

公民權  
台灣社會變遷基本調查  
第八次研討會

【第一場之一】

國籍與公民權：  
人民與國家「身分連結」的法制溯源與法理分析

李建良

中央研究院法律學研究所籌備處

中央研究院  
政治學研究所籌備處、社會學研究所主辦  
95年5月26日

# 國籍與公民權：

## 人民與國家「身分連結」的法制溯源與法理分析

李建良\*

壹、導論：國籍之於公民權的意義.....	2
貳、公民權的起始基礎：人民與國家的連結要素.....	5
一、人民與國家的連結之一：國籍.....	6
二、人民與國家的連結之二：戶籍.....	14
三、人民與國家的連結之三：定居、居留.....	16
(一)大陸地區人民.....	16
(二)外國人.....	24
(三)台灣地區無戶籍國民.....	25
四、小結：人民—土地—國家之關連.....	26
參、台灣人國籍的起承斷續問題.....	28
一、問題意識.....	28
二、法制攬要.....	30
三、實務綜整.....	32
四、法理分析.....	38
肆、結語.....	45
一、國籍、戶籍與認同的弔詭.....	45
二、國籍、身分與認同的悖論.....	46
三、主權認知與公民意識.....	47

---

\* 中央研究院法律所籌備處副研究員、台灣大學法律學院副教授。

## 壹、導論：國籍之於公民權的意義

台灣自1991年以憲法增修條文方式啓動憲法改革運動迄今，雖已歷經七次（第五次爲大法官宣告失效），惟增修重心始終環繞在政府體制的興革，至於憲法中人權條款及相關規範則依然如舊，未獲增補或修正。近年來人權意識高漲，爲了落實憲法爲人民權利保障書的真正意涵，憲法基本權利規定的增修，殆已成爲未來憲法改革方向不容忽略的議題，其中「公民權」(citizenship)建構與實踐往往居於核心的地位。蓋公民權是否普及、健全，經常是衡度一國民主化程度的測量工具，同時也是評價該國民主政治發展的重要指標，公民權的構建與落實，更是達到凝聚社會共識、發揮集體力量、健全社會發展的關鍵所在。

綜觀當前公民權的興革議題，可謂經緯萬端，公民權的建制與實踐往往牽動政治、社會、經濟及文化等各個層面，諸如是否降低投票權年齡等公民權，是否對外籍配偶的政治權利設限，以及是否擴大社會、文化參與權等問題，只是其中數例，凡此則均繫於「公民權」概念的釐清，尤其是公民權在人權體系中的定位與作用。蓋公民權概念若乏清楚的內涵與外延，公民權的體系建構與具體實踐，自無可能。

關於「公民權」概念的界定，學說上經常以英國社會學家馬歇爾(T. H. Marshall)在1950年發表的專論〈公民權與社會階級〉(Citizenship and Social Class)作爲討論的基礎<sup>1</sup>。該文將「公民權(citizenship)」(或稱「公民身分」)概分爲民權(civil rights)、政治權(political rights)與社會權(social rights)三類，或是公民權的三要素<sup>2</sup>。扼要言之，民權，指個人自由的權利，包括人身自由、言論自由、思想與信仰自由、財產權、契約自由、集會結社自由及訴訟權等；政治權，指提供市民參與政治過程的權利，如參政權、服公職權等；社會權，指享有經濟福利與

---

<sup>1</sup> 現收於T. H. Marshall and Tom Bottomore, CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS (1992).

<sup>2</sup> T. H. Marshall and Tom Bottomore, CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS 8 (1992).

社會安全等一系列國家給付的資格與權利、分享社會文化遺產、過符合社會基本標準的文明生活的權利。此一分類隨之廣泛成爲社會科學討論公民權的基本概念。然而，從憲法學理及實務的角度，此一分類是否嚴謹、妥適，仍有探討的空間。

從概念語意出發，”citizenship”一詞係由「公民」(citizen)與「身分」(ship)二要素組成，可合稱爲「公民身分」。是以，公民權的概念定位，似應著眼於人民與國家之間的身分(地位)關係。依照十九世紀後期德國公法大師格奧爾格·耶林內克(*Georg Jellinek*, 1851-1911)所提出的「身分理論」(或稱「地位理論」)(*Statustheorie*)，人民在國家中的地位，可概分成四個不同身分：1.被動身分(*passiver Status*)；2.消極身分(*status negativus*)；3.積極身分(*status positivus*)；4.主動身分(*status activus*)<sup>3</sup>。根據耶氏所作的總結性描述：

此四種身分：被動、消極、積極、主動，僅是個人在國家當中的成員地位(*gliedliche Stellung*)。(簡言之)對於國家有所給付(*Leistungen an den Staat*)、自由於國家之外(*Freiheit vom Staat*)、向國家有所請求(*Forderungen an den Staat*)、為國家有所給付(*Leistungen für den Staat*)，此等觀點是掌握個人公法上權利地位的基礎。此四種身分形成一條清晰可見的標線，初則，個人服從於國家而有所給付，再則，個人被賦予一個獨立、免於國家干預的領域，繼則，國家自身負有對個人有所給付的義務，終則，個人的意志參與國家統治的運作，甚而被承認為國家權力的主體<sup>4</sup>。

上述四種身分，涉及國家與人民之間的互動關係與權利地位，其在基本權利體系建構上的意義，固值研究<sup>5</sup>，而所謂「公民權」究竟立基其一，抑或盡數涵

---

<sup>3</sup> *Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Neudruck der 2. Auflage 1919, 1979, S. 86 f., 94 ff.

<sup>4</sup> *Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Neudruck der 2. Auflage 1919, 1979, S. 87 f.

<sup>5</sup> 詳參李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起(上)〉，

括，亦可探討<sup>6</sup>。不過，公民權體系的開展，恆建立在國家與人民的「身分連結」關係上，此一連結關係則又牽涉「國民」概念的界定與取得問題。申言之，國家乃是一種政治社群，誰是這社群的成員，涉及「國民」概念的界定與取得，屬於國家與人民之間的基礎身分關係，「國民身分證」乃是一種表現形式<sup>7</sup>。在此意義下的公民權，不僅是行使其政治權利的基礎，同時也是進入及取得國家福利資源

---

《憲政時代》，第 29 卷第 1 期，2003 年 7 月，頁 1-30。

<sup>6</sup> 本文認為，所謂「公民權」宜界定在人民與國家之間的積極參與關係上（即「主動身分」），諸如選舉權、被選舉權、服公職權等。至於其他諸如言論、出版、信仰之自由、財產權、遷徙權、訴訟權，及社會權等，雖與公民權的建制與落實，具有密不可分的表裡關係，惟仍應與公民權有所區隔，否則公民權將等同於人民之基本權利，從而失去作為一項獨立概念的意義。蓋上揭公民權的三要素，實幾近等同於憲法基本權利的各個面向。設若公民權等同於基本權利，則公民權概念將失卻獨立存在的意義。參見李建良，〈公民權的檢討〉，行政院研究發展考核委員會主編，《憲政方向盤》，2006 年 4 月，頁 299-301。

「公民」概念其實已見諸古希臘哲學，例如亞里士多德(Aristotle, Aristoteles, 384-322 B.C.) 在其著作《政治學》(Politics, Politik)一書開卷即提出「人天生是政治的動物(man is by nature a political animal)」的觀念，隨之於第三卷論及國家與社會之間的關係，並分析「公民」(citizen)的概念。亞里士多德認為，一個公民並不是由於他居住在某個地方而成為公民，而是有資格參與城邦的議事和審判事務的人，才有資格被稱為公民，而城邦(polis, state)，簡而言之，即人數足以維持自足生活的公民結合體。參見Stephen Everson (ed.), Aristotle, THE POLITICS AND THE CONSTITUTION OF ATHENS 13, 63 (1996).

<sup>7</sup> 國家與人民之基礎身分關係繫於何等要素，暫且不問（後詳），人民本於「國民身分證」享有請求國家核發證明該基礎身分關係之權利，亦即享有「請求國家核發國民身分證之基本權」（給付權）。惟人民本於國民身分證而享有請求核發國民身分證（國民身分證）之權利，並不表示國家當然得建立國民身分證制度，甚至課予人民有領取國家身分證之義務。蓋請求國家證明國民身分，既是一種權利，人民即有選擇不行使之自由。換言之，人民可以選擇過一個無身分證之生活，由此乃得以進一步推導出「不領取國民身分證之基本權」（消極自由權）。準此以論，國民身分證制度之建立，若以法律定有領取國民身分證之義務（戶籍法第八條第一項參照），不問其原因為何，從憲法保障人民基本權利之意旨以言，國民身分證制度皆構成對人民權利之限制。姑不論基於身分辨識之目的而課予上開義務是否因違反比例原則而構成違憲，至少基於憲法基本權利之防禦功能，人民享有請求核發國民身分證之權利。質言之，在現行戶籍法之規範下，人民享有請求國家核發國民身分證之權利，除了前述「請求核發身分證之基本權」（給付權）外，更可基於人民自由（不領取國民身分證之自由）受到限制所產生之排除侵害請求權。蓋在一個「全民身分證」的國度中，若無身分證在身，雖不致寸步難行，卻也障礙連連。而此等不方便（必要之惡）既是因國家建立身分證制度所致，自應由國家負起排除此項障礙之義務。

體系的「通行證」。而以何種特徵或要素界定「國民」的概念（國民身分權），自古以來即是爭論不休的問題。在民主國家中，其至少必須以固定的疆界為前提。在此一疆界範圍內，人民「形式上」通過自決的程序，結合成一個政治社群。問題在於，生活在一定生活圈的人們，頂多只是一群有著密切互動關係的住民，尙未轉換成彼此間具有權利義務關係的公民。在政治理論上，學者或思想家嘗試以「締結社會契約」作為住民構成公民的媒介。然而，國家與人民之間的「契約關係」，實乃學理上的假設，藉以說明國家與人民之間的關係，事實上並不存在有「契約」。就歷史的發展而言，近代國家的興起，除了源於同一血脈的民族外，主要是基於共同的語言、文字、生活習慣等文化認同，再加上共同的歷史經驗與命運，發展出一種超越次級團體的集體認同感。不過，國家制度發展至今，已從單民族、單語言、單文化，拓變為多民族、多語言、多文化國家類型。立基於單一民族、血緣、語言、文化認同所架構的「國民身分權」，早已不復存在，代之而起者，乃多族群、多語言、多文化的政治共同體。在此情況下，「國籍」爰成為區辨「國民」或「公民權享有者」最重要的符碼，為國家與人民的身分連結制度，構成公民權之基礎要素。台灣公民權重要基本問題的研析與檢討，莫不與此問題相繫，若不先窮究省思，所獲成果恐怕只是枝節末稍，難成大器，此為本文之作的緣由。

## 貳、公民權的起始基礎：人民與國家的連結要素

所謂「國籍」，一般係指個人與特定國家的紐帶關係，並且是個人與國家發生權利義務關係的起始要素，同時也是個人產生國際法上權利與義務的基礎<sup>8</sup>。問題在於，此一紐帶關係如何建立？其乃一種事實上既存的「自然狀態」？還是法制上創設的「法律狀態」？抑或屬於人民可抉擇的「基本權利」？要言之，即所謂「國籍」的制度內涵究竟為何？此一問題又須與「戶籍」、「居留」等連結因

---

<sup>8</sup> 參見丘宏達，《現代國際法》，1995年，頁388。

素，合併探討，始能窺其全貌。以下試從法學的觀點，參酌現行法規，分別從「國籍」、「戶籍」、「定居」等面向分析國家與人民之間的連結關係。

## 一、人民與國家的連結之一：國籍

現行國籍法第二條規定，有下列各款情形之一者，屬中華民國國籍：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，父母均無可考，或均無國籍者。四、歸化者。

由上可知，國籍的取得係採「屬人主義」為原則，「屬地主義」為例外，再輔予「歸化」（入籍）制度。基本上，屬人主義乃是基於「血統」的考量，此一要素向來構成一國人民的基礎，仍可繼續維持。其次，屬地主義主要是以人民與國家領土之間的連繫關係，作為取得國籍的憑藉。台灣目前僅以「出生於中華民國領域內，父母均無可考，或均無國籍者」為例外情況，是否有擴大的必要，值得考量。思考方向可以有兩個方向：一、以「出生」於中華民國境內為連繫點者，除父母均無可考，或均無國籍者外，是否可以增加其他的要素，例如居住一定期間？二、除以「出生於中華民國境內」作為連繫點外，是否可以採取其他的連繫要素？

關於「歸化」的部分，國籍法第三條設有基本的規範，其內容為：「外國人或無國籍人，現於中華民國領域內有住所，並具備下列各款條件者，得申請歸化：一、於中華民國領域內，每年合計有一百八十三日以上合法居留之事實繼續五年以上。二、年滿二十歲並依中華民國法律及其本國法均有行為能力。三、品行端正，無犯罪紀錄。四、有相當之財產或專業技能，足以自立，或生活保障無虞。」

綜合觀之，外國人若欲取得我國國籍，必須具備以下要件：

- 一、於中華民國領域內有住所，並每年合計有一百八十三日以上合法居留之事實繼續五年以上。

二、具有行為能力：年滿二十歲並依中華民國法律及其本國法均有行為能力。

三、品行端正，無犯罪紀錄。

四、財力或謀生能力：有相當之財產或專業技能，足以自立，或生活保障無虞。

除上述基本條件外，國籍法尚設有若干特殊歸化要件：

(一)外國人每年合計有一百八十三日以上合法居留之事實繼續僅三年以上者，若具備以下要件之一，亦得申請歸化（國籍法第四條第一項）：

一、為中華民國國民之配偶。

二、父或母現為或曾為中華民國國民。

三、為中華民國國民之養子女。

四、出生於中華民國領域內。

(二)外國人每年合計有一百八十三日以上合法居留之事實繼續未達三年以上者，若須具備以下要件，亦得申請歸化（國籍法第五條）：

一、出生於中華民國領域內，其父或母亦出生於中華民國領域內者。

二、曾在中華民國領域內合法居留繼續十年以上者。

(三)外國人或無國籍人若不具備上述要件，但有殊勳於中華民國者，亦得申請歸化（國籍法第六條第一項）。

以上所列乃屬申請歸化為我國國民的積極要件，其主要是以居住在我國的時間作為基準，再搭配其他要件，即：「行為能力」、「品行」及「經濟能力或謀生能力」三要素。扼要言之，即：

居住期間（五年以上）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力。

若居住期間未滿五年，但已滿三年者，國籍法第四條第一項附加其他要件，即：「為中華民國國民之配偶」、「父或母現為或曾為中華民國國民」、「為中華民國國民之養子女」、「出生於中華民國領域內」。以上要件係為擇一關係，但仍應具備上述基本要件，因之，乃有如下幾種可能性：



1. 居住期間（三年以上、未滿五年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋為中華民國國民之配偶
2. 居住期間（三年以上、未滿五年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋父現為中華民國國民
3. 居住期間（三年以上、未滿五年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋父曾為中華民國國民
4. 居住期間（三年以上、未滿五年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋母現為中華民國國民
5. 居住期間（三年以上、未滿五年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋母曾為中華民國國民
6. 居住期間（三年以上、未滿五年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋為中華民國國民之養子女
7. 居住期間（三年以上、未滿五年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋出生於中華民國領域內

若居住期間未滿三年者，國籍法第五條在基本要件之外，附加「出生於中華民國領域內，其父或母亦出生於中華民國領域內者」、「曾在中華民國領域內合法居留繼續十年以上者」，此二要素亦屬擇一關係，因之，尚有如下幾種申請歸化的可能：

1. 居住期間（未滿三年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋出生於中華民國領域內＋其父出生於中華民國領域內
2. 居住期間（未滿三年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋出生於中華民國領域內＋其母出生於中華民國領域內
3. 居住期間（未滿三年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋曾在中華民國領域內合法居留繼續十年以上

除了以上情形外，國籍法第四條第二項針對「未成年」的外國人或無國籍人設定特別的申請歸化要件，即免除居住須達三年以上及品行良好、具備經濟能力」的要件，而僅須其父、母或養父母現為中華民國國民，故有如下幾種可能：

1. 未成年人+合法居留未滿三年+父現為中華民國國民
2. 未成年人+合法居留未滿三年+母現為中華民國國民
3. 未成年人+合法居留未滿三年+養父母現為中華民國國民

除此之外，國籍法尚有特殊規定：「外國人或無國籍人，有殊勳於中華民國者，雖不具備第三條各款條件，亦得申請歸化。內政部為前項歸化之許可，應經行政院核准。」

綜合整理，申請歸化的情形計有：

1. 居住期間（五年以上）+行為能力+品行良好+經濟能力。
2. 居住期間（三年以上、未滿五年）+行為能力+品行良好+經濟能力+為中華民國國民之配偶
3. 居住期間（三年以上、未滿五年）+行為能力+品行良好+經濟能力+父現為中華民國國民
4. 居住期間（三年以上、未滿五年）+行為能力+品行良好+經濟能力+父曾為中華民國國民
5. 居住期間（三年以上、未滿五年）+行為能力+品行良好+經濟能力+母現為中華民國國民
6. 居住期間（三年以上、未滿五年）+行為能力+品行良好+經濟能力+母曾為中華民國國民
7. 居住期間（三年以上、未滿五年）+行為能力+品行良好+經濟能力+為中華民國國民之養子女
8. 居住期間（三年以上、未滿五年）+行為能力+品行良好+經濟能力+出生於中華民國領域內

9. 居住期間（未滿三年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋出生於中華民國領域內＋其父出生於中華民國領域內
10. 居住期間（未滿三年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋出生於中華民國領域內＋其母出生於中華民國領域內
11. 居住期間（未滿三年）＋行為能力＋品行良好＋經濟能力＋曾在中華民國領域內合法居留繼續十年以上
12. 未成年人＋合法居留未滿三年＋父現為中華民國國民
13. 未成年人＋合法居留未滿三年＋母現為中華民國國民
14. 未成年人＋合法居留未滿三年＋養父母現為中華民國國民
15. 有殊勳於中華民國

在上述外國人或無國籍人申請歸化的各種情形中，除最後一種情形外，其餘應係所謂「準據許可制」，亦即，於各該要件合致時，主管機關內政部即應為准予歸化的決定。至於最後一種情形，則是採所謂「特許制」，蓋依國籍法第八條第二項：「內政部為前項歸化之許可，應經行政院核准。」是以，主管機關除應判斷系爭申請人是否具備「有殊勳於中華民國」的事實，對於是否准予歸化仍享有一定程度的裁量空間。

就外國人取得中華民國國籍（歸化）的問題以論，於實務上較具爭議者，乃外國人必須先放棄其本國國籍，始得歸化為中華民國國籍<sup>9</sup>。基本上，此一問題有兩個層面，一是有無法律依據？二是有無違反平等原則？

關於外國人歸化的法律依據，在國籍法修正前後，有所不同。現行國籍法的前身係於 1929 年由國民政府所公布，其第二條規定：「外國人有左列各款情事之一者，取得中華民國國籍：一、為中國人妻者，但依其本國法保留國籍者，不在此限。…五、歸化者。」同法第四條第一項規定：「左列各款之外國人，現於

---

<sup>9</sup> 國籍法第九條規定：「外國人依第三條至第七條申請歸化者，應提出喪失其原有國籍之證明。但能提出因非可歸責當事人事由，致無法取得該證明並經外交機關查證屬實者，不在此限。」

中國有住所者，雖未經繼續五年以上，亦得歸化：一、父或母曾為中國人者。二、妻曾為中國人者。三、生於中國地者。四、曾在中國有居所，繼續十年以上者。」另國籍法施行條例第三條復規定：「依國籍法第二條第五款取得中華民國國籍者，應由本人出具左列書件，聲請住居地方之該管官署轉請內政部核辦。·內政部核准歸化時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之。」其中並無必須拋棄原有國籍或提出喪失原有國籍證明之規定，此一要求當時是規定在內政部所定「國籍變更申請程序」第四點及第五點，即：「依國籍法第二條第五款申請許可歸化取得國籍者，須檢附下列證件…。(二)…喪失原有國籍證明文件正本及中譯本。(三)有效之外僑居留證及在國內居住年限證明書…。」、「依本程序第四點…申請取得國籍者，如無法提出喪失原有國籍合法證明文件者，應附經外交部或駐外館處驗證之未具有外國國籍證明文件或無國籍證明文件」。準此以觀，其是否符合法律保留原則，頗滋疑義。惟於司法實務上，對此並未加訾議，僅謂：「外國人取得中華民國國籍須先放棄原國籍之規定，有其立法目的及國家利益之考量，本不悖於比例原則及必要性原則，且司法院院解字第三〇九一號解釋僅禁止外國人雙重國籍並不違法，尤無違法律保留原則」<sup>10</sup>，其於法治原則的信守，似有未周。倒是立法院注意及此，於 2000 年全面修正國籍法時，增訂第九條：「外國人依第三條至第七條申請歸化者，應提出喪失其原有國籍之證明。但能提出因非可歸責當事人事由，致無法取得該證明並經外交機關查證屬實者，不在此限。」終使此一欠缺法律依據的問題，獲得解決。

關於是否違反平等原則的問題，其主要爭點在於，我國國籍法對於本國人採取所謂「默認雙重國籍」的作法，亦即，本國人若取得外國國籍（例如美國籍）並不當然喪失中華民國國籍，則何以外國人取得中華民國國籍時，即須放棄其原有國籍？按如前所述，國籍乃一國主權的表徵，為人民與國家權力之連繫點，是以，國籍取得的條件與各該國家政經社文密切相關，自得由立法者衡諸實況，有

---

<sup>10</sup> 請參閱台北高等行政法院八十九年訴字第二四〇〇號判決。

所設定，尚難為外國人與本國人民必得享有同一之權利與待遇，與平等原則尚無牴觸。至於我國不禁止我國國民具有雙重國籍與我國不發給外國人本國國籍要屬二事，外國人亦無援引類推適用的餘地<sup>11</sup>。當然，在立法政策上，是否要以放棄原有國籍作為歸化的條件，仍有商酌空間，於此涉及「國家忠誠」與「移民政策」等諸多因素，須綜合考量評估之。

其次，可資探討者，乃外國人否認其取得中華民國國籍，此一問題緣於我國國籍法對於國籍的取得原採「父系血統主義」，亦即出生父為中華民國國籍人，即取得中華民國國籍。國籍法於 2000 年修正時，基於兩性平等之意旨，改採「父母雙系血統主義」，亦即將國籍法第二條第一項第一款及第二款改為「出生時父或母為中華民國國民」或「出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民」者，取得中華民國國籍；同時於第二項增訂「溯及既往條款」，即：「前項第一款及第二款之規定，於本法修正公布時之未成年人，亦適用之。」此一規定原為使在本法施行之前，因舊法而未能取得中華民國國籍之未成年人，亦能取得中華民國國籍，特別是因父不詳而成為無國籍之人。不過，此一溯及規定卻使父為外國人、母為本國人之子女，「意外」取得中華民國國籍而成為雙重國籍，此一良法美意卻未必為其所領受。例如娶我國籍女子為妻的何瑞元，其兒子於一九八九年出生在台北，當時我國國籍法採父系主義，因何瑞元為美國籍，兒子原只有美國籍。惟適用新制之後，成為兼有美國籍的雙重國籍者。由於美國法律基本上不鼓勵國民具有雙重國籍，因此對於辦理保險及獎學金等手續，常設有對雙重國籍者的限制；美國國會對具有外國國籍者能否享受社會福利，也有爭議；美國國

---

<sup>11</sup> 另台北高等行政法院九十年訴字第六六〇六號判決謂：「我國國籍法之所以限制外國人申請歸化為中華民國國民，必須先放棄其原有國籍，乃基於國家忠誠及減少雙重國籍之考量，並藉以凝聚全國人民之愛國情操生死與共，限制外國人除能提出因非可歸責當事人事由，致無法取得喪失其原有國籍證明並經外交機關查證屬實者外，應先放棄其原有國籍始得申請歸化，有其國家利益，即令因而造成外國人喪失其原有國籍之損害，從目的性衡量，有其必要性，兩害相權，取其輕而已。是上揭國籍法及相關法令規定，於必要性原則並無違背，此項限制性規定亦無過度，且對於全部外國人，又均一體適用，亦符法律之平等原則。」可資參照。

務院也警告護照持有人，一旦歸化他國國籍，在某些情況下，會導致喪失美國國籍。為避免喪失美國國籍的風險，何瑞元乃其兒子之名向內政部申請核發「不具中華民國國籍證明書」<sup>12</sup>，遭否准而循序提起行政爭訟，主張其為美國籍，持居留簽證之有效護照在中華民國居留，其無中華民國護照，亦從未辦理中華民國之戶籍登記，應不屬國籍法第二條第二項規定之情形。案經台北高等行政法院作成駁回其訴之判決，其理由為：

「按國籍乃國家所決定之事項，每一國家各自依其法律決定何人為其國民。又國籍法第二條於八十九年二月九日之修正，係參酌各國國籍法立法趨勢，基於男女平權之意旨，將修正前國籍法條文有以男女性別而作不同規範之情形，予以修正。國籍法第二條業將固有國籍，由父系血統主義修正為父母雙系血統主義；另為使國籍法修正公布時，因生母為我國國民之未成年人，可排除法律不溯及既往原則之適用，亦屬我國國籍，乃增訂第二項條文，以保障該等未成人之權益。原告係依法律規定當然具有中華民國國籍，而無須提出申請，不生被告舉證之問題。又戶籍與國籍係屬二事，原告具有中華民國國籍亦與有無中華民國護照或戶籍登記無關。另我國國籍法並未限制具有中華民國國籍者，不得具有外國國籍，原告是否具有外國國籍，與其具有中華民國國籍，亦無相涉，被告並無擴大解釋國籍法第二條第二項規定可言。至於涉外民事法律適用法第十六條第一項前段所定『子女之身分，依出生時其母之夫之本國法。』係就家庭制度關於婚生子女身分所為規定，非關國籍，而原告依法具有中華民國國籍與入出國及移民法、外國護照簽證條例、全民健康保險法及土地法等亦無關，其主張自無可採<sup>13</sup>。」

上開見解，衡之國籍法第二條第二項之規範文義，固無違誤，惟該規定是否侵犯外國人的權利而有違憲之虞，則非無酌量之餘地。蓋國籍的取得，不僅獲致

---

<sup>12</sup> 就行政訴訟類型而言，本件應依行政訴訟法第六條第一項提起確認公法上法律關係不存在之訴。

<sup>13</sup> 台北高等行政法院九十年訴字第二八五〇號判決。

權利，同時亦伴隨有義務，諸如稅賦或兵役等，是以，國籍的取得原則上應出於自願，或有預見的可能性。就本案而言，外國人在與我國女子結婚生子之時，並不知曉其子女將取得中華民國國籍，今因法律的溯及既往而「強加」其所不欲的權利與義務，顯與已逾越其對舊法的信賴，從而與法治國原則有所扞格。是以，本文認為，上開規定應透過合憲解釋方法予以限縮，使其僅適用於想要取得中華民國國籍之人，至於不願取得中華民國國籍的外國人，應無該項溯及規定之適用。

## 二、人民與國家的連結之二：戶籍

在現行法制之下，構成人民與國家之間連結，除國籍外，另一個要素是「戶籍」，此一要素在制度功能上與國籍不盡相同，茲先說明如下。

按戶籍法第一條規定：「中華民國人民戶籍之登記，依本法之規定。」據此可知，為戶籍之登記者，為「中華民國人民」。反面言之，不具中華民國國籍之人，不論其是否享有在台居留的權利，皆無所謂「戶籍登記」可言。

戶籍法第四條第一項規定：「戶籍登記，指左列各項登記：一、身分登記：(一)出生登記。(二)認領登記。(三)收養、終止收養登記。(四)結婚、離婚登記。(五)監護登記。(六)死亡、死亡宣告登記。二、遷徙登記：(一)遷入登記。(二)遷出登記。(三)住址變更登記。」由此可知，戶籍登記具有兩種制度功能，一是對於國民存否及基本資料的記載，其並未表彰個人與國家之間的關係。一是國家領域之內所在位置的記載，其表彰國民與國家之間「領域連結」的關係。

依據戶籍法第七條規定：已辦戶籍登記區域，應製發國民身分證及戶口名簿；尚未製發者，得以戶籍謄本代之。國民身分證及戶口名簿之格式，由內政部定之。同法第八條規定：人民年滿十四歲者，應請領國民身分證；未滿十四歲者，得申請發給。依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存。請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。

從制度的目的出發，「戶籍」基本上是表彰人民與國家的地域關連，無涉於人民與國家之間的「身分」關係；而國民身分證若屬「個人戶籍」的證明文件，則身分證上所應記載的事項，原則上亦應與戶籍登記相同，因此諸如父母姓名、職業、出生地等，應不在身分證註記範圍。其次，身分證若與人民、國家之間的「身分」關係無涉，則規定請領國民身分證應捺指紋並錄存，即不無違反「不當連結禁止原則」之嫌，況且此項要求亦屬對人民隱私權及資訊自我決定權的嚴重侵害，而構成違憲<sup>14</sup>。再者，國民身分證只是戶籍登記的證明，是以，未領有國民身分證、國民身分證遺失，乃至於未依規定「換發」國民身分證而「失效」，於人民與國家之間的身分及地域關係，皆不生影響。具體言之，於上述情形而未持有國民身分證者，一則並不喪失中華民國國籍，二則並不喪失在中華民國境內的戶籍登記效力，三則基於國籍或戶籍所衍生相關權利，例如選舉、罷免、創制、複決、擔任軍職、公職等權利，均不受影響，所餘者，僅該國民於行使上述各項權利時，如何證明其身分之問題，例如以戶籍謄本、健保卡或護照等作為身分證明。

其次，由戶籍法第一條及第七條規定可以得出「中華民國國籍—戶籍—國民身分證」三者間的鏈鎖關係。不過，國籍與戶籍並非同一概念，而國民身分證的製發，係以具有「戶籍」為前提，故有國籍而無戶籍者，仍無法取得國民身分證，從而亦無法行使以戶籍為要件之相關權利。例如內政部營建署95年4月12日營署宅字第0950016749號函：取得本國國籍但尚無國民身分證之外籍配偶，不得准予辦理國民住宅貸款。因此，目前所謂的「國民身分證」制度，嚴格而言，應是「戶籍證明書」。弔詭的是，曾經擁有戶籍而取得國民身分證者，該身分證並不因嗣後喪失戶籍（例如出國多年）而失其效力。設若「戶籍」為取得國民身分證之前

---

<sup>14</sup> 參照司法院釋字第六〇三號解釋，另參見李建良，〈「戶籍法第八條捺指紋規定」釋憲案鑑定意見書〉，《台灣本土法學雜誌》，第73期，2005年8月，頁38-56。



提要件，則喪失戶籍，自應發生國民身分證失效之結果。由此可知，目前以戶籍為條件的國民身分證制度有待改進，制訂「國民身分證法」，此其時也。

「戶籍」在人民與國家之間的關係上，依照現行法制，尚有另一功能，即辨識「台灣地區人民」與「大陸地區人民」身分的一種機制。按台灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸條例）第二條第三款及第四款分別規定：「三、台灣地區人民：指在台灣地區設有戶籍之人民。四、大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍之人民。」不僅如此，台灣地區人民若在大陸地區設有戶籍或領用大陸地區護照，除經有關機關認有特殊考量必要外，喪失台灣地區人民身分及其在台灣地區選舉、罷免、創制、複決、擔任軍職、公職及其他以在台灣地區設有戶籍所衍生相關權利，並由戶政機關註銷其台灣地區之戶籍登記。不過，其因台灣地區人民身分所負之責任及義務，不因而喪失或免除（兩岸條例第九條之一）。

因前述情形而喪失台灣地區人民身分者，嗣後註銷大陸地區戶籍或放棄持用大陸地區護照，得向內政部申請許可回復台灣地區人民身分，並返回台灣地區定居（兩岸條例第九條之二）。

### 三、人民與國家的連結之三：定居、居留

除了國籍與戶籍之外，人民與國家之間的連繫關係，尚有定居與居留，其又可分為大陸地區人民與外國人。

#### （一）大陸地區人民

大陸地區人民與台灣的領土連結，依其久暫，可分為「停留」、「團聚」、「商務或工作居留」、「依親居留」、「長期居留」、「定居」等五種情形。

1. 「停留」，指依法令申請在台灣地區停留（兩岸條例第十七條第二項），原因不一，例如觀光。「團聚」，指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。此二種情形的期間最短。

2. 「商務或工作居留」，指受僱在臺灣地區工作之大陸地區人民或來臺從事商務相關活動之大陸地區人民，依規定申請之居留，其居留期間最長為三年，期滿得申請延期（兩岸條例第十七條第二項）。

3. 「依親居留」，指大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，結婚已滿二年者，或已生產子女者，得申請在臺灣地區依親居留（兩岸條例第十七條第一項）。

4. 「長期居留」，指經在臺灣地區依親居留滿四年，且每年在臺灣地區合法居留期間逾一百八十三日者，得申請長期居留<sup>15</sup>，居留期間無限制（兩岸條例第十七條第三項）。

5. 「定居」，指大陸地區人民在臺灣地區永久性的居留，其類型有二，一是基於兩岸的特殊歷史因素<sup>16</sup>；另一是在臺灣地區長期居留滿二年，並符合下列規定者，得申請在臺灣地區定居：一、在臺灣地區每年合法居留期間逾一百八十三日。二、年滿二十歲。三、品行端正，無犯罪紀錄。四、提出喪失原籍證明。五、有相當財產足以自立或生活保障無虞。六、符合國家利益<sup>17</sup>。

大陸地區人民若依上開規定取得「定居」的許可者，依戶籍法第四條第二項之規定，即應為初設戶籍登記，進而得依據戶籍法第八條規定取得身分證。滋有問題者，乃依據戶籍法第一條規定，得為戶籍登記、並辦理身分證者，為中華民國人民。是以，大陸地區人民是否因此而具有中華民國國籍？抑或從無戶籍的中

---

<sup>15</sup> 內政部得基於政治、經濟、社會、教育、科技或文化之考量，專案許可大陸地區人民在臺灣地區長期居留，申請居留之類別及數額，得予限制；其類別及數額，由內政部擬訂，報請行政院核定後公告之。

<sup>16</sup> 其情形有六：一、臺灣地區人民之直系血親及配偶，年齡在七十歲以上、十二歲以下者。二、其臺灣地區之配偶死亡，須在臺灣地區照顧未成年之親生子女者。三、民國三十四年後，因兵役關係滯留大陸地區之臺籍軍人及其配偶。四、民國三十八年政府遷臺後，因作戰或執行特種任務被俘之前國軍官兵及其配偶。五、民國三十八年政府遷臺前，以公費派赴大陸地區求學人員及其配偶。六、民國七十六年十一月一日前，因船舶故障、海難或其他不可抗力之事由滯留大陸地區，且在臺灣地區原有戶籍之漁民或船員。

<sup>17</sup> 內政部得訂定依親居留、長期居留及定居之數額及類別，報請行政院核定後公告之。

華民國人民轉成有戶籍的中華民國人民？此其一。依據兩岸條例第十七條規定，大陸地區人民申請定居須提出「喪失原籍證明」，此所謂「原籍」，係指「大陸地區戶籍」，抑或「中華人民共和國國籍」？若係前者，則此刻的大陸地區人民是否具有「雙重國籍」？此其二。

關於中華人民共和國人民的法律地位，通常以 1991 年憲法增修條文（第一次修憲）的制訂為分水嶺。在此之前，政府當局及相關法律或明示或默示地將「中國大陸」視為中華民國的一部分，在某種意義上，大陸地區人民被看作是「失聯」的中華民國國民。惟自一九九一年五月一日總統公布憲法增修條文，其前言謂：「為因應國家統一前之需要，…增修本憲法條文如左」，其第十條（現移列為第十一條）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。」自此「大陸地區人民」在憲法上獲得一席之地，而與所謂「自由地區人民」相對稱。此次修憲對於台灣國家主體性的意義，多數學者認為其乃是一次無聲革命，默示地改變我國憲法對人民及領土的效力範圍，使台灣主權不再及於中國大陸，領土亦不包括中國大陸<sup>18</sup>；惟亦有學者認為，該次修憲並未改變領土範圍，在法理上仍不能將大陸地區的規定視為外國法<sup>19</sup>。

一九九二年七月三十一日總統公布立法院根據前述憲法授權所制定的兩岸條例，同年九月十六日行政院發布命令定該條例自同年九月十八日施行，自此「大陸地區人民」乃有專為其量身定作的法律，惟其法律地位（相對於台灣人民）則仍有未明。蓋兩岸條例第二條規定：「本條例用詞，定義如左：一、臺灣地區：

---

<sup>18</sup> 請參閱許宗力，〈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》，1999 年 3 月，頁 244 以下；黃昭元，〈兩國論的憲法分析—憲法解釋的挑戰與突破〉；陳英鈴，〈從法的觀點論「特殊的國與國的關係」〉；張嘉尹，〈台灣化的中華民國—介於國際法與憲法之間的考察〉；許志雄，〈「分裂國家」—修憲的解讀〉，以上論文收錄於黃昭元主編，《兩國論與台灣國家定位》，2000 年 5 月，頁 3, 41, 75, 161 以下。

<sup>19</sup> 請參閱李念祖，〈兩岸人民關係條例中三項基本憲法問題〉，《理論與政策》，第 7 卷，第 2 期，1993 年，頁 115；蘇永欽，〈自我表白重於外交突破〉，《走向憲政主義》，1994 年，頁 412-413。

指臺灣、澎湖、金門、馬祖及政府統治權所及之其他地區。二、大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土。三、臺灣地區人民：指在臺灣地區設有戶籍之人民。四、大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍或台灣地區人民前往大陸地區繼續居住逾四年之人民<sup>20</sup>。」其中「大陸地區」仍屬中華民國「領土」，且為「政府統治權所不及之領土」；而大陸地區人民的身分並非以是否「具備中華民國國籍」為判別標準，而是取決於有無設籍於台灣地區。

在九一憲改之後，於司法釋憲實務上，多次涉及國家主權、領土範圍及大陸地區人民定位的問題，惟司法院大法官不是避而不談，就是避重就輕。例如：

一、一九九三年十一月二十六日公布的釋字第三二八號解釋謂：「固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。」以「政治問題」為藉口，避開對於領土憲法意涵的解釋<sup>21</sup>。

二、一九九三年十二月二十四日公布的釋字第三二九號解釋，大法官於解釋理由書中以：「台灣地區與大陸地區間訂定之協議，因非本解釋所稱之國際書面協定，應否送立法院審議，不在本件解釋之範圍」，予以迴避。

三、一九九九年一月二十九日公布的釋字第四七五號解釋，就兩岸條例第六十三條第三項有關政府於民國三十八年以前在大陸所發行國庫債券不予處理規定的合憲性問題<sup>22</sup>，謂：「政府於中華民國三十八年以前在大陸地區發行之國庫債券，係基於當時國家籌措財源之需要，且以包括當時大陸地區之稅收及國家資產為清償之擔保，其金額至鉅。嗣因國家發生重大變故，政府遷台，此一債券擔保之基礎今已變更，目前由政府立即清償，勢必造成臺灣地區人民稅負之沈重負

---

<sup>20</sup> 於 2000 年 12 月 20 日公布之條例中，第四款規定已修正為「大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍之人民。」

<sup>21</sup> 對於本號解釋的批評，請參閱李建良，〈政治問題與司法審查一試評司法院大法官相關解釋〉，《憲法理論與實踐（一）》，2 版，2003 年 2 月，頁 418-420。

<sup>22</sup> 本件釋憲案係因人民為請求兌現國庫債券，向台北地方法院提起訴訟，承審法官認兩岸條例第六十三條規定有牴觸憲法第十五條保障人民財產權之疑義，而聲請大法官解釋。

擔，顯違公平原則。立法機關乃依憲法增修條文第十一條之授權制定『臺灣地區與大陸地區人民關係條例』，於第六十三條第三項規定：一、民國三十八年以前在大陸發行尚未清償之外幣債券及民國三十八年黃金短期公債；二、國家行局及收受存款之金融機構在大陸撤退前所有各項債務，於國家統一前不予處理，其延緩債權人對國家債權之行使，符合上開憲法增修條文之意旨，與憲法第二十三條限制人民自由權利應遵守之要件亦無抵觸。」其中雖提及「嗣因國家發生重大變故，政府遷台，此一債券擔保之基礎今已變更，目前由政府立即清償，勢必造成臺灣地區人民稅負之沉重負擔，顯違公平原則」，但其所執以肯定系爭規定合憲性的理由，只是空泛地指向憲法增修條文第十一條，而未對國家同一性的改變（由台灣人民清償，顯失公平）多作說明。

四、一九九九年十二月三日公布的釋字第四九七號解釋，大法官於處理兩岸條例有關限制大陸地區人民入境規定的合憲性問題時<sup>23</sup>，雖於解釋理由書開宗明義指出：「人民有居住遷徙之自由，固為憲法第十條所保障，惟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之必要，得以法律限制之，憲法第二十三條亦有明文。」惟並未對於「人民」的意涵有所指陳，其解釋文謂：「…內政部依該條例第十條及第十七條之授權分別訂定『大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法』及『大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法』，…係在確保臺灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無抵觸。」與大法官通常處理法規違憲審查的方式，並無二致。

---

<sup>23</sup> 本件釋憲案的原因事實略以：聲請人於1994年12月2日代其大陸配偶檢具居留申請書、保證書及相關證明文件，向內政部警政署入出境管理局（以下簡稱境管局）辦理來臺居留。嗣聲請人之大陸配偶來臺探親，惟逾規定停留期間一日而離境，境管局乃以此為由，拒絕許可其所提出之居留申請。聲請人乃依法提起行政爭訟，遞遭駁回，爰向大法官聲請釋憲，主張大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第十七條、第十八條及大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法第十

五、二〇〇三年四月十八日公布的釋字第五五八號解釋，大法官於處理國家安全法有關限制人民入出境規定的合憲性問題時<sup>24</sup>，指出：「人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外」，並據此而謂：「於臺灣地區設有住所而有戶籍之國民得隨時返回本國，無待許可，惟為維護國家安全及社會秩序，人民入出境之權利，並非不得限制，但須符合憲法第二十三條之比例原則，並以法律定之。」此項意旨若對照所審查的國家安全法（僅適用台灣地區人民），應可得出所謂「構成國家要素之人民」僅指台灣地區人民而言。惟大法官於解釋理由書卻又天外飛來一筆的提到：「依現行憲法增修條文第十一條規定，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，是法律就大陸地區人民進入臺灣地區設有限制，符合憲法上開意旨（參照本院釋字第四九七號解釋）」，使得原本理路清楚的論述，又陷入模糊境地。

整體觀之，截至目前為止，大法官對於領土及大陸地區人民的憲法定位問題，始終採取迴避的態度，其究竟是延續自釋字三二八號解釋以來「政治問題不予解釋」的立場，抑或認為此一問題尚未至構成各該釋憲案的關鍵問題，頗堪玩味。總之，欲從大法官解釋得出大陸地區人民的法律地位，實不可求<sup>25</sup>。倒是各級法院往往亦面臨類似問題，且必須裁判中明白表態，例如在刑法的領域，由於刑法第三條至第八條明定我國法院對於我國人民與外國人民在領域內或領域外犯罪的審判權歸屬，故刑事法院對此問題容無閃躲的空間。譬如一九九九年九月三十

---

三條等規定違背憲法。

<sup>24</sup> 本件釋憲案緣於台灣高等法院刑事庭法官於審理未經許可入境違反國家安全法之案件時，認其所應適用該法第三條第一項關於人民入出境應向主管機關申請許可部分，與憲法保障人民遷徙自由（憲法第十條）之意旨有違，而聲請大法官解釋。

<sup>25</sup> 有學者認為，大陸地區人民應非中華民國國民，否則無以解釋，為何同為中華民國國民，大陸地區人民的基本權利受到如此嚴重的限制，其地位還遠不如外勞。請參閱陳英鈞，〈從法的觀點論「特殊的國與國的關係」〉，黃昭元主編，《兩國論與台灣國家定位》，2000年5月，頁61。惟本文認為，單就此點尚不足論斷大陸地區為外國人，例如在台灣戒嚴時期，部分政治異議人士被禁止入境（所謂的「黑名單」），其地位猶遜於外國人，但其中華民國國民的身分並不因

日台灣高等法院八十八年度上易字第三五七一號刑事判決認為：「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。次按本法（刑法）於中華民國人民，在中華民國領域外，犯前二條以外之罪，而最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之，但依犯罪地之法律不罰者，不在此限，刑法第七條定有明文，因之中華民國人民在中華民國領域外犯罪，必其所犯之罪，非刑法第五條、第六條之罪，且其所犯最輕本刑須為三年以上有期徒刑，並為犯罪地法律所處罰者，始有其適用。本件公訴人起訴被告涉嫌之詐欺及業務登載不實犯行，其最重法定本刑依我國刑法第三百三十九條第一項及第二百十五條之規定，分別係最重本刑五年以下之有期徒刑，及最重本刑三年以下有期徒刑，均非最輕本刑三年以上有期徒刑之罪，亦非刑法第五條、第六條之罪，是公訴人起訴被告詐欺及業務登載不實之犯行，並不能適用我國刑法予處罰，即其行為不罰，原審因而為無罪之諭知，核無不合。上訴意旨猶以我國刑罰權之行使能否及於大陸地區，實乃事實上行使不能之過渡時期云云，指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。」即明白指出我國領土已不包含中國大陸在內<sup>26</sup>。不過，上述判決所處理的問題終究僅涉及中華民國人民在「國外」犯罪的問題，尚難據此推引出大陸地區人民的身分地位。直接觸及此一問題

---

此而改變。

<sup>26</sup> 不過亦有以兩岸條例第二條第二款有關「大陸地區」的定義規定，認為大陸仍為中華民國領土者，例如台灣高等法院八十七年抗國字第十四號民事判決，惟其乃涉及國家賠償的問題。

者，要屬台北高等行政法院九十年訴字第四六三六號判決（二〇〇二年五月二十二日），其事實略以：原告為中國山西省人，於一九九九年與德國人漢斯在廣東省登記結婚，旋即移居德國。嗣漢斯應我國公司聘請來台工作，並領有外僑居留證，原告多次為履行同居義務而申請來台，案經駐外單位依大陸地區人民進入台灣地區許可辦法第十四條規定轉由內政部警政署入出境管理局審理，均未獲准。經原告多次陳情，由立法委員邀集陸委會、境管局、外交部及漢斯等，於二〇〇〇年九月二十七日假立法院會議室召開協調會，並作成由陸委會就相關法規通盤檢討的結論。惟原告未待陸委會專案研議，即向外交部領事事務局（被告）申請出具核准函，同意其比照外國人辦理短期停留探親簽證，未獲答覆，即以被告於收受申請案後逾二個月未為准駁，而循序提起行政爭訟。原告起訴理由主要立基於「兩國論」，認為中華人民共和國為「外國」，其為「外國人」，應適用入出國及移民法與外國護照簽證條例之規定。惟此一見解不為台北高等行政法院所採，其謂：

「按中華民國於西元一九一九年由孫中山先生推翻滿清專制體制而創建，一九四九年即民國三十八年中國共產黨取代中國國民黨在大陸之政權，國民政府退據台灣、澎湖、金門、馬祖迄今，從此，世界上出現了兩個各自表述的中國，即中國共產黨主政的中華人民共和國及實際統治台、澎、金、馬的中華民國，台灣海峽兩岸的政權均宣稱為兩岸之合法政府，彼此定位他方實際統治地區之人民為『大陸地區人民』及『台胞』，換言之，大陸地區之人民依中華民國憲法仍是中華民國之國民；惟因非目前中華民國政府有效統治土地之國民，為此憲法增修條文前言有：『為因應國家統一前之需要』等語，而憲法增修條文第十一條第一項亦明定「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」，從而，大陸地區人民非中華民國之外國人，而係適用依憲法增修條文第十一條制定之『臺灣地區與大陸地區人民關係條例』之大陸地區人民。」

以上見解可謂是我國司法實務上截至目前為止，明白表述「大陸地區人民非外國人」者。惟本文認為，一國國民應以「國籍」為識別標準，大陸地區人民既



不具備中華民國國籍，縱令其與台灣人民之間具有血緣及親屬關係，仍不能因此而取得中華民國國民的身分<sup>27</sup>。換言之，從法律的觀點以言，大陸地區人民是不折不扣的外國人，而且是「次級的外國人」，因為其不僅無法享有本國人的權利，甚至亦不能與其他外國人獲得相同待遇。至於兩岸條例第二條第二款將大陸地區視為我國領土的一部分，僅具有宣示作用，而無任何法律上的意義，蓋統治權不及之地區（未領之土），自難以「領土」稱之。

## （二）外國人

外國人與台灣的領土連結，依其久暫，可分為停留、居留及永久居留三種。居留，指在臺灣地區居住期間超過六個月（入出國移民法第二條第一項第七款）。

永久居留，指具備一定之法定要件，而向主管機關提出申請者，主管機關許可永久居留資格，應發給外僑永久居留證，並副知相關機關<sup>28</sup>（入出國移民法第二十三條）。申請永久居留的共通要件為：

1. 年滿二十歲以上。
2. 品行端正。
3. 有相當之財產或藝能，足以自立。
4. 合法連續居留期間，每年居住超過一百八十三日。
5. 符合我國國家利益。

除具備上述要件外，尚須有下列情形之一：

1. 外國人在我國合法連續居留七年。
2. 居住臺灣地區設有戶籍之國民，其外國籍之配偶、子女在我國合法連續居住五年。

---

<sup>27</sup> 此項見解亦適用於香港澳門關係條例所定香港居民及澳門居民。

<sup>28</sup> 主管機關得衡酌國家利益，依國家、地區擬訂第一項每年申請在我國永久居留之配額，報請行政院核定後公告之。

3. 居住臺灣地區設有戶籍之國民，其外國籍之配偶、子女在我國合法居住十年以上，其中有五年每年居住超過一百八十三日。

針對九十一年五月三十一日以前的在台外國人，入出國移民法另設有例外規定，即：外國人曾在我國合法居住二十年以上，其中有十年每年居住超過一百八十三日，並符合「年滿二十歲以上」、「品行端正」、「有相當之財產或藝能，足以自立」及「符合我國國家利益」等要件者，得向主管機關申請永久居留。

另外，外國人若「對我國有特殊貢獻者」或「為我國所需之高科技人才」，雖不具備前述要件，亦得申請永久居留。

### （三）台灣地區無戶籍國民

具有中華民國國籍，於台灣地區未設戶籍者，謂之「台灣地區無戶籍國民」，其與台灣領土的連結，依其久暫，為「停留」、「居留」及「定居」。

臺灣地區無戶籍國民有下列情形之一者，得申請在臺灣地區居留（入出國移民法第九條）：

1. 有直系血親、配偶、兄弟姊妹或配偶之父母在臺灣地區設有戶籍者。其親屬關係因收養發生者，被收養者年齡應在十歲以下，並以一人為限。
2. 參加僑社工作，對僑務有貢獻，經僑務委員會會商外交部及其他有關機關確認，出具證明者。
3. 在臺灣地區有一定金額以上之投資，經中央目的事業主管機關核准或備查者。
4. 曾申請在臺灣地區居留之僑生畢業後，返回僑居地服務滿二年者。
5. 具有特殊技術及經驗，經中央目的事業主管機關延聘回國者。
6. 經政府機關或公私立大專院校任用或聘僱者。
7. 經中央勞工主管機關或目的事業主管機關許可在臺灣地區從事就業服務法第四十三條第一項第一款至第六款或第九款工作者。
8. 經中央目的事業主管機關核准回國就學之僑生。

9. 經中央目的事業主管機關核准回國接受職業技術訓練之學員生。
10. 經中央勞工主管機關許可在臺灣地區從事就業服務法第四十三條第一項第七款或第八款工作者。

臺灣地區無戶籍國民有下列情形之一者，得申請在臺灣地區定居（入出國移民法第十條）：

1. 依前述第一至七種情形獲居留許可，在臺灣地區連續居留或居留滿一定期間，仍具備原居留條件者<sup>29</sup>。
2. 現任中央公職人員，持我國護照或入境證入國者。
3. 在國外出生，未滿十二歲，持我國護照或入境證入國，出生時其父或母原在臺灣地區設有戶籍者。
4. 在國外出生，未滿十二歲，持外國護照入國，出生時其父母原在臺灣地區均設有戶籍或非婚生子女出生時母原在臺灣地區設有戶籍者。
5. 在國內取得國籍者，連續居留滿一定期間。

以上申請定居，乃屬權益事項，惟臺灣地區無戶籍國民持我國護照入國，若依法令應即受常備兵役徵兵處理者，應即辦理定居，且在退伍前，其親屬不得申請在臺灣地區居留。

台灣地區無戶籍國民若獲准定居者，即得於台灣設立戶籍（入出國移民法第二條第一項第八款、戶籍法第四條第二項），成為有戶籍之中華民國人民。

#### 四、小結：人民—土地—國家之關連

由於我國當前政治上的特殊情況，再加上法制上各項制度的交雜，致使國家與人民之間關係的標定上，呈現異常複雜錯綜的現象。如果先將所謂「大陸地區人民」暫置不論，則可以將居住在台灣這塊土地上的人民概分為兩大群組：一是

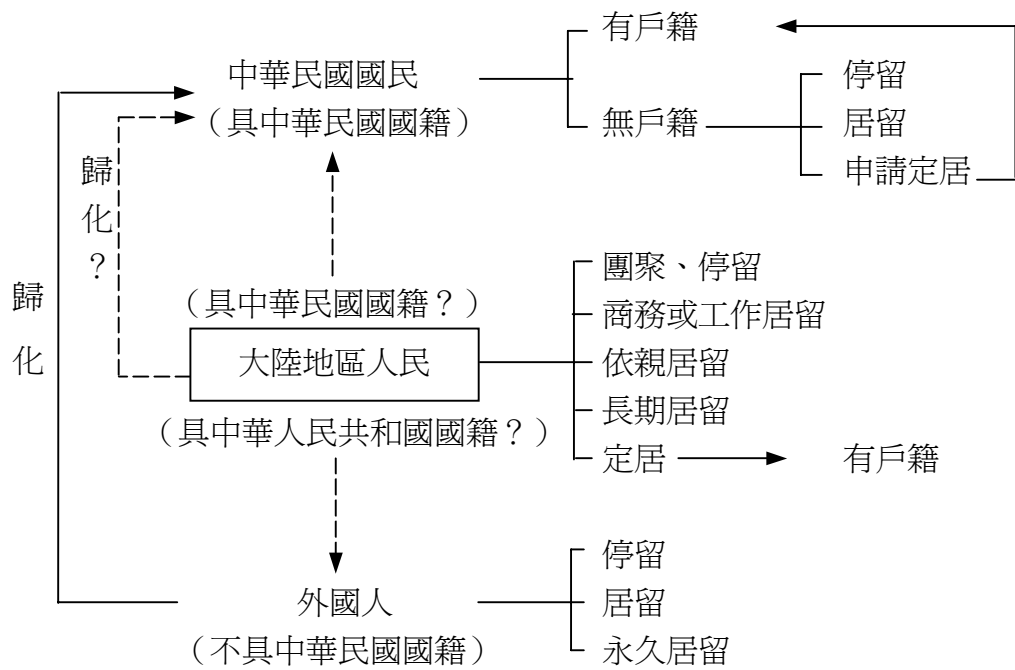
---

<sup>29</sup> 因結婚所發生之親屬關係申請定居者，該婚姻應存續三年以上，但婚姻關係存續期間已生產子女者，不在此限。

具有中華民國國籍的中華民國人民，另一是不具有中華民國國籍的外國人（含無國籍人）。中華民國人民又可分為「有戶籍的中華民國人民」與「無戶籍的中華民國人民」，後者在台灣領土的連結關係，依其久暫，有停留及居留二種，居留一定期間或合於一定要件，則可申請定居，於申請定居獲准後，則成為「有戶籍的中華民國人民」。外國人（含無國籍人）因不具中華民國國籍，故其與台灣領土之間的連結，僅有停留、居留永久居留的關係，而無「定居」關係，因此也就無所謂的「戶籍」及「身分證」，除非其歸化成為中華民國國民。

以上綱舉目張的體系，因大陸地區人民的加入而趨於複雜，蓋現行法律對於「大陸地區人民」概念的界定，係以在大陸地區「設有戶籍」作為辨識特徵，完全避免使用「國籍」一詞，也避談其「國籍歸屬」的問題，將之置於一種模糊的狀態。大陸地區人民與台灣領土之間的連結關係，現行法係藉由團聚、停留、依親居留、長期居留、定居等方式，或直接或漸進使之經由「定居」而取得戶籍（見「附圖」），因此亦可將之區分為「有戶籍的大陸地區人民」與「無戶籍的大陸地區人民」。問題在於，這些人民究竟是具有中華民國國籍之人，還是具有中華人民共和國國籍之人，抑或兼而有之，此一問題因牽涉到選舉或服公職等公民權利之行使，恐怕無法任諸長期保持模糊，終須有所決斷。

附圖：台灣國民身分權之基本體系



## 參、台灣人國籍的起承斷續問題

### 一、問題意識

台灣地區社會變遷基本調查，其中「公民權組」的研究問卷，經常出現的一組題目是<sup>30</sup>：

1.在我們（台語：咱）社會上，有人說自己是「台灣人」，也有人說自己是「中國人」，也有人說都是。請問您認為自己是「台灣人」、「中國人」，或者都是？

1a.請問您覺得您自己「是台灣人也是中國人」，還是說「是中國人也是台灣人」，或者都是（或者是說兩種都可以）？

然後再以上述問題的答案為基礎，作進一步的追問：

2.關於台灣與大陸的關係，有幾種不同的看法：

01.儘快統一 02.儘快獨立 03.維持現狀，以後走向統一

<sup>30</sup> 例如「台灣社會變遷基本調查」2004年第四期第五次調查問卷。

- 04.維持現狀，以後走向獨立 05.維持現狀，看情形再決定獨立或統一  
06.永遠維持現狀

針對上述問題的答案，實證研究者基本上是對於所獲得的答案進行分析，呈現國人對於「身分認知」的光譜，以及對「國家認同」的向度。惟問卷調查時，回答問題者的「心理狀態」，無法從問卷的答案看出。受問者為什麼選擇這個答案？答案有無改變的可能？受問者「前理解」(Vorverständnis)的改變，是否會影響答案？值得進一步探問。

無可諱言，受問者在回答自己是「台灣人」或「中國人」問題時，必然參雜諸多錯綜分歧的歷史記憶與國家意識。不過，受問者在答題時可能都會立基於同一前提，即受問者可能都會認定自己是「中華民國人民」。換言之，受問者可能會以「國籍」作為答問的共通前提，並將「中華民國人民」與「台灣人或中國人」的問題予以區隔。然則，對於從大陸時期之中華民國移居台灣的人而言，其具有中華民國國籍，可謂「始終如一」。反之，對於世居台灣，且因曾受日本統治而具有日本國籍的台灣人來說，在面對其是否及如何具有（取得）中華民國國籍的問題時，恐怕會「搖擺不定」。換言之，台灣人是否及如何成為中華民國人，絕非是一項自明之理<sup>31</sup>。以上二分脈絡，自然也影響各自的後裔。基於此一歷史事實及認知，以下擬對「台灣人」<sup>32</sup>如何取得中華民國國籍的法制與實務，進行回溯性的探源，並試予法理上的分析。

---

<sup>31</sup> 此一問題是作者之前在處理「戶籍法第八條捺指紋規定」釋憲案時所延伸出來的未決問題。按強制捺指紋規定係定於戶籍法中，且是作為請領國民身分證的前提要件。是以，該規定是否構成違憲，無可避免地會牽涉「國民身分證」制度在憲法上的基礎及其合憲性問題。因國民身分證的核發，以具有中華民國國籍為前提，由此自然又聯想到中華民國國籍如何取得的問題，循上追溯，便碰觸到「台灣人是否及如何成為中華民國人」的疑案。

<sup>32</sup> 以下所稱「台灣人」，即指世居台灣，且因曾受日本統治而具有日本國籍的台灣人及其後裔（包括原住民在內），以及馬關條約生效二年後，自台灣以外地區遷移來臺，因規劃、婚姻、收養、招贅等原因而取得日本國籍之台灣人。行政院曾於1946年7月19日曾應外交部的要求對所謂「台灣人」下一定義：「因台灣被迫割讓於日本而喪失原具有中國國籍之台灣人及其在台灣割讓後出生之後裔。」（外交部檔案，案名：台灣人民恢復國籍）。行政院為「台灣人」的定義，

## 二、法制攬要

若要從法制層面探究台灣人的國籍問題，首先可以追溯至清治時期。清帝國於光緒31年（日明治38年、西元1905年）草擬《大清國籍條例》，於宣統元年（日明治42年、西元1909年）頒行，凡二十四條<sup>33</sup>，為中國第一部國籍法，其第一條規定：

「凡左列人等不論是否生於中國地方均屬中國籍：一、生而父為中國人者。二、生於父死以後而父死時為中國人者。三、母為中國人而父無可考或無國籍者。」  
（標點符號為作者所加）

第二條規定：

「若父母均無可考或均無國籍而生於中國地方者亦屬中國國籍；其生地並無可考而在中國地方發見之棄兒同。」（標點符號為作者所加）

上開條例頒行時，台灣業已割讓予日本，其法律效力自不及於台灣，當時居住於台灣之人民也無從依該條例取得「中國國籍」。

相對於清帝國，日本早於 1899 年（明治 32 年）3 月 16 日即以法律第六號公布《國籍法》，於同年 4 月 1 日施行，其主要以屬人主義（血統主義）為原則，屬地主義（生地主義）為補充，亦即出生時父為日本人者，取得日本國籍，同時兼採夫妻國籍同一主義及家族一體主義<sup>34</sup>。日本國籍法制頒施行之時，台灣已在日本統轄之下，自亦有該法之適用。惟除非是在主權移轉之後出生於台灣者外，如何以「出生時父為日本人者」作為取得日本國籍，非無疑問，由此凸顯出國籍的取得，並非單純「屬人」（血統）或「屬地」（生地）之問題（詳後述）。

---

在範圍上大體與上述前半相同，至於台灣人是否「喪失原具有中國國籍」，則屬本文所要探討的課題。

<sup>33</sup> 不著編者，《大清法規大全》，卷二，民政部，國籍，1972年，頁996。

<sup>34</sup> 參見江川英文、山田鐸一、早田芳郎，《國籍法》，1997年，頁37-38。

1909年《大清國籍條例》頒行未及二年，清帝國即遭推翻，1911年，中華民國肇建，初時由孫文所領導的南京臨時政府執掌政權，持續三月，為袁世凱的北京政府所取代。1912年11月18日，北京政府制定公布中華民國第一部《國籍法》（中華民國元年法律第四十號），並於1914年11月30日修正，其內容大體與《大清國籍條例》同，採屬人主義為原則，屬地主義為補充<sup>35</sup>。

1927年，以蔣介石為首的國民政府奠都南京，取代武漢國民政府及北京政府，並建立起特色獨具的「六法體系」，即憲法（中華民國之約法）、民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法及各種行政法規等。1929年2月5日，國民政府制定公布之《國籍法》，便是南京政府「六法全書」的構成部件之一，其第一條規定：

「左列各人屬中華民國國籍：一、生時父為中國人者。二、生於父死後，其父死時為中國人者。三、父無可考，或無國籍，其母為中國人者。四、生於中國地，父母均無可考或均無國籍者。」

由上開規定可知，南京政府1929年《國籍法》顯然是1909年《大清國籍條例》、1912年北京政府《國籍法》的承續，可謂一脈相傳，始終堅持「血統主義」的國籍原則。由於台灣早於1895年割讓予日本，台灣人民自不為上開法律的規範效力所及。惟當台灣脫離日本統治之後，台灣人民是否取得（恢復？）中華民國國籍，「在法律上」同樣亦面臨如何判定「出生時父為中國人者」的難題。此一問題先按下不表（詳後述），1929年《國籍法》於1945年10月25日起，隨著其餘六法體制施行於台灣，長達五十餘年未曾修正，直到2000年2月9日始修正公布全文二十三條，其第一條規定：「中華民國國籍之取得、喪失、回復與撤銷，依本法之規定。」第二條規定：「有下列各款情形之一者，屬中華民國國籍：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，父母均無可考，或均無國籍者。四、歸化者。前項第一款及第二款之規定，於本法修正公布時之未成年人，亦適用之。」其後，

---

<sup>35</sup> 參見劉華，《華僑國籍問題與中國國籍立法》，2004年10月，頁91。



國籍法再經三次修正，分別是2001年6月20日（修正雙重國籍人任公職之限制）、2005年6月15日（修正一般歸化及特殊歸化之條件）、2006年1月27日（修正歸化者及雙重國籍人任公職之限制）。

按國籍取得之立法例，概可分為「屬人主義」（*ius sanguinis*）（又稱血統主義）與「屬地主義」（*ius soli*）（又稱生地主義）二種<sup>36</sup>，其中「屬人主義」往往會陷於邏輯上之循環困境，蓋以出生時父或母的國籍作為取得國籍的憑據，須先確定父或母是否為該國國民，而此一問題又須上溯認定，則追至極致，必然遭遇認定上之盲點。以清帝國頒佈的《大清國籍條例》為例，生而父為中國人者具有中國籍，然而如何認定「父為中國人」？台灣人曾遞受清帝國、日本帝國及中華民國的統治，而此三個國家皆採「屬人主義」，台灣人何時、如何，乃至於是否成為中華民國國民，自非單憑法律條文所能立判，唯須綜觀歷史演進脈絡，始能窺其梗概。

### 三、實務綜整

1895年4月17日（清光緒21年3月23日，日明治28年4月17日），日本帝國全權代表伊藤博文、陸奧宗光與清帝國全權代表李鴻章、李經芳在日本馬關（日稱下關）簽訂《馬關條約》，將台灣全島及其附屬島嶼暨澎湖群島（以下統稱台灣）「永久讓與」日本。依照國際法的原則與實踐，清日兩國於同年5月8日互換條約批准書，日本正式取得台灣的主權<sup>37</sup>。按《馬關條約》第五條規定：「本約批准

---

<sup>36</sup> 參見丘宏達，《現代國際法》，1995年，頁391-392。

<sup>37</sup> 惟當時日本「事實上」尚未佔領台灣，同年5月25日，清國署巡撫（代理巡撫）唐景崧在台北宣布成立「台灣民主國」，並出任總統，丘逢甲為副總統。同年5月29日，日軍登陸台灣，6月4日，唐景崧逃至福建，10月19日，劉永福將軍所領導的地方政府軍隊，遭日軍擊潰，劉永福出亡島外，台南城陷落，台灣民主國旋告滅亡，自此日本帝國始事實上統領台灣。請參閱彭明敏、黃昭堂著，蔡秋雄譯，《台灣在國際法上的地位》，1995年，頁9-11；吳密察〈一八九五年「台灣民主國」的成立經過〉，《台灣近代史研究》，1994年3月，頁1以下；向山寬夫著，楊鴻儒、陳蒼杰、沈永嘉合譯，《日本統治下的台灣民族運動史（上）》，1999年，頁73-140。

互換之後，限二年之內，日本准中國讓與地方人民願遷居讓與地方之外者，任便變賣所有產業，退去界外。但限滿之後，尙未遷徙者，酌宜視爲日本臣民。…」論者所稱：日本給予台灣住民有兩年的國籍選擇期間<sup>38</sup>，基本上是根據此一規定。不過，日本《國籍法》於1899年始制定公布，故台灣人民是在日本實力統領之下「歸順」成爲日本臣民，既非依據《國籍法》之血統主義規定，亦非依該法「申請入籍」規定而取得日本國籍。

二次大戰後期，中國國民黨政權開始爲接管台灣預作籌謀。1942年起，中國當局對於台灣的政策，由原先的聲援台灣人的民族解放運動，轉變爲「收復失土」。1943年12月1日，羅斯福、邱吉爾、蔣介石在開羅舉行會議，發表對日作戰之目的與決心之新聞公報，即一般所謂《開羅宣言》，其中與台灣有關的文字如下：

「…我三大盟國此次進行戰爭之目的，在於制止及懲罰日本之侵略，…三國之宗旨在剝奪日本自從一九一四年第一次世界大戰開始後在太平洋所奪得或佔領之一切島嶼，在使日本竊取於中國之領土，例如東北四省、台灣澎湖群島等歸還中華民國(shall be restored to the Republic of China)。…<sup>39</sup>」

開羅會議後，國民政府開始展開「收復失土」的準備工作。1944年初，行政院秘書長張厲生等著手研擬收復台灣的準備方案。1944年4月17日，國民黨國防最高委員會中央設計局內設「台灣調查委員會」，由陳儀爲主任委員，從事調查台灣實際狀況，作爲收復台灣的籌備機構，其重要工作計有：(一)草擬《台灣接管計畫綱要》；(二)翻譯台灣法令；(三)研究具體問題等三項<sup>40</sup>。台灣調查

---

<sup>38</sup> 例如王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接(1945-1949)〉，《台灣法的斷裂與連續》，頁38，註70；湯熙勇，〈恢復國籍的爭議：戰後旅外台灣人的復籍問題(1945-47)〉，《人文及社會科學集刊》，第17卷，第2期，2005年6月，頁405，註11。

<sup>39</sup> 參見中國國際法學會等編，《中國國際法與國際事務年報》，第7卷，1995年7月，頁141-142。

<sup>40</sup> 參見鄭梓，《戰後台灣的接收與重建》，1994年3月，頁2-5, 48。除事先的調查準備工作外，國民黨並在中央訓練團開辦「台灣行政幹部訓練班」，訓練重點之一包括：「先使明白台灣法令

委員會陸續將日治時代台灣的法規分爲：行政、司法、教育、財政金融、工商、交通、農礦漁牧等七大類，摘要譯出；另編印〈日本統治下的台灣行政制度〉等有關介紹台灣概況的叢書，以作爲法制銜接的準備<sup>41</sup>。1945年3月14日台灣調查委員會制訂完成《台灣接管計畫綱要》<sup>42</sup>，爲台灣省行政長官公署辦理接管事宜之指導綱要，其中第五點規定：

「民國一切法令，均通用台灣，必要時得制頒暫行法規。日本占領時代之法令，除壓榨箝制台民、牴觸三民主義及民國法令者應悉予廢止外，其餘暫行有效，視事實之需要，逐漸修訂之。」

此一綱要係由國民黨總裁暨國民政府軍事委員會委員長蔣介石核定實施<sup>43</sup>，爲訓政體制下之最高位階法規<sup>44</sup>。1945年7月26日，美中英三國發表《波茨坦宣言》，要求日本無條件投降，宣言中並載有：「開羅宣言之條件，必將實施，而日本之主權必將限於本州、北海道、九州、四國及吾人所決定其他小島之內。<sup>45</sup>」1945年8月15日，日本天皇向聯合國盟軍宣布無條件投降，盟軍最高統帥麥克阿瑟將軍命令中國戰區內的日軍向中國戰區統帥蔣介石投降。蔣介石再命中國陸軍總司令何應欽將軍，於同年9月9日在南京代表盟軍接受日本在中國戰區的投降。至於台灣部分，何應欽另命陳儀至台灣，於1945年10月25日在台北公會堂（中山堂）接受日本投降（同樣是代表盟軍），並進行軍事接管。

---

的特點，然後與本國法令作初步比較，比較長短，再定採用或廢除。」參見張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990年6月，頁138。

<sup>41</sup> 參見鄭梓，《戰後台灣的接收與重建》，1994年3月，頁56。

<sup>42</sup> 綱要全文，參見張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990年6月，頁109-119。

<sup>43</sup> 民國三十四年三月十四日侍秦字一五四九三號總裁（三十四）寅元侍代電修正核定，參見張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990年6月，頁109。

<sup>44</sup> 王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接(1945-1949)〉，《台灣法的斷裂與連續》，頁22-23。

<sup>45</sup> 參見中國國際法學會等編，《中國國際法與國際事務年報》，第7卷，1995年7月，頁143。

1945年11月3日，台灣省行政長官公署以署法字第三六號布告，宣稱台灣自同年10月25日起，業經歸入中華民國版圖，並表示「遵照」台灣接管計畫綱要。該布告先完整引述上揭第五點規定，再補充規定：「自接收日起，凡舊日施行於台灣之法令，在上述應予廢止原則內者，均予即日廢止，除分飭各主管機關查明名稱補令公布外，其餘各項單行法令，本署現正從事整理修訂，在整理期內，凡未經明令廢止之法令，其作用在保護社會一般安寧秩序，確保民眾權益及純屬事務性質者，暫仍有效，以避免驟然全部更張，妨及社會秩序，合行公告週知。<sup>46</sup>」

根據「民國一切法令，均通用台灣」原則，包括中華民國之約法、民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法及各種行政法規之「六法體制」，自1945年10月25日起，施行於台灣，1929年《國籍法》自不例外。惟當時並未適用國籍法之規定，而是由行政院於1946年1月12日頒布《恢復台灣人民國籍令》（行政院節參字第〇三九七號訓令）：

「查臺灣人民，原係我國國民，受敵人侵略，致喪失國籍。茲國土重光，其原有我國國籍之人民，自三十四年十月二十五日起，應即一律恢復我國國籍。除分令外，合行令仰知照。<sup>47</sup>」

1946年1月30日，外交部訓令各駐外單位，台灣人民自1945年10月25日起，恢復中華民國國籍；內政部則於自1946年2月9日函告台灣行政長官公署台灣人恢復中華民國國籍。根據上述訓令，在台原具有日本國籍的台灣人毫無選擇地「一律恢復」中華民國國籍。惟上述訓令是否及於旅外台灣人，例如旅居於日、韓等地（即所謂「臺僑」），發生適用上之疑義<sup>48</sup>，行政院爰於1946年6月22日公布《在外臺僑處理辦法》，其第一點亦規定：「臺僑自三十四年十月二十五日起，即恢復

---

<sup>46</sup> 見何鳳嬌編，《政府接收台灣史料彙編》，上冊，頁1-2。

<sup>47</sup> 參見張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990年6月，頁211-212。

<sup>48</sup> 參見湯熙勇，〈恢復國籍的爭議：戰後旅外台灣人的復籍問題(1945-47)〉，《人文及社會科學集刊》，第17卷，第2期，2005年6月，頁408。

為中華民國國籍，應由外交部分電各駐外使館，請各該駐在國政府查照，並轉知其各屬地當局。…<sup>49</sup>」但對於在外臺僑是否「恢復」國籍一事，則採「自願登記制」，其第三點規定：「在外臺僑聲請登記時，應覓具華僑二人保證其確有台灣籍貫。其不願恢復中國國籍者，得向我駐外使領館或駐外代表為不願恢復中國國籍之聲明。此項聲名，應於三十四年十二月三十一日以前為之。<sup>50</sup>」在1946年始公布的辦法，何以竟要求臺僑須於1945年年底為不願恢復之聲明，令人費解。

另一有趣的問題是，原已居住於台灣之具有中華民國國籍者，即日治時期被稱為「台灣華僑」的在台中國人，其原本即具有中華民國國籍，故沒有國籍「恢復」問題，反倒有「省籍」問題，亦即，究竟是「台灣（本）省籍」，還是「外省籍」<sup>51</sup>。

所謂的「台灣光復」，基本上是由台灣省行政長官公署「片面」宣稱台灣自1945年10月25日起，歸入中華民國版圖<sup>52</sup>，而台灣人民「恢復」中華民國國籍，也是單憑行政院的一紙命令。實則，自1946年起，英國或美國即不斷向中華民國政府表示，台灣主權的移轉，尚須由中華民國與日本訂定條約，始生法律效力<sup>53</sup>。

---

<sup>49</sup> 參見張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990年6月，頁222。

<sup>50</sup> 參見張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990年6月，頁223。

<sup>51</sup> 參見許雪姬，〈戰後初期原「台灣華僑」(1945-1947)〉，黃富三等編，《台灣史研究一百年：回顧與研究》，1997年，頁115。

<sup>52</sup> 台灣省行政長官兼警備總司令陳儀於1945年10月25日當天透過廣播宣布：「本人奉中國陸軍總司令何轉奉中國戰區最高統帥蔣之命令，為台灣受降主管。此次受降典禮，經於中華民國三十四年十月二十五日上午十時，在台北市中山堂舉行，均已順利完成。從今天起，台灣及澎湖列島，已正式重入中國版圖，所有一切土地人民、政事皆已置於中華民國國民政府主權之下，這種具有歷史意義的事實，本人特報告給中國全體同胞，及全世界週知。…」參見張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990年6月，頁203。

<sup>53</sup> 例如英國外交部於1946年8月31日致函中華民國駐英大使館：「關於台灣島之移轉中國事，英國政府以為仍應按照一九四三年十二月一日之開羅宣言。同盟國該項宣言之意不能自身將台灣主權由日本移轉中國，應俟與日本訂立和平條約，或其他之正式外交手續而後可。因此，台灣雖已為中國政府統治，英國政府欠難同意台灣人民業已恢復中國國籍。」見《外交部檔案》，外交部亞東司收文字第五四四九號。參見林滿紅，〈界定臺灣主權歸屬的國際法—簽訂於五十年前的

1951年9月5日，同盟國成員在美國舊金山召開對日和平會議，並於9月8日簽訂《對日和平條約》(Treaty of Peace with Japan)，即所謂《舊金山和約》，其中有關於台灣主權部分之內容為：「日本放棄對台灣與澎湖群島的一切權利、權利名義及要求(Japan renounces all right, title and claim to Formosa and the Pescadores)。」當時，中國已經分裂為兩個政府，中華民國及中華人民共和國均未參與舊金山和約會議，與會各國爰決定由日本與中國(中華民國或中華人民共和國)另行訂約，其他同盟國則逕日本簽訂和約，並議定1952年4月28日生效實施。因此，乃有1952年4月28日於台北賓館簽訂<sup>54</sup>，於同年8月5日生效的《中華民國與日本間之和平條約》，簡稱《中日和約》，其中第二條規定：

「茲承認依照公曆一千九百五十一年九月八日，在美利堅合眾國金山市簽約之對日和平條約第二條，日本國業已放棄對於台灣及澎湖群島以及南沙群島之一切權利、權利名義與要求。」

第十條規定：

「中華民國國民應認為包括依照中華民國在台灣及澎湖所已施行或將來可能施行之法律規章而具有中國國籍之一切台灣及澎湖居民及前屬台灣及澎湖之居民及其後裔。」

在《舊金山和約》及《中日和約》相繼簽訂、生效之後，台灣主權及人民身分(相對於日本主權與日本人民身分)雖有初步的法律上定位，但台灣法律地位的問題並未因此而消解，反是歧見異論的開始，林林總總大抵集中在所謂「台灣地位未定論」的說法與論辯上<sup>55</sup>。

---

〈中日和約〉》，《近代中國》，第148期，年月，頁64-65。

<sup>54</sup> 1952年4月28日同時也是《舊金山和約》的生效日期。《中日和約》簽訂是美國同意日本《舊金山和約》生效的前提條件，《舊金山和約》在《中日和約》簽訂之後七小時生效。

<sup>55</sup> 相關論著繁多，不及備載，僅擇其一二：彭明敏、黃昭堂著，蔡秋雄譯，《台灣在國際法上的地位》，1995年；羅際芳、易立銀，〈臺灣地位爭議之相關論述研究〉，《弘光人文社會學報》，第3期，2005年8月，頁49-80；熊玠，〈「臺灣地位未定論」與「臺灣自決」能有助

## 四、法理分析

關於台灣人取得中華民國國籍的問題，可以從多重角度進行分析，法律的觀點只是其中之一。單就法律分析而言，也有諸多切入點。首先，從比較形式的視角以觀，值得審酌者，當屬法源基礎及及正當性問題。如前所述，根據「民國一切法令，均通用台灣」原則，包括中華民國之約法、民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法及各種行政法規之「六法體制」，自 1945 年 10 月 25 日起，施行於台灣，1929 年《國籍法》也不例外。惟當時並未適用國籍法之規定，而是由行政院以片面頒布命令的方式，「恢復」台灣人民的國籍令。姑不論中華民國法規是否自 1945 年 10 月 25 日起施行於台灣（後詳），國籍乃涉及人民與國家之基礎法律關係，屬人民權利義務關係之事項，自應以法律為之。固然，當時係處於憲法施行前的訓政法制時期，立法院亦非由人民直接選舉之成員組成，自難以今之法治思維及標準審度之。然則，此不表示當時全無法律優越及法律保留原則的觀念<sup>56</sup>。況且，依照《台灣接管計畫綱要》之原則，1929 年《國籍法》已然有效施行

---

臺灣前途乎？--評美參議員陶瑞契利對臺自決提案》，《海峽評論》，第 140 期，2002 年 8 月，頁 33-36；傅琪貽，〈中日和約簽訂後日本對臺灣地位的看法〉，《近代中國》，第 148 期，2002 年 4 月，頁 73-81；傅琪貽，〈從開羅宣言與中日和約論臺灣地位〉，《日本綜合情報》，第 5 期，2005 年 2 月，頁 125-131。

<sup>56</sup> 參照司法院釋字第五七三號解釋：「依中華民國十八年五月十四日國民政府公布之法規制定標準法（以下簡稱『前法規制定標準法』）第一條：『凡法律案由立法院三讀會之程序通過，經國民政府公布者，定名為法。』第二條第三款所稱，涉及人民權利義務關係之事項，經立法院認為有以法律規定之必要者，為法律案，應經立法院三讀會程序通過之，以及第三條：『凡條例、章程或規則等之制定，應根據法律。』等規定觀之，可知憲法施行前之訓政初期法制，已寓有法律優越及法律保留原則之要求，但有關人民之權利義務關係事項，亦得以未具法律位階之條例等規範形式，予以規定，且當時之立法院並非由人民直接選舉之成員組成。是以當時法律保留原則之涵義及其適用之範圍，均與行憲後者未盡相同。本案系爭之監督寺廟條例，雖依前法規制定標準法所制定，但特由立法院逐條討論通過，由國民政府於十八年十二月七日公布施行，嗣依三十六年一月一日公布之憲法實施之準備程序，亦未加以修改或廢止，而仍持續沿用，並經行憲後立法院認其為有效之法律，且迭經本院作為審查對象在案，應認其為現行有效規範人民權利義務之法律。…」

於台灣，關於國籍的取得或恢復，並非無法可依。是故，縱令衡以較為寬鬆的法治原則，當時行政院以一紙命令，「通令」台灣人民從一定時點起當然取得中華民國國籍，既無法律授權，又非執行法律之意旨，自難謂具拘束性之合法效力，充其量僅有政治上之號召作用。當然，以上論點偏於形式，若深究其實，則可知即使直接適用 1929 年《國籍法》之規定，恐亦無法立時處理台灣人民的國籍問題，蓋於此須先確定究竟要適用「固有國籍」、「取得國籍」還是「恢復國籍」的規定，由此必然延伸出台灣人取得中華民國國籍的法律意涵問題，即台灣人係「恢復」抑或「重新取得」中華民國國籍？

按照彼時當局口徑一致的說法，台灣人民「恢復」了中華民國國籍，理由是「臺灣人民，原係我國國民，受敵人侵略，致喪失國籍」。台灣人民是否「受敵人侵略，致喪失國籍」，暫且不論<sup>57</sup>，在法律邏輯上，所謂「恢復」者，乃曾經存有之物，回復其原有之狀態，本來所無之物，自無恢復之可言。既言恢復「中華民國國籍」，則台灣人民必須曾經具有中華民國國籍，始有恢復之可能。惟按，有中華民國，斯有中華民國國籍。中華民國成立時，台灣早已割讓予日本，台灣人民顯然無從取得「中華民國國籍」<sup>58</sup>。而在 1895 年以前，縱令台灣人民擁有清國國籍（中國國籍），也隨清帝國的覆滅而失所附麗。是以，在所謂「台灣光復」之時，台灣人民唯一所擁有的國籍，便是日本國籍。蓋國籍並不是一種抽象的概念，而是依附於特定的國家之上。或謂：之所以言「恢復」，可能是為了迴避從日本國籍轉變為中國國籍的事實，以免有人主張台灣人民於主權變動時有權

---

<sup>57</sup> 台灣人民喪失國籍的原因，應該是清國將台灣「永久割讓」予日本。

<sup>58</sup> 惟台灣人民自 1945 年 10 月 25 日起恢復中華民國國籍，卻為司法解釋所肯認。例如司法院院解字第三五七三號解釋（1947 年 8 月 29 日）謂：「（一）在外臺僑純為臺灣人民血統或為臺灣人與中國人之混血種者，依在外臺僑國籍處理辦法第一條第一項之規定，自三十四年十月二十五日起恢復中華民國國籍，如父為臺灣人而其母為日本人者亦同。（二）依民法第一千零六十五條第二項之規定，非婚生子女與其生母之關係視為婚生子女，無須認領，故非婚生子女其母為臺灣人，而其生父無可考或為日本人未經認領者，亦依上開辦法之規定，恢復中華民國國籍。」



選擇國籍<sup>59</sup>。不過，台灣人民曾經具有「日本國籍」，是一項不容否認的法律事實，甚至還可以倒過來追問：台灣人民的日本國籍何時、如何喪失？蓋清日所簽訂的《馬關條約》並不會因中日戰爭的爆發而告失效<sup>60</sup>，台灣人民的日本國籍更不會因日本戰敗而自動喪失。

凡此疑點均指向一個問題，即中華民國何時取得對台灣的主權？其影響所及，即是台灣人民何時喪失日本國籍、取得中華民國國籍的問題，也就是比較重要，但也爭議最大的「時間點」問題。此一疑點的答案，小者牽涉私人生活的法律適用，例如婚姻嫁娶的方式<sup>61</sup>，大者影響既有財產的得失，例如具有特定國籍始能取得土地所有權，甚者關乎身家性命，例如是否被視為戰俘而遭審判，包括判處死刑<sup>62</sup>。

國民政府當局選定 1945 年 10 月 25 日作為台灣人取得中華民國國籍的起始日期，顯而易見的是，這天是台灣省行政長官陳儀在台北接受日本投降的日子。所謂「受降」，旨在解除投降部隊之武裝，收繳其武器，接收佔領地區，並處理戰俘等相關問題<sup>63</sup>。一言以蔽之，即進行軍事接管，故受降之範圍、時間因具體

---

<sup>59</sup> 參見王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接(1945-1949)〉，《台灣法的斷裂與連續》，頁 38-39。

<sup>60</sup> 參見丘宏達，〈一個中國原則與台灣的法律地位〉，《法令月刊》，2001 年 2 月，第 52 卷，第 2 期，頁 8-9。

<sup>61</sup> 參見司法院院解字第三五七二號解釋（1947 年 8 月 29 日）：「臺男日女於臺灣光復前在臺灣結婚，應備如何之方式及其結婚是否有效，應依結婚時臺灣適用之法律定之，不適用民法第九百八十二條第九百八十八條第一款之規定。」

<sup>62</sup> 此種情形即曾發生在台籍日本兵身上，湯熙勇，〈恢復國籍的爭議：戰後旅外台灣人的復籍問題(1945-47)〉，《人文及社會科學集刊》，第 17 卷，第 2 期，2005 年 6 月，頁 428。從台籍日本兵身上，適足以見證到台灣人的乖舛命運。參見蔡慧玉編著，吳玲青整理，《走過兩個時代的人：台籍日本兵》，口述歷史專刊 1，中央研究院台灣史研究所籌備處出版。

<sup>63</sup> 參見何應欽於 1946 年 3 月 10 日向中國國民黨第六屆二中全會所提「受降報告」，載於張瑞成編輯，《光復台灣之籌劃與受降接收》，1990 年 6 月，頁 213-220。

情況而有不同<sup>64</sup>。由是可知，受降僅是「事實上的統轄」，而未涉主權的法律上移轉。在中國大陸部分，除滿州外，日本只是事實上的占有，並未取得主權，故受降後，即回復中華民國原有的統轄狀態；反之，對於台灣，中華民國原不僅不具有事實上的統轄，在法律上亦未曾享有主權，故單憑「受降」（事實上統轄）尚不足以當然且立即地取得對台灣的主權，仍有賴國際法上條約的締結，始能發生主權變動的法律效果<sup>65</sup>。

若謂「受降」僅有事實上的統領力，而無法效性，則台灣人自不會因為台灣完成受降而取得中華民國國籍，或者說喪失日本國籍。更何況受降之實施，係按照盟軍最高統帥麥克阿瑟將軍所劃分受降區之規定，換言之，所謂「受降」，實乃代表盟軍所為，而非中華民國。

往前追探，除1945年8月15日日本天皇向聯合國盟軍宣布無條件投降，顯然僅具有宣示作用，其效力猶遜於受降外<sup>66</sup>，可資考量者，乃1943年12月1日《開羅宣言》、1945年7月26日《波茨坦宣言》。惟前者在性質上屬於新聞公報，後者旨在要求日本無條件投降，即令其中皆提及日本應歸還台灣予中華民國，終因欠缺「權利人」（日本）的參與而不生台灣主權移轉之法律效力。換言之，即使《開羅宣言》所說的中國是中華民國，台灣也根據以此宣言為基礎的《波茨坦宣言》，由日本交由中華民國政府統治，但《開羅宣言》只是1943年同盟國對軸心國的片

---

<sup>64</sup> 中國戰區受降範圍為：中華民國（東北除外歸蘇軍受降）、台灣及越南北緯十六度以北地區。

<sup>65</sup> 反觀日本在甲午戰爭之後，先於1895年5月8日經由馬關條約取得對台灣的「法律上」主權，至於「事實上」的全台統領，則迨至1895年10月19日。對比觀之，可謂：日本接收台灣，先法律，後事實；中國接收台灣，先事實，後法律。

<sup>66</sup> 惟司法院院解字第三四六四號解釋謂：「臺灣人民於中華民國三十四年八月十五日以後同年九月二日以前，有陰謀台灣獨立之行爲，依戰爭罪犯審判條例第二條第四款第四條第六條第十二條第十四條各規定，應成立刑法第一百條第二項之罪，並應認為戰爭罪犯，由國防部所屬之審判戰犯軍事法庭管轄。」其似乎認為，在1945年8月15日日本天皇宣布投降後，台灣即成為中華民國之領土，台灣人民亦成為「本國人」，而得以成立刑法第一百條第二項之罪。

面宣言。《開羅宣言》與《波茨坦宣言》僅僅構成台灣移轉予中華民國的前提基礎與前階程序，尙未產生主權移轉的「法律效果」。

往後尋索，根據 1952 年 4 月 28 日生效的《舊金山和約》暨 1952 年 8 月 5 日生效的《中日和約》，日本始正式「放棄」(renounces)對台一切權利，並發生法律上效力。據此，至少可確認的是，日本自 1952 年 8 月 5 日起始喪失對台灣主權，至於台灣的主權是否由中華民國承接，則因以上二項和約僅使用「放棄」(renounces)，而非「移轉」或「歸還」字眼而存有爭議，為「台灣地位未定論」的濫觴。從法理與實際觀點以言，中華民國應享有對台灣之主權，蓋日本若僅單純放棄對台主權，而無移轉予中華民國之意，亦即日本所為的只是「單方行為」，則無需與中華民國簽訂條約（雙方行為）。

接下來要進一步探析，也是最為棘手的問題是，台灣「國家主權」的變動如何對應到「人民國籍」的轉換上？

首先可以思考的是，台灣人民喪失日本國籍的問題。日本法院以《中日和約》1952 年 8 月 5 日生效之日，作為在日台灣人喪失日本國籍 而發生國籍變更之日。例如 1959 年 12 月，東京高等裁判廳對賴榮進一案判決中謂：「至少可以確定昭和二十七年八月五日條約生效後，依該條約之規定，台灣澎湖諸島歸屬中國，台灣人民依中華民國之法令擁有中國國籍者，當然喪失日本國籍，應以中華民國國民等之。」1960 年 6 月 7 日，大阪地方裁判廳在張富久惠控告張欽明一案中謂：「至少可以認定為，在台灣之中華民國主權獲得確立之時，亦即在法律上發生領土變更之昭和二十七年和平條約生效之時，即喪失日本國籍而取得中華民國國籍。<sup>67</sup>」

上述見解，基本上是建立在「國籍＝國家主權」的前提下，進而作出「無國家主權，即無國籍」的推論。按所謂「領土變更」、「喪失主權」者，意指不得對

---

<sup>67</sup> 參見中國國際法學會等編，《中國國際法與國際事務年報》，第 7 卷，1995 年 7 月，頁 184-185, 171-175。

該地主張任何法律上之權利，連帶原本適用於該地之所有法規亦一併失其效力。國籍之取得，若係基於法律而來，則當日本法律失其效力時，或更正確的說法是，日本法律對台灣人民不再具有效力時，則依附於日本法律之上的日本國籍，亦隨之喪失，乃邏輯上必然之事<sup>68</sup>。然則，此一邏輯是否可以適用到台灣人取得中華民國國籍上？亦即，從「無國家主權，即無國籍」能否反推出「有國家主權，即有國籍」的結論，抑或人民享有選擇國籍的權利？於此不免必須觸及「國籍」制度的內涵，乃至於在憲法上的定位，尤其是國籍與基本權利之間的關連性議題。

如前所述，日本於 1895 年取得台灣主權後，以兩年為緩衝期，給予台灣人自行選擇國籍的機會。此一作法固然是出於對《馬關條約》第五條規定之遵守，但同時也意味了，某一國家取得某地的主權，並不當然使該地住民取得該國的國籍。相較之下，以一紙訓令使台灣人民毫無選擇地「一律恢復」中華民國國籍，未免失之武斷。

按所謂「國籍」者，指個人作為某特定國家成員的一種資格或身分，簡言之，國籍，乃人民之於特定「國家」的「籍貫」，其具有區辨本國人與外國人之作用，與旨在界分本國人之「戶籍」，顯然有別<sup>69</sup>。從語意邏輯以論，無國家，即無國

---

<sup>68</sup> 另參照司法院院解字第三五七一號解釋（1947 年 8 月 29 日）：「我國人民於馬關條約生效二年後移住臺灣，因歸化結婚或其他原因取得日本國籍而於臺灣光復時仍為臺灣住民者，因臺灣之光復當然喪失日本國籍，其前已依國籍法之規定喪失我國國籍者，並因此取得我國國籍，因臺灣光復而恢復我國國籍者，與國籍法第十八條所稱之回復國籍不同，自不受同條之限制。至國籍法第九條之規定於臺灣亦應適用。」

<sup>69</sup> 反之，某一國家及其人民若不與他國往來，亦不出入他國，則「國籍」與「戶籍」即可歸於合一。換言之，戶籍「主內」，國籍「主外」，唯有在國與國之間的互動關係上，始能顯出此二者之區別。頒行於宣統元年（日明治 42 年、西元 1909 年）的中國第一部國籍法《大清國籍條例》，其立法理由對此有極為簡賅之說明，茲抄錄如下：「自來言戶籍者，不過稽其眾寡，辨其老幼，以令貢賦，以起職復而已。國籍之法，則操縱出入之間，上係國權之得失，下關民志之從違。方今列國並爭，日以關土殖民，相互雄長，而中國獨以人民繁庶，貿遷耕墾，徧於重瀛。衡量彼我之情，揚摧輕重之際，固不必以招徠歸附為先，而當以懷保流移為貴，此則今日立法之本義也。」（標點符號為作者所加），見不著編者，《大清法規大全》，卷二，民政部，國籍，1972 年，頁 995-996。

籍。某一人民之所於取得某一國家的國籍，絕非單純只是因為該人民居住於某一國家（自然狀態），其間尚須有一定的「效力因素」<sup>70</sup>。換言之，國籍的存在與產生，乃是一種「法律狀態」，構成個人與特定國家之間的一種「法律聯繫」。而此種法律狀態（聯繫）所由產生的方式，不外有三種可能性：其一，基於武力（統治力）對人民強加予國籍；其二，由人民自由選擇是否取得或放棄某一國家的國籍；其三，由國家制定國籍法，並設定一定的條件，於該條件滿足時，自動取得該國國籍。

第一種方式，基本上屬專制國家的作法，「國籍」所聯繫的人民與國家關係，已非單是「身分關係」，而是一種「統治關係」，在此意義下，國籍無非是國家統治人民的一種符碼。第二種方式立基於個人的自主決定，符合近代以個人為中心的法治文明。惟人民與國家之間全無任何聯繫因素，光憑一己的自由意志即可取得特定國家之國籍，畢竟只是一種理想世界。因之，所餘者、且較為通行之例，厥為第三種方式。

國籍取得之立法例，概可分為「屬人主義」（*ius sanguinis*）（又稱血統主義）與「屬地主義」（*ius soli*）（又稱生地主義）二種，已見前述。此二準據牽涉各國的政治情勢及歷史背景，各有不同的思維哲學及目的設定（以招徠歸附為先，抑或以懷保流移為貴），難謂孰優孰劣。惟若要運作無礙，其必要條件是，同一國家及其人民，賡續不斷、萬世不移。然證諸過往，國家時有更替，國家、人民、主權、領土，難保永世長存，則當遇有國家主權斷續時，上述準據即面臨挑戰。「屬地主義」（生地主義）因係取國家與人民之間的「客觀聯繫」（地域關連），故在政權替換時，尚不致發生認定上的困擾，蓋「出生所在地」可以隨時與新的主權國家相連結。反之，若採「屬人主義」（血統主義），一旦領土易主，以「血統」作為辨異憑據，即告失靈，蓋舊政權之人民與新政權之人民血統未必同一，此際唯有輔以其他機制，始能重新建立連結因素。其方式不外有二：一、概以新

---

<sup>70</sup> 此點與前述亞里士多德對公民一詞含意的討論，有異曲同工之處。

政權為依歸；二、由人民在新舊之間擇一。近代法治文明既以獨立、自由、自主的個人為人類圖像及制度基石，而民主法治國家之國籍法的基本價值復在彰顯個人身處國家中之個體性，則以上二法自以後者為是。推而廣之，人民更應該享有脫離國籍權利<sup>71</sup>。從國籍在基本權利體系的地位以言，國籍應屬一種「國民身分權」。而所謂「國民身分權」也者，並非源自人類之所以為人的自然權利（原權），而是一種「經社會修正之權利」（rights modified by society）。蓋有國家，斯有「國民」。惟人類俯仰天地之間，本無需組成國家（社會制度之一種），亦未必要加入國家。是以，人民應保有「退出」國家的基本人權（原權）。據此以推，取得國籍（放棄國籍）亦應屬於一種人權。綜上所論，本文認為，台灣人對於是否取得中華民國國籍一事，過去雖未有選擇的機會（亦不知其得為選擇），惟本於取得國籍（放棄國籍）之基本權利，今後仍應享有重新選擇的機會與權利。換言之，台灣人的「國籍未定狀態」，可以透過台灣人民自決的方式予以確定。

## 肆、結語

### 一、國籍、戶籍與認同的弔詭

綜前所述，已取得戶籍之大陸地區人民（即「新」台灣地區人民）依現行法之規定，於一定條件之下，無須經由「歸化」即可取得選舉權及被選舉權。本文就「新」台灣地區人民應享有選舉權及被選舉權乙節，持肯定之見解，惟對於無須經由「歸化」部分，則有所保留。蓋我國基於兩岸的特殊政治情勢，對於大陸

---

<sup>71</sup> 現行國籍法第十一條第一項：「中華民國國民有下列各款情形之一者，經內政部許可，喪失中華民國國籍：一、生父為外國人，經其生父認領者。二、父無可考或生父未認領，母為外國人者。三、為外國人之配偶者。四、為外國人之養子女者。五、年滿二十歲，依中華民國法律有行為能力人，自願取得外國國籍者。」同法第十二條：「依前條規定申請喪失國籍者，有下列各款情形之一，內政部不得為喪失國籍之許可：一、男子年滿十五歲之翌年一月一日起，未免除服兵役義務，尚未服兵役者。但僑居國外國民，在國外出生且於國內無戶籍者或在年滿十五歲當年十二月三十一日以前遷出國外者，不在此限。二、現役軍人。三、現任中華民國公職者。」與此原則尚有未合。

地區人民的「身分」問題始終抱持模糊的態度。然無論從國際法或從國內法的觀點，大陸地區人民應係具中華人民共和國國籍、不具中華民國國籍之人，從而其若要取得選舉權或被選舉權，仍應透過歸化的途徑，「正式」成爲中華民國國民，而非以「取得戶籍」的障眼手法，模糊處之，徒然淪喪藉由歸化程序強化大陸地區人民對於台灣「國家認同」的機會。

無可諱言，在中共當局絕不放棄「武力犯台」的情勢下，台灣無可避免地必須與中華人民共和國處於一種「敵對」狀態，但是否必須完全「禁絕」其國民成爲我國國民的可能性，卻仍有斟酌的空間。畢竟「人民」與「國家」乃是兩組不同的概念，中華人民共和國與台灣處於敵對狀態，並不表示其人民與台灣亦是敵對。是以，中華人民共和國的人民若對台灣具有國家認同及文化認同，實無阻絕其成爲我國國民的道理。我國所應防範者，乃中華人民共和國當局以取得我方國籍的方式進行「滲透」。然而，擔心對岸透過國籍的取得影響台灣政經社文，此一顧忌所暴露出來的，其實是國人對台灣信心的不足。換言之，台灣文化的包容力與集體認同若是處於分裂，或是經不起任何方式的裂解，則縱使阻絕大陸人民取得我國國籍之途，亦可能因其他方式或因素而崩卸；反之，台灣社會若具有極其深厚的融合力量，則中華人民共和國人民一旦成爲我國國民，並在台灣生活一段時間，應爲台灣文化所「吸收」，成爲台灣的一分子。至於「統獨」問題，本質上乃是一種抉擇問題，本難強同，台灣人民因每個族群歷史經驗與政治處境的不同，對中國原本就混雜著由淺漸深的多色調光譜，有強烈的懷舊愛戀，也有深沈的排斥敵視，自然無法經由政府當局預作價值判斷，由上而下一以貫之，必須反其道而行，從下而上取得相濡以沫的「共識」，始能垂之久遠。

## 二、國籍、身分與認同的悖論

Identity一詞，其字面意思是同一（性）、一致（性），其引伸的意義，一意是「認同」，一意是「身分」，而此二者原本應該一致，實則不然。心理感受的Identity與外在身分的Identity，可能各異，也可能互有交集。

「認同」(Identity)，如果說是個人的心理感受，則人人不同，所謂「人各有主」，同一個人在不同時間、地點，也會有所不同。Identity的另一層意涵——「身分」，是一種法律地位，如同「身分證」所表彰的法律地位。

國籍既是一種身分，亦是一種認同，此三者原則上應該一致，在近代台灣人的歷史記憶中，「外在身分」與「內在感受」原本也應該一致。也就是說，Identity is identical，若以德文表達，即是Identität ist identisch。但是，曾幾何時，歷史記憶與現實處境使台灣的法律地位，由原本清楚，轉為渾沌，台灣人的身分與認同亦隨之逐漸分道揚鑣<sup>72</sup>。台灣人遞受清帝國、日本帝國及中華民國的統治，1895年、1945年及1952年，台灣主權在法律上及事實上交錯轉換，致使台灣當前社會（內部）對台灣是否擁有主權，一再發生爭議，歧見，台灣人在國籍、身分與認同三者之間，存在著相當嚴重的分歧性與錯亂性。如何拉近國籍、身分與認同三者之間的距離，著實是當前凝聚社會共識、提升國家競爭力、健全社會發展的關鍵所在。

### 三、主權認知與公民意識

「主權」(Souveränität, sovereignty)概念，自1648年「西發利亞和約」(Westfälischer Frieden, Peace of Westphalia)後，成為近代西方政治與國際法的主要思想<sup>73</sup>。主權，指某一領土範圍內的人或物歸那個國家所有<sup>74</sup>。「主權」，對外係

---

<sup>72</sup> 回顧歷史，台灣隨著《馬關條約》割讓給日本之後，台灣人不再具有中國人的身分，造就身分與認同分歧的開端。例如：台灣的商船不能進入只准中國船進入的「中國常關」，而只能比照外國船經過「海關」，進入中國。但是，日本籍的台灣船與大陸民船不易分辨，卻常常混進外國船不能進入的中國常關，中國官方根據《馬關條約》要求日本政府，台灣船必須比照外國船進入海關，要確定台灣船懸掛日本旗，台灣船隻格式、顏色要與大陸民船有所區隔，甚至希望船上人員不要著華服而改穿洋服，以確保中國主權。參見林滿紅，〈界定臺灣主權歸屬的國際法——簽訂於五十年前的〈中日和約〉〉，《近代中國》，第148期，年月，頁67。

<sup>73</sup> 參見李建良，〈歷史·國家·行政·法律——歐洲近代前期行政法史汎論〉，《法律哲理與制度（公法理論）》，馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，2006年1月，頁56-57。

<sup>74</sup> 關稅與貨幣即是一種國家擁有主權的制度表徵。例如：從台灣商人前往大陸從事商業活動，



國與國之間的區隔，對內是國家對人民的統治關係，而「國籍」則是從人民的角度界定國家主權行使的對象。此二概念之內涵與實際，固屬一項「客觀」的法律課題。但台灣人對於國家擁有主權與國籍的「認知所由」，卻往往是「主觀」的產物。具體來說，台灣人民如何認為台灣的國家主權，可能來自個人的歷史記憶，或是承接他人的歷史記憶，也可能是盱衡當前的現實情勢，當然更有可能是基於對未來發展的預測與願望。

中日戰爭為中國人（大陸人）與台灣人留下對日本非常不同的歷史記憶，或敵對，或親合，間接也加深台灣人對國家認同的歧異性。平心以觀，台灣與中國大陸自1895年《馬關條約》起，即分屬不同主權的領土。1911年，中華民國成立時，其主權並未及於台灣，1949年，中華人民共和國成立時，其主權亦未及於台灣。明乎於此，則中國的仇日情緒是否要由台灣人承續？台灣人的親日情結是否應該受到無情的指摘痛斥？確實值得深思。總之，若能回到國家、領土、主權、國籍的基本概念上，從「客觀」的法理思維破除「主觀」的歷史記憶，或許還有去異存同、建立共同心理認同的可能，「健康的」台灣公民意識，也庶乎可期。

---

必須繳納關稅，必須將台灣以金為本位發行的貨幣，換成中國地區的貨幣。參見林滿紅，〈台灣與東北間的貿易：1932-1941〉，《中央研究院近代史研究所集刊》，第24期，1995年6月，頁653-696。