

從「我們的憲法」、「我們」到「我們的釋憲者」：形塑非國民之憲法上權利主體*

范秀羽**

<摘要>

我國傳統憲法理論於探討憲法權利主體時，通常始於一個似乎不證自明之前提：國民身為國家成員，自為憲法上完整之權利主體，並當然受到所有憲法上權利之保障，而僅在何等基本權依性質應將保障向外延伸至非國民上，存有不同意見。本文首先試圖從憲法文本及憲法基本原理，反面論證此一國民非國民之二元他我之別與憲法權利保障間之關聯並非必然，且憲法對於權利主體其實留有一定之形塑空間，而可由釋憲者（而非政治部門）加以解釋。本文次於實際檢視我國相關實定法如國籍法、移民法、戶籍法等後，更發現傳統憲法理論中的二元他我之別，在現行法的實踐上卻與預想不同，而呈現為光譜般的多重區別，且司法審查也對此一區別光譜回敬以寬嚴不同之審查密度。隨後本文先透過分析過去司法院大法官對涉及他我之別之法律

* 作者尤其感謝兩位匿名審稿人願意耗費時間一再細讀本文文稿，精準點出重要問題及批評，並給予極其寶貴的建議，使得本文得以在修正後有更清楚成熟的中心概念與論點傳達。本文初稿曾在中研院第十一屆憲法解釋之理論與實務研討會上發表，感謝籌辦人林建志研究員之邀請、該場主持人許志雄大法官與評論人郭書琴教授的啟發、及在場各與會者的精闢提問，對於未能於本文中妥善處理之部分，作者期待在未來研究中繼續反省思考。本文同時也作為科技部計畫105-2410-H-031-008之成果之一，在此由衷感謝計畫參與者楊道弘、劉珞亦、李凝在資料蒐集整理等多方面的盡心協助，當然，本文之文責及所有缺失仍由作者自負。

** 東吳大學法律系專任助理教授，美國加州大學柏克萊法學院法學博士（J.S.D.）。
E-mail: hsiuyufan@scu.edu.tw

• 投稿日：01/17/2018；接受刊登日：07/26/2018
• 責任校對：辜厚僑、楊壽慧、顏良家。
• DOI:10.6199/NTULJ.201903_48(1).0001

違憲審查，點出釋憲者所作成之他我之別判斷為何，再透過大法官選任制度，思考釋憲者自身是不是也成為此一區別之客體、如此又對其憲法職務之行使有何影響。最後本文以如何在既有憲法框架下，催生一個更多元、更在地之憲法權利主體作結。

關鍵詞：憲法權利主體、移民法、公民身分、司法審查、移民管制權力、他我之別

◆目次◆

壹、前言

貳、我們的憲法：憲法界分的他我之別

一、憲法文本的他我之別：外於國籍的權利主體

二、公民身分、人民主權與國家憲法

參、我們：他我之別、國家行為與司法審查

一、現行法制下之他我之別

二、國家行為與司法審查

肆、我們的釋憲者：判斷與被判斷

一、大法官解釋的他我之別

二、超越國籍與國族的釋憲者

伍、結論