

新時代法學叢書

國際私法

于能模編

其本國法，但依國籍法應認為中國人者，依中國之法律。

當事人無國籍者，依其住所地法，住所不明時，依其居所地法。當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法。

（解釋）本條內分三項：第一項規定對於有多數國籍之當事人，應如何決定其本國法；第二項規定對於無國籍之當事人所應適用之法律；第三項規定對於當事人本國內各地法律不同者，所應根據之法律。茲依次詮釋如左：

第一項：

本項分爲兩段，第一段爲：「依本條例適用當事人本國法時，其當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍，定其本國法。」其意乃言當事人有二個以上之國籍，而其取得有先後者，則依最後取得之國籍，定其本國法。

第二段「但依國籍法應認為中國人者，依中國之法律，據此，可知上項原則——即當事人取得國籍有先後時，依最後取得之國籍定其本國法——以商數國籍，依中

新時代法學叢書

于能模編

國際私法

商務印書館發行

國際私法

目次

導言	國際私法之對象及性質	一
一	國際私法之對象	一
二	國際私法之性質	二
第一編	國籍	六
第一章	關於國籍問題之重要原則	六
第一節	凡人皆應有一國籍	六
第二節	凡人從出生時即應具有一國籍	八
第三節	可以改易國籍惟須得關係國之允可	九

第二章 解決國籍衝突之規則	一一
第一節 關於積極衝突者	一一
第二節 關於消極衝突者	一三
第三章 中國國籍法	一三
第一節 固有國籍	一三
第一段 應用血統主義	一四
第二段 應用出生地主義	一六
第二節 國籍之取得	一七
第一段 取得國籍之各項方法	一七
第二段 歸化	一九
第三節 國籍之喪失	三五
第一段 自願取得外國國籍者	三五

第二段 非自願而取得外國國籍者……………四〇

第三段 爲外國人妻者……………四二

第四段 喪失國籍之限制……………四四

第五段 喪失國籍之手續……………四五

第六段 喪失國籍之效果……………四九

第四節 國籍之回復……………五一

第一段 回復國籍之條件……………五一

第二段 回復國籍之效果……………五四

第三段 回復國籍之手續……………五五

第二編 外國人之地位……………五七

第一章 概論……………五七

第二章 領事裁判權……………五九

第一節	何謂領事裁判權	五九
第二節	各國在華行使領判制度之機關	六一
第三節	在華享有領判權之國家及我國進行收回之經過情形與現狀	六五
第四節	會審公廨	七一
第五節	撤廢領事裁判權之最後辦法	七三
第三章	外人在華享有內河航行與沿海貿易權之條約根據	七九
第一節	內河航行	八一
第二節	沿海貿易	八六
第四章	普通有約國人民在華居住經商租地權	九二
第五章	教會之地位	九五
第一節	耶穌教士在條約上所得之權利	九五
第二節	教會在內地租用土地房屋之限制	一〇二

第三編 法律之衝突……………一〇八

第一章 概論……………一〇八

第一節 解決法律衝突法之性質……………一〇八

第二節 法官適用法律之標準……………一〇八

第三節 外國法之證明……………一〇九

第四節 外國法之適用或解釋有錯誤時能否上訴……………一一二

第二章 法律適用條例之解釋……………一一五

附 錄……………一

國籍法……………一

國籍法施行條例……………七

內政部發給國籍許可證書規則……………十

關於國籍變更之各項書類程式……………二

內地外國教會租用土地房屋暫行章程	二四
法律適用條例	二六
管轄在華外國人實施條例案	三一

國際私法

導言 國際私法之對象及性質

一 國際私法之對象

吾人在開始研究一種科學之前，最要者，須確定研究之範圍，易言之，須先知該科學之對象。然則國際私法，究以何者爲對象乎？欲解答此問題，宜先立國際私法之定義。

國際私法者，爲公法之一支，以決定各個人之國籍，確定外國人所得享有之權利，解決關於此等權利之產生或消滅之法律衝突，并以保證此等權利之必受尊重爲對象者也。

據此以觀，國際私法之對象有三：（一）國籍；（二）外國人之地位；（三）法律之衝突及尊重已得之權利是已（參觀拙著國際私法大綱第一編第一章。）

二 國際私法之性質

今國際私法之對象既明，吾人即應研究其性質。第一，國際私法，究爲私法乎抑公法乎？第二，國際私法，究爲國際法乎抑國內法乎？茲分別論述如下：

(一) 國際私法究爲私法乎抑公法乎

國際私法英文爲 The International Private Law 法文爲 Le Droit International Privé 或 Private Law 或 Droit Privé 者，皆私法之謂也。但在實際上，國際私法，如定義所示，爲公法之一支，並非私法，謂予不信，請將上述之對象一一考定之：

(甲) 國籍 國籍者，乃國家與人民之政治關係也。吾人皆知凡規定國家與個人之關係者爲公法，故國籍法不能獨逃例外。

(乙) 外國人之地位 吾人又皆知憲法爲公法，以其規定人民所得享受之權利故也。而一國家之外國人地位法亦爲規定外國人在其領土內所得享有之權利者，非公法而何？

(丙)法律之衝突 凡解決法律衝突之規則，其目的在劃分本國法與外國法之管轄權，與憲法之劃分行政立法司法考試監察等權限，同一作用，憲法既為公法，則解決法律衝突問題之規則，又何能異視？

若然，無論從國籍，外國人之地位，及法律之衝突觀察，國際私法為公法而非私法。

(二)國際私法究為國際法乎抑國內法乎

今日之國際私法，除美洲之國際私法法典，新近由南美洲各國批准，可稱為有國際性質外，其餘一國有一國之國際私法，各因其國情而不同，請仍將國際私法之三對象一一觀察之：

(甲)國籍 今日各國之國籍法，(一)有專以血統主義為其法律之基礎者，如中國、奧國、德國等是也；(二)有以出生地主義與血統主義並重者，如暹羅、委內瑞拉是也；(三)有以血統主義為主，同時附帶出生地主義者，如比利時、丹麥等是也；(四)更有以出生地主義為主，同時附帶血統主義者，如阿根廷、巴西等是也。(參看拙編『各國國籍法要點之派別』中華法學雜誌第一卷第二號)此皆因各國人口組織之不同，及政治狀態之懸殊而異其旨趣，故在海牙開國際法編纂會議時(一

九三〇年三月十三日——四月十二日）關於國籍問題，各國代表之意見，殊難一致，因今日各國在原則上，仍視國籍法爲國內法也。（參看拙編『國際私法編纂會議之結果』一文中所舉之國籍公約第一條，中華法學雜誌第一卷第一號一七〇頁。）

（乙）外國人之地位 各國規定外國人之地位問題時，莫不視爲國家之主權行爲，故在原則上，仍視爲國內法之一部分，此乃顯然之事實，毋庸多證者。

（丙）法律之衝突 關於法律衝突之規則，又一國有一國之制度，如人之能力，有依當事人之本國法者（如中國），亦有歸之住所地法管轄者（如英），大有北轍南轅，各行其是之概，所以然者，各國皆以爲關於解決法律衝突之規則，得視己國利益之所在，而定其趨向，且並不受任何國際義務之拘束，故一般學者，亦不得不視此項規則爲國內法之一部分焉。

結論 從上述各點觀察，國際私法之名稱，殊欠允當，考其來歷，似初見一八三四年 The

American Story 後於一八四三年復經律師 Foelix 之引用，遂成爲一固定而爲普通一般所適用之名詞，但如上所述，現在所稱爲國際私法者，既非私法，又鮮國際性質，名之不稱，莫可諱言。邇

來國際法學者咸思矯正之，苦未有所得，故暫沿用之，尙望學者勿扭於名詞而誤認其性質斯可矣。

今國際私法之對象與性質既明，有一最要之原則，爲諸君所不可不知者，卽關於解決一切國際私法問題，當以我國之國際私法爲唯一之根據，至於外國人之本國國際私法本不應問也。

第一編 國籍

第一章 關於國籍問題之重要原則

吾人欲明瞭我國國籍法之意義，不可不先知關於國籍問題之重要原則。此項原則。其數有三：

- 一、凡人皆應有一國籍；
- 二、應從出生時具有之；
- 三、可以改易國籍，惟須得關係國之允可。

茲將此三條原則，依次說明如下：

第一節 凡人皆應有一國籍

在今日，凡地球上文明之區，莫不劃分國界，各治其土，各統其民，故人民之有國籍，實因世界分國制度而起。此制一日不除，國籍一日不廢，此理甚明，無待申說。故在現制度之下，既無無屬之地，即

不應有無屬之人，若尚有無國籍者，實爲一種乖象，彷彿與物之無主，同爲變異。

然在實際上，此種變異，亦所常見，最著者，如今日流落各國之白俄，皆爲無國籍者（法國司法部曾於一九二五年四月二十八日下一通令明認在法白俄爲無國籍人。）

一九三〇年之海牙國際法編纂會議（三月十三日——四月十二日）有鑒於此，冀有以補救之，乃通過下列之建議書：

本會議全體一致，以爲當各國運用其自由權以規定國籍問題時，應盡量設法減少可以發生無國籍之情節，并希望國際聯合會繼續其工作，務使此重大問題，得國際的解決。

我國立法者，早見及此，故於我國國籍法（十九年二月五日公布）第一條第四款，有下列之規定：

生於中國地，父母均無可考，或均無國籍者，屬中華民國國民。

與我國有同樣之規定者，有法國一九二七年八月十日法律第一條第七款；德國一九一三年七月二十二日法律第四條第二項；義國一九一二年六月十三日法律第一條；比國一九二二年五

月十五日法律第一條；瑞典一九二四年五月二十二日法律第一條；羅馬尼亞一九二四年八月八日法律第一條；丹麥一九二五年四月十七日法律第一條等等。

按無國籍英文爲 *Statelessness*。但德文 *Heimatlose* 素爲德法所通用。至一九三〇年之國際法編纂會議，法文本報告書，乃改稱 *Apatridie*。

第二節 凡人從出生時即應具有一國籍

夫一人既應有一國籍，即應從出生時具有之，此原則爲一般國籍法所採用，故各國法律，皆有因出生事實而賦予國籍之規定。此種國籍，英文名爲 *Nationality at birth*，法文爲 *Nationalité*，*Origine*。我國名爲固有國籍，殆取法文字義歟。

今各國法律上之名稱雖不同，然皆以出生之事實爲根據則一也。

惟各國因兒童出生而賦予國籍時，其所應用之主義，卻大不相同，有應用血統主義者，有應用出生地主義者，而國籍之衝突，即從此而起。茲將二主義之旨趣，簡述如左：

(甲) 血統主義 依此主義，兒童應具有其父母之國籍，而以血統爲依歸。而其所持之理由，則

謂規定國籍所最應注意者，爲民族精神，而最足保持此民族精神者，卽以血統認國民，繼繼繩繩，互百世而不變（此爲極端應用血統主義者如我國是）。

（乙）出生地主義 依此主義，規定固有國籍，應以出生地爲標準，而其所持之理由，則謂兒童在某國出生長成之後，卽於不知不覺間陶成種種國民性，且後天之教育，最少當能與先天之遺傳相埒，故認定國民，應以出生地爲標準。

但上述之理由，均屬空論，在實際上，當各國規定國籍，採用主義時，完全爲人口組織問題所支配，凡人口稠密，向外移民甚多之國家，不能不採用血統主義，以保持其民族之繁榮與經濟之發達，亦猶人口稀少接受移民甚多之國家，不能不採用出生地主義，以實行其同化作用，使外國人之出生於其地者，皆成爲國民，以補充其實力也。

第三節 可以改易國籍惟須得關係國之允可

凡人雖應從出生時卽具有一國籍，然終不宜強制其終身固定，而使之無改易之可能。昔日各國，多不許其國民改易國籍。至今日除委內瑞拉及阿根廷外，已不復有禁止國民向外歸化者矣。所

謂關係國者有二：即原屬國與所向國。

關於須得所向國之允許一點，不成問題。

關於須得原屬國之允許一點，各國法律，未盡一致，故在一九三〇年海牙國際法編纂會議討論『因取得新國籍應喪失原屬國國籍問題』時，各國代表意見，極不一致，大抵新興國家，接受多數移民者，如美國等，主張無論何人，一取得新國籍，與其原屬國之關係，應即當然消滅；即未經原屬國之認可，亦無妨礙；如將來此人遣返原屬國，則該國政府，不復能課以各種國民之義務。而一般舊國，其人民喜移居他國者，又聲稱其國家法律，規定出籍條件，或須政府許可，始可出籍，在此種條件未經履行，或許可未經取得以前，雖已取得外國國籍，仍當認其為國民。兩方意見，既難融洽，最後議決將原有關於此點之討論根據，完全刪去，而代以下列之建議書（參看國際法編纂會議中國代表團之報告書）

本會議以為各國有實行下列原則之必要：凡以歸化手續取得外國國籍者，即喪失其以前之國籍。但上述之原則，尙未得全世界普遍採用之前，請各國在准予外國人歸化前，先行調查請

求歸化人是否已滿足或可以滿足其原屬國法律所規定之喪失國籍條件。

至於我國國籍法，乃採用須得原屬國允許之原則者，因第十一條明白規定：自願取得外國國籍者，經內政部之許可，方得喪失中華民國國籍也。

第二章 解決國籍衝突之規則

世界各國國籍法，既各不相同，而國籍之衝突，即因之而起，前課已述及之矣。

國籍之衝突，可分爲二種：一曰積極衝突，一曰消極衝突。所謂積極衝突者，即一人而有二重或二重以上國籍之謂也；所謂消極衝突者，即一人而並無一國家承認其爲國民之謂也。

至於解決此等衝突，有幾個重要規則，茲分別示述如左：

第一節 關於積極衝突者

(1) 中外國籍衝突時 此時只須適用一普通規則：凡本國國籍法與外國國籍法衝突時，適用本國法。

(2) 外國間之國籍衝突時 此時又應分爲二種情節：

(a) 同時的衝突 凡人因出生而即時具有多數國籍者，謂之同時的衝突。對於此種情節，我國法律適用條例（七年八月五日公布）並未規定辦法，幸一九三〇年國際法編纂會議，所擬定之國籍公約第五條，有下列之規定：『在第三國內凡一人而兼有數國籍者，應視之如僅有一國籍者然。在此人所具有之數國籍中，第三國得擇一而承認之，或以此人所常住之國爲標準，或以與此人在實際上，最有關係之國爲標準，但以不害及此第三國之身分法，及有效公約之施行爲限。』關於該公約之批准問題，我國立法院於去年十二月二十七日，曾開會討論，除將第四條保留外，對於其餘各條一概通過，想國民政府不久即可批准，此後我國法官要解決外國間同時的國籍衝突時，即可應用該公約第五條之規定矣。

(b) 非同時的衝突 凡人取得新國籍，而不喪失其原有國籍者，即爲非同時的衝突。對於此種情節，民七年八月五日法律適用條例第二條可以適用之：『當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍，定其本國法。』

第二節 關於消極衝突者

對於消極衝突，即無國籍者之辦法，我國法律適用條例第二條第二項有明白之規定：「當事人無國籍者，依其住所地法，住所地不明時依其居所地法。」此種辦法，亦為法國向來所沿用（參看 Niboyet: *Manuel de Droit International Privé*, 8990）。

第二章 中國國籍法

我國國籍法，由立法院於十八年一月二十九日第十次會議通過，十八年二月五日國民政府公布，都二十條，內分五章，第一章固有國籍，第二章國籍之取得，第三章國籍之喪失，第四章國籍之回復，第五章附則。前四章為國籍法之實質，不可不詳細說明之。

第一節 固有國籍

固有國籍者，即因出生之事實而賦予之之國籍也。吾國國籍法規定固有國籍以血統主義為主，而以出生地主義為救濟之方法，其理由：（一）因吾國為人口自足之國家，無須乞靈於外族，（二）

因華僑之向外發展者日益衆，不可不用血統主義，以保存其本身及其子女等之國籍，此爲向外移民國家所採用之通則，如匈奧德丹國等皆是也。惟極端採用血統主義，往往產生 *Heimatlose*，故不能不略用出生地主義以救濟之耳。茲又將固有國籍法分二段以說明之。

第一段 應用血統主義

我國國籍法第一章第一條前三款之規定，乃爲極端應用血統主義者，請將該條前三款舉示如左：

左列各人屬中華民國國籍：

- 一、生時父爲中國人者；
- 二、生於父死後其父死時爲中國人者；
- 三、父無可考或無國籍其母爲中國人者。

此三種辦法，乃深得吾人之所同然者，惟其如此，則兒童之出生，只須合於上述三款之一，無論其出生於本國或外國，皆爲中國人矣。茲將此三款分論之：

(一)生時父爲中國人者。夫既曰生時父爲中國人者，屬中華民國國籍，則吾人解釋此條文時，應注意之點有二：(一)只須其父爲中國人，出生地在中國或在外國，皆可不管；即其父已久離中國，絕無歸志者，亦不能置之化外，且因父而認其子，因子而認其孫，即至數代之後，仍不失爲中國人，然國籍之衝突從此紛起矣。(二)只須其父爲中國人，其母爲中國人與否，即可不管，使其母爲外國人，則從父而不從母，惟因此又足引起國籍之衝突，如父爲中國人，母爲法國人，使此夫婦在法國生子，則依中國法爲中國人，依法國法又爲法國人矣（參觀法國一九二七年八月十日國籍法第一條第三款）

此外尙有一點爲吾人所應注意者，即「生時」二字是也。蓋當兒童受胎後，其父有改易國籍者，是以規定兒童之國籍，若以血統爲主，即不可不先決定下列之問題：認定其父之國籍，究以何時爲準乎？嘗考各國制度，有以兒童出生時爲準者，有以兒童受胎時爲準者，亦有任兒童成年後自擇者。然從多數學者之主張，均以第一說爲是，因爲若依第二說，則不免調查之困難，若依第三說，則在猶豫期間，又有種種之不便，固不若第一說之簡明了當也。我國立法者特將「生時」二字表而出

之，可謂知取法矣。

(二) 生於父死後，其父死時爲中國人者。凡父死而後出生者，使其父生前曾一度或數次改易其國籍，卽以其死時所屬之國籍爲準，此爲各國所通行之規則，其理由卽所以免紛爭也。

(三) 父無可考，或無國籍，其母爲中國人者。有父從父，無父從母，應用血統主義至此，可謂極矣！

第二段 應用出生地主義

我國國籍法第一條第四款之規定，乃爲應用出生地主義者，請將該款舉示如左：

生於中國地，父母均無可考，或均無國籍者，亦屬中華民國國籍。

吾人一見，卽知此爲應用出生地主義者，此乃所以濟血統主義之窮，不然，則無國籍者將比比皆是也。

以此觀之，規定固有國籍應注重之點有二：(一) 採用主義，須以人口問題爲標準，凡人口已足，且有向外發展者（如我國），宜採用血統主義；反之，國內人口未足，尙須藉外族以充實者，則又以

採用出生地主義爲宜，固昭然也；（二）須極力設法避免產生無國籍者，此我國立法者之所以極端採用血統主義之後，仍不能不用出生地主義以調劑之也。

第二節 國籍之取得

第一段 取得國籍之各項方法

國籍之取得，乃規定外國人取得中國國籍之方法者，蓋吾國國籍法第二條，固明言「外國人有左列各項情事之一者，取得中華民國國籍也。」茲將其所列五款，分論如左：

一、爲中國人妻者，但依其本國法保留國籍者，不在此限。——妻之國籍應從其夫，昔之學者，多主張之，蓋所以使家庭間國籍之一致也。然今日之國家，爲欲增加人口起見，乃有設法鼓勵其國之女子與外人結婚者，卽凡與外人結婚者，乃得保留其本國國籍，如法國一九二七年八月十日之新國籍法，規定凡法國女子，與外人結婚，若不聲明欲從其夫之國籍者，仍爲法國人是也。我國立法者，有鑒於此，故特加但書。（但依其本國法保留國籍者不在此限）以免國籍之重覆耳。

二、父爲中國人經其父認知者 此乃指中國男子在本國或在外國認知私生子而言，然此條

文，如此簡率，頗易引起國籍之衝突，如依法國國籍法，認知私生子，使其父爲外國人，先行認知，母爲法國人，後行認知，則從其母之國籍，若一中國人與一法女並未結婚，產生一子，雖先行認知，在中國法即可視爲中國人，然若其母再行認知，則依法國法又爲法國人矣。若然，其能免於國籍之衝突乎？

三、父無可考，或未認知，母爲中國人，經其母認知者。夫授予國籍而及於中國女子在本國或

在外國所產之私生子女，可謂盡應用血統主義之能事矣。

四、爲中國人養子者。按以外國人爲養子，世界各國，有不允許者，有允許而不能承認，即因此而可取得國籍者。今我國國籍法規定，爲中國人養子，即可取得中國國籍，依法理言，使一外國兒童，爲中國人之養子後，即離開其本生父母，而與其養父母同居，并脫離其本生父母國之國籍，若然，吾中國以國籍賦予之，固無不可；不然，使其本國不許此外國養子制度，如一九二三年前之法國制度，或其本國雖採用此制度，允許可以爲外國人之養子，而並不因此即允許其喪失國籍，如一九二三年後之法國制度，則此養子有二重國籍矣，此殆吾國立法者所未想及者歟？

五、歸化者。歸化亦爲取得我國國籍之一種方法，然何謂歸化，其條件若何，手續若何，效果若

何，均須有詳盡之研究，而世界各國對於此問題之辦法，亦不可不略知其梗概。茲於下次依次說明之。

第二段 歸化

(甲) 歸化之定義 歸化者，即因外國人之請求，而以國籍許予之之謂也。觀於此定義，可知歸化第一須由當事人請求，若當事人未請求時，絕不能假血統主義或出生地主義，強認其爲國人，而美其名曰歸化；第二，須知允許外人歸化，乃爲一種特惠，故允之拒之，國家有自由權衡，且當拒絕時，不必說明理由。有人以歸化爲一種權利，實屬悖謬之至。又有人以歸化爲歸化者與允許國間之一種契約，亦屬荒誕不經，蓋因請求而得允許之特惠，與契約之意義，固毫不相符也。且歸化之條件，國家於事前規定，並非與某歸化人雙方商訂也。

我國國籍法自第三條至第九條皆爲關於歸化問題者，茲將此七條中舉出三要點以說明之：

一、歸化之條件 第三條——第六條

二、歸化之手續 第七條

三、歸化之效果 第八第九條

(一)歸化之條件 歸化既爲特惠而非權利，且得立種種條件以限制之，已如上所述矣。此類條件，可分爲三：(1)有能力，(2)與中國有關係，(3)無害於中國社會，試就此三點分論如左：

(1)有能力 請求歸化，必須有能力，此理之至顯者；惟審定此種能力時，究應適用何國法律，我國取一種『雙料制度』，規定年滿二十歲以上，依中國法及其本國法爲有能力者（第三條第二項第二款），此殆爲慎重起見耳。考法國國籍法審定此種能力，只須依據法國法，當事人之本國法如何規定，概置不論，因其關於國籍問題，國家自有主權，外國法——即當事人之本國法——固不能置喙也。然而我國立法者之見解則異是：『能力問題，通常本應依據當事人之本國法，但因關於我國國籍，關於我國本身之組織問題，我國不能漠然置之，故必須同時參考中國法，且若單依我國法律，有時我國法律認一人爲有能力而許其歸化，然依其本國法乃爲無能力者，而不許其喪失國籍，即發生國籍之積極衝突矣。此所以又有查照其本國法之必要，由此觀之，關於能力一層，中國法較法國法爲謹嚴，所以然者，法國因生育減少，想大開歸化之門，以廣招徠，以增人口，而吾國則人

口已足固無需乎此也。』

(2) 與中國有關係 最能表示此種關係者爲住所，而欲知此種關係之深淺，只須以有住所之久暫卜之。故吾國國籍法，爲欲保證歸化者與我國有深切之關係起見，特定爲繼續五年以上，在中國有住所者（我國國籍法第三條第二項第一款）與法國僅規定在法居留三年即得歸化者，大有寬嚴之別矣。

夫曰『繼續』，即以不間斷爲原則，但暫時之離開，亦不當以間斷論。關於此點，當體察當事人之環境與情勢以爲斷，而不可拘泥也。惟其離開時期，竟達五年，則當自復有住所之日，從新算起，再繼續五年，方得歸化。此種核算方法，爲世界各國所通行，與核定『時效』問題所應用之原則相同也。

但住所雖重要，然有他種關係足以相抵時，則只須有住所即可，繼續五年與否可以不問也。故我國國籍法第四條規定：

左列各款之外國人現於中國有住所者，雖未經繼續五年以上，亦得歸化

一、父或母曾爲中國人者；

二、妻曾爲中國人者；

三、生於中國地者；

四、曾在中國有居所繼續十年以上者。

此四種關係，又以第四種爲最強，蓋十年之居所，當然應視爲有五年住所之價值者。至於第一第二三款之外國人，若欲其免除繼續有五年住所之限制，必須一附帶條件『非繼續三年以上在中國有居所者仍不得歸化』（參觀我國籍法第四條第二項）則居所之重要可知也。而其所加以此附帶條件之故，請得分述如左：

第一款外國人——父或母曾爲中國人者 當其父或母脫離中國國籍之後，住居外國，生育子女，則此等子女——此等外國人——易與中國無深切之關係，使僅因其現於中國有住所，卽免除其五年之限制，未免太寬，故復加以三年之居所耳。

第二款外國人——妻曾爲中國人者 使中國女子在他國與外國人結婚，又從其夫之國籍，

則此外國人——其夫——與中國國家社會，並無深切之關係，故亦不能因其現於中國有住所，即豁免其五年之期限，而必加三年居所所以限制之，方爲允當。

第三款外國人——生於中國地者 夫我國爲採用極端之血統主義者，故視出生爲偶然之事實，而不注重之，且使一外國人在中國出生後，即由其父攜往他國養育，若於成人後，復來中國，此與普通外國人——即在外國出生者——無大差異，若因其在中國一有住所，即不問其年限，亦未免太輕率，故亦以三年居所限制之。但其父或母生於中國地者，不在此限（參觀第四條第二項但書）蓋二代出生於中國，則第二代是當特別看待，因其與中國之關係，較之普通外國人，無論如何，當更爲密切也。

又血統主義既爲我國立法者規定固有國籍時所盡量應用，爲欲表示宗旨之一貫起見，故於規定歸化時，亦特別重視之，謂予不信，請觀第五條之規定「外國人現於中國有住所，其父或母爲中國人者，雖不具備第三條第二項第一款第二款及第四款條件亦得歸化」且重視血統關係即重視民族主義，此固爲規定歸化時所不可忽之點也。

(附註)第五條所謂父者究係何種人？父本爲外國人歸化於我國時，其子已成人，故不隨同其父歸化。但日後其子亦欲歸化中國，卽屬於此條所指之情形。

又第五條所謂母者究係何種人？(a)一外國寡婦歸化中國後，其子亦求歸化於中國；(b)一外國婦人已與外國人結婚，生有一子，日後此外國婦人或因夫死或因離婚，復與中國人結婚，并取得其夫之國籍後，其前生之子，復來歸化中國。

此外尚有一種外國人可以免除上述之一切限制，而得率然向我歸化者，卽有殊勳於中國者是也。(參觀第六條。)夫楚材晉用，自昔傳爲美談，若以真正之外國人爲吾國出力，建立殊勳，則其愛吾中國，已可不言而喻，而其與中國之關係，實出尋常外國人萬萬，故准其歸化，不附條件，不但所以表示酬庸之意，實爲我國家廣開賢路也。

惟在許可之手續上，較對其餘各種外國人稍爲嚴密，所以防濫予也。觀第六條第二項之規定：『內政部爲前項歸化之許可，須經國民政府核准。』可如立法者之慎重矣。上述者爲歸化之第二種條件——卽所謂與中國有關係者。

(3) 無害於中國社會 夫歸化者非他卽許外國人爲吾國國民是也。此與一會社許入新會員無異，吾人皆知凡會社規定新會員資格時，往往有品行端正之一條。此道德上之限制也。同時又往往規定凡欲取得會員資格者，須出入會費若干，此經濟上之限制也。故規定國家允許外國人歸化時，亦不可不有此二種之限制：第一種限制，所以保證其將爲善良之國民，故我國籍法第三條第二項第三款規定：『品行端正者。』然品行端正四字，當以何者爲標準，我國立法者既未註定，則內政部可以自由評判。且吾人應知道，關於歸化之拒絕問題，依各國法例當事人卽有不服，亦不得起訴，因此乃國家之主權行爲，外人不得反抗也。第二種限制——卽經濟上之限制，此爲欲保證其得自立生存起見，而不得不如此者，不然，若一外人，既無財產，又無藝能，亦許其歸化，是則爲國家多添一消費者而已。吾國社會如此貧乏，自給且不遑，奚暇供養外人乎？故我國國籍法第三條第二項第四款規定須有相當之財產或藝能足以自立者，卽此意也。惟所謂相當之財產應視社會生活程度爲轉移，故並不規定其數目而令內政部得自由核奪焉。至於藝能二字，當然指專門技能而言。故凡苦力之毫無技能者，皆在拒絕之列，因吾國所有者爲人工，並不必仰給於外國也。

(二)歸化之手續 吾人皆知歸化條件之寬嚴，足以影響歸化之人數，至於歸化手續之繁簡亦然，故人口不足之國家，往往規定歸化手續比較的簡，反之，人口過多之國家，往往規定歸化之手續比較的繁。至於我國人口，既非不足，亦非過多，故規定此種手續，但求其適中與合理而已。

查我國國籍法關於歸化手續之規定者有第三條第一項，及第七條。茲將此二條文列舉如左：

第三條第一項 外國人或無國籍人，經內政部許可，方得歸化。

第七條 歸化須於國民政府公報公布之，自公布之日起，發生效力。

惟此二條，語焉未詳，特於國籍法施行條例（與國籍法同日公布）第三條中，復詳細規定之。茲復將此條列舉如左：

『依國籍法第二條第五款（歸化者）願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：

一願書，

二住居地方公民二人以上之保證書。

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。』

觀於上列條文，則歸化者有所遵循矣。惟尙有三要點，不可不說明之：

(1) 所謂該管官廳者，在設有特別市地方，則爲特別市政府；在設市地方，則爲市政府，未設市地方，則爲縣政府。

(2) 此等該管官廳，只能轉請，而無決定之權。蓋決定之權，須在內政部，因此爲關於國家人口問題，與國家人口政策有關，故宜歸中央機關決定也。

(3) 關於歸化問題能否上訴，能否救正，吾國國籍法施行條例，雖毫不提及，但吾人若據學理以立論，應照下列之解答：

(A) 當請求歸化而被拒絕時，夫歸化爲特惠而非權利，前已反覆詳言之矣。惟其如此，故外人，卽具備吾國法律所規定之一切歸化條件，毫無所缺，而內政部若覺時機不合——如我國與某一國，正在斷絕國交之際，又安可輕易允許其國民歸化，以爲其國作暗探乎？——此時仍得拒絕其歸化，且不准上訴，因爲國家爲自衛起見，不得不爾也。關於此點，各國法例，皆不允上訴，我國正可

從同也。但內政部拒絕歸化時，倘以請求之不合法為詞，若當事人認為合法而上控時，此為關於單純法律問題，按之法理，似有收受之可能耳。

(B)當請求歸化而允許時，使一外人實未能滿足法定條件——或僅有住所而未至五年，或新有住所而居所尚未滿十年，或言為中國人之子而其實則非——若內政部率然允許，或犯事實上之錯誤，或在法律上失檢點，如此，若謂絕對不能設法救正，不但於法理不合，即在實際上，亦非常危險，因內政部即可任意允許，而我國國籍法中關於一切歸化之條文，皆等於虛設矣。故據吾人之意見，關於此點，應予一種官吏以檢舉之權，并付一種機關以覆核之權，惜吾國國籍法施行條例毫無提及，殊覺美中不足耳。

(三)歸化之效果 歸化須自國民政府公報公布之日起，發生效力，已於上節明白舉示矣。自其發生效力之日起，對於歸化者之本身，及其妻與未成年之子女，均發生影響，此即法律上所謂效果是也。此種效果，只關將來，不溯既往，關於此點，學者不可不注意也。茲將歸化效果分二段以說明之：

(A) 關於歸化者本人之效果 考各國成例，凡歸化人，既允其得享受某某權利，同時又加以某某義務，如服義務兵役，及矢志忠誠之類。但我國國籍法，僅規定權利，而不及義務，殆輕忽歟？只就其所舉之權利限制而略論之：夫歸化者，不得完全與原有國民同等待遇，此幾為世界各國所通行之原則，所以然者，因國家有許多重要公職，或關於主權，或關於軍事，或關於風紀，或關於內政，或關於外交，若不能保證其人確能至公無私，忠誠不渝，又誰敢委任之？故我國國籍法第九條第一項規定：依第二條之規定，取得中華民國國籍者（該條第五項為歸化者）及隨同歸化人，取得中華民國國籍之妻及子，不得任左列各款公職：

一、國民政府委員各院院長各部部长及委員會委員長

二、立法院立法委員及監察院監察委員

三、全權大使公使

四、海陸空軍將官

五、各省區政府委員

六、各特別市市長

七、各級地方自治職員

觀上列各種公職，其高下大小雖不同，然均非新歸化者所能充任，因彼等之性情與道德，及其愛吾中國之程度，未能確使吾人可以完全信任也。

但是充任此等公職之權利，對於歸化人，並非終身剝奪之，及過相當之期限後，乃得使其與原有國籍人同樣享受，故我國國籍法第九條第二項有下列之規定：

前項限制，依第六條規定歸化者，自取得國籍日起，滿五年後，其他自取得國籍日起，滿十年後，內政部得呈請國民政府解除之。

觀於此項規定，吾人應注意之點有：

(一) 依第六條之規定而歸化者，即於中國有殊勳者，顯然與普通歸化者不同，故國家為酬庸起見，特縮短其受限制之年限，此固合於理之正耳。

(二) 夫不曰內政部當，而曰內政部得呈請國民政府解除之，則呈請與否，內政部有斟酌之權。

也。至於國民政府或准或不准，得自由裁奪，更無論矣。

(B) 關於歸化之妻及未成年之子 歸化人之妻及未成年之子，隨同取得新國籍，此又爲各國之通例，故我國國籍法第八條亦有同意義之規定：

歸化人之妻，及依其本國法未成年之子，隨同取得中華民國國籍，但妻及未成年之子，其本國有相反之規定者，不在此限。

觀於此條之規定，吾人又應注意者數點：

(一) 夫曰依其本國法未成年之子，是查明其子之成年與否，專以其本國法爲準，而我國法不必問也。所以然者，非尊重外國法——非應用人之身分與能力應適用其本國法之原則——惟恐依中國法爲未成年，可以隨同歸化，而予以中國國籍，但依其本國法爲成年，不承認其可以隨同歸化，因此即引起國籍之積極衝突也。

(二) 且該條但書之規定——但妻或未成年之子，其本國法有相反之規定者，不在此限——亦爲欲極力避免國籍衝突而設耳。

(三)至於不得立即充任各項公職之限制(參觀第九條)則隨同歸化者當然應與歸化人本身相同耳。

今述我國歸化制度既畢，應將世界各國歸化制度，附列於後，以備參考。

世界各國之歸化制度

世界各國之歸化制度，非常紛歧，今欲知其梗概，須用歸納方法，就下列之三點類別而分論之：

一、歸化之觀念

二、喪失國籍之辦法

三、歸化之效果

一、歸化之觀念 關於此點，又可分為三類：

第一類 以歸化為有意志的行為，當事人方面，既須『自願請求』而國家方面，復可自由允許或拒絕，此即我國之制度。屬於此類者，尚有下列之七國：

(1) 比利時(參觀一八八一年八月六日之法律)

(2) 意大利 (參觀民法第十條及一九一二年六月十三日法律第四條)

(3) 英國 (參觀一八七〇年五月十二日之法律)

(4) 德國 (參觀一八七九年六月一日之法律及民法總則三十一條)

(5) 瑞士 (參觀一九〇三年六月二十五日之法律)

(6) 法國 (參觀一九二七年八月十日之法律)

(7) 盧森堡公國 (參觀一八四八年十一月十二日之法律此法律復經一八七八年一月二

十七日法律之修正)

第二類 視歸化爲一種權利，只須一外國人具備幾種法定條件，不必再須請求，當然可以歸化。行此制度者，有下列之二國：

(1) 美國

(2) 希臘 (參觀民法第十五條至第二十八條)

第三類 視歸化爲一種義務，對於外國人之處於某某地位者，乃強制其歸化。如巴西及南美

洲中幾個共和國，凡對於外國人之與其國之女子結婚者，或主有不動產者，或有住所者，即強與以國籍。

二、喪失國籍之辦法 關於此點亦分爲三類：

第一類 絕對不許喪失國籍者。竊考主張此種制度者，認國民與國家之關係，乃爲永久而固定，故視改易國籍，爲絕對不可能之事。

此種觀念，在今日視之，雖覺不合時宜，除委納瑞拉及阿根廷外，已不復有採用之者。然在昔日，英美及瑞士諸國，固皆行之甚久也。

第二類 允許國民自由脫離國籍者。現在有許多國家，均允許其國民可以改易國籍，故實際上已成爲普通法。如英國比國西班牙希臘意大利瑞士等，固莫不實行此制度也。

第三類 允許國民脫離國籍，然附以幾種條件者，如一八八九年後之法國制度是也。

三、歸化之效果 關於此點，吾人又可分爲三類：

第一類 以歸化爲關於一家的 有幾個國家，當家長歸化時，則其未成年之子女，當然隨同

歸化，如德國英國意大利瑞士等皆是。

第二類 以歸化爲關於個人的 有幾個國家，對於歸化之效果，僅限於個人——當事人——如葡萄牙土耳其等是。

第三類 雖以歸化爲僅關個人，然對於當事者之未成年子女，仍與以歸化之便利。有幾個國家，雖不允未成年之子女得隨父歸化，當彼等成年時，特與以一種極簡便之方法，只須一簡單宣言，即許其歸化，如比利時巴西希臘等是也。

第三節 國籍之喪失

喪失中國國籍之情事有三：(一)自願取得外國國籍者；(二)非自願而取得外國國籍者；(三)爲外國人妻者。茲先就此三者分論之，再述喪失國籍之限制、手續及效果。

第一段 自願取得外國國籍者

我國國籍法第三章第十一條規定：『自願取得外國國籍者，經內政部之許可，得喪失中華民國國籍。』蓋視人民如私產，而不允許其得脫離本國國籍之時代，早已過去矣。但查各國國籍法關

於歸化者喪失國籍問題，有規定須經原屬國之允可，始得喪失者，如中國、德國、波蘭、埃及、保加利亞、暹羅、匈牙利、義大利、拉忒維亞 (Latvia)、愛斯托尼亞 (Estonia) 等皆是也。亦有不必允許，即認為當然喪失原屬國國籍者，如法、比、英、美、日、荷蘭、南斐、澳大利亞、智利、那威、羅馬尼亞皆是也。因此，去年（一九三〇年）海牙國際法編纂會議，關於因取得外國國籍，而喪失本國國籍問題，各國意見，極不一致，大抵可分為兩派：甲派主張無論何人，一經取得外國國籍，其與本國之關係，應即完全消滅，將來此人如遣返本國，該國政府，不能復課以各種國民之義務。乙派主張國家規定國民出籍條件，或須政府許可，始得喪失國籍，在此種條件未經履行，或許可未經取得以前，雖已取得外國國籍，仍當認其為國民。兩方意見，既難調和，最後議決，將原有關於此點之討論根據，完全刪去，代以下列之建議書。

各國應採用下列之原則：『凡以歸化取得外國國籍者，當喪失其原有國籍。在前項原則未完全實行以前，各國因外人歸化而賦予國籍時，應設法查明此人是否已經或是否能夠滿足其母國法定喪失國籍之條件。』

按此建議書之用意，雖欲確定：「凡以歸化取得外國國籍者，應喪失其原有國籍」之原則，然知此原則一時不易得各國普遍採用，故特加但書之規定，冀以減少發生重複國籍之情節耳。

吾國國籍第十一條既規定須經內政部之許可，吾人於此，尚有一點，應特別說明：即對於喪失國籍之請求，允之拒之，內政部具有特權，即使請求者具備一切法定條件與手續，若內政部認為時機不合時，仍得拒絕其請求，所以防賣國之流也。且內政部得審察時機，自由決定其許可或拒絕外，尚有一種重要之法定條件，不可不特別注意者，即十一條之但書是也。——但以年滿二十歲以上，依中國法有能力者為限。——此乃根據於普通法理者。蓋允許未成年或成年而無能力者，亦得自願喪失國籍，其危險固不堪設想也。惟既曰「依中國法」，則在外國法方面如何，當然應置之不問，且關於此問題——國民喪失國籍問題——絕對不能參考外國法，不然，自棄主權矣。若然，一中國人，依外國法為有能力，且已取得其國之國籍，若依我本國法為無能力者，內政部仍得否認其有效，而不允許其喪失我國國籍，此為解釋該條文時所不可不知也。

且內政部允許喪失國籍，除須注意上述之條件外，——但以年滿二十歲以上依中國法為有

能力者爲限——尙有三種情形，亦足爲拒絕之理由，我國國籍法第十二條明白規定：

有左列各款情事之一者，內政部不得爲喪失國籍之許可：

一、屈服兵役年齡，未免除兵役義務，尙未服兵役者。

二、現服兵役者。

三、現任中國文武官職者。

茲就此三款申論之：

第一款 屈服兵役年齡，未免除服役義務，尙未服兵役者。夫國民之在國家，不但有應享之權利，同時有應盡之義務，服役乃爲國民義務之最重要者，非得特許免除，卽不可不履行之，故我國立法者，乃規定未盡此義務者內政部不得允許其喪失國籍，蓋知不如此，恐有許多人民將利用此脫離國籍方法，以避免兵役義務也。關於此點：意大利一九一二年六月十三日之法律第八條第二項，德意志一九一三年七月二十二日之 *Delbrück* 法律第二十六條，及法國一九二七年八月十日法律第九條第一項均有類似之規定。我國雖尙未實行義務兵役，而國籍法中已有此種規定。

者，殆逆料我國遲早間終當採用義務兵役制也。

第二款 現服兵役者對於現服兵役者，不能允許其喪失國籍。其理由有三：（一）義務未完。責任未盡，不能令其中途而廢。（二）現服兵役者，與國家之實力有關，不能因順從個人意志，而減削國家實力。（三）當現服兵役時，即係普通兵士，往往得預軍事秘密，若許其得喪失國籍，實爲危險之至。此我國立法者之所以有此第二款之規定也。

第三款 現任中國文武官職者。夫有國家之職守者，則對於國家，即有其特別之責任。此責未卸，則其身卽爲國家之身，而絕不能輕離其職守，則脫離國籍，更無論矣。此尙僅就道德方面而言，若從利害關係設想，則不應允許現任官職者喪失國籍，尤屬顯然。蓋國家之各種重要公文，皆在各種現任官吏之手，若任其脫離國籍，則秦檜之流，安見其不接踵而起耶？且我國立法者更爲慎防此等奸宄起見，特於國籍法施行條例第十條，爲下列之規定：國籍法施行前，及施行後，中國人已取得外國國籍，仍任中華民國公職者，由該管長官查明，撤銷其公職，蓋不如此不足以申法紀也。上述者，爲對於自願取得外國國籍者之條件及限制，以下當說明非自願而取得外國國籍者。

第二段 非自願而取得外國國籍者

依各國普通法例，凡私生子女，大半從認知者之國籍，我國立法者，爲欲免除國籍之衝突起見，故於第十條特有第二及第三款之規定，言明有此等情事之一者，得喪失中華民國國籍：

第二款 父爲外國人，經其父認知者。

第三款 父無可考，或未認知，母爲外國人，經其母認知者。

吾人一見而知此爲採用血統主義之自然結果，與第二條規定取得國籍時應用同一之推理方法，蓋第二條固言明父爲中國人，經其父認知者（第二款）及父無可考或未認知，母爲中國人，經其母認知者（第三款），皆取得中華民國國籍也。此從法理上觀察，可謂始終一貫。

然此種辦法，卻不可無限制。蓋在本人未能表示其意志時，即尙在未成年而不能自立時，則爲注重其個人之利益起見，特使之從認知者——即負責養育者——之國籍，從人道主義立論，固爲最適宜之辦法。若在本人成年後，其父或母（父無可考或未認知時）始行認知，卻不能因此而使其喪失國籍，其理由蓋因本人已有獨立意志，不宜使其因他人行爲——父或母之認知——而喪

失國籍也。且若爲私生女——在未成年時，未經人認知，此時依吾國國籍法第一條第四款之規定，固爲中國人。若與中國人結婚，則其國籍問題，當因此而固定——即在成年前，復經其父或母（外國人）之認知，亦不宜令其喪失國籍，其理由：因結婚在前，認知在後，當然以結婚之事實爲重；且一外國女子，與中國人結婚，應取得中國國籍。（參觀我國國籍法第二條第一款）况本中國女子乎？（第十條第一項固言明中國人喪失國籍之情事也。）因此種種理由，故立法者於第十條第二項特爲下列之限制：

依前項第二第三款規定喪失國籍，以依中國法未成年或非中國人之妻爲限。

上述者爲我國國籍法規定非自願而喪失國籍者之情事與限制。

但考各國法例，亦有不允許此項情事者，如依美國法例，凡生於美國而認爲美國人者，不因其父母之認知而許其喪失美國國籍。

因此一九三〇年國際法編纂會議，對於私生子應取得認知者——父或母——之國籍之原則，未能一致贊同，故在其所擬之國籍公約中，並未將此項原則明白規定，惟於第十六條載有一種

調和辦法而已。

「倘私生子所隸屬國家之法律，承認其國籍得因其民事地位變更（如認知）而喪失時，此種國籍之喪失，應以此人按照他國關於民事地位變更影響國籍之法律，取得該國國籍爲條件。」

第三段 爲外國人妻者

妻從其夫之國籍，幾爲世界各國之通例，其理由無非欲使家庭中國籍之一致而已。然亦有例外者，如法國一九二七年八月十日之法律第八條第二款規定：「法國女子，與外國人結婚，仍保留法國國籍，但明白宣言，願依其夫所屬之法律，取得其夫之國籍者，不在此限（*la femme française, qui épouse un étranger, conserve la nationalité française a moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir en contornité de dispositions de la loi nationale du mari la nationalité de ce dernier*）嘗考法國立法者之所以有此種規定，其原因有二：（一）因提倡女權者之鼓吹，彼等謂妻從夫之國籍，實爲昔日夫權獨尊時代之原則，當此平權時代，豈尙可重男輕女？且女之愛國，豈遜於男？故女之不願輕棄其祖國之國籍，正與男子同也。（二）受人

口問題之支配。因法國向來女多於男，尤以世界大戰後爲尤甚，同時外國男工之移入於法國甚多，使之結成混合婚姻，(Mariages mixtes) 實爲同化外國人最妙方法。惟法國女子，雖願與外國人結婚，但若因此而喪失其親愛之國籍，不免有躊躇不果者，故在原則上規定與外國人結婚，仍得保存其固有國籍，此乃鼓勵法國過剩之女子與外國人結婚之一種獎勵方法也。若然，法國女子，於舉行婚禮前，(參觀一九二七年八月十日之法令第九與第十一條) 若向主管身分官吏，明白宣言，願取得其夫之國籍者，得喪失法國國籍。且手續甚簡，只須明白宣言耳。而我國國籍法，乃更進一層，於第十條第一款規定：爲外國人妻，自請脫離國籍，經內政部許可者，方得喪失中華民國國籍，可謂嚴矣。其所如此規定之原因，雖非如法國之受人口問題之支配，然亦爲平權學說所影響，固無疑也。而其所以較法國法更嚴之理由，殆因立法者，雅不欲使吾國女子輕易變爲外國人，歟！查我國代表伍朝樞博士在國際法編纂會議中，根據我國國籍法第十條第一項之規定，主張婦女國籍獨立甚力，謂婦女之國籍，不應隨婚姻而改變。但與會諸國，贊成伍代表之主張者尙屬少數，故婦女國籍獨立之原則，在國籍公約中，亦未加以明白之規定，僅於第八條中載有一種調和辦法而已。

「倘妻之本國法規定爲外國人妻者，喪失國籍，此種效果，應以取得其夫之國籍爲條件。」但吾人卻不應視第八條爲與婦女國籍獨立原則相衝突，蓋既曰「倘如此規定，應如何如何」，則其爲例外也可矣。故吾人細玩第八條之語氣，則知婦女國籍獨立之原則，雖不規定，猶規定也。故我國立法院對於第八條亦加批准，蓋深知此條之用意，因鑒於各國法例，尙多規定爲外國人妻者喪失其本國國籍，但恐因此發生無國籍之情形，故特設此條以避免之，與我國尊重婦女國籍獨立之精神，固毫無舐觸也。

第四段 喪失國籍之限制

吾人皆知允許國民喪失國籍，無非二種用意：一以免國籍之衝突。（對於非自願而取得國籍者）一以尊重個人之意志。（自願取得外國國籍及爲外國人妻自願脫離國籍經內政部許可者）但卻不宜因此而令奸宄之徒，得假此以爲逃罪或避債之門，故我國國籍法有第十三條之規定：

有左列各款情事之一者，雖合於第十條第十一條之規定，仍不喪失國籍：

一 爲刑事嫌疑人或被告人

二 受刑之宣告執行未終結者

三 爲民事被告人

四 受強制執行未終結者

五 受破產之宣告未復權者

六 有滯納租稅或受滯納租稅處分未終結者

此條之規定，實非常重要，不然，則作姦犯科者，皆有所遁矣。若然，內政部審核喪失國籍之請求，若在未許可前覺察有上述之情事，則斷然拒絕之即可，若覺察於已經許可，并由國民政府公報公布之後，應即取消其許可，并將其取消之事實登諸國民政府公報，此種辦法，我國國籍施行法第八條固已明白規定也。

第五段 喪失國籍之手續

喪失國籍手續，應就三種情節而分別說明之。

一、爲外國人妻而自請脫離國籍者 依第十條第一款之規定，爲外國人妻，自請脫離國籍，經

內政部許可者，得喪失中華民國國籍，該條文甚簡單，在應用時，可以引起下列之二問題：（1）此項請求時期上有無限制？（2）當事人爲此項請求時，應向地方該管官廳聲請乎？抑可逕向內政部聲請乎？關於此二點，國籍法及國籍法施行條例中，均無規定，故不可不以邏輯之理解答之。第一問題：嘗考各國國籍法，關於爲外國人妻，而自請脫離國籍者，惟法國一九二七年八月十日之法律第八條第二款與我國有類似之規定，上文已引證之矣。然法國對於明白宣告願取得其夫之國籍一事，有時期上之限制：須在舉行婚禮前，向身分官吏宣言，至結婚後，即不復能宣言矣。所以然者，無非欲減少脫離國籍者之人數耳。今我國既無限制之規定，依邏輯解釋，當然隨時可以請求也。第二問題：依普通法例，凡請求改易國籍者，均須向地方該管官廳聲請，再由該管官廳轉請一中央機關核奪。今關於此點，我國雖無明文規定，然依邏輯解釋，固當依據普通法例，由當事人——爲外國人妻者——先向居住地方之該管官署聲請，再由該官署轉請內政部核辦也。若內政部核准時，即應於國民政府公報公布之，更不待言矣。

二、父爲外國人，經其父認知，及父無可考，或未認知，母爲外國人，經其母認知者。此二類中國人，

得喪失中華民國國籍（參觀第十條第一項第二第三款）於上文已說明之矣。至於此等人喪失國籍之手續，在國籍法施行條例第四條，有詳細之規定：

『依國籍法第十條第一項第二款第三款喪失中華民國國籍者，應由本人或父或母聲請住居地方之該管官署，核明轉報內政部備案。並由內政部於國民政府公報公布之；其住居外國者，得聲請最近中國使領館轉報。』觀於此條文，可知對於此項聲請者之許可或拒絕，其權在於地方該管官署，而內政部只須備案而已。

三、自願取得外國國籍者——對於自願取得外國國籍者之喪失國籍手續，我國國籍法施行條例第五條，亦有詳細之規定：

依國籍法第十一條規定，自願喪失中華民國國籍者，應由本人出具聲請書，呈請居住地方之該管官署，轉請內政部核辦；其居住外國者，得聲請最近中國使領館核轉。經內政部核准喪失國籍時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之，自公布之日起，發生效力。

按關於喪失國籍問題，各國法制，頗不一致，故一九三〇年海牙國際法編纂會議中，有主張

須經原屬國許可者，亦有主張不必經原屬國允許者，雙方意見頗難融洽。最後議定：發給出籍許可證書之國家，在領得證書人未有另一國籍之前，仍應認其為本國國民。其用意無非欲避免無國籍之情節。然在原則上並不規定『非有出籍證書不可』，但言有出籍證書時，應照下列第七條辦理而已。

國籍公約第七條

『一國之法律規定發給出籍許可證者，倘領得證書之人，非有另一國籍，或取得另一國籍時，此項證書，不發生效果。』

『倘領得證書之人，在發給證書國家所規定之限期內，不取得另一國籍，則證書失其效力。但領得證書之時，已另有一國籍者，不在此限。』

『領得出籍許可證書者取得新國籍之國家，應將其人取得國籍之事實，通知發給證書之家。』

此項國籍公約，已由我國批准。

上述者，爲各款喪失國籍人所各應具備之手續，此外對於自願喪失國籍者，尙有一種附加手續焉，我國國籍法施行條例第六條規定：

依國籍法第二條第五款（歸化者）及第十一款（自願取得外國國籍者）取得或喪失中華民國國籍者，內政部須指定新聞紙二種，令聲請人登載取得或喪失國籍之事實。

此種事實，有時與第三者有甚多之關係，故由內政部於國民政府公報公布外，令當事者在指定二種新聞紙上，再行登載，以便周知，其用意固未嘗不佳也。特關於此項登載責任，未規定制裁方法，試問若當事人不登載時，內政部將奈何？此又立法者一疏忽之點也。

第六段 喪失國籍之效果

凡喪失國籍，須自國民政府公報公布之日起，發生效力，上文已說明矣。此時，吾人首應注意者，喪失國籍之效果，關於將來，不溯既往，與歸化之效果，正相同也。且對於此種效果，吾國國籍法更有明文規定：

第十四條 喪失國籍者，喪失非中國人不能享有之權利。喪失國籍人，在喪失國籍前，已享

有前項權利者，若喪失國籍後，一年以內，不讓與於中國人時，其權利歸於國庫。

關於此條，應分二段以說明之：

(一)喪失國籍者，喪失非中國人不能享有之權利。喪失國籍者，應與「本來外國人」一律看待，不然，若仍以國民看待，則無異惟獎勵國人向外歸化，蓋同時得享有兩國之國民權利，則奸宄之流，將羣起而請求喪失本國國籍矣。故我國國籍法第十四條規定喪失國籍者，喪失非中國人不能享有之權利，不但合於正義，且所以防微杜漸也。

(二)喪失國籍人，在喪失國籍前，已享有前項權利者，若喪失國籍後，一年以內，不讓與中國人時，其權利歸於國庫。此項權利，既不應許其繼續享有，乃規定准其於相當期間——一年以內——得讓與中國人，蓋深示體恤之意也。但既為惟中國人所得享有之權利，故只能讓與於中國人，而不能讓與於外國人耳。若過此法定期間而不讓與，其權利應歸於國庫，此乃最後之制裁，且為不得不然之唯一辦法，不然，則喪失中華民國國籍者，永不喪失其中華民國國民所特享之權利矣。故第十四條之規定，乃深得吾人之同然者。

上述者，爲關於國籍之喪失。

第四節 國籍之回復

回復國籍，與歸化不同，因請求歸化者，本爲外國人，而請求回復國籍者，本爲中國人，喪失中國國籍之後，又欲回復中國國籍也。職是之故，回復國籍之條件，應比歸化條件爲較寬，而對於回復國籍人享有權限之限期，如充任重要公職等，亦當比對於歸化者爲較短也。此理既明，即可進而討論國籍之回復。

我國國籍法第四章爲規定回復國籍之制度，其所據之原理，雖與上述者近是，然其條文，因取省字主義，致不甚明顯，殊爲可惜耳。茲將我國國籍法第十五條與第十六條所指之二種回復國籍人分述如下：

第一段 回復國籍之條件

一、爲外國人妻而喪失國籍者之回復國籍條件。夫婦國籍之一致，實爲固結家庭之要素，故各國法例，均以婦從夫之國籍爲原則，誠以團結家庭，卽所以安定社會，而社會觀念，須有國際聯帶精

神，若他國社會之解體，實爲己國制度之影響，揆之國際道德，於心實有所不安也。故我國籍法第十五條規定『依第十條第一項第一款之規定（即爲外國人妻自請脫離國籍經內政部許可者）喪失國籍者，婚姻關係消滅後，經內政部之許可，得回復中華民國國籍。』易言之，婚姻之關係不消滅，即不得作回復國籍之請求，此蓋所以維持其家庭間國籍之一致，亦即所以維持國際間社會之安寧也。而所謂婚姻關係之消滅，有下列二種情節：

一、其夫已死，二離婚。故惟寡婦與離婚之婦，得請求回復國籍。然必須經內政部之許可者，因其喪失國籍亦已經內政部之許可，則繫鈴解鈴，當然應歸同一機關也。

二、因自願取得外國國籍而喪失中國國籍者之回復國籍條件。回復國籍之條件，應比歸化條件爲較寬，已於上文說明其理由矣。我國立法者依據此理由，故有我國國籍法第十六條之規定：『依第十一條之規定，喪失國籍者（即自願取得外國國籍經內政部許可者）若於中國有住所，並具備第三條第二項第三第四款條件時（即品行端正及有相當之財產或藝能足以自立者），經內政部許可，得回復中華民國國籍。』

夫僅曰『若於中國有住所』則可知不必繼續五年以上矣（參觀第三條第二項第一款。）又僅曰『並具備第三條第二項第三第四款』又可知立法者所注意之點，惟在品行端正，與有相當之財產，或藝能足以自立而已耳。此種條件，較之歸化者，其寬嚴之別，真不可以道里計也。而其所以特別寬大之理由，蓋亦有國家之經濟政策存焉。譬如一中國人，在外國經商，因所在地法律對外國人之地位，非常之嚴，乃爲其所欲經營之事業着想，一時作權宜之計，願入其國國籍，以便與其國民享受同等之權利，及其事業既成，仍不忘祖國，攜其所獲，凱旋而歸，此類情事，實爲向外發展者所常有，在南洋之華僑，抱此種思想者，當亦不少，若立法者不與以方便之門——除允許其喪失國籍外，仍與以回復國籍之便利——實無異自棄吾國之外庫，豈非失策之甚者？故我國國籍法第十六條之規定，深合乎國家經濟政策，且各國法例，大都類是，可知人之爲國，誰不如我耶！

惟該第十六條有下列之但書：「但歸化人，及隨同取得國籍之妻及子喪失國籍者，不在此限。」此種限制，極爲合理，蓋歸化者及其妻子，本爲外國人，既喪失我國國籍，後復欲捲土重來，如此三翻四覆，無非專圖一己私利，與我國家社會，恐難有益也。是以充其量，只得仍以外國人看待，允許其歸

化，一若前未歸化者然，斷不能與本爲中國人之喪失國籍者同等優待也。

我國立法者對於回復國籍之效果與手續，亦有明文規定，只分兩節說明如下：

第二段 回復國籍之效果

回復國籍之效果，亦應分爲關於本身及關於妻子者二種：第一、關於本身者。此種效果，當然應比歸化者大，故我國國籍法第十八條規定：『回復國籍人自回復國籍起，三年以內，不得任第九條第一項各款公職。』夫僅曰三年，則較因有殊勳而歸化者之須滿五年，其他取得我國國籍者之須滿十年者，已有寬嚴之別矣（參觀我國國籍法第九條第二項）。且上述之第九條第二項明言：『須經內政部呈請，』而上述之第十八條，並無此等字樣，可見回復國籍者，滿三年後，即自然可以任各款公職，而絕無所限制矣。第二、關於妻及未成年之子。關於此點，我國國籍法第十七條乃規定如下：『第八條規定第十五條第十六條情形準用之。』易言之，凡對於回復中華民國國籍者之妻及未成年之子，當依第八條辦理也（參觀我國國籍法第八條）。惟對於已成年之子，第八條既未提及，則依邏輯解釋，當然不能隨父（第十六條）或母（第十五條）回復國籍。惟按之情理，此種已成

年之子，非普通之外國人可比，今既不許其隨父或母回復國籍，至少對於此等人之歸化條件，當與以特別之優待，如法國一九二七年八月十日之法律，規定此等人歸化時，可以免除三年居所之限制，而我國國籍法，所以亦有第五條之規定也。

第三段 回復國籍之手續

回復國籍之手續，我國國籍法施行條例第七條規定如下：『依國籍法第十五條至十七條回復中華民國國籍者，準用本條例第二條第三條及第六條之規定。』此條文驟視之頗不清晰，因將六條（國籍法第十五至十七條國籍法施行條例第二第三第六條）混在一起也。茲特分疏如下：

（一）凡依國籍法第十五條及第十六條回復中華民國國籍者，當依國籍法施行條例第三條辦理（參觀該條條文）。

（二）凡依國籍法第十七條回復或取得中華民國國籍者，當依國籍法施行條例第二條辦理（參觀該條條文）。

（三）上述之回復中華民國國籍者，須依國籍法施行條例第六條規定，登報聲明（參觀該條

條文。
)

如此，則較爲明瞭矣。

第二編 外國人之地位

第一章 概論

外人在華享有二種特權，而爲普通主權完整國家所不許者，卽領事裁判權與內河航行權是也。故吾人研究外人在華地位時，對於上述問題，不可不分別討論之。

除此二問題外，外人尙得享有其他權利，如居住經商租地等等。此類權利，乃爲普通國家所允許者。然吾國加以各種限制，有時較他國爲嚴，故宜將實際情形，作簡要之陳述。

又教會在中國取得特殊之地位，不可另行敘述之。因此吾人將研究下列四問題：

- 一、領事裁判權；
- 二、內河航行權；
- 三、普通有約國人民在華居住經商租地權；

四、教會之地位。

在研究上述各問題之先，有一主要之點，不可不先知者，即外人在華之地位，均以條約明文爲根據，若在條約上並無規定，即經地方官默許之慣例，中國絕不承認之，關於此點，即外國人亦與有同情也。

(註)如關於領判權之解釋，Mr. Rayard 對 Mr. Straus 曾言：『在中國（與昔在日
本）之領判制度，其來歷與在土耳其者不同，在土耳其，根據習慣，在中國則專根據條約』（見
Wharton 國際法彙編）

至於以條約明文規定外人在華地位者，當以一八四二年中英江甯條約爲嚆矢，蓋在此約以前，外人在中國原無法定之地位，其得在廣州澳門通商僑居者，純出於其時中國官吏之寬典，毫無條約之保證，而江甯條約，乃從而確定之，增廣之，嗣後中國與各國相繼訂約，又擴張其範圍，而倍蓰其款目，只將其重要者舉示如左：

一、中英兩國爲履行江甯條約起見，於一八四三年訂立五口通商章程，即於第十三款中明白

規定，以英國法律懲治在華犯罪之英人——此為英人享有領判權之明白保障。

二、一八五八年中國與俄美英法諸國各訂立天津條約後，（尤以法約中之規定為最詳細）在華耶穌教士，不但得自由奉行教會儀節，且得安然傳教矣。

三、又一八五八年中英條約第九款規定：英國人民，或為消遣，或為經商，得持護照遊歷內地各處。

四、一九〇三年中美條約第十四款復承認教會得在中國各處永租房地，作為教會公共產業。此其犖犖大者，至其較詳情形，俟後再述。

第二章 領事裁判權

第一節 何謂領事裁判權

所謂領事裁判權者，即甲國人民，在乙國領土內，不受乙國法院之管轄，而仍受其本國官吏之裁判是也。

因此，領判制度，完全以屬人主義爲依據，其適用之法律與該管之法院，壹是皆以當事人之國籍爲標準。

照現在通行之原則，大都適用被告人所屬國之法律及法院。蓋領判制度之真諦，並非權利國在義務國內對於任何人民得行使其法權，故惟其本人爲被告時，始得行使之，例如美人在華爲被告時，應受其本國領事或法院之裁判，然美國在華所享有法權，決不能施及於屬於中國或他國國籍之被告也。（見劉師舜領事裁判權問題第一章領事裁判權之意義。）論者每謂領判制度下行使法權者，除領事外，尚有公使及各種特設法庭，領事裁判權一名詞，頗有名實不副之嫌。然此制度之起源，以領事爲機關，而此制度之運行，又以領事爲中心，故名爲領事裁判權，不能謂爲非當也。

此外尙有一要點應加以注意者，卽外國在中國能否享有領事裁判權，完全以條約明文爲根據，若無條約明文之規定，絕不能援例要求，故最惠國條款，不能適用，此其意於民國八年（一九一九年）所訂之中玻（玻利維亞）通好條約所附之換文中，曾明白規定之，故當民國十三年上海某華人因事被控，自稱已取得智利國籍，智利領事亦卽根據民國四年中智條約內之最惠國條款

要求受理該案時，中國即斷然拒絕，告以最惠國條款，不能適用於領判權。智利領事不服，請前北京公使團解釋。但公使團雖欲左袒，終因吾方態度堅決，祇得默認吾方之主張耳。

第二節 各國在華行使領判制度之機關

各國在華行使領判權之機關，雖各不相同，然大致可分為三類：（一）特設正式法院；（二）由領事組織之法院；（三）由公使或使館人員所組織之法院。此三類中，以第二者為最普通。第一類為數不多，至第三類自近年以來行之者已極少矣。

今為欲明瞭其實際上之情形起見，茲將關係較為重要之英美法日四國制度，分述如下：

一、英制

英國在華之領判制度為三級制：第一級為領事組織之地方法院；第二級為上海正式高等法院；第三級為英國樞密院。

關於地方法院，吾人所應注意之點有四：

（一）除上海由高等法院直轄外，餘皆設於各領事管轄區域以內，由各領事組織之；

(2) 關於民事，除法定應歸高等法院管轄者外，均得受理；

(3) 關於刑事，僅能宣判一年以下之徒刑拘役，或百鎊以下之罰金；

(4) 關於審判制度，係用領事獨裁制；但訴訟物價在百五十鎊以上之民事，及徒刑三月以上，罰金二十鎊以上之刑事，須用參審員自二人至四人，由領事隨時定之。

關於高等法院，吾人應注意者有五點：

(1) 高等法院，設在上海，而其管轄範圍及於中國全境；

(2) 第一審受理與地方法院共同管轄之案件，及不屬地方法院管轄之一切民刑訴訟；

(3) 第二審受理對地方法院判決，及本院第一審判決之上訴案件；

(4) 高等法院設正推事一人，助理推事若干人；

(5) 高等法院之推事或助理推事，得隨時巡迴各地方法院轄境，審判一切民刑訴訟。

至於樞密院，為領事裁判權終審機關，凡對高等法院第二審判決不服者，得於法定期內上訴

於樞密院。

二、美制

美制分新舊兩種：舊制僅分兩級：第一審由領事審判；第二審由公使受理。至一九〇六年，改用今制，在上海設駐華美國法院（The United States Court for China）。其原有之領事法院，仍存不廢，惟其權限較昔大減，除上海領事無裁判權外，其餘各處領事，對於民事，僅能受理美金五百元以下之案件，對於刑事，僅能受理拘役二月以下或罰金百元以下之案件，是為第一級。

至第二級則兼屬於駐華美國法院。該院在第一審受理上海一切民刑案件，及不屬於各領事法院之一切民刑案件外，在第二審則受理對各領事法院判決之上訴。至對於駐華美國法院判決有不服者，須向美國舊金山高等法院上訴，是為第三級。再不服者，得訴至美京大理院，是為第四級。駐華美國法院，其管轄範圍，與英國上海高等法院同，及於中國全境，故每年亦須往廣東漢口天津各處，巡迴審判。

三、法制

法國在華領判制度為三審制：第一審為領事法院，第二審為法屬越南西貢法院，第三審為巴

黎大理院。

領事法院，亦由各處領事組織之，管理一切民刑訴訟。但刑事重案，須經預審者，其預審由領事任之，而判決須由西貢法院。除預審及關於違禁罪爲獨裁制外，其餘均取合議制，而以領事爲審判長，另由人民公舉二人爲陪審員。

西貢法院第一審爲公判在華預審之案件，第二審得平反駐華領事之民刑裁判，及本院第一審之判決。至對西貢法院第二審判決不服者，得上訴於巴黎大理院。

四、日制

日本在華領事裁判權，由各地領事以獨裁制行之，專任一切民刑訴訟之第一審。但刑事須經預審者，僅任預審，其公判責任，歸之於長崎地方裁判所。且日本有一特殊之點，即日本外務大臣，認爲必要時，得禁止領事受理某種案件，令由內地裁判所或殖民地裁判所審判。

凡對領事判決有不服者，應視案情輕重，或上訴於長崎控訴院，或上訴於長崎地方裁判所。至第三審，則於東京大審院行之。

此外尚有一點爲吾人所應注意者，即在東三省對於領事判決有不服者，須視案情輕重，或向關東州高等法院上訴，或向關東州地方法院爲之，且以此爲終審，不得再上訴於東京大審院（參看劉師舜領事裁判權問題）。

第三節 在華享有領判權之國家及我國進行收回之經過情形與現狀

英	美	法	瑞 典	挪 威	俄
○	○	○			○
				○	
			○		
○	○				

在華享有領判權之國家

已收回者

有條件允許放棄者

條約期滿經我國先後宣告作廢者

因條約未滿期現在進行交涉者

日 本	葡 萄 牙	巴 西	祕 魯	奧	義 大 利	比 利 時	西 班 牙	荷 蘭	丹 麥	德
				○						○
	○				○	○	○	○	○	
○			○							
		○								

墨西哥			○	
瑞士			○	

(一) 德奧俄領判權撤廢情形

民國六年八月十四日，中國與德奧正式宣戰，由大總統頒布命令，宣告德奧商約廢止失效，同時制定關於德奧人民民刑訴訟臨時辦法，其第一條規定：所有德奧人民一切民刑案件，在戰爭期內，應由中國法院審理。依此規定，該二國同時在華喪失其領事裁判權，此乃由中國單方宣告廢止者。未幾德奧與中國相繼改訂商約，對於此種已成之事實，乃正式承認之。民國十年中德協約第三條規定：『兩國人民於生命及財產方面，均在所在國法庭管轄之下。』民國十四年，中奧通商條約第四條規定：『兩國人民之民刑事訴訟案件均在所在地法庭管轄之下。』此為取銷德奧在華領判權經過之事實及時期。

民國九年九月二十三日，中國大總統頒布命令，停止承認俄國駐華使領。此外更由外交總長

於十月二十二日通知領袖公使，凡俄國人民在中國仍繼續享受其條約上之利益，但領事裁判權應即停止。十一月二十九日，外交部致公使團之照會，說明我國停止俄國在華領事裁判權之理由，略謂：『俄國駐華領事，既經我國撤銷承認，則俄人向來所享受之領事裁判權，無從行使，所以俄人非受中國法庭之管轄不可。』此為關於書面者。在實際上，同年十月，中政府將俄國法院監所，一併收回。俄國法院監所，在東省者居多，因即改組為東省特別區審檢廳。自此俄人在華不復享受領事裁判權矣。此亦為中國之單方行為。民國十三年中俄解決懸案大綱協定第十二條規定『蘇聯政府允諾取消領事裁判權。』此亦以條約追認已成之事實也。

(二) 比義丹葡西五約關於領事裁判權之規定

民國十七年（一九二八年）七月七日，國民政府外交部，發表關於條約之宣言，聲明：『已滿期之條約，即行作廢，另訂新約。其尚未滿期者，以正當之手續（即以合理合法之手續）解除而重訂之，在舊約失效以後，新約未訂之前，應另定臨時辦法，處理一切。』此項宣言，係依據總理遺教，代表國民政府及全體人民之意見，而為取消不平等條約之先聲，此項臨時辦法，即於同日由國民政

府公布，其第四條規定：『在華外人均受中國法律之支配，及中國法院之管轄。』當由外交部分別照會各條約滿期之國家，要求遣派全權代表，與我國外交部商訂新約。但經數月之談判結果，比利時於民國十七年十一月二十二日與我國簽訂友好通商條約（友好即表明舊約已廢，國交已絕，重訂新約，恢復國交，且比利時曾因我國宣言中比舊約失效，乃向國際永久法庭提起訴訟，及新約訂定，比國乃自行撤回訴訟。）

義大利於十七年十一月二十七日，丹麥於十二月十二日，葡萄牙於十二月十九日，西班牙於十二月二十七日，均相繼與我國締結新約，關於領事裁判權之規定，其內容頗相類似，皆為有條件之放棄，茲將此中情形概述如左。

在五國正約內均規定：『此締約國人民，在彼締約國領土內，應受彼締約國法律及法院之管轄。』依此規定，在原則上可謂完全平等。但按照所附之換文內所載，此條應於民國十九年一月一日起發生效力。在該日以前，中政府與各關係國，應訂定中國對於在華各關係國人民行使法權之詳細辦法（即取銷領判權後對於外國人民行使法權之辦法。）

依五國正約規定，原則上可謂完全立於平等地位，但照所附之換文，該約須至民國十九年一月一日起發生效力。此外條件（1）在該日以前，中政府應訂定對於在華各關係國人民行使法權之詳細辦法，否則，義丹葡西四國，須俟中國與簽定華盛頓條約國議定取銷領事裁判權之後始能生效，比國則俟現有領判權國半數以上承認放棄時方能生效；（2）在該日以前，中政府須頒布民法商法；（3）同時要求開放內地，准其自由居住併享有營商土地權等（日本收回領判權時，以准外人自由居住為條件，土耳其亦然。查世界各國對於外人自由入境與居住，以允許為原則，但仍得以法律限制之，營商及土地權亦然。）該約內規定：『各關係國人民，在中國停止享受領事裁判權，及其他特權，並兩國之關係，完全達於平等地位之後，中國政府，允許各關係國人民享受居住營商及土地權，但仍得以法律章程限制之。』依此規定，我國允許外人享有居住營商土地權時，不獨以取銷領事裁判權為條件，並須俟一切特權，一律取銷，完全立於平等地位以後，而且隨時得以法律章程限制之（例如不許外人在邊境居住，及購賣不動產等是。）至限制之寬嚴，中國自可因時制宜，酌量核定，原無足慮，其時一般人民，未明瞭此中作用，羣起疑問，遂由外交部遵照中政會外交委員

會意見與各關係國商議更正如下：『此締約國人民在彼締約國領土內，關於居住營商及土地權，悉依所在國法律之規定。但關於此等情事，此締約國人民，在彼締約國領土內所受之待遇，不得遜於第三國人之待遇。』（此項更正，以聲明書之方式行之，而該聲明書之草案，在由外交部派員徵求各關係國同意之前，並經立法院審查通過。）

總之，上述比義丹葡西五約，爲國民政府奠都南京後，以合法之手續，與外國商訂撤銷領事裁判權之權輿。

第四節 會審公廨

上海會審公廨有二：一爲公共租界會審公廨，一爲法租界會審公廨。前者依據同治七年（一八六八年）上海洋涇濱設官會審章程而設立，後者爲同治八年（一八六九年）所設立。茲分四時期說明如下：

第一期以洋涇濱章程爲根據。凡華人爲被告，不問原告爲何國人，卽無約國人爲原告，以及爲外人雇用之華人間訴訟，外領皆有會審之權。但純粹華人訟案，不得干涉。惟此會審公廨，純爲中國

法庭，其中委員由上海道委派，經費由上海道指撥，內部組織，與內地法庭一律，至於審理權限，民事僅限於錢債交易，刑事只能受理發落枷杖以下罪名而已。

第二期自一九〇二年至一九一一年，爲實際變化時期。凡租界內刑事案件，與外人無涉者，領事亦得派員會審，且監禁五年以上罪名，亦由該公廨預審，認爲可以移送者，再送由中國法庭辦理，惟純粹之華人民事案件，尙未干預。

第三期，卽辛亥革命時期。當時上海道逃避，會審公廨之中國官吏，均棄職遠遁，駐滬各領，遂籍口地方治安，乘機派員主持一切，而所謂會審公廨者，完全在領事團掌握之下矣。

第四期卽臨時法院時期。民國十五年八月三十一日，我國與英美日挪荷五國總領事，在上海簽定收回上海會審公廨暫行章程九條，設立臨時法院，該章程要點：（1）江蘇省政府就上海公共租界原有之會審公廨，改設臨時法院，除依條約屬於各國領事裁判權之案件外，凡租界內民刑訴訟案件，均由臨時法院審理；（2）凡適用於中國法庭之一切法律，無論現已公布或將來制定者，均適用於臨時法院；（3）凡與租界治安直接有關之刑事案件，與違犯洋涇濱章程及附則案件，或有

領判權國人民所雇華人爲刑事被告之案件，均得由領袖領事派員觀審，但無同意及訊問權；（4）民事案件，原告爲有領判權國人民，或上海工部局，刑事案件，原告爲有領判權國人民者，關係國領事或領袖領事始得派員觀審；（5）臨時法院應設上訴法院，其院長由臨時法院院長兼任；（6）臨時法院判處十年以上徒刑及死刑案件，應呈請江蘇省政府核准；（7）臨時法院院長推事，及上訴院推事，均由江蘇省政府任命；（8）關於混合之民事案件，曾經領事派員觀審者，如不服初審判決，應向交涉署提起上訴，由交涉員約同有關係領事審理，仍得交回原審法院易員復審，倘交涉員與領事對於曾經覆審案件上訴時，不能同意，即以復審判決爲定。此項章程，至民國十九年施行期滿，經司法院主持率同外交部請國府委派代表與英美法荷挪巴西六國代表簽立關於上海公共租界內中國法院之協定，設立特區法院；（1）取銷觀審制度；（2）確定四級三審制，依中國訴訟程序辦理；（3）設立檢察制度。惟尙有未能使人滿意者，即以工部局巡捕爲法警一點，蓋外人方面，以爲若司法警察而不用工部局之巡捕，則租界等於虛設，故關於此點獨堅持耳。

第五節 撤廢領事裁判權之最後辦法

國民政府於十八年十二月二十八日，曾發表命令，自民國十九年一月一日起，一律撤廢領判權。該命令略稱：「自民國十九年一月一日起，凡僑居中國之外國人民，現時享有領判權者，應一律遵守中國中央政府及地方政府依法頒布之法令規章，着行政院司法院轉令主管機關，從速擬具實施辦法，送交立法院審議，以便公布施行。」

此項命令發表後二日，外交部又發表宣言，對上項命令爲下列之解釋：「中國政府，鑒於各關係國之業已表示同情後，確實之聲明，深信各該國與中國間，對於上項原則，意見並無不合，並對於現由政府準備之辦法，如有意見，亦願於相當期內與之審議，故國民政府十二月二十八日之命令，實係一種步驟，用以除去每易發生誤會之原因，並增進中外人民之關係者也。」

此宣言之用意非他，即當撤廢領判權後，關於外人訴訟辦法，如各關係國願開誠商議，吾國爲便利進行起見，亦願容納其意見，與之共訂妥善辦法。

外交部根據此項宣言，十六閱月以來，與有關係之英美法荷挪巴六國分頭交涉，結果挪荷二國，於民國二十年四月二十三日簽訂協定，允許撤廢。惟英美法巴四國，未能如我方之意而解決，於

是國民政府，乃於二十年五月四日，對未解決各國之法權談判，宣告不幸之停頓，並於同日發表下列之命令（照錄五月四日國府命令）：

查廢除外人在華領事裁判權一事，為政府堅定不移之政策，亦為全國人民一致之企望，凡僑居中國之外國人，應一律遵守中國中央政府及地方政府依法頒布之法令規章，業於民國十八年十二月二十八日明令公布在案，現據行政院司法院呈稱，所有實施辦法，業經主管機關擬具管理在華外國人實施條例十二條，並由立法院審議完竣等語，茲將該條例公布之，並定自民國二十一年一月一日起施行，此令。

國民政府復於同日公布管理在華外國人實施條例十二條，茲將該條例略為疏解：

第一條 規定適用之範圍 該條既明言：「所稱外國人專指民國十八年十二月三十一日在華享有領事裁判權之外國人民，」則德奧俄三國人民應除外矣。其他如比義丹葡西荷挪七國，雖允許取銷領判權，而實際上尙保留者，仍應適用本條例也。

第二條 規定法院之管轄與中國人民同。

第三條 規定在外國人較多區域之地方法院（東三省特區地方法院及瀋陽、天津、青島、上海、漢口、巴縣、閩侯、廣州、昆明地方法院）及其所繫屬之高等法院，各設專庭以受理外國人爲被告之民事訴訟案件。此乃適應實際上之需要，並非優待外人也。

實施辦法

規定專庭庭長之人選，以其所繫屬之法院院長充之，一取其便，一以示鄭重。

此項

規定第三條以外之該管法院亦得受理外國人爲被告民刑訴訟，惟須由被告用書

面自行請求耳。

第六條 規定在各專庭得設法律諮議，并不限於中國人，即外國法律家亦有爲諮議之資格。此項制度，一九二三年魯桑條約中，亦有規定，非我獨創也。且該條規定二種條件：「一，此項諮議人選，由司法行政部呈請國府派充；二，凡諮議只得用書面向法庭陳述意見，絕不得干預審判。」故與我國法權獨立及完整之意義，並不違悖。

第七條 規定法律之保障。其第一項云：「外國人之拘提或刑押，及其住宅或其他處所之搜索，應依刑事訴訟法行之。」此乃當然之理，本無庸規定，但恐外國人有疑慮，故特鄭重申明之。

至二項規定，即著名之「Habeas Corpus」權也。

第八條 規定外國人與外國人（外國人之解釋依第一條之規定）或與其他人民所訂仲裁契約，經當事人之一方或雙方聲請時，法院應認為有效，並執行依據該項契約所為之決定書，此乃依據契約應注重當事人自由意志之原理。但有左列之情形者，當然應作別論：（一）違背公共秩序者；（二）違背善良風俗者；（三）依普通法律原則，應認為無效者（即契約立成之要素不完全或有瑕疵者）。

第九條 規定外國人訴訟，得委任外國律師，此為過渡時代之變通辦法。但外國律師，當服從中國之律師章程，此又當然之理也。

第十條 規定違警罪處治之機關及辦法，此乃根據普通違警法者。

第十一條 規定外國人之監所，由司法行政部管轄，以示特別鄭重之意。

第十二條 附則。

吾人觀於上述條例，雖似平淡無奇，而主管機關之草此條例，頗費苦心，實幾經斟酌，而後決定，

并經立法院審議而後，由國府公布，其鄭重可知矣。且此爲過渡辦法，過相當期間，外國人當與中國人一律服從中國唯一訴訟法，此條例當束諸高閣，作爲撤廢領判權之一段史料而已。

附管理在華外國人實施條例

(第一條)本條例所稱外國人，專指民國十八年十二月三十一日在華享有領事裁判權之外國人民。(第二條)外國人應受中國各級司法法院之管轄。(第三條)在東省特區地方法院，瀋陽地方法院，天津地方法院，青島地方法院，上海地方法院，漢口地方法院，巴縣地方法院，閩侯地方法院，廣州地方法院，及昆明地方法院，及其繫屬之各該高等法院內，各設專庭，受理屬於外國人爲被告之民刑訴訟案件。(第四條)專庭庭長，由其所繫屬之法院院長兼充之。(第五條)外國人爲被告之民刑訴訟案件，發生在第三條以外之各法院管轄者，被告得用書面聲請受第三條以外之該管法院審理。(第六條)專庭得設法律諮議若干人，由司法行政部遴選品行端方具有法官資格之法律專家，呈請派充之，法律諮議，不限於中國人，法律諮議得用書面向法庭陳述意見，但不得干預審判。(第七條)外國人之拘提或刑押，及其住宅或其他處所之搜索，應依刑事訴訟法行之，外國人犯有

刑法或其他刑事法規上之嫌疑，已經逮捕者，應即移送法院訊問，最遲不得逾二十四小時。（第八條）外國人與外國人，或與其他人民所訂仲裁契約，經當事人之一方或雙方聲請時，法院應認為有效，並執行依據該項契約所為之決定書，但有左列情形之一者，不在此限。（一）違背公共秩序者，（二）違背善良風俗者，（三）依普通法律原則應認為無效者。（第九條）外國人為民刑訴訟案件當事人，得依法律委任中國或外國律師為訴訟代理人，或辯護人，律師章程及其他關於律師之法令，對於前項外國律師適用之。（第十條）外國人犯違警罪者，由法院或警察機關審訊之，警察機關處罰外國人，限於十五圓以下之罰金，但再犯者不在此限，前項罰金，於判定後五日以內不完納者，每一圓易拘留一日，其不滿一圓者，以一日計算。（第十一條）關於外國人之監禁羈押及拘留處所，由司法行政部管之，以命令指定。（第十二條）本條例施行日期，及其時間，由國民政府以命令定之。

第三章 外人在華享有內河航行與沿海貿易權之條約根據

考今日國際通例，凡獨立國家，莫不保留其內河航行與沿海貿易權以為國民享受之用，其理

由有二：(一)政治的，凡在一國領水內之航業，其國民應有優先權。(二)經濟的，本國領水內之航業，爲向外發展商業之基礎。因此，各國咸以此兩種權利爲國民權。查各國條約，雖亦有允許外人得享有內河航行（如一八五一年英比商約第十四條及一八八〇年英祕商約第二條）或沿海貿易權者（如一八八六年英希條約第七條及一八六二年英國薩爾瓦多條約第三條），然皆以相互爲條件。至如中外條約，僅加以片面之規定者——祇規定中國允許對方國人民享受此兩項權利，至中國人民在對方國能否同樣享受，並無明文——實爲變例。此類不平等條約，其已屆滿期，經我國宣告廢止者固應失效，卽尙未滿期者，亦可援引情勢變遷之原則（The change of circumstances），通告對方卽予廢止，另訂新約。故收回內河航行與沿海貿易權，在原則上，已不成問題，所爭者遲早而已。

按外人在華享有內河航行與沿海貿易權，有始於咸豐八年者（如英），有始於民國七年者（如瑞士），其時代既不相同，有以條約明文規定者（如英），有以最惠國條款取得者（如俄），其根據又非一律。當此預備收回之際，吾人實有明瞭其歷史之必要，爰作斯篇，以備參考。

第一節 內河航行

查中外條約，准外人在華享有內河航行權，實自咸豐八年（一八五八）中英天津條約始。該約第十款規定：『長江一帶各口，英國船隻，俱可通商。』惟是時長江上下游，盜匪未靖，故僅規定鎮江一處，准於一年後開為商埠，允許英人通商，其餘各處，須俟地方安定，然後由中英兩國擇定，自漢口順流至海，以為英船出入貿易之區。但沿江總數，不得逾三口（見該約第十款）。至同治元年（一八六二）長江通商章程，乃依據前約，指定三口為鎮江、九江、漢口，以為英船貿易之所。

此後各國相繼效尤，或以條約明文規定，或應用最惠國條款，而與英國享有同樣權利。至歐戰前止，在華享有內河航行權者，凡十有八國，其中以條約明文規定者，凡十有二，其餘六國，皆為利用最惠國條款者，茲列表分示如下：

（一）以條約明文取得在華內河航行權之國家（共計十二國）

英國 咸豐八年（一八五八）中英天津條約第十款。

法國 同治四年（一八六五）之換文中，始明白規定。但咸豐八年中法天津條約第四十款，

已有最惠國待遇之規定。

美國 光緒二十九年（一九〇三）中美續議通商行船條約，始以明文規定（第十二款第一項）但咸豐八年之中美天津條約第三十款，已有最惠國待遇之規定。

丹麥 同治二年（一八六三）中丹天津條約第十一款。

荷蘭 同治二年中荷天津條約第二款。

西班牙 同治三年（一八六四）中西和好貿易條約第五款。

義大利 同治五年（一八六六）中義通商條約第十一款。

奧國 同治八年（一八六九）中奧通商條約第八款。

德國 光緒六年（一八八〇）中德續修條約第一款。

日本 光緒二十二年（一八九六）中日通商行船條約第五款。

墨西哥 光緒二十五年（一八九九）中墨通約條商第六款。

瑞典 光緒三十四年（一九〇八）中瑞通商行船條約第六款。

(二)以最惠國條款取得在華內河航行權之國家(共計六國)

俄國 咸豐八年(一八五八)中俄天津條約第十二條。

祕魯 同治十三年(一八七四)中祕通商條約第八款。

巴西 光緒七年(一八八一)中巴通商條約第五款。

比利時 同治四年(一八六五)中比通商條約第十一款。

葡萄牙 光緒十三年(一八八七)中葡通商條約第十一款。

瑞士 民國七年(一九一八)中瑞通好條約附件。

歐戰以後，德奧俄三國，相繼喪失其昔日在華之地位。民國十年(一九二一)五月二十日中德協約第三條，有下列之規定：『此國人民，在彼國境內，得遵照所在地法律章程之規定，有遊歷居住及經營商務或工業之權利。』內河航行，雖可視為包括在「經營商務」四字之內，然既曰「得遵照所在地法律章程，享有此項權利。」是德人已承認此後能否享有此項權利，一以吾國法律為衡，則其昔日依舊條約取得之權利，應即取銷，自不待言矣。至民國十四年(一九二五)中奧通商

條約，除第一條與上述中德協約第三條有同樣之規定外，復於第十三條加以明確之規定：『兩國政府，互相約允，對於彼此之商船，與以自由駛入所有已開商港之權。』此乃指由此締約國之某商港至彼締約國之某商港而言，本為國際通例。但既明定彼此商船只得享有此項權利，則在我國由甲口岸至乙口岸之沿海貿易權，與國商船，當然不能享有，而內河航行權更無論矣。

又關於俄國，民國十三年（一九二四）解決中俄懸案大綱協定第八條規定：『兩締約國政府，允將兩國邊界江湖及他種流域上之航行問題，按照平等相互之原則，在前條所定之會議中規定之。』今此項中俄會議，雖未成立，然在原則上，俄國已承認放棄在華之內河航行權矣。

今述各國在華享有內河航行權之條約根據既畢，對於此項權利之範圍，不可不略加論述。

最初中英訂立天津條約時（咸豐八年即一八五八年），中國僅允許在長江沿岸開放三口，且除鎮江外，其餘三口，因盜匪未靖，不能同時指定。至同治元年（一八六二）長江通商章程，始擇定三口為漢口，九江，鎮江三處。以為英船貿易之所，并規定「沿途不准私自起下貨物，如違，船貨均可入官」是爾時尚有森嚴之限制也。

然自此以後，允許外船貿易之所，逐漸增加，光緒二年（一八七六）中英煙台條約規定，「英船得在大通、安慶、湖口、武穴、陸溪口、沙市等處停泊，上下客商貨物。」光緒六年中德續約，有同樣之規定，並增加宜昌、蕪湖、溫州、北海、吳淞等處，爲德船停泊起卸客貨之處。光緒二十二年（一八九六）中日馬關條約，與中英煙台條約同，所異者惟以吳淞易沙市而已。光緒二十四年（一八九八）修改長江通商章程第二款規定：「凡有約各國之商船，准存鎮江、南京、蕪湖、九江、漢口、沙市、宜昌、重慶、八處往來貿易，並准在大通、安慶、湖口、陸溪口、武穴等處，起卸貨物。」是彷彿將各特別條約集成一普遍公約矣。

除長江外，其他內河，亦有允許外輪航行者：如光緒二十三年（一八九七）中緬條約附款專條，開放梧州、三水、江根爲通商口岸，允許外輪由香港至三水、梧州，由廣州至三水、梧州往來，並得在江門、甘竹、肇慶、德慶四處停泊，上下客商貨物是也。

上述之條約及章程，均採用列舉辦法，故尙有確定之範圍。至光緒二十九年（一九〇三年）中日通商行船續約附件一（中日續議內港行輪章程）規定：「日本輪船東，可向中國人民，在河

道兩岸租棧房及碼頭，不逾二十五年租期。如彼此兩願續租，亦可從新再議（見該章程第一款）。已屬漫無限制。尤荒唐者，該章程第四款規定：『中國不許日本輪船行駛之內河，則華輪亦應一律禁止。』幾不承認中國有領土主權矣。是可忍孰不可忍？此吾國之所以不能不急謀收回內河航行權也。

第二節 沿海貿易

按吾國以沿海貿易權允許外人，實始於道光二十四年（一八四四）中美望廈及中法黃埔兩約，中美望廈條約第三款規定：『合衆國人民之船隻在五口者裝載貨物，互相往來，俱聽其便。』中法黃埔條約第二款規定：『所有佛蘭西船，在五口停泊貿易往來，均聽其便。』是美法兩國於道光二十四年，已取得五口間相互往來之沿海貿易權矣。

所可異者，英國與吾國訂約，關於取得權利一節，事事占先，獨關於沿海貿易一端，在最初時期之中英各約中（如道光二十二年（一八四二）中英南京條約及翌年虎門寨續約）均無規定。至咸豐八年之中英天津條約第四十七款，雖載明：『英商船隻，獨在約內准開通商各口貿易，如到別

處沿海地方私做買賣，即將船貨一併入官。』但不得視為包括沿海貿易權，因其並無「在各口間互相往來各聽其便」之語也。惟此時英國商民，已可依據上述中英天津條約第五十四款取得最惠國待遇，故在實際上已可與美法兩國享受同等權利矣。然英國猶以為未足，於光緒二十八年（一九〇二）中英商約所附續議內港行輪修改章程第八款，更加以明白之規定：『此項輪船（由稅務司報明并經商務大臣會同該省督撫批准者）准在口岸行駛，或由通商此口至通商彼口，或由口岸至內地，並由該內地處駛回口岸，並准報明海關，在沿途此項所經貿易各埠，上下客貨，但非奉中國政府允准，不得由內地甲處至乙處。』

依此條文規定，英船不但在各口岸間可以往來貿易，且在口岸與內地間亦得互相往來貿易矣。

除美法英三國外，其他以條約明文取得沿海貿易權者，尚有丹麥等八國，以最惠國條款取得者，又有俄德等六國，茲列表分示如左：

（一）以條約明文取得中國沿海貿易權者（共計十一國）：

美國 道光二十四年（一八四四）中美望廈條約（第三款。）

法國 英國 同年 中法黃埔條約（第二款。）

英國 光緒二十八年（一九〇二）中英商約所附之內港行輪章程。惟在是年前（即從一八五八年始）英國商民已享有最惠國待遇矣。

丹麥 同治二年（一八六三）中丹天津條約（第十一款。）

荷蘭 同治二年（一八六三）中荷天津條約（第二款。）

西班牙 同治三年（一八六四）中西和好貿易條約（第五款。）

比利時 同治四年（一八六五）中比通商條約（第二十一款。）

義大利 同治五年（一八六六）中義通商條約（第十一款。）

奧國 同治八年（一八六九）中奧通商條約（第八款。）

日本 光緒二十九年（一九〇三）中日通商行船續約（第五款。）

瑞典 光緒三十四年（一九〇八）中瑞通商行船條約（第六款。）

(二)以最惠國條款取得在華沿海貿易權者(共計六國)

俄國 咸豐八年(一八五八)中俄天津條約(第三條)

德國 咸豐十一年(一八六一)中德通商條約(第四十款)

祕魯 同治十三年(一八七四)中祕通商條約(第八款)

巴西 光緒七年(一八八一)中巴通商條約(第五款)

葡萄牙 光緒十三年(一八八七)中葡通商條約(第十一款)

瑞士 民國七年(一九一八)中瑞通好條約附件。

如前所述，歐戰以後，德奧二國，同時喪失其在華昔日之地位。

至於俄國，亦於民國十三年解決中俄懸案大綱協定內聲明：「嗣後無論何方，不訂立有損害對方締約國主權及利益之條約及協定。」細察俄國之所以願訂立此項條文，實因在原則上先已默認放棄一切有損害我國主權之條約及協定，沿海貿易權，當然在承認放棄之列，毫無疑義也。

然外人在華享有沿海貿易權，雖或以條約明文為根據，或以最惠國條款為理由，其憑藉各不

相同，而其損害吾國主權則一。惟在中外條約中，關於沿海貿易，亦有規定最惠國待遇，而以相互為條件者，如光緒二十五年（一八九九）中墨北京條約第十一款規定：

「兩國商船，准在彼此現在或將來開准通商各口，與外洋貿易，但不准在一國之內各口岸往來載物貿易，蓋於本國之地，往反各口運貨，乃本國子民獨有之利也。如此國將此例施於別國，則彼國商民自應一律均霑，但須妥立互相酬報專條，方可照行。」

據此以觀，較其他中外條約之僅有片面規定，只許外人享有是項特權者，已大勝一籌矣。

結論：內河航行與沿海貿易，依國際通例，既均視為國民權，則我國奚必獨自慷慨，任令外船縱橫，如入公水（國際河流）公海，漫無限制乎？故我國民政府成立以來，即以收回此兩種權利為職志。今一面已由交通部設立上海、天津、漢口、哈爾濱四航政局，為實際上之準備，一面由外交部與他國訂約時，復加以明確之規定，「彼此締約國，各保留此項權利於國民。」如新訂之中國波蘭條約第十四條，中國捷克條約第十五條，皆本此宗旨而規定者也。竊考外國間以條約規定各保留沿海貿易權者，亦甚多，茲略舉數例，以殿斯篇：

- 一八六五年 法國與瑞典那威條約第四條；
- 一八六六年 英國與哥倫比亞條約第九條；
- 一八六八年 英國與奧匈條約第二條；
- 一八七四年 法俄條約第十條；
- 一八八一年 法葡條約第二十三條；
- 一八八二年 美法條約第八條；
- 一八八四年 法與奧匈條約第八條；
- 一八八六年 法國與墨西哥條約第十九條；
- 一八八九年 英埃條約第五條；
- 一九〇五年 英國羅馬尼亞條約第十條。

至於內河航行權，各國向例，乃絕少允許外人享有者，故不必在條約中加以保留，非如我國之昔日既以條約允許外人，今日不得不復在條約中明定收回也。

第四章 普通有約國人民在華居住經商租地權

依中外條約通例，有約國人民在中國皆得享有居住經商及租地權，但有地域之限制。

最初中英南京條約（一八四二）允准英人在廣州、廈門、福州、寧波、上海五口寄居通商（第二款）。翌年中英虎門寨附約第六款復明白規定：「廣州等五港口，英商或常川居住，或不時來往，均不可妄到鄉間任意遊行，更不可遠入內地貿易。中華地方官應與英國管事官，各就地方民情地勢，議定界址，不許踰越……」其指定範圍，至為明確。此虎門寨附約，雖經一八五八年中英天津條約第一條規定廢止，但該約第十一款復明定地域之限制，所不同者，增加牛莊、登州、台灣、潮州、瓊州等五處而已。茲將該條文錄示如左：

廣州、福州、廈門、寧波、上海五處，已有江寧條約，舊准通商外，即在牛莊、登州、台灣、潮州、瓊州等府城口，嗣後准英商亦可任意與無論何人買賣，船貨隨時往來。至於聽便居住，賃房買屋，租地起造禮拜堂醫院墳塋等事，並另有取益防損諸節，悉照已通商五口無異。They shall enjoy the same

privileges, advantages and immunities as)

自上述一八四二年之中英南京條約訂立後，美法同時效尤，美人照一八四四年之中美五口貿易章程，法人照一八四四年之中法五口通商章程，亦得在五口與英人享有同樣權利。

此後每屆修訂舊約，締結新約之時，往往增加通商口岸，故其數日多。

通商口岸內所定爲有約國人民居住之區，卽我國所謂租界是也。其在商務繁盛之區，如上海、漢口、天津，均有租界。考租界之原始，不過允許外國人在某某區域「寄居通商」。然外人乃設立工部局，管理界內一切事務，發布界內一切章程，徵課捐稅，建築馬路及公共工程，并設立警察，竊我行政權，使我國土地幾等於外國之領域矣。

至前清末年，我國在各省自關商埠多處，如岳州、秦皇島（光緒二十四年）、濟南、長沙（光緒二十年）等，其章程與當日依約設立之通商口岸章程，完全不同，自關商埠之界限，出自上諭欽定，凡在商埠地界之內，不分中外人民，均得居住經商租地，但管理商埠之權，完全屬於我國，外人不得干涉也。

總言之，有約國人民在中國享有居住經商及租地權，以通商口岸及自關商埠爲限，而在內地，則從未有條約規定外人得有享有此項權利，如中英天津條約（一八五八）第九款，中法天津條約第八款，及中日通商行船條約（一八九六）第六款，雖均規定外人得持照入內地「游歷通商」，然所謂「游歷通商」應作「外人持貨樣入內地或運土貨出內地」解，非謂得常川居住內地經營商業也。（註）

（註）日本以民國四年中日關於南滿東蒙之條約爲藉口，公然在南滿東蒙居住營業旅行，此項條約，經吾國一再抗議，惜未正式作廢耳。

至關於旅行一節，自通商口岸出外旅行者，若距離不逾百華里，時期在五日內者，無須持照（一八五八年中英天津條約第九款有此規定。）但一八五八年之中法天津條約（第八款）並不加以時期之限制。至往內地游歷，必須執有護照，由當事人所屬國領事發給，由地方官蓋印，若無照游歷，則中國官廳可加逮捕，就近交領事館懲辦，關於此點，中英天津條約第九款，中法天津條約第八款，中日通商行船條約第六款，均有明白之規定也。

第五章 教會之地位

吾國向來優容外教，故外教之傳入中國如佛教回教耶教等，皆能風行無阻，間或有禁止信奉外教之命令，乃偶然之事，恆由傳教者不守範圍所致也。惟在條約上明白規定予以優越之地位者，僅耶穌教而已。故所謂教會之地位者，乃專指耶穌教會而言，其他宗教團體，不得援以爲例也。茲將此問題分下例之二節說明之。

一、耶穌教士在條約上所得之權利

二、教會在內地租用土地房屋之限制

第一節 耶穌教士在條約上所得之權利

按以條約明白允許外人得自由信奉宗教者，實始於雍正五年（西歷一七二七年）中俄恰克圖界約，該約第五款云：『俄人得照伊規矩，禮拜念經。』俄人得此，其喜可知。但其他各國，並不得援以爲例。故自十八世紀初至十九世紀中葉，清廷仍時降上諭，禁止傳道，及飭將天主教徒驅逐出

境，因爾時教士，往往以傳教爲名，而暗作宗教以外之事，且大半皆爲帝國主義者之先驅，暗探虛實，作爲報告，且有捏造事實，激動帝國主義者之野心，冀其對於中國速加辣手者；而其平日，又復不安本分，干涉民事，此清廷之所以深惡而痛絕之也。但驅逐之令，往往不嚴厲實行，故教士之得羈留於中國內地者，實繁有徒，惟稍斂跡，并受地方官之制裁而已。

至鴉片戰爭，中英訂立南京條約後，斯時清廷惕於外患，事事順外人之要求，故在一八四四年之中美望廈條約及中法黃埔條約中，應允美人法人得在通商五口建造禮拜堂學校醫院，此爲明白允許西國教士傳教之始，且得旁及教育及醫業，而教士之活動範圍，遂軼出傳教之外。

然外人獨以爲未足，當一八五八年英俄法美同時與中國修訂條約時，該四國共起要求得往中國內地傳教，而清廷概許之，茲將四約中相關條文臚列如左：

一、中俄天津和約第八條：

中國政府，以天主教士爲行善不求實利之人，當准其傳教於中國人民，亦不禁其往來內地，若教士有由通商處所往內地者，應帶有俄國領事簽字之護照。

二、中美天津和約第二十九款：

耶穌基督聖教，又名天主教，原爲勸人行善，凡欲人施諸己者，亦如是施於人。嗣後所有安分傳教習教之人，當一體矜恤保護，不可欺侮凌虐。凡有遵照教規安分傳習者，他人毋得騷擾。

三、中英天津和約第八款：

耶穌聖教暨天主教，原係爲善之道，待人如己。自後凡有傳授習學者，一體保護。其安分無過，中國官毫不得刻待禁阻。

四、中法天津和約第十三款：

天主教原以勸人行善爲本，凡奉教之人，皆全獲保佑身家，其會內禮拜誦經等事，概聽其便。凡按第八款備有蓋印護照，安分入內地傳教之人，地方官務必厚加保護。

按四約中關於教士之規定，以法約爲最詳備，又俄法兩約，皆載明各該國教士得往中國內地傳教，而英美兩約並無同樣字句，然當日解釋者亦以能往內地論，因其條文中並無地域之限制也。又上述之條文，以英法美三約中所規定者爲較謹慎，因該三約皆有安分字樣，故依邏輯解釋凡不

安分者即難冀中國地方官廳之保護也。惟如此，則教士入內地，方稍知顧忌。至於俄約，並無此項限制字樣，而中國官廳，須一概加以保護，是不啻暗縱教士橫行內地矣。

至允許外國教士在內地租買田地，始見於一八六〇年中法北京條約。惟約第六款中文約本，雖有此項字句：『並任法國傳教士在各省租買田地，建造自便，』而法文約本則無之，豈非怪事？此項錯誤，在外人方面至一八六九年始為駐華英使艾爾柯 Sir R. Alcock 所查出（見一八七〇年英國會文牘中國部所載艾爾柯致伯爵凱雷敦 Earl of Chardon 書）。惟中國方面，幾時始發覺，殊難知之。至於法國，似應知道，或者知而不言耳。但此項中文條文竄入詞句，照法理解釋，本應無效，因一八六〇年之中法北京條約，乃為續一八五八年中法天津條約者，中法天津條約既規定：「如有辨論，總以法文為正，」則法文所無之句，當然不能作為根據。法國政府，或者當時已見及此，故別求辦法，於一八六五年二月二十日由法國公使柏森美 M. Berthemy 與清廷總理衙門，訂立天主教會置產章程，規定如有田地房屋賣與天主教士者，其契據內寫明賣產人某某，賣為本處天主堂公產，不必專列教士及奉教人之名，以明仍係中國土地等語，是年總理衙門為此章程咨行

各省督撫，說明上項規定之理由，并開列章程限制之處如左：

查內地建堂，由來已久，但教士究係外國之人，如賣地爲建堂之用，其賣契可載明賣作本處天主堂公產字樣，若係洋人在內地置買私產，與約不合，仍應禁止。

吾人閱此咨文，即可知當日之情形有如下列之三點：

- 一、天主教在內地賣地建堂，由來已久，雖無條約根據，然爲中國政府所默許。
- 二、只准以教會名義，買作公產。至以私人名義，即屬教士，亦不允准，普通外國人更無論矣。
- 三、雖准賣於教會，仍屬中國土地，可見此賣字不甚妥當，故現行章程改爲租字。（見後）

上項章程，雖爲法使與中國政府所訂定，然當日法國以保護在華天主教會自任，故凡他國之天主教會亦得適用之，且爲中國政府所承認，茲觀於一八九七年十二月九日總理衙門對於美使 Mr. Derby 照令覆文可以知之：「貴大臣所稱上諭，應聲明美教士得在中國內地購地，并聲明美教士得享天主堂買地章程之一切特典，及美教士所執契據應照該教會規定，填明購地之教會或教堂之名，本親王大臣等查中美條約並未規定此項權利。但此事美教士自應與法教士一樣待遇

云。

至於基督教士既無條約可據，又無章程可以援用，故往往利用華籍教民名義置產，久而久之，其數亦甚多。

及至一九〇三年中美條約（第十四款）始明白規定：美國教會——不論其爲天主教或基督教——一律得在中國各處租賃及永租房屋地基，作爲教會公產，以備傳教之用。

結論 從各中外條約觀察，多允許耶穌教士得往中國內地傳教。至於耶穌教會得在內地購買土地，作爲公產，在一八六五年前，乃各中國政府所默許。自一八六五年法使伯森美與總理衙門訂立章程後，對於天主教會加以明白之承認。至於以條約正式規定，實自一九〇三年中美條約始。

關於其他權利，外國政府方面，均主張教士與非教士並無區別。一八八六年十月九日駐華美使 Denby 致國務卿白耶 Mr. Bayard 文中有曰：『教士不過爲一人民，其宗旨之神聖尊嚴，與其權利如何論定，並不相涉也。』（見美國一八八六年外交公牘）又一八七一年十月十九日美國

代理國務卿 Mr. Davis 訓令駐華美使 Mr. Low 有曰：

凡對於外國教士，不與其他在華外人一樣待遇，大總統引爲深憾。查美國一切人等，無論爲何宗教黨派與種族。法律上均屬平等，乃美國根本法則也。故美國並無優待教會之處，無論主教司鐸牧司，其在美國，得要求一樣保護，其在民法，均享有平等地位，美國所求於中國者，不過爲美國在國內所予美人之權利。倘任何方面，有努力煽誘，或強迫中政府將非常民權，畀予洋教士，致擾亂中國安寧者，執事應向中國聲明，美國不贊成此舉，視爲越乎條約所賦予各國權利之外。但如中國從其要求，則美國政府亦將考慮此項利益，按照中美天津條約第十三款美國官員商人暨其他人民，是否即應一體均霑。

此外，英國與德國政府之主張，與美國同，惟法國之態度不明，嘗任教士向中國要求特別待遇耳（註）。

（註）北京天主教使樊國翰與總理衙門訂立待遇教士辦法，經西歷一八九九年三月十五日清帝批准。照此辦法，『天主教主教與督撫平行，管堂暨總司鐸與司道平行，司鐸與府縣平行，華官按照司鐸等級，分別答拜。凡司鐸承辦教會與地方官交涉事務者，由

主教開具名單，送交省憲，遇有教案請辦之時，地方官應和衷公道，立與議定辦法。『自上項辦法施行之後，弊害叢生，一九〇八年清廷據外務部所奏乃撤廢之。』

至中國政府之政策，其待遇教士，向來悉照待遇有約國之他項人民辦理，不認教士有官員或特別身分，上舉樊國翰與總理衙門所訂辦法，乃偶然的變例，且爲一時的錯誤，不足爲訓也。

第一節 教會在內地租用土地房屋之限制

吾國向來政策，不許外人得享有土地所有權。觀於一八六五年總理衙門與法使柏森美所訂天主教會置產章程，規定只准將田地房屋賣於天主教堂，「作爲公產，以明仍係中國土地。」云云，卽表示保留土地所有權之意。但當時並未將土地與房屋二者分別辦理，而概用賣字，頗不允當，故自國民政府成立後，卽於十七年六月十一日由內政外交兩部公布『內地外國教會租用土地房屋暫行章程』，其所定限制辦法比較的妥慎，茲將其要點分述如下（原章程附後）：

- 一、將土地與房屋分別辦理，土地只許租用，至於房屋或租或買均可（見該章程第一條。）
- 二、令租買者服從中國法律及課稅，此乃當然之理（見該章程第二條。）

三、租買行爲須由關係人雙方呈請該管官署核准，否則其契約不發生效力，此乃實行「官廳監督主義，使外國教會不敢濫行租買」(見該章程第三條)。

四、租用或租買均有面積之限制，超過必要範圍時，該管官署不得核准(見該章程第四條)。

五、教會租用土地建造或租買房屋，只許作爲設立教會學校及醫院之用。若有作爲收益或營業之用者，該管官署得禁止之或撤銷其租買(見該章程第五條)。

六、教會以前占用之土地房屋一概須向該管官廳補行呈報，倘其土地係絕賣者以永租權論。如此則根本取消外國教會之購買土地權，易言之即將土地所有權重行收回是已。「見該章程第六條」。

綜合上述六點而論，吾人可以說：「外國教會得中國該管官廳之核准，可在必要範圍內，租用中國內地土地以爲建造房屋專作傳教之用。故僅享有土地使用權而不能享有所有權或收益權。至關於房屋一節既許其租，復許其買，恐將來難免發生解釋問題，因吾國習慣，買賣房屋恆將基地包含在內，今房屋概允外國教會可以購買，得享有所有權，關於房屋所在之基地，將如何？將與

房屋視同一律抑應有另外辦法乎？請看司法院之解釋：

二十年二月四日司法院訓令司法行政部：「查依照內地外國教會租用土地房屋暫行章程第一條規定：該教會如爲傳教之用，並不超過必要之範圍者，得准其將房屋承買，但該房屋所坐落之地畝，僅得永租，并應將永租字樣，記明契內云：『見增訂國民政府司法例規下冊第二四一四頁。』據吾人意見，吾國在原則上，既不允許外國教會得享有土地所有權，則對於其所買房屋之基地亦不能以所有權賦予之，故當其房屋毀壞時，彼在基地上僅得實行其使用權，重造房屋，決不能許其將基地轉賣也。」

茲將民國十七年六月十一日所公布之內地外國教會租用土地房屋暫行章程附錄於左：

第一條 凡外國教會，在內地設立教會醫院或學校，而爲該國與中國條約所許者，得以教會名義，租用土地，建造或租買房屋。

第二條 外國教會在內地租用土地，建造或租買房屋，應服從中國現行或將來制定之法令及課稅。

第三條 外國教會在內地租用土地建造或租買房屋，須由業主與教會會同呈報該管官署核准，其契約方爲有效。

第四條 外國教會在內地租用土地建造或租買房屋，其面積越過必要之範圍者，該管官署不得核准。

第五條 外國教會在內地租用土地建造或租買房屋，查出有作收益或營業之用者，該管官署得禁止之，或撤消其租賃。

第六條 本暫行章程施行前外國教會在內地已占用之土地及房屋，應向該管官署補行呈報。倘其土地係屬絕賣者，以永租論。

第七條 本暫行章程自公布日施行。

上項章程施行後，關於外國教會租用土地房屋契約或式樣發生疑問，旋由內政外交司法部會呈辦法，經立法院修正通過，由國民政府於十八年十月十日訓令行政院（第一〇〇五號）茲將原令要點錄示如左。

外國教會租用地屋契約應強制載明必要事項四項令：

- 一、租用期間之約定；
- 二、土地四至及面積或房屋大小及式樣；
- 三、土地或房屋在傳教宗旨範圍以內之用途；
- 四、教會國籍。

查內政外交司法三部呈文第一項原爲：『租用期間或永租之約定。』後立法院以爲：「或永租」三字與土地權有關，爲防止抵觸起見，應行刪去。國民政府乃依照立法院意見令行行政院，故第一項無「或永租」三字（見增訂國民政府司法例規下冊第二四一一頁國府訓令及原會呈。）

上述十八年十月十五日國府訓令雖可視爲十七年六月十一日暫行章程之補充辦法，然因立法院刪去『或永租』三字，又發生疑問，原立法院之所以主張刪去此三字者，乃欲僅許外國教會定期租用，而不願予以永租權，因永租在事實上與絕賣無異也。然因此即引起下列之疑問：

立法院刪去教會租地契約內強制載明第一項辦法中「或永租」三字，并由國民政府訓

令行政院遵照辦理，則前民國十七年六月十一日之暫行章程第六條末段，是否仍可適用？

據外交部之意見：『立法院刪去「永租權」字樣，僅以規定教會租地契約方式，至內地外國教會租用土地房屋暫行章程，原係一種實體辦法，該章程所有關於永租地畝之規定，並不因立法院之決議案而發生變更。且外國教會在內地永租地畝，係條約範圍內之權利，尤不能因租地契約內僅有載明租用期間之強制規定，而無永租字樣，即謂該項永租權利已經取消。本部意見，認為外國教會租用土地房屋暫行章程第六條之末段之規定，現在仍應適用云云。』外交部曾將此項意見，咨詢司法部，旋司法部於十九年四月十四日咨覆表示贊同（見增訂國民政府司法例規下冊第二四一—三頁）。

據吾人之意見，永租與絕賣，事實上並無區別，我國土地政策，既不願外國人享有土地所有權，而禁止其購買，若仍許其永租，實為不澈底，故應將永租制度改為定期租用，但此種改革辦法，依普通法理，只可適用於將來，不可追溯於既往耳。

第三編 法律之衝突

第一章 概論

第一節 解決法律衝突法之性質

解決法律衝突法例，國與國不同，因今日各國咸視此項法例爲國內法，本諸國家之主權而制定。故甲國以法例規定某事應適用自國之法律，某事應適用外國人之本國法，或其他外國法，完全爲甲國之主權行爲，且並不受任何國際共通法理之支配，因在實際上，尙未有此項共通法理也。因此，有一獨立自主之國家，卽有一解決法律衝突法例，使吾人集而觀之，爲比較之研究，將見其錯綜複雜，無與倫比，此爲國際私法尙未成爲真正國際法時代之過渡現象，故今日學者研究法律衝突法例之性質時，咸認爲國內法，而非國際法。

第二節 法官適用法律之標準

各國解決法律衝突法例，既各本諸國家主權而制定，則法官解決法律衝突時，即應以己國之解決法律衝突法例爲標準，如我國法官應以我國法律適用條例爲準據法，此乃當然之理。

惟我國之法律適用條例，簡略疏漏，無可諱言（見後），其不能解決之問題甚多。此時我國法官，既無判例可循，只得根據普通法理，而自求解決之道，但以不違背我國法律政策爲原則。故今日我國法官，除須明瞭我國立法精神外，關於法律衝突問題之理論，應多加研究，不然，將不知所措也。（拙著國際私法大綱第三編關於此項理論，引證頗多。至於外人著作，下例諸書皆可參考：

1. Pillet, Principes de Droit International Prive, Paris, vol. I; 2. Weiss, Traité Théorique et Pratique, en six volumes; 3. Dicey's Conflict of Law; 4. Westlake, The Private International Law.

第三節 外國法之證明

當一案之發生，依我國法律適用條例，應適用外國法時，法官即應適用外國法，毫無游移之餘地，惟各國法律何等繁多，何等紛歧，爲法官者，安得一一知之？故我國民事訴訟條例草案第三三四

條，有令當事人自行舉證之規定：

習慣法自治法及外國之現行法，為法院所不知者，當事人有舉證之責任。

此項規定，實予法官以極大便利，俾得較易進行調查耳，若當事人不能舉證時，或舉證而有錯誤時，法官仍不能藉以卸責，故該條有下列但書之規定：

但不問當事人舉證與否，法院得依職權為必要之調查。

吾人觀於此項規定，實覺非常合理，因國家既運用其主權，制成解決法律衝突法例（如我國之法律適用條例），規定某某情事應適用外國法，為法官者，即有應知外國法之責任。故今日著名法國國際私法學者 J. P. Niboyet 氏主張：有必要時，法官應依職權為自動的調查，不必待當事人之舉證見 Niboyet, *Manuel de Droit International Prive*。此其意較吾國民事訴訟條例草案第四三三條，更進一步矣。

但我國民國七年大理院判例上字第一二五〇號之措辭，卻不甚合理，該判例云：

「關於審判衙門所不應知之外國現行法律，除依職權得自由調查外，並應由主張之當事

人立證……。」

此項措詞，實與法理不合，蓋謂外國法爲「不應知」，則解決法律衝突時，卽不應適用外國法，且無須有解決法律衝突法例之制定，根本上卽應置外國法於不顧。否則，立法者曰，應適用外國法，司法者乃曰，吾不應知之，其矛盾爲如何耶？況今日各國皆有解決法律衝突法——或爲成文的或爲不成文的——皆知關於某某情事，爲尊重國際正義起見，非適用外國法不可。爲法官者正宜深明此旨，依其職責之所在，自動的調查外國法，而不必諉其責任於當事人。最好於事先加以研究，今日之大學法科——尤其是法官訓練所——應設有比較法學，以便學者有所遵循，而司法院中急應設立一編譯處，其第一步工作，搜集外國法，第二步工作，在可能範圍內，盡量譯成中文，分發各審判機關。不然，法權收回後，涉外案件，將紛至沓來，法官對於外國法，事前既未研究，臨時無從查考，雖欲不至倉皇失措，不可得也。

當此過渡時期，法官不知外國法時，雖得令當事者舉證，或詢諸外國律師，然二者皆僅可作備查之資料，而不能作爲正確之根據。此外有一比較可靠之方法，卽詢諸外國法院是也（註）然最後

決擇，當由法官自己審定，不然，自棄責任，法權旁落矣。

(註)依國際習慣，關於法律行為之意義或法律之適用上有疑問時，各國法官常實行所謂法律上之互助規則，如甲國法院，須適用乙國法律，發生疑問，而詢諸乙國法院時，乙國法院，恆盡量告知之，此即所謂： *La règle de l'entraide juridique des autorités judiciaires* 是也。

但若法官用盡各種調查方法，而仍不能知外國法時，當如何將以不知法律為理由，而置之不理乎？如此，則國際正義何在？故此時不得已，只可用一種救濟方法，即推定外國法與內國法同而適用內國法是也。「詳見 *Weiss, Manuel de Droit International Prive*, p. 418」此種辦法已為一般國家所採用矣。

第四節 外國法之適用或解釋有錯誤時能否上訴

關於外國法之適用或解釋有錯誤時能否上訴問題，應先從各國法例說明，再依學理論斷。依各國法例，對於外國法之適用及解釋所發生之錯誤，常視為性質不同，宜分別辦理，茲依次

舉示如下：

甲、關於適用外國法所發生之錯誤 此時復應分二種情節以說明之：

(1) 法官本應適用內國法而誤用外國法 例如有一不動產，坐落中國，本應服從中國法。(我國法律適用條例第二十二條規定：關於物權依物之所在地法。)而法官乃適用一種外國法律，此乃顯然違反我國法律適用條例第二十二條之規定。關於此類錯誤——即本應適用內國法而誤用外國法時——各國法例，咸准予上訴。

(2) 本應適用外國法而誤用內國法時 例如依我國法律適用條例，外國人之身分和能力，本應適用其本國法，而法官卻適用中國法律。關於此種錯誤，各國法例，亦多准予上訴。惟法國除與法律明文或條約之規定抵觸外，其餘案件，不准上訴。(見 Weiss, *Mannel de Droit International Privé* p. 418) 而比國法例與法國相同(見 Niboyet, *Mannel de Droit International Privé*, p. 604 note.) 若然，成文法與不成文法間，又有區別矣。

乙、關於解釋外國法所發生之錯誤 例如中國法官適用外國民法，而將其中關於繼承之一

條文解錯，與其原意不同，此時依許多國家之法例：如（一）德國，（二）比國，（三）智利，（四）古巴，（五）西班牙，（六）希臘，（七）盧森堡，（八）蒙納哥，*Monaco*，（九）荷蘭，（十）羅馬尼亞等，皆不許上訴。意謂只要法官曾經適用外國法即可，其適用正確與否，皆不必問也。

吾人細察各國法例，頗多未當，實難取法，故關於外國法之適用或解釋所發生之錯誤能否上訴問題，不能不本諸學理以解答。

夫國家之規定解決法律衝突規則——如我國之法律適用條例——乃國家之主權行為，爲法官者卽有遵守之義務。若一國之解決法律衝突法例規定某某情事，應適用外國法，則爲法官者，卽應奉行無誤，否則，應適用而不適用，則違反準據法，固非矯正之不可，關於此點，各國法例，頗趨一致，吾國正可從同。若適用而解釋錯誤，則違背所以適用外國法之原旨，又豈可任其錯誤到底。蓋一國解決法律衝突法例，其中有不得不規定適用外國法者，實爲國際正義所驅使，（如關於人之身分和能力，從國際正義上着想，實非從其人之本國法不可。）若法官適用外國法，不幸而解釋錯誤，乃竟任其錯誤，不許當事人上訴，則正義何在，揆諸立法原旨，其矛盾爲如何耶？或者曰，外國法不在

吾國內頒布，不應視爲法律，只可認爲單純之事實，依各國法例（吾國亦然）最高法院，「管法律不管事實」，故解釋外國法有錯誤時，最高法院可以不管。吾以爲此說實爲不妥，夫外國法之頒布，雖在外國，然其本身爲法律而非事實，則無論在頒布國，或在他國，不能有所異也，如我國法律適用條例第五條云：人之能力，依其本國「法」，是明認外國法爲法律矣，及至適用而解釋錯誤時，乃曰此乃事實也，其誰欺之？

今日各國之最高法院，均有統一法律解釋之權，我國最高法院編制法，亦有同樣權能之規定，故據吾人之意見，下級法院解釋法律有錯誤時，無論其關於內國法或外國法，當一律准予上訴，蓋內國法爲法律，外國法亦法律也，矯正適用內國法之錯誤爲正義，矯正適用外國法之錯誤亦正義也。况適用外國法既爲己國國際私法所自定，卽爲己國最高主權之命令，故最高法院，卽有監督其所屬法院奉行無誤之責任焉。

第一章 法律適用條例之解釋

關於解決法律衝突規則，我國曾於民國七年八月五日以明文規定，名曰法律適用條例（註）都二十七條，內分七章：一、總綱；二、關於人的法律；三、關於親族之法律；四、關於繼承之法律；五、關於財產之法律；六、關於法律行為方式之法律；七、附則。故從形式觀察，可謂具體而微。惟在實際上，疏漏之處，尚復不少，故解釋時，不能不加以批評，並補充意見。

（註）法律適用條例之名稱，頗有嫌其未妥者（見寶道 *Padoux* 對於法律適用條例之意見，中華法學雜誌第一卷第三號第四十九頁。）余以為名為『法律適用條例』較之如歐美各國之通常稱為解決法律衝突法，（*Les regles de solution des conflits de lois*）已稍有進步，因法律衝突一語，本不確切，蓋法律出於主權，法律強制施行之範圍，一以主權所及之範圍為標準，如中國之法律，不能強行於中國之外，外國之法律，亦不能強行於中國以內，故以嚴格而論，並無所謂法律之衝突。一國家為欲尊重國際正義，并以維持其司法之平允起見，有時特許外國法亦得適用於其領土之內，此確為法律適用問題，而非衝突問題。惟單看『法律適用條例』六字，亦不易了解，因未告吾人以

關於何種法律之適用條例故也。意者於「法律適用條例」之上，再加「關於國際私法之」七字，或當較爲明瞭歟？

吾人解釋名稱既畢，茲將法律適用條例，逐條解釋於後。

第一章 總綱

第一條 依本條例，適用外國法時，其規定有背於中國公共秩序或善良風俗者，仍不適用之。
（解釋）本條之原則，爲世界各國法例所共同採用，惟措詞頗不一致，法國單稱公共秩序（L'ordre publique）而將善良風俗（Les bons moeurs）之意義，包括在內。德國民法第三十條，則稱「外國法之規定，有背善良風俗，或德國法律之目的時，不得適用之。」乃爲有意避免公共秩序字樣，而易以「德國法律之目的」者（見中華法學雜誌第一卷第三號第五一頁寶道（Padoux）對於法律適用條例之意見）我國以公共秩序及善良風俗二語並用，乃爲完全模仿日本法例第三十條之規定。（一八九八年六月二十一日公布，見日本法令輯覽。）吾人對於善良風俗之意義，雖易明瞭，然關於公共秩序之解釋，學者間頗不一致，如 Pillet 嘗說：「法律

之有普遍性者(*Les lois generales*)皆爲有關於公共秩序之法律(見 *Nihoyet: Mannel de Droit International, Prive, p. 525.* 若然，則違反一國之普遍性法——無論其爲公法或私法——卽爲違反一國之公序，若外國法律與之接觸，卽不能適用，今試舉一例以明之：如我國法律適用條例第二章第五條規定，人之能力，從其本國法，假定有一外國人，其本國法規定以滿十九歲爲成年，與我國規定二十歲者(民法第二十條)不同，此時，若我國法官，視爲凡違反我國有普遍性之民法所規定者，卽爲違反我國公共秩序，則該外國人之本國法，卽不得適用矣。故寶道亦嫌公共秩序四字，無確定之意義，嘗曰：「公共秩序」一語，未免過泛，民法第七十二條規定「法律行爲有背於公共秩序或善良風俗者無效」，然則中國法院依據民法第七十一條之規定，認違反強制或禁止規定之行爲爲無效，亦可謂違反法律規定者，卽爲有背公共秩序，換言之，卽中國法院得解釋依第七十二條之無效行爲爲包括於依第七十一條之無效行爲之中也，公共秩序，依此解釋，則法律適用之全體意義，將見掩蔽無餘，中國任何強制或禁止之規定，皆無不與公共秩序有關，若外國法之與中國強制或禁止之規定不合者，咸被拒絕，則所謂法律適用

條例者，亦僅等於具文，蓋外國法已將永不適用矣（見中華法學雜誌第一卷第三號第五〇頁）吾人依 *Pillet* 之主張，及寶道所引證之解釋觀之，覺公共秩序一語之意義，確爲過泛，若法官而亦如此解釋，恐將永無適用外國法之可能，故吾人不可不確定公共秩序之性質：

吾人以爲公共秩序，爲一種獨立觀念，並非如 *Pillet* 所說：「凡有普遍性法，皆爲關於公序之法律，二者如物之兩面，一而二，二而一者也。」蓋既視二者爲一致，則有普遍之觀念已足，而公序之觀念，乃成贅瘤。又如寶道所引述，若可視民法第七十二條爲包括在第七十一條之內——即視違反公共秩序及善良風俗之行爲，爲包括在違反強制或禁止規定之行爲之內——則有第七十一條已足，何必再設第七十二條，徒增蛇足哉。

故欲公序之觀念，有相當之效用，須假定有某種案件，依法律適用條例，本應適用外國法，但是適用外國法，有時卻有困難，有危險，有害於公共利益，而不能不避免之，此時宜用正當防衛方法，以防衛社會全體，而公序之觀念，如劍出匣中，曰有吾在，違吾者斬，若然，公序之觀念，不但非贅瘤，乃爲一種獨立觀念，在必要時，非應用不可，此爲適用外國法而覺有害時之一種救濟工具。

(Remede) 我國法律適用條例第一條之規定，即本此意。惟決定是否違反公共秩序，其權完全付諸法官，故法官不但應明瞭公共秩序之性質，即關於應用公共秩序觀念所生之效果，亦不可不知之。

應用公序觀念之效果 當法官應用公共秩序之觀念時，其效果非常為一致，有時純為消極的，有時既為消極的，而又為積極的。

(1) 消極的 假定有一案件，依法律適用條例，本應適用外國法，但若果適用之，依法官之見解，將引起一種不良之結果，此時，應用公序之觀念，即生消極之效果，即不適用外國法，例如吾國不採用民事上死亡之制度，使有一外國婦人，因其本國法有此項制度之規定，當其夫被宣告無期徒刑時，即自認婚姻關係已斷，而欲再嫁，因此而起紛爭，乃請求中國法院適用其本國法，此時，中國法官得視此項外國法之規定為違反中國公共秩序，而拒絕其適用。

(2) 消極的同時又為積極的 但是有幾種案件，應用公序之觀念時，其效果不僅為消極的，同時又為積極的，易言之，即法官不但不適用外國法，并進一步而適用己國法律，以解決之前

者爲消極的，後者爲積極的，即以己國之法律，代替外國之法律。關於此點，請引一新近（一九二二年）之法國巴黎高等廳判例以說明之：有二塞爾維亞人，在巴黎結婚，但依其本國法，若欲婚姻有效，須經過一種宗教儀式，乃彼等結婚時，單依法國民事式結婚手續，而並不經宗教儀式，此婚姻果有效否乎？照法國普通法例，婚姻應用當事人之本國法，在本案乃爲塞爾維亞法，但是塞爾維亞法既規定除用宗教儀式外，不能結婚，在巴黎高等廳視之，則爲違反法國之公共秩序。然則將何以使法國公序滿意乎？如僅說不適用塞爾維亞法——消極效果——此事仍無結果，故不得不更進一層，適用法國法律，准其依法國民事方式結婚，而不須宗教儀式，若然，對於此案，應用公序之觀念，即發生兩種效果：先不用塞爾維亞法（消極的），後適用法國法（積極的）。最後，尚有一點爲吾人所不可不知者，即公共秩序與善良風俗兩種觀念，因地而變，因時而變，乃至無定者，故法官應因時制宜，臨機應變，而不可拘泥也（參觀拙著國際私法大綱第三編第三章第三節公共秩序）。

第二條 依本條例，適用當事人本國法時，其當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍，定

其本國法，但依國籍法應認爲中國人者，依中國之法律。

當事人無國籍者，依其住所地法，住所不明時，依其居所地法。當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法。

（解釋）本條內分三項：第一項規定對於有多數國籍之當事人，應如何決定其本國法；第二項規定對於無國籍之當事人所應適用之法律；第三項規定對於當事人本國內各地法律不同者，所應根據之法律。茲依次詮釋如左：

第一項：

本項分爲兩段，第一段爲：「依本條例適用當事人本國法時，其當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍，定其本國法。」其意乃言當事人有二個以上之國籍，而其取得有先後者，則依最後取得之國籍，定其本國法。

第二段「但依國籍法應認爲中國人者，依中國之法律，據此，可知上項原則——即當事人取得國籍有先後時，依最後取得之國籍定其本國法——以數國籍，依中