

東亞文明研究叢書 58

東亞視域中的 國籍、移民與認同

甘懷真
貴志俊彥◎編
川島真



臺灣大學出版社

東亞文明研究叢書 58

東亞視域中的 國籍、移民與認同

甘懷真
貴志俊彦◎編
川島真

出版

國家圖書館出版品預行編目資料

東亞視域中的國籍、移民與認同 /
甘懷真、貴志俊彥、川島真合編。

--初版二刷--臺北市：國立臺灣大學出版中心 2008〔民97〕

196面；15*21公分。(東亞文明研究叢書；58)

ISBN: 986-00-4078-8 (精裝)

1. 移民 - 東亞 - 論文, 講詞等
2. 國籍 - 論文, 講詞等

577.693

94026132

統一編號 1009500077

東亞文明研究叢書 58

東亞視域中的國籍、移民與認同

編者：甘懷真、貴志俊彥、川島真

策劃者：國立臺灣大學人文社會高等研究院

「東亞經典與文化」研究計畫 (<http://www.eastasia.ntu.edu.tw>)

出版者：國立臺灣大學出版中心

發行人：李嗣涔

發行所：國立臺灣大學出版中心 (<http://www.press.ntu.edu.tw>)

法律顧問：賴文智律師

展售處：國立臺灣大學出版中心

10617 臺北市羅斯福路四段1號

電話：02-23659286 傳真：02-23636905

E-mail：ntuprs@ntu.edu.tw

責任編輯：林沛熙

出版時間：2008年6月初版二刷

定價：新臺幣400元整

GPN: 1009500077

ISBN: 986-00-4078-8 (精裝)

著作權所有·翻印必究

「東亞視域中的國籍、移民與認同」學術研討會議程表

主辦單位：國立臺灣大學東亞文明研究中心

(<http://www.eastasia.ntu.edu.tw>)

日本學術振興會獎助「不平等條約體制下的東亞外國人法律地位之實例研究」計畫

(<http://gsv.u-shimane.ac.jp/t-kishi/kaken>)

會議地點：國立臺灣大學東亞文明研究中心演講廳

2005年3月20日(日)

| 議程 | 時間 | 主持人 | 報告者 | 題目 |
|-----|---------------------|----------------|-------|------------------------------|
| | 09:00-09:30 | 報到 | | |
| | 09:30-10:00 | 開幕式 (黃俊傑教授) | | |
| | | 課題說明 (貴志 俊彥教授) | | |
| 第一場 | 10:00 11:10 | 貴志 俊彥 | 陳 惠馨 | 從規範概念史的角度談中國法律文化中的「國籍、移民與認同」 |
| | | | 王 泰升 | 臺灣人民的「國籍」與認同——究竟我是哪一國人或哪裡的人？ |
| | | | 荒野 泰典 | 長崎之子——探討近世日本的「國際婚姻」 |

| 休息(11:10-11:25) | | | | |
|--------------------|---------------------|-------------------|-------------|-----------------------------------|
| 第二場 | 11:25 12:35 | 徐興慶 | 楊 湘鈞 | 清末上海工部局的寡頭治理——以租界中外巡捕的司法處遇異同為引 |
| | | | 貴志 俊彥 | 第一次大戰後的在華外國人管理問題——以條約未簽訂國國民的待遇為中心 |
| | | | 川島 真 | 中國外事員警之形成 |
| 午餐(12:35-13:45) | | | | |
| 第三場 | 13:45 14:55 | 邱澎生 | 吳 欣哲 | 內國人或外國人？——日本國民在「滿洲國」的國籍與法律地位問題 |
| | | | 鍾 淑敏 | 臺灣籍民與臺灣華僑 |
| | | | 弘末 雅士 | 荷領東印度「原住民」意識的創造與阿拉伯系住民 |
| 休息、茶敘(14:55-15:10) | | | | |
| 綜合討論 | 15:10 17:00 | 貴志 俊彥 甘 懷真 | 綜 合 討 論 | |
| | | | 17:00-17:10 | |

序

本書是「東亞視域中的國籍、移民與認同」研討會的發表論文的集結。該會議是由臺灣大學東亞文明研究中心與日本學術振興會獎助的「不平等條約體制下的東亞外國人法律地位之實例研究」的研究團隊所共同主辦，時間在二〇〇五年三月二十日。由於會議場所在臺北，故籌備工作主要由東亞文明研究中心承辦，而由我負責籌備。會後決議要出版中文的會議論文集，而由會議的三位負責人，貴志俊彥教授、川島真教授與我，擔任主編工作。如今論文集已順利編輯完成，因我在臺北的地利之便，也就負責撰寫編者序言，向讀者報告本書的緣起、構想與期待。

「東亞視域中的國籍、移民與認同」研討會的緣起，是一段臺灣與日本學術合作的佳話。日本的「不平等條約體制下的東亞外國人法律地位之實例研究」是目前日本的史學界與法學界正在推動的一個大型研究計畫（研究計畫網址：<http://gsv.u-shimane.ac.jp/t-kishi/kaken/>）。該計畫的主持人是島根大學的貴志俊彥副教授。參與者北海道大學副教授川島真先生與我是舊識，通過川島教授的引介，該計畫與東亞文明研究中心開始交流。東亞文明研究中心是一個教育部所設立的三年期研究計畫，自二〇〇二年十月至二〇〇五年九月。我作為這個計畫的執行長，負責行政工作，並擔任分項計畫主持人，執

行「東亞歷史變遷中的權力與詮釋」研究計畫 (<http://ccms.ntu.edu.tw/~kan/power.html>)。此次研討會主要是上述日本與臺灣的兩項研究計畫合作的成果之一。

「東亞歷史變遷中的權力與詮釋」的研究主題首先在探索東亞作為一個範疇概念的來龍去脈，並進而追究與此地域概念相關的國家（民族，nation）、帝國、族群、殖民地等概念。植基於臺灣目前的研究現況，我們最有興趣的問題是探討如何理解歷史上的「中華帝國」。歷史上的中國是否應該被稱為「帝國」(empire)，自可議論。就日本史而言亦同，即歷史上的日本如何被界定為一個「帝國」。無論要將中國定義為何種國家型態，前近代的中國不是「國家」(nation-state)，日本也是。因為中國作為一個政治系統，包含了對於週邊國家的政治支配，即中國的政治體是由多國家所組成，所以中國可被視為歷史上的某種「帝國」。而放在東亞歷史的脈絡中，這研究計畫的成果之一是指出，這種東亞型帝國被稱之為「天下」。中國自認為是一個「天下」，日本也是一個「天下」。

從這種天下觀或帝國論可延伸出我們對於歷史上東亞「國際關係」的認識。歐洲帝國主義所建構的近代世界秩序，是以國家主權獨立平等的法律形式為主軸，再由此衍生出宗主國與殖民地的關係。但由「中華帝國」所建構的部分東亞政治秩序並不是植基於這套原理之上。一方面中華帝國不同於西方式的帝國，尤其不同於近代的帝國主義式。另一方面，東亞的國際關係的原理也不同於今天所講的「主權獨立」。而我們的研究計畫的主旨之一，即在解明歷史上的東亞國家型態。

這個研究計畫的主軸在傳統時期的東亞，而我個人的學術專業是古代史，雖然近年來因緣際會也擴及日本近世史，但近代法律的相關問題，終究外行。當川島真教授代表日方，與我商議合辦研討會時，我有幾分猶豫，因為日方的課題以近代法律為主。終因深感日方學者的誠意，與就東亞史研究，臺日學者交流的必要性，於是本中心與日方學者同意共同舉辦此次研討會。就我個人的私心而言，東亞近代的國家型態的轉換是我深感興趣卻所知不多的主題，希望藉由此次日本學界領袖的來訪，以及臺灣傑出學者的與會，能給我們的「權力與詮釋」的研究計畫課題的進展，有重大助益。

此次研討會的主旨確立與議題訂定，主要是日方學者的貢獻，也是配合「不平等條約體制下的東亞外國人法律地位之實例研究」的展開。會議開幕式時，貴志俊彥教授曾簡報這個研究計畫的概況。我根據貴志教授的報告，再以我的用語與表達方式，綜論如下。

該計畫從二〇〇四年四月展開，為期四年。核心構想是要超越國家歷史(national history)的框架，亦即突破長期以來「自國中心」、「國家歸屬主義」的限制，關注東亞地區的人的交流所衍生的諸課題，由此建構東亞的歷史形象。其焦點是外國人與移民的問題。這個計畫的主軸是關注外國人與移民，在其生活過程中所遇到的國籍、定居、遷移、勞動、事業經營、教育諸問題。並希望能從個人生活史的側面重新建構近代的東亞史，再藉以反省近代帝國主義及其所帶來的不平等條約。

這個計畫是由史學家及法學家共同合作，故關懷的焦點是

移民、國籍的相關法律問題。由於帝國主義帶給東亞地區民族國家式的法律，也使得這個地區之人不得不進入一個新的法律狀態。該計畫主要探討這種新的法律狀態對移民、外國人的作用為何。如因不平等條約而開放的通商口岸中的移民與外國人所存在的複雜的法律空間，其中的各法律糾紛的解決及其相應的社會規範。

一個大型研究計畫的展開，必然是面對一個鉅大的課題，也必然有許多尙未能解明之處，這也是研究計畫之所以有意義的地方。好比該計畫也嘗試將研究時期擴張至前近代，這樣的歷史的縱深才可以使我們更能掌握不平等條約的意義。其次，東亞也不須要嚴格定義其空間範圍，凡是在近代受西方帝國主義侵略而在其國內發生不平等條約現象的亞洲國家都可以包括在內。再者，外國人是一個微妙、曖昧的概念，我們也保留其曖昧處，其本身也是一個可以研究的課題。如一九四五年以前在臺灣、朝鮮、滿州的日本人算不算當地的外國人？同樣的，在日本的臺灣人的法律身分為何？這些都是有趣的研究課題。

近代東亞法律的課題，我不能冒充專家隨意發言。只是在全書中各位專家的意見要登場之前，序幕揭開，作為司儀，我謹從東亞史研究的觀點，簡述我的感想，作為一場學術盛會的賀詞。

「超越國家歷史」當是二十一世紀人文社會科學研究的目標。用另一種說法，即批判所謂「自國觀點」。有兩類「自國觀點」，一類是預設歷史發展中的諸內涵皆在本國的範疇內完成；另一類是追求在歷史當中「自國」存在的事實。前者以中國為

目次

- 序
.....甘懷真 I
- 從規範概念史的角度談中國傳統法律中「國籍」、「化外人」、「外國人」觀念的變遷
.....陳惠馨 1
- 近世日本的國家領域和境界——從長崎藝妓和混血兒看起
.....荒野泰典 17
- 臺灣人民的「國籍」與認同——究竟我是哪一國人或哪裡的人？
.....王泰升 49
- 荷蘭領東印度時期「原住民」意識的產生與阿拉伯系居民
.....弘末雅士 63
- 中國外事警察制度之形成
.....川島真 83

清末上海租界的寡頭治理與國籍問題——以華
洋巡捕的司法處遇異同為引
.....楊湘鈞 101

第一次大戰後的在華外國人管理問題——以條
約未簽訂國國民的待遇為中心
.....貴志俊彥 125

內國人或外國人？——日本人在滿洲國的國籍
與法律地位問題
.....吳欣哲 155

臺灣籍民與臺灣華僑
.....鍾淑敏 181

從規範概念史的角度談中國傳統法律中「國籍」、「化外人」、「外國人」觀念的變遷

陳惠馨*

一、前言

本次研討會的主要目的討論「東亞視域中的國籍、移民與認同」問題，作者在本文中，嘗試從法律規範概念史的角度出發，談「國籍」、「移民」、「認同」概念在中國法律文化中的發展過程。傳統中國社會的法規範中並不當然的存在著我們今日所使用「國籍」、「移民」或「認同」等概念。但是，傳統中國的法律中，卻存在著跟上述概念所指涉的對象相類似的概念，例如「化外人」、「戶籍」、「流放」等概念。究竟「國籍」、「移民」、「認同」等相關概念，在中國法律文化中，何時被呈現，如何被呈現，是本文想要討論的問題，本文將主要探討「國籍」相關概念在中國傳統法律中的演變。本文討論的內容主要建立在作者下面兩篇文章的研究基礎上。這兩篇文章分別是：

一、陳惠馨，1989，〈從外國人在我國法律地位之沿革論

* 政治大學法律學系教授

我國國際私法的發展(上)(下)》，《法學叢刊》，第 133 期、134 期(第 34 卷第 1、2 期；頁 88-100、頁 73-88，法務部，臺北)。

二、陳惠馨，2001，〈唐律「化外人相犯」條及化內人與化外人間的法律關係〉，收於高明士主編《唐代身分法制研究——以唐律名例律為中心》(2003 年，初版，五南，臺北)。

二、從宣統元年「國籍條例」的訂定，談「國籍」概念

在中國如何被法律所納入

「國籍」存在的意義何在？在中國的歷史發展過程中，它何時出現？值得探討。在清朝於宣統元年制訂「國籍條例」時，憲政編查館在覆奏時提到：「國以得民為本，自來言戶籍者，不過稽其寡，辨其老幼，以令貢賦而已。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，並爭日以闢土，殖民互相雄長，而中國獨以人民繁庶，貿遷耕墾於重瀛。固不必以招徠歸附為先要。當以懷保流移為貴。」從這段話，我們可以看到，宣統元年訂定「國籍條例」，當時的立法者，開始認知到，國籍立法的目的有三：

一、操縱出入之間：也就是對於人民出入國境的控制，這表示清朝開始思考是否讓人民出入國境的可能。然而，在此之前，清朝政府其實是禁止人民離開清朝所統治的地區。

二、攸關國權之得失，用今日的語言或許是攸關國家主權（或權力）的得與失，顯示清朝開始認知到，另外有其他國家的存在，因此有所謂國權問題。

三、攸關「民志之從違」，也就是有關人民對於國家的認同問題。¹

「國籍」的概念對於大清帝國而言，是一個確定國家與人民之間關係的新概念。在傳統中國的社會中，向來人民與國家的關係是透過「戶籍」的制度所建立。如憲政編查館所言，傳統中國戶籍制度的設計是爲了要：「稽其寡，辨其老幼，以令貢賦而已」。另外在上奏「國籍條例施行細則」時，根據大臣的說明，戶籍制度的存在，主要對於那些「離棄鄉土或者跨籍冒考者」等加以懲罰。在奏文中強調當中國海禁大開，中外商人彼此入籍、出籍者的情況多後，乃不得不開始訂定「國籍條例」。²

三、從《唐律》到《大清律例》的法規範中看到「化」

到「國」的概念變遷

¹ 參考《清朝續文獻通考》，卷 247〈刑考六·刑制〉，頁 9929-1，此係引自中央研究院漢籍資料庫。

² 參考《清朝續文獻通考》，卷 247〈刑考六·刑制·大清國籍條例施行細則〉，頁 9930-2 此係引自中央研究院漢籍資料庫。

在本文中，作者選擇《唐律》到《大清律例》的法規範做比較，主要希望透過長時間的觀察中國法制的變化，也就是透過唐朝、清朝中具體法規範的條文比較，看出傳統中國法律規範中，如何從「化」的概念變化到「國」的概念。而「化」或「國」的概念是統治者區隔人民是否適用統治者所訂定的法律的工具。

傳統中國法律從「化」到「國」的概念變遷的變化，可以從《唐律》與《大清律例》中兩個條文看出：「化外人相犯條」、跟「化外人」有關規定的條文。

（一）、化外人相犯條從《唐律》到《大清律例》的變化

1. 《唐律》中〈名例律〉總 48「化外人相犯」條

條文爲：「諸化外人，同類自相犯者，各依本俗法；異類相犯者，以法律論。」

長孫無忌在其所編的《唐律疏議》中，說明：

「化外人」，謂為蕃夷之國，別立君長者，各有風俗，制法不同。其有同類自相犯者，須問本國之制，依其俗法斷之。異類相犯者，若高麗之與百濟相犯之類，皆以國家法律，論定刑名。

《唐律疏議》說明所謂化外人是指：「蕃夷之國，別立君長者」，這說明著《唐律》中之所以要「諸化外人，同類自相犯者，各依本俗法」主要考量在於「同類化外人」各有自己的風俗，因此，「須問其本國之制，依俗法斷之」，也就是在《唐律》中，適用法律時，首先考慮到被規範者可能受到不同風俗的影響，因此，在來自相同風俗的人相犯時，依本俗法處理。當不同風俗的人，在唐朝互相侵犯時，法律所考量的是以《唐律》作為審判的依據。《唐律》這個法規範，主要考量審判者適用法律的方便性問題。

不少法制史研究學者認為，《唐律》中〈名例律〉總四十八「化外人相犯」條中，所謂的化外人指的就是外國人。³作者早期在研究中國法制史時，也採取相同的看法，不過，近年來作者對於「化外人」一詞是否等同於現代國籍法中的「外國人」一事，開始有所斟酌。從《唐律疏議》中的說明，我們可以看出所謂「化外人」是指屬於蕃夷之國的人，而這個蕃夷之國，還需要另外立有君長者。至於哪些人屬於化內人，《唐律》並未加以規範。

2. 《大清律例·名例下》卷5「化外人有犯」條

條文為：「凡化外（來降）人犯罪者，並依律擬斷。隸理

³參考錢大群、夏錦文，《唐律與中國現行刑法比較論》（南京：江蘇人民出版社，1991），頁66。另外蔡墩銘教授在其《唐律與近代刑事立法政策的比較研究》（臺北：中國學術著作獎助委員會，1968），頁37中亦直接將化外人解稱為外國人。

藩院者，仍照原定蒙古例。」

從這一個條文法規文字的表面上看，傳統中國的法規範，似乎從唐朝到清朝沒有太大的變革，但是，仔細分析可以發現在這個條文中，法律適用的原則已經有所改變。在《唐律》的條文中，主要考量化外人同類相犯或異類相犯的情形。《大清律例》的條文中，基本上將化外人的定義，透過小註縮小範圍加以定義。所謂「化外人」在《大清律例》中為「來降」的化外人，他們原則上都要受到《大清律例》規範。但是，清朝實際上卻另外設有理藩院，《大清律例》規定凡屬於理藩院管轄者，則依蒙古例為之。另外，不同於《唐律》，在《大清律例》的內容上看不到類似有關（本俗法）的規定。

從《唐律》及《大清律例》其他條文的規定，我們更可以看到「化外人」到「外國人」概念的改變。

（二）、《唐律》《大清律例》條文中顯現

「化外人」到「外國人」的概念變化

從《唐律》及《大清律例》其它跟「化外人相犯」條有關的條文規定，可以看出，清朝的法規範已經逐漸從「化」的概念，過渡到「國」的概念。在《唐律》「化外人有犯」的其它相關條文可以看到「化外人」的用語。但是到了清朝時，《大清律例》中雖然還有著「化外人有犯」條的規定，但是在其它相關