

計畫名稱：國族建構與移民歸化法制之關係

(一) 中文摘要與關鍵字

本研究之主要目的，是試圖發掘「移民與歸化法制」與各個國家深層的「國族主義」(nationalism)——也就是每個國家在建構國族(nation-building)所依據的立國精神——間的關聯。進而探究在台灣主體意識崛起的時候，我國之移民法及國籍法應採取何種方向。

在理論層次，「移民與歸化制度」本質上必然與「國族建構」有相當程度的聯繫。「移民與歸化制度」往往決定了「誰是主權者」，「誰是國家構成元素」，進而影響了「我國會成為什麼樣的國家」。另一方面，國家建構時所預設的「國族組成」或「國家形象」，也同時會影響移民與歸化制度。準此，移民與歸化制度在設計之際，其實必然受到該國基本國族精神預設的影響。此一議題當然應該探討，才足以解決當前的移民政策問題。

此外，從世界各國對待移民的歷史與演變來看，似也的確反應「國族建構」與「移民歸化制度」的關聯。不同的國家建構於不同的國族形象，也同時會導出對移民的不同態度，進而制定出相應的移民與歸化制度。

而台灣在主體意識崛起，建構國族意識的同時，也面對全球化與跨國遷徙，此時的移民與歸化制度應該採取何種態度？我國的國族形象到底是什麼？均有待發掘。

依此，本研究預定達成下列目標——

1. 證立：「移民與歸化法制政策」必然建立在特定的「國族建構」形象之上。
2. 整理、分析、比較各國的移民政策與國族建構之關係。
3. 證明台灣當前的國族主義與移民政策，都不是「邏輯上的必然結果」，而只是某種政治拉鋸之暫時結果。因此可以檢討、可以修

正。

4. 提出較為健康的、符合全球化與開放趨勢的台灣國族理論，以做為移民政策的基石。
5. 對當前的移民與歸化法制，提出具體的修正建議。

關鍵詞：

國族建構、國族主義、國族形象、國家認同、移民、歸化、移民法、多元文化、同化論、開放共和國

(二) 英文摘要與關鍵字

This study is intended to explore the deep relationship between nationalism, or “image of the nation” and “immigration and naturalization law”. Since every nation-state has its own “myth of the nation” or “spirit of nation-building”, which largely influences its attitudes toward immigrants; it is worthwhile to uncover how the “nation-building” assumption makes implications upon the nation’s immigration and naturalization law and policy.

Theoretically, the very nationalism in specific country is inherently interrelated with its immigration policy. For one thing, immigration and naturalization policy determine “who the sovereign is” and “what sort this nation is looking like”; for another, the nation’s background understanding or deeply-rooted assumption would determine how to develop the immigration and naturalization policies.

On the experience level, comparative studies show that every nation-state has its unique immigration regime which has connection with the “myth of nation-building” thereof. Therefore, understanding the very nationalist theory in every country is the first step to grasp the underlying concern of its immigration laws and policies.

Taiwan is facing the serious challenge due to the increasing numbers of immigrants, especially marriage immigrants, when it is trying to establish its independent and subjective status. The decisionmakers nonetheless cannot develop a coherent immigration and naturalization policy. One of the reasons is just that few have elaborated what sort of the “nation” we wish to establish. Despite the history of immigration, Taiwan’s legal system has never reflected the immigration reality.

Thus, this project attempts to provide the following outcomes:

1. To establish that immigration and naturalization law must be based upon specific image or assumption derived from nation-building processes.
2. To marshal, analyze, and compare a number of major countries’ immigration policy against the background of their respectful nationalism.
3. To prove that the current immigration policy in Taiwan is by no means “inevitable”. Rather, it could/should be subjected to modification, especially when we review and reflect the policy system’s underlying nationalist assumption.
4. To provide a healthier, global, and realistic Taiwanese nationalist theory as the basis of Taiwan’s immigration and naturalization laws.
5. To make specific recommendations to amend the current immigration and naturalization laws.

Key Words:

nation-building, nationalism, image of the nation, national identity, immigration, naturalization, immigration law, multiculturalism, assimilation, open republic

(三) 報告內容

I. 研究背景與目的

本研究之主要目的，是試圖發掘「移民與歸化法制」與各個國家深層的「國族主義」(nationalism)——也就是每個國家在建構國族(nation-building)所依據的立國精神——間的關聯。進而探究在台灣主體意識崛起的時侯，我國之移民法及國籍法應採取何種方向。

申請人近年來之研究主題，多與台灣近年的移民法制相關。而在探究移民制度與其深層的憲法理論時，感受到我國當前的移民政策制定者，在全然沒有全盤縝密思考的情況下，落入頭痛醫頭腳痛醫腳的零碎、反應式決策。同時更發現無論是決策者或學術研究者，對於移民現象與制度的觀點，往往都自覺或不自覺地反應了其心中預設的國族形象(image of nation)。因此，若欲揭露我國現行法制背後的深層思維基礎，勢必要深入挖掘台灣這個政治社群(political community)背後所預設的組成精神。

首先，在理論層次，「移民與歸化制度」本質上必然與「國族建構」有相當程度的聯繫。

一方面，「移民與歸化制度」往往決定了「誰是主權者」，「誰是國家構成元素」，進而影響了「我國會成為什麼樣的國家」。例如，一個對移民採歡迎態度，且歸化條件寬鬆的國家，其「全體國民」的組成必然多元、多變、流動，而「國家」的形象也必然不斷變動。反之，一個堅拒移民歸化，同時對國籍拒採「屬地主義」的國家，其「國家形象」也必然維持在傳統的「族裔中心主義」或「文化封閉主義」。

另一方面，國家建構時所預設的「國族組成」或「國家形象」，也同時會影響移民與歸化制度——所謂的「開放共和國」(Open Republic)，對移民的進入、照護與歸化，相對來說會比「封閉文

化國」來得寬容。而採取「多元文化主義」(multiculturalism)做為國族建構基礎的國家，對於移民也不會太要求強烈的「同化」；反之，堅持單一公民文化或族裔文化的國家，即便容忍或歡迎移民，也會強烈要求移民同化於既有的國族文化。

準此，移民與歸化制度在設計之際，其實必然受到該國基本國族精神預設的影響。此一議題當然應該探討，才足以解決當前的移民政策問題。

其次，從世界各國對待移民的歷史與演變來看，似也的確反應「國族建構」與「移民歸化制度」的關聯。

如 Riva Kastoryano 探究同屬歐陸的法國與德國，因為有著極為不同的國家認同方式（前者堅持公民政治國，後者則屬族裔文化國），在對待移民的方式上也就有極大的差異。Saskia Sassen 也從歷史角度分析歐洲各國如何在不同的國族預設下，以不同的方式看待移民。Christian Joppke 與 Ewa Morawska 等人的研究，更是比較分析同屬自由主義的國族國家，如何在不同的基礎精神上發展各自不同的移民與歸化政策。而美國的移民法制、人權發展，如何與國族精神互動，相關的文獻更已經是車載斗量，充斥在社會學、政治學，以及法律學的研究中。

第三，全球化對傳統國族國家的衝擊，同時也影響了當今的移民政策之討論。

全球化一方面造成全球性大規模的人口遷徙，更在許多方面有著「去國家化」，甚至侵蝕國家主權的效果。不同的國家，在面對類似的現象時，卻可能採取不同的因應。有的是極為排斥、恐慌，有的則正面面對，更多的是戒慎恐懼。這往往也與各國原本預設的國族形象有關。例如，法國容許並號稱歡迎移民，也允許歸化，但對於多元文化與「非傳統法國文化」之族裔文化極為排拒；德國容許並歡迎大量移住者，對「歸化」這種可能改變傳統「德國人」形象以及「德國形象」的制度始終開放得非常勉強。其原因之一就是德國在傳統上始終不認為自己是個「移民國家」，因此也不願意面

對德國早已在「事實上」是「移民居所」的現象。美國則在「歡迎移民與多元文化對美國貢獻」與「擔憂新移民變動美國國族精神——白人基督教文化」的兩極拉鋸，因而形成其充滿矛盾的移民制度。

亦即，傳統的國族形象，往往因為全球化的衝擊而產生更激烈的反應——正面接受或負面排拒。

又，歐洲的整合，創設出歐洲公民、歐洲認同之概念，對於最傳統的歐洲主權國家，造成了主權觀與國家認同之重大衝擊。甚或發展出歐洲層級的移民政策。這也使得認同、主權議題，與移民政策的關係又被拉上檯面。

第四，台灣的特殊背景與需求——怎樣的國族認同與移民政策？

台灣在歷史上是個移民社會，但在法制上從未適切反映此一特色。法制上，無論是沿襲自中國大陸傳統的華夏民族主義，或是日本封閉式國族認同，傳統的移民與歸化制度都沒有站在多元文化與移民國家的觀點去思考。

近年來台灣主體意識雖然昂揚崛起，但也從未仔細深思「台灣要成為什麼樣的國家」或「什麼是台灣的立國精神」？亦即，是個開放、多元、流動的國族；還是封閉、一元、固定的國族？更遑論在這個背景理解（background understanding）之下，去設計、規劃整個移民與歸化制度。是以，移民法制時嚴時鬆，漫無標準，卻一味以「國境管理」、「主權行使」做為恣意行事的藉口。

在此同時，台灣這個海島國家正嚴重面臨全球化的挑戰。在政治經濟社會文化上，台灣都勢必不可能作為一個封閉的個體。相反的，東亞、美國、中國大陸，以及整個全球經濟文化衝擊，都使得台灣的「疆界」、「主權」愈來愈軟化。與移民政策最有關係的例子，就是大批婚姻移民的湧入——無論基於婚姻雙方共同團聚的人權觀點，或是台灣與東南亞及大陸的政經社會聯繫，都使得婚姻移民無法（或至少不適合）採用嚴厲的邊界管制方式來篩選。政府必須容許（甚或歡迎）婚姻移民的入境，而這必然多少會改變以往「漢

文化中心主義」的台灣人形象。

另一方面，至今為止，法律學界在此一領域所投入之精力尚有不足。法學文獻幾乎均未處理「何種國族認同」或「建構何種國族」的問題——同樣是建立台灣國族主體性，我們是選擇了「族群民族主義」或「自由民族主義」？是「大熔爐式的同化國族主義」或是「馬賽克式的多元文化主義」？所謂的「台灣人民」，是否指涉特定族群、文化、血緣，乃至政治認同的人？亦或有更包容、多元的台灣人定義？不同的選擇，必然大幅影響移民與歸化法制政策的內涵——嚴厲篩選或尊重開放？根據什麼標準篩選？對於所謂非法、無證移民（undocumented immigrants）或未經查驗入境之外國人（aliens without inspection），移民法該採取何種態度——全面掃蕩？容許留境？甚或給予歸化入籍的機會？這些抉擇正是美歐等國正在處理的難題，而其處理方式的選擇，往往與這些基本價值有關。

有鑑於此，從理論層次與國際經驗，理解國族建構理想與移民歸化法制的關係，是相當重要的第一步。如此方能做為進一步從台灣背景與前景，分析其應有的移民與歸化法制政策。

II. 文獻探討

國內已發表的中文法律文獻中，尚無任何著作係以「國族建構與移民歸化法制之關聯」為主要主題者。法律學以外，則有少數學術著作，如：曾熾芬，引進外勞的國族政治，台灣社會學刊，No. 32，頁 1 以下（2004）；成露茜，跨國移工、台灣建國意識與公民運動，台灣社會研究季刊，No. 48，頁 15 以下（2002）；趙彥寧，社福資源分配的戶籍羅急兩國境管理的限制：由大陸配偶的入出境管控機制談起，台灣社會研究季刊，No. 59，頁 43 以下（2005）。但它們一方面並非法律學者所撰，故未觸及到某些細緻的法律規定與操作；另一方面，前揭論文雖對台灣的國族意識與移民制度有所著墨，然而仍欠缺比較制度與環境的視野。

申請人在 2006 年發表之”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，44:3，頁 81 以下（2006）），係唯一觸及此一議題的法學論文。文中指稱以建構台灣主體意識的「台灣新國族主義」，是法制上歧視新移民的部分原因。然而，即便該文亦未能以較大篇幅深究「台灣的國家性格」，以及「其他國家的發展」等重要議題。

英文有關移民政策與法制研究的文獻中，以此為議題或分析依據的文獻則汗牛充棟。本研究即擬搜尋、探究國外的相關研究，並試圖結合我國的相關情況。

III. 研究方法

本研究主要以文獻研究法進行。

主要研究步驟如下—

1. 蒐集有關世界上主要國家移民與歸化制度之資料。
2. 蒐集、評論並比較各國之國族主義、國族建構理想如何影響移民與歸化制度。
3. 根據我國的歷史、當前環境、憲法結構，與政治哲學，析論我國應有的國族主義基本立場，以及其對移民歸化法制的可能影響。
4. 對當前的移民與歸化法制（包括「入出國及移民法」、「台灣地區與大陸地區人民關係條例」、「國籍法」以及其他法令規章解釋等）評析並提出具體建議。

IV. 結果與討論

計畫主持人於本計畫進行期間，關於本研究之成果與啟發，可分兩部分呈現。第一部分，是已經發表之著作；另一部分，則屬尚未發表之發現。

已經發表的著作，是改寫、增補前一年之國科會研究計畫之部分成果：建構以「平等公民權」為基礎的人權保障途徑。該文經修改後，發表於中央研究院法律學研究所與中華民國憲法學會合辦之「第六屆憲法解釋之理論與實務暨釋憲六十週年學術研討會」（台北：中央研究院，2008.1.11）。目前已經作者修改，進入中央研究院法律學研究所出版專書之審查程序。

該文主要之修改，是強化前一版本對「台灣社群（國族）歷史與性格」過於簡單的敘述，同時加強「國族建構」與「憲法人權理論」（包括對「外國人」、「新移民」之保障）之關聯。（該文與本計畫相關之「新」論述部分，詳見附件）質言之，該文認為從台灣的歷史發展與主體意識建構來看，我國的移民及歸化法制，應該建構在一個容納移民，以民主自由體制保障新成員的憲法價值體系之下。

除此之外，計畫主持人從（本研究補助購買之）文獻中發現，各國之「國族建構神話」或「國族精神」，的確與移民歸化法制有相當程度之關聯。

例如，若（如 Wayne A. Cornelius 等人在 CONTROLLING IMMIGRATION 一書所用的分類）將世界各國分為「典型移民國家」（Countries of Immigration，主要如美國、加拿大、澳大利亞）、「勉強承認的移民國家」（Reluctant Countries of Immigration，如法國、德國、荷蘭、英國），以及「新近移民國家」（Latecomers to Immigration，如義大利、西班牙、日本、南韓），即可發現移民歸化法制大致上會有相當不同的設計。愈是自詡移民國家者，要關閉國門就會遭到愈大之阻力。

然而許多研究也顯示，「國族」只是影響移民歸化法制的因素「之一」，它會與當前經濟需求、現實政治氣氛等因素交互作用。移民歸化法制，無法單由「國族論述」這種「規範性」或「原則性」的因素來決定。歷史、現實、環境等複雜因素都必須共同分析。例如，原先拒絕承認自己是「移民國家」的德國，原本基於此一基礎，對「歸化」非常嚴苛；然而在現實的經濟與社會情況考量下，也必須面對國內大

批新舊移民的現實，將國籍的門打開。而自詡「移民國家」之美國，對移民在某些地方的限制（如地方投票權），甚至高過義大利這種非移民國家。

從法律學術文獻而論，美加之類的傳統移民國家，為「移民人權」辯護、倡議的法律文獻，質量就會相當可觀。反之，同樣是民主先進國家，「移民人權」這個議題在日本、南韓，乃至德國等國的法學文獻，就遠不能與美加相較。這或許部分由於「法學」畢竟是一門「規範」的學科，國家傳統所形成之「精神」與「價值」，會有更重要的份量。身處於（自詡）「移民國家」國家的憲法學者，自然更容易受到此種論述的感染，也更容易持「開放」、「容納」、「平等」的憲法價值要求國家、政府「心口合一」。

計畫主持人初步之研究結論，認為我國當前之移民與歸化法制，仍以排拒、篩選人口，甚至種族與階級主義為基礎，並未適切反映台灣的「移民社會」，以及「藉由憲政體制融合族群」之精神。主持人也同時參與「入出國及移民法」的修正過程，協助民間團體提出草案，並參加多次立法過程之協商與社會運動。終至在 2007 年十一月，立法院三讀通過（2007.12.26 總統公布，2008.8.1 施行）修正版的「入出國及移民法」，向「移民人權」邁出一大步，其主要內容包括：

1. 防家暴條款（與離婚後仍可能例外准許居留）。
2. 家庭團聚權（婚姻移民入境不受配額與財力之限制）。
3. 反歧視條款（國籍種族膚色出生地之歧視，將受罰鍰）。
4. 驅逐出境的正當程序（審查會＋陳述意見）。
5. 禁止婚姻媒合商業化與物化女性的廣告。
6. 合法居留之外國人參與集會遊行請願不再遭受威脅。
7. 移工與雇主訴訟期間可延長居留。

8. 保護人口販運被害人。

雖然這些條文仍經過相當妥協，但已經是第一次在中華民國的移民法制中，出現「保障移民」的條文。也是「移民管理法」走向「移民保障法」的第一步。這個部分雖非學術發表之成果，但卻也是本研究另一種形式的呈現與貢獻！

V. 附錄

建構以平等公民權 (Equal Citizenship) 為基礎的人權保障 途徑—對傳統基本權理論之反省

(摘錄) (註釋省略)

.....

伍、建構台灣本土之平等公民權芻議

一、台灣社群 (Taiwan Community) 的歷史發展

從歷史來看，台灣基本上是個移民社會。除了原住民族與 1980s 開始的東南亞婚姻移民以外，多半都是來自中國各省的移民。從十七世紀的開發者，十七至十九世紀閩粵的大量移民，1949 年隨國府遷台的大批中國移民，以及最新一波的婚姻移民。

在荷蘭人、西班牙人據台之前，台灣本島主要為原住民族居住地。漢人偶有來台與原住民進行交易者，但定居數量有限。

自 1624 年至 1662 年的荷西佔領期，是荷蘭人與西班牙人，以台灣為根據地開展世界貿易的一段時期。荷蘭人招募廣東、福建的漢人前往台灣開墾，形成了大批的農業移民。「帶著各不相同的風土特質和社會性格的原住民、漢人、及荷蘭人，來自各不相同的原住地，競合留在一起，並共同生存於同一生活圈的『台灣』。」。在 1650 年左右，居台漢人約有五萬人，多居於今日台南附近。但荷蘭人與西班牙人本身，則因其僅將台灣當作剝削的海外殖民地，因此移民人口不多，且戰爭失敗即全部退出。

而 1662 年至 1683 年的所謂「鄭氏時期」，更是一個重要的漢人移民關鍵時期。鄭成功率領超過二萬人以上的官員與眷屬、鄭經率領的明朝遺臣與家眷、以及民間移民，遷徙進入台灣定居。由於明末清初的戰爭動亂，加上中國本身的人口與土地併吞情況，台灣成為當時人們心中的「樂土」。鄭氏的招募與鼓勵開墾，召集了許多閩粵人民遷台經營商業、開拓荒地、耕作。在此時期，台灣漢人

約有十二萬人。

清領時期（1683-1895）則是更重要的移民時期。許多福建漳州、泉州二州的移民，克服清朝禁止移民的政策，冒險渡海來台。到了 18 世紀末，閩粵漢人來台者更加盛行。根據 1811 年的統計，當時居台漢人有 1,944,737 人。

17-19 世紀間來自中國沿海的移民，基本上當時中國社會中較底層邊緣的中下階層。雖然來台後，閩粵移民間的衝突不斷，但之後的台灣，的確就是這群人胼手胝足所打造出來的生命共同體。這些就是今日所謂「本省人」的組合背景。

日據時代對於台灣的政治經濟社會文化衝擊極大，也影響了原住民族與漢族台灣住民的生活方式。但日本移民者與之前的荷蘭人、西班牙人相似，在政權轉移後絕大部分都離開台灣。因此，日本的移民在人口結構上沒有改變舊有的台灣社群，但留下深刻的體制與文化影響。

接下來的「移民波」，則是 1949 年隨著國府遷台而來的「外省人」。在移入多年之後，並對台灣的防衛與建設做出重要貢獻後，也已經有了第二代、第三代。與 17-19 世紀來自閩粵的「（較）老移民」，都同樣在這塊土地上生根。

1980 年代開始的婚姻移民，則多來自南洋國家與中國各省。根據內政部移民署的統計資料，自 1987 年一月至 2007 年五月，來自外國與中國大陸的婚姻移民（包括以取得身分證者），已達 391,117 人。尤其來自南洋的新移民女性，在種族文化上迥異於自十七世紀來的漢族移民，在人口與文化組成上更有特殊意義。這群新移民，目前在台灣，一方面漸漸融入，但同時也尚在遭受公私部門的歧視。其所生的第二代在台灣新生兒中佔有相當高的數量比率，二十年後勢必成為台灣族群的一個重要成分。

最早的原住民族、十七至十九世紀的閩粵移民、1949 年隨軍或黨或政府來台的移民，以及最新一波的婚姻移民，構成了「台灣人」的面貌，也是當今台灣社群的「主權者」。這樣的歷史與組合，可以歸納出幾個特徵：

第一，在族群上，這是個多元異質的組合。而數量最少的原住民族（如果將原住民族只算成「一個族群」的話）卻是最本土，最有居住正當性的族群。

第二，在來源上，除原住民族外，都是外來移民。移民之間有先來後到之別，但都曾經是外地人。

第三，族群之間曾有摩擦，甚至激烈的衝突，但隨時間經過總是逐漸消弭，生命共同體的共識一步步建立。

第四，移民有共同的辛酸史。或是生活困苦而來台，或是逃避戰亂與政治

迫害而來。但總之均為追求更好的生活，而拋棄原生地跨海來台。

除了族群整合的歷史外，另外值得一書的則是台灣的憲政經驗。

自 1947 年起，中華民國憲法在形式上適用於台灣地區。從文字上看，這是一部符合基本憲政主義原理的憲法典。政府結構服膺權力分立原則，基本權利也有執行的機制。其基本國策的規定，更有濟弱扶傾的進步面向。但在 1987 年解嚴之前，頂多是一部「名目憲法」。

直到解除戒嚴，報禁黨禁一併解除。台灣才開始「實習」民主憲政，這部憲法也才開始有它的生命。作為全世界華人第一次行使「民主憲政」的社群，台灣人有著共同的驕傲、榮耀，與痛苦。雖然台灣的憲政發展不能盡如人意，至今仍有太多需要改進之處，但畢竟「我們」已經開始學作主人。從普遍的選舉與被選舉權、批判政府的言論自由與新聞自由、獨立的司法、憲法訴訟的有效運作與執行...台灣社群（不論妳是否稱他為「國家」）藉由憲法，把在這兒共同生活的人連結成一個依據現代民主法治原則運作的共同體。台灣是在華人政治社群中，唯一真正享有憲政主義下「基本人權」與「主權者」地位的社群。而無分原住民族或是新舊移民，形式上也都享有平等的政治與法律地位。

與美國憲法相較，我國的憲政經驗確實非常不同。美國憲法是跟著這個「國家」同步成長的，它的條文、施行，與相關司法判決，亦步亦趨地反映了聯邦與州權的拉鋸、奴隸制度的存廢、自由放任轉變成管制經濟、民眾參與的擴大...因此，美國人可以很確定地認為美國憲法（包括它的條文與實務），的確是美國歷史經驗的結晶—雖然制憲之際，黑人、女人，與無產的窮人，都無權參與制憲。

然而，中華民國憲法在解除動員戡亂前，與人民是相當隔閡的。它未必能夠充分反映前述所謂「台灣國族性格」。然而，在台灣民主化之後，這部憲法與台灣社會就發生了極為密切的連結。它親眼見證了台灣這二十多年來的變遷，大法官的相關解釋更不斷反映民主發展歷程。

二、台灣社群之性格—民主涵納（Democratic Inclusion）

據此，台灣社群的基本精神，可說是「民主涵納」（democratic inclusion）。我們有著一代代不同區域、文化之移民來台開拓新天地的歷史，而移民之間的差異或「融合」或「和而不同」，但至今多能相互共存。台灣的面貌，或說台灣社群的圖像，從原住民的包容（或被迫包容？）移民，到後來各地漢族移民的相互包容，以至對新移民的形式包容。這一串歷史，就是不同地位、群體的流亡移民，發揮弱勢（最終）相挺共生的精神，共同生活之故事。

而憲法至少在二十年來，使民主憲政逐漸成為台灣人的生活方式——民主憲政已經成為台灣社群不可逆轉的重要特徵。雖然，原住民族的主權或自治地位，仍被忽視；新移民的整合在歧視文化與法律下仍有問題；以及漢族老移民之間偶爾也因為政治意識型態而生衝突，但這些問題如今都得在憲法之下依現代的民主法治手段解決。我們追求融合或多元共存，但不是政府由上而下，鎮壓式的融合；而是民間自發，逐漸在相互接觸中結合成共同體。這樣透過憲政體制而進行的民主涵納，也就是台灣精神之一部。

憲法在此擔任了台灣社群極重要的「多元整合」功能——憲法保障每一個人不受排擠貶抑的自由；憲法尊重多元價值，並包容不同族群的歷史認同與主體性。台灣社群的成功建構與整合，憲法功不可沒。與美國相比，他們的憲法是從立國開始陪伴美國人成長兩百年，亦步亦趨地涵納各個群體；中華民國憲法則是在台灣社群發展到中途時介入，但是至少「確認」了社群的整合。

質言之，「多元融合」與「民主憲政」，可說是台灣社群的歷史共同特點。

三、平等公民權之基本內涵與審查方式

依此，中華民國憲法上的基本權利，應該也要發揮類似（Karst眼中）美國憲法的涵納功能。任何法令措施，都不得排拒或貶抑國家主人應有的平等成員地位。尤有甚者，憲法應該對那些地位脆弱，容易遭到排拒貶抑的群體或價值，展現更高的關切。藉以避免「頭家被驅逐」的荒謬場景。

這樣的平等公民權理論，才能反映「民主涵納」的「台灣精神」。它不只反映歷史，也代表一種理想：一方面，這可以告訴那些現在仍存有歧視、排拒心態的人們，我們台灣人其實是多元包容的。當代的台灣人可以在憲法文獻與大法官解釋中讀到不同世代、不同祖籍的先民如何為擺脫原居地的貧窮與壓迫，不惜違反禁令，冒著生命危險跨海而來到這個原住民族的居住地，筚路藍縷地開拓新天地，並學習與不同的群體相處。

另一方面，平等公民權論可以將前述的歷史與憲法相結合，告訴公眾我們的憲法如何反映了這樣的涵納史，並以現代的、華人從來沒有使用過的民主法治手段實現台灣精神。

學者與釋憲者在論述案件時，對台灣史的回顧與評價，就是一頁最好的教育：保障人權，就是實現台灣精神。

平等公民權理論，會對於涉及「成員資格」的權利，表示較高的關切。所

有的政治性權利（選舉權、言論自由權、集會結社權），以及「免於遭到社群排斥與貶抑」的權利，都是平等公民權的主要內涵。

從憲法文義來說，個別基本權的明文規定，加上憲法第二條國民主權原則，是這套理論的基礎。憲法第二條「主權屬於國民全體」，體現出「國民就是這個共同體的「構成成員」。而「國民全體」，則是指「每一個」國民都是主權者，法律不得擅將國民分等。第三條規定：「具有中華民國國籍者為中華民國國民」。依此，「國籍」是「公民身分」的基礎，凡「具有國籍」身分者，均屬不折不扣的國家成員。國家不得拒絕承認國民實質上的成員地位；亦不得在國民群體之中，再劃分任何階級，影響其實質公民權之行使，形成二等公民之地位。「國民分級」，乃是憲法本質上所不容之措施！

此種「主權者絕對平等」之概念，亦貫穿整部憲法。其中，憲法第五條「中華民國各民族一律平等」，以及第七條「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，是最重要的規定。而基本國策與增修條文保障弱勢族群，追求實質平等之規定，更符合「保障國民基本生活所需，使其實質具有參政能力」之目標。

大法官其實已經在釋字 558 號解釋採用了類似的觀點。於探討跨國境之遷徙自由時，大法官並未逕行採取傳統上的比例原則來權衡。釋字 558 把入出國權利分成二級：作為國家主權者的「國民」（實際上是有戶籍的國民），其返國權是「絕對」不得侵犯的；但其他人的入出國權利以及國民的出境權，則是可以比例原則來加以權衡的。

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。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（底線為作者所加）

為什麼「國民返國」可「隨時」並「無待許可」？理由是「人民為構成國家要素之一」！一個以國民主權為基礎的民主國家，國民就是「主權者」。作為公僕、代理人的政府，怎可拒絕主權者最基本的「返鄉」權利？本號解釋雖然憑空加了一個「戶籍」的前提在主權者返鄉權上，為德不卒。但它至少跳脫了用「比例原則」權衡利益的窠臼，而將「國民返國」視為「成員資格」當然衍生的權利！

還有哪些權利應該當作「平等公民權」的核心範圍，而受到近乎絕對之保障？或可換句話來問：什麼樣的權利一旦被限制，形同拒絕或貶損人民的「成員資格」？

詳細的範圍，當然還有待發展。但從國民主權、民主原則，以及台灣社群的發展歷史來看，至少以下權利應屬「國家成員資格」的內容：

- (1) 狹義參政權：包括投票權、被選舉權、平等服公職之機會
- (2) 參與公共決策的政治性質權利：政治性（涉及公共事務）的表現自由、結社自由，以及其他「有意義地參與政治決策過程」（meaningful participation of political decisionmaking）的權利。
- (3) 基本、穩定生存條件：生存權、人身自由、維繫基本生活的經濟與生活條件（包括返鄉）。
- (4) 不因難以改變之「身分」而受現實上不利益之平等權。

以上四點，(1)(2)乃是主權者的本質權利—政治參與權。(3)是主權者不被威脅、侵害的基本條件。(4)則是「平等」公民權的基本原則，以免成員身分遭到排拒或貶抑—單純的差別待遇或限制利益，並不當然等於排拒成員資格；但因與道德無關的「身分」而遭到限制，無疑地是將這個人或群體永遠排除於權利保障範圍之外。

凡是國家權力碰觸到以上領域，釋憲機關應該從嚴審查，甚至如釋字 558 一般採取近乎絕對保障之態度。但如系爭國家法令措施與平等公民權無直接關係，那麼在審查標準上，除非有其他理由支持提高審查標準，否則宜採寬鬆的審查態度。

我曾以此一標準批評釋字 558 及釋字 618 號解釋。釋字 558 將「國民」排除於國境之外，只因無「戶籍」，顯然是「國民分等」的思維。而從「平等公民權」觀點來看，釋字 618 將百分之百具有形式公民身分的「自由地區人民」當作「外人」，採取寬鬆之審查標準，允許國家限制（剝奪十年）其服公職權，更有可議之處。因為此號解釋，無異於由「司法釋憲者」對「主權者」宣稱：與其他生在台灣本土或大陸以外地區的國民相比，妳還不是真正的「成員」！

.....

陸、平等公民權理論之可能優點—個人與群體之調和

.....

三、台灣社群性格之納入—人權與國族意像之相互建構

與前述有關者，是特別要提及近年來的「台灣主體意識」。

不可諱言地，在許多人權倡議者的眼中，國家主權、國族主義往往是侵害人權的最重要藉口。因為強調國族主義，往往就是要「犧牲小我完成大我」。同

時，國族意識通常要區分「他者」或「敵人」，以成就「我國」的榮耀。故也易於產生排外主義、本土種族主義等惡果。移民人權的爭取，就經常與惡質化的國族主義相撞。

然而，國族主義的崛起，往往也有非常堅實且正當的歷史與時代背景。它代表許多人民渴求歸屬在一個有力社群的訴求。台灣主體意識，正是這樣的產物。如果「人權」與「台灣國族主義」成為絕對互斥的選項，那其實對前者不利，對後者也未必公平。

實際上，國族主義也有許多版本，端視我們對「國家」設定了何種圖像。如果「我們人民」(We the People)採用了以自由主義，民主、法治為依歸的自由國族主義，或是接納多元族群文化的多元國族主義，那不但與人權沒有衝突，而且更能以健康的國族主義強化人權保障！

在台灣主體意識萌芽發展的今日，它的可塑性仍相當地高。人權倡議者不應該放棄對台灣社群性格或國族特質的定義權、發言權；相反地，我們應該致力於將人權、涵納、民主、平等這些成分放在「台灣國家性格」之中，讓我們這個國家（無論妳叫他什麼國號）能發揮如 Karst 對美國國族的期待一樣——人權保障的基地！

.....

柒、對平等公民權理論的可能質疑及回應

「平等公民權」在我國憲法學理論中，尚屬新穎。而且它從與傳統、主流理論之不同，並不在細節推論，也未必在所有案件都會造成不同結果。它的特色，是站在不同的典範 (paradigm) 之上，從另一個角度來探索憲法為何要保障基本權利。

它可能遇上以下幾個方向的質疑：

.....

二、台灣社群性格與歷史詮釋有歧義

歷史的解釋總是有爭議的，而如何定位「社群性格」甚至「國家特性」，更不是簡單的事情。法律學者在「說故事」的時候，必然也會面對不同的詮釋方向。

舉例而言，台灣是不是一個「國家」或「國族」，本身可能在統獨爭議不休的台灣，就很難達成共識。而別說許多歷史尚待考證，就算是同樣的歷史事實，

不同政治意識型態的陣營，或是不同的族群，都可能有著相當不同的詮釋。至於怎樣將歷史的事實及對歷史的詮釋，置於憲法中，並指引將來的適用，就更少見了。

筆者承認這可能是個困難的工程，但是仍值得去作，而且是憲法學者責無旁貸的任務！原因如下：

首先，憲法的功能之一，本來就是定位「政治社群」的「性格」或「特徵」。國家的歷史該怎樣詮釋，國族的核心、特性是什麼，當然多少應該訴諸憲法。然而在這個工作上，我們近年來的憲法學者卻一直沒有參與。這使得台灣在談論歷史以及國家基本方向時，鮮少把憲法條文及實務當作一個基礎。例如，面對新自由主義與全球化的經濟衝擊，「私有化」(privatization)在台灣也甚囂塵上。但我們制定於1946年，充滿社會平等思想的憲法，是怎樣看待這個議題？又如台灣這樣一個移民社會，又有了這部以普世人權為基礎的憲法，我們該怎樣對待新移民？

憲法學者如果只從抽象、去脈絡的方式來談論憲法議題，會使得一切問題顯得零碎而片段，而找不出一個大方向。而歷史學者、政治人物在高談闊論「台灣人」或「台灣精神」的時候，卻也往往忘了這部講究自由平等的憲法，是怎樣界定「台灣人」的。美國憲法之所以與時代結合緊密，部分也在於他們的法院、政客、學者，都參與了美國精神的辯論與發展。

其次，歷史當然有爭議，但我們可以儘量找出最大公約數，以交疊共識(overlapping consensus)當作分析的基礎。例如，「台灣」是不是一個嚴格意義的「國家」(state)或有爭議，但台灣是個「政治實體」相信應該是每個人都可以接受的。絕大多數台灣人，都是移民的後代；而不同世代的移民，歷經鬥爭與合作之後，逐漸融合為一個大致平等尊重的社群，也應該是多數人接受的說法。而在解嚴以來的民主發展，已經使得民主政治、自由平等、人權法治，以及這部未臻完美的憲法，成為台灣的重要基礎。以上，都是本文所援引的歷史軌跡，相信也足以構成中華民國憲法的「基本精神」之一。

.....

四、外國人權利保障可能不足

誠如 Linda Bosniak 所云，「公民」的概念無論延伸到多麼廣泛，都必然預設了一個封閉的社群。所以它一方面對社群成員給予充分的保障，但同時對「外人」就必然排斥。如此一來，是否對尚未歸化的新移民、外籍勞工，以及其他的弱勢者會有不利效果？

本文的作法，是將「政治社群」從寬解釋，將任何受中華民國國家權力統治，且與我國有密切相關的人，都定位為「社群成員」，進而應該受到與國民相同的保障。Karst 教授對於「外國人」在美國憲法上的保障，就是從美國憲法增修條文第十四條「平等保護」每一個受管轄的「人民」（person）之文義與相關判例所導出的。在這種方法下，外國人就算不是形式上的「國民」，至少那些已經與我國產生密切關聯（例如，婚姻）的外國人，應該被視為「準國民」而受到相似的待遇。

此外，由於本文並非主張「平等公民權」是唯一的憲法基本權理論。故若外國人符合其他基本權保障的基礎（如：憲法文義多以「人民」作為主體，並未如某些國家一般，明文以本國人為保障對象），同樣可以受到保障。

柒、結論

本文並非反對「普世價值」、「個人主義」的人權觀念，只是在台灣環境的反省下，認為有引進其他理論相互補強之必要。事實上，理論本身無所謂好壞，端視環境脈絡的實用性而定。

與國外情境相比，在德國的政治社會環境下，極端抽象的個人主義論述，不可能破壞團結與德國社群意識，也大概不至於造成多數主流的「反撲」；美國雖然有強大的個人主義傳統，但市民社會、公民性格，與愛國情操其實也極為強烈。但台灣本就欠缺西方式的個人主義精神，在這個既無堅實市民社會傳統，又欠缺公共道德與社群倫理的環境引入極端普世、個人主義的人權觀，是否妥適？它真能（如字面上所云）對抗排山倒海而來的「主流民意」、「多數需求」嗎？

平等公民權的提出，還在嘗試階段，相信問題尚多。但基本權利或人權的論述主張，與台灣社會相距如此之遠，對保障弱勢之實效如此低落，總是值得反省。期待本文的見解，能夠拋磚引玉，刺激更多同好參與發展更本土化，更能調和社群與個人的人權論述。