惟本文以為，如前述對於外國人之差別待遇基礎，在於彼等具有與本國人民締結婚姻，此等關係消滅後，是否仍認無違反就業服務法第 43 條之規定，從解釋論之方法似難以得到肯定之見解。行政院勞工委員會之函釋，似乎尚有補充說明之餘地。

第五款 工會參與之限制

工會為「私法人」，工會法為對該等組織及行為之規範，因此該法為私法，其章程具有私法人自治之意義，其意義在於「工會是由勞動者為勞動條

⁹⁹ 參就業服務法第 43 條規定：「除本法另有規定外，外國人未經雇主申請許可，不得在中華民國境內工作。」

¹⁰⁰ 參行政院勞工委員會 97 年 6 月 3 日勞職管字第 0970509294 號函釋。

件之維持與改善以及經濟地位向上之目的，依民主原則所組織的永久性團體」，我國工會法雖列有四項宗旨：「保障勞工權益，增進勞工知能，發展生產事業，改善勞工生活」等，但無非以勞動者經濟地位之向上，為最終目標¹⁰¹。組織工會的目的在於因雙方的經濟實力常成懸殊之地位，勞工欲與雇主協調勞動條件，常缺乏支持的力量，若由個別向其協調勞動條件遭到拒絕，工人並無談判籌碼只得任由單方決定，因此工會法賦予其組織依據，希藉由參與該等組織和事務，強化其力量行使其團結權，由工會代表協商勞動條件，雙方立基於平等的地位。學者黃越欽氏認勞工結社權係所有基本權之首，為此國際勞工組織相關之公約規範，其中第 87 號結社自由及組織權之保障公約規定：「凡工人及僱主，無分軒輊，均應有權不經事前許可建立並僅依團體之規章參加其自身選擇之團體，政府當局不得對上述權利加以任何限制，或對其行使予以任何阻撓。」；第 98 號組織權團體協商權公約規定：「工人應充分享有在其就業方面免受反對工會之歧視行為之保障」，此等公約我國亦於 1962 年 9 月 10 日批准，憲法 141 條規定：「我國外交政策尊重聯合國憲章及國際條約」，因此對於已簽署之國際條約我國有遵守之義務¹⁰²。

工會會員年滿 20 歲者，得被選為工會之理事、監事¹⁰³，參酌前揭批准公約之內容，以及公民及政治權利國際公約規定，人人有權享受與他人結社的自由，包括組織和參加工會以保護利益權利¹⁰⁴，可知「組織」和「參加」工會既為國際之間所要求人權保障的一種基準，惟兩岸人民關係條例規定，大陸地區人民、法人、團體或其他機構，非經主管機關許可，不得為台灣地區法人、團體或其他機構之成員和職務¹⁰⁵。該條例規定不得為其成員，工會為私法人之組織，換言之，大陸配偶須經主管機關之許可，方得成為其一員，是否有過度限制「結社權」之虞。工會法規定加入「工會」係勞工之「權利」，則以法律規定非經主管機關許可之要件，是否有衝突？其次，同條例規定，台灣地區人民、法人、團體或其他機構，除法律另有規定外，得擔任大陸地區法人、團體或其他機構之職務和成員¹⁰⁶。對於同一權利，在法律中之

¹⁰¹ 黃越欽，勞動法新論，翰蘆圖書出版社，民國 95 年 9 月修訂三版，第 357-358 頁。

¹⁰² 黃越欽 國際勞工工約與憲法法院-兼論釋字第 373 號解釋，憲政時代第 28 卷第 3 期，民國 92 年 1 月，第 36 頁。

¹⁰³ 參工會法第 19 條第 1 項規定：「工會會員年滿 20 歲者，得被選舉為工會之理事、監事。」同法第 4 條第 1 項規定：「勞工均有組織及加入工會之權利。」

¹⁰⁴ 參公民及政治權利國際公約第 23 條規定：「人人有權享受與他人結社的自由，包括組織和參加工會以保護利益。」

¹⁰⁵ 參兩岸人民關係條例第 72 條規定：「大陸地區人民、法人、團體或其他機構，非經主管機關許可，不得為台灣地區法人、團體或其他機構之成員或擔任其任何職務。」

¹⁰⁶ 參兩岸人民關係條例第 33 條第 1 項規定：「台灣地區人民、法人、團體或其他機構，除法律另有規定外，得擔任大陸地區法人、團體或其他機構之職務或為其成員。」

限制不同，是否有呈現矛盾之現象，前者於該條例中限制其權利之行使，而後者卻允許，是否通過平等權之檢驗甚有疑問？本文以為現行之法價值體系，既然不以「國籍」限制其結社之權利，故應可參酌「工會法」之規定，檢討現行法律之規範。



第參章 大陸配偶之權利保障與限制

第一節 基本問題

憲法增修條文第 11 條之制定，乃是承認大陸地區人民，至少在與台灣事務有關聯的基本權範圍內，享有我國憲法的基本權權利能力，有此能力者為基本權之權利人，具有其主體之資格¹⁰⁷。具有此項資格者可直接根據憲法的規定，向國家主張其權利，此等功能有謂之為「基本權的功能」。學者許宗力氏認其功能根據大法官直接或間接承認型塑出來者分別有「防禦權功能」、「受益權」、「保護義務」、「程序保障」、「制度保障」等功能¹⁰⁸。此在於賦予主張之基礎，然而其範圍為何，可否和「本國人」等同視之？按此等於未取得我國國籍之前，為「準外國人」之一，對於彼等之權利保障範圍，各國家基於主權之行使理論，亦各有不同。國際法上；給予外國人何種處境待遇，係屬國家主權之行使，其他國家無權干涉，換言之，具有極大之任意性，得依其政策上之需要，決定其處遇問題。

第一項 學說上之見解

德國學者 AlbrechtRandelzhofer 將之歸納為：一、外國人得為一權利之主體。二、基本上可取得私法上權利。三、合法所取得之私法上權利，應受尊重。四、國內法律救濟途徑對外國人亦開放。五、僅有在犯罪行為之重大嫌疑情形下，方可對外國人施予逮捕、拘禁。六、居留國有義務保護外國人免受生命、自由、財產、名譽之侵害。七、外國人無要求政治及從事特定職業之權。另一德國學者 Afred Verdross 則認為，一個有文化的民族至少應如此對待外國人：一、承認每一外國人皆為權利主體。二、外國人所獲得之私法權利原則上應予尊重。三、應賦予外國人重要之自由權。四、應給予外國人有法律救濟途徑。五、應保護外國人之生命、自由、財產、名譽免受犯罪性之

¹⁰⁷ 許宗力，基本權主體，月旦法學教室第 4 期，民國 92 年 4 月，第 82 頁。

¹⁰⁸ 許宗力，基本權的功能，月旦法學教室第 2 期，民國 92 年 2 月，第 72 頁以下。

侵害等各類標準¹⁰⁹。學者李震山氏認為，國家保障外國人憲法權利應遵守如下之原則：一、不能低於一般文明之標準。二、合理差別待遇原則。三、限制外國人基本權利亦應以法律為依據¹¹⁰。學理較一致的概念為承認外國人係一權利之主體，以及其有免於受到生命、自由、財產、名譽之侵害。

第二項 國際社會之現況

只要是自然人，無論身處何地，以及其國籍、種族、宗教之有無，皆應享有基本之人權，而應受到最基本之法律保障，故在獨立決定其地位時，就不能不考量國際法上對於人權保障之最低標準¹¹¹。相關公約之規定，聯合國憲章首先於「前言」內提出：欲免後世再遭今代人類兩度身歷慘不堪言之戰禍，重伸基本人權，人格尊嚴與價值，以及男女與大小各國平等權利之信念，創造適當環境¹¹².....。可知聯合國之所以建立，乃是人類基於對兩次世界大戰所造成之人類歷史慘劇有所反省，想要藉以防止再有戰爭，以確保和平。該憲章提到聯合國對於男女均得在其主要及輔助機關在平等條件之下，充任任何職務，不得加以限制¹¹³，亦對於男女平等之原則特別重申規定。世界人權宣言規定，一、人人有權工作、自由選擇職業、享受公平優裕之工作條件及失業之保障，二、人人不容任何區別，有同工同酬之權利，三、人人工作時，有權享受公平優裕之報酬，務使其本人及其家屬之生活足以維持人類尊嚴必要時且應有他種社會保護辦法，以資補益，四、人為維護其權益，有組織及參加工會之權等¹¹⁴。主權國家雖無義務接納任何不具其國籍之外國人進入其領土，然若容許其進入國境後，國際法對此即有所規範，對外國人之處遇，應根據每一權利之具體內容為判斷，考量本國國家利益之

¹⁰⁹ 蔡欽奇，外國人收容制度之研究，中央警察大學行政警察研究所碩士論文，民國 91 年 7 月，第 31 頁。

¹¹⁰ 李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代第 25 卷第 1 期，民國 88 年 7 月，第 107 至 109 頁。

¹¹¹ 曾陳明汝，外國自然人地位，收錄於鄭玉波總主編國際私法論文選輯（上），五南出版社，民國 73 年 7 月初版，第 189 頁。

¹¹² 黃昭元、蔡茂寅、陳忠五、林鈺雄主編，綜合小六法國國際法篇，新學林出版社，民國 97 年 9 月，第 H1 頁。

¹¹³ 參聯合國憲章第 8 條規定：「聯合國對於男女均得在其主要及輔助機關在平等條件之下，充任任何職務，不得加以限制。」

¹¹⁴ 參世界人權宣言第 23 條規定：「一、人人有權工作、自由選擇職業、享受公平優裕之工作條件及失業之保障。二、人人不容任何區別，有同工同酬之權利。三、人人工作時，有權享受公平優裕之報酬，務使其本人及其家屬之生活足以維持人類尊嚴必要時且應有他種社會保護辦法，以資補益。四、人為維護其權益，有組織及參加工會之權。」第 24 條規定：「人人有休息及閒暇之權，包括工作時間受合理限制及定期有給休假之權。」

所在後，再經由國內立法賦予或限制¹¹⁵。

經濟、社會與文化權利國際公約闡明個人所應享有之各項經濟、社會與文化權利，其內容包括工作權：「公正和良好的工作條件¹¹⁶。」勞動基本權：「組織和參加工會權¹¹⁷。」公民與政治權利國際公約更規定無分種族等之歧視，以及婚姻家庭之保障¹¹⁸。」兩公約已於 1976 年 3 月 23 日生效，迄今共有 164 個締約國，經濟社會文化權利國際公約則在 1976 年 1 月 3 日生效，迄今共有 160 個締約國；以兩公約締約國數字而論，皆已超過全球國家數（195）及聯合國會員國數（192）之百分之八十以上，可謂已成為普世遵循之人權規範¹¹⁹。國內對此兩公約權利之內容評價，於民國 98 年 4 月 22 日立法制定「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，根據該法之規定，其所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力，以及賦予檢討行政機關主管之法令及行政措施，是否符合公約意旨之義務¹²⁰。此舉係國內為更能健全人權保障之體系，將其內容制定為法律，要求執法者遵守。可見，我國雖非聯合國之一員，然對於其理念執行之貫徹，更為落實且具體。

¹¹⁵ 姜皇池，論外國人之憲法權利-從國際法觀點檢視，憲政時代第 25 卷第 1 期，民國 88 年 7 月，第 147 頁。

¹¹⁶ 參經濟、社會與文化權利國際公約第 6 條第 1 項規定：「一、本公約締約國確認人人有工作之權利，包括人人應有機會憑本人自由選擇或接受之工作謀生之權利，並將採取適當步驟保障之。」第 7 條第 1 項規定：「本公約締約國確認人人有權享受公平與良好之工作條件。」

¹¹⁷ 參經濟、社會與文化權利國際公約第 8 條規定：「一、本公約締約國承允確保：（一）人人有權為促進及保障其經濟及社會利益而組織工會及加入其自身選擇之工會，僅受關係組織規章之限制。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共秩序、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此項權利之行使；（二）工會有權成立全國聯合會或同盟，後者有權組織或參加國際工會組織；（三）工會有權自由行使職權，除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共秩序、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使；（四）罷工權利，但以其行使符合國家法律為限。二、本條並不禁止對軍警或國家行政機關人員行使此種權利，加以合法限制。三、關於結社自由及保障組織權利之國際勞工組織 1948 年公約締約國，不得依據本條採取立法措施或應用法律，妨礙該公約所規定之保證。」

¹¹⁸ 參公民與政治權利國際公約第 2 條規定：「本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種類、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公約所確認之權利。」第 23 條規定：「一、家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。二、男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。三、婚姻非經婚嫁雙方自由完全同意，不得締結。四、本公約締約國應採取適當步驟，確保夫妻在婚姻方面，在婚姻關係存續期間，以及在婚姻關係消滅時，雙方權利責任平等。婚姻關係消滅時，應訂定辦法，對子女予以必要之保護。」

¹¹⁹ 參公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法總說明，法源法律網，資料取自 (<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT01.asp?lside=FL048731>)最後造訪日 99 年 5 月 1 日。

¹²⁰ 參公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」第 8 條規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後 2 年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」

第三項 權利層級化之區分

學者陳靜慧氏認兩岸間之內部法律關係可定位為「準國際」關係，設籍大陸地區人民為「準外國人」，但因其又非真正外國人，故權利保障雖非「直接適用」但可「準用」對待一般外國人之法律¹²¹。其次我國憲法增修條文第11條規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」因此其法律之適用，以兩岸人民關係條例規定為依據，該條例未有明定者，再準用對待一般外國人之法律加以適用，從而其在台灣未設有戶籍前，準外國人民¹²²。另外，學說上之區分，將國內之自然人依其所享權利範圍大小區分為「人民」、「國民」、「公民」等3類標準¹²³。隨此分類標準，亦發展出「人權」、「國民權」、「公民權」等權利之層級化，「人權」基於人之所以為人的『人性尊嚴』任何人無分國籍均有資格享受的權利。如人身自由、思想良心信仰等內在精神自由。「國民權」雖與政治權力分配並無直接關聯，但涉及國家經濟或其他資源之分配，應以本國人優先的權利、各類經濟性權利或福利措施的受益權，如工作權、財產權等，原則上屬於這個領域。此外，遷徙自由中的入境權，似也被定位在這個領域。「公民權」有強烈國家主權意識，涉及國家政策決定或基本認同，應由國民行使的政治權，選舉罷免創制複決，以及服公職權等相關的權利¹²⁴。

來台之大陸女性與本國人民締結婚姻入境國內稱其為大陸配偶，論其性質為「準外國人」，於未取得我國國籍之際，依其分類屬台灣居留之「人民」。是否享有憲法所保障之基本權利，端視該權利之性質及內涵是否直接涉及「人類」之屬性，抑或與國家主權或與該特定政治及經濟條件有所關連，前者屬於普遍性人權，例如「人身自由權」，不分本國人或外國人，皆應享有之，其他如言論自由、信仰自由亦應享有¹²⁵。惟在涉及有關選舉權、服公職

¹²¹ 陳靜慧，從平等權的觀點論大陸配偶在台灣地區之法律地位及其基本權利之保障，憲政時代第28卷第2期，民國91年10月，第62頁。

¹²² 參兩岸人民關係條例第2條規定：「第3款台灣地區人民：指在台灣地區設有戶籍之人民。第4款大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍之人民。」

¹²³ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），三民書局出版社，民國79年第6版，第65-67頁；法治斌、董保城，憲法新論，元照出版社，民國94年9月，第148-149頁；李惠宗，憲法要義，元照出版社，民國95年9月，第101頁；陳慈陽，憲法學，元照出版社，民國94年11月第2版，第380頁；李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌48期，民國92年7月，第51、57頁；李建良，外國人權保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌48期，民國92年7月，第92、97頁。

¹²⁴ 廖元豪，移民-基本人權的化外之民-檢視批判「移民無人權」的憲法論理與實務，月旦法學雜誌第161期，民國97年10月，第85頁。

¹²⁵ 李建良，外國人權保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌第48期，民國92年7月，第97-98頁。

之權利、工作權等則須具有國民身分之人民方得享有之權利¹²⁶。大陸配偶是否享有「遷徙自由」，尤其是入境權，入境涉及一國主權的行使，除非是該國之構成員「國民」，否則亦不應當然享有此一基本權利¹²⁷，另者「工作權」屬本國人方具有之，惟順應國際潮流，並兼顧婚姻移民者需要，修正兩岸人民關係條例，賦予彼等工作權之保障。權利之層級彼此間界限是否清晰，脈絡可循，有實際之困難，惟其仍具實益，學者李震山氏認應有：「一、保障之優先順序。二、限制理由之寬嚴。三、人民權利拋棄界限。四、本國人與外國人權利保障之差別」等實益¹²⁸。欲對其權利做出限制，可依其區分之層級，在法律規範內，為其合理必要之規定。

第四項 小結

從學理、國際法之討論，對於人民權利保障之觀點，學理上認為每個人為權利之主體，不能為工具化，基於該地位，有要求免受生命、自由、財產等不受侵害。主權國家雖無義務接納任何不具其國籍之外國人進入其領土，然若容許其進入國境後，國際法之效力即應對此有所規範，對外國人之處遇，應根據每一權利之具體內容為判斷，考量本國國家利益之所在後，再經由國內立法賦予或限制。公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法評價，係將國際間所揭示保障人權之規定，賦予具有國內法律之效力外，並立法要求行政機關檢討之義務。「權利」因其概念抽象，故將其予以分層應用。所謂「人權」在要素上，必須是具根本性、普遍性，是每個人皆應享有的權利，所以不分本國人或大陸配偶，是只要生而為人就應該享有。所保障之性質在不互相衝突之情形下，亦得肯定其擁有之。又雖得為主體之保障，然而並非憲法上之每一種權利，大陸配偶皆得享有，所能具有之範圍，可依憲法第 23 條之規定「合理」的以法律來規範之，其密度可依據權利之層級屬性加以定之。

¹²⁶ 陳新民，中華民國憲法釋論，民國 88 年 10 月修正 3 版，第 139 頁。

¹²⁷ 李建良，外國人權利保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌第 48 期，民國 92 年 7 月，第 98 頁。

¹²⁸ 李震山，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版社，民國 94 年 10 月，第 15-17 頁。

第二節 工作權限制之理論

因婚姻之關係來到我國居留，其遭限制之階段可分為入境權—居留權—工作權。「入境權」無以確保，即無以來到台灣居留；「居留權」無以保障則無法安定從事工作。「工作權」雖屬後階段，然而卻屬居留之大陸配偶，最需要之權利，無勞務可服，生活無以為繼，家庭開銷皆需仰賴夫家，無法實現自我人格；然如賦予國人相同之保障，事實上其究非本國人民，其所能擁有之權利，亦不能與本國人民等同以觀。可確定的是其為憲法上之基本權利主體，其應可主張受憲法之保障，只是可主張至何等程度，應考量國家經濟狀況，以法律為合理之限制，然而如何為限制方為「合理」之門檻，即有待討論，下文即以憲法工作權相關理論之基礎以為探討。

第一項 工作權之架構

憲法第 15 條所保障之工作權，其為「經濟性之基本權利」，涉及國家內部經濟資源之分配，尤其要求提供適當工作機會之積極權能，為「國家性基本權」，係由國家所創設賦予，故其為「國民權」，詳言之，大陸配偶在未成為本國人民之前，不能為工作權之「主體」，而直接主張憲法第 15 條之保障，立法者亦得作成較多之限制¹²⁹。惟其內涵除了為「國民權」外，性質究竟為「自由權」或「受益權」？另外學說上有「職業自由權」和「社會權」之名稱，其究何所指？兩者之間的關係為何有待論述，上述之問題涉及其架構之建立等問題，下文即針對該部分加以討論。

第一款 工作權之性質

「工作權」作為人民之基本權利的一環，其功能之一在於人民的工作權受到侵害時，於適當的時機可向國家請求救濟，而如何請求救濟？涉及其性質為何之問題。有認為「自由權」之一種，人民有選擇工作之自由，政府不得加以侵害者，國家不得擅予干涉，亦不得強迫個人勞動；亦有將之解為「受益權」，其又有兩派見解，一派以為並非具體之權利，而僅具方針、綱領之性質，但法律違反此一規定者應解為違憲無效，另一派則以為工作權保障

¹²⁹ 劉建宏，工作權，法學講座第 23 期，民國 92 年 11 月，第 1 頁。

既為生存權之手段，「民生主義」亦為憲法之根本，因此宜將之解為具體之受益權¹³⁰。學者李惠宗氏認為：「工作權」的保障基本上包括「職業自由」的工作權與具有「社會權」性質的工作權；作為「自由權」的工作權，基本上屬「防禦權」，個人可以主張用以防止公權力恣意的侵害；作為「社會權」的工作權必須與「生存權」結合，在此意義下有要求國家積極保護的義務，禁止保護不足，個人有「立法請求權」，但如何立法則有討論之空間¹³¹。

「自由權兼受益權」者，人民在社會上，得選擇認為與其身分才智相適應之工作，以維持其生存之權利，因此；一、該選擇應基於個人之自由，奴隸制度不能生存，蓋奴隸之勞務實由於他人之強迫。二、工作之結果，須足以維持其生存，故國家應規定工資之最低限度，同時並應准許勞動階級組織工會，藉團體力量以維護其應得之利益。三、人民若不能獲得相當之工作時，國家應救助之，如失業救濟金之發給，失業保險之舉辦¹³²。國家對於人民之照顧義務，須考量該國之經濟狀況，事實上無法讓其所屬人民，皆有勞務可從事，故將其解之為「具體受益權」，有實踐上之困難，然而如解為單純之「自由權」性質，保障又略顯不足。因此，依前揭學說以作為自由權者，可消極防止國家不法侵害，作為社會權之內涵需與生存權結合，在生存權遭受威脅時，可向國家請求保護，此說之主張符合時代經濟之狀況實際需求，本文從之。

第二款 與社會權之關係

在我國憲法的條文中並未見有「社會權」之名詞，有自由權、受益權、參政權、工作權等，則其意究何所指，內容為何呢？從基本權的概念發展之過程中，人民的「自由基本權利」比「社會基本權利」受到更早與更多的重視，人類在 18 世紀推翻專制政府，爭取民主憲政運動時，所要努力的，是由國家獲得「自由權」、「財產權」以及「平等權」，認為人民只要能夠「擺脫」專制政府的束縛，個人即可憑藉自己的能力及努力成果，獲得生存之需，國家「愈小」的干涉(即個人「自由」的範圍愈大)就更能保障個人的幸福，在這種思潮中，「社會權」即未能於「人權理念」中，獲得任何立足之點，而在

¹³⁰ 轉引自蔡茂寅，工作權保障與勞動基本權的關係及其特質，律師雜誌第 219 期，民國 86 年 12 月，第 25 頁以下。

¹³¹ 李惠宗，憲法工作權保障系譜之再探，以司法院大法官解釋為中心，憲政時代第 29 卷第 1 期，民國 92 年 7 月，第 151 至 152 頁。

¹³² 轉引自林紀東，中華民國憲法逐條釋義，三民書局出版社，民國 76 年 3 月修訂 3 版，第 244-245 頁。

進入 19 世紀的工業國家，隨著貧富不均所產生的社會問題，日趨嚴重，承認每一個國民應擁有最起碼的生活權利之思潮，也漸漸出現，一直到第一次世界大戰之後德國所頒布的威瑪憲法，「社會權」才正式獲得其憲法的權利¹³³。

而「社會權」的權利具體內容為何？在德國 1919 年威瑪憲法臚列之「社會權」包括：一、婚姻、家庭及母性保障。二、非婚生子女之權利。三、教育權。四、保障合乎人類尊嚴之生活。五、住宅權。六、工作權及失業救濟。七、社會保險等相關之權利。可惜因當時納粹主義興起，威瑪憲法之理想並未能充分的實現；論者認為占社會基本權中極為重要地位之工作權，在我國憲法上雖有明文保障，然其具體實現上，則仍有相當缺漏，以國家目前之經濟之能力及其他客觀條件，應積極謀求改善，讓憲法理念得在法律層次獲得實踐，不致成為具文，如此始能真正保障工作權，似認為社會基本權為大概念，而工作權為社會基本權內之一種子概念¹³⁴。

另有論者將社會權分成五大類：一、工作權，二、經濟參決權，三、生活保障權，四、社會保健權，五、社會文化發展權等¹³⁵。論者有謂「社會權」者：係指「於福祉國家或社會國家之理念，為使人人皆可獲得合乎人性尊嚴之生活，而予以保障之總稱」¹³⁶。上述學說之見解更可確認，社會權一詞係上位概念，其內涵可涉及有關人民經濟、社會生活等保障之相關權利，而人民的生活、經濟來源關聯甚大之「工作權」、「失業救濟權」...等，則為社會權相關之子概念內容。

第三款 與職業自由權之關係

所謂「職業」的定義如學者李惠宗氏所述係指：基本權主體「以生活創造或維持之意思，在一定期間內一反覆從事之作為」之權，在內容上包括兩個核心概念，主觀上，行為人將之作為生活關聯之活動；客觀上，係指在一定期間內反覆之行為，故純屬嗜好或偶而為之行為即非屬之；而職業的自由，由其文義即可得知，係指基本權主體在從事上述之作為時的自由，不受

¹³³ 陳新民，論社會基本權利，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），元照出版社，民國 88 年 6 月 5 版第 1 刷，第 97 至 99 頁。

¹³⁴ 王惠玲，社會基本權與憲法上工作權之保障，律師通訊第 153 期，民國 81 年 6 月，第 41 頁。

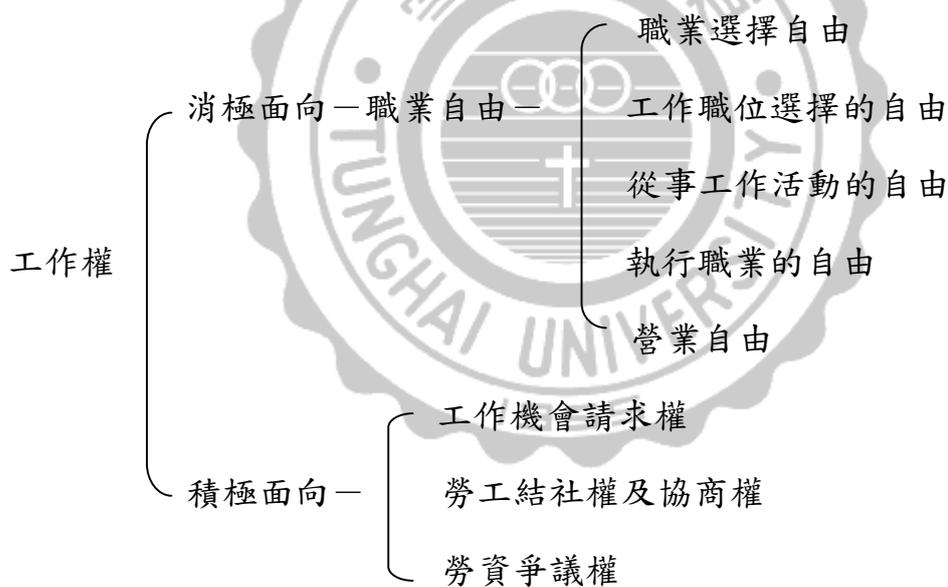
¹³⁵ 陳新民，論社會基本權利，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），元照出版社，民國 88 年 6 月 5 版第 1 刷，第 102 至 103 頁。

¹³⁶ 轉引自許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，現代憲法，元照出版社，民國 89 年 9 月二版第 1 刷，第 181 頁。

國家非法的干涉和加以限制¹³⁷。

自由權為「消極防禦權」，從其「職業自由權」的名稱，是否即指基本權主體在從事職業時，單純的不受國家非法干涉限制的權利而已，在此概念下是否亦有積極的請求面向。學者陳慈陽氏認：憲法保障消極工作權，就是「職業自由」，內容係指人民得自由選擇，從事一定之營業為其職業，亦即「職業選擇自由」、「工作職位選擇自由」及「從事工作活動之自由」，其保護始於自由選擇及決定從事何種職業及執業行為，另外釋憲實務見解，亦認為人民之「營業自由」，亦屬工作權保障之內涵¹³⁸。而在憲法的積極面向之效力，尚有工作機會請求權、勞資結社權、勞資爭議權等，氏亦認為人民失業時，有權請求國家提供工作機會，但國家並無義務讓每個人皆有工作可服勞務，有關氏所建構之憲法工作權概念，如下表所示¹³⁹：

表3-4-4-1. 憲法工作權保障架構表



¹³⁷ 李惠宗，憲法工作權保障之系譜，劉孔中、李建良主編憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（44），民國 87 年 6 月，第 352 頁。

¹³⁸ 參司法院大法官釋字第 514 號解釋理由書：「人民營業之自由為憲法第 15 條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由。」

¹³⁹ 陳慈陽，憲法學，元照出版社，民國 94 年 11 月第 2 版，第 587 至 589 頁。

第二項 職業自由之限制

對於工作權之限制是否須以「法律」規定為之，亦或者以「行政命令」即可¹⁴⁰。學者李惠宗氏認不以法律限制為必要，其認為對於核心「形成」具有重要關係之事項，方應屬狹義之法律保留（國會保留），不可授權行政命令加以形成，例如：取得專門職業資格之要件、有關大學生學籍剝奪之事由、教師解聘之事由..等¹⁴¹。準此，除屬核心形成之事項，須由法律為之外，餘可由行政命令加以規範之。

「職業自由」係工作權之子概念，然其核心形成，具有重要關係之事項為何？德國聯邦憲法法院「藥房判決」所形成之「三階說理論」可為供參考。依據該院於 1958 年 6 月 11 日依「比例原則」作成之判決¹⁴²，所發展成之三階段理論，係國家對於人民職業自由之限制，可區分為對於「執行職業自由之限制」、「職業選擇自由之主觀要件」及對於「選擇職業自由之客觀要件」三種¹⁴³，以下續依各該項之內容分別加以概括介紹。

第一款 執行職業自由之限制

當立法者只規定純粹之執行規則，不涉及到職業選擇自由，只是詳盡地確定是屬於該職業之成員應依何種形式與種類來完成其行為時，立法者是最自由的，此處合目的性之觀點可以得到很大的適用，基本人權之保護在此只是防禦國家過度地課予負擔¹⁴⁴。第一階段執行職業係指在某種行業內的成員，應該以何種方式、內容來執業，例如：法令規定律師上法庭時必須穿法

¹⁴⁰ 參憲法第 144 條規定：「公用事業及其他有獨占性之企業，以公營為原則。其經法律許可者，得由國民經營之。」第 145 條規定：「國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者應以法律限制之。」

¹⁴¹ 李惠宗，憲法，元照出版社，民國 97 年 9 月，第 240 頁。

¹⁴² 某甲具備藥劑師資格，任職於某藥店為藥劑助理，1956 年甲在其居留的巴代利亞邦的 A 城申請開設一家新藥局，申請巴代利亞主管，基於該省藥局管理條例駁回，根據該條例德國人民申請開設藥局應經主管機關許可，該條例第 3 條又規定許可的標準必須以保護該地區住民健康為目的，而 A 城的主管機關卻認定，申請在 A 城設立新的藥局有妨害該地區人民健康之虞，故加以駁回，其理由是 A 城目前的居民人口僅數千人，目前 A 城已存在一所藥局，若另設一所藥局，基於消費人口的有限新藥局的經營空間不能夠保障，而原有的藥局的正常運作也會基於新藥局的設立而受到影響，因此會間接影響到該地區居民之健康與福祉，參姚立明，憲法工作權之性質-簡介西德憲法法院四個代表性判例，中山社會科學季刊第 4 卷第 2 期，民國 78 年 6 月，第 134 至 135 頁。

¹⁴³ 劉建宏，工作權，收錄於基本人權保障與行政救濟，元照出版社，民國 96 年 9 月初版第 1 刷，第 8 至 9 頁。

¹⁴⁴ 李惠宗，德國基本法所保障之職業自由-德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究，德國聯邦憲法法院裁判選輯（七），民國 86 年 6 月，第 21 頁。

服，或限制化工廠排放熱氣，計程車車身必須為黃色，由於執行職業不涉及人民可以從事某一工作之問題，因而立法者若欲對從事之方式或內容有所規範時，只要合乎公益考量，且合乎目的性時，立法者享有相當大之限制空間¹⁴⁵。

第二款 職業選擇自由之主觀要件

第二階段選擇職業自由的主觀要件，所稱之主觀要件，是指個人若想選擇從事某一行業前，本身應具備某些特別的專業能力或資格，依據工作自由之原則，人民雖有選擇各種工作的自由，然而國家於特種事業，倘因其關係公共安全與秩序或因關係人民之衛生或健康，規定須有特殊資格者，始准加入該行業者，例如：當律師須經考試，或有年齡限制時，僅有為在維護重要之公共利益，且有迫切必要時，始可對從事某一行業之資格作限制，因而，和執行職業之限制來作比較，立法者在此階段享有的限制空間較少¹⁴⁶。大陸配偶嫁與我國人，在未取得我國「國籍」之前，國內間法律某些規定會限制其不能從事某項工作，即係屬對於職業選擇自由之主觀要件限制¹⁴⁷。

第三款 選擇職業自由之客觀要件

第三階段選擇職業自由之客觀要件與第二階段不同者，在於其規定與從事行業之個人無關，而是受外界因素影響，例如：限制某一地區藥房之家數、計程車數量、某路段客運經營家數、限制一定的頻道等，由於和該地區之需求、國家壟斷性有關，因而立法者欲對此要件作規範，即必須要基於保護特別重要之公益且有必要者，例如：基於國民健康的理由而限制某地區藥房的數目，因而立法者對於選擇自由客觀條件有所規範時，必須有極為特別重大的公益理由，始可限制之，立法者在此階段所能享有之限制空間範圍更小¹⁴⁸。

¹⁴⁵ 劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位（上），政大法學評論第 87 期，民國 94 年 10 月，第 62 頁。

¹⁴⁶ 劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位（上），政大法學評論第 87 期，民國 94 年 10 月，第 62 頁。

¹⁴⁷ 李惠宗，德國基本法所保障之職業自由-德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究，德國聯邦憲法法院裁判選輯（七），民國 86 年 6 月，第 23 頁。

¹⁴⁸ 劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位（上），政大法學評論第 87 期，民國 94 年 10 月，第 63 頁。

第四款 小結

職業自由限制之「三階段理論」，係運用「比例原則」來形成，愈到後面階段，國家之權利愈小，欲加以限制就必須基於特別的公益目的。國內對於大陸配偶的職業自由的規範，係以「國籍」來區分，依該理論係屬對職業自由的主觀要件，國內對此規定，於就業服務法和兩岸人民關係條例中，該法之立法目的，形式上而言，符合法律之正當性。然因憲法增修條文第 11 條之授權而制定之兩岸人民關係條例，於該條例之規定中有部分之規定¹⁴⁹，限制其職業自由之效果，雖屬符合維護重要公共利益之目的。惟所採之手段選擇，是否合理及必要，於本文第肆章討論之。

第三項 工作權之主動關係

「工作權」除消極的不受非法干涉外，按前揭體系尚有所謂之「積極面向」，其係指該權利除具被動之特性外，另具有主動之請求功能。憲法第 152 條規定：「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會。」是否即表示可依據該條文之規定，向國家進而主張：「凡有工作能力者，國家應予提供人民適當的工作。」論其性質係屬「國民性之基本權」，非我國民不能主張該保障，目前居住之大陸配偶於未取得我國國籍之前，即非屬本國之國民，依學說見解不可主張其保障，似乎係理所當然；然而面對「全球化」及相關「國際公約」之規定內容觀之，似又與其意旨有所違背。兩岸人民關係條例第 17 條之 1 修法後，賦予其經依親居留許可後，從事工作不受限制，順應國際潮流趨勢，然該等人士因就業能力較低之故，據該理論之主動面向應具有如何之請求權利之基礎，下文即以工作權之「積極」面向體系，分別以工作機會請求權、勞資結社及協商權、勞資爭議權等權利之賦予，對其具有如何之協助以探討之。

第一款 工作機會之請求權

工作權的保障在消極面可以主張人民從事工作時不受國家非法的干涉，然工作權其性質不僅具消極面向，尚及於積極面向，從其功能以觀，本國之

¹⁴⁹ 有關兩岸人民關係條例限制大陸配偶職業自由之規定，請參閱前註腳 13。

「國民」可以主張工作權保障效力為何，是否於失業時可以請求國家必須賦予每個國民均有工作可從事？此涉及工作權若作為公法上之「權利」範圍為何之問題。工作權之保障範圍，在工業革命之後，社會之運作完全依賴自由的競爭，而國家之權力運作僅受限於特定的治安功能方有干預之空間，其結果是導致貧富不均及層出不窮之社會問題，因而；大多數人民並轉而要求國家要有積極作為，制定社會政策，以符合公平正義之規範¹⁵⁰。在一般人民均靠其服勞務換取薪資之收入，並能進而維持基本生活品質，「工作」之於人民而言可謂非常重要，在此時國家對於工作權的介入即不能以私法上「契約自由」的理論視之，並應該進而有保護的義務，而保護的範圍為何；學者劉建宏氏認為：憲法第 15 條工作權的積極保障效力應含有要求「國家提供予人民適當工作機會之權利¹⁵¹。」

大陸配偶在未取得我國籍之前非屬本國之國民，依學者之見解既屬「國民性之基本權」，理論上；即不得依「工作權之積極保障效力」請求國家須以法律「許可」其工作，國家之立法有其形成之自由。惟在法律上既許可其工作，對於其保障之效力，即應與本國國民等同以觀，不應再有所區分。勞務所得為人民經濟大部分之來源，無薪資之收入，生活的開銷即無以支出，尤其係此種跨國婚姻之家庭，沒有了工作無法以為生存，以及維持最基本的生活條件。然而要求國家提供適當工作機會之權利，並非指人民有向國家積極請求給予某種工作機會之給付請求權，僅係指人民有要求國家依個人之能力儘量為其創造並媒介工作之機會。另外；在我國憲法第 152 條雖規定人民具有工作能力，國家應予以適當之工作機會，此一規定並不是人民可據此規定請求國家賦予人民工作之義務，此一規定為不具有規範性質之「方針條款」，不能來作為請求給付之依據¹⁵²。

憲法第 15 條保障人民工作權之積極效力，僅及於分享權之功能，亦即，人民對於已經立法者以法律創設之給付，例如：依職業訓練法請求受職業訓練之權利、依就業服務法請求提供就業資訊之權利，如國家因資源有限之原因，不能完全滿足人民之請求時，分享權之功能將轉換為請求國家作成機會均等且合乎資格之分配的程序上權利¹⁵³。工作權論其性質為國民性之基本

¹⁵⁰ 黃越欽，憲法中工作權之意義暨其演進，法令月刊第 51 卷第 10 期，民國 89 年 10 月，第 51 頁以下。

¹⁵¹ 劉建宏，工作權，法學講座第 23 期，民國 92 年 11 月，第 2 頁。

¹⁵² 劉建宏，工作權，法學講座第 23 期，民國 92 年 11 月，第 3 頁；李惠宗，憲法要義，元照出版社，民國 97 年 7 月，第 233 頁同此見解。

¹⁵³ 劉建宏，工作權，收錄於基本人權保障與行政救濟，元照出版社，民國 96 年 9 月初版，第 7 頁。

權，非本國之國民不得擁有之，惟兩岸人民關係條例，賦予其合法之工作權，據此；大陸配偶有權利請求國家依個人之能力，儘量為其創造並媒介工作之機會，使其可服勞務取得收入，自我得以實現。

第二款 勞工結社權

大陸配偶來自於原籍國家，因婚姻關係來到國內生活共組家庭，在台灣的「夫家」除非係屬經濟狀況良好之家族，否則若屬經濟狀況較差，光靠夫家一人之收入，以目前之物價指數，欲維持其生活水平，係感到困窘之處境。「工作所得」既為人民賴以為生，最主要之經濟來源收入，對於以長期居留為目的之移入人口，應予包容尊重，提供必要之照顧輔導，建構多元文化社會，讓合法來台之大陸配偶，於國內不必經主管機關許可即可從事工作¹⁵⁴。法律上賦予合法之權利，可預期在未來將有許多該等人士投入職場服勞務，其欲與雇主協商勞動條件，基於工作權之積極效力，須賦予勞資結社及協商的權利，使其和雇主締約時，取得較平衡的地位。

國際勞動組織自創設以來，即一直保障全球勞工人權及福祉之重要國際組織，在過去舉凡結社之自由、團體協商之保障、免於強迫性勞動之權利、就業歧視之禁止、合理工作條件之權利等，均為此等組織，利用國際間舉行重要會議之際推動而成。在 1948 年所通過第 87 號結社自由及組織權保障公約中，主要是要保護兩項基本權利：一、勞工及雇主均應有權組織及參與其選擇之團體。二、工會組織及雇主團體一經設置後，即應享有組織自治權利，此等權利內涵包括有雇主及勞工得以自由制定組織規章及規則，而不受任何外界阻撓干涉外，尚被詮釋為勞工罷工藉以保護及促進其合法社會與經濟利益之權利¹⁵⁵。根據此等公約之基準，結社權屬勞工之積極權利，國際間肯認勞工擁有此等權利。

「結社權」於國內對於該等權利之依據，工會法之規定可資參照，該法第 4 條第 1 項規定：「勞工均有組織及加入工會之權利」；同法第 11 條規定：「組織工會應有勞工 30 人以上之連署發起，組成籌備會辦理公開徵求會員，擬定章程及召開成立大會」，賦予行使之要件和依據。其次，兩岸人民關係條例規定，大陸地區人民，非經主管機關許可，不得為台灣地區法人之成員

¹⁵⁴ 參兩岸人民關係條例第 17 條之 1 修法理由，有關其內容，請參閱前註腳 91。

¹⁵⁵ 焦興鎧，國際勞工組織重要公約及核心勞動基準之研究，第 88 頁，收錄於國際勞動基準之建構論文集，新學林出版社，民國 95 年 10 月 1 版。

¹⁵⁶。工會論其性質為私法人¹⁵⁷，大陸配偶在未取得我國籍之前，為大陸地區人民，依該條例之規定，非經主管機關許可，不得為其成員。因此，彼等若未經過該程序，即無以成為工會之成員，進而行使結社之權利。

第三款 勞工團體協商權

司法院大法官釋字第 373 號解釋稱：「憲法第 14 條規定人民有結社之自由。第 153 條第 1 項復規定國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策。從事各種職業之勞動者，為改善勞動條件，增進其社會及經濟地位，得組織工會，乃現代法治國家普遍承認之勞工基本權利，亦屬憲法上開規定意旨之所在。」「結社權」為人民之基本權利，其功能在勞工藉由其組織，與雇主協商勞動條件，受到不平等之待遇時，能夠藉其力量居中協調，為雙方創造雙贏，反之，單憑個人之力量，欲與雇主協商勞動條件，其效果頗有疑問。因此，「協商權」之權源來自憲法，國內亦有團體協約法為依據，所稱「團體協約」，指雇主或有法人資格之雇主團體，與依工會法成立之工會，以約定勞動關係及相關事項為目的所簽訂之書面契約¹⁵⁸。另者，兩岸人民關係條例之規定，非經主管機關許可，不得為台灣地區法人成員。大陸配偶欲行使團體協商之權利，依該法之規定，其須成為工會之成員，方得行使該項權利，因此，須取得主管機關之許可加入其成員後，方能擁有之。

第四款 勞資爭議權

勞動關係最主要規範內容為「勞動條件之形成」，其法律的構成，根本在於一方給付勞務而他方給付報酬，以此為主軸展開勞雇雙方的合作關係，同時也是衝突之所在，勞工為改善勞動條件，以工會為主體進行集體交涉，為使此種交涉發生一定的壓力，以有計劃有組織的集體暫時不工作，並破壞生產秩序，以達成最後修訂或重新締結團體協約之行為，關於此等權利之行

¹⁵⁶ 參兩岸人民關係條例第 72 條第 1 項規定，有關該規定內容，請參閱前註腳 105。

¹⁵⁷ 有關工會為私法人性質，請參閱前註腳 101。

¹⁵⁸ 參團體協約法第 2 條規定：「本法所稱團體協約，指雇主或有法人資格之雇主團體，與依工會法成立之工會，以約定勞動關係及相關事項為目的所簽訂之書面契約。」第 6 條規定：「勞資雙方應本誠實信用原則，進行團體協約之協商；對於他方所提團體協約之協商，無正當理由者，不得拒絕。」

使，國內有勞資爭議處理法作為其權利行使之依據¹⁵⁹。

所謂勞資爭議係指集體性干擾勞資關係，目的是為了改變或確保勞動契約中之具規定作用之內容，由勞方可採取就是「罷工權」，此為一般所認知的，以多數集體的勞工於一定期間內有計畫性的停止工作，至於罷工合憲要件為：一、須為工會所領導，如非工會主導之罷工為違法，當然工會可以接手一開始非由其主導之罷工，以使此罷工合法化，亦非不可。二、確保勞動契約有效期間的和平義務，此期間不得再以契約明定之條款要件為罷工理由。三、罷工目的不是為了勞動契約內容或條件則不受允許，如為其他工會之勞資爭議所為之罷工，以及為政治目的罷工亦屬違法。四、罷工之採取及進行須符合比例相當性原則¹⁶⁰。

舊工會法第 26 條第 1 項原規定：「勞資或僱傭間之爭議，非經過調解程序無效後，會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意，不得宣告罷工。」該規定賦予行使罷工權之合法要件，惟該條文於民國 99 年 6 月 1 日修正之關係，將行使罷工權之依據刪除，新修正之依據為勞資爭議處理法¹⁶¹，此規定行使罷工權之主體在於「工會」，在符合法定要件下即可據以行使該權利。本國國民可依據該規定之要件行使其權利，惟依勞資爭議處理法修正條文之規定，須由「工會」來發動該項權利，因此大陸配偶在未取得我國國籍之前，其須經過申請許可程序，方得成為工會之成員，然具備其要件之後，方能參與罷工權之行使。

第三節 平等權與平等原則

我國憲法第 7 條規定：「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。」國內之大陸配偶雖為權利之主體，然擁有之範圍尚須藉由「法律」形成其權利與限制，惟需受「平等原則」之拘束，至於該原則內涵為何，以下即分別介紹之。

¹⁵⁹ 黃越欽，勞動法新論，修訂三版，翰蘆圖書出版社，民國 95 年 9 月修訂 3 版，第 428 頁。

¹⁶⁰ 陳慈陽，憲法學，元照出版社，民國 94 年 11 月第 2 版，第 598 頁。

¹⁶¹ 參勞資爭議處理法第 5 條第 1 項第 5 款規定：「罷工：指勞工所為暫時拒絕提供勞務之行爲。」第 54 條規定：「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工及設置糾察線。」

第一項 平等之意義與性質

平等之基本意義為相同事務為相同的處理，不同的事物即為不同之處理。司法院大法官釋字第 485 號解釋稱：「憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」因此，國家機關之行為，得為區別對待，惟須符合平等原則，至於是否合理，則得檢視憲法價值體系，以及事物性質之差異。

平等究屬「權利」亦或為「原則」，主張「權利說」者，以其為一種「主觀公權利」，其具有請求權利之基礎；主張「原則說」者，認其為一種「客觀法規範」者，拘束國家權力之作用¹⁶²。觀實務上之見解，有使用平等權用語者，例如大法官釋字第 179 號解釋稱：「……次按憲法第 7 條所稱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，並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定。故民事訴訟法施行法第 9 條，亦無礙於憲法對於人民平等權之保障。」有使用平等原則用語者如：例如：大法官釋字第 593 號解釋稱：「……該法律或命令規定之課徵對象，如係斟酌事物性質不同所為之合目的性選擇，其所規定之課徵方式及額度如與目的之達成具有合理之關聯性，即未抵觸憲法所規定之平等原則。」上述之觀察未見有其明確之區分，然而平等的起源畢竟是人權思想，因其用語並未明確劃分，且並非使用「權利」一詞即代表其保障大於「原則」，本文以為不應嚴格劃分，從大法官解釋文以及解釋理由書，對該用語亦見有交互使用之情形，可見其內涵往往相通。另外平等權本身概念抽象不易理解，可得確定者，其須與另一基本權競合，方見其具體。例如：平等權與工作權競合者即成工作平等、平等權與考試權競合者即成考試平等權，是否違反「工作平等」、「考試平等」差別待遇之規定，須於個案之利益衡量，方見能具體之。

¹⁶² 轉引自許崇賓，大陸地區人民在台擔任公職之限制-大法官釋字第 618 號解釋評析，法令月刊第 61 卷第 5 期，民國 99 年 5 月，第 40 頁。

第二項 平等公民權之保障與範圍

所謂平等公民權，係指在保障社會中完整成員資格之尊嚴，並要求組織化的社會應該尊重每一個成員之主體性與需求；亦即禁止將其分等，亦不許恣意的排拒，權利主體在此原則下，所主張的不再是拒絕社群之侵害，而是涵納於社群¹⁶³。在平等公民權下，我國憲法上之基本權利是一種「追求被社群承認」之機制，任何法令措施，均不得排拒或貶抑國家主人應有之平等成員地位，是以憲法應對某些地位脆弱，容易遭到排拒之群體或價值，展現更高之關切¹⁶⁴。

其在我國憲法之依據，即是憲法第 2 條之國民主權、民主原則，以及台灣社群之發展歷史觀之，投票權、被選舉權、平等服公職之機會，均應屬於「國家成員資格」，故而國家權力涉及此領域者，釋憲機關即應從嚴審查¹⁶⁵。「從嚴審查」者係指在目的合憲性的審查上，所追求的「目的」必須是「相當急迫且非常重要的政府利益」，手段則必須是必要且最小侵害，在美國凡適用嚴格審查，幾乎被法院宣告違憲，該基準通常適用於，例如：親權、結社自由權，以及可疑分類（種族）為基準的差別待遇等¹⁶⁶。依學者廖元豪氏認為國家中之每一位成員，除應平等對待外且具有其主體性，且公民之權利應具有完整性。從保障人民之立場，對於國內之每一位人民（含外國人）賦予其權利，限制愈少愈好。惟我國憲法之價值體系，在於追求實質之平等，立法機關得針對事物性質之差異，而為區別對待。所欲追求者應係其差別對待，是否為「恣意」，以及具有「合理」和「必要」，至於違憲審查之基準選擇，對該當於上述列舉類型，是否一律即予以「從嚴審查」，應有討論餘地。本文以為，對於大陸地區人民之待遇，衡量憲法增修條文第 11 條之明文授權，制訂兩岸人民關係條例，以及每一個案之基本權利，所受到限制之實際情形而論，而不必「機械式」的採嚴格審查檢視之。

¹⁶³ 廖元豪，憲法平等權之意義，月旦法學教室第 68 期，民國 97 年 6 月，第 56 頁。

¹⁶⁴ 廖元豪，建構以平等公民權為基礎的憲法權利理論與途徑－對傳統基本權利理論之反省，收錄於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第 6 輯，中央研究院法研所籌備處出版，民國 98 年 7 月，第 365 頁以下。

¹⁶⁵ 廖元豪，憲法平等權之意義，月旦法學教室第 68 期，民國 97 年 6 月，第 57 頁。有關釋憲機關違憲審查之操作可分類為德國、美國模型，德國模型者依其寬嚴程度可區分為：「明白性審查」、「可支持性審查」、「強烈內容審查」；美國模型者依其寬嚴程度可區分為：「合理審查基準」、「中度審查基準」、「嚴格審查基準」，參許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於氏著法與國家權力（二），元照出版社，民國 96 年 1 月，第 78 頁以下。

¹⁶⁶ 許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於氏著法與國家權力（二），元照出版社，民國 96 年 1 月，第 81 頁。

其次，大陸配偶是否為我國憲法第 7 條之保障範圍所及，該條文用語為：「中華民國人民無論……在法律上一律平等。」國內之非本國籍人民是否為其效力保障所及，引起爭論。持否定說者認為：憲法平等權之規定，應解為以中華民國國民為適用主體¹⁶⁷。肯定論者認為其規定為「中華民國人民」，若因「中華民國」之用語將之解為等同「中華民國之國民」，而排除其適用，將得到在國內若受不平等對待應屬合憲之結論，此除有悖國際人權規範、不合文明國家標準外，憲法第 8 條以下諸權利仍需以「平等」為內涵或核心，勢必掏空或貶損其保障之價值與意義，若為如此，此與該條文以下皆以「人民」為適用對象，恐又產生矛盾。憲法為人民權利之保障書，憲法第 7 條中華民國人民一語，不宜解為「中華民國國民」，而應朝與前述「人民」同範圍之解釋為宜¹⁶⁸。

本國人與外國人有別，本質上有其不同。以「國籍」之有無，代表與國家某程度之聯繫，用來區別是否有平等權之適用，理論上亦無不可。然而若肯認此結論，將有如前述學者認為：「外國人在國內受不平等對待應屬合憲。」其不妥之處顯露無遺，世界人權宣言第 7 條規定：「人人在法律上悉屬平等，且應一體享受法律之平等保護。」本文以為，對其基本權利之保障，於非本國籍者之人民，應肯認其適用，而毋須於前階段即排除其平等權之保護，如果過早即排除，當其與另一基本權競合時，再行檢視其合憲性，其保障程度即顯示不足，例如：平等權與選舉權競合成「平等選舉權」，否定其具有平等權，即代表其無「選舉平等權」。應就爭訟個案所涉之基本權利性質，具體衡量之。

第三項 平等權之檢驗程序

學者陳愛娥氏認是否抵觸「平等原則」之前提要件，即須作為討論差別待遇之比較對象，其必須是具有「可相提並論性」的人或社會生活事實¹⁶⁹。至於其判斷之程序，學者李惠宗氏認差別待遇或相同處理是否合理，其重心在於（何種事件為相同，何種事件為不同）；而事件是否相同，應就個別法律制度目的探求其中可作為差別對待之基準。故判斷兩事件是否相同須從個別制

¹⁶⁷ 許宗力，基本權主體，月旦法學教室第 4 期，民國 92 年 2 月，第 80 頁。

¹⁶⁸ 李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌第 48 期，民國 92 年 7 月，第 55 頁。

¹⁶⁹ 陳愛娥，立法機關的社會政策形成自由與平等原則，台灣本土法學雜誌，民國 89 年 9 月，第 92 頁以下。

度目的探究事物本質，再由其中求取合乎事物本質之要素，最後判斷差別待遇之合理性，因此，任何造成差別待遇之政府措施，均須通過制度目的之確定、事物本質要素的探求、合理差別待遇的形成等三階段檢驗程序，始與憲法上平等權之要求無違¹⁷⁰。下文即以氏所建構之檢驗步驟，依序為介紹之。

第一款 制度目的之確定

一個制度是否違反平等權，首應檢證該差別待遇之制度目的何在？所使用之方法，除個別法規之立法目的及意旨外，或另藉助歷史經驗、政治學理或其他社會科學；而所謂「制度目的」或「立法目的」本身須有合憲之基礎，始得作為後續探求事物本質要素之標準，至於「制度目的」或「立法目的」本身是否合憲，則可透過憲法第 23 條之四項公益條款規定加以審查，例如：以總統、副總統選舉罷免法第 21 條及第 23 條之規定為例，無黨籍人士欲參選總統須依連署方式申請登記為候選人，並繳交連署保證金。此項規定係基於候選人有無政黨推薦而為之差別待遇。此差別待遇是否合憲，首應判斷「候選限制之制度目的」為何？其制度目的是否合於憲法第 23 條公益條款之要求？就此，藉由一定的候選限制制度，可有效排除主觀上欠缺嚴肅參選意願或客觀上無相當政治支持度的候選人，避免社會資源之耗費，應可認為具有一定之公益目的¹⁷¹。

第二款 事物本質要素探求

確認制度上的合憲目的後，應進一步探求何種「事物本質」要素可作為差別待遇，或是作為其基準。而所謂「事物本質要素」須與「制度目的」具有邏輯上正當合理之關連性，並不以「相關性」為已足。探求之目的，旨在防止非本質要素之引進，「不當聯結」之禁止在此一過程中被充分體現。申言之，一項制度之根本目的，不能因為某些差別待遇之需要而被破壞殆盡，否則事物本質之基礎即不復存在¹⁷²。學者陳愛娥氏認為必須確定相關之制度目的何在，且此等「立法目的」本身必須合憲，為達成合憲之立法目的所採取

¹⁷⁰ 李惠宗，憲法，元照出版社，民國 97 年 9 月，第 134 頁以下。

¹⁷¹ 李惠宗，憲法，元照出版社，民國 97 年 9 月，第 135 頁。

¹⁷² 李惠宗，憲法，元照出版社，民國 97 年 9 月，第 135 頁。

之區分，必須符合「事物本質」之要求，亦即須合乎事理¹⁷³。

「事物本質」相當於我國「事理之當然」或「情事之應然」¹⁷⁴。所謂「事物本質要素」中的事物，在法律制度中，係指「法規範體系」，所謂法規範體系，係指作為判斷標的事件中，具有共通原則與法則的命題叢集，例如教育法體系、行政罰體系等¹⁷⁵。

第三款 合理差別待遇之形成

判斷政府措施是否合於平等權要求的第三步驟，在於尋譯出「合理的差別對待」。所謂「合理的差別對待」，須不得過度的差別，且差別對待之結果不得破壞原來制度之目的。申言之，其仍須符合「比例原則」與「本質目的」，亦即基於該目的所為之差別待遇，不得有「過度」或「提早」予以對待¹⁷⁶。由此亦可看出，學者李惠宗氏對於「比例原則」可否運用到平等權的審查此一問題上，係抱持「肯定」之態度¹⁷⁷。另學者許慶雄氏認差別待遇基準有：一、事實狀態確有不利之因素存在，例如身心障礙者在某些工作能力、應考試上確屬弱勢。二、為了追求實質平等之正當目的，例如為讓身心障礙者，亦得透過工作以獲得經濟上之自立，並進而促進其人格之自由發展，保障其全面社會參與在法律上設有強制雇用規定。三、事項之本質有必要予以差別，例如參政權之行使因需有成熟之判斷能力，故設有年齡之限制。四、為社會通念所允許，並不得因之產生「逆差別待遇」，形成新的不平等，例如僑生在國內之就學雖然有其不利之差異存在，但保障一定名額之僑生得進入國內大學之醫學系就讀，衡諸國內醫學教育資源之有限性，此種作法顯然為社會通念所不許¹⁷⁸。

¹⁷³ 陳愛娥，立法機關的社會政策形成自由與平等原則，台灣本土法學雜誌，民國 89 年 9 月，第 92 頁。

¹⁷⁴ 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版社，民國 95 年 3 月三版第 2 刷，第 246 頁。

¹⁷⁵ 李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版社，民國 98 年 10 月第 1 版，第 137 頁。

¹⁷⁶ 就合乎比例原則之合理差別待遇而言，係指縱使某些制度之立法目的及事物本質，有差別待遇之必要，但亦不得「過度」或「提早」地予以差別對待。例如，限制近視一千度以上之人不得報考一般公職人員（不包括體檢不及格者即無法擔任之特殊性質工作在內），此項對視力障礙之人之差別待遇固有助於一定公益目的之達成，但使近視超過一千度之人一律不得報考之手段，則屬「提早」之限制，有違憲法第 23 條比例原則之嫌。蓋視力之障礙應僅得於錄取之後，分派擔任特定職務時始得為必要之區分，否則將有損憲法第 18 條所保障服公職之權利，參照李惠宗，憲法，元照出版社，民國 97 年 9 月，第 137 至 138 頁。

¹⁷⁷ 李惠宗，憲法，元照出版社，民國 97 年 9 月，第 137 頁。

¹⁷⁸ 轉引自蔡茂寅，平等權，月旦法學雜誌第 46 期，民國 88 年 3 月，第 116 頁。

第肆章 實務之問題檢討

民國 38 年以後兩岸分治，我國與大陸地區國家分裂，自分裂以後兩岸壁壘分明局勢緊張，國內之教育對於國人的觀念，皆以「反攻大陸，解救大陸同胞」之國家政策灌輸，將大陸國家視為敵國，自民國 76 年政府開放大陸地區人民探親重啟兩岸民間交流之門，除在經貿方面之交流外，兩岸跨海聯姻亦隨民間日益密切的交流，而有前仆後繼之趨勢，基於兩岸分治國家安全之考量¹⁷⁹，於民國 81 年立法院三讀通過兩岸人民關係條例以為因應規範。該條例內容所產生之問題，經前文討論除了尚有部分內容待檢討外，從事勞務獲取薪資為國內大陸配偶所必需，本章即針對彼等投入職場後，該條例對於相關工作權限制之疑義以為探討，素材除該條例之規定外，另外輔以法院實務之見解加以論述。

第一節 行政許可制度

行政機關在對於特定的行政事項，有時可能因事件之性質或基於「公共利益」、「國家安全」等目的，對於人民欲申請的特定事項，除了在相關的法律規範內採取「許可制」之管制措施，賦予行政機關在面對個案時，基於法律所規定之要件內，做成「妥適」之許可處分。而該處分之內容有「許可」或「不許可」，皆事涉當事人相關權益，下文即從其性質、內涵加以探討。

第一項 案例之說明

本件訴願人係大陸地區浙江省人，與台灣地區人民結婚，於民國 94 年 5 月 13 日以「團聚」為由，經內政部警政署入出境管理局許可入境台灣地區。嗣原處分機關思源街派出所員警於 94 年 10 月 4 日 12 時 30 分許，在案外人

¹⁷⁹ 參兩岸人民關係條例第 1 條規定：「國家統一前，為確保台灣地區安全與民眾福祉，規範台灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件，特制定本條例。本條例未規定者，適用其他有關法令之規定」。

經營之「發現義大利麵」餐廳，發現訴願人從事招呼客人、清潔桌面及結帳等工作。案件發生之時間，於國內對大陸配偶尚未採開放工作權政策，故經原處分機關認訴願人從事與許可目的不符之活動或工作¹⁸⁰，違反兩岸人民關係條例第 10 條第 2 項規定，乃依同條例第 18 條第 1 項第 3 款及第 2 項規定強制訴願人出境，並暫時收容於原處分機關臨時收容所後，訴願人提起訴願，受理訴願機關台北市政府撤銷原處分決定¹⁸¹。修法前於國內非法工作，認該當於該條例第 10 條第 2 項之規定，同條例第 17 條之 1 修正後，於國內從事工作不用經過許可，雖無前揭之問題，惟該條例「許可目的不符」之活動，範圍抽象，大陸配偶進入職場，從事活動具多元性，何行為始與許可目的相符，無法預見產生疑義。

第二項 法律明確性

壹、許可制之性質

許可制之性質為何，依學者見解：「許可，指對一般禁止行為，於特定情況加以解除，而允許適法地為一定行為，其並非設定權利之行為，只是不作為義務之解除及回復當事人本來固有之自由，因此行政機關對於人民之申請，除有違反法令限制外，行政機關應受羈束給予許可，而無裁量權限¹⁸²。」依上述之見解則對於其理解，「許可」之用語為對於人民的某項權利本來係屬其所固有之自由，可是因在某特定情況下考量，對於賦予「不作為」之義務，而行政機關以處分為對不作為義務之解除，對於其申請案，除有違反法令外無裁量之權限，應給予許可，因該項權利本即屬人民所「固有」之。如此理解者，兩岸人民關係條例第 11 條第 1 項規定¹⁸³，是否即表示大陸地區人民，前往我國向行政機關申請從事「工作」，除法令之限制外，無裁量之權限應給予准許，如此解釋似又與其理論有所違背，前述憲法之「工作權」屬「國民性之基本權」，原則上大陸地區人民在未取得我國之國籍之前，非屬本國之國民，因此不得向國家主張工作權之保障，如果於國內之情形係

¹⁸⁰ 民國 92 年 10 月 9 日第 17 條之 1 規定：「經依前條第一項規定許可在台灣地區依親居留者，得向主管機關申請許可受僱在台灣地區工作。」

¹⁸¹ 參台北市政府訴願審議委員會 95 年 1 月 5 日府訴字第 09426201800 號決定書。

¹⁸² 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎合著，行政法入門，元照出版社，民國 95 年 1 月 3 版第 1 刷，第 275 頁。

¹⁸³ 參兩岸人民關係條例第 11 條第 1 項規定：「僱用大陸地區人民在台灣地區工作，應向主管機關申請許可。」

以法律限制大陸地區人民工作權，理論上係合乎邏輯。對於大陸地區人民而言；該項權利係本來是「無」，後來經主管機關的許可變成「有」，因此，按前揭之推論，其「許可」之用語，實際上應為「特許」之意。

所謂之「特許」係指為特定人設定新權利、設定權利能力或賦予法律上地位之行為，亦稱「設權」行為，行政機關為公益，對於申請有裁量是否給予之權限¹⁸⁴。惟有論者以為「許可」與「特許」兩者最大不同之處，在於前者只是將原本就擁有，只為方便官署事前審查而暫時遭到限制的自由權利，「還給」人民，故就其立場言之，前者並未增加其權利，只是取回原本就擁有的而已，反之，後者則是將本來不具有的於特殊例外情形賦予，也就是將法律所一般性禁止的行為例外許可其為之，故就當事人之立場言之，特許可謂增加、擴大了其自由活動範圍，因其得到原本並不擁有的東西，「特許」與「許可」間不再存有本質上的不同，而只有程度上的差異¹⁸⁵。

修法後放寬對於大陸配偶之工作權限制，此一修正條文對於目前居住於我國數萬之彼等而言，可說是一項「佳音」。畢竟該權利對於「她們」而言，其所具備之意義不僅其可以靠自己之勞力付出，外出工作賺取所得貼補家用，一方面其不須有「寄人離下」之感覺，生活之所需費用皆需靠其「夫家」資助，而有獨立自主的空間。另外一方面而言，能夠外出工作，對於其「人格發展權」亦是一種自我實現之方式。從新法對工作權之限制，在「團聚」未申請到「依親居留」之階段不具此權利，國內對於彼等並未採取「全面開放」之制度，另者「工作權」屬「經濟性基本權」，非屬我國國民不得主張之，因此該條例第 17 條之 1 的「許可」用語性質，本文以為似仍為「特許」之一種。

貳、不確定法律概念裁量

兩岸人民關係條例規定，經許可進入台灣地區之大陸地區人民，不得從事與「許可目的不符」之活動，違反者治安機關「得」逕行強制出境。國內對於彼等之入境係採取「許可制」之管制措施，合法入境之後只能從事當初申請之目的，惟其一般原因皆係以「結婚」為理由，因此於本國僅能從事與「結婚」目的相符之活動，若從事與其不符者，即有可能遭強制驅逐出境，

¹⁸⁴ 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎合著，行政法入門，元照出版社，民國 95 年 1 月 3 版第 1 刷，第 275 頁。

¹⁸⁵ 許宗力，行政處分，收錄於翁岳生編行政法（上冊），民國 95 年 10 月，第 503 頁。

然何謂與其相符之活動範圍為何？條文之內容稱「不得從事與許可目的不符之活動」，在要件上其用語稱「不確定法律概念」，該概念之使用須討論到法律明確性之問題。

司法院大法官釋字第 521 號解釋認：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法制定時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。」釋憲實務肯認其具有合憲性之基礎。稱此概念者，係指內容特別空泛及不明確，通常存在於法律構成要件中。另外在狹義的行政裁量或判斷餘地，均係因其規定而產生之，兩者的區分，均以其存在條文結構上的「法律構成要件部分」或「法律效果部分」，作為區分標準，不確定法律概念存在於法律「構成要件」部分；而狹義的「行政裁量」存在於「法律效果」部分¹⁸⁶。法規規定之特定構成要件之事實存在，行政機關即應特定為法律效果之行為，稱為「羈束處分」；反之，特定構成要件事實雖然確定存在，但行政機關有權選擇作為或不作為，或選擇作成不同法律效果之行政處分，此種行政處分稱為「裁量處分」；將抽象的法規適用於該當之具體的事實關係，其過程稱之為「涵攝」；如法規之用語係屬涵義不確定或有多種可能之解釋，即所謂「不確定法律概念」，將不確定法律概念，適用於具體之事實關係時，行政機關得自由判斷之情形，謂之「判斷餘地」¹⁸⁷。

行政機關對於不確定法律概念適用，該個案事實有比裁量，在某些事務上，有不受法院審查之較高度之「判斷餘地」¹⁸⁸。行使判斷餘地時仍不得有「恣意」之情事，該條例第 10 條所謂「許可目的不符」法條用語之解釋，係存在於「構成要件」之判斷，惟是否屬於「具有高度政策或計畫性決定」之判斷餘地，而不受司法審查，尚須透過解釋認定。另外該條例第 18 條第 1 項第 3 款規定，進入台灣地區之大陸地區人民，有從事與許可目的不符之活動或工作者，治安機關「得」逕行強制出境，是否對於彼等「強制出境」之處分，存在於法律效果中，具較高度之裁量空間，惟此等處分涉及人民家庭、婚姻等權利之侵害，對於法律效果之「裁量」認定，較受法院干涉。

¹⁸⁶ 劉鑫楨，論裁量處分與不確定法律概念，五南圖書出版社，民國 94 年 11 月 2 版 1 刷，第 89 頁。

¹⁸⁷ 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局出版社，民國 93 年 1 月增訂 8 版，第 118 頁。

¹⁸⁸ 行政機關適用不確定法律概念，享有判斷餘地類型有：一、關於考試成績之評定。二、高度屬人性之判斷。三、由社會多元利益代表所為之決定。四、專家所為之判斷。五、由獨立行使職權之委員會所為之決定。六、行政機關預測性或評估性之決定。七、具有高度政策或計畫性決定。參李惠宗，行政程序法要義，五南圖書出版社，民國 92 年 9 月，第 180 頁以下。

第三項 學說上見解

學者廖元豪氏認針對大陸地區人民之入境管制措施採取「許可制」是否為合理之手段？從「平等公民身分」的觀點，法令措施明顯對國民施以差別待遇者，應受平等權之嚴格審查，其目的之一係因此類之措施，即便不論其「實際」效果，其「象徵意義」即已值得非難；有一群國民被定位為「次等公民」，不能享受相等之保障，此種污名化之效果，在憲法上極為可疑，因此無戶籍國民入境之「許可制」，無論在目的或手段必要性上均難以通過平等權之檢驗¹⁸⁹。另外氏更認為國內法律對於大陸配偶來台團聚、依親，必須經過許可，而在相關的法律中，各種「許可」與「不許可」的條件，充斥著「不確定法律概念」，使駐外單位與境管單位取得廣泛而不受制約的判斷權限¹⁹⁰。亦即從平等公民身分之觀點，原則上價值均是相等的，然在本國卻是以「法令」規定，將一些入境措施採取差別待遇，很難通過憲法平等權的檢驗；且這些法令許可措施充滿著「不確定法律概念」用語，對於這些大陸地區人民保障不週之處，顯而易見。

有關該條例不確定法律概念，是否符合法律明確性之觀念，學者李建良氏認兩岸人民關係條例施行細則第 16、17 條對「有事實足認為有犯罪行為者」以及「有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞者」均有明定其範圍，使受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，堪稱符合「法律明確性原則」；惟對「從事與許可目的不符之活動」並未進一步予以明確訂定其具體範圍，是否符合「受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認」之要件不無疑義，恐有違反法律明確性原則之虞¹⁹¹。

¹⁸⁹ 廖元豪，「海納百川」或「非我族類」的國家圖像，收錄於法治斌教授法治與現代行政法學紀念論文集，元照出版社，民國 93 年 5 月初版第 1 刷，第 300 至 301 頁。

¹⁹⁰ 廖元豪，我們的法律，她們的命運-台灣法律如何歧視外籍與大陸配偶，收錄於夏曉鵬主編，不要叫我外籍新娘，左岸文化出版社，民國 97 年 4 月再版六刷，第 147 頁。

¹⁹¹ 李建良，外國人權保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌第 48 期，民國 92 年 7 月，第 106 頁至 107 頁。

第四項 本文見解

壹、不確定法律概念涵攝

該號訴願書事實主要係其在案外人經營之「發現義大利麵」餐廳，從事招呼客人、清潔桌面及結帳等工作，經原處分機關審認訴願人從事與許可目的不符之活動或工作之事實，台北市政府訴願會決定之判斷，對於大陸配偶非法從事工作，認為其已違反兩岸人民關係條例 10 條不得從事與許可目的不符之活動。然要件該當之後並不即認應賦予「驅逐出境」之「法律效果」，反而指出該條例 18 條第 1 項第 3 款規定，進入台灣地區之大陸地區人民，從事與許可目的不符之活動或工作者，治安機關「得」逕行強制出境。基於上開規定，原處分機關就是否逕行強制出境部分，固有行使裁量權之空間，該裁量權之行使並非完全之放任，縱使未逾越授權範圍，但對於個案所作之個別判斷，應免淪為裁量之濫用，並進而建立之基準應具備：一、避免違背「平等」原則、「比例」原則等一般法的規範。二、以違規情節輕重。三、違規所造成結果之嚴重與否及立法目的等予以衡量。

大陸配偶非法律用語，其係因國內之通稱而來，實務之用語亦以「大陸配偶」稱之¹⁹²，法條用語為「大陸地區人民」。本案對「許可目的」構成要件之判斷，認有非法工作之事實，即認定其與目的不符，訴願決定對於行政機關採尊重之立場，反而在裁量效果部分認為應遵守上列之基準，以免為裁量濫用。有關不確定法律概念，學者李惠宗氏認「只能描述，無法定義」，其必需經過兩個階段之檢驗，第一道程序係就法律所使用的文字，在法律概念上的文義意涵，抽繹出核心的要素。第二道程序乃就具體事實予以判斷其是否合致，稱為「涵攝程序¹⁹³。」準此；「許可目的不符」核心意涵為何？大陸地區人民因婚姻之關係入境台灣，於兩岸人民關係條例規定，不得從事該活動，從文義解釋觀之，於該條文做此規定，應係為了限制有心人士利用非法的方式入境國內，從事危害「國家安全」之活動。另者，本案發生時間為我國對於大陸配偶，尚未採取工作權開放之政策，欲從事工作須經「許可」之

¹⁹² 參最高行政法院 88 年度判字第 3556 號判決：「『大陸地區人民』劉 0 改……本件原告於 85 年 7 月 26 日代其『大陸配偶』劉 0 改向被告申請來台居留，嗣其於 86 年 7 月 18 日來台探親期間經查獲有從事賣淫工作。茲查其在台從事與探親目的不符之賣淫活動，被告否准其在台居留之申請，即無違誤。不得從事與許可目的不符之活動，兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項定有明文。」可資參照。

¹⁹³ 李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版社，民國 98 年 10 月第 1 版，第 311 頁。

程序，在當時之時代背景，部分彼等人民藉「婚姻」之名，入境本國從事「工作」之情事，時有所見，因此，該條文之目的，應尚有「就業市場管制」之考量。

確定其核心意涵之後，將此概念進行涵攝。該程序為關聯性及合致性之判斷，所謂「關聯性」必須先確認該具體事實與所擬適用的規範，在通常理性人的理解中，具有關聯性。合致性者，即適用該概念之機關應有說理的義務，必須說明將特定事實認定之理由¹⁹⁴。有關「婚姻」與「許可目的」之實質關聯性判斷，其因婚姻取得入境之許可，之後於生活中須參與許多與家庭相關之活動，何謂與「婚姻」之目的相符，從婚姻之概念上，其意義依據民法「親屬」篇規定，所謂「婚姻」者，形式上應符合民法第 982 條規定：「結婚應以書面為之，有二人以上之證人簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」大陸配偶經合法入境後，且與國人締結婚姻，原則上未有證據顯示其為非法之婚姻前，應「推定」其具有合法性。法律之制定經過立法者之評價，對非法工作之情形，在該時代具有「就業市場管制」考量，雖對「國家安全」不致有所危害，然從事該行為屬於非法，應具有「關聯性」。解釋上因國家考量管制之目的，所以不允許彼等結婚後，於國內從事工作，對於來台非法工作者，解釋成與「許可目的不符」應具有「合致性」。

貳、比例原則之審查

比例原則源於德國的警察法，旨在強調國家在進行干預行政時，「不得為達目的而不擇手段」。該原則在強調目與手段間之均衡。「殺雞焉用牛刀」可用以說明其真義，一般有廣狹二義，大部分取其廣義之理解，所謂廣義之比例原則包括適當性原則、必要性原則、狹義比例原則三種¹⁹⁵。處分是否合適，必須經過考量，一般而言，為防止危害所採取之處分，若是被處分人在法律上所不能或事實上不可能之作為，為不合適處分之典型範例。「必要性」者就多種合適方法中，只能選其對個人或大眾傷害最小之處分為之，是否有必要性，並非裁量問題而係法律問題，行政機關不享有裁量權。「狹義比例」者處分所造成之傷害不得與其所欲達成之結果顯然不成比例，此原則最屬重要¹⁹⁶。

¹⁹⁴ 李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版社，民國 98 年 10 月第 1 版，第 314 頁。

¹⁹⁵ 李惠宗，行政程序法要義，五南圖書出版社，民國 92 年 9 月，第 120 頁。

¹⁹⁶ 李震山，行政法導論，三民書局出版社，民國 92 年 10 月，第 285 頁。

本案法律效果裁量之部分，基於合法之「婚姻」入境台灣，之後可能在台灣產生如：小孩、財產、家庭…等生活上之法律關係，考量此等與國人有親近之血緣，違反者若對其施以強制出境之處分，「家庭權」、「婚姻權」等皆為其影響效力所及，因此宜考量每一個案之情節，而對其賦予「妥適性」之處分。實務之見解關於該原則之適用，認為應有如下之考量：一、以違規情節輕重考量。二、違規所造成結果之嚴重與否及立法目的等予以衡量。三、本於公益優於私益之原則¹⁹⁷。

本案之實務見解所為之基準，本文以為就違規情節而言；從事勞務係為賺取薪資貼補家用，其情節輕微，如果欲對其裁處，針對初犯者予以罰鍰處分，累犯者亦或情節嚴重者，再對其強制出境處分，手段似較具必要性。就違規所造成結果與立法目的而言；非法工作所造成之結果，可能影響國人工作之機會，對於國家之經濟管制層面雖有影響，然應考量整體國家政策，若係考慮大陸地區人民人數眾多，不讓其於國內從事工作有其理由，然而與目前聘僱外籍勞工相較，國家之政策既然許可該等勞力，於國內從事勞務，顯示目前之現況，我國之需求尚未達飽和之程度，禁止彼等從事勞務，只是基於管理之目的，與國家安全維護關聯性甚微。

就公益優於私益而言，兩岸局勢未明國家安全利益當然大於「個人」利益，惟須考慮行為人所從事者，果真對國家安全有所危害，個案之情節均不同，或許於「構成要件」上，賦予行政機關較高程度判斷空間，惟在「法律效果」個案裁量上，對於彼等在國內已有婚姻、家庭關係者，不能與一般來台之外籍人士等同以觀，欲做出「強制出境」之處分，應有「最後手段性」原則之適用，否則即有「裁量濫用」之嫌。兩岸人民關係條例第17條之1已賦予大陸配偶取得「依親居留」許可後，即可在我國合法工作不用向主管機關申請許可，彼等於國內工作，不再被評價為非法行為，未來實務的運作結果如何無法得知，例如：於職場從事賭博、或未經主管機許可加入工會組織等行為，在該條例第10條第2項「許可目的不符」活動之文義，於實務尚未形成共同見解之下，可預見其雖在我國合法從事工作，然因觸犯輕重不等程度之犯罪類型，而該當於條文構成要件之情形，應屬可預見，行政機關在面對未來「個案」裁量時須慎重視之。

該條例許可目的不符之活動範圍，由於有高度的不確定性，實屬有違「法律明確性」之原則。本文以為對於此等條文之規範技術應於該條例施行細則

¹⁹⁷ 參台北市政府訴願審議委員會95年1月5是府訴字第09426201800號決定書。

內增訂對「從事與許可目的不符之活動」之明確範圍與定義，不宜再使用「未經許可」即不得為之模式，相關主管機關應依照大陸地區人民來台目的不同，酌分 1. 社會交流(例如探親、旅遊、探病奔喪、團聚、訴訟等)、2. 文教交流(例如學術、宗教、藝文、民俗、體育等)、3. 經濟交流(例如經貿、農業、環保、財經等)以及 4. 定居居留(例如依親居留、長期居留、定居等)…等，並就各項明定依該項許可來台的活動範圍與期間，最好列表便民，以供各階層普羅大眾參照¹⁹⁸。

第二節 大陸學歷之採認

第一項 案例之說明

原告(即大陸配偶)於民國 93 年 9 月 3 日以其於 83 年 7 月 1 日畢業於大陸地區吉林工業大學管理學院技術經濟系，93 年 8 月 27 日取得在台定居許可，並於同年 9 月 2 日設籍台北市，依舊兩岸人民關係條例第 22 條及舊大陸地區學歷檢覈及採認辦法(下稱檢覈及採認辦法)等規定，應採認其大陸地區高等學校學歷，以保障其平等權、工作權及應考試等基本權利云云，向被告(教育部)提出申請。經被告以 93 年 9 月 10 日台高(2)字第 0930118432 號函復：「現階段大陸地區高等學歷尚未開放採認，也未受理報備」，否准所請。原告不服，提起訴願，經遭駁回，遂向台北高等行政法院提起行政訴訟。台北高等行政法院於 95 年 5 月 4 日做出 94 年度訴字第 582 號判決認為，原訴願案教育部不須受理大陸配偶之學歷採認案之決定撤銷，被告對於原告 93 年 9 月 3 日之採認其在大陸地區之高等學校學歷之申請案件應予受理檢覈，後來被告不服上訴最高行政法院，經最高行政法院於 97 年 6 月 19 日做出 97 年度判字第 602 號做出原判決廢棄，發回台北高等行政法院更審之裁判，台北高等行政法院經最高行政法院發回更審後，於 98 年 1 月 5 日做出 97 年度訴更一字第 63 號，原告敗訴之判決¹⁹⁹。

¹⁹⁸ 郭展銓，大陸地區婚姻移民基本權利之研究，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，民國 94 年 7 月，第 137 頁。

¹⁹⁹ 有關該案爭訟過訟請參閱台北高等行政法院 94 年度訴字第 582 號判決、最高行政法院 97 年度判字第 602 號判決、台北高等行政法院 97 年度訴更一字第 63 號判決。

第二項 採認學歷之理論

壹、學歷之性質

「學歷」從字面上的解釋，有「學識」與「經歷」之涵義，在此所指之經歷並非係指個人在職場所從事之工作歷練，而是指個人由小到大所受到之教育歷練，「學歷」代表一個人之「專業能力」以及某方面的「受教育經歷」，以求職而言，職場上謀得工作條件、待遇等較好之工作，具備一定程度之學歷，可以為個人有加分之作用，例如：前往某高科技公司求職，面對之問題通常為填寫履歷表，於該表格內容中「學歷」為必填之項目，求職者具備良好的學歷文憑，在面對企業的形式審查，高學歷者即較有機會獲得僱用。另外於考試資格方面，國人欲投入公職或參加國營企業之甄試，其招生簡章往往規定須限制具有一定教育程度者如「高中」或「大學」等資格始得報名，因此在國內之職場，亦有認為「學歷」等同於「學力」，不論此說是否有理，肯定的是此等對於求職者在從事工作時，具有相當程度之重要性。

有問題者為學歷取得與否，既對從事勞務具相當程度影響，其是否屬我國憲法工作權保障之範圍？學者李惠宗氏認接受專科教育或高等教育，係實現將來工作權的重要前提，從工作權的幅射觀點而言，卻是工作權的前階段權利，本國雖未如德國基本法第 12 條將「教育地點選擇自由」，包含於職業自由之系譜內，但含有職業教育之受教育機會與其正接受職業教育之法律地位（學生），亦應視同工作權加以保障²⁰⁰。氏似認「學歷」之取得與否，應屬工作權保障範圍；有鑑於其具關聯性，本文亦從之。取得與否在探究基本權保障範圍時，在沒有與其他權利產生衝突時，亦無妨為效力所及。人民之學歷取得與否涉及「職業能力資格請求權」，此屬前階段之權利，此等與人格發展自由發展密切，對其做限制，愈有形式上「法律保留」之適用，同時立法裁量範圍愈小，如果以較後階段方式，可達成公共利益之目的，即不必以限制較前階段的方式行之²⁰¹。

²⁰⁰ 李惠宗，憲法工作權保障之系譜，收錄於劉孔中、李建良主編憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（44），民國 87 年 6 月，第 360 頁。

²⁰¹ 李惠宗，憲法工作權保障之系譜，收錄於劉孔中、李建良主編憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（44），民國 87 年 6 月，第 365 頁。

貳、「平等互惠」之原則

現行大陸地區學歷檢覈及採認政策，人民最大之擔心，最主要應係人口眾多，高程度、高知識水準要件者所在多有，採此措施恐影響國內之就業和經濟市場，以及國家安全考量等因素。從政策面而言；教育部拒認之主張，其理由約略有如下：一、政府對中國大陸高等教育學歷尚未採認，故不鼓勵國人赴大陸讀大學。二、輔導設立大陸台商學校，鼓勵其高中以下子女就讀台商子弟學校，以利返國銜接就學。三、鼓勵大陸福建沿海台商子女至金門就讀，就讀範圍則可由國小至大學階段。四、認可學校的學術專業水準、入學資格、入學方式、修業期限、課程內容等相關學制，必須與本國同級同類學校相當；且須考量課程內容沒有涉及共產主義意識形態。五、配合國家人力市場供需，對於少數供不應求之科技類人才優先考慮開放。六、必須考量對高等教育的衝擊，包括影響大學招生的來源及所招學生的素質等理由主張拒認大陸地區學歷²⁰²。學界持國家應採開放政策論者，並進而指出如下之理由：一、教育部決定擬承認之 73 所大學名單過程並不草率。二、我國高等教育學校招生員額不足問題與大陸學歷承認與否並無絕對直接關係。三、造成國內就業市場衝擊並無絕對必然關係。四、承認大陸學歷對我國中醫藥之品質具有提升效果。五、大陸高等教育水準已非昔日吳下阿蒙學歷假造情事亦已制訂反制對策。六、承認大陸學歷不會導致我國學生對國家忠誠度產生問題²⁰³，正反意見均有之。

是否對外國學歷之採認，一般而言，各國對外國人之待遇，均係由敵對漸至平等，自國際交通日便，內外國人通商貿易增加後，歧視外國人，非但妨礙國際間各種交往，對本國亦未必有利。於是各國立法者遂多於不害及國家公益之範圍內，力求改善外國人之地位，使與內國人民無大差別。但一國優待他國人民，他國未必即予相同之待遇，故常以他國待遇本國人民之狀況，作為本國待遇他國人民之準繩，即所謂「互惠主義」²⁰⁴。該原則在國內法之體現首推憲法第 141 條規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，『平等互惠』之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」早期兩岸間不相往

²⁰² 賴士葆，大陸地區學歷檢覈及採認之爭議，民國 95 年 5 月 9 日，資料來源取自於電腦網路上文章，<http://news.yam.com/cna/politics/200605/20060509637820.htm>，最後造訪日 99 年 5 月 1 日。

²⁰³ 趙德樞，大陸學歷承認的檢討與利弊，國政研究報告，民國 96 年 3 月 11 日，資料來源取自網路 <http://www.npf.org.tw/tag?query=%E5%AD%B8%E6%AD%B7%E6%89%BF%E8%AA%8D>，最後造訪日 99 年 5 月 1 日。

²⁰⁴ 馬漢寶，國際私法，民國 95 年 2 月再版，自版，第 181 頁。

來，我國對於中國之學歷不予採認有其基礎。開放探親之後，兩岸間來往頻繁，台灣地區人民之學歷在大陸地區不被否認外，以及國內對於外國學歷予以有限制之採認，惟獨對中國之學歷加以限制情形下，繼續採此政策，以「平等互惠」原則檢視，是否有其正當性之基礎，即值得對其探討之。

第三項 學說上見解

學者許育典氏認為，何以政府承認其他取得國民資格之外國人（例如美國、日本等國，甚至於越南配偶），唯獨來自中國大陸之原告學歷不被承認。被告(教育部)雖主張不承認之問題，乃源自於歷史悠久之「漢賊不兩立」之反共政策使然，加上若開放將導致該地學生大量湧進台灣，國內之就業市場因而失衡、失業率飆高；且若本國學生大量前往該地求學，將導致大學無人就讀。事實上，其以「反統」、「反中國」之政治因素，顯已違反比例原則之「必要性原則」，造成不合理之差別待遇。原告不僅受到平等權之侵害，其應考試服公職及工作權亦一併受侵害²⁰⁵。氏並認為；台北高等行政法院以「原告早於 83 年 7 月間即以自中國大陸吉林工業管理學院技術經濟系畢業」，而認原告並無信賴行為之見解顯有誤解，蓋其所欲取得的是在我國被檢覈及採認的利益，基於保障人民基本權之原則，難謂原告並無相關信賴行為之實施，其積極申請檢覈及採認即是信賴行為表現²⁰⁶。

第四項 本文見解

壹、判決分析

原告請求被告（教育部）採認其在大陸地區就讀之學歷，案件之爭訟過程歷經台北高等行政法院、最高行政法院等，實務上對於原告之請求，採取否定之見解。個案上之爭點引起批評，學界、實務界之意見，各有所據且具實益，為求問題討論全面性，分析如下：

²⁰⁵ 許育典，大陸學歷採認的法律羅生門，台灣本土法學雜誌第 83 期，民國 95 年 6 月出版，第 200 頁。

²⁰⁶ 許育典，再評大陸學歷採認的法律羅生門—台北高等行政法院 97 年度訴更一字第 63 號判決評析，台灣法學雜誌第 125 期，民國 98 年 4 月出版，第 219 頁。

一、台北高等行政法院 94 年度訴字第 582 號判決一

該院認原告勝訴主要理由如下：一、被告主張現階段大陸地區高等學歷尚未開放採認，也未受理報備，於法有違。舊檢覈及採認辦法係被告依據舊兩岸人民關係條例第 22 條擬訂後(並經陸委會審議通過)，報請行政院核定後公布，嗣公告系爭認可名冊，系爭認可名冊已發生效力，在被告未依中央法規標準法規定廢止前，效力仍然存在。二、系爭認可名冊經監察院提出糾正後，已無足採據，被告自應會同陸委會另作審議，以資憑據；當時之行政院長蕭萬長已於行政院院會中，指示被告與陸委會審慎研議後再行開放採認、檢覈大陸地區高等學校學歷，被告作為行政院之下級機關，自須遵循院長指示以執行兩岸高等教育政策等，然行政院長於行政院會之提示乃政策指示，相關部會落實政策指示自應依法為之，不能牴觸現行法令。三、被告主張之監察院於系爭認可名冊公告後隔年對其提出之糾正案，按該糾正案認為系爭認可名冊未採行漸進方式，事前未正式知會行政院大陸委員會，兩部會間協調顯有不足，而提出糾正案，僅是質疑公告系爭認可名冊之「妥當性」，並非否定其「合法性」，何況監察院提出糾正案之效力是「行政院或有關部會接到糾正案後，應即為適當之改善與處置」(監察法第 25 條)，並非使系爭認可名冊失其效力，法院認定之理由是否有據。

本文以為就系爭認可名冊是否已發生效力而言，教育部依據舊兩岸人民關係條例之授權，公告大陸地區 73 所高等學校認可名冊，其進行經「公告」行政院「核定」之程序(參台北高等行政法院 94 訴 582 號裁判理由書)，依據行政程序法第 154、157 條之規定²⁰⁷，認應已完成法規效力所應具備之要件。其次就監察院對於系爭認可名冊提出糾正案，是否影響其法律效力部分而言，該名冊如前述具有效力，該案之提出對於法規，是否具有阻止效力之作用。糾正案之提出，須由各有關委員會之審查及決議，方得提出。之後，應為適當之改善，行政機關若未改善，監察院得對其質問外，另如有藉故敷衍、推責、延滯，或不為適當之改善與處置，對該主管長官，得逕提糾舉或

²⁰⁷ 參行政程序法第 154 條規定：「行政機關擬訂法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：一、訂定機關之名稱，其依法應由數機關會同訂定者，各該機關名稱。二、訂定之依據。三、草案全文或其主要內容。四、任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨。行政機關除為前項之公告外，並得以適當之方法，將公告內容廣泛周知。」第 157 條規定：「法規命令依法應經上級機關核定者，應於核定後始得發布。第 2 項數機關會同訂定之法規命令，依法應經上級機關或共同上級機關核定者，應於核定後始得會銜發布。第 3 項法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙。」

者彈劾案²⁰⁸。從解釋論「糾正案」之效力，只產生公務人員失職之問題。另外，行政院長於行政院會議所為因應監察院所提糾正案之「指示」，應屬「政策」之指示，政策之指示「上令雖應下從」，惟不能抵觸已有「法效力」之認可名冊的規定。

二、最高法院 97 年度判字第 602 號判決一

被告機關教育部，經台北高等行政法院判決敗訴後不服，上訴至最高行政法院，該院審理之後，認尚有某些爭點待釐清，因此做出發回更審之判決，其認為有待討論之主要理由有如下：一、查被上訴人（即大陸配偶）係於 93 年 8 月 27 日取得在台定居許可，並於同年 9 月 2 日設籍台北市，旋於同年 9 月 3 日向上訴人（即教育部）提出學歷檢覈之申請，為原審所確認之事實，則依該條例之規定，被上訴人於申請檢覈時顯已取得台灣地區人民之身分，惟被上訴人係依舊檢覈及採認辦法，針對經教育部認可之大陸地區高等學校之學歷申請檢覈，檢據大陸地區公證處公證屬實之學歷證件、歷年成績證明及公證書影本等資料，辦理檢覈²⁰⁹。該條規定之適用對象係大陸地區人民，此由舊檢覈及採認辦法第 7 條，係規定在第 2 章「大陸地區人民學歷之檢覈及採認」之文義觀之即明，則被上訴人於申請檢覈時既已具有台灣地區人民之身分而不再是大陸地區人民，其是否即非舊檢覈及採認辦法第 7 條之適用對象。二、次按「法規應規定施行日期，或授權以命令規定施行日期。上訴人訂定之舊檢覈及採認辦法第 20 條固然規定，本辦法自發布日施行，惟隨後公告之系爭認可名冊則未訂定施行日期，是上訴人是否有公告後立即施行之意思。

本文以為，系爭認可名冊之適用對象，在台灣地區定居之彼等，可否解為包含經取得許可，且在台灣設有戶籍之『原』大陸地區人民？亦即系爭認

²⁰⁸ 參監察法第 24 條規定：「監察院於調查行政院及其所屬各機關之工作及設施後，經各有關委員會之審查及決議，得由監察院提出糾正案，移送行政院或有關部會，促其注意改善。」第 25 條規定：「行政院或有關部會接到糾正案後，應即為適當之改善與處置，並應以書面答復監察院，如逾 2 個月仍未將改善與處置之事實答復監察院時，監察院得質問之。」監察法施行細則第 20 條之 1 規定：「行政院或其所屬各機關對於糾正案，未依本法第 25 條規定答覆者，除依前條規定辦理外，如有藉故敷衍、推責、延滯，獲不為是當之改善與處置，或經質問後仍未切實改善，或改善後就同一性質之事件仍一再發生相同、類似違失情事者，經調查屬實，對該主管長官，得逕依本法第 6 條（糾舉案）或第 19 條（彈劾案）之規定辦理。」

²⁰⁹ 參舊大陸地區學歷檢覈及採認辦法第 7 條規定：「大陸地區人民在民國 39 年 1 月 1 日以後畢（肄）業於經教育部認可之大陸地區高等學校或機構所取得之學歷，其申請檢覈，應檢具下列文件：一、經大陸地區公證處公證屬實之學歷證件、歷年成績證明及公證書影本。二、前款公證書經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體證明與大陸地區公證處原發副本相符之文件影本。三、國民身分證影本。四、在台灣地區定居證副本或戶籍謄本影本。」

可名冊是否適用此等對象。就此問題台北高等行政法院第 3 庭受理 91 年度訴字第 2864 號兩岸人民關係條例事件，亦曾發生過相同疑問可以為參考，事件之背景為該院受理渠等人民於國內任用為公務員之案件，因該條例第 21 條第 1 項規定：「大陸地區人民經許可進入台灣地區者，除法律另有規定外，非在台灣地區設有戶籍滿 10 年，不得登記為公職候選人、擔任公教或公營事業機關（構）人員及組織政黨。」因此駁回其從事公務人員任用申請，該院在審理該案時，認為該條例有違憲之虞聲請釋憲，於釋憲理由書中主張原告（即原大陸地區人民），已為台灣地區人民，因此不受兩岸人民關係條例第 21 條之適用，嗣後經司法院大法官釋字第 618 號解釋理由書中，提及系爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在台灣地區設有戶籍滿 10 年，作為擔任公務人員之要件…等，在「結論」上肯認該條例第 21 條對於彼等之適用，並無違憲之疑慮。參照司法院大法官釋字第 188 號解釋指出：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第 78 條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」該院既已針對條例之適用疑義為合憲性解釋，因此參照其意旨，系爭認可名冊之適用對象效力自應及於彼等。

其次，就系爭認可名冊未定施行日期，是否影響其效力，該問題是否屬法規「有意省略」之事項，依據司法院大法官釋字第 3 號解釋之意旨尚須透過解釋，方能得其規範之真意²¹⁰。論者有謂按法規之有意排除適用係以兩種方式表現出來：（1）明文規定某某事項不適用。（2）明文將特別事項納入規範²¹¹。系爭舊檢覈及採認辦法 20 條既已規定施行日期²¹²，則已經明文將特別之事項納入規範，當無再於認可名冊另定施行日期之必要，其未規定施行日期，應屬「有意排除」之意此其一；另外行政程序法第 150 條第 2 項規定：「法規命令之內容不得逾越法律授權範圍規定。」揭示下位不得逾越上位規範之法理，既已於該辦法明定，若再於被授權之系爭認可名冊訂定施行日

²¹⁰ 參司法院大法官釋字第 3 號解釋文：「監察院關於所掌事項是否得向立法院提出法律案，憲法無明文規定，而同法第 87 條則稱考試院關於所掌事項得向立法院提出法律案，論者因執『省略規定之事項應認為有意省略』（Causus omissus pro omissis habendus est）以及『明示規定其一者應認為排除其他』（expressio unius est exclusio alterius）之拉丁法諺，認為監察院不得向立法院提案，實則此項法諺並非在任何情形之下均可援用，如法律條文顯有闕漏或有關法條尚有解釋之餘地時，則此項法諺，即不復適用，我國憲法間有關文，例如憲法上由選舉產生之機關，對於國民大會代表及立法院立法委員之選舉，憲法則以第 34 條、第 64 條第 2 項載明『以法律定之』。獨對於監察院監察委員之選舉則並無類似之規定，此項闕文，自不能認為監察委員之選舉可無需法律規定，或憲法對此有意省略，或故予排除，要甚明顯」。

²¹¹ 李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版社，民國 98 年 10 月第 1 版，第 273 頁。

²¹² 參舊大陸地區學歷檢覈及採認辦法第 20 條規定：「本辦法自發布日施行。」

期，則有違反其授權範圍之疑慮此其二。

三、台北高等行政法院 97 年度訴更一字第 63 號判決一

最高行政法院發回更審後，台北高等行政法院嗣又做出被告教育部勝訴之判決，其所持之主要理由如下：一、課予義務訴訟，其違法判斷基準時點，依目前學理及實務通說，原則上應以「事實審行政法院言詞辯論終結時之法律及事實狀態為準」。(最高行政法院 95 年度判字第 2203 號判決意旨參照)。蓋行政訴訟程序新舊法規更迭之情形，並無如行政處理程序，有中央法規標準法第 18 條²¹³之明文規定，且所謂「行政決定基準時點」與「行政訴訟判斷基準時點」，乃分屬不同概念，以課予義務訴訟而言，行政法院須於判決中宣示被告是否有為某一行政處分之義務，而此項宣示並非針對「原告之申請於行政機關當初審查時是否應予核准」，而係針對「於法院判決時原告之請求權是否成立、行政機關有無行為義務」之問題，自應綜合考量事實審言詞辯論終結時之法律及事實狀態，以為判斷。是以，言詞辯論終結時，若聲請事項已遭新法規完全廢除或禁止，法院自不得再依循舊法規許可原告之請求，否則，將有執行不能之問題。二、原告於 59 年 11 月 4 日出生於中國大陸黑龍江省齊齊哈爾市，迨 83 年 7 月間畢業於吉林工業大學管理學院技術經濟系（畢業證書編號 000000000 號），93 年 8 月 27 日取得在台定居許可，並於同年 9 月 2 日設籍台北市，業經原告提出經海基會認證之畢業證書、國民身分證、入出境許可證、戶口名簿等影本為證，並為被告所不爭，固堪認為實在。然查系爭認可名冊係在 86 年 10 月 24 日始經被告依舊檢覈及採認辦法第 17 條規定公告，而原告早於 83 年 7 月間即已自中國大陸吉林工業大學管理學院技術經濟系畢業，殊難認原告有何基於系爭認可名冊之內容所形成之信賴，而有實際開始規劃其生活或財產，以及攻讀學位之變動，並付諸實施之「信賴表現」行為，自與前揭信賴保護原則之要件不符。

就課予義務訴訟裁判基準時點分析而言，原告請求教育部應予採認大陸地區學歷，其以「公函」否准其所請，當事人不服提起訴願，遭行政院決定予以「駁回」之處分，之後即向台北高等行政法院提起行政訴訟「勝訴」，上訴後經最高行政法院發回「更審」，其另做出被告「勝訴」之裁判，理由之一為「課予義務訴訟」其違法判斷基準時點，依目前學理及實務通說，原則上

²¹³ 參中央法規標準法第 18 條規定：「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規。」

應以「事實審行政法院言詞辯論終結時之法律及事實狀態為準。」系爭認可名冊於本院言詞辯論終結前，已於 95 年 5 月 8 日經公告「自始不予適用」，採認學歷已發生根本「執行不能」之問題（參台北高等行政法院 97 訴更一字第 63 號裁判理由書）。

課予義務訴訟階段判斷的基準時點分析，學者陳清秀氏認：在判斷有無理由時，亦即其駁回或怠為處分之合法性及是否因此損害原告之權利時，「原則上」應根據行政法院「最後」言詞辯論終結時之事實及法律狀態為準，其所主張之申請作成行政處分之請求權是否仍然存在；「例外」情形，若根據法律之規定，行政法院只審查行政處分的理由根據時，則應以「行政機關或受理訴願機關的行政決定時點」為準，例如請求判決命行政機關重新為有利於原告之考試評分或勤務考績評定，或者作成免除公課處分、為公務員之任命等；又外國人請求發給居留許可之情形，如其決定屬於行政機關的裁量範圍時，亦應以最後的行政決定時點為準²¹⁴。其時點原則採「裁判時」說；例外採「行政最後決定時點」說。

本文以為，涉及原告請求被告採認學歷行政處分之請求權是否仍然存在為問題之所在，按學說及實務意見採「裁判時」說，該說之看法確有如台北高等行政法院 97 訴更一 63 號判決書所述，系爭認可名冊已於 95 年 5 月 8 日經教育部公告「自始不予適用」，則肯認原告有此公法上權利，亦發生根本「執行不能」之問題，該判決書之看法確有所據，合乎學說上見解，若肯定彼等有此請求權之存在，執行上亦無所依據，與法學上之原理相符。惟本問題若再為深層檢討，對於此結論則多少有疑問存在？本案的問題背景係當事人於「93 年」依據教育部於「86 年」公告之認可名冊行使其公法上請求權，於「93 年」經被告拒絕，原告次於「93 年」提起訴願，於「94 年」遭駁回處分，「94 年」提起行政訴訟，之後「95 年 5 月 4 日」獲勝訴裁判；教育部於「95 年 5 月 8 日」公告名冊自始不予適用。

從其行政救濟之過程檢討，本問題之探討有如下之疑問：一、被告於 86 年公告系爭認可名冊，同年行政院長指示政策暫緩，換句話說；其若有意使其不發生效力，至少有「6 年」的時間可以公告廢止之程序辦理，有充分之期間「能為而不為」，將行政機關之怠惰亦或者疏失，所產生對人民之不利益之結果，是否可歸責於當事人？二、次另將已經生效之依據，公告於公開網

²¹⁴ 陳清秀，行政訴訟上事實及法律狀態之裁判基準時，台灣本土法學雜誌第 125 期，民國 98 年 4 月，第 57 頁以下。

路「6年」之時間，待人民對其行使公法上之請求權時，方另以該名冊公告自始無效，使人民無法據以行使其權利，有無違反「不當聯結禁止」原則甚有疑慮？「不當聯結禁止」係指行政機關行使公權力、從事行政活動，不得將不具事理上關聯之事項與其所欲採取之措施或決定相互結合，尤其對人民課以一定之義務或負擔，或造成其他之不利益時，其採取的手段與所欲追求的目的之間，必須存有合理聯結之關係²¹⁵。

另一疑慮者若將本案的事實和法律提前到「訴願」階段檢視時，原告早於93年依法提出訴願，教育部於95年公告自始無效，如以訴願程序案件之違法判斷基準時點，是否產生不同之結果。學者林三欽氏認為：訴願原則以「行政處分」作成時為基準，例外以「訴願決定」為基準時點²¹⁶。則本案在該階段無論採「原則或例外」，系爭認可名冊皆屬為有效力之狀態，原告應具有公法上請求權依據，於訴願階段對其做出駁回之處分應屬違法。果如是；台北高等行政法院98訴更一字第63號裁判理由書，認本件既有原告據以申請事項有上述執行不能之實際上問題存在，自難認被告所為處分（93年9月10日函）有何違誤可言，訴願決定予以維持亦稱妥適之推論，即有待加以商榷。

結論上；否定原告之請求權為合法之論述，然而從上述之判斷做為行政機關之教育部，於本案之處理上應具有「可歸責」之事由，致原告損害其「權利」或「利益」，可歸責與損害間兩者應有「因果關係」。縱使該院其後認為自始無效，審判長仍應依據行政訴訟法第125條規定：「第2項審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論。第3項審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」告知原告可依行政訴訟法第7條規定：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付²¹⁷。」

其次，就信賴保護原則之分析而言，司法院大法官釋字第525號解釋：「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止，即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程

²¹⁵ 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎合著，行政法入門，元照出版社，民國95年1月3版第1刷，第85頁。

²¹⁶ 林三欽，訴願案件之違法判斷基準時，台灣本土法學雜誌第23期，民國89年6月，第6頁以下。

²¹⁷ 許崇賓，外籍配偶工作權之問題研究，東海大學碩士論文，民國97年5月，第75頁。

序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容，致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨。至經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規(如解釋性、裁量性之行政規則)係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護；又純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍……。」

本文以為，該號解釋進而要求其原則尚須符合：一、信賴基礎：即行政機關表現在外具有法效性之決策。二、信賴表現：即人民基於上述之法效性決策宣示所形成之信賴，實際開始規劃其生活或財產之變動，並付諸表現在外之實施行為。三、信賴在客觀上值得保護等要件。本件在台北高等行政法院 98 訴更一字第 63 號裁判理由書認：然查系爭認可名冊係在 86 年 10 月 24 日始經被告依檢覈及採認辦法規定公告，而原告早於 83 年 7 月間即已自中國大陸吉林工業大學管理學院技術經濟系畢業，殊難認原告有何基於系爭認可名冊之內容所形成之信賴，而有實際開始規劃其生活或財產或攻讀學位之變動，並付諸實施之「信賴表現」行為，自與前揭「信賴保護原則」之要件不符。

原告於 83 年自大陸畢業、系爭認可名冊 86 年公布，93 年取得在台定居許可，95 年公告自始無效；原告「信賴表現」之行為檢視，參考該號解釋意旨所闡明之要件，攸關本案之部分，即原告是否符合「純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴」之要件，對此應採否定之看法，理由有二：國內公布時間為 86 年，換句話說：「原告在尚未公布前，即已從大陸就讀大學畢業」，因此很難證明原告有表現出其信賴之具體行為此其一。次就教育部對於採認學歷立場而言，拒絕採認大陸學歷係教育部一貫之立場，從原告提起訴訟前，亦未曾有大陸地區人民獲得檢覈採認許可之案例，其應可讓原告可以得知，即使從大陸取得學歷，來到台灣以後其亦無法獲得採認之預見此其二。該院認：「殊難認原告有何基於系爭認可名冊之內容所形成之信賴，而有實際開始規劃其生活或財產或攻讀學位之變動，並進而主張無『信賴表現』行為之見解。」其所持之論理應有所據。

學說有以為原告所欲取得的並非此大陸學歷本身，而係在我國被檢覈及採認的「利益」，所以不應以原告早於法令公告前就讀大學，即認為原告並無信賴行為，應以該檢覈及採認利益為出發點，看原告是否具備相關信賴行為

的要件，肯定本案有信賴保護的適用²¹⁸。惟「信賴保護」原則須以行為人有構成「信賴表現」之行為，始符合該原則之適用，綜上面所述之事實，難認原告有符合信賴表現行為之要件。從另外角度觀察，司法院大法官釋字第605號解釋楊仁壽大法官部分不同意見書認為：「修廢舊法，對於信賴其所生之利益固應保護，但卻不能據以宣告新法違憲，而損及其安定性。故信賴保護原則，只能針對個案之具體情事，個別考量是否應依該原則，採取個別利益上之補救措施，而不能令其打破新法之價值關係。」無論此說是否有據，整體為雙方利益上之考量，如前所述；對於本案之處理，賦予其損害賠償之權利，似乎為較適當之處理方式。

貳、修法後之學歷採認

大陸地區學歷之採認，行政機關已改採認之政策，兩岸人民關係條例第22條規定，除屬醫療法所稱醫事人員相關之高等學校學歷外，得予採認²¹⁹。教育部依據該條例之授權，於民國100年1月6日將原為「大陸地區學歷檢覈採認辦法」修正為「大陸地區學歷採認辦法」（以下簡稱學歷採認辦法），以為採認學歷之依據。按該辦法之規定，經許可進入台灣地區團聚、依親居留或長期居留、定居之大陸地區人民符合要件者，得申請辦理學歷採認²²⁰，採認大陸地區高等學校或機構學歷之採認，應以認可名冊內所列者為限²²¹。持大陸地區高等學校或機構學歷之大陸地區人民，由教育部辦理採認²²²。所謂之「採認」依據大陸地區學歷採認辦法第2條第1項第4款規定：「採認：係指就大陸地區學歷完成查驗、查證，認定與台灣地區同級同類學校相當之學歷。」

²¹⁸ 許育典，再評大陸學歷採認的法律羅生門—台北高等行政法院97年度訴更一字第63號判決評析，台灣法學雜誌第125期，民國98年4月出版，第219頁。

²¹⁹ 參民國99年9月1日公布兩岸人民關係條例第22條第1項規定：「在大陸地區接受教育之學歷，除屬醫療法所稱醫事人員相關之高等學校學歷外，得予採認；其適用對象、採認原則、認定程序及其他應遵行事項之辦法，由教育部擬訂，報請行政院核定之。」

²²⁰ 參大陸地區學歷採認辦法第3條規定：「下列人民持有大陸地區學歷證件者，得依本辦法申請大陸地區學歷採認：一、台灣地區人民。二、申請來台灣地區就讀之大陸地區人民。三、申請於台灣地區大專校院依法於境外開設之專班就讀之大陸地區人民。四、經許可進入台灣地區團聚、依親居留或長期居留之大陸地區人民。五、經許可可在台灣地區定居之大陸地區人民。前項人民，於本條例中華民國99年9月3日修正生效後，於當學期或以後學期入學於大陸地區高等學校或機構就讀者，始得依本辦法申請高等學校或機構學歷採認。」

²²¹ 參大陸地區學歷採認辦法第8條規定：「大陸地區高等學校或機構學歷之採認，應以認可名冊內所列者為限；其有下列情形之一者，不予採認……。」教育部並公告大陸地區高等學校認可名冊，總計有41所大陸地區大學，資料取自教育部全球資訊網http://www.edu.tw/bulletin_list.aspx?pages=16，最後造訪日100年5月24日。

²²² 參大陸地區學歷採認辦法第6條第1項規定：「大陸地區學歷之採認，依下列規定辦理：三、申請來台灣地區就讀碩士、博士學位，或申請於台灣地區大專校院依法於境外開設之專班就讀之大陸地區人民，由就讀學校辦理查驗後，送本部辦理查證及認定。四、持大陸地區高等學校或機構學歷之台灣地區人民或大陸地區人民，除前款以外，由本部辦理採認。」

大陸地區學歷之採認政策，論者以為涉及兩項問題爭議，一、學歷採認不溯及既往，在該辦法生效前赴大陸取得學位者，其學位並不被採認。二、涉及醫療法所稱醫事人員相關系所之學歷不予採認²²³。學歷之採認對象，有台灣地區人民和大陸地區人民之分，僅就大陸地區人民為主要討論。學歷採認不溯及既往，依據新公布之學歷採認辦法第3條第2項規定，於民國99年9月3日修正生效後，於當學期或以後學期入學於大陸地區高等學校或機構就讀者，始得依本辦法申請高等學校或機構學歷採認²²⁴。其次，該辦法另規定於民國81年9月18日制定生效後，至99年9月3日修正生效前，已於大陸地區高等學校或機構就讀者，其所取得之學位，符合要件者，得申請參加教育部之學歷甄試，甄試通過者，核發相當學歷證明²²⁵。採認之時點兼顧「原則」與「例外」之情形，應無存在問題，有疑問者為涉及醫療法所稱「醫事人員」相關系所之學歷不予採認政策。

論者以為政府有權採認學歷的基礎，在於「人民有受教育之權」，這個權利的行使，最基本的核心乃在於人民有權可自由的選擇，認為最合適的學校受教育，不管這個學校是台灣、美國還是大陸的學校，基於受教權的核心權利—自由選擇學校的權利，政府要直接或間接地去限制，都必須十分謹慎²²⁶。人民有受教育之權源來自憲法，同法第21條規定：「人民有受國民教育之權利與義務。」該法規定受國民教育之「權利」與「義務」，則此性質為何？若為前者，須符合憲法規定之要件，方能「必要」的以法律限制之²²⁷。論者從學習權保障之觀點以為，受教育的權利係作為保障學習權之實現而存在，人民在不斷的學習過程中，自我學習與接受教育，而健全人格與發展，所以學習與受教育，為人民之基本權利而非義務²²⁸。司法院大法官釋字第382號解釋文稱：「各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上

²²³ 參陳長文，天堂不撒守—從大陸學歷採認看政府律師的必要，中國時報，民國99年9月20日，資料取自 <http://www.twsu.org/thread-3235-1-1.html>，最後造訪日民國100年5月24日。

²²⁴ 有關大陸地區學歷採認辦法第3條第2項規定，請參閱前註腳220。

²²⁵ 參大陸地區學歷採認辦法第11條第1項規定：「台灣地區與大陸地區人民自本條例中華民國81年9月18日制定生效後，至99年9月3日修正生效前，已於大陸地區高等學校或機構就讀者，其所取得之學位，符合第7條及第8條規定，得申請參加本部自行或委託學校、機關（構）或團體辦理之學歷甄試；經甄試通過者，由本部核發相當學歷證明。」

²²⁶ 參陳長文，天堂不撒守—從大陸學歷採認看政府律師的必要，中國時報，民國99年9月20日，資料取自 <http://www.twsu.org/thread-3235-1-1.html>，最後造訪日民國100年5月24日。

²²⁷ 參憲法第23條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

²²⁸ 周志宏，受教育是權利還是義務？收錄於月旦法學教室公法學篇，元照出版社，民國91年10月，第58頁。

之行政處分。」學界及實務意見皆認為此性質，應為人民之基本「權利」而非義務，鑑於人民受教育係為保障其學習權，透過不斷學習之過程獲得知識，為人格發展之基礎，本文以為，應作如是解釋，雖肯認其權利之性質，但得以法律為必要之限制。

兩岸人民關係條例第 22 條，對於醫事人員學歷不予採認，參考其修正理由係：「一、鑑於國內醫事人員養成涉及教、考、用三階段，加上各類醫事人員養成尚涉及實習場所醫院容額之限制，為避免本國生受教權益受損，及保障國人健康安全等因素，現階段尚不宜開放採認大陸醫事類科學歷，並於法條中增訂²²⁹。」另參考學歷採認辦法草案說明：「鑑於國內醫事人員已有供過於求情形，並考量大陸之教育制度與醫療水準與我國有相當之差異，且此事又將徹底破壞國內各類醫事人力培育以及供需規劃之完整性，亦可能因醫事人力供過於求而造成不必要誘發醫療需求、浪費醫療資源，甚至造成國內醫療環境嚴重失序現象²³⁰。」排除醫事人員之學歷，係涉及國內醫事人員養成政策、人力供過於求，及保障國人健康安全等，參考其主張之理由，一、醫事人員已有供過於求之情形，開放其他領域部門之學歷，亦有同樣之問題。二、大陸之教育制度與醫療水準與我國有相當之差異，然而目前之政策，係對認可名冊之學校加以採認，名冊內之大陸地區高校，其學術水準理應為國內所認同，此主張亦顯示不夠充分。因此，採此政策主要應以保障本國醫事人員，以及國人健康安全考量等因素為主要。其理由具有重要之公共利益，而得以法律來限制之，惟是否具「必要」性，有待討論。

大陸配偶其大陸地區醫事學歷，於國內獲本國採認者，其可持該學歷於國內從事相關之工作，並證明其具該方面之專長，對於醫事人事之學歷加以限制，影響其權利之行使，須符合憲法第 23 條「必要」之要件。所謂醫療法所稱醫事人員，係指領有中央主管機關核發之醫師、藥師、護理師、物理治療師、職能治療師、醫事檢驗師、醫事放射師、營養師、藥劑生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事檢驗生、醫事放射士及其他醫事專門職

²²⁹ 資料取自立法院法律系統 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@@@1804289383>，最後造訪日民國 100 年 5 月 24 日。

²³⁰ 參大陸地區學歷採認辦法草案第 6 條理由：「八、鑑於國內醫事人員已有供過於求情形，並考量大陸之教育制度與醫療水準與我國有相當之差異，且此事又將徹底破壞國內各類醫事人力培育以及供需規劃之完整性，亦可能因醫事人力供過於求而造成不必要誘發醫療需求、浪費醫療資源，甚至造成國內醫療環境嚴重失序現象。」資料取自行政院公報 http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager 最後造訪日民國 100 年 5 月 24 日。

業證書之人員²³¹，從該法對醫事人員之立法定義，幾乎與醫療相關之專門系所皆被包含其內，範圍是否過於廣泛，有待討論。人民之學歷取得與否涉及「職業能力資格請求權」，此屬前階段之權利，此等與人格發展自由發展密切，對其做限制，愈有形式上「法律保留」之適用，同時立法裁量範圍愈小，如果以較後階段方式，可達成公共利益之目的，即不必以限制較前階段的方式行之²³²。本文以為，對於大陸地區之醫事學歷不予採認，參司法院大法官釋字第 618 號解釋文稱：「係基於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會體制具有重大之本質差異」，立法者所為之差別待遇應具有正當性，惟以保障本國醫事人員，國人健康安全考量為手段而言，限制醫事人員之學歷，從前揭理論得知，此涉及人民之職業能力資格請求權，立法裁量愈小，因此，應僅限於與醫事人員直接相關事項者，如醫師法所稱之醫師、中醫師及牙醫師為限²³³。退一步而言，若立法者認為對醫事人員學歷採認，非以廣義解釋為之不可，則護理師、護士之範圍，似應將其排除在外，較具合理性，因該等人員實際所從事者，為醫療之輔助行為，其業務上所職掌者未直接涉及其核心之行為²³⁴，雖與國人健康有關，惟其關聯性尚屬輕微，立法者似乎不必於前階段，即對其資格加以排除，而限制彼等之學歷。

第三節 擔任公務員之限制

第一項 案例之說明

原告謝○梅原為大陸地區人民，在民國 80 年間與台灣地區人民結婚，於民國 85 年間獲准來台居留，民國 87 年間獲准定居並設籍。嗣於民國 90 年應初等考試筆試及格，並於實務訓練期滿後獲發考試及格證書，取得任用資格。台北市政府人事處於民國 91 年間，依據台灣地區與大陸地區人民關係條例第 21 條第 1 項前段（以下簡稱兩岸人民關係條例），以其原為大陸地區人

²³¹ 參醫療法第 10 條第 1 項規定：「本法所稱醫事人員，係指領有中央主管機關核發之醫師、藥師、護理師、物理治療師、職能治療師、醫事檢驗師、醫事放射師、營養師、藥劑生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事檢驗生、醫事放射士及其他醫事專門職業證書之人員。」

²³² 李惠宗，憲法工作權保障之系譜，收錄於劉孔中、李建良主編憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（44），民國 87 年 6 月，第 365 頁。

²³³ 參醫療法第 10 條第 2 項規定：「本法所稱醫師，係指醫師法所稱之醫師、中醫師及牙醫師。」

²³⁴ 參護理人員法第 2 條規定：「本法所稱護理人員，指護理師及護士。」同法第 24 條規定：「護理人員之業務如左：一、健康問題之護理評估。二、預防保健之護理措施。三、護理指導及諮詢。四、醫療輔助行為。前項第四款醫療輔助行為應在醫師之指示下行之。」

民，在臺灣地區設籍未滿 10 年，不得擔任軍公教或公營事業機關人員為由，拒絕辦理派代送審作業並令其離職。原告謝 0 梅向原行政處分機關提起訴願被駁回後，向台北高等行政法院提起本件行政訴訟。聲請人台北高等行政法院第三庭以上開條文（兩岸人民關係條例第 21 條第 1 項）適用上有違憲疑義；遂提起本件釋憲案，聲請大法官解釋，後經司法院大法官釋字第 618 號解釋，認兩岸人民關係條例第 21 條之規定合憲。

第二項 國籍限制之要件

壹、公務員之性質

公務員之性質為何？從其「定義」為何加以探討之，現行法之規範有刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」公務人員任用法施行細則第 2 條規定：「本法所稱公務人員，指各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員。」相關之法律定義，從最廣義之刑法到最狹義之公務人員任用法施行細則可知，其具有下列特質：依法令服務於國家，基於國家之委託，賦予其公權力，行使其法定職權。

因此，公務員之於國家在某些部分，雖類似勞工與雇主間，例如：國家與公務員間，其對長官之命令有服從之義務²³⁵，在職務之執行方面，依法受到保障²³⁶；勞工須聽命於雇主，雇主對於勞工有保護之義務²³⁷。乍看之下兩者雖具類似性，然而最大不同之處在於，前者因服務於行政機關各部門，依所擔任職務之等級不同，可能掌有國家之機密資料以及所從事之業務與人民發生密切之公法關係，後者於企業內服勞務即無此等之關係，雙方間之權利義務大部份規範於私法中。

從事公職對於國家有別於勞工之特別關係，故對其所應具備之任用資格，

²³⁵ 參公務員服務法第 2 條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」

²³⁶ 參公務人員保障法第 9 條規定：「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。基於身分之請求權，其保障亦同。」

²³⁷ 參勞動基準法第 8 條規定：「雇主對於僱用之勞工，應預防職業上災害，建立適當之工作環境及福利設施。其有關安全衛生及福利事項，依有關法律之規定。」

各國法制均有相當之限制，因所從事之職務，涉及公權力與「國家安全」維護之問題，故「外國人」在其非所屬國籍，欲擔任者均設有須符合一定之條件始得從事。憲法第 18 條規定：「人民有應考試、服公職之權。」是項權利學者林騰鶴氏之見解將其分類屬於「參政權」²³⁸。除此之外，依據司法院大法官釋字第 491 號解釋：「憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權，國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行為，亦應兼顧對公務人員之權益之保護。」從該號解釋可得知，服公職權亦具有工作權之性質。「參政權」、「工作權」皆屬本國人之基本權利，對於外國人擁有是項權利，於國內受到較多之限制，依學說之見解可為合理之差別待遇²³⁹。換言之；立法具有較大權限之裁量，其任用制度之形成，可由國際間每個國家以「法律」或「法律授權之命令」對其做「合理」限制。

貳、限制要件之觀察

服公職雖肯認為憲法所保障之權利，該等性質經前述之介紹，具工作權之特性，原則上屬本國人方得擁有之，外國人該等權利之限制得為「差別待遇」，惟限制須為「合理」。國內對於此等法律之規範，依據公務人員任用法第 28 條規定：「有下列情事之一者，不得任用為公務人員：一、未具或喪失中華民國國籍。二、具中華民國國籍兼具外國國籍。」公務人員基準法草案 45 條規定：「公務人員應具有中華民國國籍及各該任用法規所定任用資格，並年滿 18 歲以上者，始得任用。」現行法律之規定中，其立法主義係以具備「國籍」或未具有「雙重國籍」者為其要件。

「國籍」的概念有認為國籍乃個人對國家的契約關係；另有認為歸屬與永久忠順，或者是絕對之服從；有的認為是自然人與一定國家的穩固法律聯繫；另有係根據效忠和保護來確定，此等賦予各國有關其國民的權利義務²⁴⁰。不管採何說對於其理解，大致上代表和其所屬國之間的「法律聯繫、效忠、依賴」等，具本國籍者對所屬國之忠誠度較能受到檢驗，以及具有某方面之認同感。惟隨著全球化之時代來臨，人與人之交流不只侷限於本國，更擴及於世界之任何國家，國內亦不能例外之。我國目前的婚姻移民人口數字每年均有攀升，其面對問題之一，即彼等遷移於國內居留，隨時間之久暫，

²³⁸ 林騰鶴，中華民國憲法，三民書局出版社，民國 94 年 8 月修訂四版一刷，第 165 頁。

²³⁹ 李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代第 25 卷第 1 期，民國 88 年 7 月，第 57 頁。

²⁴⁰ 何明瑜，論國籍與歸化-兼評我國之外國人歸化法制，政大法學評論第 70 期，民國 91 年 6 月，第 152 頁以下。

須於移入國從事工作，獲得薪資報酬，擔任公務員亦為選項之一，惟如上所述，此等法制之規範，「國籍」列為一項重要之參考，此等立法是否符合世界潮流，茲以下列國家之規範限制，以為比較參考。

表4-4-2-1. 各國以國籍做為任用公務員要件規定²⁴¹

英 國	依據國家公務員管理法： 一、原則上應為英國聯邦國民或愛爾蘭共和國之國民 二、未具英國籍者： （一）EEA(歐洲經濟地區)之國家，不論加盟或未加盟國家之國民，得被進用為非定義為「公務」之官職。 （二）EEA 以外之外國人於下列情況下，得經內閣總理大臣之承認後取得雇用證明書，有條件的被任用。 *無其他符合國籍規則且具有適當各之進用人選時。 *具有特別資格者。 三、雙重國籍者：可擔任公職。
美 國	依據總統命令第 11935 號： 一、原則上需具美國國籍。 二、未具美國籍者：如有業務效率提升等特別狀況、特定事例，或有臨時任用必要時，可任用外國人(例如駐外大使館之通譯)。 三、雙重國籍者：未限制雙重國籍者擔任公職，惟政府部門得以「國家安全及忠誠」之理由，要求當事人放棄原有之國籍。
德 國	一、具有符合基本法第 116 條意義之德國籍，得任命為公務員(德意志聯邦公務員法第 7 條第 1 項第 1 款。)。 二、具有歐盟國家籍者亦可任公職。 三、雙重國籍者：原則上仍可擔任公職，惟特殊職務(如國防部高階職務)必須經過審核。
日 本	一、法未明文。但依人事院解釋，凡「參與公權力行使，或國家意見形成之公務員，其任用應具備日本國籍」(例如：警察)，其餘則不一定需具備日本國籍(例如：醫師、臨時職員、技術人員等) (1953.6.29 人事院 12-323 號函覆外務次官；1955.3.18，12226 號人事院事務總長核復大阪地方事務所)

²⁴¹ 陳靜慧，限制原大陸地區人民出任公務人員合憲之研究-以平等權為中心的觀察，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 7 月，第 86-87 頁。

<p>二、雙重國籍者：日本採取單一國籍制，具外國籍者依前述原則處理。</p>
--

根據上述國外以「國籍」為公務員任用限制規定門檻可知，大部分國家原則上欲擔任公職者須具備該國籍，非具備本國籍者例外採限制規定；而對雙重國籍者原則上採取開放之態度，而我國係採取排除主義，就對「雙重國籍」者之限制相較，比其他國家為嚴格。國內之此等規定，是否為絕對標準，具備國籍者之國民，對於所屬國之忠誠度即不容置疑。論者以為「國籍」來判斷一個人是否效忠於本國，毋寧是一種不得已的變通之計，因為是否真心認同所屬國，根本無從具體檢驗；因此，基本上以此來認定個人對特定國家之歸屬與忠誠關係的合理性原則上應予以「肯定」，只是在標準之外似乎有必要多一些彈性空間，例如：以個人與特定國家間的實際關聯程度為準，比方說居住在本國已數 10 年期間，並在國內置產成家、對我國有特殊貢獻等；如此以國籍歸屬為主，輔以容有例外認定之彈性空間，應較傳統作為絕對不變忠誠度認定依據，進而決定是否給予公民資格一包括出任公務員之權利，更符合人權保障的理念，也更能因應全球化的挑戰²⁴²，此項見解具有參考價值。

第三項 學說上見解

學者黃昭元氏認本號解釋涉及兩岸關係，其過於重視事務領域(兩岸關係)的比重，而忽略分類的敏感性，系爭規定針對本國公民使用「非原始公民」(原國籍)之分類，涉及的權利類型又是憲法明文保障的服公職權，且為公民資格的主要成分，本號解釋採取如此寬鬆的合理審查標準，實在說不過去，至少應適用中度審查標準審查；如採取此標準，立法目的正當，而 10 年期間限制部分過長，職務範圍限制過廣，致有部分違憲之嫌²⁴³。學者陳長文氏認司法院大法官釋字第 618 號解釋舉出的理由是「忠誠義務」、「自由民主憲政體制認識」，其係擔心來自大陸的「公民」，可能會對國家不忠，民主素養不夠，以此為由，便允許法律讓她們成為「次等公民」²⁴⁴。學者廖元豪氏認對「歸化公民」的差別待遇，依平等權的脈絡，兩岸關係條例實際上是一種

²⁴² 陳靜慧，限制原大陸地區人民出任公務人員合憲之研究-以平等權為中心的觀察，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 7 月，第 88-89 頁。

²⁴³ 黃昭元，從釋字第 618 號解釋探討原國籍分類的司法審查標準，收錄於李鴻禧教授七秩華誕論文集-現代憲法理論與現實，元照出版社，民國 96 年 9 月，第 496-497 頁。

²⁴⁴ 陳長文，冷漠麻木的大法官解釋，中國時報民國 95 年 11 月 9 日，A15 板。

「原始國籍」之歧視，有違憲法平等權之保障精神，另系爭的「手段」以全面禁止原籍大陸之國民 10 年內擔任公教職務恐亦無法通過檢驗²⁴⁵。學者許崇賓氏認就國家利益與安全角度而言，在立法政策上以其定居設籍滿 10 年之適應期為考量，可謂具有重要之公共利益，惟服公職對國家安全與利益之影響所需民主素養程度，仍有予以分類之可能，應採類型化後區分限制擔任公職類別之手段，方較具有必要性²⁴⁶。

第四項 本文見解

壹、體系正義

「體系正義」是以立法者為出發點，立法自我拘束的法理，係「平等原則」下規範審查的一項基準，係指其一貫的堅持其曾經所建立起之法則，非有特殊理由，不得任意突破「體系」，否則即係違反立法的一貫性，而有違反平等原則之虞²⁴⁷。司法院大法官釋字第 596 號解釋許玉秀、許宗力大法官不同意見書稱：「法秩序理應是一個沒有內在矛盾的法價值體系，當立法者對某特定事務或生活事實作出某種原則性的基本價值決定後，在後續之立法，即有遵守該基本價值決定之義務，否則將破壞整個法價值秩序體系的一貫性與完整性，也就是體系正義之違反。」

然而，並非不可抵觸體系，其係要求立法者作出相反的決定時，必須提出充分而一貫的說理，只在規範之目的相歧，且法領域秩序之結構，違反衡平要求時方屬之²⁴⁸。以此原則檢驗系爭之條文²⁴⁹，是否與該原則有違？該條文適用可能產生如下之疑義，條文規定之立法目的應係認彼等人民從事公

²⁴⁵ 廖元豪，試用期的台灣人？—承認次等公民的釋字六一八號解釋，全國律師雜誌，民國 96 年 5 月，第 32 頁以下。

²⁴⁶ 許崇賓，大陸地區人民在台擔任公職之限制-大法官釋字第 618 號解釋評析，法令月刊第 61 卷第 5 期，民國 99 年 5 月，第 54 頁。

²⁴⁷ 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2008 年 9 月，第 131 頁。

²⁴⁸ 陳愛娥，立法機關的社會政策形成自由與平等原則，台灣本土法學雜誌，民國 89 年 9 月，第 92 頁。

²⁴⁹ 參兩岸人民關係條例第 21 條規定：「第 1 項大陸地區人民經許可進入台灣地區者，除法律另有規定外，非在台灣地區設有戶籍滿 10 年，不得登記為公職候選人、擔任公教或公營事業機關（構）人員及組織政黨；非在台灣地區設有戶籍滿 20 年，不得擔任情報機關（構）人員，或國防機關（構）之下列人員：一、志願役軍官、士官及士兵。二、義務役軍官及士官。三、文職、教職及國軍聘僱人員。第 2 項大陸地區人民經許可進入台灣地區設有戶籍者，得依法令規定擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員，不受前項在台灣地區設有戶籍滿 10 年之限制。前項人員，不得擔任涉及國家安全或機密科技研究之職務。」

職，對國家安全有所危害，故採「原則」禁止「例外」許可，經許可進入台灣地區設有戶籍之大陸地區人民，得依法令擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員，但不得擔任涉及「國家安全或機密科技研究之職務」。然其所創設之「例外」得擔任之職務，實際上部分亦有屬於公務員性質者，例如：國立大學教師、研究機構職員等，若渠等人員所擔任者，與條文前項規定競合者，法律之適用產生問題。另有論者以為，何以所有之公教人員比大學教職更「威脅國家安全」，既然同條文第 2 項列舉人員在不致侵害國家安全之情況下可以，何以不能適用於公教人員²⁵⁰。

其次，國籍法第 10 條規定：「外國人或無國籍人歸化者，不得擔任下列各款公職：一、總統、副總統。二、立法委員。三、行政院院長、副院長、政務委員；司法院院長、副院長、大法官；考試院院長、副院長、考試委員；監察院院長、副院長、監察委員、審計長。四、特任、特派之人員。五、各部政務次長。六、特命全權大使、特命全權公使。七、蒙藏委員會副委員長、委員；僑務委員會副委員長。八、其他比照簡任第十三職等以上職務之人員。九、陸海空軍將官。十、民選地方公職人員。」前揭條文係以針對國家安全，有所危害顧慮之公職加以分類規範，未加以排除者，即可從事是項職務。既然國內法律的規範，有將公職種類，依其對國家安全危害程度分類，何以兩岸人民關係條例第 21 條第 1 項，係以 10 年內不得從事任何職務之規範，須由立法機關提出充分說理，否則可能有體系抵觸之疑義。

上述之檢驗對立法者體系相反之決定，於正當理由之說理尚存有疑義，本文以為，禁止從事公、教職類職務之重點，應在於確保國家安全之有效性。立法之技術，以「公務員」之用語，含概所有之公職，實為不當之規範，且過於廣泛而有違體系正義，是項權利之限制，理論上並非不許，惟所採取之手段需達「必要」之程度，因此，對於限制公務員從事之種類，應予以「類型化」，對其有危害顧慮者即加以排除，則悖於此原則之批評，方見能其緩和。

貳、平等原則之檢驗

外籍配偶合法居留 3 年以上即得辦理歸化，依據國籍法第 10 條，其立法技術係以反面排除方式，對於不得擔任公職之種類，以法律明文加以排除，

²⁵⁰ 廖元豪，試用期的台灣人-承認次等公民的釋字 618 號解釋，全國律師 2007 年 5 月，第 33 頁。

換言之，未加以排除者，即可從事是項職務²⁵¹，然而大陸配偶經兩岸人民關係條例之規定，須具有 10 年以上之要件，兩者相較，後者有較為嚴格之情形，此差別待遇是否合憲。

一、制度目的之確定

限制大陸配偶工作權規範目的何在？其規範之依據係來自於兩岸人民關係條例之規定，該條例係依據憲法增修條文第 11 條之授權，其係為「確保台灣地區安全」而制定，此項立法目的有合憲性之基礎，亦更為憲法第 23 條四項公益條款內容所涵攝之範圍內，可依「法律」加以做限制。在實務上之見解，司法院大法官釋字第 497 號解釋理由書指：「民國 81 年 7 月 31 日公布之兩岸人民關係條例係依憲法增修條文所制定，為國家統一前確保台灣地區安全與民眾福祉，規範台灣地區與大陸地區人民間權利義務之特別立法」；釋字第 618 號解釋理由書更進而指出：「鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保台灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當。」實務上之意見亦認為，其制定之立法目的具有合憲性基礎，因此其規定並不違憲。

二、事物本質要素探求

「外籍配偶」與「大陸配偶」的事務，理論上雖同屬「移民」事務，然而兩者之最大不同之處，在於後者之「國籍」來自中國大陸。因國內目前兩岸分治的事實及仍屬敵對之狀態，特別以兩岸人民關係條例為規範之依據，其主要目的在於確保台灣地區安全，兩岸敵對的狀況升高，「確保台灣地區安全」的需要即相對提高；狀況降低「確保台灣地區安全」的需求即相對降低。該條例制度目的經前述檢驗，具有正當合憲性之基礎。現階段兩岸分治的事實，法制為了確保台灣地區安全之需要，在同屬移民事務規範對象上確是有其本質上之不同，可為差別待遇，惟其基準為何？學者陳靜慧氏認現階

²⁵¹ 國籍法第 4 條規定：「外國人或無國籍人，現於中華民國領域內有住所，具備前條第 1 項第 2 款至第 5 款要件，於中華民國領域內，每年合計有 183 日以上合法居留之事實繼續 3 年以上，並有下列各款情形之一者，亦得申請歸化：一、為中華民國國民之配偶。」同法第 10 條規定：「外國人或無國籍人歸化者，不得擔任下列各款公職：一、總統、副總統。二、立法委員。三、行政院院長、副院長、政務委員；司法院院長、副院長、大法官；考試院院長、副院長、考試委員；監察院院長、副院長、監察委員、審計長。四、特任、特派之人員。五、各部政務次長。六、特命全權大使、特命全權公使。七、蒙藏委員會副委員長、委員；僑務委員會副委員長。八、其他比照簡任第十三職等以上職務之人員。九、陸海空軍將官。十、民選地方公職人員。」

段兩岸仍分治的情形下，合法入境台灣得為國家統治權所及之大陸地區人民，其權利之保障相較於未入境之大陸地區人民，應為適度的放寬，其入境台灣地區為短期停留、或已取得居留權、或設籍定居台灣地區，也相應為不同程度的放寬²⁵²。兩者做為差別待遇，係為實現憲法價值理念，符合其需求，而具有邏輯上正當關連性之要求。

本文以為就兩岸人民關係條例適用之對象而言，原告於87年10月29日設戶籍登記於台北縣，依法屬於「中華民國台灣地區人民²⁵³。」其是否為條文所適用之「大陸地區人民」產生疑義。台北高等行政法院從現行條文之解釋認為，其已不再為憲法增修條文第11條所稱之「大陸地區人民」，而係屬中華民國自由地區之國民²⁵⁴。就本問題前述大陸學歷採認案，最高行政法院對於「舊大陸學歷檢覈採認辦法」之適用對象，於發回更審理由中時亦有同樣之疑義，系爭規定所指之「大陸地區人民」，是否為「原」設籍之大陸地區人民。

台北高等行政法院釋憲理由書之所以會採此見解，係從兩岸人民關係條例及施行細則採「文義解釋」所獲得之結論，係不含已設籍台灣地區之大陸地區人民，乍看之下似乎言之成理。惟不在該條例第21條第1項規範之效力，則其內容為何，即成疑問？取得戶籍者非條文所欲限制者，則在何種情形該條文之構成要件方為該當。該條例所以須對來台大陸地區人民設限，其理由應係以國家安全維護為考量，若以此觀點而言，其事物之本質應係以規範所有來自大陸地區人民為適用對象，然而再依彼等入境之後居留年限、目的而另為規範，例如：欲取得設籍資格者，需在台居留6年之期限始得定居²⁵⁵，之後並取得設籍之要件。若將之解為取得國籍者，為台灣地區人民，得

²⁵² 陳靜慧，從平等權的觀點論大陸配偶在台灣地區之法律地位及其基本權利之保障，憲政時代第28卷第2期，民國91年10月，第68頁。

²⁵³ 參戶籍法第15條規定：「在國內未曾設有戶籍，且有下列情形之一者，應為初設戶籍登記：一、中華民國國民入境後，經核准定居。二、外國人或無國籍人歸化或回復國籍後，經核准定居。三、大陸地區人民或香港、澳門居民，經核准定居。四、在台灣地區合法居住，逾12歲未辦理出生登記。」第57條第1項規定：「有戶籍國民年滿14歲者，應申請初領國民身分證，未滿14歲者，得申請發給。」

²⁵⁴ 參台北高等行政法院91訴字第2864號釋憲理由書：「按兩岸人民關係條例第21條第1項所欲規範之對象「大陸地區人民」，乃是已定居並設籍於中華民國自由地區之「原」大陸地區人民，本案原告已不再是憲法增修條文第11條所稱之大陸地區人民，而是不折不扣之中華民國自由地區之國民。按憲法第3條規定具有中華民國國籍者為中華民國國民，本條例第2條第3款規定台灣地區人民指在台灣地區設有戶籍之人民，本條例施行細則第4條第2項規定大陸地區人民許可進入台灣地區定居，並設有戶籍者，為台灣地區人民。」

²⁵⁵ 參兩岸人民關係條例第17條第10項規定：「---在台依親居留滿4年，符合第3項規定，得申請轉換為長期居留期間；經轉換併計後，在台連續長期居留滿2年，並符合第5項規定，得申請定居。」

投入公職考試，不受該條文 10 年之限制，系爭條例將無適用之餘地，應非制定之本旨。其次，所有法律問題，皆有四個層次：「法本質論」、「立法論」、「法解釋論」及「法適用論」的問題，法本質論在探討特定法領域的基本命題「是否存在」及其「效力」如何的問題，包括所擬檢討問題的屬性，此一層次問題的探究結論，可作為檢討立法是否正確的檢討憑據，亦即探討某些法則是否可以「具有法規範效力」的「命題」；立法論係立法者以民意代表的地位，受人民付託，代表著國民意志，透過法律之制定，以落實憲法所創立的價值秩序，旨在檢討透過法律制定所形成的「實證法的秩序」是否符合法的本質或符合憲法所揭示的價值秩序²⁵⁶。

本文以為，該條例第 21 條第 1 項的爭議，應從「立法論」加以檢討，兩岸人民關係條例係基於憲法增修條文第 11 條之授權而制定，依據該條例第 1 條規定：「國家統一前，為確保台灣地區安全與民眾福祉，規範台灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件，特制定本條例。本條例未規定者，適用其他有關法令之規定。」憲法所創立的價值秩序為確保台灣地區安全，故以兩岸人民關係條例的制定落實之，條文之限制對象，將其解釋為不含已設籍於國內之「原」大陸地區人民，則對於已設籍者，產生無適用餘地之結果，其法之秩序產生矛盾，立法用意亦勘慮，應非該條之原意。兩岸人民關係條例第 2 條第 1 項第 3 款規定：「台灣地區人民：指在台灣地區設有戶籍之人民。」所謂之「台灣地區人民」，應係指不含從大陸地區來自國內定居之人民。本文以為，其所欲規範之對象應係指同條文規範之大陸地區人民²⁵⁷。未來為避免實務適用產生之困擾，應修正該條例之定義。

三、合理差別待遇的形成

因憲法增修條文第 11 條的授權，另以兩岸人民關係條例加以規範，其立法目的係為確保台灣地區之安全。目前兩岸分治與敵對狀態，國家安全之利益與考量，顯然為其基礎，亦為憲法之價值秩序，因此在有關涉及彼等權利義務間，亦以該條例為準據。國內法制對於外籍配偶的規範另有法律之依據，兩者之所以有不同對待之事由，亦可依此推知係因影響國家安全不同程度之差異，而給予後者較為寬鬆之待遇。論者認為若以憲法或國際法上人權保障之標準，差別待遇之合理正當與否，欲通過檢驗均將有困難。因此，僅

²⁵⁶ 李惠宗，總統刑事豁免權及機密特權之研究-大法官釋字第 627 號解釋評釋，月旦法學雜誌 147 期，民國 96 年 8 月，第 81 頁以下。

²⁵⁷ 兩岸人民關係條例第 2 條第 1 項第 4 款規定：「大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍之人民。」

以憲法增修條文第 11 條及因而制定之兩岸人民關係條例為基礎，作為與外籍配偶差別待遇之基礎，對於人權保障則顯不相當且值得深思²⁵⁸。

釋字第 618 號解釋認為並無違背「平等原則」之保障，惟未更進一步指出具體之理由，以確保台灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序等用語而認無違憲之見解，是否合理有據。大陸配偶如前所述，同屬「移民事務」之一環，然因確保國家安全之考量，故以兩岸人民關係條例做特別規定，因此兩者有其本質上的不同，而可為合理差別待遇。為確保台灣地區安全，設籍未滿 10 年以法律禁止擔任所有的公職，如此的邏輯在目的上或許是正確，然而在手段的限制選擇，似有待檢討。依該條例之規定，其欲取得設籍台灣公民資格者，按同條例的規定至少須 6 年，如果順利取得再符合限制之門檻，在台灣計至少須等待 16 年之時間，方取得應考公職的資格，是否適當頗值深思？公民與政治權利國際公約第 2 條規定：「本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公約所確認之權利」。同公約第 25 條規定：「凡屬公民，無分第 2 條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會：一、直接或經由自由選擇之代表參與政事。二、在真正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及而平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現。三、以一般平等之條件，服本國公職。」參酌學理與公約之見解此種以「國籍」為分類標準的限制規定，原則上係被禁止，因此在立法上所欲選擇採取的手段，即必須更加謹慎，若無堅強之理由，所採手段易受違憲之指摘。

然而，「公務員」從事公務行使公權力之關係，使其對國家須盡較多之義務，誠如司法院大法官釋字第 618 號解釋所指：「公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策。」公務員之性質經分析屬於「參政權」，該權利除法律另有規定外，原則上外國人不得享有之，擔任公務員限制以「原始國籍」為要件，參照國外對於公務員任用之規定，原則上亦以具本國籍之國民為優先；對於尚未取得我國籍之人民，以公務員之性質及國外立法例，用法律限制擔任公務員之規定，從理論上觀察應係被允許的。本文以為，尚未取得我國籍之人民

²⁵⁸ 蔡庭榕，國境警察學報第 7 期，從平等權論外籍配偶與大陸配偶之差別待遇，民國 96 年 3 月，第 203 頁。

限制其從事公務員，理論上既係被允許的，然而若已經取得我國籍之大陸地區人民，限制其擔任是否合理。對於國籍之定義一般係指人民與國家之法律連繫、效忠等之關係，則取得「國籍」者亦具有此等之連繫，因此即不能與尚未取得者等同視之，否則有違「平等」原則之疑義。系爭條文未以個人與特定國家間之實際關聯程度為準，例如：居住在本國已數 10 年期間，並在本國置產成家等因素考量，在法律上一律以取得國籍後未滿 10 年不得擔任任何公職，條文以「絕對式」之規範，並無考量例外之情況，其合理性甚有疑義。

其次，就「職務種類範圍」之限制而言，釋字第 618 號解釋認：「限制原設籍大陸地區人民，須在臺灣地區設有戶籍滿 10 年，作為擔任公務人員之要件，實乃考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入台灣社會需經過適應期間，且為使原設籍大陸地區人民於擔任公務人員時普遍獲得人民對其所行使公權力之信賴，尤需有長時間之培養，系爭規定以 10 年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所為之斟酌判斷，尚無明顯而重大之瑕疵。」該解釋認為屬合憲措施，手段仍在必要及合理之範圍內，是否「合理必要」比例原則之理論可資為引用。該條例第 21 條第 1 項規定全面禁止原籍大陸地區之公民 10 年內擔任任何公職職務，試想「人的一生有幾個 10 年」，從該條文規定之目的而言，全面之禁止係基於維護「國家安全」之目的，然而為了維護「國家安全」的目的，在手段採取全面的禁止是否必要？侵害是否屬最小？應該有其他更適當之方法，更能達成目標，又不至造成「種族歧視」效果。例如，政府可在許可入境、定居或設籍之時，審查其「忠誠度」。若對其忠誠有合理疑慮，則得不予許可，此外，公務員本受公務員法與刑法之規範，如瀆職洩密，亦有刑罰等制裁可資因應。排斥原籍大陸之公民擔任公教人員，應非必要之手段²⁵⁹。惟有論者認為現行總統副總統選舉罷免法第 20 條第 1 項規定：「在中華民國自由地區繼續居住 6 個月以上且曾經設籍 15 年以上之選舉人，始得申請登記為總統副總統候選人」，可見並非僅有兩岸人民關係條例才有以期間限制所採之立法手段，系爭 10 年限制期間可隨實際情形而做調整²⁶⁰。本文以為對於設定幾年限制內方得投考公職資格限制，應可隨實際情形而做調整，惟須由政府負擔「舉證責任」加以證明，條件設定限制之合理性；另外大陸配偶於 10 年內不得從事任何公職人員職務範圍限制部分，確係有過廣之疑慮。

²⁵⁹ 廖元豪，哪兒來的二等公民？月旦法學教室第 16 期，民國 93 年 3 月，第 9 頁。

²⁶⁰ 許崇賓，大陸地區人民在台擔任公職之限制-大法官釋字第 618 號解釋評析，法令月刊第 61 卷第 5 期，民國 99 年 5 月，第 56 頁。

限制擔任公職，除參考國籍法第 10 條職務種類範圍之限制外，並應考量兩岸分治現狀以及國家安全的實際需求而做調整。論者以為依公務人員職位所掌事務之性質為區別標準，以涉及兩岸體制差異其領域之事務，及參與國家主權運作程度密切、與國家安全或重大利益相關之職位為範圍，諸如辦理國防、外交、科技、情治、財經、大陸事務之職位，限制已設籍台灣地區之原大陸地區人民出任公務人員；另外有下列情形不得擔任任何職務之公務人員：一、對於在大陸地區曾有黨政軍經歷。二、曾為或現正從事與安全情報有關之工作，或查有曾為其他足認有危害我國家安全之虞的行為事實者²⁶¹。上述學者分類意見，係依其可能對於國家安全危害之情形，分別對限制大陸地區人民所能從事公職之種類，以及欲從事國內公職之要件實質關聯程度，所為之分類限制意見，可以為參考。畢竟「國家安全」與「人權保障」在目前之時代，其實係可以兼顧，身為法治國家的一員，更有遵守之義務²⁶²。

綜上，該條例雖有其「目的合憲性」，惟此種分類標準在學理和國際公約之規定都是被揚棄的，因此在手段的限制上，有待檢討之處在於，限制所從事的公職種類過廣，10 年的期間太長。學者黃昭元氏以為 10 年期間的限制與國家安全的關聯性，須由政府機關來負舉證責任，政府機關如果無法有效論證即有重新檢討的必要；另職務範圍限制部分過廣，應有其他可達成立法目的之手段，又不致於侵害過廣的替代性手段可資使用，例如對於公務人員落實考核，限制其從事握有高機密公務的職務²⁶³。因此，與外籍配偶相較系爭條文所為職務範圍之限制，非屬合理之差別待遇。

²⁶¹ 陳靜慧，限制原大陸地區人民出任公務人員合憲之研究-以平等權為中心的觀察，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 7 月，第 147 頁。

²⁶² 新修正兩岸人民關係條例第 22 條第 2 項規定：「大陸地區人民非經許可在台灣地區設有戶籍者，不得參加公務人員考試、專門職業及技術人員考試之資格」，該修正條文於民國 99 年 9 月 1 日修正公布，行政院於民國 99 年 9 月 3 日令發布施行，未來大陸地區人民在台灣地區設有戶籍者，即可有條件參加公務人員考試，條文之修正演變，更可證明舊兩岸人民關係條例的內容，已不符合時宜。

²⁶³ 黃昭元，從釋字第 618 號解釋探討原國籍分類的司法審查標準，收錄於李鴻禧教授七秩華誕論文集-現代憲法理論與現實，元照出版社，民國 96 年 9 月，第 495 頁以下。

第五章 排除程序保障之問題

第一節 實質正當性

壹、理論基礎

大陸配偶在涉及居留、工作等權利遭受到限制時，須依法提出救濟，以保障彼等之權利，惟該條例排除行政程序保障之規定，卻演變成行政機關與渠等涉訟，用以主張之內容²⁶⁴。兩岸人民關係條例排除行政程序法適用，參考該條文增訂理由：「按行政程序法第3條第3項第1款規定，國家安全保障事項之行為，不適用該法之程序規定，其立法意旨應為此種事項攸關國家安全與利益，故得排除行政程序法之程序規定，爰增訂本條，以資明確²⁶⁵。」惟行政程序法第3條之排除條款，尚有區分為排除「機關」和「事項」除外，該條例直接於條文明定，處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務，不適用行政程序法之規定，排除範圍似過於廣泛。該法之內容，甚多涉及正當之法律程序，如第6條之規定，非有正當理由，不得為差別待遇²⁶⁶。如以文義解釋之方法，認不適用該法，則行政行為，毋須正當理由，即得為差別之待遇，條文所規定之原義，是否係有意在處理該等事務時，均一律排除，產生疑義。

傳統之依法行政，強調「依法令行政」，意即行政須制定法令為依據，但不問法令是否實質正當性。現今行政不僅是受制定法（法令）之拘束，尚且受非制定法之拘束，包括法律原理原則及憲法理念，皆可支配行政。因此，既需注意法令之「形式合法性」，亦須兼顧法令「實質正當性」，此種意涵方

²⁶⁴ 參台北高行政法院99年度訴字第958號判決，原告與依親對象（原告之配偶陳○春）是否有無同居事實之案件，即被認為本件所涉者為依兩岸人民關係條例處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務，依該條例第95條之3之規定，並不適用行政程序法之規定。原告主張本件被告應依行政程序法規定，於作成行政處分前通知伊，並給予陳述意見之機會云云，殊屬誤解。

²⁶⁵ 資料取自立法院法律系統 <http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@@846930886>，最後造訪日民國100年5月24日。

²⁶⁶ 參兩岸人民關係條例第95條之3規定：「依本條例處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務，不適用行政程序法之規定。」行政程序法第6條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」

能使「依法行政」免為淪為形式化或機械化²⁶⁷。國家權力的形式合法性旨在解決「有」或「無」權力的問題，也就是旨在處理「憑什麼」有權力的質疑，實質正當性則係「為什麼」的問題，從人類歷史經驗，未受拘束及制衡的國家權力，必然濫權²⁶⁸。因此，法學之發展理論，多有考量對「國家權力限制」之目的。

貳、正當性於行政程序之適用

釋字第 488 號解釋，關於人民財產權限制，採取影響其權利之行政措施時，其應遵行之程序亦應遵守「實質正當法律程序」。該號解釋稱：「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範。前述銀行法、信用合作社法及金融機構監管接管辦法所定之各種措施，對銀行、信用合作社之股東（社員）、經營者及其他利害關係人，既皆有重大影響，該等法規僅就主管機關作成行政處分加以規定，未能對作成處分前，如何情形須聽取股東、社員、經營者或利害關係人陳述之意見或徵詢地方自治團體相關機關之意見設置明文儘速檢討修正。」

「實質正當法律程序」之原則，不僅止於刑事程序進行，行政處理程序亦有其適用²⁶⁹，從前揭解釋內容提及：「對於涉及銀行法、信用合作社法及金融機構監管接管辦法所定之各種措施，須聽取股東、社員、經營者或利害關係人陳述意見之明文。」可以得知釋憲實務之要求，前揭原則於行政程序亦該當適用。蓋國家與人民地位懸殊，前者擁有公權力，後者若無賦予公正程序之保障為後盾，雙方之地位顯不相當。該條例第 95 條之 3 規定，處理兩岸間事務無行政程序法之適用，面對「實質正當性」之質疑，做此規定，無非係為了國家安全之維護，兩岸間涉及高度政治性，處理此等事務，排除行政程序適用具有正當性，惟此類事務多端，「排除或適用」由行政機關片面決定，毋須以理由說明，對於當事人而言，程序保障不週之處易見。

²⁶⁷ 李震山，行政法導論，三民書局出版社，民國 92 年 10 月，第 39 頁。

²⁶⁸ 李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版社，民國 98 年 10 月第 1 版，第 135 頁。

²⁶⁹ 有關實質正當法律程序於刑事程序之適用，請參閱釋字第 384 號解釋，該號內容為：「其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件。」

第二節 特定事務之排除

壹、學說上見解

學者吳志光氏以為兩岸人民關係條例第 95 條之 3 適用，讓人以為最基本的程序保障皆排除，應予以刪除為宜，在未修法前應回歸行政程序法第 3 條第 3 項第 1 款關於國家安全保障事項之解釋，為避免行政機關恣意適用該條文而規避行政程序法對人民最低限度之程序保障，該條文最後實應予以刪除為宜²⁷⁰。學者廖元豪氏認「正當程序」本身是個彈性的概念，除了憲法保留之程序機制外，釋憲機關必須衡量系爭權利之重大程度，與公益的急迫與必要性，決定何等程序方屬正當。涉及國家主權之維護與安全之保障，通常容許主管機關擁有較大之彈性，但對侵害權利重大之處分，亦應有最低標準之程序保障²⁷¹。學者李震山氏認對大陸地區人民與本國人民為差別之待遇，固係考慮主權等因素之結果，但未斟酌其所需保障之基本權利究屬自然權、國民權或公民權之屬性，亦未考量其入境之理由、停居留之久暫、以及婚姻、家庭、工作的狀況，就法的形式上「一律」排除「正當法律程序」之適用，顯已應就事物本質而為合理差別待遇之「平等原則」有違²⁷²。

貳、正當性於行政程序之適用

行政程序是擔保權利獲實現的一種機制，該法揭示「公正、公開、民主程序」三種程序要求，及「確保依法行政原則」、「保障人民權益」等目標²⁷³。對於特定事項之排除立法例，可參考該法第 3 條之規定，從其以下列機關之行政行為與下列事項...等，不適用本法之程序規定用語可知，係以「機關」和「事項」做除外式之規範²⁷⁴。然而，現行兩岸人民關係條例規定，對所涉事務性質未分類，排除行政程序法之適用，其規範是否有過廣，頗有疑慮。

²⁷⁰ 吳志光，兩岸人民關係條例—行政程序法的「化外之法」？月旦法學教室第 34 期，民國 94 年 8 月，第 29 頁。

²⁷¹ 廖元豪，正當程序的化外之民-驅逐出境與收容，月旦法學教室第 29 期，民國 94 年 3 月，第 13 頁。

²⁷² 李震山，「正當法律程序」被當真嗎？月旦法學教室第 34 期，民國 94 年 8 月，第 27 頁。

²⁷³ 李惠宗，行政程序法要義，五南圖書出版，民國 92 年 9 月初版，第 61 頁。

²⁷⁴ 行政程序法第 3 條規定：「第 1 項行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。下列機關之行政行為，不適用本法之程序規定：一、各級民意機關。二、司法機關...等。第 2 項下列事項，不適用本法之程序規定：一、有關外交行為、軍事行為或國家安全保障事項之行為。二、外國人出、入境、難民認定及國籍變更之行為...等。」

依行政程序法適用之範圍，已依事務類別與特性，有適用之原則與例外，例外排除適用之機關與事項，究屬特殊；然如一概排除造成立法比例原則之考量，無其合理與必要性之範圍，其次正當法律程序原則之意涵，亦會被忽略²⁷⁵。所謂「合理性」係指，特定考慮的要素，但應考慮到何種範圍的問題，「合理關聯性」屬程度的問題²⁷⁶。「必要性」為立法者或行政機關針對同一目的之達成，有多種適合之手段可供選擇者，應選擇對人民損害最小之手段，亦即，在不違反或減弱所追求之目的或效果之前提下，面對多數可能選擇之處置，儘可能採取對人民侵犯權利最輕之方法²⁷⁷。至於「正當法律程序」之意涵，則係前述所指國家機關之行為，應具有形式和實質性之正當。

論者以為從「程序基本權²⁷⁸」的觀點，兩岸人民關係條例為特別法，行政程序法為普通法，特別法所定程序若較行政程序法為周延或限制更嚴之規定，表示行政機關應受更嚴格之拘束，自應優先適用特別法，反之，若特別法規定較為寬鬆，給予行政機關較大程序自主空間相對壓縮人民「程序基本權」之行使範圍時，則應檢驗該特別法之制定，是否合乎「平等原則」或「比例原則」之檢驗，該條文未對規範對象所涉基本權利性質、停居留久暫及狀況為斟酌，以作為限制之合理差別依據，採「一律」排除適用行政程序法之規定，有違大法官向來維護「正當法律程序」解釋之意旨，正當法律程序意味公權力之行使，均須依一定之法律程序；在權利保護方面，如屬於人即應享有之權利，外國人亦應享有之，而不應其外國人或大陸地區人民不同即被排除²⁷⁹。

²⁷⁵ 李震山，從憲法保障基本權利之觀點論大陸地區人民之收容與遣返，警察法學第5期，民國95年10月。

²⁷⁶ 李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版社，民國98年10月第1版，第139頁。

²⁷⁷ 張國勳，必要性原則之研究，收錄於城仲模主編行政法之一般法律原則，三民書局出版社，民國88年3月，第142頁。

²⁷⁸ 學者李震山氏認為：「每項基本權利的實踐，都含著程序的內容，而有程序保障的需求與功能，此乃從憲法保障個別基本權利之客觀功能面向中推導而出，進而據此課予公權力應有踐行正當法律程序之義務，因此將個別基本權利內之程序保障功能，共通化為『程序基本權』，此權利至少可植基於憲法第22條受保障。」參李震山，多元寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版社，民國94年10月，第252頁。

²⁷⁹ 李震山，從憲法保障基本權利之觀點論大陸地區人民之收容與遣返，收錄於警察法學第5期，民國95年10月，第30頁。

第三節 實務見解評析

壹、差別待遇之疑義

新移民者程序保障在國內法規範，比較之結果，外籍配偶可有條件的適用行政程序法，大陸配偶則排除之，此差異是否為「合理」之差別待遇。按實體之權利有賴公正的程序加以實現，無公正的程序，實體的權利很難得到確保，人民受到國家侵害時，欲行使救濟之權利，須依賴程序保障規定，方足使其與國家之地位抗衡，兩岸人民關係條例，排除行政程序法之規定，適用與否有其不確定性。

排除適用須有「公益」之目的外，尚應具備「合理」性，該條例增訂理由，係參考行政程序法第 3 條第 3 項第 1 款，國家安全保障事項之行為，不適用該法之程序規定²⁸⁰。其立法意旨係考量國家安全利益，具有公益之目的，惟行政程序法尚有區分排除之事由種類，反之；兩岸人民關係條例卻未加以規範，致處理兩岸間之事務，可能排除大陸配偶受程序保障之權利，有違合理差別待遇之要求。

貳、實務問題檢討

一、驅逐出境案

原告向被告所屬入出國及移民署（以下簡稱移民署）申請在台灣地區定居，經被告略以原告與依親對象無同居事實，不予許可定居，並廢止原告長期居留許可，逕行強制出境²⁸¹。原告不服提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起行政訴訟。大陸配偶經許可入境，嗣後遭驅逐出境之處分，當事人提出爭訟時，該個案是否須排除行政程序之適用。

法院之裁判判決書中指出，本件所涉者為依兩岸人民關係條例處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務，依該條例不適用行政程序法之規定。原告主張本件被告應依行政程序法規定，於作成行政處分前通知伊，並給予陳述意見之機會云云，殊屬誤解，特予指明（台北高等行政法院 99 年度訴字第 958 號判決理由④以下）。次又論及就維護社會秩序而言，乃屬有必要且合理而適當，並無違背憲法第 7 條所定平等原則，亦符立法意旨。是以，被告

²⁸⁰ 有關兩岸人民關係條例第 95 條之 3 增訂理由，請參閱前註腳 265。

²⁸¹ 參台北高等行政法院 99 年訴字第 958 號裁判書內容。

於審查本件在台定居申請事件時，斟酌上列個案訪查及行方不明協尋註記紀錄等有關資料，既屬其於作成適法之裁量判斷前之必要程序，即難謂其有何行政程序上之違法（台北高等行政法院 99 年度訴字第 958 號判決理由⑤以下）。其前段既認為原告無行政程序法之適用，後段另又依該條例之規定，對行政程序法無違背，前後所持之理由說明，適用法則上顯有矛盾。

從該院理由書中觀察，其亦無堅守排除行政程序法之意，類此案件雖兩岸人民關係條例有明文之依據可循，仍尚須就行政處分之屬性，以及案件之類型是否涉及國家安全事宜為考量。「驅逐出境」屬限制人身自由的行政措施，自應有正當程序原則之適用，且其保障並無區分本國人和外國人之必要²⁸²。從解釋論之立場，系爭案件屬是否與依親對象同居事實有無之爭訟，與「國家安全」之概念，尚無實質之關聯，另其屬侵害權利重大之處分，應有行政程序法之適用而不應排除。

二、學歷檢覈採認案

原告依舊兩岸人民關係條例及舊學歷檢覈及採認辦法等規定，主張教育部應採認其學歷遭拒，遂提起行政訴訟請求。原告理由書中主張，申請採認學歷之學校為認可名冊所涵蓋，且系爭認可名冊公布後，迄未經被告依中央法規標準法及行政程序法所列正當法律程序予以廢止，被告自應據以採認原告之大陸地區高等學校學歷²⁸³。另該院理由書中指出，按信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止（行政程序法第 119 條等參照），即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護²⁸⁴。

本案原告之主張以及法院之理由書觀察，不但未排除行政程序法之適用，從其論及公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止一語觀之，該院反另以該法之規定，對案件加以檢視，是否合於信賴保護之原則。論者以為涉及大陸學歷檢覈及採認事項，非屬於有高度機密性或必須急速因應，而直接以維護國家之生存、發展或免於威脅為目的之國家安全保障事項，故不應排除行政程序法之規定²⁸⁵。

²⁸² 廖元豪，正當程序的化外之民-驅逐出境與收容，月旦法學教室第 29 期，民國 94 年 3 月，第 13 頁。

²⁸³ 參台北高等行政法院 97 年訴更一字第 63 號裁判，原告主張理由③以下。

²⁸⁴ 參台北高等行政法院 97 年訴更一字第 63 號裁判，法院主張理由（三）以下。

²⁸⁵ 吳志光，兩岸人民關係條例一行政程序法的「化外之法」？月旦法學教室第 34 期，民國 94 年 8 月，第 29 頁。

從被告（教育部）認「大陸地區高等學校學歷的採認及檢覈，事涉國家高等教育人力的永續發展及配置，同時考量各部會整體大陸政策步調的一致性、及兩岸關係的敏感問題，審核應慎重為之」，以及「如遽然開放大陸學歷的採認，增加該地區高學歷人口進入台灣的誘因，其政治立場對本國之影響，自應予以考量。」本文以為，大陸配偶請求對其學歷採認案，乃屬政策決定性之問題；反之，若肯認其在該國之學歷，於本國獲得採認，對於國家安全事項之關聯甚微，因此，是類案件應受行政程序法之適用。

三、公務員任用案

原告與本國人結婚，並取得國民身分證。初等考試及格錄取，經行政院人事行政局分發。嗣經被告發現原告為大陸人士，在台設籍尚未滿 10 年，依兩岸人民關係條例，拒絕其擔任公職²⁸⁶。法院理由書中認，按有下列各款情形之一者行政機關得不給予陳述意見之機會：五、行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者，行政程序法定有明文。故被告作成原處分之前，縱未給予原告陳述意見之機會，揆諸前揭規定，自無違反行政程序之可言²⁸⁷。

從該院認為：「有下列各款情形之一者行政機關得不給予陳述意見之機會，客觀上明白足以確認者，行政程序法定有明文」一語。以法院之立場而言，並無排除該法適用之意。反之，被告主要係以大陸配偶須在台灣地區設有戶籍滿 10 年，始得擔任公務人員，在於該等人員長期受共產專制體制教育，對自由民主憲政體制認識有所差異，必須長時間之培養，始能於其行使公權力時獲得人民之信賴等語²⁸⁸。從其主張加以觀察，限制彼等擔任公務員，在於其「受共產專制體制教育，對自由民主憲政體制認識有差異」，而認為渠等須於設有戶籍 10 年後，始得擔任之，並無排除行政程序法之意。

司法院大法官釋字第 491 號解釋文稱：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。」本文以為，拒絕擔任公職之個案爭訟，揆諸前揭正當程序之意旨，於本案亦應有其適用，此其一。其次，受共產主義影響之彼等從事公職，可能握有國家機密，對國家之安全有所危害，惟應視其欲擔任何種

²⁸⁶ 參台北高等行政法院 91 年訴字第 2864 號裁判書。

²⁸⁷ 參台北高等行政法院 91 年訴字第 2864 號裁判，法院主張理由五以下。

²⁸⁸ 參台北高等行政法院 91 年訴字第 2864 號裁判，被告主張理由四以下。

職務，例如：學校工友、清潔隊隊員等，與國家安全關聯甚微之工作，不應於前階段之任用審查，即排除其行政程序法之適用，任職後可透過對公務人員考核之制度，其是否有從事危害國家安全之行為，因此，在前階段任用未涉及「國家安全」之職務，不應有排除行政程序法之適用，此其二。

四、小結

從前揭個案之檢討，審理案件之法院，對於排除行政程序法之規定，驅逐出境案在形式上，雖指出排除該法，然實質上適用，學歷檢覈採認、公務員任用案，則以該法所揭示之正當程序，論斷是否合該當於其規定內容之保障。綜上，驅逐出境、學歷檢覈採認、公務員任用等案，經討論後其所涉案件，並無適用兩岸人關係條例第 95 條之 3 規定，條文之規定不當，應予以修法，而回歸行政程序法第 3 條排除事由的解釋。在未修法前應回歸「國家安全」的考量，以及「限制基本權」種類而定，綜合加以衡量，換言之；是否適用行政程序法之限制，應視屬於「國家安全核心事項」以及「限制基本權」種類之解釋而定，若係屬國家安全核心之事項，限制人身自由權性質類別者，即不應排除其適用。



第陸章 結論

婚姻移民事務之法律規範，有「大陸配偶」和「外籍配偶」兩類，論述上以前者為主題，後者為其比較選擇之對象，並針對兩者相關部分介紹。涉及基本權限制，大致上計有入境權—居留權—工作權等三大類，環環相扣、息息相關，論述過程無法就單獨一大類介紹，且為求問題討論之全面性，因此在研究架構上均涉獵，方有大致上之輪廓。婚姻移民對象法制之差別待遇，前者有較後者限制更為嚴格之勢，高密度的規定和限制，經本文之研究，部分內容待檢討。

「婚姻移民」為全球化之時代趨勢，由於外來人口，陸續移入我國「居留」，後因「婚姻」之關係共組「家庭」，進而產生相關法律問題，例如：「就學」、「工作」..等生活上的問題，「工作」係所有人類之核心基本權利之一，現代社會欲擁有基本的生活條件，需靠一己之力從事工作，方有可能達成。本文首先介紹國際勞動基準和公約之規定，其次列舉有關大陸配偶權利限制之檢討，以形成問題意識後，再針對相關工作權之問題加以研究分析，並提出本文之見解，最後以憲法「平等」原則保障之觀點，探討國內法制所衍生的差別待遇之問題。結果兩岸人民關係條例第 10 條第 2 項規定，不得從事與許可目的不符之活動，違反法律明確性之原則外，另就兩岸人民關係條例第 21 條從事公職人員種類，職務範圍限制過廣、第 95 條之 3 排除行政程序適用部分，結論上無法通過「合理之差別待遇」審查。

一個具有合格的公民身分，理論上應享有完整充分的公民權利，若對其確有限制之必要，亦需通過違憲審查，方屬「合理」。大陸配偶對於其權利循司法程序加以爭取，實務上發生之案件「學歷採認案」經台北高等行政法院敗訴之裁判；另在「擔任公職權限制案」經司法院大法官釋字第 618 號解釋認合憲之結論，主要的理由係確保台灣地區安全。惟經過討論似乎仍存有不少疑點，例如：擔任國小基層職員與對國家忠誠究竟能有多少關聯以及為何立法需完全排除行政程序保障之規定？立法者與大法官似乎對此應有詳加說明之必要，綜上之疑慮，本文以為現階段兩岸交流頻繁，對於彼等之相關規範，建議應有所調整，其建議如下：

兩岸人民關係條例對於『從事與許可目的不符之活動』並未進一步予以明確訂定其具體範圍，是否符合『受規範者所得預見』，並可經由『司法審查』加以確認之要件不無疑義，恐有違反『法律明確性』原則之虞，建議該條例許可目的不符之活動範圍，應於該條例施行細則內增訂對『從事與許可目的不符之活動』之明確範圍與定義，不宜再使用『未經許可』即不得為之模式，以現階段兩岸發展緩和，互動頻繁之趨勢，建議相關主管機關依照大陸地區人民來台目的之不同，酌分：一、社會交流(例如探親、旅遊、探病奔喪、團聚、訴訟等)。二、文教交流(例如學術、宗教、藝文、民俗、體育等)。三、經濟交流(例如經貿、農業、環保、財經等)。四、定居居留(例如依親居留、長期居留、定居等)...等，並就各項明定大陸人民依該項許可來台的活動範圍與期間，最好列表便民，以供各階層大眾參照。

其次，公務員職務種類限制部分，建議應參考國籍法第 10 條對於外籍配偶職務種類限制外，並考量兩岸分治現狀以及國家安全的實際需求而為實際調整。建議依公務人員職位所掌事務之性質為區別標準，以涉及兩岸體制差異領域之事務，及參與國家主權運作程度密切、與國家安全或重大利益相關之職位為範圍，諸如辦理國防、外交、科技、情治、財經、大陸事務之職位，限制已設籍台灣地區之原大陸地區人民出任公務人員；另外有下列情形不得擔任任何職務之公務人員：一、對於在大陸地區曾有黨政軍經歷。二、曾為或現正從事與安全情報有關之工作，或查有曾為其他足認有危害我國家安全之虞的行為事實者。另外在限制大陸配偶須於幾年內，始得從事公務員方為「合理」，涉及兩岸間內部關係實際狀況之立法事實判斷，應由行政機關決定之，惟人民質疑其所限制合憲性疑慮時，其須負「舉證責任」證明所採手段之合理性。

另外「程序保障」部分，在未修正兩岸人民關係條例第 95 條之 3 規定前，應回歸行政程序法第 3 條第 3 項第 1 款有關「國家安全」保障事項之解釋，為避免行政機關恣意適用該條文規定，而規避行政程序法對人民最低限度之程序保障，應予以修正為是。於未修法前應回歸「國家安全」和「限制基本權」種類之解釋而定。換言之；適用行政程序法與否，應視屬於「國家安全核心事項」以及「限制基本權」種類之解釋而定，若係屬國家安全核心之事項，限制人身自由權性質類別者，即不應排除其適用。

如此之結果，可讓彼等獲得最基本的程序保障；另一方面亦對國家安全保障實際要求得以確保，更重要的在於避免同為「移民事務」的規範對象，不應有「外籍配偶」有基本的行政程序保障，而「大陸配偶」基本行政程序

保障被立法所禁止。

再者，「法律」雖可限制渠等之基本權利，惟限制的門檻應隨時代與政治現狀，以及與台灣緊密關係程度，而應適時做合理之調整。例如：「戒嚴」時期係處於戰備之狀態，此時國家安全的保障之要求，當然高於人權保障；「入境前」之程序保障要求比「入境後」的程序保障「低」，對於外國人之入境限制，係屬一國主權行使，尚未入境予以嚴格審核，為確保國家安全與維持社會秩序實際需要，然而經過合法之入境程序後，即應對其加以保障；居留台灣「入籍後」的基本權利之擁有，比之前程度要高，對於擁有國籍之大陸配偶的保障程度高於未擁有國籍者，因具備前揭要件者，大部分係屬在台灣居留多年，對於國內已具有相當程度之認同感，對其保障之強度高於未擁有國籍之彼等，方符合實質平等原則之含義。



參考文獻

一、書籍、期刊專文

- 王惠玲 社會基本權與憲法上工作權之保障，律師通訊第 153 期，民國 81 年 6 月。
- 朱武獻 東西德間法制關係之研究，憲政時代第 15 卷第 1 期，民國 78 年 7 月。
- 何明瑜 國籍與歸化-兼評我國之外國人歸化法制，政大法學評論第 70 期，民國 91 年 6 月。
- 吳 庚 行政法之理論與實用，增訂 8 版，三民書局出版社，民國 93 年 1 月。
- 吳志光 兩岸人民關係條例—行政程序法的「化外之法」？月旦法學教室第 34 期，民國 94 年 8 月。
- 李建良 外國人權利保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌 48 期，民國 92 年 7 月。
- 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎合著 行政法入門，民國 95 年 1 月 3 版，元照出版社。
- 李惠宗 行政程序法要義，五南圖書出版社，民國 92 年 9 月。
- 李惠宗 德國基本法所保障之職業自由-德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究，德國聯邦憲法法院裁判選輯（七），民國 86 年 6 月。
- 李惠宗 憲法要義，元照出版社，民國 97 年 9 月。
- 李惠宗 憲法工作權保障之系譜，劉孔中、李建良主編憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（44），民國 87 年 6 月。
- 李惠宗 憲法工作權保障系譜之再探，以司法院大法官解釋為中心，憲政時代第 29 卷第 1 期，民國 92 年 7 月。
- 李惠宗 總統刑事豁免權及機密特權之研究-大法官釋字第 627 號解釋評釋，月旦法學雜誌 147 期，民國 96 年 8 月。
- 李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版社，民國 98 年 10 月第 1 版。
- 李震山 「正當法律程序」被當真嗎？月旦法學教室第 34 期，民國 94 年 8 月。
- 李震山 人性尊嚴，法學講座第 17 期，民國 92 年 5 月。
- 李震山 人性尊嚴之憲法意義，人性尊嚴與人權保障，元照出版社，民國 90 年。

- 李震山 從憲法保障基本權利之觀點論大陸地區人民之收容與遣返，警察法學第5期，民國95年10月。
- 李震山 論外國人之憲法權利，憲政時代第25卷第1期，民國88年7月。
- 李震山 論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌48期，民國92年7月。
- 李震山 外國人出境義務之履行與執行-德國外國人法中相關規定之評釋，警學叢刊第29卷第4期，民國88年1月。
- 李震山 行政法導論，三民書局出版社，民國92年10月。
- 李震山 多元寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版社，民國94年10月。
- 周惠民 德國史-中歐強權的起伏，三民書局出版社，民國96年5月初版。
- 周志宏，受教育是權利還是義務？收錄於月旦法學教室公法學篇，元照出版社，民國91年10月。
- 林三欽 訴願案件之違法判斷基準時，台灣本土法學雜誌第23期，民國89年6月。
- 林紀東 中華民國憲法逐條釋義（一），三民書局出版社，民國79年第6版。
- 林騰鷄 中華民國憲法，修訂四版，三民書局出版社，民國94年8月修訂四版。
- 法治斌、董保城 憲法新論，元照出版社，民國94年9月。
- 姚立明 憲法工作權之性質-簡介西德憲法法院四個代表性判例，中山社會科學季刊第4卷第2期，民國78年6月。
- 夏曉鵬 資本國際化下的國際婚姻-以台灣的外籍新娘現象為例，台灣社會研究季刊第39期，民國89年9月。
- 夏曉鵬主編 不要叫我外籍新娘，左岸文化出版社，民國97年4月。
- 馬漢寶 國際私法，民國95年2月再版，作者自行出版。
- 張永明 禁止SARS病患入境，且旦法學教室第9期，民國92年6月。
- 許志雄 憲法上之個人尊嚴原理，中國比較法學會學報，第13輯，民國81年。
- 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍 現代憲法，二版，元照出版社，民國89年9月第1刷。
- 許育典 大陸學歷採認的法律羅生門，台灣本土法學雜誌第83期，民國95年6月出版。
- 許育典 再評大陸學歷採認的法律羅生門-台北高等行政法院97年度訴更一字第63號判決評析，台灣法學雜誌第125期，民國98年4月出版。

- 許宗力 行政處分，收錄於翁岳生編行政法（上冊），民國 95 年 10 月。
- 許宗力 兩岸關係法律定位百年來的演變與最新發展-台灣的角度出發，憲法與法治國行政，民國 96 年 1 月。
- 許宗力 基本權主體，月旦法學教室第 4 期，民國 92 年 4 月。
- 許宗力 比例原則與法規違憲審查，法與國家權力（二），元照出版社，民國 96 年 1 月。
- 許崇賓 大陸地區人民在台擔任公職之限制-大法官釋字第 618 號解釋評析，法令月刊第 61 卷第 5 期，民國 99 年 5 月。
- 許義寶 論新移民之基本權與其保障-以工作權與財產權為例，警學叢刊第 40 卷 1 期，民國 98 年 7 月。
- 許義寶 外國人之入國程序與限制之研究，法令月刊第 57 卷第 11 期，民國 95 年 11 月。
- 許義寶 論人民之入出國及其規範，警學叢刊第 40 卷第 4 期，民國 99 年 1 月。
- 陳清秀 行政訴訟上事實及法律狀態之裁判基準時，台灣本土法學雜誌第 125 期，民國 98 年 4 月。
- 陳清秀 憲法上人性尊嚴，現代國家與憲法-李鴻教授六秩華誕祝賀論文集，元照出版社，民國 86 年。
- 陳雪慧 我們會是一家人？夏曉鶻主編不要叫我外籍新娘，左岸文化出版，民國 97 年 4 月。
- 陳慈陽 憲法學，元照出版社，民國 94 年 11 月第 2 版。
- 陳愛娥 立法機關的社會政策形成自由與平等原則，台灣本土法學雜誌，民國 89 年 9 月。
- 陳新民 中華民國憲法釋論，民國 88 年 10 月修正 3 版。
- 陳新民 論社會基本權利，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），元照出版社，民國 88 年 6 月。
- 陳靜慧 從平等權的觀點論大陸配偶在台灣地區之法律地位及其基本權利之保障，憲政時代第 28 卷第 2 期，民國 91 年 10 月。
- 陳育俊 新加坡現行的外籍勞工管理政策，就業與訓練第 13 卷第 5 期，民國 84 年 9 月。
- 陳小紅 跨國婚姻中人權問題之探討-來台生活「大陸配偶」案例之檢視，國家政策季刊第 4 卷第 1 期，民國 94 年 4 月。
- 曾陳明汝 外國自然人地位，鄭玉波總主編國際私法論文選輯（上），五南圖書出版社，民國 73 年 7 月初版。
- 曾碧淵 擁抱外籍勞工的苦惱-日本和新加坡的體驗，勞工行政第 18 期，民國 78 年 10 月。
- 焦興鎧 全球化與核心國際勞動基準之建構（下），法令月刊第 54 卷第 10 期，民國 92 年 10 月。

- 焦興鎧 全球化與基本勞動人權之保障，理論與政策第 17 卷第 3 期，民國 93 年 1 月。
- 焦興鎧 國際勞動基準之最新發展趨勢—兼論對我國之影響，月旦法學雜誌第 61 期，民國 89 年 6 月。
- 焦興鎧 國際勞工組織重要公約及核心勞動基準之研究，收錄於國際勞動基準之建構論文集，新學林出版社，民國 95 年 10 月 1 版。
- 黃昭元 從釋字第 618 號解釋探討原國籍分類的司法審查標準，李鴻禧教授七秩華誕論文集-現代憲法理論與現實，元照出版社，民國 96 年 9 月。
- 黃昭元、蔡茂寅、陳忠五、林鈺雄主編 綜合小六法國際法篇，新學林出版社，民國 97 年 9 月。
- 黃桂興 淺論行政法上的人性尊嚴理念，城仲模主編行政法之一般法律原則，三民書局出版社，民國 83 年。
- 黃越欽 勞動法新論，修訂三版，翰蘆圖書出版社，民國 95 年 9 月修訂三版。
- 黃越欽 憲法中工作權之意義暨其演進，法令月刊第 51 卷第 10 期，民國 89 年 10 月。
- 黃越欽 國際勞工工約與憲法法院-兼論釋字第 373 號解釋，憲政時代第 28 卷第 3 期，民國 92 年 1 月。
- 雷文玟、黃舒芃 社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討，行政院研究發展考核委員會編印，民國 95 年 4 月。
- 廖元豪 「海納百川」或「非我族類」的國家圖像，法治斌教授法治與現代行政法學紀念論文集，元照出版社，民國 93 年 5 月初版。
- 廖元豪 考試及格才能當台灣人？-評國籍法修正案關於歸化條件之新規定，台灣本土法學雜誌第 66 期，民國 94 年 1 月。
- 廖元豪 哪兒來的二等公民？月旦法學教室第 16 期，民國 93 年 3 月。
- 廖元豪 移民-基本人權的化外之民-檢視批判「移民無人權」的憲法論理與實務，月旦法學雜誌第 161 期，民國 97 年 10 月。
- 廖元豪 試用期的台灣人？—承認次等公民的釋字六一八號解釋，全國律師，民國 96 年 5 月。
- 廖元豪 我們的法律，她們的命運-台灣法律如何歧視外籍與大陸配偶，收錄於夏曉鶯主編不要叫我外籍新娘，左岸文化出版社，民國 97 年 4 月。
- 廖元豪 全球化趨勢中婚姻移民之人權保障-全球化、台灣新國族主義、人權論述的關係，思與言第 44 卷第 3 期，民國 95 年 9 月。
- 廖元豪 建構以平等公民權為基礎的憲法權利理論與途徑—對傳統基本權利理論之反省，收錄於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第 6 輯，中央研究院法研所籌備處出版，民國 98 年 7 月。

- 廖元豪 憲法平等權之意義，月旦法學教室第 68 期，民國 97 年 6 月。
- 廖元豪 正當程序的化外之民-驅逐出境與收容，月旦法學教室第 29 期，民國 94 年 3 月。
- 趙德樞 大陸學歷承認的檢討與利弊，國政研究報告，國家政策研究基金會，民國 96 年。
- 劉士豪 勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位（上），政大法學評論第 87 期，民國 94 年 10 月。
- 劉金源 法國史-自由與浪漫的激情演繹，三民書局出版社，民國 96 年 5 月。
- 劉建宏 工作權，基本人權保障與行政救濟，元照出版社，民國 96 年 9 月初版。
- 劉建宏 工作權，法學講座第 23 期，民國 92 年 11 月。
- 劉鑫楨 論裁量處分與不確定法律概念，五南圖書出版社，民國 94 年 11 月 2 版。
- 劉家綾 外籍勞工在我國憲法上應享有的人權，就業安全第 6 卷第 1 期，民國 96 年 7 月。
- 劉梅君 2007 年台灣勞動人權指標調查報告摘要，人權會訊 89 期，民國 97 年 7 月。
- 蔡宗珍 基本權主體，月旦法學雜誌第 46 期，民國 88 年 3 月。
- 蔡政文 東西德經驗與兩岸的將來，問題與研究第 34 卷第 2 期，民國 84 年 2 月。
- 蔡茂寅 平等權，月旦法學雜誌第 46 期，民國 88 年 3 月。
- 蔡茂寅 工作權保障與勞動基本權的關係及其特質，律師雜誌第 219 期，民國 86 年 12 月。
- 蔡庭榕 從平等權論外籍配偶與大陸配偶之差別待遇，國境警察學報第 7 期，民國 96 年 3 月。
- 蔡庭榕 論主權與人權-以婚姻移民面談為例，憲政時代第 32 卷第 1 期，民國 95 年 7 月。
- 蔡維音 德國基本法第一條人性尊嚴之探討，憲政時代第 18 卷第 1 期，民國 81 年。
- 鄭津津 大陸配偶與外籍配偶在台就業之問題與未來政策應有之發展，台灣本土法學雜誌第 106 期，民國 97 年 5 月。
- 許志雄審訂、周宗憲譯 憲法（下）基本人權篇，元照出版社，民國 90 年 3 月。
- 謝易達、洪大安 論近代人權思想之發展趨勢，慈濟技術學院學報第 5 期，民國 92 年 9 月。
- 常健 人權的理想、爭論與現實，洛克出版社，民國 86 年 3 月。
- 刁仁國 論外國人入出國的權利，中央警察大學學報第 37 期，民國 89 年

- 10 月。
- 邱駿彥 日本的外籍勞工問題及其對策(上)，勞工行政第 16 期，民國 78 年 8 月。
- 邱駿彥 日本的外籍勞工問題及其對策(下)，勞工行政第 17 期，民國 78 年 9 月。
- 吳俊明 各國對外籍勞工之管理簡介，勞工行政第 18 期，民國 78 年 10 月。
- 廖為仁 瑞士、德國外籍勞工許可及管理之介紹，就業與訓練第 14 卷第 5 期，民國 85 年 9 月。
- 姜皇池 論外國人之憲法權利-從國際法觀點檢視，憲政時代第 25 卷第 1 期，民國 88 年 7 月。
- 張國勳 必要性原則之研究，收錄於城仲模主編行政法之一般法律原則，三民書局出版社，民國 88 年 3 月。

二、研究論文

- 何子乾 外國人在台工作權保障之研究，國立台灣海洋大學碩士論文，民國 96 年 1 月。
- 孫以凡 我國外籍勞工法制與國際法規範之比較研究，國立中正大學碩士論文，民國 88 年 7 月。
- 許明娟 論國際勞工組織公約在內國法中的適用，國立中正大學碩士論文，民國 91 年 7 月。
- 許崇賓 外籍配偶工作權之問題研究，東海大學碩士論文，民國 97 年 5 月。
- 郭展銓 大陸地區婚姻移民基本權利之研究，國立台灣海洋大學碩士論文，民國 94 年 7 月。
- 陳靜慧 限制原大陸地區人民出任公務人員合憲之研究-以平等權為中心的觀察，國立政治大學碩士論文，民國 92 年 7 月。
- 陳又甄 外籍配偶工作權政策-馬歇爾公民權模式為觀點，國立暨南大學公共行政學政策學系碩士論文，民國 98 年 1 月。
- 楚恆惠 以平等權觀點探討外籍配偶與大陸配偶在臺待遇問題-兼論婚姻移民法制之研究，國立政治大學碩士論文，民國 94 年 7 月。
- 劉家綾 我國外籍勞工管理法合憲性的檢討，國立台北大學碩士論文，民國 95 年 7 月。
- 蔡尚宏 我國外籍勞工勞動人權之研究，國立中正大學碩士論文，民國 96 年 7 月。
- 蔡欽奇 外國人收容制度之研究，國立中央警察大學碩士論文，民國 91 年 7 月。

- 蕭博銘 全球化趨勢下對勞動人權的政治經濟分析-以我國外籍勞工勞動人權為例，國立中山大學政治學研究所碩士論文，民國 94 年 1 月。
- 李建忠 雲林縣新移民女性就業困境分析，南華大學非營利事業管理研究所碩士論文，民國 95 年 12 月。
- 游茜菽 德國外籍勞工問題之研究，南華大華歐洲研究所碩士論文，民國 93 年 6 月，第 38 頁。

三、報章、網路資源

- 陳長文 冷漠麻木的大法官解釋，中國時報 A15 (2006/11/9)
- 賴士葆 大陸地區學歷檢覈及採認之爭議，網路文章 (2006)，來源：
<http://news.yam.com/cna/politics/200605/20060509637820.htm>
- 立法院法律系統 lis.ly.gov.tw
- 中華民國內政部全球資訊網 www.moi.gov.tw
- 內政部入出國及移民署全球資訊網 www.immigration.gov.tw
- 內政部統計處網站 www.moi.gov.tw/stat/index.asp
- 行政院勞工委員會 www.cla.gov.tw
- 行政院勞工委員會勞工法令查詢系統 laws.cla.gov.tw
- 行政院公報資訊網 gazette.nat.gov.tw
- 司法院 www.judicial.gov.tw
- 法源法律網 www.lawbank.com.tw
- 東海大學全球資訊網 www.thu.edu.tw
- 大紀元文化網 www.epochtimes.com
- <http://www.wretch.cc/blog/s42006/6259108>
- <http://shenyun.epochtimes.com/b5/5/7/13/n984317.htm>
- <http://www.labour.nccu.edu.tw/test/academic/humanright/right93.pdf>
- <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/question?qid=1205082316452>
- <http://www.dajiyuan.com/b5/9/12/5/n2744475.htm>
- <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/question?qid=1010022503723>