



《高大法學論叢》

第 17 卷第 2 期 (3/2022), 頁 1-44

外國人之入出國自由

李錫棟*

摘要

本文從自由主義的觀點和移動自由的權利本質，認為「外國人沒有入國的自由」這樣的說法對應到自由主義會顯得格格不入。因為將自由與平等當作全人類的權利，是自由主義的「基本原理」，依照這樣的邏輯，對於希望入國的外國人，國家原則上有義務接受其請求，才符合自由主義的精神。《世界人權宣言》一方面承認任何人都有離開任何國家的權利，另一方面又只承認有返回其本國的權利，而不保證有入境他國的權利。這在某種意義上是一種欺瞞的伎倆，因為他離開本國之後如果不能入境他國，難不成要住在公海上。事實上，現在各種權利的實現因為有國境的關係而被切割得支離破碎，各種權利的實現常常在國境內

* 玄奘大學法律學系教授；中正大學法律學系博士。

非常感謝匿名審查委員提供許多寶貴的修正意見，使本文得以修改得更加精進周延，文責由作者自負，自屬當然。

投稿日期：03/10/2021；接受刊登日期：12/28/2021

責任校對：葉蕙禎、邱陽

和國境外產生重大的差異，而妨礙了人們權利的實現。從地球村及個人的角度來看，國際間自由遷徙的權利才是所有權利的基礎。移動遷徙的自由一方面具有作為人身自由的面向，另一方面，禁止「入國的自由」，也限制了想要與這些外國人交易，或交往的本國人的經濟上、社會上的自由。從這樣的角度來看，理應承認外國人的入國自由，而只有當該外國人對本國而言有危害國家安全和國民重大福祉的可能時，始得例外施以最低限度的限制。不應單純的理解為國家主權所可以任意否定而不被保障的權利。

Freedom of Entry and Exit for Foreigners

Shyi-Dong Lii**

Abstract

This article discusses the perspective of liberalism and the essence of free movement right. "Foreigners do not have the freedom to enter the country" would seem incompatible with liberalism. Because treating freedom and equality as the rights of all mankind is the "fundamental principle" of liberalism, for foreigners who wish to enter the country, the state is obliged to accept their requests, which conforms to the spirit of liberalism. On the one hand, the Universal Declaration of Human Rights recognizes that everyone has the right to leave any country; on the other hand, it only recognizes the right to return to their own country but the right to enter other countries. In a sense, this is a deceitful trick because if he can't enter another country after he leaves his country, where can he go? In fact, the realization of various rights is now fragmented because of national borders. The realization of various rights often has significant differences between inside and outside of the country, which hinders the realization of people's rights. From the perspective of the global village and the individual, the right to move freely internationally is the root of all rights. On the one hand, the freedom to move and

** Professor, Department of Law, Hsuan Chuang University; S.J.D., Department of Law, National Chung Cheng University.

relocate has the aspect of personal freedom. On the other hand, the prohibition of "freedom of entry" also restricts the economic and social freedom of natives who want to trade or associate with foreigners. From this perspective, the freedom of entry of foreigners should be recognized, and it can be imposed with minimum restrictions only when the foreigner is likely to endanger the national security and the major welfare of the country. It should not be simply understood as a right that national sovereignty can be arbitrarily denied without being protected.

外國人之入出國自由

李錫棟

目錄

壹、前言

貳、外國人及其類型

- 一、外國人的概念及其形成
- 二、作為權利主體的外國人
- 三、外國人的類型

參、入國的自由

- 一、外國人之入國自由不受保障的根據
- 二、外國人入國自由不受保障的不合理性
- 三、外國人入國自由的權利本質
- 四、拒絕入國對離散家庭團聚的阻撓

肆、出國的自由

伍、再入國的自由

- 一、再入國許可審查之制約
- 二、短期居留與永久居留之外國人的再入國自由不應等同視之

陸、結論

關鍵詞：遷徙自由、人身自由、入國、出境、移民

Keywords: freedom of movement, personal freedom, entry, exit, immigration

壹、前言

外國人是指沒有本國國籍的人而言。居留在本國的外國人，其出國自由，一般依世界人權宣言以及公民與政治權利國際公約的規定，認為是全人類的基本人權。

但是外國人的入國自由，依目前的國際慣例，一般認為是否許可外國人入國是主權國家的權能，得自由裁量。然而，這樣的想法和作法，是否果真完全沒有問題，不無疑問。

例如外國人 A 在我國居住多年，其在母國結婚的同國妻子 B 因某原因不得不在其本國生活而致離散，其後妻子 B 請求進入我國擬與其夫 A 團聚。如果認為是否允許外國人 B 入國，是國家的主權行為，可以任意決定，則不允許 B 入國就可認為是正當的。然而，不允許 B 入國的決定，對請求入國的 B 而言，除了妨害其移動入國的自由之外，也同時侵害其家庭團聚的權利；不僅如此，對長期居留在我國的配偶 A 而言，也已侵害其家庭團聚的權利。換言之，是否允許外國人入國，果真可以認為是單純的國家主權行為，而不需考慮個人（外國人）乃至其家庭的權利嗎？在國權（主權）與人權（移動自由）乃至於「家權」（團聚權）之間的折衝，容有討論的餘地。

其次，同樣都是外國人的入國，再入國與首次入國的自由也存在相當的差異，例如前者之許可，因涉及出國自由的限制，國家之裁量權因而受到較多的制約。又如同樣都是外國人的再入國，也可能因不同類型的外國人，以致其所受到的待遇不同，其間有無平等的問題，還是屬於本質不同所為之差別對待，亦有討論的空間。

另外，我國的國民有所謂無戶籍國民¹及有戶籍國民之分，對於未經許可入國之無戶籍國民尚得強制其出國（入出國及移民法第 15 條），也就是無戶籍國民之入國與外國人一樣須經許可。但無戶籍國民，無論如何都不應認為是外國人，故有關無戶籍國民之入出國自由即非本文討論的範圍。再者，大陸地區人民之入出境自由問題，所涉及的是海峽兩岸的關係，也不在本文討論的範圍。總之，本文所稱之外國人，既不包括大陸地區人民也不包括無戶籍國民。

外國人入境本國之後，必然涉及居停留於本國的問題，而與入出國有著密切的關係。然此畢竟是入國後或出國前的居停留問題，而非入出國問題的本身，所以也不在本文討論的範圍，併此敘明。

貳、外國人及其類型

一、外國人的概念及其形成

外國人是指沒有本國國籍的人，嚴格來說，不僅包括具有外國國籍的人（本來意義的外國人），也包括「無國籍人」。

在市民革命之前，所謂的國家就好像路易十四所說的「朕即國家」那樣，只是指對同一個人效忠的團體而已。當這個人不存在時這個國家就崩毀了。反過來說，只要對國王效忠的人，無論在哪裡出生或居住在哪裡，都會被視為國家的一員。但是，因市民革命而形成國民的觀念之後，就開始把不屬於此國民團體的人

¹ 無戶籍國民：指未曾在臺灣地區設有戶籍之僑居國外國民及取得、回復我國國籍尚未在臺灣地區設有戶籍的國民。（入出國及移民法第 3 條第 1 項第 5 款）。

當作外國人而給予差別的對待。在近代國家出現以前，作為上帝的法是平等的適用於任何人，但是，近代國家認為權利的主體是國民，原則上否定此等國民以外之人的權利。也就是原本是要求所有的人都自由的市民革命，卻成為對外國人做差別對待的始作俑者，這從某種意義上講，可以說是十分諷刺的一件事²。

在確立了主權國家的概念之後，國內應以怎樣的標準來把怎樣的人當作國民來對待，在國民之間要以怎樣的形式給予差別的對待乃至於對外國人要如何差別的對待，似乎被認為是屬於各國的主權問題。因此，即使以他國的角度來看，認為其間存在重大的歧視甚至是一種壓迫，而對其進行申訴，國際社會也會認為是在干涉他國內政而不被允許。

納粹對猶太人的鎮壓和屠殺以及其他代表集體主義的殘暴行為在當時就是被視為各國的內政而未加干涉，最終導致第二次世界大戰，基於這樣的痛苦經驗，國際社會乃認識到和平與人權是具有密不可分的關係³。換言之，各國只在其國內保障人權是不充分的。因此，戰後在《聯合國憲章》第 1 條第 3 項就將尊重人權和基本自由與維持和平一併揭示為聯合國的目的，並發布世界人權宣言，及具有法律效力的公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（以下合稱兩公約）。

兩公約不是為了保障少數群體或難民等特定群體或個人的人權，而是以全面保障所有人的人權為目的。亦即，以全人類平等為基本理念，當然也包含內國人和外國人平等。

² 甲斐素直（2008），〈外国人の再入国の自由〉，《憲法演習ゼミナール読本（上）》，頁 226，東京：信山社。

³ 甲斐素直，同前註，頁 226。

我國雖然不是兩公約的會員國，但於民國 98 年公布施行兩公約施行法後，兩公約在我國即具有內國法的效力。

除此之外，作為國內最高法規範的憲法，及其下的入出國及移民法等各種立法，都可以成為外國人權利的法源依據。在解釋憲法時，根據作為其基本原理的個人主義，及尊重個人人性尊嚴的原理，可以認為所有的人都是人權的享有者。因此，可以認為憲法對於人權的保障也應及於外國人⁴。

儘管憲法第 7 條（平等原則）所列舉的禁止差別對待的理由中沒有列出「國籍」，而可能認為基於合理的原因對外國人為不同的對待並非違憲，但至少不應僅因其為外國人就完全否定其憲法上的權利。至於在具體上哪些權利外國人也享有，哪些權利被否定，則可能存在不同的看法，而有討論的空間。例如外國人是否有地方的參政權，可否賦予參選村里長、鄉鎮代表的權利？外國人是否享有社會權，可否領取社會救助金，或接受社會補助？外國人是否有居留本國的自由，是否有入出本國國境的自由？等等即是。

二、作為權利主體的外國人

在考慮憲法所保障的基本權利中的哪些權利也適用於外國人時，應根據每種基本權利的性質作出個別和具體的判斷。基本上，只要是人就自然享有的基本人權，即使是非法入境的外國人也應承認其享有此等基本權利⁵，例如生命權、身體權、人身自

⁴ 日本最高法院也認為：「只要是人就可以當然享有的人權，即使是非法移民也應該享有」（最高裁判所昭和 25 年 12 月 28 日判決）。

⁵ 最高裁判所第 2 小法庭，昭和 25 年 12 月 28 日判決，民事判例集，4 卷 12 号，頁 683。

由權、名譽權、秘密通信自由、…等等，皆受憲法保護。憲法第二章所規定的基本人權的保障，除了在權利的性質上被理解為只有本國國民才能成為其保障的對象之外⁶，對於居留於本國的外國人也應同樣受到保護⁷。

另一方面，我國憲法第 141 條有關外交的基本國策是規定應敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章。《世界人權宣言》（序言、第 1 條和第 2 條）和《經濟社會文化權利國際公約》（序言、第 2 條第 2 項）和《公民與政治權利國際公約》（序言、第 2 條第 1 項），也分別倡導人類社會所有構成員所固有的尊嚴和平等。基此，在原則上，應承認外國人也是人權的主體而享有基本人權⁸。

當然，此並非意味著因為在權利的性質上也適用於外國人，所以對外國人也必須受到與本國國民相同的保障。因此，不應僅因對外國人與對本國國民在法律上做不同的對待就認為當然違憲。換言之，在憲法上對外國人也有可能允許不同的待遇。但無論如何，除了由於其權利的性質僅適用於本國國民之外，對外國人也應盡可能地予以保障⁹。

接下來的問題是個人的人權保障如果有例外的不及於外國人的情形，則其範圍及根據為何？也就是當得出的結論是人權保障不及於外國人時，必須根據人權的類型和外國人的身分的不同，而有特

⁶ 例如選舉權、罷免權等參政權，一般被理解為只有本國國民才能享有。但對於永久居留之外國人，也有主張於地方選舉理應承認其可以享有選舉權者。

⁷ 日本最高裁判所在「マククリーン事件」中，有關該國憲法第三章所規定的基本人權保障，也是作相同的解釋（最高裁判所大法庭昭和 53 年 10 月 4 日判決，民事判例集，32 卷 7 号，頁 1223）。

⁸ 佐藤幸治（1992），《憲法II 基本的人權》，初版，頁 52，東京：成文堂。

⁹ 初宿正典（2011），《憲法 2 基本權》，三版，頁 79，東京：成文堂。

別的理由。除非有特別的理由，否則不能剝奪外國人的人權。

例如：人權本身的實質是以本國國民為享有該權利的要件，例如，基於「國民主權」的原理，參政權即被認為是符合這種情形的權利，只有作為國家構成員的國民才能享有參與國家政事的權利¹⁰。又如，有關公共福利的權利，有些情形仍然是屬於固有權利的性質，而有些情形，則有可能會因政策而受到限制。《經濟社會文化權利國際公約》第 4 條即允許「為了促進民主社會中的公共福利」而限制外國人的權利，但只有在「依據法律規定」的情況下才可以被允許。因此，依據沒有法律根據的「當然的法理」來限制外國人的權利，是有違反上述國際公約的疑慮¹¹。

有關外國人入出國自由的問題，則是與我國憲法效力所及的範圍有關的問題。也就是作為國家構成員的本國國民，依屬人主義，不論其居住於我國國內還是國外，其人權當然都受到本國憲法的保障，但是外國人因非國家的構成員，而無屬人原則之適用，只能依屬地主義，即原則上只有在我國國內的外國人才受到我國憲法的保障¹²。

三、外國人的類型

如上所述，本國人和外國人只有在根據權利的性質而認為對

¹⁰ 這種情形會成為問題的是終生定居本國的外國人。因為這樣的人也可以說是準本國人。

¹¹ 經濟社會文化權利國際公約第 4 條：「本公約締約國確認人民享受國家遵照本公約規定所賦予之權利時，國家對此類權利僅得加以法律明定之限制，又其所以限制以與此類權利之性質不相抵觸為準，且加以限制之唯一目的應在增進民主社會之公共福利。」

¹² 甲斐素直，同前註 2，頁 228。

外國人有例外不能保障的特殊人權時，才可為差別對待。一般而言，外國人是指沒有我國國籍的人的總稱，大致可以分為有外國國籍的外國人和無國籍的外國人¹³。不過，關於權利的享有，諸如自然權、社會權、家庭團聚權、再入國之權利等不同類型的權利，其是否享有都不是以是否有外國國籍，還是無國籍來區分。反而是以在我國居住久暫來區分更具意義¹⁴：

（一）一般的外國人：大部分居留我國的外國人（暫時居留者）只是為了旅行、商務或臨時工作，取得臨時居留許可而居留於本國境內。這種一般外國人，可進一步分為合法居留的外國人和非法入國乃至非法居留的外國人。即使是非法入境或非法居留的外國人，關於生命、身體、自由等自然權，都應該給予保障。不因其有外國國籍或無國籍，而有不同。而在社會權中，例如職業災害保險等，甚至連非法外勞都承認其可以享有全民健康保險和職業災害補助¹⁵，但在另一方面，關於生活上的保障，則即使是合法居留的外國人也不承認其有生計上的保障¹⁶。

（二）永久居留本國的外國人：一般而言，對於永久居留本國的外國人應重視其生活條件，並儘可能保障其與本國國民相同

¹³ 甲斐素直，同前註 2，頁 228。

¹⁴ 我國入出國及移民法依一般居留和永久居留之外國人，規定其享有之權利有別，例如該法第 34 條之規定即是。

¹⁵ 例如逾期居留的非法外籍勞工，於合法居留工作期間如有投保全民健康保險或勞工保險，並繳納保費，就可享有全民健康保險及包括職業災害補助在內之勞工職業災害保險的保障。甚至對於未加入勞工保險之非法外籍勞工，亦有倡議應由勞動部勞動力發展署，先行墊付勞工保險之給付項目，再向雇主就該金額代位求償者。立法院議案關係文書院總第 468 號委員提案第 26166 號勞工職業災害保險及保護法草案第 83 條。

¹⁶ 例如社會救助法第 5 條第 3 項第 1 款即將「尚未設有戶籍之非本國籍配偶」排除在社會救助之外。

的人權。例如此種外國人是否享有諸如參政權等只有狹義的本國國民才能享有的人權¹⁷。又，有關再入國的權利，永久居留本國的外國人與一般的外國人，在保障上也有很大的不同。有關其不同，請參閱後述伍、二。

另外，依《國際難民條約》被確認為難民的人¹⁸，該條約對於難民是要求採世界主義，即完全不區分本國人還是外國人。只要是難民，依該條約當然就應該肯定其有出入國的自由。至於不是難民的在外國的外國人，不論其有外國國籍還是無國籍，都不能依該條約享有出入國的自由。我國不是國際難民條約的會員國，自不受該條約的拘束，亦即即使是屬於政治難民的外國人，我國也沒有義務承認其有入國的自由。但是如果從我國憲法尊重國際條約的精神，則未必沒有可以承認其入國自由的空間。

總之，在考慮外國人的基本權利問題時，必須根據每種基本權利的性質來考慮其享有的主體性，有對所有外國人都應保障者，也有只對某些特定的外國人才能得到保障的權利，而不能得

¹⁷ 日本最高法院曾就居留在日本的外國人地方參政權，在判決書中做如下表示：「儘管日本憲法第 93 條第 2 項不保障居住在日本的外國人有地方團體的選舉權，但是日本憲法第 8 章關於地方自治的規定，可以認為是基於民主主義社會中地方自治的重要性，而想要在憲法的制度中，保障由該地區之地方團體，依該地區居民之意思，來處理與該地區居民日常生活有密切關係之公共事務的政治形態。所以，居留於日本的外國人之中，如果是永久居留的外國人，因與其居住地區之地方團體有特別密切關係，所以可以允許該外國人就與其日常生活有密切關係之地方團體的公共事務之處理反映其意思。如果以法律賦予其有選舉地方團體首長，或該議會議員之權，應理解為並非憲法所禁止之立法。不過，是否賦予永久居留日本之外國人有地方公共事務的參政權，則是國家所專有之立法政策的事項，不講求這樣的制度設計也不生違憲的問題。」（日本最高裁判所第三小法庭平成 7 年 2 月 28 日判決，民事判例集，49 卷 2 号，639 頁）。

¹⁸ 此所謂之難民僅指政治難民，而不包括經濟難民。

出單一的結論¹⁹。也就是某種程度上將外國人區分出不同的類型，並相應地考慮保障或不保障其特定類型的權利是有必要的。

參、入國的自由

一、外國人之入國自由不受保障的根據

入國的自由會成為問題的外國人最主要是一般的外國人。永久居留本國的外國人因為是住在國內，所以沒有入國自由的問題，會有問題的是後述的再入國問題。而關於難民，如果依國際難民條約的規定，則必須承認其有入國的自由，而不得拒絕其入國。只是我國不是國際難民條約的會員國，自不受該條約的拘束，已如前述。但是從我國憲法尊重國際條約的精神，則仍有承認其入國自由的空間。

外國人首次入境我國的自由，與我國憲法效力所及的範圍有關。也就是對於外國人的憲法保障的效力基本上是依屬地主義。外國人享有基本權利的問題是外國人入境我國以後的問題，而不是外國人尚在外國即得請求入境我國的權利²⁰。因此，對於尚未入境我國的外國人，有認為不必在憲法上全面性的承認其入國的自由，所以，基本上是不給予此種權利的保障²¹。

換言之，關於外國人的入境和居留，除非有特別的條約約定，否則，關於外國人入境和居留於我國領域內，基於國家主權，在國家主權所及的領土內，未必要依從外國或外國人之要

¹⁹ 初宿正典，同前註 9，頁 79。

²⁰ 初宿正典，同前註 9，頁 84。

²¹ 刁仁國（2000），〈論外國人入出國的權利〉，《中央警察大學學報》，37 期，頁 156。

求，國家得自主決定²²。我國司法實務亦有認為：「是否准許外國人出入境，事涉國家主權之行使，為國家統治權之表徵，故主管機關是否准許外國人出入境，自較一般之行政行為享有更高之裁量自由，其相關之行政程序亦無行政程序法之適用，此觀行政程序法第 3 條第 3 項第 2 款規定自明」²³。此外，也有認為：「主管機關對於有犯罪情事之外國人得否入境，行使移民法第 18 條第 3 項所賦予之裁量權時，如未依各案有特殊不同之事實區分其禁止入國期間，一律於外國人有作業規定所列情形，即逕予適用作業規定所訂之禁止入國期間，自不符合法律授權裁量之意旨，其裁量權之行使，即屬裁量怠惰」²⁴。

日本最高法院則是認為：「日本憲法第 22 條關於外國人入境日本並無任何規定，這在國際慣例上，外國人入國之許可與否，得依該國家的自由裁量來決定，在沒有特別條約的情況下，國家不負有必須許可外國人入國的義務」²⁵。換言之，關於入國的自由，日本雖然保障其本國人有入國的自由，但是對外國人就不保障其入國的自由，而認為這是「國際慣例上的當然」²⁶。

在學說上，則是認為對本國的安全和福祉有危害之虞的外國人，國家拒絕其入境本國是屬於該主權國家的主權上的權利，入國之同意與否，在國際慣例上，屬於主權的屬性，而委由該國家自由裁量²⁷。

²² 佐藤幸治，同前註 8，頁 53-54。

²³ 最高行政法院 100 年度判字第 1958 號判決。

²⁴ 最高行政法院 107 年度判字第 366 號判決。

²⁵ 最高裁判所（大法院）昭和 32 年 6 月 19 日判決，刑事判例集，11 卷 6 号，頁 1663。

²⁶ 最高裁判所大法院昭和 32 年 6 月 19 日判決，刑事判例集，11 卷 6 号，頁 1663。

²⁷ 許義寶（2012），《入出國法制與人權保障》，初版，頁 180，台北：五南；佐藤幸治，同前註 8，頁 53-54；後藤光男（2010），〈外国人の出入国の自由〉，《早

這樣的話，入國的自由是具有怎樣的權利性質，因而被認為是不受保障的人權領域呢？這似乎是基於所謂與國家和國民的安全與福祉有關，而在觀念上極為形式的出於管理上的發想，同時又提出抽象的「國際慣例」為根據，以此來正當化此種權利的限制²⁸，但這樣的講法並沒有提出根本性的說理。

這種大幅限制外國人權利的邏輯，主要是基於對於「（主權）國家」乃至於「國家主權」的理解，以及對於「國民主權」的理解。以下幾點可認為是妥當的²⁹：（1）在以主權國家平等為前提所建立的國際社會中，原則上應尊重主權國家的國家主權，（2）國家主權＝統治權，這種對人的高權是及於國民的權力，（3）在這種主權國家中，所謂「國民主權」，其所稱之國民，是指擁有國籍的國民而言，（4）另一方面，對於領土的高權也支配在領土內的外國人，（5）可以獨占地行使這種高權的理由是基於國家的目的，即確保國家及國民的安全與福祉。基於此，外國人的基本人權和權利受到大幅的限制被認為是不得已的。但是，也有意見認為，在外國人入國的這一點上並不允許完全的恣意³⁰，亦即國家並無恣意允許或不允許的權能³¹。

關於這一點，為了確保國家及國民的安全與福祉，尤其在面對國際極端、恐怖、暴力活動時，不免讓人對於保障外國人的入國自由感到躊躇。自從九一一恐怖攻擊事件之後，美國便發起所謂的「防恐戰爭」，制定一系列法令，其中美國愛國者法第 411

稻田法学》，85 卷 3 号，頁 483-484。

²⁸ 後藤光男，同前註 27，頁 484。

²⁹ 根森健（1995），〈『外国人の人権』論はいま〉，《法学教室》，183 号，頁 45。

³⁰ 佐藤幸治（1992），同前註 8，頁 53-54。

³¹ 最高行政法院 107 年度判字第 366 號判決。

條即授權移民主管機關對於恐怖份子或被認為與恐怖主義組織有關的外國人得拒絕入境或驅逐出境³²。

實施的結果是，美國政府曾利用愛國者法的上述移民條款撤銷一位享有盛譽的埃及裔瑞士學者塔里克拉馬丹（Tariq Ramadan）的簽證，他是當代伊斯蘭教的主要思想家，是最早譴責九一一恐怖攻擊事件的著名穆斯林學者之一，應美國聖母大學邀聘任教，已取得工作簽證，卻於即將入境美國之前，遭美國政府撤銷簽證，理由是根據他曾經說過的話，而不是因為他做過什麼事，也從來沒有告訴他所說的究竟是什麼話，就莫名其妙的被撤銷簽證³³。

此外，美國政府也曾在 2005 年以類似的理由拒絕尼加拉瓜人多拉·瑪麗亞·特雷茲（Dora Maria Tellez）入境美國到哈佛大學任教，具體的理由是因為她曾在 1980 年代與尼加拉瓜的左翼政黨桑定民族解放陣線（Sandinistas）³⁴有聯繫³⁵。也就是美國在打著反恐旗號之下，擴張移民主管機關的權限，使得外國人因行使言論、思想、信仰等權利，卻遭到拒絕入境的命運。這些措施顯然與美國一向標榜的人權保障背道而馳，其對於遏止恐怖主義到底有多少效果，也不得而知³⁶。

德國在面對國際恐怖主義，有關外國人的入國規定，是於外

³² USA Patriot Act, §411.

³³ David Cole, The Missing Patriot Debate, The Nation (2005), available at <http://www.thenation.com/doc/20050530/cole> (last visited 06/25/2021).

³⁴ 該黨早期是尼加拉瓜一個左翼反政府組織，後來發展為一個社會主義政黨。美國曾認定它是共產黨，背後獲蘇聯和古巴的支持。

³⁵ David Cole, *supra* note 33. 廖元豪（2006），〈多少罪惡假「國家安全」之名而行？——簡介美國反恐措施對人權之侵蝕〉，《月旦法學雜誌》，131 期，頁 45。

³⁶ 廖元豪，同前註 35，頁 38。

國人法中對於拒絕發給居留許可之理由增訂「對危及德國自由民主基本秩序和安全，或參與以暴力手段追求政治目的，或公開呼籲使用暴力，或威脅使用暴力，或有事實顯示其支援國際恐怖主義之組織，或支持類似組織者。」即有上述情形者，得拒絕外國人入境德國。除此之外，並加強對於入境德國之外國人個人資料蒐集與電腦判讀的力度，包括居留許可證件格式統一，有自動讀取區，得讀取姓名、年齡、國籍、性別等一般資料，辨識個人相片及簽名，並得增加手指、手掌和臉部的生物特徵，且得將該等辨識資料透過安全程序以數位形式表示（第 5 條第 2、3、4 項）。此外，為確認其來源國和地區，尚可採取其語音，作為辨識之用，並保存該資料（第 41 條第 2 項）。對於年滿 14 歲來自歐盟各國以外所謂第三國之外國人，若屬非法入境或非法居留者，須按捺食指指紋留存（第 41 條第 4 項、第 5 項）³⁷。

對於信仰、宗教等內在的自由，固然不得以法律限制，但表現在外的宗教活動、結社，即得以法律限制之。例如以宗教自由作為「聖戰」或採取暴力的理由，即欠缺保障的正當性³⁸，而得以法律限制之，包括限制其入國。但在這裡必須提醒的是，不論在國內或在國際間，以民主多數決所決定的價值體系加諸少數族群包括所謂極端、恐怖、暴力份子上，雖有其正當性，但必須留意每個人的生命、尊嚴、人格價值，對於非主流文化、宗教、族群，應多以寬容、多元的價值思維對待。若過度傾向單一價值，進而採取各種過度的反恐措施，包括管制其入境在內，表面上是站在自己所認為的正義的一方，然而在國家的管制和強制力底

³⁷ 李震山（2006），〈德國抵制恐怖主義法制與基本權利保障〉，《月旦法學雜誌》，131 期，頁 10。

³⁸ 李震山，同前註，頁 14-15。

下，實又已埋下無數極端、恐怖和暴力的種子，終將反噬民主的多數決³⁹。

總之，儘管是否允許外國人入國一般是認為屬於國家的主權行為而有相當程度的裁量權，但仍須注入寬容、多元的價值思維，自由、和平的穩定社會，方可樂觀期待。

二、外國人入國自由不受保障的不合理性

（一）外國人入國自由不受保障與自由主義不相容

如上所述，關於外國人入國的自由，不論判例或學說，否定論是居於支配性的地位。這種否定論的主要理由是認為入國的同意與否依國際慣例，是屬於國家主權得自由裁量的範圍，而將其排除在憲法保障的範圍之外⁴⁰。

講起來，認為外國人入國之許可與否得由國家任意裁量，這種說法其實質上的正當性，很有可疑之處。因為「外國人沒有入國的自由」這樣的說法對應到自由主義會顯得格格不入。主張將自由與平等當作全人類的權利，是自由主義的「基本原理」⁴¹，

³⁹ 李震山，同前註 37，頁 20。

⁴⁰ 最高行政法院 100 年度判字第 1958 號判決；李震山（2011），《人性尊嚴與人權保障》，四版，頁 428，台北：元照；許義寶（2017），《移民法制與人權保障》，初版，頁 30，桃園：中央警察大學出版社；日本最高裁判所大法庭，昭和 32 年 6 月 19 日判決，刑事判例集，11 卷 6 号，頁 1663；尾吹善人（1986），《解說 憲法基本判例》，頁 53，東京：有斐閣。

⁴¹ 從自由主義的發展軌跡來看，自由主義的涵義並非一義性的，而是在涵義上有或相差甚遠或較近似的多種不同的內涵，因此，自由主義毋寧說是諸自由主義。同樣都稱為自由主義，在傳統分類上就有英國的自由主義（主張避免外在干預的自由）與法國的自由主義（主張人為的規畫可以促使人人在共同體中實踐自由），有消極的自由主義（主張自由乃外在干預的解除）與積極的自由主義（主張自由乃自己成為自己的主人）之分，到 20 世紀，又發展出政治自由

不論是依照主張解除外在干預的消極自由主義還是主張自主自決的積極自由主義的邏輯，我們甚至都可以推導出如下的結論：只要自願入籍某國，原則上任何人都可以請求該國賦予其公民的身分⁴²。也就是對於希望入國乃至移民我國的「外國人」，國家原則上有義務接受其請求，這樣才符合自由主義的精神，不是嗎？

而且，從今天尊重國際人權的趨勢和自由往來的原則來看的話，似乎可以認為原則上應承認外國人有入國自由，只有在有侵害國家的獨立和安全，或嚴重違反公序良俗等行為之虞時，才可以例外的拒絕外國人入國⁴³。

(二) 以移民接受國之經濟利益作為拒絕外國人入國理由的不合理性

由於國家之間的貧富差距以及全球化的關係，有不少人離開自己的國家試圖進入另一個國家去尋找自己的美好生活。與這種跨越國界的人的流動有關的國際規範，有《世界人權宣言》第

主義、經濟自由主義、社會自由主義、新自由主義等等。會有各種不同的自由主義，是因為不同地域的思想運動，不同地域的文化差異，自由主義也會有或多或少的差異，甚至不同的時代，為了因應不同的挑戰而調整自由的信念，或以嶄新的方式再詮釋其信念，因此，對自由也會有不同的需求內涵。儘管人類的語言常具有多義性，尤其像自由這樣的用語，常常是言人人殊。從「免除干涉」到「自律自主」，從「外抗國家社會」到「在國家社會中實現」。但無論如何，其終究不至於脫逸到完全不同的概念，例如自由的概念，不管是從免除干涉來理解也好，或者以自律自主或為所欲為來理解也罷，終究不至於演變成理解為正義、和平或博愛的概念。而自由主義在其核心的思想上，也會有共同的基本主張，例如主張個人主義、平等主義（江宜樺（2001），《自由民主的理路》，初版，頁11以下，台北：聯經）。

⁴² 後藤光男，同前註27，頁483。

⁴³ 後藤光男（1999），〈外國人的人權〉，高橋和之、大石眞編，《ジュリスト増刊『憲法の争点』》，頁64，東京：有斐閣；後藤光男（2008），〈外國人的人權〉，大石眞、石川健治編，《新・法律学の争点シリーズ3『憲法の争点』》，頁75，東京：有斐閣；宮崎繁樹（1978），〈在日外國人の政治的人權と退去強制〉，《法学セミナー》，通號285号，頁8；後藤光男，同前註27，頁485。

13 條的規定：「任何人在其國境內，有自由遷徙、居住的權利。（第 1 項）」「任何人有離開包含其本國在內的國家和返回其本國的權利。（第 2 項）」。

然而，本條規定存在二個缺憾，其一，是其第 1 項將人們的行動自由限定在國家的邊界內⁴⁴。其二，是第 2 項雖然把任何人出國的權利當作基本人權而予以承認，亦即承認任何人都有離開任何國家的權利⁴⁵，但是入國的權利卻僅限於返回其本國。出國的權利與入國的權利之間的這種不對稱，似乎是在個人的遷徙自由與國家主權之間作某種調和⁴⁶。但是，問題是當一個人離開某一個國家時，除非他決定住在公海上，否則就意味著他必須入境到另一個國家。如果我們這麼想的話，則一方面承認所有的人都有出國的權利，另一方面除了本國之外又不保證有入國的權利，這在某種意義上是一種欺瞞的伎倆⁴⁷，因為他離開本國之後如果不能進入他國，請問要去哪裡？

關於其第 2 項的缺憾，許多自由主義者在統計上比較了大量移民遷移到接受國對接受國所造成的後果，和其本國的國民大量出國對該遷出國所造成的後果；或訴諸於入國時的權利主張與出國時的權利主張之間的差異，而將入國的權利和出國的權利的不對稱予以正當化⁴⁸。而且，一直陷入大量移民入境對於接受國而言會提高其成本的偏見。然而，事實上過去的歷史卻顯示國家因為接受移民而

⁴⁴ 後藤光男，同前註 27，頁 486-487。

⁴⁵ 岡野八代（2009），《シティズンシップの政治学〔増補版〕—国民・国家主義批判》，頁 79，東京：白澤社。

⁴⁶ 後藤光男，同前註 27，頁 487。

⁴⁷ 後藤光男，同前註 27，頁 487。

⁴⁸ 參照岡野八代，同前註 45；後藤光男，同前註 27，頁 487-488。

獲得許多好處⁴⁹，美國的移民史就是最典型的例子。

除此之外，關於移民問題，將出國的權利和入國的權利間的不對稱予以正當化的論辯，其邏輯會變成是剝奪個人出國自由的論據。因為大量移民入境對於接受國而言會提高其成本，這一點如果可以成為否定外國人入國自由的理由，則依照這樣的邏輯，如果移民的遷出國因本國國民出國而判斷為顯然會損害國家的利益時，則該國豈不是也可以限制個人出國的自由嗎？換言之，如果可以認為國家有限制入國移民的權利，則其必然也可以認為國家有限制出國的權利⁵⁰。

三、外國人入國自由的權利本質

近代國民國家的憲法，是為了建立由有別於其他人（外國人）的「國民」所組成的國家而設置的，主要是著眼於規定國民的權利。另一方面，關於其他人（外國人）的權利則大多保持沉默，而有將其規定完全委諸國際法的傾向。但是，由於資訊和交通工具的發展以及市場的國際融合，人類的活動變得更加活躍而頻繁，任何國家在其內部都經常性的會有其他人（外國人）存在。在這種情況下，著眼於保護國民權利的憲法，與在身分上是外國人但是與國民融合在一起生活的實際狀況之間的不協調就顯得更加醒目⁵¹。但事實上，國際間自由遷徙的權利（入國，定

⁴⁹ 後藤光男，同前註 27，頁 487-488。

⁵⁰ 關於出國的自由，日本最高裁判所（大法院）昭和 32 年 12 月 25 日的判決中（刑事判例集，11 卷 14 号，頁 3377），河村大助、下飯坂潤夫二位法官的意見即認為：「國民的兵役義務和基於國防關係的脫離國籍的自由會受到相當的限制，即使有關移居國外的權利也沒有特別的保障」。後藤光男，同前註 27，頁 488。

⁵¹ 秋葉丈志（2005），〈アメリカ合衆国における外国人の権利と司法審査〉，《社会学論集》，5 号，頁 223。

居，出國、旅行、再入國）尚未被確認為基本人權。關於外國人普遍性的將自由遷徙的權利當作基本人權而予以承認的想法也還在發展當中。然而，從個人的角度來看，國際間自由遷徙的權利可以說是所有國際間之個人權利的基礎⁵²。

事實上，現在各種權利的實現因為有國境的關係而被切割得支離破碎，各種權利的實現常常在國境內和國境外產生重大的差異，而妨礙了人們權利的實現⁵³。

再者，人身自由、精神自由和經濟自由（特別指私有財產的保障）等基本的自由都是自然的人權，也是不論有無政府的存在都應予以承認的基本權利。移動的自由是與所有這些權利有關的基本人權。其並不是因為屬於某特定國家而被給予的權利，而是所有的人都擁有的權利。禁止「移動的自由（包含入國的自由）」，不只是限制外國人的人身自由的重要構成要素，而且也限制了想要與這些外國人交易，或交往的本國人的經濟上的、社會上的自由。而且因為移民的關係，勞動力會自然的從有餘裕的地區移動到有需要的地區，而在生產上變得更加有效的利用⁵⁴。如果從這樣的角度來看，理應承認外國人的入國自由，而只有當該外國人對本國而言有危害國家安全和國民重大福祉的可能性時，始得例外施以最低限度的限制。

總之，對於人類而言，行動自由是最基本的自由和人權。考

⁵² 後藤光男、秋葉丈志、村山貴子（2005），〈市民權概念の比較研究（1）アメリカ合衆国における市民権概念〉，《比較法学》，39 卷 1 号（通号 77），頁 135；後藤光男，同前註 27，頁 485-486。

⁵³ 岡野八代，同前註 45，頁 18；後藤光男，同前註 27，頁 486。

⁵⁴ 森村進（2001），《自由はどこまで可能か＝リベタリアニズム入門》，頁 138，東京：講談社。後藤光男，同前註 27，頁 488-489。

慮到行動自由是先於國家而存在，自然不應限定為「國內的自由」。行動自由是所有人類所持有的自由，理應優先於國家主權。從國外入境本國的自由應該予以承認。限制行動自由會牽涉到對人身自由、財務自由和精神自由的限制⁵⁵。行動自由是經濟自由的一環，同時，具有作為人身自由的面向，即可以移動到自己想要去的地方。不僅如此，根據自己的選擇，與大自然或人們接觸和交流，對於個人人格的形成和精神活動而言，也具有決定性的意義，而具有作為精神自由的性格⁵⁶。基此，外國人的入國自由不應單純的理解為國家主權所可以任意否定而不被保障的權利。

四、拒絕入國對離散家庭團聚的阻撓

（一）家庭的重要性與家庭團聚權需保障的理由

如上所述，禁止「入國的自由」，不只是限制外國人的人身自由的重要構成要素，而且也限制了想要與這些外國人交往的本國人的社會上的自由。對於離散家庭團聚的阻撓尤其明顯。

講起來，家庭與個人之成長、教育、人格發展上，有非常重要之關係。這種家庭與個人的緊密關係是在有國家之前就已存在，而這種組成家庭的權利，也具有先於國家、先於憲法而存在的性質⁵⁷，故家庭團聚之權利理應不待國家制度之賦予，即得享有，而屬於自然權。國家之法律，在肯認家庭制度之存在與功能

⁵⁵ 後藤光男、秋葉志志、村山貴子（2006），〈市民權概念の比較研究（2・完）〉，《比較法學》，40卷1号，頁147。

⁵⁶ 佐藤幸治（1999），《憲法》，三版，頁554，東京：青林書院；後藤光男，同前註27，頁489-490。

⁵⁷ 李震山，同前註40，頁439。

時，理應進一步保護家庭之實質功能，使免於受到破壞與侵害。個人始得因健全的家庭，而其人格有完整之發展。換言之，家庭可以說是社會安全保障的基石，個人重要的依靠與情感交流處所，也是人格發展的重要組成，需要國家特別予以保護。基於對於人格自由發展之尊重自必推演出家庭成員同居共處之權利應予保障的必然結果。限制外國人入國對於其與在本國的家人團聚，同居共處顯然就會有妨害，而必須將其家庭團聚之權利予以納入考慮。

有關家庭權之保障，在世界人權宣言、公民與政治權利公約、我國大法官解釋均明示其屬於國際法及憲法上權利，國家之法令與行政措施，對其應予尊重及保護。原則上家庭團聚權，以核心家庭之成員為保障之對象，家庭成員間相互照顧、扶助，並有適當之生活處所，故家庭對個人而言非常重要。司法院大法官釋字第 242 號解釋即肯認憲法第 22 條保障家庭生活及人倫關係。憲法保障的家庭權可制約行政權力之運作，自不待言。

世界人權宣言第 12 條明白指出，任何人的家庭不得任意干涉。人人有權享受法律保護，以免受這種干涉或攻擊。具有國際法效力的公民與政治權利國際公約第 23 條第 1 項也規定，家庭是社會的自然且基本的單位，理應有受社會及國家保護的權利。所以當家庭因國境的關係而被隔離時，依上述國際法之規定，理應將其家庭團聚的權利納入考慮及衡量。在我國憲法中雖無明文規定家庭權應予保障之條文，但憲法第 22 條之概括基本權利保障，可作為家庭權主張之依據。國家為了某種行政目的，禁止特定之外國人入國，或對違法之外國人予以驅逐出境，如該外國人在我國已組成家庭，行政機關之處分即應考量該外國人之家庭團

聚權利⁵⁸。特別是關於兒童，在《兒童權利公約》第 9 條第 3 款規定：「除了有違反兒童最佳利益的情形之外，在人際關係上應尊重與父母之一方或雙方分離的兒童有維持其定期與父母的任何一方有直接接觸的權利」。因此，這樣的人基本上應有入國的權利。

入出國及移民法之規定，固然是在維護公共利益與入出境管理之秩序，但國家公權力之運用，仍應考量憲法所保障之家庭權。就此點，本國與外國人應無區別之必要。國民或長期居住在我國之外國人，其外籍之家庭成員，雖然住在國外，因其與我國國民或長期住在我國之外國人有家屬關係，故基於憲法保障之家庭權，其入國之自由亦應同受我國憲法之保障⁵⁹。換言之，家庭團聚權之保障，除了國民之外也應及於在我國合法居留的外國人。其外籍父母、配偶、子女，均是家庭團聚權保護之核心對象。國家為了公共利益之目的，諸如為了公共安全、秩序、衛生、經濟等原因，而限制外國人入國時，對於上述享有家庭團聚權的外國人，應予以必要的考量及衡量，以保障其家庭團聚權⁶⁰。

（二）家庭團聚權保障的對象和範圍

團聚指共同生活而言 在不同國家居住之家屬，須透過入境我國之方式始得團聚。入境我國之程序如同一般外國人一樣，須申請簽證許可。除本國人之外國配偶及子女受到家庭團聚權之保

⁵⁸ 許義寶，同前註 27，頁 338。

⁵⁹ 法國在 1984 年以後修正之入出國管理法，對於國民之外籍配偶與外籍未成年子女，在法國有合法居留權之外國人，其配偶與未成年子女，以家庭團聚之理由申請入國者，免除一般所須的程序。館田晶子（2005），〈フランスにおける「通常の家族生活を営む権利」と家族の再結合〉，《跡見學園女子大学マネジメント学部紀要》，3 号，頁 92。

⁶⁰ 許義寶，同前註 27，頁 340-341。

護外，合法居留本國之外國人，在符合一定條件下，其家庭團聚權亦受到保護⁶¹。對於外國人的家庭權保護，行政機關在為處分時，即應同時考慮其家庭權與該外國人的生活成長、人格發展關係等，不得違反比例原則⁶²。

離散家庭的團聚權屬於家庭權保護之範圍，須有實質的家庭成員關係始可。亦即其家庭成員須有感情上、經濟上、生活上的依靠與關連，始能稱為家庭成員⁶³。家庭成員間之互相依靠與扶持，國家應予重視與保護。家庭成員有外國人者，亦應同受保護。此外，外國人在我國居住，亦有主張其他的家庭成員，可以到我國居住之團聚權⁶⁴。

家庭成員中的配偶關係必須是合法而非虛偽，並且有實質的婚姻關係，才有家庭成員的關係。因此，即使在形式上有法律上的婚姻，如果實際上沒有婚姻的實質，亦即在現實上沒有共同生活，並非真正之婚姻，則不受家庭團聚權之保護⁶⁵。

其次，家庭成員中的親子關係，不因是否有同居事實而受影響，也不因雙親離婚而受影響。婚姻關係存續中所出生的子女，當然包含在家庭概念，即使只有出生的事實而沒有同居的事實，子女與雙親間也仍然具有「家庭關係」。因有親子關係而在家庭

⁶¹ 館田晶子，同前註 59，頁 93；許義寶，同前註 27，頁 340。

⁶² 許義寶，同前註 27，頁 339-340。

⁶³ 當然，所謂的家庭成員，是否也包括社會意涵下的家庭，容有討論的空間。有關社會意涵下的家庭，請參閱李震山（2007），《多元、寬容與人權保障》，二版，頁 159 以下，台北：元照。

⁶⁴ 許義寶，同前註 27，頁 333-334。

⁶⁵ 馬場里美（2000），〈出入国管理における「私生活及び家族生活を尊重される権利」：フランス及び欧州人権裁判所の判例を素材として〉，《早稲田法学会誌》，50 号，頁 203；許義寶，同前註 27，頁 337。

中共同生活，與子女的年齡無關，即使子女為成年也仍然具有「家庭關係」。又親子間的家庭關係，即使是在雙親離婚的情況下，仍應保障其「家庭團聚」之權利⁶⁶。

除配偶、子女等屬於核心家庭成員，須受特別保護外，其他家族成員，例如祖父母、孫子女、叔伯、表（堂）兄弟姐妹等，皆屬家庭成員。是否亦屬家庭團聚權，所應保護之對象？接受其等入國之國家應有較大之裁量權⁶⁷。一般而言，團聚權保障，應可及於家庭生活上有重要功能的近親，例如祖父母與孫子女的關係。除此之外，兄弟姐妹、伯（叔）父母與姪兒女的關係等，依具體的情況也有受家庭團聚權保護之可能。什麼樣的情況與什麼樣的範圍可以受到家庭團聚權的保護？其判斷標準，應視其有無現實上的關連性，例如同居、經濟上的或感情上的依存關係、或其他現實上密切的關係，都是重要的考慮項目⁶⁸。

雖名義尚未依法結婚而有實際共同生活或非婚生子女之關係，仍有受家庭權保護之可能。非婚生子女如經生父認領，其權利應與婚生子女相同，應得主張與生父團聚之家庭團聚權⁶⁹。至於重婚，原則上為犯罪行為，違反國內之善良風俗，理應不受家庭權之保護，因此重婚之配偶應不受家庭團聚權之保護⁷⁰。重婚所生之子女有認為亦不受家庭團聚權之保障，對此應有討論之空間⁷¹。

一夫多妻制之國家，其複數之配偶是否受家庭團聚權之保

⁶⁶ 馬場里美，同前註 65，頁 203-204；許義寶，同前註 27，頁 337。

⁶⁷ 許義寶，同前註 27，頁 335-336。

⁶⁸ 馬場里美，同前註 65，頁 204-205；許義寶，同前註 27，頁 337-338。

⁶⁹ 館田晶子，同前註 59，頁 94；許義寶，同前註 27，頁 340。

⁷⁰ 館田晶子，同前註 59，頁 93-94。

⁷¹ 館田晶子，同前註 59，頁 94；許義寶，同前註 27，頁 340。

障。如果依身分之關係應依屬人法而決定之法理，既然當事人之所屬國籍國容許一夫多妻，當事人之行為具有合法性，其第二以外之其他配偶亦應受家庭團聚權之保障，而應允許其以家庭團聚之理由入國⁷²。

肆、出國的自由

經允許入境我國的外國人，於居留期間有離開我國回到其母國或前往第三國的自由嗎？這一點，《世界人權宣言》規定：「所有的人都有離開自己的國家或任何其他國家，以及返回自己國家的權利」（第 13 條第 2 項）。公民與政治權利國際公約也設有相同的規定，即「所有的人都可以自由離開任何國家（包括其本國）」（第 12 條第 2 項）及「任何人都不應被恣意的剝奪返回其母國的權利」（同條第 4 項）。如前所述，我國於民國 98 年公布施行兩公約施行法後，兩公約在我國即具有內國法的效力，而可確認有出國自由的存在。也就是不但所有的本國人都具有出國的自由，且所有的外國人在我國也都可以享有出國的自由。此外，大法官釋字第 558 號解釋也認為：「憲法第十條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利」。

不過，憲法第 10 條所規定的「人民」是僅限於本國人，還是也包括外國人，大法官在本號解釋中並沒有表示意見。日本最

⁷² 但有從此種外國人入國與居留會影響國內之善良風俗與秩序之觀點，認為一夫多妻制之家庭得以主張家庭團聚權之配偶，只有一位配偶可以獲得保障，其他第二位以外之配偶應不受家庭團聚權之保障。館田晶子，同前註 59，頁 94；許義寶，同前註 27，頁 340。

高法院對與此相同的問題則曾作出判決認為：「遷徙居住的自由（日本《憲法》第 22 條第 1 項）和遷居外國移民的自由（同條第 2 項）是「即使是外國人，只要是在日本而服從於其主權的人都應受到保障」⁷³。在其後的判決也採相同的見解，認為：「移居外國的自由，在其權利的性質上並沒有只因為是外國人而不予保障的理由」⁷⁴。這樣的意見不無參考的價值。

畢竟，外國人進入到我國的領域，依屬地主義的想法，理應服從於我國的主權，亦即受我國憲法及相關法律的支配，其相關的權利在沒有只因為是外國人而不予保障的理由時，就應與本國人一樣同受憲法及相關法律的拘束和保障。基此，依上述大法官釋字第 558 號解釋之意旨，在我國的外國人也應享有出國的自由。換言之，外國人的出國自由不僅是法律層次所保障的權利，而且是憲法所保障的基本權利。但於此必須說明者，儘管外國人有出國之權利，也並非不得限制，如果為了維護國家安全及社會秩序，在符合憲法第二十三條之比例原則下，仍得以法律限制之，自不待言。

例如依入出國及移民法之規定，要求在出國時應依一定之程序，並將不遵守這些出國程序的人當作是偷渡者而予以處罰即是⁷⁵。畢竟，這種程序是為了實現公平管理所有從本國出境的人的入出國管理目的的公共福祉所設置的程序，理應具有合憲性⁷⁶。入出

⁷³ 最高裁判所（大法院）昭和 32 年 6 月 19 日判決，刑事判例集，11 卷 6 号，頁 1663。

⁷⁴ 最高裁判所（大法院）昭和 32 年 12 月 25 日判決，刑事判例集，11 卷 14 号，頁 3377。

⁷⁵ 入出國及移民法第 4 條第 1 項規定：「入出國者，應經內政部入出國及移民署（以下簡稱入出國及移民署）查驗；未經查驗者，不得入出國。」同法第 84 條規定：「違反第四條第一項規定，入出國未經查驗者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。」

⁷⁶ 最高裁判所（大法院）昭和 32 年 12 月 25 日判決，刑事判例集，11 卷 14 号，頁 3377。

國管理是作為一個主權國家的當然的權能，在管理所必要的限度內實施管制也是當然的結果。因此，國家在實現入出國管理的目的所必要的限度內的出國限制，不能說是否定其出國的自由。再者，這種程序規範是對「所有的人」的限制，也就是說，無論他們是本國人還是外國人，對其出國的自由都有可能限制，並不是因為他們是外國人才予以限制。

入出國及移民法第 21 條第 1、2 項規定：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署應禁止其出國：一、經司法機關通知限制出國。二、經財稅機關通知限制出國。（第 1 項）」「外國人因其他案件在依法查證中，經有關機關請求限制出國者，入出國及移民署得禁止其出國。（第 2 項）」。此均係對於外國人出國自由之限制。

相反的，外國人在國內有重大違法原因，居住國家得將其強制驅逐出國，以確保國內之公共安全與秩序，保護國家及社會之利益，但須受基本權利之制約，並應遵守正當法律程序⁷⁷。入出國及移民法中明文規定外國人有下列情形之一者，得驅逐出國。其所列之事由包括發現有禁止入國事項、在國內之行為活動違反法令、逾期停留或居留、有違法犯罪之原因、有從事與申請目的不符之活動等。

與禁止入國一樣，驅逐出國也可能剝奪被處分人之家庭團聚權，而家庭團聚權之保護，屬於憲法之基本權利。因此，在涉及違反入出國及移民法而予以驅逐出國時，需特別考慮被處分人之家庭團聚權。例如其家庭成員在居留地，已構築了一定的社會關

⁷⁷ 蔡震榮（2009），〈自外籍配偶家庭基本權之保障論驅逐出國處分——評台北高等行政法院 95 年度訴字第 2581 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 8 期，頁 21-37；許義寶，同前註 27，頁 348。

係，在判斷是否予以驅逐出國時即應予以特別考慮⁷⁸。

驅逐出國是為了保護國家公共利益與秩序，有其正當性與合理性。但在裁決與處分的必要性衡量時，就需考量外國人違法之程度，與外國人所享有之家庭團聚權因驅逐出國所造成的影響，二者之間加以權衡比較。一般如為重大犯罪之強姦、販賣人口、或從事恐怖主義活動嫌疑。將該外國人驅逐出國處分較具有正當性、必要性，與符合相當性原則；若只是逾期居留或只是一次輕微犯罪者，即將其驅逐出國，在法益衡量上，即可能有輕重失衡之問題⁷⁹。換言之，須以驅逐出國的理由與其家庭所蒙受的不利益之間，兩者加以比較衡量。例如相較於有犯罪的理由，只是違反入出國管理法令的行為，驅逐出國就必須有更強及正當化的理由。

有關經濟能力可否成為禁止外國人入國或決定驅逐出國的理由，我國入出國及移民法之禁止入國條款中，即明定有事實足以認定外國人無法在我國獨立維生者，因此，外國人若無足以維生之經濟能力，即可能不允許其入國。相同的規定在驅逐出國之原因中，明文規定入國後，發現有本法第 18 條規定之禁止入國事由者，亦成為得驅逐出國之原因。然而，以當事人之經濟能力不足，拒絕其入境家庭所在地國或拒絕其申請家庭核心成員入國團聚，對於家庭團聚權不無過度侵害之虞。同樣的，以外國人或其家庭成員需申請社會救助，而予驅逐出國，也不無過當之嫌。總之，驅逐出國於涉及家庭團聚權之適用時，即應受比例原則、基本權利保護原則之拘束⁸⁰。

⁷⁸ 高佐智美（2009），〈外國人の人権—現代国際社会における出入国管理のあり方〉，《ジュリスト》，1378号，頁68；許義寶，同前註27，頁349。

⁷⁹ 許義寶，同前註27，頁349。

⁸⁰ 許義寶，同前註27，頁350。

伍、再入國的自由

一、再入國許可審查之制約

所謂的再入國是指「預訂於居留期限屆滿之前離開我國並再度入境我國之計畫而出國後的入國」（入出國及移民法第 34 條），例如預計旅居我國一年的日本人，於居留期間尚未屆滿前，擬前往美國渡假一週，乃向我國入出國管理機關申請出國一週後再返回我國即是。雖然同樣都是外國人的入國，但是外國人「再入國」的自由與首次入國的情形有若干不同。

關於再入國自由之問題，日本有認為外國人的再入國問題與入國一樣不是憲法層次的問題⁸¹。但是，也有認為再入國的許可是居留國主權所及，所以，首先應理解為憲法層次的問題⁸²。在日本憲法上，作為其根據者，有將其視為短暫性的海外旅遊申請而屬於日本憲法第 22 條第 2 項的權利⁸³，也有認為如果不同意其再入國的話，事實上就很難出國，所以應在保障出國自由的框架內來理解⁸⁴。我國學者也有相同的看法，認為未許可再入國之申請，事實上等於限制了外國人出國之自由⁸⁵。

⁸¹ 日本最高裁判所第一小法廷平成 4 年 11 月 16 日判決，民事判例集，166 号，頁 575。最高裁判所昭和 32 年 6 月 19 日判決，刑事判例集，11 卷 6 号 1663 頁；最高裁判所昭和 53 年 10 月 4 日判決，民事判例集，32 卷 7 号，1223 頁。

⁸² 佐藤幸治，同前註 8，頁 54。

⁸³ 東京地方裁判所昭和 43 年 10 月 11 日判決，行政事件裁判例集，19 卷 10 号，頁 1637；東京高等裁判所昭和 43 年 12 月 18 日判決，行政事件裁判例集，19 卷 12 号，頁 1947。

⁸⁴ 佐藤幸治，同前註 8，頁 54。

⁸⁵ 刁仁國，同前註 21，頁 160。

也因為再入國許可事實上具有限制出國自由的功能，所以實務上在進行再入國許可審查時，就有可能用它來作為限制該外國人出國的工具，因此這些外國人事先徵詢入出國管理機關的意見是很正常的。其結果就是，如果不允許其再入國，則意味著其必須放棄出國。然而，出國的自由，是不問本國人還是外國人，所有的人都可以享有的自由，這是已具有國內法效力的公民與政治權利國際公約第 12 條所明定的。基此，入出國管理機關的再入國許可處分理應是以許可為原則的羈束裁量處分⁸⁶。

此外，作為與再入國的自由乃至於入國的自由有關的問題，尚有「離散家庭的團聚權」的問題。因為「家庭是社會的自然且基本的單位，理應有受社會及國家保護的權利」（公民與政治權利國際公約第 23 條第 1 項），所以當家庭因國境的關係而被隔離時，依國際法理應有家庭團聚的權利。特別是關於兒童，在《兒童權利公約》第 9 條第 3 款規定：「除了有違反兒童最佳利益的情形之外，在人際關係上應尊重與父母之一方或雙方分離的兒童有維持其定期與父母的任何一方有直接接觸的權利」。因此，這樣的人基本上應有入國的權利。例如，某居留於我國的外國人留下妻子和子女獨自離開我國並且於出國前未經允許再入國時，這種離散家庭的團聚權就會成為問題的核心。

二、短期居留與永久居留之外國人的再入國自由不應等同視之

一般外國人離開我國之後，再入境我國時，與外國人的通常

⁸⁶ 佐藤幸治，同前註 8，頁 54。

入國自由的情形一樣，完全沒有改變。也就是根據國家的領土主權，是否接受外國人入國，國家可以自由決定要採取什麼條件來接受其申請。

從維持合理適當的出入境管理的角度來看，關於外國人的再入國許可，入出國管理機關不僅要考慮再入國申請的必要性和適當性，而且也要考慮外國人居留期間的一切情狀、國內政治、社會狀況以及國際情勢、外交關係等各種情況⁸⁷。這樣的判斷，在性質上，是委由負有入出國管理行政責任的主管機關進行合理的裁量。因此，如果考慮入出國及移民法的規定內容⁸⁸，以及再入國許可的程序結構，則可以說入出國及移民法關於再入國許可處分，是想要委由入出國主管機關在極廣泛的審查包括該外國人的經歷、背景、性向、居留期間的狀況、出國的目的和必要性等狀況後再作出決定。其次，入出國及移民法第 34 條並未特別規定主管機關裁量再入國許可與否的判斷基準，這不只是將許可與否的判斷委諸主管機關裁量，而且也廣泛的賦予其裁量的範圍。儘管如此，其裁量也不得濫用。例如作為主管機關判斷的前提事實不存在，或作為限制出國或限制再入國的事由在社會通念上有明顯不合理的情形，即可認為裁量權有逸脫或濫用情形。

但是，對於在我國已經建立生活基礎的永久居留的外國人，當其暫時離開我國之後如果拒絕其再入境我國，則意味著其生活基礎的破壞。這不僅僅只是剝奪其經濟利益而已，而且還可能是全人格的侵害。例如外籍配偶，結婚後已在我國生活了很多年，拒絕其再入國，可以說是完全摧毀其家庭生活。這種情形，不應

⁸⁷ 福岡地方裁判所平成元年 9 月 29 日判決。

⁸⁸ 入出國及移民法第 34 條規定：「外國人在我國居留期間內，有出國後再入國之必要者，應於出國前向入出國及移民署申請重入國許可。」

將其再入國的自由理解為可以因政策而受限制的自由權，而應將其理解為屬於較高層次的自由權。基此，永久居留於本國的外國人的再入國自由，與一般外國人的再入國不同，必須視為基本權利而予以尊重⁸⁹。

換言之，如果是具有永久居留的身分，則其居留許可是以永久居留於國內為前提的法律資格而獲得居留許可，所以，對於這樣的人不得僅以其居住於本國（對其而言是外國），就濫行制約其社會的、文化的生活。在現今國際交流頻繁的社會情勢下，國民的入出國自由和外國人的再入國自由，其性質雖然有根本性的不同，但是，具有永久居留許可的人以出國旅行，探親等目的暫時離開我國的行為，作為個人的社會文化活動的一環，當然應予以尊重，可以說沒有合理的理由就不允許其再入國是不被允許的⁹⁰。也就是在沒有特別重大的理由而只因為是外國人就不允許其再入國之處分是不被允許的⁹¹。我國入出國及移民法對於已獲得永久居留許可者，得憑外僑永久居留證再入國，不須申請重入國許可（入出國及移民法第 34 條但書），即已表明了這一點。

陸、結論

「外國人沒有入國的自由」這樣的說法對應到自由主義會顯得格格不入。因為將自由與平等當作全人類的權利，是自由主義的「基本原理」，依照這樣的邏輯，對於希望入國的外國人，國家原則上有義務接受其請求，才符合自由主義的精神。而且從今

⁸⁹ 甲斐素直，同前註 2，頁 231。

⁹⁰ 福岡地方裁判所平成元年 9 月 29 日判決。

⁹¹ 初宿正典，同前註 9，頁 86。

天尊重國際人權的趨勢和自由往來的原則來看的話，似乎可以認為原則上應承認外國人有入國自由，只有在有侵害國家的獨立和安全，或違反公序良俗等行為之虞時，才可以例外的拒絕外國人入國。

《世界人權宣言》將人們的行動自由限定在國家的邊界內，又將入國的權利僅限定為返回其本國，不無缺憾。也就是一方面承認任何人都有離開任何國家的權利，另一方面又只承認有返回其本國的權利，而不保證有入境他國的權利。這在某種意義上是一種欺瞞的伎倆，因為他離開本國之後如果不能入境他國，請問要去哪裡？難不成要住在公海上。

將出國的權利和入國的權利間的不對稱性予以正當化的論辯中，主要是基於國家的主權及移民接受國會增加成本，然而，依據這樣的邏輯將會變成是剝奪個人出國自由的論據。因為如果移民的遷出國因本國國民出國而判斷為顯然會損害國家的利益時，則該國豈不是也可以限制個人的出國自由嗎？

事實上，現在各種權利的實現因為有國境的關係而被切割得支離破碎，各種權利的實現常常在國境內和國境外產生重大的差異，而妨礙了人們權利的實現。從地球村及個人的角度來看，國際間自由遷徙的權利才是所有權利的基礎。

移動遷徙的自由是與人身自由、精神自由和經濟自由等基本權利有關的基本人權。移動遷徙的自由一方面具有作為人身自由的面向，可以移動到自己想要去的地方。根據自己的選擇，與大自然或人們接觸和交流，對於個人人格的形成和精神活動而言，也具有決定性的意義，而具有作為精神自由的性格。另一方面，禁止「移動的自由（包含入國的自由）」，不只是限制外國人的人身自由的重要構成要素，而且也限制了想要與這些外國人交

易，或交往的本國人的經濟上的、社會上的自由。而且因為國際間移民的關係，勞動力會自然的從有餘裕的地區移動到有需要的地區，而在生產上變得更加有效率。從這樣的角度來看，理應承認外國人的入國自由，而只有當該外國人對本國而言有危害國家安全和國民重大福祉的可能性時，始得例外施以最低限度的限制。不應單純的理解為國家主權所可以任意否定而不被保障的權利。

依《世界人權宣言》及《公民與政治權利國際公約》的規定，任何人都有自由離開任何國家的權利」。又依大法官釋字第558號解釋的意旨，及依屬地主義的想法，外國人進入到我國的領域，理應服從於我國的主權，亦即受我國憲法及相關法律的支配，其相關的權利在沒有只因為是外國人而不予保障的理由時，就應與本國人一樣同受憲法及相關法律的拘束和保障。基此，外國人的出國自由不僅是法律層次所保障的權利，而且是憲法所保障的基本權利。但儘管如此，為了維護國家安全及社會秩序，在符合憲法第二十三條之比例原則下，仍得以法律限制之。

關於再入國自由，如果不允許居留於本國的外國人再入國，則意味著其必須放棄出國。然而，出國的自由，是不問本國人還是外國人都可以享有的自由，基此，再入國許可處分理應是以許可為原則的羈束裁量處分。

再者，對於在我國已經建立生活基礎的永久居留的外國人，當其暫時離開我國之後如果拒絕其再入境我國，則意味著其生活基礎的破壞。這不僅僅只是剝奪其經濟利益而已，而且還可能是全人格的侵害。這種情形，不應將其再入國的自由理解為可以因政策而受限制的自由權，而應將其理解為屬於較高層次的自由權。基此，永久居留於本國的外國人的再入國自由，與一般外國

人的再入國不同，必須視為基本人權而予以尊重。在沒有特別重大的理由而只因為是外國人就不允許其再入國之處分是不被允許的。

參考文獻

一、中文部分

- 刁仁國（2000）。〈論外國人入出國的權利〉，《中央警察大學學報》，37期，頁147-166。
- 江宜樺（2001）。《自由民主的理路》，初版。台北：聯經。
- 李震山（2006）。〈德國抗制恐怖主義法制與基本權利保障〉，《月旦法學雜誌》，131期，頁5-20。
- 李震山（2007）。《多元、寬容與人權保障》，二版。台北：元照。
- 李震山（2011）。《人性尊嚴與人權保障》，四版。台北：元照。
- 許義寶（2012）。《入出國法制與人權保障》，初版。台北：五南。
- 許義寶（2017）。《移民法制與人權保障》，初版。桃園：中央警察大學出版社。
- 廖元豪（2006）。〈多少罪惡假「國家安全」之名而行？－簡介美國反恐措施對人權之侵蝕〉，《月旦法學雜誌》，131期，頁37-49。
- 蔡震榮（2009）。〈自外籍配偶家庭基本權之保障論驅逐出國處分－評台北高等行政法院95年度訴字第2581號判決〉，《法令月刊》，60卷8期，頁21-37。

二、日文部分

- 甲斐素直（2008）。〈外国人の再入国の自由〉，《憲法演習ゼミナール読本（上）》，頁225-232。東京：信山社。
- 佐藤幸治（1992）。《憲法Ⅱ 基本的人權》，初版。東京：成文堂。

- 佐藤幸治（1999）。《憲法》，三版。東京：青林書院。
- 初宿正典（2011）。《憲法 2 基本権》，三版。東京：成文堂。
- 岡野八代（2009）。《シティズンシップの政治学〔増補版〕—国民・国家主義批判》。東京：白澤社。
- 後藤光男（1999）。〈外国人の人権〉，高橋和之、大石眞編，《ジュリスト増刊「憲法の争点」》，頁 64-65。東京：有斐閣。
- 後藤光男（2008）。〈外国人の人権〉，大石眞、石川健治編，《新・法律学の争点シリーズ 3「憲法の争点」》，頁 74-75。東京：有斐閣。
- 後藤光男（2010）。〈外国人の出入国の自由〉，《早稲田法学》，85 卷 3 号，頁 457-492。
- 後藤光男、秋葉丈志、村山貴子（2005）。〈市民権概念の比較研究（1）アメリカ合衆国における市民権概念〉，《比較法学》，39 卷 1 号（通号 77），頁 111-140。
- 後藤光男、秋葉丈志、村山貴子（2006）。〈市民権概念の比較研究（2・完）〉，《比較法学》，40 卷 1 号，頁 127-150。
- 秋葉丈志（2005）。〈アメリカ合衆国における外国人の権利と司法審査〉，《社会学論集》，5 号，頁 223-236。
- 宮崎繁樹（1978）。〈在日外国人の政治的人権と退去強制〉，《法学セミナー》，通號 285 号，頁 4-8。
- 根森健（1995）。〈「外国人の人権」論はいま〉，《法学教室》，183 号，頁 42-50。
- 馬場里美（2000）。〈出入国管理における「私生活及び家族生活を尊重される権利」：フランス及び欧州人権裁判所の判例を素材として〉，《早稲田法学会誌》，50 号，頁 203-205。
- 高佐智美（2009）。〈外國人の人権—現代国際社会における出入

国管理のあり方〉，《ジュリスト》，1378号，頁62-69。

森村進（2001）。《自由はどこまで可能か＝リバタリアニズム入門》。東京：講談社。

館田晶子（2005）。〈フランスにおける「通常の家族生活を営む権利」と家族の再結合〉，《跡見學園女子大学マネジメント学部紀要》，3号，頁93-94。

三、英文部分

Cole, David, The Missing Patriot Debate, The Nation (2005), available at <http://www.thenation.com/doc/20050530/cole> (last visited 06/25/2021).

