

579.9  
635

法政叢編第十二種

國際私法

湖北 法政編輯社出版



82423

## 例言

一是書係依日本三田博士口義間採他家學說編纂而成故主張斷定之處以從三田博士者居多

一吾國尙無國際私法故所說多以各國現行法律及隨時特定條約爲根據至吾國與各國所定條約亦間引及以資參攷

一各國法律規定不同各家學說主張亦異茲編所錄皆準吾國時勢及人情風俗而定至不合吾國之用者雖備存其說亦不敢謬爲附和以免鑿枘之虞

一領事裁判權爲吾國前途一大障害此權不撤則國際私法全屬無用故書中凡關於此者皆不避繁瑣詳爲解說有心時事者幸注意焉

一斯編爲國內法之一部份凡詳於民法商法及國籍法中者皆從節畧以避駢枝

一書中有引及他國法例者皆將其原文譯注於下以資參照

一法律名辭以漢文譯之多難適當書中閒有仍用日本原文者皆爲解說其意義於下以免費解

一外國人名地名皆從原音譯出雖閒有與他書岐異者然輾轉沿訛未知孰是讀者諒之

# 國際私法目次

## 緒論

第一章 國際私法之性質	一頁
第一節 國際私法之意義	四
第二節 國際私法與國際法之關係	八
第三節 國際私法與實質法之關係	一一
第二章 國際私法學之沿革	一二
第三章 國際私法之沿革	二三
第一節 國內的立法之沿革	二四
第二節 國際的立法沿革	二九
第四章 國籍(內外人之區別)	三〇
第一節 國籍之取得	三二

第一項	生來國籍之取得	三三
第二項	傳來國籍之取得	三四
第二節	國籍之喪失	四七
第三節	國籍之回復	四九
第四節	國籍之抵觸	五一
第五章	外國人之地位	五六
第一節	外國人地位之沿革	五七
第二節	現在外國人之地位	六九
第一款	公權	六九
第二款	私權	八八
第一項	財產權	八九
第二項	親族權	一〇二
第三項	相續權	一〇三

第六章 外國法人之地位

第一節 外國法人之意義

一〇四

第二節 外國法人之存在

一〇四

第三節 外國法人之權利

一〇七

第七章 法律之抵觸

一〇九

第一節 外國法之適用

一一一

第一欸 外國法之性質

一一一

第二欸 外國法之證明

一一二

第三欸 外國法之不當適用

一一四

第四欸 外國法適用之制限

一一五

第二節 人事

一一七

第一欸 能力

一一九

第二欸 失蹤

一二〇

一二二

第三節 物權

一二五

第四節 債權

一二八

第一款 法律行為發生之債權

一二九

第二款 因事務管理不當利得不法行為發生之債權

一三三

第三款 債權之讓渡

一三八

第五節 親族

一四〇

第一款 婚姻

一四〇

第二款 親子

一四四

第三款 扶養之義務

一四六

第四款 後見

一四七

第六節 相續

一四八

第一款 法定相續

一四九

第二款 遺言相續

一五〇

# 國際私法

天門 郭 斌 編輯

## 緒論

研究國際私法。當知此種學問。關係時代。社會。實爲密切。原因有四。歷舉如左。

一因內外國人交通。鎖國時代。無所謂國際。更無所謂國際私法。自鎖國主義一變。爲開國主義。梯山航海。甲往乙來。彼此個人交通。漸繁。當事兩方各有利害。法律關係。因是而生。故有國際私法。二因保護外人權利。外人者。主觀的國家對於客觀的個人之名稱也。無權利則無保護。即無所謂法律關係。惟現今世界。尊重個人權利。彼此必須平等。對於外人觀念。亦同。此權利。同此保護。且同此法律關係。似無須另編何法。然既曰外人權利。則權利之中。必含有外人之元素。在故法律觀念上。因有一種適宜之看待。以構成相當之法律關係。是謂國際私法。

三因各國法律。差異。法律者。國民精神所發表者也。習慣風俗。人情氣候。國與國殊。故法律亦各異。此勢之不能強同者。然自大體觀之。凡一定進步之文明。國法律相同者。



亦復不少。今以理論推之。交通發達。婚媾往來。日益密切。學術智識。互相交換。愈進。化愈改良。去異從同。或有合一。爐而冶之。日特。今尙非其時耳。日本今日之文明。非素所固有也。彼自隋唐通使。凡百典章。皆襲用吾國。及維新開闢。一切更張。又採之泰西。以趨於同。故是以昔慕唐制。今醉歐化也。各法性質。其有世界趨向。爲交通上最速之引線者。莫如商法。故各國法。惟商法最同。其中如會社、海商、手形等法。又爲商法內之最同者。他如商標法、特許法、亦漸一律公認。皆條約所生之效果。中國商律。全仿西洋。而類似日本者亦多。以本相同。故是以顯徵於彼。暗合於此也。其次相同者。惟民法。民法以羅馬法爲最古。歐美各國。咸取法焉。雖互有變通。而羅馬法系。則同。日本民法。自謂得羅馬之精神。故亦畧同。夫商法民法。不過相同之最著點耳。其他各法。亦可日進於同者有二理。由一。因世界交通文明傳播。二。因法學大家互相研究也。近國際法學者。一布魯鳩利氏。嘗唱統一法律之議。謂「全世界之人民。須立於唯一法律之下」。使果見諸施行。則國際私法之研究。全爲無益然。此等理論。難遽見諸事實也。法律既因事實而有差異。仍當自事實上研究。例如兩國個人結契約。依甲國法有效。依乙國法

無效。用甲法疑崎於甲。用乙法疑崎於乙。此種問題。出不可不有以解釋之。故宜用國際私法。

四因法權自主獨立。國家以主權發布法律。必有完全之作用。非外人所能干涉。亦非外人所能補助。所謂獨立自主之法權是也。苟無此種法權。以上三條件雖備。國際私法亦無所用。今外人在吾國者。各有領事裁判管轄。是吾國主權失其獨立作用。而國際私法陷於無可着手之地位矣。吾等今日研究此學。首宜籌保護外人權利之方法。以不能保護外人。必不能處分外人也。次宜籌撤領事裁判之方法。以不撤領事裁判。必不能恢復法權也。吾國今日。國體掃地盡矣。條約言保護。而外人不信。有時或重懲本國人。以謝外人。而外人愈不信。蓋不已愛國人。而愛他國之人。此理之所絕無者也。試問今日。以礦權路權。商標權。著作權。土地所有權等。一切讓與外人。將來之結果。良乎否乎。研究國際私法。當從此着想。以何權利予外人。即當以何程度限制外人法權。上原有自由之活動。今外人在吾國者。權利受侵害。一次愈膨脹。一次是欲限制其權利。必先盡保護之責任也。此何以故。以保護外人權利為間接。以謀法權之獨立故。案

中英條約第十二款云：『中國如欲整頓本國律例以期與各西國律例改同一律。中  
一俟妥善。英國即允棄其治外法權。』即指撤領事裁判也。英國如此他國可知。是領  
事裁判非不能撤而改正。條約管理外人之法。亟宜講求。此何以故。以撤領事裁判爲  
直接以謀法權之獨立。故欲達此目的。非法律改良不可。欲改良法律。非兼採東西各  
國制度不可。日本安政條約。亦有領事裁判。與吾國同。慶應之季。朝野上下。即已知爲  
天恥。迫思救正。至明治三十二年。始克撤去。日本法權遂得完全。其獨立之作用。研究  
國際私法學者。實爲其主動力也。今吾國普通學人。於此領事裁判之利害。尙多茫然。  
故亟宜研究國際私法。

## 第一章 國際私法之性質

### 第一節 國際私法之意義

國際私法。可一言以蔽之曰。定適用涉外的法律關係之法也。涉外的法律關係者。謂  
有外國的元素之法律關係也。例如外國人在我國爲法律行爲。或兩方皆外國人。或  
一方爲外國人。皆與內國人之法律關係異。此當事者之國籍有外國的元素也。又如

內國人通常之法律行爲。其一方或雙方住在外國。亦與通常之法律異。此當事者之住所。所有外國的元素也。又如買賣之目的物件。存在外國。其法律行爲。不拘在何國取結。但使目的物之所在地爲外國。亦與普通之法律異。此目的物之所在地。有外國的元素也。且一國之裁判所。苟爲權限內之法律關係。雖在外国發生者。仍可管轄。不問其爲外國人否也。故同一法律關係。常因訴訟地之異。裁判所之異。致有外國的元素之法律關係。今試問有此等法律關係。欲判決之。當依何法律乎。按解釋此問題。即國際私法也。試又問此等問題。何故必須解釋乎。欲說明此根本問題。不可不說明法律之性質。及其効力與目的之範圍。

元來一國之法律。在版圖內。有排斥他國權力而行其最高權力之特質。他國之法律亦然。於是。有不許外國法律行於內國之結果。而內國法律。亦不能出於境外。而有行於他國之性質。此法律之効力也。雖然。法律之効力。固以本國之範圍爲限。法律之目的。則不以本國之範圍爲限。試自主權兩方面觀察之。凡一版圖內。有行最高之權力點者。曰領地主權。國土所屬地皆主權所及。地其權力。可以排斥他國之主權。而不使之

侵入更於他之一面。對於其臣民而行之者。曰臣民主權。臣民所至處。即主權所及處。其權力可以維繫臣民之身分。而不使之脫離。

主權之性質。既有此兩方面。故法律之性質。亦有此兩方面。同一法律。在內國對於外國人無適用之目的者。在外國對於內國人有適用之目的。例如婚姻年齡。各國內對臣民。皆有限制。獨不限制外國人。由此可知內國之法律。對於外國人無適用之必要。對於在外國之內國人。則有適用之必要也。易一方面以觀。是外國人居留吾國。外國法律。可以及於居留吾國之外國人。吾國人居留外國。吾國法律。亦可及於居留外國之吾國人也。惟內外諸國之民法商法等。其法律本體上。均未言明適用區域。設內外國人交通往來。適遇有外國的元素之法律行為。自兩國立法之目的視之。皆應有效。而又各立於反對之地位。將適用何國之法律乎。解釋此問題。國際私法。即自此發生。以限定外國法律與本國法律之適用區域爲目的。凡外國法律。行於內國。無害公益者。皆認其有效。試從兩方面觀。第一對於居留本國之外國人。何事適用內國法。何事適用外國法。第二對於居留外國之本國人。其法律行為。在何等權限內。應生效力。由

前說如認某某事項。準照外國法辦理是也。由後說如要求本國人在外國某某事。須用本國法辦理是也。

準以上之理論。可以得國際私法之定義。曰國際私法者。定內外私法適用區域之法。則也。其他學說。有謂爲解釋法律。抵觸之法。則者。按此定義。雖不敢云誤。而常有使人誤解。此國際私法之本質之虞。又因國際私法。在內外法律中。有撰擇適用之性質。英國「大西」博士遂稱爲關於法律之選定之法。則然此等定義。未足表彰國際私法之特質也。又有謂國際私法。以研究關於外國人之權利爲目的者。然外國人之權利。不過國際私法前提之條件。非國際私法自體之本質。故余仍以國際私法爲定內外私法適用區域之法。則爲當國際私法學即研究此法則及其原理之學問也。

國際私法既爲定私法適用區域之法。則一國立法者制定而認爲法律。其確爲國內法而非國際法。明矣。申言之。則國際私法者。定一國司法官之適用法律。所當依據之準。則而拘束裁判官之法律也。自此點以觀。則與他之民法商法等。毫無所異。故有謂爲國際法之一部分者。其說非余輩所敢採也。

謂國際私法爲國內法。果爲何種類之國內法乎。將謂屬於國內之公法乎。抑私法乎。自形式言。凡普通私法。必直接定權利義務。此因間接定權利義務。故爲形式上之公法。然自形式一面言。固爲公法。自實質一面言。又爲私法。例如民事訴訟。不得離民法商法。而存在。凡私權保護之手續法。均屬私法。國際私法。同此理由。故亦屬於私法。宜注意者有二要點。

一、稱私法之理由。國際私法之範圍。非如民法商法等。僅僅定私法適用之區域也。其中如國籍法訴訟法破產法。尚有定公法適用區域之性質者。存。是以謂國際私法之實質法爲私法。亦有語弊。惟因其主目的在定私法之適用區域。故云私法。

二、用國際二字冠首之理由。因從英德法三國國法譯出。與國際公法之國際二字不同。國際公法。乃二國以上平等之關係。其曰國際宜也。國際私法之國際二字。應作內外之間解釋。德學者巴魯氏。謂爲內外人國際交通上之私法。亦是此意。各國名詞。均與國與國間相混。特相沿誤用耳。

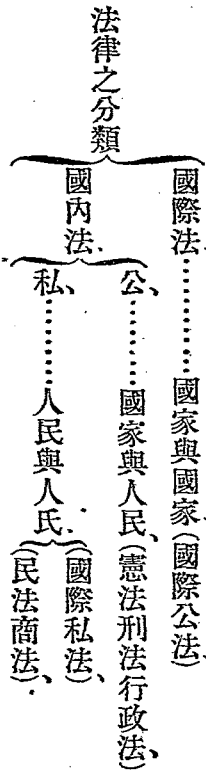
## 第二節 國際私法與國際法之關係

國際私法爲適用於國家與國家間之國內法。而非即國際法。已於前節詳之。雖然。據歐洲所行之學說。國際私法者。與國際公法相對。而爲國際法之一部份者也。伊大利及法蘭西人。皆主張是說。其理由。謂國家間之法律關係。有公私之二種。關於國家公益之關係者。爲國際公法。關於個人私益之關係者。即國際私法。此學說英美學者皆反對之。蓋伊法學者之誤。由於誤解此國際二字耳。今就事實言之。嚮使國際私法果係國法中之一種。是必有一定之法律。爲各國所公認。何以各國之法各有不同乎。又以學理言之。如謂關於公益者。爲國際公法。關於私益者。爲國際私法。然此公私之界說。亦難確定。如中國人在美洲之營工商業者。身份受種種之虐待。產財受種種之侵害。政府爲保護人民計。勢必用外交手段。以救濟之。且或用示威運動。以要求之。是即公法上之事。安在屬人民者之必爲私益乎。故國際私法爲國內法一部份。非國際法之一部分。不得因國際之名詞。遂認其有公性質也。

今分法律之大別爲二種。曰國際法。曰國內法。國際法者。所以定國家與國家間之關係者也。國內法之中。又分二派。一以定人民與國家之關係者。爲公法。如憲法、行政法、



等類。一以定個人與個人之關係者為私法。其內容以專適用於內國者為民法、商法等類。其參乎內外國人之間者即國際私法。今設式證之如左。



國際私法。既與國際法有別。其差異之點。最宜注意者有二。研究此學者。不可不知也。一當事者之差異。國際法之當事者為對等之國家。國際私法之當事者為對等之個人。

二、法律關係之差異。國際法為內、外主權權利義務之關係。國際私法為內、外個人權利義務之關係。

三、救濟方法之差異。國際法上之救濟方法為通常外交之關係。依仲裁裁判或戰爭結果處理之。國際私法上之救濟方法為通常私法之關係。依一國裁判所所定。

### 訴訟法上之原則處理之

以上所論。不過就其差異之點言之耳。至謂二者毫無關係。斯又不然。蓋國際法者。國際私法之基礎。研究國際私法。不可不具有國際法之智識。而欲國際私法之發達。更不可不先期國際法之成立。伊法學者。誤認國際私法爲國際法之一部份。殆以此也。

### 第三節 國際私法與實質法之關係

法律之區別。有公法。有私法。有國內法。有國際法。自國內法中言之。又有二種。曰實質法。是專定權利義務者。曰手續法。爲定權利義務執行之方法。國際私法。又爲此二種外。定實質法適用方法之特別法律。如甲乙締盟。結約。其有効力與否。抑爲債權與否。須用民法規定。民法適用之地位。又須用國際私法規定。故實質法爲直接定權利義務之關係。國際私法爲間接定權利義務之關係。

本國人之相互行爲。自宜用本國之民商法。若本國人與他國人之相互行爲。必以國際私法爲準。故有國際私法。而適用何國法律之權衡。乃定此所謂間接以定權利義務之關係。亦即各國法律差異所生之結果也。宜注意者有三要件。(一)研究國際私法。

須究研各國之法律。(二)欲知國際私法原則之善否。須知各國法律之異同。而得其調和之法。(三)欲國際私法之適用。不可不知各國之實質法律。而增各國之信用。是以各國法律之比較與本國一切法律皆有密切之關係。不獨研究國際私法固宜比較。即改良其他法律亦宜研究也。歐洲比較法學。有在學校研究者。有組學會研究者。如英法德三國。其比較國法。皆獨立爲一大學派。日本帝國大學。亦有法制比較一科。日以發達爲期。中國此後。如編纂民法。及國際私法。或改良刑法等類。尙其於比較研究加之意也。

## 第二章 國際私法學之沿革

斯學之發達。較他法律爲時較遲。其進行之次第。自歷史上觀之。可分爲三時期。(一)太古時期。爲屬人主義。(二)中古時期。爲屬地主義。(三)近世時期。爲國際私法。試分別論之。屬人法。太古之時。富於宗教思想。以尊我卑人爲主義。其視本國法律。皆信爲神聖。仁賢所著。僅宜用之於本國民族。外此則鄙夷一切。不令受治於同一法律之下。例如印度。古時。有所謂摩奴法典。(日本譯爲メニユ一法典。分國人爲四級。四級者。僧族。

王族、平民及奴隸是也。各級所用之法律。不相假借。如婆羅門法律。祇用於婆羅門民族是也。又如埃及法。專用之埃及國內。分級亦如印度。僧侶居最高級。武士次之。商工又次之。農爲最下。又如猶太有舊約全書。即其法典。相傳爲菩薩所定。亦但行於猶太。外人不得適用。即今日遍行全歐之羅馬法系。其在當日。則僅限於羅馬之區域。皆所謂屬人主義也。用此主義者。本國之人。雖在他國。仍不能脫離本國之法。他國之人。雖在此國。亦不容襲用此國之法。使長此終古。固無須乎國際私法也。然世運日益進步。文明各國。漸知此屬人主義與國家有不能兩立之勢。以其法。但對於人民有關係也。既有國家人民與土地均爲要素。屬人主義之誤。在祇知法律與人民之關係。而不知法律與土地之關係。故文明各國。皆以此爲未開明時代發端之主義。其至今日而尙得留一綫之殘痕。剩影者。則各國設於中國之領事裁判權是也。

屬地法。中世紀時。隨封建制度發生者。爲屬地主義。其時羣雄割據。分土分民。各自爲治。本國之法。不使用出於本國領土之外。他國之法。亦不使侵入於本國領土之中。此蓋由國家之觀念。漸明知國家之根本在於土地。故本國之法。行於本國之領土內。

有無上之最高權上。自君下至民皆負有遵守之義務。他國入入境亦必先知境內之法。中國古時入境問禁。入國問俗之例亦是如此。至今商業繁盛。彼此交通。屬地主義又不適用。然而各國重視領土之主義固方興未艾也。

國際私法。就中世紀而論。屬地主義。自優於屬人主義。雖然屬地主義對於領土之權固甚重。注而於交通之便。則不無妨礙時勢所迫。自不得不進一步着想。於是屬地主義遂一躍而變爲國際私法主義。當十九世紀。意大利學者巴魯託魯斯因伊國係多數小國組合而成。小國之中。又分疆域。出彼入此。動輒違法。巴魯氏爲調停之計。規定一種特別原則。謂一國之法律。不獨於本國有效。各國學者引伸其說。遂成爲近世國際私法之三大學派。歷述之以備參攷。

第一派英美學說。此派承十七世紀荷蘭學說。言在本國地面適用外國法律。爲力顧邦交。故示好意起見。按好意二字。最礙法理。蓋內外兩國個人關係。適用國際私法。猶之內國個人關係。適用民商等法也。民商等法爲保護內國人民之權利起見。不得謂爲裁判官之好意。豈國際私法爲兼保內外兩國人之權利起見。獨可謂爲國家對

於外國人之好意乎。且國際私法之原則本以外國之法行於本國必限於不侵害本國之主權者方能有效。若不顧主權。曲全邦交。勢不至失其所以爲國不止。近英美學者亦自知其謬。故好意二字不如改爲正義之爲愈耳。

一千八百三十四年美國哈佛托大學教授判事斯托利氏著有法律之抵觸論。謂內外兩國法律有抵觸時。其一種解釋之方法是謂國際私法。然抵觸云者。必兩國法律共行於一處。且各爭有効力之時。方始發生。國際私法凡規定應用某一國法律。即以單純之性質行之。既無併行之時。又安有抵觸之理。此其命名之不符也。故抵觸二字必作兩國法律之不同解釋於義方安。至其本論之內容。不襲英美陳說。卓然成一家言。亦實有可採者。蓋英美國際私法素無成文法可據。其原因有二。

(一) 國際私法。英美皆謂之國內法。蓋本前此之習慣法。裁判所因而判定之。故謂之國內法。其實即習慣法之一種。英美之國民。其對於外人而富於交通性質。對於內國而富於政治思想。即此可見一斑。且定名爲國內法。亦較歐洲大陸學說定爲國內法者爲善。

(二)英美之國際私法。以屬地法爲原則。屬人法爲例外。甲國人至乙國。即用乙國法。謂之滯在地法。如民法物權之限於所在地。刑法之維持一國公益。皆絕對的屬地主義。若甲國人往乙國。仍用甲國法。是謂屬人主義。法隨人轉。故有外國法適用於內國之時。按英美二國屬地法之範圍。廣屬人法之範圍狹。

(三)英美所謂屬人主義。以當事者所住之地而定。以國籍定者。則爲本籍法。以住所定者。則爲住所地法。英國法以十八爲成年。日本法以二十爲成年。如英人在日本。仍以英國成年之期爲斷。此爲本國法。又如中國人在英國有住所之後。又往日本。其法律之關係。不用中國法。而用英國法。此爲住所地法。

世界各國。多用本國法。惟英美仍用住所地法。蓋英有各屬地。美分十三州。而無普通之法律故也。歐洲大陸人(非英美人)在他國之訴訟事件。可以適用一種普通之法律。至英美人於他國有訴訟事件。則必用住所地法。然歐洲大陸亦係由住所地法而改爲本國法者。以此觀之。英美他日之改用普通法律而廢住所地法。正未可料。

第二派伊法學說。法國承十八世紀意荷兩國之學說。其法律之性質。可分爲人的法、物的法、二種。十八世紀之末。研究法律家日益進步。其結果認定屬人法爲大原則。屬地法爲例外。至十九世紀開幕。拿破崙編纂民法。其第三條之規定。有三原則。茲釋出之如左。

(一) 凡關於警察安甯者。無論內外國人。皆用內國法。

(二) 凡關於不動產者。無論內外國人。皆用內國法。(屬地法)

(三) 凡關於人之身分能力者。本國之人。雖在外國。仍用本國之法。其法文雖未言外國人如何適用。可對照而見外國人之必適用外國法矣。(屬人法)

自此三原則出。伊大利受其影響。故於千八百五十六年。廢去住所地法而用屬人法。歐洲大陸。爭相改良。咸棄舊主義。而用新主義。謂國際私法。所以定關於人身分能力之法。故以屬人法爲原則。至關於公共秩序。如警察等項。均用屬地法。而視爲例外。以上伊法學說。雖如此立論。然較之英美。其根本上不無謬誤。試觀各國法律。其關於身分能力者。居小部分。關於公共秩序者。居大部分。大小倒置。此其實之謬誤者也。



再以理論之。凡外人關於身分能力之少數準用其本國法律關於公共秩序之多數準用所在國之法律。此文明各國所公認也。今外國人適用其本國法律者占多數而適用其在國之法律者反占少數。此於交通之發達大形窒礙且勿論何國人均以在何國即適用何國之法爲主。其反用本國法者不過一小部分耳。如伊法學說以屬人法爲主。是必如公法之可通用而後可也。然各國國際私法互有異同。二國學者其何說之辭。

第三派德意志學說。十九世紀初葉。德國法律學之進步。駸駸日盛。一時學界新萌芽之國際私法。遂爲各國法律家競爭之燒點。其最爲世界法家所歡迎者。有兩學說。一爲沙比尼氏之學說。氏生於千七百七十九年。因德國法律淵源羅馬。故於千八百四十年起草一書。名曰現今羅馬法之統系論。經十二年之久。始獲歲功。一爲巴魯氏之說。氏生於十八世紀之三十四年。至六十二年始著書。其年正沙比尼辭世之年。所作於沙氏多所補正。至今其人尙存。

沙氏全書凡八卷。其婪尾一卷。即國際私法。誠法學之泰斗而爲十九世紀另開生面。

者也。當十八世紀前。研究法律者。皆理想一派。意法兩國之學說。至有謂法律須由裁判官之意。思自爲制定者。自沙氏出。始力闢其非。而樹歷史派之幟。謂法律有一定規則。當從歷史上研究。而得其實際。決不可以裁判官之意爲構。造此說一出。風靡一世。英國學者阿思丁。首表同情。即意法疇昔之主張理想流派者。亦爲之一變。

雖然。當沙氏脫稿之時。所謂國際私法之名稱。尙未標著。但有內外兩國法律。彼此能否通用之問題。即沙氏之第八卷。亦但撰爲法律接觸問題。特其性質。專爲研究內外國法適用之方法。故名之爲國際私法。當沙氏之先。所謂國際私法者。無成文法之可據。或畸於理想一派。謂本國之法。不能有效於他國。及徵之歷史。實不盡然。又或主張莫美一種學說。謂兩國法律。認可互用。出於交鄰之好意。然以理論之。實爲內外兩國比較。法律擇善而從。不得謂之好意。

諸種學說。沙氏既力駁其非。故益於內外國法互有效力之處。潛心研究。以爲世界交通。甲國民至乙國。彼此人民。皆在平等之地位。即應受一律之保護。勿論準用甲國法。乙國法。總須令其結果。可使在外國人所受之判斷。與在本國相同。有如一訴訟事件。

按甲國法當使人賠償。按乙國法當賠償人。此不得謂之平等。必內外法律均爲賠償人或均受人賠償彼此一致乃爲完全之保護。故沙氏之說有一前提。謂世界各國皆爲有法律之團體而共認爲國家彼此平等。即法律亦必平等。昔時優視內而劣視外之心務須剷除淨盡始無窒礙。

從法律關係視之各國既係平等。譬如一國之中分若干省。各省法律雖不同。其所以適用而使之受保護之利益者則同。以此爲立說之根據。故適用何國法律當以法律關係所屬之場所而定。如某法律關係屬於某場所。即適用某場所之法律。其例如左。

- (一) 關於身分能力。依住所而定。(住所即生活之本據)。
- (二) 關於物權。依所在地而定。(目的物所在地)。
- (三) 關於債權。依履行地而定。(非有履行地不得謂之債權)。
- (四) 關於親族。亦依住所而定。
- (五) 關於相續。亦依住所而定。

以上五種原則。無國內國外之分。但亦有例外。蓋本國強制執行之法。關於維持公益。

者甚多用外國之法而反乎本國之公益此本國法所絕對敵視者也茲以關於身分能力者從住所地之法若外人住所地之法適與本國之強行法相反則必不能有效如奴隸一法行於南美其他文明各國皆禁止之使南美人至日本欲其法律有效則與日本之法大相違反矣今就沙氏說研究之有三要素。

(一) 內外法律平等。

(二) 內外各國法律皆宜採用同一保護之原則。

(三) 外國法律反乎內國強行法者無效。

此沙氏貢獻於世界之特徵而各國學者所公認也然沙氏用此原則時竟大失敗者其誤點有二。

其一則分指地段者過於拘窒法律關係即人與人之關係不可以地爲限如父之與子父之住所所在中國子之住所所在美國父子之間不能無關係關係之親切又不能因離隔而少減設兩當事者之兩國法律各立於反對之地其關係之法律究宜適從何國各國因此破綻故關於身分能力者不盡以住所地爲準至於物權亦不拘於所在

地。即適用履行地之債權。亦有時出於例外者。觀於各國之取舍。亦沙氏此說得失之林也。

其二。則所謂法律關係者。不大分明。夫人與人之關係。因被法律之保護。而後有法律之關係。如姜生子。在中國有父子關係。在日本無父子關係。法律既不以爲父子。即不保護。既不保護。何得謂之有法律關係。國際私法所爭者。乃問所應得之法律保護。當用何國法律。而沙氏以爲被保護者。適用其保護法律之關係。且不論其被保護與否。而皆言有法律之關係。不將其問題之標的。確實解釋。而徒以問答。問究何可也。

繼沙氏而起者爲巴魯氏。祖述沙氏之說。而補救其缺點。所謂事物之性質。說是也。其立論。全然從事物自然之性質上發見。保護內外交通之安全。自由爲必要。上所當適用之法律。即以定內外法律之適用區域較之。沙氏關頭提出法律關係者。殊爲有根據也。

身分能力。巴氏主張適用本國法。如各國法有以二十歲以外爲成年者。有以二十歲以內爲成年者。宜各依其本國法爲便。否則未成丁而強之成丁。已成丁而不認爲可

皆無當也。其於物權亦用所在地法。與沙氏說表面相同。而其內容實異。蓋沙氏言物權之目的物。僅以所在地爲斷。巴氏則謂物權之目的物。必用所在地強制執行之法也。

由此觀之。沙氏之學說。係從法律之關係着想。巴魯氏之學說。係祖述沙氏而更從事物自然之性質着想。茲將巴氏所分事物自然之性質。歷舉如下。

- (一) 一人、有國籍住所居所之分。
- (二) 物、以所在地定之。
- (三) 行爲、以所行爲地定之。
- (四) 裁判、以所屬裁判地定之。

以上之分類。誠當於事實。然亦不無可議。以其言事物自然之性質範圍太廣。解釋者不易得的當之言。詮故又有學者下一定義。謂國際私法係內外立法目的之調和。租界日益進步。學問日益發達。國際私法之前途。當有無限莊嚴燦爛之希望也。

### 第三章 國際私法之沿革

第一節 國內的立法之沿革

國際私法學之研究。自歐洲中世始。至揭載於各國之法典。則自十九世紀始。一千八百〇四年。法國編纂民法。其前加法第三條。即關於國際私法之規定。其內容分爲三大原則。

- (一) 凡關於警察安甯。無論內外國人均適用內國法。
- (二) 凡關於不動產事件。均按不動產所在地法辦理。
- (三) 凡關於身分能力。均照本國法辦理。

近世歐洲各國法典。均以法國民法爲模範。其最通行者有兩種。

- (一) 凡關於國際私法之規定者。視之與民法同義。
  - (二) 凡關於國際私法之規定者。宜列於民法總則之中。
- 今列歷史上各國法之規定國際私法者如左。

一八〇四年、 法國民法第三條、

一八一一年、 奧國民法、

一八二九年、荷蘭立法之總則、與法國同、

一八六五年、伊國法例即民法總則、

一八六八年、葡國民法、

一八八八年、孟列古洛民法、(巴爾幹半島)、

一八八九年、西班牙民法、

一九〇〇年、德意志民法施行法、

一九〇〇年、日本法例、

溯源而上之百年之前。始有法國民法之第三條。因彼時交通機關。尙欠靈活。單簡之法。已足適用。厥後交通機關。日益發達。其規定之實質的沿革。漸次由單純而趨複雜。故繼法國而起者。奧大利之民法。已加至數條。荷蘭之法例。又設爲六條之規定。伊國民法。加至九條。葡萄牙、西班牙、仿伊國法而無所增加。孟國民法。則加至十五條。自此以後。交通之速度愈大。前此之增加又不敷用。德國於一千八百九十七年。加至二十五條。其施行則在一千九百年。因其先一千八百九十二年。各國締結條約。謂各國國



國際私法。須用同一之原則。故德國一千八百九十七年編定之法典。經三年之詳審。然後施行。日本編纂法例。在德國法施行之後。更薈萃各國。詳細比較。於是以德國法爲底本。加至二十八條。此外又附以商法施行法中之二條。破產法中之二條。共三十二條。較之世界各國國際私法之規定。最爲完備。實一千九百年七月事也。然謂有此三十二條。遂足以解釋一切之問題。恐未必然。大抵交涉日多。事變日繁。仍賴研究法律者。有學說以補其不足耳。

國際私法之體例。果應編置於何處。按法國係列於民法前加編。其關於法律之公布解釋及適用之規定。純同民法總則之性質。嗣是奧、西、葡、孟。皆依法國法列於民法總則之中。是以國際私法作民法之開卷看待。此大謬也。迨一千八百二十九年。荷蘭從民法中提出。列於王國立法總則之中。使國際私法獨立成一種法律。其見甚是。但其標題猶不免有誤者。國際私法。不過適用法律之法律。非立法之總則也。厥後意大利於一千八百六十五年。仿荷蘭國之例。題爲關於一般法律之公布解釋及適用之規定。此題目之最正當者。由是國際私法之真相。益挺然出現於學界。

最奇者一千八百九十七年。德國又列之於民法施行法中。可謂憲法史上之一大變例。然德國於此事。亦經三次之改革。其第一次草案。列於民法總則之中。後經議改。第二次草案。移置於民法第六編。題爲外國法之適用。反對之者甚多。其議論。略謂。民法通例祇五編。茲何以有六編。且其所題外國之適用。是誤以國際私法。爲專適用外國之法律也。不得已。又於第三次草案。列於民法施行法之總則中。自第七條迄第三十二條。當時起草者。大受困難。然仍有二大缺點。(一)專置民法施行法中。似乎專爲德國民法施行之關係。其大端之民法。及他種之商法等項。皆無關係也。且國際私法。本爲適用內外國法律而設。若專爲德國民法施行法之關係。是專爲用德國法而設也。此其違反法理者一也。(二)民法施行。係關於時間之規定。國際私法。係關於地域之規定。關於時間者。除一定時刻外。無効。關於地域者。有永久適用之効力。兩者判然不同。德國混而合之。此違反法理者二也。

日本有鑒於德國之缺點。乃仿意大利之形式。而定爲法例。法例者。定一切法律之適用者也。茲分法例之次第如左。

一 法律之施行

法 例 二 慣習法之効力

三 國際私法

按第一、法律施行之施行二字與公布有別。公布是憲法上事。伊大利立法之時。尙無憲法。故其法例亦言公布。日本既有憲法。故以公布屬於憲法。而法例祇言施行。又按第二、慣習法之効力。伊大利原題曰解釋。解釋是法律幼稚時代之事。當發達時代。解釋功夫。應歸學人。立法家不得援用。第三、國際私法。即關於法律適用之規則。勿俟贅論。惟法例二字。伊國初無此名稱。日本明治十三年。始有刑法法例。繼而又有商法法例。以後乃將各部之法例。改爲總則。而於各部總則之前。提出一部。謂之法例。以其足以括羣法之綱要。而名實穩稱也。溯二字原本。出自中國。當戰國時。魏李悝之法經第六篇曰具法。秦商鞅法第六篇曰具律。具者。具有全部之綱領也。外國於一部之中。具有全部之綱領者。皆置於篇前。中國獨列於篇後。此其可笑者也。及魏劉邵定魏律十八篇。改爲刑名律。列於篇首。晉賈充爲晉律二十篇。分爲兩

則。一刑名律。一法例律。刑名律專言刑事一切綱要。法例律則爲統括一切法之綱要。此法例二字出現之始。至隋唐以及明清。又合二者而名之爲例律。日本斟酌古今。而採用法例二字。因例者。即中國古說之發。凡起例也。法與例併則統一切法。皆包含於篇中。且舉一切例而顯揭於篇首也。中國編纂法律。亦宜採用此二字爲便。

## 第二節 國際的立法之沿革

由上所述觀之。國際私法。當採用同一之原則。經各國學者之研究。與各國協會之決議。其理論已無可疑。雖然。理論者事實發生之因而事實者理論收效之果。以此之故。美洲於一千八百八十七年。開萬國會議於利瑪。利瑪爲南美小共和國。故雖會議而影響甚微。後北美謂亞美利加之事。須得北美人爲之代表。因是一千八百八十九年。有孟德維德亞（一作孟鐵比鐵阿）之會。是爲第二次。嗣後美洲有所謂門羅主義。主張美洲之事。他洲不得干涉。美洲人亦不干涉他洲之事。故於一千八百九十一年。南北美大會於華盛頓。是爲第三次。迨一千九百年。至一千九百〇一年。復合南南北美

中美會議於華盛頓。欲將全美之國際私法及公法合併一致。然以事關重大。未能議決實行。此美洲沿革之崖畧也。歐洲於一千八百九十三年。因議國際私法。開萬國會於海牙。至一千八百九十六年。又會於海牙。乃定一大原則。俾各國遵守。一千九百年。復會於原地。有四條之規定。一千九百〇四年（即光緒三十年）又於原地開會。增定五條。然此爲歐洲大陸條約。英國不在內。以英國法律之沿革。與歐洲大陸不同。其國內法皆狃於習慣法。而與美洲同一獨立於歐洲大陸局外也。此外土耳其因有外國領事裁判權。其主權不能獨立。故不與。俄國雖在內。而以法律未臻完善。雖與議亦未畫押蓋印。日本近年始加入會議。（即明治二十七年）前三次會議。尙在局外也。此會議雖有五條成文。然實地之施行。尙待他日。中國至今尙未加入。然趁此研究國際私法。而參觀其條約改良法律。急起直追。中國之前途。誰能限之。

#### 第四章 國籍（內外人之區別）

國際私法者。乃研究內外人之法律關係而定其適用者也。欲知內外人法律之關係。不可不知內國人與外國人之區別。欲知何以爲外國人。即當知何以是內國人。能知

內國人則除去內國人皆外國人也。

古時內外人之區別。由於倫理學上。社會學上之觀念而起。今則舊觀念一變。而悉從法律上着眼。如日本人與中國人之兩方中。必有一外國人之觀念存焉。非人種習慣風俗之不同也。然則如何而區別之。前此分別內外。有因其民族或衣服之異而判之者。今則一國之中。亦有衣服不同。且有種族不同者。是衣服民族皆不足以分內外也。於是倫學上與社會學上之觀念窮。而法律之觀念代之以興。而國籍尙焉。

以國籍爲標準。有內國籍者爲內國人。除有內國籍之內國人外。皆外國人。雖原係本國人。而一失國籍。即非本國人而爲外國人矣。故外國人之種類亦甚多。有有國籍者。有並無國籍者。欲區別之。頗形困難。惟先定其爲內國人。則外國人自見矣。今試問內國人果居何等。抑何等人。乃有內國籍。則宜先辨國籍爲何物。

國籍云者。一個人對於國家之絕對的服從關係是也。雖然國籍二字。是專對外國人之名稱。而對於本國當謂之臣民。故國籍二字。又當解之以有臣民資格。而絕對服從主權之命令者也。且所謂絕對者。對於有限制者而言。非有十分之九可服從。而有十

分。之。一。可。不。服。從。者。也。既。有。此。國。籍。則。無。論。行。至。何。處。皆。不。能。出。於。主。權。命。令。之。外。如。中。國。人。任。至。何。國。仍。爲。中。國。人。且。服。從。中。國。之。主。權。命。令。自。反。對。方。面。觀。之。他。國。之。人。當。在。所。在。國。時。固。服。從。所。在。國。之。法。律。一。出。國。境。即。不。必。服。從。也。

以上所言之關係。皆法律所承認。但各國不均有載在憲法者。有列於民法者。亦有另爲一種特別之規定者。由此三種編法觀之。其列於民法者大謬。蓋國籍關係非民法之範圍也。其載於憲法者亦非。憲法者。所以定國家之大權者也。國籍得失。亦列於憲法。似非所宜。日本憲法第十八條云。日本臣民之要件。依法律之所定。於是日本另有國籍法。凡關於國籍者。皆依特別法(即國籍法)辦理。蓋亦如第三種所謂另有特別之規定也。現今世界各國。大概多用特別之規定。(即第二種方法)中國今日尙無國籍法。內外無別。一旦有事。甚爲危險。然中國之當事者。不務早定國籍。而斤斤於衣服。辮髮之形式。以爲區別。此等思想。最爲幼稚。有振興改良之責者。尙其注重國籍。仿各國之特別規定也。可。

第一節 國籍之取得

### 第一項 生來國籍之取得

取得國籍。可分二種。一爲生來便取得者。一爲生後因變更國籍取得者。第一種生來之取得國籍。又分二項。

一血統主義。無論住在何國。以其父之國籍爲準。

一出生地主義。不問其父母爲何國人。以其出生所在地之國籍爲準。

古時多用血統主義。歐洲中世。變爲出生地主義。至近世又轉用血統主義。大都以其父之國籍爲標準。其母爲何國國籍。無甚關係。此原則也。設有不知父爲何人。如私生子者。日本國籍法第三條。於不知其父。或未有國籍之時。母爲日本人者。其子亦爲日本人。此例外也。中國雖無特別之國籍法。而關於國籍之法律。大都不外此二者。可想見也。

此處有宜注意者。以父之國籍。定其子之國籍。當從何時定之。按各國法。大抵均係以出生時定之者。以學理論之。本應以受胎之時爲定。但其法難行。故各國皆採用出生時主義。



又有特別之例外。如外國人在本國爲入夫。或養子者。其子方在胎中。其父因離婚。或離緣。失去國籍。則其子之國籍。不從出生時定。而自受胎之時定之。故日本國籍法第二條。父於其子之出生前。因離婚。或離緣。失去日本國籍。溯懷胎之始。適用前條之規定是也。

歐洲中世之出生地主義。至近世已俱消滅。惟南美諸國。因本國民少。全賴移留民之組織。故勿論其父爲何國人。但在本國所生之子。皆爲本國人。所謂出生地主義也。此主義弊端甚多。惟新闢之國。有不得不用之勢。至開闢稍久者。均不宜之採用也。

雖然。英美兩國。尙有對於外國人之一方。採用出生地主義者。如英國人在外國生子。仍爲英國人。外國人在英國生子。亦爲英國人。此立法之自相矛盾者。德國則專用血統主義。然亦有缺點。如有一人不知父母爲何許人。則成爲無國籍之人矣。日本國籍法第四條之規定。言於日本生子。不知其父母或未有國籍者。其子即日本之人。足以補血統主義之未備矣。

第二項 傳來之國籍取得

此爲原有國籍。而中間變更。失其原有而取得他者。茲歷舉其取得之原因如左。

一 法律之規定、

二 個人之希望、

三 條約之規定、

以上三大原因。又可析分爲各項。第一、法律之規定。係一經法律規定。即可強制執行。不須問當事者之願意不願意也。試分爲甲乙丙丁言之。

(甲) 婚姻、 婦從夫之國籍。不准夫婦異國而遂異其國籍。此爲家庭和平起見。例如日本人娶俄國婦。各仍其國籍。當此戰爭之時。夫應忠於日本。婦應忠於俄國。是使家庭相仇而夫婦之道苦矣。日本國籍法第五條首項。外國人爲日本人之妻者。取得日本國籍是也。

(乙) 認知 如有不知其生出本末之子。後有人認知。即從其認知者之籍。日本國籍法第五條之三項。謂依日本人爲父、或爲母、所認知者。取得日本國籍是也。

(丙) 入夫、 日本人有特別之習慣。家有獨女。可贅外國人爲夫。以爲家主。故國籍法

第五條之二項、准外國人爲日本人、入夫者、取得日本國籍。

(丁) 養子、無子而養外人爲子者、亦日本人之習慣、故日本國籍法第三條之四項、准外國人之爲日本人養子者、取得國籍。

由以上各項觀之、因婚姻而取得國籍者、即夫婦同籍之主義也、因認知而取得國籍者、血統主義之效果也、此各國所同者也、惟認知與養子、則東西不同、蓋西洋採用個人主義、一人自了一身、不爲身後禋祀計、故無入夫養子之法、東洋人家族之觀念最重、光前啓後、雲祚遞衍、故女有入夫家、有養子、以人事補天事之不足、而後其心乃安、日本法律因而認定之、此蓋緣風俗習慣以成爲法律者也、歐洲雖無此等法律、然英前女皇維多利亞、及荷蘭之女王、均有入夫、且取得國籍、惟兩者皆限於王室、是又可異者也、民間亦間有養子、然其目的、大都爲財產之分配計、而非爲禋祀之似續計、此東西制度參差之崖畧也、中國如編定國籍、婚姻認知二者、必宜探入、至入夫養子、則宜酌乎風俗習慣而定、然中國亦素重家族主義者、有志法學者、當必知所取則矣。

第二、因個人之希望而取得國籍。此種屬於歸化、其理爲最正當、緣此人有此志願。

請入某國之籍。某國政府以爲可而許之。是爲歸化之成立。日本之言歸化。與英法各國不同。英法各國。並親族法中之婚姻。入夫養子。所取得國籍者。而統括言之。故取義甚寬。日本則分別言之。故取義獨狹也。

歸化成立。雖由兩方之合意。然不得作爲民法上之契約觀。蓋歸化者之請願。非申達而政府之許可。非承諾也。蓋政府之許可。與行政法之許可不同。行政法用許可。處甚廣。爲處分人民之一端。係國權作用。今必一方須有志望之請願。可知非行政法之許可。可比也。法國學說。乃視之等於政府與人民間之契約。殊爲非是。英德二國。不以爲契約。上事。而以爲公法上之處分。較法國說爲近理。日本近亦採用之。

歸化之事。各國皆許可者。此不過近年事耳。古者內外之觀念。或以宗教分。或以種族分。分者不能強合。拒絕綦嚴。近世以來。此界漸破。現今以宗教之殊。不准歸化者。惟俄國之芬蘭領土爲然。此外則未之聞也。其以人種限制者。則惟美國。此美國之大謬見。美初由英國之殖民地獨立爲國。故但許白哲人種歸化。自一千八百六十年。南北戰爭。黑奴禁解。於是黑色人種亦准歸化。惟限制蒙古人。不准歸化。且別名爲有色人種。

所謂蒙古者，其意專指中國。彼蓋不知中國之內容，而第以中國在蒙古時疆土最大，故用蒙古之名詞以代表中國也。人種在法律上彼此平等，無所低昂。今美國於中國人種，獨加制限，是侮辱中國蔑視人種也。其對於日本，雖未明限，在內。然既未言明他黃色人種可以歸化，是亦在限制之內也。

世界交通，須有國籍。乃有權利歸化者，實取得國籍之最要點也。中國人在美洲者數十萬，以不准歸化之故，無一得美籍者。以不得美籍之故，故於停止華工、排斥華人及焚燒檀香山華民住舍之事，無絲毫之力以抵抗之。嗟乎！以旅居數十萬，懸空無著之人，欲求本國之保護，則鞭長莫及；欲入他國之籍，實則拒絕莫容。遇事受欺，動輒被害。含垢忍辱，控告無所。此皆中國人所宜引爲大恥，而急圖挽回者也。

日本古時無西洋人歸化。惟中國及朝鮮人爲多。千餘年前，中韓二國之民，嘗有結成團體，聯袂東渡，以求入日本國籍者。今欲辨日本全國中孰爲眞日本人，孰爲中國人及朝鮮人，亦甚難言。然大約一大部分係中國人之血統，可斷言也。日本現今無論東西，皆准歸化。然西洋人絕少，而中國人尙多。由此以觀，中日二國人情風俗關係之密。

切。亦可知矣。歐洲各國。於歸化。有普通之條件。又因歸化。生出種種之效力。茲先論條件。次論效力。

(一) 歸化之條件。日本國籍法。凡通常歸化者。必具五條件。

第一。在本國須有住所。住至五年以上者。因無端來自外國。不知此國之風俗習慣。而遽欲歸化者。必無之事也。

第二。能獨立自營生活。如有資財。及技能者。因國家對於貧民。有救濟之責。若不具有此條件。則多一歸化。即多一貧民。將有不勝其救濟者。

第三。須有法律行為能力者。因未成年。及有精神病之人。皆無意思能力。不能完全人格。爲人妻者。亦不能獨立歸化。蓋妻必從夫。無離人獨立之理。宜參看國籍法第七第八兩條。

第四。須有端正之品行者。凡行爲不端。及犯罪逃亡之人。不許入籍。以上四條。日本法如是。亦各國法普通之條件也。

第五。須無國籍。或國籍之喪失者。此條日本之外。惟瑞西瑞典有之。蓋恐一人有兩

國籍。致。生。國。籍。之。抵。觸。也。各。國。雖。無。此。條。件。然。限。定。歸。化。之。時。必。失。去。其。本。國。國。籍。故。雖。無。此。亦。不。相。妨。中。國。法。未。聞。有。國。籍。之。規。則。即。已。入。外。國。籍。者。亦。未。即。失。去。本。國。籍。無。怪。乎。美。洲。之。拒。絕。之。也。

以上各條件爲原則。但亦有例外。如本人有特別之身分者。則入籍之條件不必具備。蓋其祖父原爲此國人。或其妻爲此國人。又或係生長於此國者。此即緣於親族之關係也。宜參攷國籍法第九第十兩條。

又有因特別緣故。而全不須條件者。如外人有大功勞於本國而來歸化。則不惟不須條件。且有特別辦法。在國籍法十一條所規定。是爲大歸化。凡通常有歸化之志望者。由地方官廳查明條件。上之內務大臣。得蒙許可。即爲歸化之成立。各國有專由內務大臣許可者。有由內務大臣委任地方官廳爲之者。制各不同。至於大歸化。在日本須得天皇之制裁。歐洲則須經國會決議。英吉利與意大利是也。

有一事當注意者。以上五項之條件雖備。而對於請求者之許可與否。仍聽國家之自由。蓋歸化非外人之權利。而歸化許可亦非國家必負之義務。即不許可外人。亦無可

控訴也。日本與歐洲皆同。惟美國獨異。蓋美國法制。凡歸化人將各種條件。完全舉出。後。則其人有必入籍之權利。故美之歸化法。管理者不在中央行政官廳。而在司法裁判所。如有條件具備。而爲裁判官所卻下者。可於高級裁判官所行控訴。此其弊害。甚大。中國他日立法。於此等處當注意也。

(一) 歸化之效力。對於外國人。使之有內國人之資格。不但其本人有此效力。即本人之妻子。與其家資。皆得有此效力。日本國籍法第十三條所規定是也。現今世界各國。皆用此原則。但此處妻從夫籍固也。惟子則不盡然。其子係未成年者。則應如日本國籍法第十五條之首項。從其父母所取得之國籍。若既成年。則有獨立之資格。與自由之意。不能以其父歸化之效力強之也。宜參攷國籍法十五條第二項。

效力之發生。自何時起點。各國規定。互有不同。有自內務大臣許可之時發生者。有從內務大臣許可之時。限明一定期間。經過後即發生者。有自本人誓忠之日發生者。誓忠。謂對內務大臣許可時發誓。言以後必盡忠報國也。從前各國。大抵採用誓忠主義。近則採用許可後經過一定期間主義。日本則俟內務大臣許可。即將其事登諸官報。



及新聞紙上。以後即生效力。此事有兩種理由。一則使外國人知某人已歸化我國。二則使內國人與此人交涉者改用一方面作爲內國人看待也。

歸化之人不能與本國國民享有同一之權利。故各國皆有制限。如民主國則不能被舉爲大統領。且不能爲元老院院長及國務大臣。因其本係外國人。新來歸化。尙不能十分信用之處。此等重大之事不能遽相委託也。日本則於國籍法十六條定之。言歸化人及其子取得國籍者。或爲日本人之養子及入夫者。不能享有之權利。共七種。

- (一) 不得爲國務大臣。
- (二) 不得爲樞密院議長、或副議長、及顧問官。
- (三) 不得爲宮內勅任官。
- (四) 不得爲特命全權公使。
- (五) 不得爲陸海軍將官。
- (六) 不得爲大審院長、會計檢查院長、及行政裁判所長官。
- (七) 不得爲帝國議會議員。

右所列各條。日本之重要官職。國民之最大權利。盡於是矣。惟限制歸化人者。殊嫌過於嚴密。故繼以第十七條之規定。凡歸化過五年或十年後。經內務大臣勅裁。得解除以上七種之限制。蓋救濟之法也。

以上兩大原因。皆由國內法生出。而爲各國所公認者。其有從國際法生出者。則關於領土之割讓。是也。茲論之於下。

第三因條約之規定取得國籍（即因領土割讓）如甲國有地區讓與乙國。彼讓地之人民。隨其地之移轉而取得國籍。此與前二項之取得原因。大不相同。蓋彼係一國法律上生出者。此係兩國條約上生出者。所謂國際法上之國籍取得也。

或者謂此條件與歸化相同。必須由其人民之願意。而後可給與國籍。按此說非是。歸化出於本人之自由。此則不問其願意與否。既住在此土地上。即應服從此土地上之主權也。

以國際公法之原則論。國家無讓給人民與他國之理。人民旅居外國。尙宜極力保護。以盡國家應盡之義務。況其在本國者乎。即勢非得已。而有割讓之事。亦必與土地相

聯而後可。不然則是自棄其民而視之與奴隸無異矣。蓋國家主權之目的物係土地。人民二者併合而成。土地與人民分則國家主權之目的物不能完全。故國家不得專讓土地。亦不可專讓人民。

領土割讓之原因有二。一在平時。一在戰時。平時之原因。有贈與。有賣渡。有兩國同意之合併與交換。戰時之原因。有戰勝之取得。戰敗之割地等項。

凡領土割讓。不能專讓土地。或專讓人民。且不能讓及人民之所有權。然則所讓者何。則對於領地與人民之主權是也。所讓者既為主權。則固不得謂之爲割讓土地與人民也。中國前此之割香港。割臺灣。即是以對於二地之主權讓之於英與日也。至遼東半島之於俄。膠州灣之於德。廣州灣之於法。威海衛之於英。則皆爲租借。非割讓也。

古者領土割讓之結果。(即主權割讓)其人民必皆喪失舊國籍。而取得新國籍。近世文明日益進步。凡受領此地之國。亦須與人民以選擇之權。

所謂選擇權者。乃從領土割讓時。示以一定年限。聽其人民自由。如有不欲取得新國籍者。於期限內。許之移住他地。其期限各國不同。大都不過一二年間。如馬關條約。日

本對於臺灣人民不願取得日本國籍者。限於二年之內。移住中國內地是也。與人民選擇權。其理由有二。(一)尊重個人自由。不傷其繫懷故國之意。(二)去處聽其自便。豫消其擾亂種子之萌。蓋必強不服者而使服。則故國之思終不能忘。或致生出種種弊害。聽其遷移。則在人民爲不忘本。朝在新領國爲不留隱患。自兩方面觀。均有利益。凡未取得新國籍之人。其舊國籍仍未喪失。其選擇期內。謂之猶豫期間。

古時讓受之國。對於其不服從者。不保護其財產。近世則一律保護。不許加害。其辦法有二。一則令其保留。二則令其於猶豫期間出賣。(皆指不動產)而得代價以去。日本所取者第二法。因日本法律。不準外國人在本國有不動產之所有權也。

有一問題於此。領土割讓之住民。不能一律有本國者。有外國者。有本地者。有他省者。將限於何等住民。始必變更國籍乎。要之第三國之人民。與領土割讓之條約無關。其不須變更國籍。不俟煩言而解。至於本國之人民。則宜分爲數種觀之。

(一) 出生者 (本地人  
他地居住人)

(二) 居住者 (出生在他地者)

(三) 出生 且居住者

(四) 出生者又居住者

以上四種。皆自住民分出。惟各國定約割讓時。多未分別言之。故解釋互異。有取第一主義。謂凡變更國籍之人。必生於割讓之領土。有取第二主義。謂凡變更國籍之人。必居住於割讓之領土。有取第三主義。謂變更國籍之人。必生長於割讓之領土。且有居住於其地者。此主義最狹。有取第四主義。謂無論出生者。居住者。皆當變更其國籍。此主義又未免失之太廣。凡狹與廣交割之時。皆易生膠葛。蓋讓渡之國。未有不欲用狹義者。受領之國。未有不欲採廣義者。如普法戰後。法人割讓耶路札斯魯朵令克二州(人民共一百五十萬)與德國。德人欲多故取廣義。法人欲少故取狹義。相爭經久不決。以學理論之。第三主義必兼二者。始取得國籍。則取得國籍者甚少。第四主義。但其其一。即當變更國籍。則生於此地而移居他處者。效力亦有所不及。故合計折衷。當以第二主義爲善。馬關條約。日本所取者。即此主義也。

雖然。第二主義固善。然當時中國未起爭端者。亦由中國政府不知法律交涉。輕擲其

民而不恤也。及細研究此主義，亦有兩疑問。(一)本國他省之人，因罪而拘留割讓地之監獄者，可作爲割讓地之人看待與否？(二)割讓地之人，偶爾旅行於他省者，將亦不許取得國籍乎？然此皆理論上事實，實際上尙未之見也。如中國福建臺灣人，常相混雜，不能辦其孰爲中人，孰爲日人。(按此足見中國人不知國籍爲何物，此由條約上但言住民二字，不能確定，故凡結約當指定何種住民也。)

## 第二節 國籍之喪失

古之人以終身祇隸一國籍爲正。故英國先哲有言：既爲一國之臣民，即須永久爲一國臣民。幾爲歐洲之格言。自殖民政策發達以來，美洲獨立建國，地廣人稀，利於吸取他國人民，於是許一般人以脫籍自由移居自由，而國籍喪失之效力以生。顧喪失之原因，各國不同。其通用者有三：(一)爲外國人之妻，如內國女子嫁於外國，則失內國籍。見日本國籍法第十八十九兩條。(二)歸化，依自己之志望取得外國國籍者，失本國籍。見日本國籍法第二十條。第一原因，各國所公認。第二原因，英國近三十五年前始認定之。不知中國近日認定與否。但中國人歸化日本者多，一面取得，必一面喪失。則中

國之承認亦可知。凡因歸化而失以前之國籍。妻子亦隨之。見國籍第二十一條。(三)認知。如日本女人私生子爲外國人認知。則喪失日本國籍。見國籍法第二十三條。此亦各國所公認者。

有二種喪失國籍之原因。而非普通公認者。如久住外國。並無歸國之意。法律上設有定期。經過此限。本籍喪失。一也。無政府之許可。在外國爲文武官。亦喪失本籍。二也。此種限制。歐洲各國有行之者。日本均未採用。無論在外國若干年。或服外國官。皆不取消本籍。

國籍得失之原因。其關係於軍隊者。最爲重大。蓋其國未採用徵兵制。脫籍之關係尙輕。若徵兵之國。漫無限制。則當徵兵之時。人民皆藉脫籍以圖規避。其貽患者實鉅也。是以日本及各國限制之法。必已盡當兵之義務。或免許者。方能脫籍。

既脫籍後。即非本國人。故前以本國人之資格。所享受之權利。自脫籍日起。不復再能享受。然在脫籍之當事者。必有諸多不便之情。於是別設保護之法。限於一定期間內。得以處分其一切非本國人不能享受之權利。如日本明治三十二年公布之律令。許

脫籍人於二年內。速將非日本人不能享受之權利。賣與日本人。其踰限未賣者。即爲無効。是其例也。

此外領土割讓。亦喪失國籍之一原因。從新領地一面言。爲取得國籍。對於舊國一面言。即爲喪失國籍也。

### 第三節 國籍之回復

本國人民。喪失國籍。即變爲外國人。此後舊國對之。將純然以外國人待之。乎抑因其以前係內國人。而與以特別之便宜乎。案此等問題。平時不少概見。惟當欲回復舊國籍時。往往有此疑問。

以歐洲言之。英國主義。自失國籍後。則純以外人待之。雖再欲取得原國籍。仍須以外國人歸化之手續辦理。以外歐洲大陸各國。對於前脫籍人之欲仍爲本國人者。別乎歸化。而謂之回復。予以一切簡易之條件。但使條件具備。即可取得國籍。其第一條件。在舊國須有住所。即生活之中心點。此項各國通用。其第二條件。須得舊國行政官廳。及內務大臣之許可。此項惟德奧伊三國用之。



再以日本言之。亦必具有前兩條件。乃許回復。若本人係因婚姻喪失國籍者。則於前兩條件外。另添一條。即須婚姻之効力既消滅是也。至條件不具。則仍可拒絕。蓋就回復字義解之。是謂第二次爲本國人以其人前後計之。中間尙有一段。非本國人時也。其與歸化不同之點。在効力之有無限制。蓋歸化之効力有限制。而回復之効力無限制也。既經回復。便與原來之本國人同等享受權利。但此必須原爲本國人而失去國籍者。乃可享回復之利益。若前因歸化而取得國籍後。又因喪失而再欲回復者。是謂第二次歸化。仍當用歸化手續。不得援回復之例。而享有一般之權利。

回復之効力。不但其本人有之。即其妻子亦然。如日本在美國歸化。取得美籍。且娶得美婦。後又欲回復本籍。按原則此美女應謂之取得國籍。不得謂之回復。然以妻從夫籍之例言之。則此美女。亦可享回復之利益。此即對於回復者之妻所生之効力也。

又如日本人在本國已有三子。及歸化美國後。復生二子。卒又脫離美籍而回復日本籍。其原有之三子。固應隨之回復。即後生之二子。亦可隨之回復。即對於回復者之子。亦生効力之謂也。此就其子未成年者而言。若既成年。須聽其自便。宜參觀日本國籍

法第十條及第十五條。其回復之通則。俱詳於二十五二十六二十七各條。

按第十條。謂外國人之父。或母。爲日本人。則現有住所於日本。亦可歸化。第十五條。謂成年之子。隨父母得國籍。第二十五條。謂婚姻解消。有住所。且得內務大臣之許可者。得回復國籍。第二十六條。謂依二十條。及二十一條之規定。失去國籍。如有住所。及得許可者。准其回復。第二十七條。謂第十三條。乃至二十五條之規定。於前二條之情形准用之。

#### 第四節 國籍之抵觸

國籍之抵觸有二種。一積極的抵觸。一消極的抵觸。積極的抵觸者。何即。一人同時有兩國籍是也。此因各國國籍法所採之主義不同。致生此結果。設此人有籍之兩國。適有戰爭。助甲國。則乙國。視爲叛逆。助乙國。則甲國。責其背反。此最困難之問題也。故國籍法必以一人不准有兩國籍爲第一原則。

消極的抵觸者。何。即一人並無一國籍是也。此種問題之發生。每當舊國籍既喪失。新國又未取得。故發生此消極之事實也。夫人之權利。幸福。專賴國力之保護。若全無國

籍之人安所得國力而保護之。魚肉聽之他人。苦楚靡所控告。是真可隣生也。故國籍法。又以入必有一國國籍爲第二原則。

以止兩原則。世界各國莫不採用。以爲國籍法之規定。然而風俗習慣。各有不同。故法律之根本。雖無差違。而條文之規定。不無歧出。是以國籍抵觸之事。終不能免。

試就積極的抵觸言之。設有一國探出生主義。一國探血統主義。此兩國之人。即易生積極之抵觸。如中國用血統主義。南美用出生主義。中國人在南美生子。則其子必有兩國籍。又如日本人住在外國。無論數百年。皆認之爲日本人。英法二國。凡外人至其國居住。自幼至於成年者。則爲英法人。設日人幼年移居英法。至於成年。尙未歸國。則其間亦有抵觸矣。

又有國籍變更。取得國籍。致相抵觸者。如甲國法。凡外國女人嫁於內國。皆取得內國國籍。若乙國法。有女嫁外人。而仍不失本國籍者。則乙國之女。嫁於甲國。一面取得甲國籍。一面仍不失乙國籍矣。又如爲外國人之養子者。一方面取得養親之國籍。一方面又未失本國之國籍。歸化外國者。外國准其取得國籍。而本國不認其已喪失國籍。是

皆一人而有兩國籍也。一人而有兩國籍。其法律之關係。果宜適用何國法律。亦一大問題也。此時當辨此兩國居何方面。或一爲外國。一爲內國。依日本法則宜以日本法爲主。蓋國籍者。所以定一般人爲內國臣民之資格者也。既有內國籍。即宜依內國法律辦理。觀法例第二十七條之但書。自可了然。

又或兩者皆外國籍。則與內國國籍無關係。此時當分別其爲生來取得抑傳來取得者。出生而即有兩國籍。則兩國籍皆立於平等之地位。如中國人在南美生子。依中國法。則屬中國籍。依南美法。則屬南美籍。此時適在日本有法律之關係。則日本不得以意爲斷定。而當視當事者之意思。爲主當事者之意思。又當以住所之所在爲徵。此類在條約上有明定者。如亞爾然丁西班牙之條約是也。設兩國皆無住所。而在第三國有住所者。則視其有籍之兩國何國法律與第三國相同。即採用何國之法律。如上所舉之人。既有中國籍。又有南美籍。但既在日本則中國主義與日本同。即依中法辦理可耳。

自傳來而始有兩國籍。第三國當此須按其取得之先後而用其最後取得之國籍法。

辦理此其理由、因世界交通轉移、居住悉聽自由、其最後取得之國籍必其所最願意者也。故日本法例第二十七條、謂須用當事者之本國法時、設其人有二個以上之國籍、依最後取得之國籍、定其爲本國法。如俄人歸化美國、在俄人是不准脫籍者、而美國則已認爲歸化者、若復在日本有法律行爲、須照美國法辦理、以其取得美籍最後也。然此人在俄則依俄國法、在美則依美國法、是又法例二十七條之規定、所謂二國中有一爲內國法、則從內國法辦理是也。

由是觀之、內國人者、有內國國籍者也、外國人者、無內國國籍者也、凡外國人皆外國人、即在外國無國籍之人、不問其生來無國籍、或傳來無國籍、要之皆外國人也。

就消極之抵觸言之、在世界各國中、均無國籍、是謂消極的抵觸、其第一之原因、由於其父爲無國籍之人、出生之國、如採出生主義、則得入國籍、否則仍無國籍、如德奧兩國、其父無國籍者、其子仍不能取得國籍、以其所採者血統主義、非出生主義也、日本有鑒於此、故以血統主義爲原則、而以出生主義爲例外、遇有無籍人在日本所生之子、亦援例外、可得國籍、故日本國籍法第四條、謂其父母無國籍而在日本生子、則其

子即日本人也。(接近世消極的抵觸之事甚少)其第二之原因。出生以後。因變更國籍而遂至無國籍者。如本國籍既已喪失。而外國籍尙未取得之時。是也。各國於此。皆設有防制之法。凡外國籍未取得者。本國籍仍存。不准喪失。宜參攷日本國籍法第十八以下各條。但十八條文亦有瑕疵。其謂日本之女嫁於外國者。喪失本國籍。如本國籍已喪失。而外國籍未取得。將如之何。是亦一缺點也。

以上二種無國籍之人。雖不能名之爲何國之人。而自所在國視之。究不能謂之爲本國人。此外國人中所以括有並無國籍之人也。此等究宜適用何國法律乎。竊謂是時必宜用住所地法可斷言也。但此際有當注意者。因法律與人有密切之關係者。首在本國法律。此有國籍者所以適用本國法也。其次則住所爲生活之中心點。與本人亦有密切之關係。此無國籍者所以適用住所地法也。等而下之。至並無住所。祇有居所。(暫時所住)則居所地與世界法律亦稍有關係。故又適用居所地之法律。此因其關係之輕重以爲適用之先後也。

又有當注意者。如甲國人於乙國有住所。又旅行於丙國。此三種法律之關係。首甲國。

次乙國。再次則丙國。前已畧言之。惟甲國之法律。或如美分十三州。中分二十一省。各地之法律。互有不同。則宜以往所在何州何省。即用其地之法。日本法例第二十七條第三項。對於各地方法律不同之國之人民。從其所屬地方之法律是也。至於用居所地之法律。則二十七條第二項。謂不知其住所者。用居所地法。(二十八條首項亦同)是也。准此以觀。則內外國人之區別。可概見矣。

第五章 外國人之地位

外國人之地位者。即外人旅居本國法律上應享之權利及應負之義務之狀態也。自外國人之本身觀之。可謂外國人之權利。故有解釋地位二字。竟謂之爲權利者。按權利二字。不甚確切。因本國爲保護外人故。與之以一分之權利。至外人自視實無何等權利之可言也。又或者謂從外國人觀之。謂之權利。從對於外國人之國家觀之。則謂之義務。故又有解地位二字。爲國家對於外國人之義務者。按此說亦不合。本國對於外國人之國家。固有此義務。至對於外國之個人。亦實無何等義務之可言也。故近來學說仍以沿用地位二字爲宜。

世界各國莫不有獨立自主之立法權。但其行使之時。必不能越乎國際公法之範圍。以此之故。故文明國通例。待遇外國人。皆與本國人平等。而其文野之程度。且視其保護外國人進步之次第爲比例。差其文明程度最高者。其保護必最周。其程度最低者。其保護必多闕。雖然。保護主義之發達。漸進的而非急進的也。其種種之沿革。可分爲三段言之。

- (一) 外國人地位之沿革。
- (二) 外國人之權利如何。
- (三) 外國法人之地位如何。

### 第一節 外國人地位之沿革

自歷史上研究此問題。最有趣味。此非從普通歷史上研究。而自法律歷史上研究也。研究之法。第就一國言之。亦甚易明。惟於世界大勢。尙恐隔闕。茲特將各國沿革。約畧述之。近世學人。有自歷史上研究者。有自社會上研究者。試分爲五期如下。

#### 第一期敵視主義



第二期賤外主義

第三期排外主義

第四期相互主義

第五期平等主義

第一期主義 敵外

敵外主義。以仇視外人爲方針者也。此最幼稚時代之狀況。是爲世界各國思想之第一級。蓋各國並立。適用國際私法。此二百年來之進步也。雖國際上平和之時。少戰爭之日。多然其戰爭之目的。係對於兩國主權之行爲。非對於兩國個人之行爲也。故戰爭之當事者。僅以減少外人之戰鬥力爲目的。其對於交戰之敵軍。有各種待遇。捕虜之法。則軍隊外之有限制。可知矣。古時之觀念。凡對於交戰國之人民。無一不爲仇敵。對於交戰國人民之財產。無一不可劫掠。殺戮衆者。論績則居首功。抄獲多者。計勳則受上賞。皆因不以人格待外人。故致有此慘酷耳。羅馬稱外人曰霍士德。或曰彼魯。瑞雷斯。二者皆取仇敵之義。此亦足以見歐洲曩時之狀況矣。至於東洋歷史。第觀夫

塗山大會孟津協盟。自古無敵視之主義。然人之生也。衣食住三者之慾望不滿。則有爭其先爲小團體之爭進。而爲大團體之爭再進。而爲國家之爭。固世界歷史所必經之階級也。惟東洋人素存今不如古之說。以爲世運之推遷。是遞嬗的非進行的。與西洋進化之說反對。故歷史政治家亦因而掩飾附會之。其實全世界無不經歷此敵外主義者也。

## 第二期主義 賤外

賤外者。因敵外主義。殺掠太慘。觀念一變。但去古未遠。猶存尊已卑人之心。是爲世界各國思想之第二級。蓋人類生活。自單純趨於複雜。一國之物。不足供一國之用。不能不有交通。然而政治之方針。與宗教之流派。往往養成賤外之習慣。以爲外國之人格。必下於本國人一等。或斥爲異端。或呼爲蠻子。即如野蠻二字之名詞。出於希臘。希臘二字之原音。細繹之即文明之義。故自以爲貴種。而呼外人曰白勃耳。白勃。即蠻人之義。殆賤之也。希臘如此。印度、羅馬、埃及各國。亦莫不然。此皆曩者之事。今已全改舊觀矣。中國自稱曰中華。四境以外。不曰夷狄。即曰蠻貊。長抱此思想。拘執不化。至於今日。

遂有領事裁判之結果可勝慨哉。

一國之內。因外國人與本國人不同之故。發生一種輕蔑思想。謂本國之法。專爲本國人保護權利之用。外國人不能享受。故對於外國人。聽其用何等法律。皆不與之較。古時希臘羅馬悉抱此主義。其影響及於土耳其。土之回回教中。有科蘭法典。當日視之。不過教門中之一經典。非成文法也。然土人用之。專以本國教內人爲限。以外皆謂之左道異端。不准適用。及與歐洲交通。凡歐人之至其國者。限以一定區域。俾之居住。一切習慣。皆聽自爲風氣。故一切法律。亦聽其仍用本國。是謂各國設領事裁判之緣起。然而土耳其當日。不以爲恥辱也。自主體一面觀。不屑與外人交涉。聽外人自爲辦理。固爲至便自答體一面觀。宗教習慣一切與土不同。其不願受土之法律拘束而樂得有此亦至便也。歐洲因在土有此權利故。一。至東洋即提出要求。一試於印度。再試於中國暹羅。再後則試於日本。次第皆蒙許可。日本當日。亦不以爲恥辱。觀念與土畧同。若曰外人者。下等動物。犬馬之流。亞也。若以本國至尊至貴之法律治之。瀆襲甚矣。故沈許之。中國經史中。有王者不治夷狄之說。大約亦不以人格待外人。必矣。且中國本

部對於四邊。若西藏、滿洲、蒙古等地。向皆鄙爲夷狄視之。與禽獸同科。以同在亞洲之人。其賤蔑之。猶且若此。況以不同洲之人。益聽其自生自息於世界。而不屑過問之也。亦固其所。歐洲前者亦頗有此觀念。惟因法律思想發達最早。故各國內從無領事裁判權之設。誠以其有礙於本國之立法權也。中國權利思想。最不發達。孔子當日。亦未言及權利二字。故中國今日。尙不知領事裁判權之利害。日本自輸入歐西文明之後。權利思想。日益發達。始知以領事而有治外法權。是本國所立之法。不能行於本國。其防礙政體。偷漏國權者。實大維新以後。早夜思維。皆以去此爲目的。然猶經三十年之久。始克收回（六年前）其難可知矣。

中國權利思想。如果發達。亦必知所先務。維此領事裁判權之務。去然撤去此權。目前亦無顯然之利益。以須設管理外人之司法裁判所及其他種種之費用也。然此非從利益起見。乃從國體起見。孟子曰。王何必曰利。亦有仁義而已矣。其義字。可作權利解釋。德國伊耶稜氏著有權利競爭論一書。其競爭之競字。原書譯爲鬪字。以其爲權利之故而鬪爭也。畧謂權利之爲物。大而國家小。而個人皆當鄭重視之。其目前之利害。

非可以算學家之比例計較之也有失其應得之權利者雖犧牲一切以求之亦不爲過蓋人之所以可貴國之所以獨立皆不外此權利也人而無權利思想是曰非人國而無權利思想是曰不國中國今日之急務貴以法律思想普及全國使人人皆知尊重權利而已夫以世界之大惟東洋有此放棄之權利此東洋之恥也然日本已有此收回之成例是又東洋之幸也中國若不收回此權其傷文明大國之體面甚矣前之所以致此由於賤外之一念有以釀之今後當可恍然

第三期主義 排外

排外者鑒於前此之失知外人不可輕視交涉之宗旨一變是爲世界各國思想之第三級凡外人居住本國者皆同一受轉制於本國法律之下外國之權利皆用本國法律保護惟於保護之中寓區別內外之意關於義務者外國人恒居多數關於權利者外國人恒居少數歐洲各國自十四五世紀至十八世紀皆採用此主義其許外人享受之權利共三種第一取得動產權利第二商業權利第三工業權利以此種三權利與內國人比較仍有不同蓋內國人之限制少外國人之限制多也如不動產之開鑛

權。文明各國。除英國外。未有准外人開採者也。(英人因所剩無多。且不易採。故不須禁止)。即以動產取得權而論。凡外人之遺產相續。必抽其財產三分之一入官。其餘二分。方准相續。不但此也。即外人欲回本國。亦必抽其財產十分之一入官。名曰移住稅。排外主義之內容如此。其結果能阻礙世界之交通。不得發達。至十九世紀。漸次改良。進而爲相互主義。

#### 第四期主義 相互

相互主義。爲國世界各國思想進步之第四級。蓋排外原以利本國之人。他國因被排之故。亦轉而排吾國。在彼國之人。是直接以排外國之人。即不啻間接以排本國之人也。於是排外說。漸不行。相互主義。乃乘時而出。現於十九世紀之世界。蓋排外國之人。於人而專於利人。亦有害於己。故本國優待他國臣民者。他國必優待本國臣民。以爲之報。此謂相互主義。分而言之。厥有兩種。

(一)條約上之相互主義。首先採用者。實惟法國。其民法第十一條至十三條之規定。畧謂法國人所應享之權利。經條約所明定者。住在法國之外國人。亦可享受。其條約未

定者。不在此例。以今日言之。法國此條。亦甚不當。然其立法在百年前。當排外風潮最盛之時。而有此規定。誠不可謂非文明進步之先河。但今日則又不切於用耳。何以言之。法律之進步。原為世界一般人謀。普通之利益。如法國民法之規定。設有無國籍之人。不能有國際之條約。將遂不能有絲毫之權利乎。今日之法律。對於無國籍人。亦須一律保護。此其不當者一也。且人之私權。宜訂在民法。不宜訂在條約。條約者。所以定國家與國家之關係。非定個人與個人間之關係者也。如法國之規定。非特無國籍人。不便即如日俄交戰。前此條約。皆須作廢。此時俄人在日本。日本人在俄。享有之權利。不盡歸消滅乎。是對於交戰國之有籍人民。亦不便此其不當者二也。總之關於人之私權。宜編入法律。不宜定在條約。是以近世最發達之思想。不問其條約之有無。亦不問其為平和國家與交戰國家一切。與以應享之權利也。

自法國民法視之。所給外國人之權利甚少。然自實際觀之。外國人在法國所享有之權利實多。此何以故。因法國分私權為兩種。(一)民權。(二)自然權。民權非條約所定。不得享有。自然權則不必定於條約。亦可享有也。其司法之裁判官。亦知此限於條約之法。

不善故於解釋法律之際必牽就歸之於自然權之內而民權一部份皆有名無實所以觀其表面似不利於外人及覬其內容而實際之保護甚周也按法國以外白耳義、瑞西、希臘路克善布魯大候國採用此主義。

(二)立法上之相互主義。甲國與乙國商酌立法。甲國許乙國人權利若干。乙國亦許甲國人權利若干。德國民法施行前之普通法。及瑞典、諾威、奧地利、匈牙利、塞爾維亞等國皆採用此主義。然此主義雖出現於法國民法之後。相互之中亦含有排外之性質。蓋外國優待內國人者。內國始優待之。則外國之薄待內國人者。內國必薄之也。可知一厚一薄其不平等甚矣。凡立法之旨首貴持平。若因實行此主義遂至立法亦分輕重是違反立法之本旨也。各國知此主義不行。故實際上三四十年前已經廢去。而趨於平等主義。

### 第五期主義 平等

平等主義較前期更進化矣。自各國保護外人之權利日益發達。此主義遂昌言於十九世紀。其時關於奴隸之議論最有勢力。略謂奴隸具有人格。宜同爲權利之主體。不



宜作權利之目的。物看待。各國採此主義。盡廢奴隸制度。即有一二國未廢者。其奴隸逃至他國。皆與平等人受一律之保護。至近世而奴隸之宜享平等權利。已在不言而喻而之列。繼此之問題。則爲內外人之平等主義。謂保護外人權利。宜與本國人同。首先採用者爲意大利。一千八百六十五年。意大利民法第三條有云。內國臣民享有之私權。外人同一享有。是時。歐洲限制外人之禁頗嚴。意人獨採用平等主義。歐洲學者深韙之。自此以後。各國編纂民法。皆以意爲模範。例如一千八百六十八年。葡萄牙民法二十六條。一千八百十九年。西班牙民法二十七條。均云。除法律條約有特別規定外。一切私權。皆准外人與本國人共同享受。英吉利素以排外爲主義。於一千八百七十年。所定歸化條例。亦許外人與內國一律享有私權。是亦採用此平等主義矣。

國際法協會。於一千八百八十年。決議於英國阿庫斯佛大學。凡外國人不問爲何國家。何宗教。除法律有特別規定外。許外人一律享有私權。且勸告各國政府有制限者。咸革去舊主義。而採用新主義。由是此主義之勢力。日益擴充。蓋古時所予外人之權利。嚴其禁於許可之中。近世所予外人之權利。寬其途於制限之外。兩者適相反對。其範

圖廣狹可知矣。

最近世學說又一變。前此意大利民法之規定。已成贅屬。外人宜享權利。又不待言矣。其最著者。如德之伊耶陵氏。謂均爲人。即均有人格。人之不可無權利。猶空氣之不可少。內國宜許外人共享私權。又爲天職之所當盡。故不待明文之規定。自可曉然。此一說也。又白耳義人羅蘭於一千八百八十二年。起草民法。亦謂無論何人。皆宜享權利。明定於法律。反爲多事。是說也不見用於本國。至千九百〇一年。德國採用之。事固有立說於此。被採於彼者。殆往往然歟。

法奧兩國。夙用相互主義。非平等主義也。然自內容觀之。殆名相互而實平等。瑞典、挪威、丁抹、荷蘭等國。亦與法奧略同。

美利堅爲平等主義最發達之國。茲不具論。即專制之俄國。大體亦同此主義。惟各地之法律。未能統一。故尙含有不平等之性質。日本近亦採此主義。當三四十年前。尙屬排外時期。外人權利之關係。必條約上載明。始准享有。自明治十五年。至二十三年。憲法既立。除法律條約規定外。准外人一律享受。列於民法第二條。以最近理論觀之。此

條亦屬贅附。然以排外時期驟進於平等時期。非明列此條。文不足以堅外人之信。而開內地之蒙。故此條不可少計。維新以至今日。不滿五十年。自第一期飛躍於第五期。進步之迅速。實屬可驚。其能折服列強之心。收回領事裁判權也。宜哉。

中國今日尙滯在賤外排外兩時代。外人享有之權利。全恃乎條約規定。始生效力。故外國與中國結約。皆明訂外國人宜享何等權利。所可異者。中國對於外國。從未言及中國人在外國宜享何等權利。然日本人與中國人交涉。究不以條約未言不以平等相待。可爲條約不必明訂之一證也。外人對於中國。必須明訂於條約者。固由外人權利之觀念最重。亦中國素主排外所生之結果也。歐美各國。不因條約上未詳。而不以平等待中國也。亦與日本同。至美之不准中國人移住。此屬例外。俟詳於後。

當此文明燦爛之時代。中國若欲外國撤回領事裁判權。非採平等主義。不可欲實行平等主義。非上下一心。拋棄賤外排外兩主義。不可。雖然。平等者。非絕對的平等。實相當之平等也。各國採用平等主義。皆有各種例外。爲之限制。各國雖不同。其大要可得而觀。縷者。(一)土地所有權。(二)船舶所有權。(三)漁業權。(四)礦業權。(五)股票權。(有數種股

票不准外人買。按第五種或以訴訟上之保證義務當之。要之此五者皆在絕對限制之列者也。中國如採用平等主義亦宜有所限制。惟立法之旨各國互異。究未知取法何國爲善。日人限制外人權利頗稱周密。試先言日本。參言各國以備採用。此非僅言私權一項。便可了然也。須並及公權。外人所享有之公權皆以條約爲限。故條約亦宜參攷。

## 第二節 現在外國人之地位

### 第一款 公權

公權分四種。一、個人自由權。二、保護請求權。三、參政權。四、公法上之義務。然議論甚夥。有謂參政權爲公權。餘爲私權者。有謂自由參政兩權爲公權。保護請求爲私權者。又有謂公法所定爲公權。以上三種皆私權者。日本山田博士所主張者爲第三說。

(一) 個人自由權。其類亦甚繁。取其關於外人者言之。亦分四種。一、往來居住之自由。二、身體財產之自由。三、精神上之自由。四、營業自由。分爲甲乙丙丁如下。

甲) 往來居住之自由。自鎖國主義廢。通商貿易。載在約章。雖其條件皆由本國規定。不

拘一例。至其開放全國。往來無礙。則各國皆同也。日本於明治三十二年。改正條約。無論內地何處。皆准外人自由旅行。(外國內地無論何處。亦准日本人到)所異者。內國人係絕對的住在此國。外國人不能絕對住在此國也。其條件有三。試又分爲  
イロハ如下。

(イ) 入國拒絕。本國人雖生長外國。至疾病或犯罪之時。返還本國。不能拒絕。蓋本國負有保護最重之責任。若本國拒絕外國。必不相容。將至無國可歸也。對於外人則不然。有犯罪者。有傳染病者。有不良行爲及生計艱難者。皆拒絕之。勿使入口。因外國犯罪者。逃至內國。難免不又犯罪。傳染病有害公益。不良人亦有妨治安。無業游民。不能生活。政府之負擔加重。故拒絕之。若此者。皆因外人身份上。所生之障礙也。無關本人身份上之障礙。而亦拒絕之者。如國有內亂。外人進口。恐有他變。故不得不拒絕之。至不准勞動者。進口。如美之禁華工。此最不公平之事。爲公論所不容者也。

古時外人入口。須有護照(即旅行券)。近皆破除此禁。惟俄國仍嚴其例。蓋猶有

舊時代之觀念存也。中國亦未開放全國。往往限定一地。專與一國通商。如德之於山東。法之於廣西。皆至危極險之事。自茲以後。仍以開放全國爲宜。

美洲對於中國人。有排斥法律。禁止華工入口。英國殖民地坎拿大、奧斯托利亞（濠洲）等處。除歐洲人外。須驗歐洲語言。方准入境。按美國之排斥案。最爲侮辱吾中國。欺蔑我黃種。以後美國如有要求。須極力反對。務期取消此案。而後已。且英之禁人至坎拿大、奧斯托利亞也。亦甚非理。倘吾國與日本仿之以限制歐美人。恐歐美人之能入吾國及日本內地者。亦無幾也。是皆不可爲訓。

(口)放逐。本國人無論如何。不能放逐出境。（惟古時有之）外國人無永久居留之權利。故有時可以放逐。放逐亦有二種。一、個人放逐。二、一般放逐。個人放逐。如不良、犯罪、貧乏、傳染病之類。一般放逐。必國有內亂。或戰爭。限定時日。放逐境外。日本與俄構兵。住日之俄人。未盡放逐者。亦文明之進步也。

(八)犯罪引渡。本國之人。雖在外國犯罪。歸至本國者。不能執付外國。以其爲本國之人也。外國人犯罪。如有逃至本國者。其國與本國有罪人引渡之約。即可執付。

日本先與美國有引渡之約。近又與英國、德國、白義耳、奧大利、約結。中國改良法律之後，亦可照此辦理。若今日之刑法，外人萬難信用，尙不足以語此也。

(乙) 身體、財產(生命)之自由。前節言外人往來住居，皆可自由。然必其生命財產，亦不侵其自由。方爲完全之保護。是以文明各國，凡保護外人，皆與本國人同。其不同者，本國人之生命財產自由權，由於本國憲法所定。外國人之生命財產自由權，則由於通商航海條約所定耳。茲譯日本憲法數條，及日英通商航海條約一條，以資隅反。

日本憲法二十三條云，日本臣民，非依法律，不受逮捕監禁審問處罰。第二十五條云，日本臣民，除定於法律之場合外，無不經許諾而被侵入住所及被搜索之事。第二十六條云，日本臣民，除定於法律之場合外，無侵信書秘密之事。第二十七條云，日本臣民之所有權，無被侵害之事。又本條第二項云，公益必要之處分，悉依法律之所定。日英通商航海條約第一條首項，兩締盟國一方之臣民，於他一方版圖內，無論到何處旅行，或住居，均可隨意。對於其生命財產，須

### 受享完全之保護。

以上憲法四條。關於本國人身命財產之自由也。日英通商航海條約一條。關於外國人身命財產之自由也。由此以推。可知內外人不同之點矣。(一)本國人之權利。非有法律禁止。不能限制。外國人之權利。即爲條約所規定者。如條約外。有新出限制之命令。外人亦不能不恪遵。(二)保護外人之權利。不及內國人之切實。內人爲主體。外人爲客體也。

以上二異點。爲內外人地位不同之原則。然有奇妙之例外。如有時保護外人反優於內國人。是也。蓋國有內亂。外國人被損害者。本國政府。必任賠償之責。如義和團之亂。中國人死者無算。政府未嘗與聞。外人之與於亂者。有各種之賠償金。因本國人爲國家之衆分子。平時有共圖治安之權利。即亂時。有共受痛苦之義務。外人入境。無圖治安之權利。但有受保護之權利。保護未至。負擔賠償。此固居留國難逃之義務。亦即內外人特殊之異點也。

今外人之入中國者衆。維持治安。在所宜亟。有一事當注意者。國家保護外人。未盡



責任。致受損害。難免賠償。宜也。若既維持治安。尙有受損害者。則宜不必賠償。何也。蓋雖至文明之國。不能無作奸犯科之人。偶有不測。亦須賠償。將有不勝其困難者。俄皇爲太子時。游歷日本。被人狙擊負傷。未嘗要求賠償者。因日本法律完備。警察嚴密。已能盡維持治安之義務也。今日俄交戰。德國觀戰員。坐小民船。自旅順出口。欲往烟臺。爲船戶所害。近以其鈔票至烟臺兌換銀元。發覺被捕。(共七人)以事而言。中國無保護之責。(旅順爲中國權力所不及。以事後言。中國有覺察之實。乃德人猶要求賠償。眞無理之尤也。

(丙)精神上之自由。分三種。(一)信教自由。(二)言論著作自由。(三)集會結社自由。此三大自由。文明各國。皆載於憲法。以示爲人民本有之權利。政府非依法律不得侵犯之。則人民非違法律不被侵犯。可知矣。凡立憲各國。此三權最關緊要。惟對於外國人。稍有異同。第一項之信教自由。當締結條約。即提出訂明。此等事實。係從信教自由之原則上發生出來。凡信教之人。無論至何國。雖不信其教。亦不得干涉之。日本與各國結約。大都於前一二條內訂明。歐洲各宗教家。野心家有藉傳教之勢。侵奪他國。

之主權者。若他國人以他宗教入其國。亦不禁止外人。信教有絕對的自由。由此可見。第二項言論著作自由。以條約規定者少。然亦與本國人享有同一之保護。宜參照日本新聞條例及出版法、與著作權法。

按舊條例、外國人不得爲新聞紙之發行、印刷、編輯、各種人。及明治三十二年。改正法律。許外國人居住本國者。與本國人有同一之自由。故新聞條例第六條。雖依其本國法爲未成年。然苟其年齡滿二十以上。居留於日本國內者。得爲以上各種人。惟在東京、橫濱、神戶、發行。必增加保證金。以爲間接之制限。

觀歐美各國。亦不盡取放任主義。例如法國千八百八十一年之新聞條例。謂外人雖居住於法國。不得爲新聞紙及定期刊行物之發行人。總之既非條約上事。則對於外人。或取寬大。或用限制。視乎立法者準情酌勢而操縱之耳。第三項之集會結社自由。亦非條約上事。故禁制特嚴。凡外國人不得爲政談集會之發起人。與政社之會員。且不得於政談集會爲演說。（見舊集會政社法第五條、第七條、及現行治安警察法第六條。）蓋關於政黨之行爲。乃本國人所以謀公益增幸福而爲本國

國民獨有之特權也。外人於所在國無參政權。故關於一切政策之政談。皆不能與之以自由。而惟一般之集會結社。方可與內國人受同一之保護。然大多數之國。凡勞動者之職工同盟。組合對於外國人之加入。或絕對禁止。或畧爲制限。日本一般學者亦主張於事關緊要之時。始爲限制云。

案外國人集會結社。無絕對之自由權。不特關於所在國政治上之問題。取締甚嚴。即對於本國政治上之舉動。亦干涉所必及也。然苟其言論思想。未經發表。公布與公安無害。外國政府亦無從而干涉之也。至歡情之連絡。學社之組織。則更不須過問矣。

(丁) 營業自由。世界各國營業。以自由爲原則。以國家監督爲例外。分二種。

(一) 自由營業……即普通商工業。

(二) 免許營業……即銀行鑛山保險各種。

普通商工業。不待國家許可。而內外國人皆有自由之活動。文明各國。皆定在通商航海條約。例如日英條約第三條。日佛條約第四條。謂外國人皆得從事於製造。

手工各業。或各種之製造物品。卸賣小賣之商行爲。及借受土地家屋。一言以蔽之。曰。外國人於日本之製造業。商業。販賣營業。均得有自由之活動也。

免許營業。有禁止外人爲之者。有許可外人爲之。而履行之條件。較內國人加重者。此皆國內法所規定。非通商航海條約之範圍也。茲分述之如左。

(一)保險營業。本國人爲之。祇須具十條件者。外國人爲之。則須加重自十以上。就中如生命保險會社。有一種貯蓄銀行之性質。保險之權利者。於數十年後始受保險金之支拂。最賴有確實之信用。政府欲保護本國會社之發達。對於外國會社之請求設立。尤須慎重。

(二)仲買營業。日本商法取引所有仲買人。與仲立人之性質同。而名畧異。殆爲仲立人之變體。無論何國。皆不准外人爲之。例如日本取引所第十一條。禁止外國人爲之是也。按此條原文。非日本臣民。不得爲取引所會員。或仲買人。

(三)鑛山營業。鑛山爲一國之富源。外溢則內竭。故宜禁止外人之開採。其不禁止者。亦有兩種。一鑛業未發達之國。昧於利害之關係。而輕假外人。以柄如中國今日。

是也。一。鑛業最發達之國。鑛脈遺剩無幾。雖不禁。止而外人自不敢輕試。如英國。今日是也。開鑛者有自然人。有法人。法人之中。有內國人組織之法人。有外國人共同組織之法人。又有公司全是外人。而全用內國之法律性質組織者。然日本鑛律第三條。及砂鑛採取法第四條首項。皆以禁止外國人爲原則。餘詳外國法人。按鑛業條例第三項。非帝國臣民。不得爲鑛業人。或關於鑛業之組合員。及會社之株主。砂鑛採取法第四條首項。非帝國臣民。不得爲採取人。或關於採取業之組合員。及社員。

(四) 漁業權。現今國際慣例。本國沿岸。及領海以內之漁業。皆一國國民之特權。無許與外人之理。日本亦以不許外人爲原則。惟於韓國採相互主義。彼此均得於各領海內交換營業。明治二十二年。日韓通漁規則第一條。但書。當漁業之時。亦必攜帶准單。(即免許鑑札)其嚴重取締。可見一斑。

(五) 運送營業。有陸上海上之分。陸上運送之機關。其要點在鐵路。鐵路者無事之時。爲一國之國道。有事之時。即爲一國之國防。若假權於外人。即不啻假道於人。而

自○撤○防○守○也。故○文○明○各○國。無○以○鐵○道○敷○設○權○假○手○外○人○之○理。中○國○今○日○許○外○人○鐵○道○營○業。最○爲○危○險。海○上○運○送○之○機○關。不○外○船○舶。凡○內○國○港○灣。與○外○國○港○灣。相○毗○連○之○處。兩○國○宜○享○有○平○等○之○均○勢。若○本○國○領○海○內。甲○港○灣○至○乙○港○灣。或○丙○港○灣○至○丁○港○灣。是○爲○沿○岸○貿○易。無○論○何○國。皆○視○爲○一○國○國○民○之○特○權。外○國○人○不○得○而○享○有○之。然○亦○有○例○外。須○視○內○國○沿○岸○貿○易○之○發○達○與○否。爲○斷○中○國○沿○岸○貿○易○訂○於○條○約。未○便○遽○行○禁○止。俟○本○國○此○業○發○達○之○後。再○議○可○也。日○本○以○不○許○外○人○爲○原○則。然○依○慣○例。橫○濱。神○戶。長○崎。及○函○館○間。猶○許○外○人○運○送○自○由。例○如○英○日○條○約○十○一○條○第○三○項。但○書。日○本○政○府○於○本○條○約○之○期○間○內。始○終○承○諾○許○大○不○列○顛○國○船○舶○運○搬○積○荷○於○日○本○之○現○開○港○場。惟○大○阪。新○瀛。及○夷○港。不○在○此○限。是○也。比○國○以○其○沿○岸○地○少。亦○許○外○人○貿○易。英○國○領○海○內○港○灣。及○殖○民○地○港○灣。亦○許○外○人。以○外○德○美○等○國。皆○絕○對○的○禁○止。

(六)職○業。職○業○者。有○一○定○之○本○職。從○事○於○專○門○教○育○資○格○條○件○之○業○務○是○也。其○具○有○此○職○業○之○能○力○與○否。國○家○須○試○驗○之。試○驗○合○格。方○給○免○許○狀。如○辯○護○士。醫○師。藥○技○師。

船長、機關士、產婆等類。皆本國人之特權。辯護士關係之重。與裁判官同。日本辯護士法第二條首項要件。即限於日本臣民。醫師、藥技師、法德二國。不准外國人爲之。因本國醫學既已發達。一則外國人之技師無出其右。一則本國人之權利不可放鬆也。英美於此等職業。未嘗禁止外國人。日本亦以不准外國人爲原則。亦有例外。當維新以前。居留地之外醫盛行。現今本國醫學日益發達。外醫生意寥寥。皆撤回本國矣。漢醫曩時在日本者亦多。近則無信用之者。中國此道有用之新學。問全未發達。無用之舊習慣。徒然株守。偷此時便。限制外人是自阻其進步也。故仍以免許爲宜。船長、機關士、歐美各國均限制外國人。誠以全船之安。免繫之則全船人之生命亦繫之。遇有他國國際上衝突。緩急已不可恃。若適與其本國有事。則反覆更所不免也。然日本亦不免用外人。因此等學問發達之程度。尚淺。不得已而用之。非長久之計也。

所當注意者。以上四種自由。其保護內國人。較外國人爲優。限制外國人。較內國人爲嚴者。立憲政體則然耳。若專制之國。其行政權之侵害內國人者。無所限制。外國

人。以。有。條。約。之。故。對。於。侵。害。一。方。面。既。有。限。制。對。於。保。護。一。方。面。又。可。要。求。故。保。護。外。人。反。優。於。內。國。人。而。限。制。外。人。反。寬。於。內。國。人。此。專。制。與。立。憲。全。然。立。於。反。對。之。地。位。者。也。

(二) 保護請求權。箇人請求國家保護之權利。自其方法之異點而區別之。有三種。

第一、民事訴權……屬私法、

第二、行政訴權……屬行政、

第三、請願權……屬立法、

以外尚有外交上之保護請求權。然本國人請求外交上之保護。必當滯遲外國時始發生。外國人請求外交上之保護。須先請求其國家。為國際之交涉。與本國內政無甚關係。故不贅列。

第一、民事訴權。關於民法上物權債權之被侵害者。請求於裁判所為之保護。此訴權乃公權而非私權也。前此國家之觀念。皆以一國之裁判所。專為一國之人而設。故外國人但可為被告。不能為原告。今則不分內外。無論何國人。皆可為原告之當事。



者。宜參照日英條約第一條、第二項。日瑞條約第二條第二項。民事訴訟法第八八條及九二條。

日英條約第一條第二項、該臣民爲伸張權利及防護共有自由之權。可直訴出於裁判所。裁判所爲之伸張防護之時。得與內國臣民同撰擇代言人、辯護人、及代人、而使用之。此外關於司法取扱各般之事項。凡內國臣民享有之權利特典。均可享有。日瑞條約同。

日本民事訴訟法第八十八條、原告或原告從參加人之外國人。因對於被告之請求。宜立訴訟費用之保證。第九十二條、外國人依國際條約。或其本國之法律。日本人處同一之情形。得求訴訟上之救助者。外國人亦得求之。

第二、行政、訴訟權。凡行政官廳。對於人民有違法之處分。其被處分之當事者。得提起訴訟。或依行政訴訟之方法。請求取消其處分。因以保護其權利。如某甲居住某市町村。經其管轄之地方官廳。處分不當。可向其直接之上級官廳。爲訴願之請求。若不得請。更可爲行政上之訴訟。直接其官吏。以爲最終保護權利之方法。外國人與本

國人同。然外人實行者少。大都告知其本國公使。由公使交涉。取消其違法之處分焉。中國關於行政之事。不惟外國人無訴訟之權。即本國人亦無訴訟之權。因無行政法典。故無行政訴訟也。中國人對於地方官廳。祇有訴願權。外國人亦同。但外國人無行使此權者。以有其本國公使爲之保護也。

且外人在中國。因有領事裁判。故民事訴訟。亦可不須。民事訴權之性質。必本人親至裁判所。不能由公使交涉。蓋裁判所係以最高主權之命令行使。其獨立之法權。不受行政官管轄。故不能向行政官請求取消行政訴訟。本屬行政官廳之範圍。故可由公使交涉外務部救正之也。觀此可以知行政訴權與民事訴權之區別。

第三、請願權。此關於立法根本之事。而爲國民所應有之特權。或法律有缺點。而請求改良。或權利受損害。而請求保護。或稅法不平均。及其他種種之弊害。而請求補救。皆屬此權之範圍內事。蓋國家自爲前途計。誠不可不以此權宣示於國民。國民自爲幸福計。亦不可不以此權要求於國家。因本國國民與國家有絕對之關係也。若外國人則不可有絲毫之假借。因此權關乎內國之政治。非外人所得干與也。

(三)參政權。此權在專制政體內。不能相容。勿俟贅論。凡立憲國民。直接間接。上莫不有參預政事之權。因一國之政治。以一國之少數謀之。而疏且漏。不如以一國之多數謀之。而固且密也。世界專制之國。惟清與俄。俄之革命動機。爆發於今日。幾有不達其目的。不止之勢。倘俄一變爲立憲。則演歷史上專制之殘劇者。惟獨一無二之清國。全世界之無參政權者。亦惟獨一無二之清國國民矣。如是則清國將有受全世界壓迫而失其獨立之虞。

參政權之重要如此。故有此權者。不獨直通國情民俗而已。且須有愛國之至誠。與絕對服從之觀念。是以非本國臣民。不得而享有之也。現今各國通例如此。日本亦然。外國人在日本者。非徒直接參與政治之權利。嚴爲限制。間接於政治。或稍有公性質者。亦不得從事於其職務。是以除選舉法已明限本國臣民外。凡商業會議。及取引所之役員會。國立或官立銀行之役員。與所得稅之調查委員等。外人皆不得爲之。惟橫濱所得稅調查委員中。有一名外國人。許上便宜。是爲外國人有公權之變例。

凡文武官吏。被任用者。皆本國臣民之特權。依官吏與軍人恩給法。及國籍法等之規

定。已明禁外國人不得爲之。(執達吏(即遞送文書人)公證人及其他公吏亦同)然此亦無大道理。或於本國有利益。亦可特別免許。明治初年。有用外國人爲官吏之事。惟名目不稱爲官。謂之顧問等類。現俄國亦尙有之。中國此日欲整頓一切。聘用客卿爲顧問。亦未始不可。

中國有唱議立憲者。有醉心共和者。二者皆不外要求國民之參政權。果其腳踏實地。以迅速之進步爲精神上之改革。一飛冲天之勢。誰能諒之。若但以目前之程度。不求進步。而矯語一切立憲。且辦不到。無論共和也。

(五)公法上之義務。凡人旅居外國。全恃法律爲保護。既享有保護之權利。即宜有報酬之義務。義務維何。則維持一國之法律。擔任行政之經費是也。雖然。前言享有公權外國人。既較內國人爲少。則擔任義務外國人亦宜與內國人畧殊。試舉各種之義務。逐類觀之。分爲天地人三種如左。

### 第一、一般服從義務、

### 第二、納稅義務、

## 第五章 外國人之地位

第三、兵役義務

(天) 一般服從的義務。本國人對於主權、法律、命令、及行政司法官廳之處分。皆有服從之義務。外國人之居留此地者。亦與本國人同。所宜注意者。外國人必住在此地。其義務乃發生。一旦離開此地。其義務即消滅。非如本國人之地位。勿論離開。勿論住在。皆絕對的不能消滅。也有臣民主權有領地主權。內國人之服從。服從臣民的主權也。外國人之服從。服從領地主權也。如留學生在日本。服從日本法律。是謂服從領地主權。中國有命令至此。亦須服從。是謂服從臣民的主權。此時自兩方面觀之。一邊是領地方面。故有服從日本之義務。一邊是臣民方面。故有服從中國之義務。此兩方面義務之對待。國際私法即起源於此。是國際私法亦即適用於是。至何項適用本國法。何項適用外國法。俟詳於後。約畧言之。大抵適用現住地法者多。而適用本國法者少。

(地) 納稅之義務。為支持一國行政費用起見。不惟本國人宜負此義務。即外國人之住居此地者。亦宜負此義務。蓋外人擔負此納稅之義務。益可享有保護之權利。本國

既享有徵稅之權利。愈須擔任保護之義務也。納稅之方法。有現金物品之不同。古時徵收外人稅額。必較內國人加多。現今國際慣例。內外皆用同一之稅則。日本改正條約之規定。亦是如此。

(人) 兵役之義務。此箇人對於國家應盡之義務。又可視為國家付於國民最重之特權。蓋自本國人必須當兵言之。謂之義務。而自外國人不能當兵言之。又謂之權利。外國人不必擔負此義務。外國人即無從事此擔負義務之權利也。鐵血競爭。無兵不能立國於政治上。有絕大之關係。故近世各國。除英美而外。皆用全國皆兵之制。法國法律。不願當兵者。可以納金免役。日本亦有此議。尙未實行。其徵兵令之條件。限於本國臣民。始負擔兵役之義務。外國人不惟無兵役之義務。且可免除代兵役義務之一切稅金。及取立金。宜參照日英條第二條。以例其餘。

日英條約第二條。兩締盟國一方之臣民。住居他一方版圖內者。無論陸軍、海軍、護國軍、民兵等。均免強迫兵役。且免代服役所取立之納金。又免一切強募公債。及軍事上之賦斂。或捐資。

以上前兩項義務。外國人之住在本國者。與本國人同。惟離開此地。則不同。第三種之義務。外國人與本國人絕然不同。然此第就一般之外國人言之耳。若有治外法權之外國人。前項一切之義務。均須免除。如外國君主公使外交官之類是也。此關於國際公法範圍上之問題。玆勿具論。惟中國因有領事裁判之故。外國人在其領地者。不必有第一項之一般服從義務。且於第二項之納稅義務。逋負者亦多。蓋領事裁判之害。能使外國之法權有效力於本國領土之內。而本國之法權反於完全無缺之金甌內失其一部分之效力。而奸僞之弊。遂日以滋。其實究非領事裁判之性質。應有此正當逋負之行爲也。然本國之領土主權。既不能完全其弊。亦何所不至也。

第二款 私權

外國人享有私權。與本國人同立於平等之地位。亦非漫無限制。惟於限制之外。其不限制者。乃採用放任主義。日本民法第二條之規定。外國人除有法令條約禁止外。得享有私權。即是此意。其餘各文明國。亦皆以平等爲原則。而以限制爲例外。惟限制範圍之廣狹。各國不同。今以日本之法律爲根本。而參以各國言之。

私權者，私法上所保護之權。即商法、民法所規定也。然商法、民法以外，亦有謂之私權者。茲分爲財產、親族、相續之三項如下。

### 第一項 財產權

自財產權觀察之，內外人共同享有之種類，可再分爲物權、債權、及智能財產權三種。所謂智能的財產權，實民法以外之財產權。然其爲財產權則同也。試依次論之。

第一、物權。自民法之性質綜舉之，其類蓋有九種。附以永代借地權，共十種。如左。

〔占有權……永小作權……先取特權〕

物權之分類 所有權……地役權……質權

〔地上權……置留權……抵當權〕

附永代借地權。見明治三十四年四月法律第三十九號永代借地法。按永代借地，日本謂之居留地。即中國之租借地也。

以上物權十種。就性質比附之。可綜括爲動產類、不動產類。在不動產中，非外人所能享有者。爲地上所有權、及抵當權。當明治五六年間。即有此禁。至今仍之。未改。歐



洲曩時亦禁以土地所有權予外人。至五六十年前。法蘭西首破此例。意大利繼之。其後比英德俄等國之主義亦變。惟俄與他國接壤之一部分。仍守舊制。非舉全部之土地而盡開放其所有權也。以外有全部均未準外人過問者。如羅馬利亞、巴爾幹半島諸國。亦至今猶然。

歐洲而外。若南北兩美。合衆洲而成國。許者半。不許者亦半。亦有名許外人享有。而附以繁難條件。使外人不易履行者。總之土地所有權勿論自領地一方面觀自公安一方面觀皆有絕對之關係。故許外人享有與否。本國實有自主之權利。而無必許之義務。然此等問題。屬於經濟上之立法問題。而非國際上之問題也。倘其於政治經濟上保無危險之虞。正不必拘拘於限制日本之限制者。正以其有危險之影響也。近有學說謂日本之經濟狀態。即以此土地所有權付與外人。不惟無何等之危險。且可以得外人安心放下資本之便益者。將來或解此禁。亦未可料。

日本雖未許外人享有此所有權。然永代借地之性質。亦正與此相類。或有謂此權利爲外國人所專有。而本國人反不能行使者。不知同係一土地所有權。自外人得

之謂之永代借地權。自本國人得之。即謂之土地所有權。明治三十四年九月二十日法律第一百七十九號第一條之二項。內國人取得外人永代借地權者。即謂之取得所有權。名雖異而實則同。夫不以所有權予外人。而仍以永代借地權予外人。何如限定一隅之地。而直以所有權許外人。之爲得也。日本於抵當權。近已許外人享有。今譯日德條約於左。以資參攷。

日德通商航海條約附屬議定書第二條。兩締盟國。其一方臣民。於他一方版圖內。同意許與內國臣民。同樣取得不動產之抵當權及占有。

日本四面環海。無陸路交通之地。其土地所有權。之不擅許外人。猶復如此。中國西北一隅。接壤強鄰。無衣帶水之隔。若許外人。取得其土地所有權。最爲危險。慎勿以東南濱海之地。並提而論也。

動產中之物權。爲外人所不能享有者。第一爲船舶所有權。依日本船舶法第一條。即以日本臣民。及日本法人爲限。蓋船舶。爲有國籍之動產。物船舶所到之處。即國旗所到之處。必須藉國家。以保護之。而後其營業。乃能發達。甲國之船舶。不能受乙

國之保護也。故表面上必有國旗以爲之標的。乙國之船舶又不能冒充甲國之國旗也。故內容又須有國籍以爲之根據。日俄戰爭。有瑞典國船掛俄國之旗。日本即認作俄國船收沒之。瑞典亦不能抗議。又有無國籍之船。而任意插他國之旗者。各國皆作爲海賊看待。亦可拿獲收沒。

船舶以外之物權。其不準外人享有者。各國不同。日本則以銀行之株券爲重。譯各條例於左。以備參照。

日本銀行條例第五條。日本銀行之株券。無記名券。日本人之外。不許賣買讓與。正金銀行條例亦同。

農工銀行條例第四條。農工銀行營業區域。非有原籍住所。不得爲其株主。國立銀行條例第一條亦同。

第二、債權。已詳於民法。凡對於特定人所有之權利。不至違反公法者。內外國人。皆一律享有此權利。茲不具論。

第三、智能財產權。此由個人之智識上生出一種有價值之權利。如特許、意匠等類。是

也。國家爲保護國民精神勞力之權利起見。故一切認之爲財產權。以法律爲之保護。如農夫耕種而獲米粟。工人勞動而得傭值。物體雖不同。而其爲財產上之所有權。則同也。凡個人之精神勞力。其可以發現於事物者。有三方面。

(一) 因個人有研究真理之慾望。即從慾望所生出之精神勞力。或研究科學。研究哲學等。各種之著作。其出版之權利。即爲文學上之著作權。

(二) 因個人有滿足自然美術之慾望。自以其精神勞力刻苦自礪之結果。謂之美術上之著作權。按以上二種。雖有文學美術之分。而其爲精神上之財產權。則

一。故通謂之著作權。爲此權利之主體者。有處分之自由。他人不得侵害之。

(三) 以個人之技術。施之於工業上所發生之結果。是爲工業上之所有權。以其爲前此之所未有。故又謂之發明權。亦分三種。

(甲) 特許權。凡發明新式器械之人所專享之權利。謂之特許權。例如發明電氣者爲美國人。則電氣即爲美國此發明家之所有權也。

(乙) 意匠權。與特許權相似。但因前所已有者而變其形式。以投世人之所好。亦

有專享之權利。謂之意匠權。

(丙)商標權。即商品之符號。如招牌、廣告等類。有則人信爲真。無則人疑爲假。全屬主顧上信用之關係。亦成爲一種特別之權利。故謂之商標權。

以上智能財產三大權。何以必須國家之保護。蓋爲獎勵學術之故。即不得不保護此文學上之著作權。非是則學術不能進步也。爲獎勵美術之故。即不得不保護此美術上之著作權。非是則美術不能發達也。又爲獎勵工商之故。即不能不保護工商業之特許權。非是則工商業亦不能膨脹也。此等權利。皆經文學家、美術家、商工業家、無量數之心力腦力。方有此最後之取得。故必有完全之保護。而後於侵害一邊有絕對的消極之效力。且於發達一邊有絕對的積極之效力也。

特許意匠商標。通常謂之爲所有權。文學美術通常謂之爲著作權。合而言之。統謂之智能財產權。

雖然所有權者。自民法上言之。必限於有形之物體。今三權皆無形之目的物。而亦曰所有權。似不確切。因商標雖爲實物。而商權之目的物。不在有形之紙面。而在無

形之信用電燈雖爲實物而特許權之目的物不在此有形之燃燒而在此構造電燈無形之思想況民法之所謂所有權者有永久繼續之性質而此等之所有權或十年或二十年必有限制之期間以此觀之益覺不合惟其名用之已久故因而襲之耳然則果名之爲何權乎曰自其可以買賣觀之蓋財產權也例如特許意匠等權皆可移轉買賣今美國發明電氣及無形電綫者獲利無算故不曰所有權而曰財產權

東洋自古無著作權凡有撰述皆爲推廣教育起見近世歐洲各國莫不公認此著作權且用法律以保護之務使有專賣之權利故又可認之爲財產權夫既謂爲財產權將認之爲物權乎抑認之爲債權乎要之皆非也自其對抗世人皆有効力觀之似爲物權然物權之目的物有形此權之目的物無形因其無形故非物權自其目的物之無形視之又與債權相似然債權必對於特定之人始有効力此則對於一般之人皆有効力故又非債權也非物權又非債權無以名之故名之爲智能的財產權或別名之爲無形的財產權中國欲改良法律非承認此權利則文學美術

工藝各種斷難發達。近以外人要求。亦漸有認許商標特權等事。將來或可推廣。試臚舉日本諸權。以資參攷。

(一)著作權。此爲著作當事者一人之所有權。公於一世。私於一家。或發賣。或拋棄。均可自由。惟不准他人複製。在日本國內。十餘年前。早已承認此權。惟對於外人未嘗保護之也。自明治三十二年七月以來。外國人一律享有此權利之保護。然依著作權法第二十八條。外人在外國著作之所有權。尙不保護。是仍限於外國人在日本內地始發行之著作物也。至加入萬國著作權保護同盟條約。(即明治三十二年七月)其所規定。凡外國人之著作物。不唯在日本始發行者有効。即在外國發行而輸入於日本者。不須何等條件。亦得享有保護之權利。此真正酌認爲世界權利性質之始也。

此同盟條約。在千八百八十六年。締結於瑞士之俾魯府。同盟者爲英、法、德、伊、比利時及其他歐洲各國。其後東洋之加入者。惟日本一國而已。世界大國。如中俄美三國。皆不在此條約之內。蓋俄以本國文學。不甚發達。仰繙繹之輸入者。尙多美原爲

英國殖民地亦不能不資母國之文明故均不加入中國於國際條約向來不甚注意各國亦未要求故亦未加入也。

凡同盟之國其互相保護也固不待言即盟後加入其効力亦同惟當時既未同盟以後又不加入則固可以不保護然以不保護之國之人民而謂可以於保護此權之國境內任意侵害亦勢所必禁也是以一書出版不須條件履行而各國同盟保護之義務即已發生其所以必須保護且結萬國之同盟以爲保護者蓋以尊重此精神勞力欲其効力普及於大千世界而惟恐其不廣也。

雖然同一保護之國而規定之法律則各有不同有謂著作之本人其沒後經三十年其權利消滅有謂須五十年後其權利乃消滅者凡遇此等法律參差之事宜比較兩國年限之多少而從其最少者何也蓋保護內外人之權利彼此必宜平等如甲國保護之期限短乙國保期之期限長若不從其短期限將本國已不保護而他國尚須保護之且使乙國保護外國人之權利反厚保護內國人之權利反薄均屬悖於法理故有甲國限五十年乙國限三十年者如甲國之著作人沒後經三十年



在甲國一方面。雖尙在保護之期限。而乙國一方面。即在消滅之期限。仍宜從乙國法。因其看待外人與內國人同也。

複製固不可。即繙譯亦必得著作本人之同意。蓋繙譯失真。易傷著作本人之名譽。故日本著作權法之規定。必須本書出版十年之後。始可從事於繙譯也。此法律之期間內。不獨以乙國文繙爲甲國文。有所不可。即以本國文繙本國文。而稍稍顛倒其詞。亦不可也。如日本人漢文和文之不同。德意志南北文字之差異。彼此互繙。即與原本無訛。固已侵害其權利。若不免有差勢。且損及其名譽。故一律而保護之。皆國家不得已之義務也。

萬國同盟條約之外。亦有彼此私結條約者。如日本舊年與中國改正通商航海之附款。亦有保護著作權一條。謂繙書不得本人之許可者。亦謂之侵害權利是也。保護之範圍。無論私家著述。學校讀本。皆一律保護。至新聞雜誌。公開演說。及六法全書。法規大全等類。皆可任意繙譯。惟新聞中附有不准轉載之條件者。亦宜保護。以外如學堂講義。繙出發賣。亦爲版權侵害。若自爲研究起見。或謄寫本。或繙刻而不

公諸世。如非實品等。則不當以侵害論。

(二)工業上之所有權。即最先發明者。專用其發明之權利。是爲特許權。構造新意匠者。專使用其意匠之權利。是爲意匠權。表彰一己之商品。爲一定之徽號。而使用其權利。是爲商標權。前此外人在日本者。有所發明。偶然蒙特許之恩典。則有之。至完全之保護。則未也。其時所享有完全之保護者。惟內國人。自改正條約之際。日獨通商航海條約附屬議定書第四條第一項之結果。德國人先於日本享有此等之權利。其他諸國。亦次第援以爲例。至明治三十二年。新定特許意匠商標等權。雖外人亦許享有同一之保護矣。然所謂外人。皆指在日本發明者而言。若在他國。或其本國發明者。未嘗一律爲之保護也。

保護之要件有二。第一限於發明新規。若非最新之發明者。則不保護之也。第二限於實地公行。若一家私用。不公於世者。則亦不保護之也。按保護發明權。係專爲保護其新思想。保護著作權。係保護其思想所發表之目的物。二者之結果不同。如讀其書。竊取著作之思想。另著之於書。不得謂之權利侵害。若竊取發明之思想。而

用之於物。則犯侵害權利之禁矣。例如電氣之發明家本美國人。若其他之學者。依其原料之分配。撰述成書。則另成爲一種著作權。不得謂之侵害發明權。設讀其書。即按法仿造電燈。或電綫等類。是即侵害發明權也。

凡特許權。如在第一國已有特許權者。在第二國即不得有特許權。此在有特許權者。其効力有限。亦甚困難。千八百八十三年。各國於法京巴黎締結萬國工商保護同盟條約。惟中俄二國不與。此條約之結果。外國人在本國所享有保護各種之權。對於同盟諸國。皆可要求其權利之保護。蓋此國保護他國之發明權。自新聞報知爲始。而示以一定之期限。謂之優先時間。如在甲國有特許權。乙國雖已知之。但使本人於優先期限內。運其物至乙國。乙國仍須許之以特許權。故有一發明物。可得無數之特許權。洵至便也。

工業上之發明權。與著作權不同。蓋著作。印刷。竣功之期。即版權取得之日。不待請求。而法律早已規定。發明權。必待許可。故必須請求也。日本於明治三十二年。加入工業保護條約。故外人在本國得有特許權者。可至日本請求。

優先期間。歐洲各國多以七月爲限。日本距離較遠。故寬其限爲十個月。至意匠商標。則同以四個月爲優先期間。凡期間內以發明物運至同盟各國者。必予之以特許權。

萬國工業同盟保護會。每年開一次。由各國派委員赴會公議。其委員之資格。大都爲公使及學者。日本山田三良博士曾於明治三十二年。由政府派出一次。

特許非審查不可。故其期限須長。意匠商標。不待審查。故其期限可短。凡請求特許權。應之者有兩主義。

一 審查主義。須試驗其果爲新發明否。日奧德美採用之。

二 登錄主義。不必審查。即可登用。英法白耳義採用之。

凡發明之物。寄至各國。有專司特許代理業者。謂之特許局。其審查者。謂之審查員。審查合格。而後報於政府。予以特許權。否則作爲罷論。其有物體重大。不便轉寄者。則但用發明書。及圖式。寄至各國。亦可登錄。有誤亦可取消。或改訂。意匠者。如花樣之翻新。彩色之集合等類。惟限於菊花之御紋。及反乎善良風者。則禁止之。商標

無所謂形式。無所謂發明。惟視乎自己之願意。但前人所已有。或菊花御紋。官署記號。及其他害風俗者。亦禁止之。

中國對於各國人發明權。不保能保護。此國際上最不正當之缺點。中國如有新發明之器物。日本必能盡保護之責任。中國對於日本。亦當注意此事。最爲重要。觀中國現已致查商標條例。知不久當可見諸施行也。

第二項 親族權

親族權者。親權、夫權、及各種親族之關係也。在古時不惟不以平等待外人。即本國人之不平等者亦多。如長子有特別之權利。婚姻有貴賤之階級。是也。外人以言語風俗宗教之殊。無從通婚。故亦無所謂親族之關係。自三四十年以來。交通發達。此例漸開。既有婚姻之關係。即生各種親族之關係。於是權利之保障。亟焉顧所當注意者。外人在日本親族權利之關係。均依外人之本國法辦理。非依日本國法辦理。如日本女子嫁於外國人。皆適用外國法。是其例也。

內外相爲婚姻。以同一享有權利爲原則。然亦有例外。如外人爲本國之養子及入夫。

必須嘗住在內國一年以上，且有住所，或居所，而又品行端正者，得內務大臣許可之後，方有効力。此養子入夫，係以外人而取得國籍，其結果宜與歸化無異。中國如改良法律，婚姻一端，不宜限制外人，然中國夙有滿漢不通婚之禁，何於一國之內，而嚴分畛域，若此是，殆有特別原故歟。

### 第三項 相續權

相續權關於外人者有二種。一外國人承繼本國人。一外國人於本國承繼外國人。均爲相續。相續之中，有所謂家督相續，又有所謂財產相續。日本法律上，限制外人，非歸化後，不准家督相續。故在日本之外國人，只有財產之相續權。雖然，此財產之相續權，亦有次第進化之歷史。古代無論何國，對於外人，皆絕對的不認其有此權利。迄乎中世，始漸認其有一部分之相續權。即當外人承繼時，沒收其財產之幾分，歸之政府。謂之相續稅。至最近之法律，乃廢前制，而採用完全之相續主義。凡相續者，被相續者，不僅認有一分之相續權，且準用其本國之法律，以爲之保障。觀於日英通商航海條約第一條第三項，凡動產之相續，及財產之處分，皆與最惠之臣民，受同一之待遇。由是

以推外國人在國際上有多少之權利居何等之地位已概可知矣。

## 第六章 外國法人之地位

### 第一節 外國法人之意義

現近各國商法。有外國會社一種。其相當之權利。與相當之義務。固研究國法學者所當知也。近世各國法學的解釋。皆謂外國法人。即外國會社。究之如何爲外國法人。如何爲外國會社。其分辨初未詳悉也。有公法人。有私法人。公法人者。即行政之區劃。以一定之領域爲基礎。從土地着想。可一望而知。私法人者。即民法商法所規定的適法之組織。並非以土地爲根據。此不易知者也。此外國法人。即論私法人也。欲知此法人之真相。必先知其與自然人之區別。凡欲知自然人爲外國人或內國人。一按其出生及血統。即可知。至欲知法人爲外國人或內國人。則又非可以設立之行為爲成功於何地。而即可下斷定詞者也。然則如何取決。請徵各種之學說而折衷之。

(甲) 說以設立之人爲準。設立者爲外人。即外國法人。設立者爲內人。即內國法人。

按此說未盡妥善。法人自法人與組織法人之各分子。截然可以分開。如中國人在

日本以日本法律設立法人。以法理準之。仍當爲日本法人。斷不能以組織之人之國籍。即可以定法人之國籍也。

(乙) 說以設立之地爲準。在外国設立。爲外國法人。在本國設立。即爲本國法人。按此說亦有未合。有在內地設立。而後移於外國貿易者。亦有在外国設立。而仍準內地法律者。究不能以設立之地爲區別也。

(丙) 說以準據法爲主。係本國法組織者。爲本國法人。係外國法組織者。即外國法人。按此說固不能謂之誤。然必如何之法人。而始準據內國法乎。抑必如何之法人。而始準據外國法乎。若第以問答問而於。所以致此之理由。一概抹殺。未伸前提。先斷後案。故亦不足採也。

最善之學說。惟以住所之所在地爲斷。其法人住所。在何國。即爲何國法人。是說也。亦有可疑難之一問題。蓋住所之設立。本任當事者之自由。浸假任意。假設住所。而售其種種之欺詐。將何以處之。是以國際法協會決議。必以真正確實之住所爲主。而不以有名無實之住所爲憑。



法人之眞實住所。自民法言之。爲主要之事務所。自商法言之。則公司之本店。其本店在內國者。無論營商於何國。法人之籍貫。自不復變。更如日本郵船會社及朝鮮京釜鐵道會社。或營業於領海以外。或敷設於他國之內。惟因本店以內國爲根據。故其法人亦必以內國爲名稱也。

法國學說。以營業中心點爲眞實住所之標準。此派在法國盛行。日本商法起草時。係採用法國學說。故今現尙有一部承認此主義者。如商法二百五十八條是也。

按商法第二百五十八條云。設本店於日本。或以在日本營業爲之目的之會社。雖在外國設立。可依在日本設立之會社之規定。

外國法人在中國之權利義務。因有領事裁判之故。亦遂與在他國不同。蓋各國所謂租界地。即日本所謂專管居留地名。雖爲中國領土。其實與外國之實在所有權無異。故中國區別內外法人。但在租界內有住所者。即可謂爲外國法人。若於租界外有中國住所。仍當作爲中國法人。準此以觀。外國法人之性質。已可知大概。然有一要點。宜注意者。外國自然人之權利。其範圍不妨稍寬。外國法人之權利。其制限無妨獨嚴也。

## 第二節 外國人之存在

所謂外國法人存在者。即在外國之法人返之內國。仍能認作法人。與不認作法人之問題也。以在外國而論。其爲外國之法人。自不待言。然返之內國。其資格亦尙存在。否耶。法人者。適乎法律而成立之人格也。在外國法律上成立爲法人。不能謂內國法律亦可援外國之例。一律規定之爲法人也。故欲在內國亦能公認爲法人。不能不有待於內國之認許。關於認許。有兩主義。

(甲)特別認許主義。各國公司。須各給認許。俄法二國採用之。

(乙)一般認許主義。如某種公司。一概認爲法人。德意英三國採用之。

各國採用之主義。有用明文規定者。有不用明文規定者。日本所採主義。亦與德意英三國同。按日本民法第三十六條。外國法人。除國家行政區劃及商事會社外。不認許其成立。以是觀之。是國家也。行政區劃也。商事會社也。皆一般承認爲法人。且用明文規定之者。也。國家之爲物。自由活動之有機體。而法律組織之最高團也。不認其有人格。則交通不能發達。平和不能維持。此爲認國家爲人格之原因。至行政區劃。則國中

之。一。部。份。也。既。認。國。家。爲。人。格。若。不。認。行。政。區。劃。爲。有。人。格。是。既。認。其。母。不。認。其。子。矣。行。政。區。劃。之。爲。人。格。是。由。先。認。國。家。爲。人。格。所。必。然。之。結。果。故。同。爲。公。法。人。也。若。商。事。會。社。則。私。法。人。也。最。近。法。制。無。論。何。種。會。社。在。本。國。有。法。人。之。資。格。者。他。國。無。不。認。承。如。以。中。國。商。法。所。組。織。之。法。人。日。本。當。承。認。之。他。國。亦。當。承。認。之。此。固。國。際。慣。例。應。當。如。此。他。國。亦。有。於。此。三。者。之。外。不。認。有。法。人。之。成。立。也。雖。然。三。者。固。同。爲。法。人。而。私。法。人。之。商。事。會。社。終。與。私。法。人。有。別。蓋。欲。經。營。業。務。必。須。履。行。各。種。之。手。續。如。須。登。記。於。設。立。地。之。裁。判。所。是。也。宜。參。攷。民。法。第。四。十。九。條。茲。釋。於。左。

條文 第四十五條第三項、第四十六條及前條之規定。外人在日本設事務所時亦適用之。但在外國所定之事項。自其通知到達之時起算。爲登記之期間。第二項。外國法人在日本初設事務所時。不登記者。他人不得認其立法人之成立。

又一千八百九十三年。國際法協會決議第一條。亦謂依本國法而成立之商事會社。不須一般或特別之認許。有出訴於他國之權利。又依法令爲關於公益之事業。亦有設置代理店及支店之權利。商法第二編第六章。關於外國會社之規定。亦同。

此旨趣。茲不贅述。

中國法律並未言及外國法人。非不承認也。以有領事裁判爲之障礙也。然今日非用不成文法之時代。外國法人一項。仍以明定於商律爲宜。有立法之責者。誠不可不急於加入也。

### 第三節 外國法人之權利

外國法人之權利。與自然人之權利。稍有區別。外國自然人。雖在外國爲不能享權利之奴隸。及至他國。亦可視之爲有平等權利之人格。外國法人。因本國先認爲法人。而外國乃從而認之。是以外國法人之資格。必視其本國之定款。爲斷。若不問其本國之法律。認定與否。而一律承認之。是與內國法人無異也。要而言之。外國自然人。不待其本國作爲自然人看待。而內國法律。可直認之。爲有人格。外國法人。則必俟其本國作爲人格看待。而內國始能認之。爲有人格。此全立於反對之地位者也。此處有二問題。(一)外國法人所享有之權利如何。(二)財產權可否享有。宜享有者爲何種之財產權。欲解釋此問題。不可不以二種方法區別之。

(甲)一般的權利。外國人所享有之私權與內國人平等。外國法人所享有之私權亦與內國法人平等。此即民法三十六條第二項所謂依前項規定被認許之外國法人與成立於日本之同類者有同一之私權是也。

(乙)特別的權利。外國人所不能享有之權利外國法人可以享有。外國人所可享有之權利外國法人反不能享有。即如民法第三十六條第二項所謂依前項之規定被認許之外國法人與成立於日本之外國法人有同一之私權。而其但書又明言外國人不能享有之權利及法律條約中有特別之規定者。不在此限。是外國法人所享有者外國自然人不能全享有之。而外國自然人依於法律條約有特別之規定者又不可僅以外國法人所應享之權限之也。是以土地所有權者。外國自然人不能享有者。而外國法人可享有之。如公使館之類。蓋公使爲外國法人之代表者。故可享有此特別之權利。也不動產之所有權。外國自然人不能享有者。有時外國法人亦能享有之。如外國鐵道會社之類。然此非常之例外。文明諸國均未有一國不動產之所有權讓與外人者。中國現爲粵漢路權與美之合興公司爭廢約自

辦之議。此其中有絕大之關係。誠不可不以實力盾其後也。

以原則論之。外國法人之能力較之外國自然人爲大。外國法人之權利宜較之外國自然人爲少。歐洲各國土地所有權。外國自然人可以享有。而外國法人不能享有。蓋自然人爲單一體。有貧富盛衰之不常。一時雖爲占有。他時或可購還。外國法人爲集合體。股份多而資能厚。一開此禁。其危險之禍。有不可勝言者。故與其予外國法人以不動產之所有權。不如予外國自然人以不動產之所有權。尙無大害也。然有國勢與歐洲不同者。雖併外國自然人而亦不能予以完全的。不動產之所有權也。

## 第七章 法律之抵觸

### 第一節 外國法之適用

世界交通。人格平等。權利亦平等。外人在居留國。有不盡用居留國法。而適用本國法者。於是內外法律之關係。由種種方面而發生焉。然居留國之一方面。必當如何程度。始準外人適用本國法律乎。此等問題。不拘一例。當視國際狀態交通之發達。解決之。如甲乙兩國人結契約。其當事者之一方。依本國法有效。依外國法無效。將若何。曰此

因兩國法律之差異致生抵觸國際私法正解釋此法律抵觸之絕好資料也故仍自國法私法上解釋之大都適用內國法者少適用外國法者實多惟外國法適用於內國之時多疑難者因提出有數個之問題(一)被適用之外國法律自本國視之亦認其爲法律否乎(二)裁判官不明外國之法律將由何人證明乎(三)裁判官因用外國法致有錯誤可以上訴否乎三種問題俟依次解釋之。

第一款 外國法之性質

欲知內國對於外國法之觀念不可不知外國法之性質。歐洲論此性質者分兩學派。(甲)英美學派 外國法適用於本國之時爲單純之事實無法律之效力。英美二國採用此說。

(乙)歐洲大陸學派 外國法適用於本國之時仍有法律之效力。非單純之事實。歐洲大陸諸國悉採用是說。

英美主義 一國之法律祇能有効於領土以內不能有效於領土之外。因其無効故不能謂之法律。祇可謂之事實。如學者著書立說。讀者雖有時採其理論究不爲所拘。

束以其無法律之効力也。裁判官對於外國法亦然。因爲事實故亦不受其拘束。至於國家對之則益無所謂權利無所謂義務矣。

歐洲大陸主義 前亦採用莫美之說。自沙比尼之學說出。始倡議謂外國法之適用於內國者。國家當認之爲法律。裁判官對之。亦有適用外國法律之職務。此因法律平等主義之積極効力。遂至認外國之法律爲法律也。

由以上二說觀之。歐洲大陸之說誤矣。一國之法律一國之意思所發表者也。在本國領土內適用外國所發表之意思與國家之原理不合。是以日本之法不能有効於中國。中國之法亦不能有効於日本。雖然。以是說爲非。遠探英美之說亦未爲得也。蓋就外國法與本國不相關聯言之。外國法誠爲事實。若就本國適用國際私法言之。外國法律即可作爲本國國際私法之內容。總之立法者原有活動自由之權。無論認定何國法律。有効裁判官不能不服從。如日本於臺灣下一令。謂前此中國之法亦可作爲法律。中國法即成日本法之內容。又某國立法者謂日本民法刑法亦能有効於本國。則日本法亦成某國法之內容。裁判官皆不能不服從也。且國際私法中關於婚姻之



事。皆依當事者本國之法。有此一條之規定。裁判官不能不適用。是以英美學說。謂外國法不能拘束裁判官亦不當也。宜注意者。外國法適用於內國。非外國法自己之効力。實本國法自己之効力也。惟先有本國國內法間接之影響。而後有本國國際私法直接之作用也。故不能謂之事實亦不能謂之法律。直可謂之國際私法內容中之一部分。

## 第二款 外國法之證明

古有「裁判官知法律」之格言。解釋者謂一國之法。裁判官皆應知之。即國民亦應知之。是關於裁判官本官之法律。裁判官不須證明可也。至於適用外國之法。將俟當事者證明而適用乎。抑不須當事者之證明乎。援各國通例。皆謂裁判官不知。可由受此法律利益之當事者。自己證明。原無悖於法理。且與英美事實之說相合。蓋法律則裁判官應知事實則裁判官可以不知。惟其不知故須證明。雖然。外國法律之爲事實與否。與外國法之明證與否。亦有不相關者。即以法律而論。一國之法固不待證明。而可知。外國之法豈不待證明。而可知者乎。一國內之民法刑法等項。易知一國內之各地。

習慣法則難知內國之習慣法。裁判官有不知者，尙待當事者證明。況外國法乎？且裁判官一人斷不能悉全世界之法律，故用當事者證明最爲簡便之不二法門也。日本民事訴訟法有以此主義規定者，茲譯其條文以資參照。

民事訴訟第二百十八條。顯著於裁判所之事實，不須證之。

第二百十九條。地方習慣法、商習慣及規約，或外國現行法，須證之。

二項當事者自爲證明，否則裁判所得自以其職權爲必要之取調。

是故以外國之法爲事實，事實所關當事者不能證明，裁判官可以不理。若以外國法爲法律，雖當事者不能證明，裁判官亦必調查以證明之。是事實須證明，不若法律之須證明。尤有顛撲不破之理也。總之無論外國法之爲事實也，爲法律也，但使爲國際私法所適用之外國法，其着手以當事者證明爲主，不能證明，乃由裁判官調查。然法律之難，亦有非調查所能悉者。惟以內外平等之觀念，而用內國法以代之，如此變通辦理，可以杜裁判官藉口不知法律以拒絕訴訟者之弊害。

### 第三款 外國法之不當適用

裁判官適用外國法不當。有兩方面。一不行爲方面。應用外國法而不用者。一行爲方面。用外國法而有錯誤者。凡民事訴訟整齊之國。必有控訴大審兩院。控訴院者。關乎事實之救濟也。大審院者。關乎法律之解釋也。如當用外國法而不用。可行上告否乎。曰。以外國法爲法律。則可上告。以外國法爲事實。則不可上告。如是。則法律事實兩者之界說。一日不能定。卽上告可否之問題。一日不能決。惟以國際私法爲標準。如國際私法上未言適用外國法。而裁判官不用。無所謂當用不用。若國際私法上明言適用外國法。而裁判官不用。則當用而不用也。當用而不用。是謂反乎本國國際私法之規定。而上告之問題。可決。如適用外國法而有錯誤。仍可行上告否乎。自歐洲大陸一般學說而論。則謂不可上告。蓋一國之大審院。專爲一國之法律。而設。解釋他國法律。是謂越權越權之舉動。是使國家負違反國際原則之責任也。故不可上告。

雖然。歐洲大陸之說誤矣。一國之大審院。只解釋一國之法律。不能解釋外國法律。此語誠然。若他國之法。在本國適用不當。而以本國大審院解釋之。使本國人民知外國法律何者有效。何者無效。此誠於本國有大關係之事。何越權之有。且如同在日本領

士內同此所用之外國法律。在長崎有効。在大阪無効。是謂不均。內國有不均之事。仍  
以內國之大審院解釋以求均。又何不可。上告之有。歐洲前此之學說。本主張不上告  
之議。然以近日攷之。其贊成上告者。亦占多數。吾國今日訴訟機關。尙未完備。故此事  
似無足重。他日制度整齊。此問題所關甚鉅。誠不可不注意也。

#### 第四款 外國法適用之制限

關於外國法之適用。無論何時均可適用乎。亦有時不可適用乎。適用外國法律。本爲  
保護兩國之權利關係起見。若用外國法。致有害於本國之公益。而莫之或恤。是宋襄  
陳餘之仁義也。故外國法之適用。不可無限限制。雖然。限制之程度。究宜如何。此亦難解  
之問題也。以古時言之。本國之法。皆用強制執行。其結果遂至絕對的不用外國法律。  
故無須制限。例如法國民法第三條。『關於警察安寧。無論內外。皆適用本國法。』外國  
法律。有與法國不同者。皆不適用。此古時強行本國法之一端也。夫警察安寧。當用本  
國法。自不待言。故近時各國。不採法國此主義。而適用外國之法。惟絕對不能適用者。  
乃限制之。如英美二國。外國法有害本國公益者。不適用。德國則違反法律目的。有害

善良風俗者不適用。日本法律第三十條亦云『依外國法之規定反乎公之秩序。或善良之風俗者不適用。』萬國國際法會協議亦與日本同。諸說文字雖異而旨趣則一大都准用外國法以不侵害本公國益爲通例。

設有僱主與被僱者之關係。其被僱者爲外國人。宜用被僱者之本國法辦理。若按其本國法。此被僱者爲奴隸。僱主之法不認此奴隸制。如是則奴隸之制不適用。由此以推。必逐類以計之。屈指以數之。亦不可勝言。故惟以公秩序一語括之。

雖然公之秩序各國亦有不同。有在甲國爲公秩序。在乙國非公秩序。若此類有相違反者。將認其適用乎抑不認其適用乎。近時學者謂必兩國方面均認爲公秩序。被侵害者無論內外國均不適用。如一國刑法所規定對於內外皆認爲公秩序。若外國法不同則不能適用。又如販賣奴隸。一夫多妻。文明各國所禁。有一國不禁。則此一國之法亦不能適用。此皆關乎公秩序者也。其不關於公秩序者。如一人之身份。能力。中國人十六歲已可娶親。日本法必限定二十歲始可娶親。日本不能強中國人。從日本中國亦不能強日本人。從中國也。此對於內爲公秩序。而對於外非公秩序。如是者謂之

內國公安。若自內外觀察。均謂之公秩序者。則謂之國際公安。不問內國人外國人有絕對的適用之効力。此二種之名稱。創於瑞西之布魯些氏。各國多採用之。日本法例第三十條所謂公秩序。即指此國際公安也。

國際公安。一謂之絕對的公安。國內公安。一名相對的公安。凡一國法律。關於國際公安者。不過一小部分。關於國內公安者。居大部分。因一國之中。專為保護內國人之安寧秩序。故內國人所享有之國內公安。多內外人共同享有之。國際公安。少如左圖可知。國際公安之國際二字。非與外國之交際。而內國人與外國人兩者間之謂也。



今欲於各種法律中。指明何者為國際公安。亦不勝枚舉。總之關於公法規定者。為國際公安。如憲法刑法等是也。外國法不能適用私法之規定。亦有關於國際公安者。如物權等項是也。亦不盡適用外國私法。中如親族相續事件。不違反內國善良風俗者。可以適用。否則限制。宜就立法精神上酌定之。

## 第二節 人事

國際民法上之關係。莫切於人事。茲擇要言之。分二款於左。

第一款 能力

外國人之享有權利的能力。以現在住所地之法律而定。前已言之。其行使此權利之能力。即行爲的能力。不以所在地爲準。用本國法定之。然古時關於此等問題。多以屬人法定之者。其實非近世所謂屬人法。而當事者之住所地法也。在住所地有能力者。無論行至何處。皆有能力。自十九世紀以來。各國通用之例。皆以屬人法爲即其人之本國法。因各國法律甚爲整齊。一國只有一法律。無他歧異。故屬人法即爲本國法。欲定外人之行爲能力。何以必用屬人法。因一國民法。專爲一國人民計。非爲他國人。民計。是以或因風俗而異。或因氣候而殊。卽如日本以二十爲成年。英以二十二爲成年。中國以十八爲成年。嚮使日本已成年者。英國不認中國已成年者。日本又不認交通上。必大有防礙。故當事者之行爲能力。必以本國法定之。日本法例第三條首項。卽是此意。

外人之行爲能力。以用當事者本國法爲原則。亦有用現在住所地法者。此爲例外。如

英美二國法律素不統一。故於人之身分能力。多以住所地法爲標準。雖以本國法視之。爲無能力者。設以住所地國法視之。爲有能力。亦可作爲有能力者看待。但此類之規定。惟限於財產買賣時。始適用之。如和蘭西班牙之人。年二十三。方有完全的能力。設有年二十二之人。在日本有貿易之行爲。日本以二十爲成年視之。認其有完全的能力。與結契約。及按其本國法尙以爲無能力。如是必取消契約。日本人或大受損害。故日本法第三條第二項。謂「外國人在日本有法律行爲。雖依外國人之本國法爲無能力。如依日本法爲有能力。不拘前項之定規。仍作爲有能力看待。」此條在民法上。爲最要在商法及手形法上。尤爲最要。否則偶有交涉。必須調查其年歲。此最困難之事。故和西班牙兩國人在本國雖未成年。但使年滿二十。日本即可認爲成年。又如中國人與和西班牙二國人。在日本有訴訟事件。中國以十八爲成年。和西班牙國以二十三爲成年。自日本裁判所視之。仍可以日本成年之計算爲準。是故依本國法者。原則也不依本國法者。例外也。至不關財產之事。如婚姻。如相續。仍當用當事者之本國法。禁治產。準禁治產。皆與未成年之身份相同。宜用本國法。然非內國裁判官宣告不能



有效。見法例第四條。首項云、禁治產之原因。依禁治產之本國法。宣告之効力。依日本國法爲宣告。二項云、在日本有住所或居所之外國人。依其本國法。有禁治產之原因。裁判所可對之爲禁治產之宣告。但日本法律。不認其原因者。不在此限。

### 第二款 失踪

人之於世。自無而之有。曰生。自有而之無。曰死。其生也。爲人格之發端。其死也。爲人格之終。惟發端故。故取得人格。惟終了。故故喪失人格。雖然。喪失之原因。不一。死亡之結果。亦不一。有實際上自然之死亡。有法律上推定之死亡。直謂之死亡。不可也。無以名之名之曰失踪。失踪之制。各國不同。有不認失踪者。有雖認失踪。不作爲死亡。而作爲不在看待者。其不認失踪之國。無論。茲特論認定失踪之國。

第一法國法係諸國。對於失踪之人。但爲不在之宣告。有三期的區別。第一期望其生存。第代爲管理其財產之利益。至第四年則爲第二期。爲之置財產管理人。至十年。始爲不在之宣告。所謂不在者。果決定其死亡乎。然尙未定也。但可以推定相續人。而假占有其財產。其後經三十年。則爲第三期。失踪者之推測漸確。於是易假占

有者爲確定。占有然其匹偶。尙不得爲離婚之請求。及再婚也。白耳義、西班牙、伊大利、皆採用此主義。不過畧有差異。

第二德國法係諸國。對於失蹤之申立。登時卽爲死亡之宣告。與實際死亡者有同一之効力。相續由此開始。親族關係由此消滅。其配偶者亦不得爲當然之再婚。有因証明其死亡。可得權利可免義務者。依此宣告証明之。奧大利、和蘭、亦採用此主義。

第三英國法係諸國。與歐洲大陸稍異其趣。七年之間。即可推定相續人。然對於當事者財產利益。但有利益之權。須再經六年。始能取得其動產。又須再經六年。始能取得其不動產。惟蘇格蘭一部分。於七年間。及推定相續人時。依裁判所公示之方法。准於生存制限之條例外。得相續其一切之財產。然英國法律。無論何時。不下死亡之推定。故請求離婚。及生命保險之利益者。須積極的証明失蹤者之死亡也。

如以上各國諸說。以本國之法律。對於本國之人。而宣告失蹤。其有効力宜也。若對於外國之人。亦可宣告失蹤否乎。以理論之。本國之法。只能對於本國之人。有完全之効

力。今。宣。告。外。國。人。之。死。亡。是。以。本。國。之。法。律。減。少。他。國。之。人。民。此。於。他。國。之。主。權。大。有。妨。害。故。原。則。上。決。不。可。宣。告。外。國。人。之。失。踪。

雖。然。所。以。宣。告。失。踪。者。非。保。護。失。踪。者。之。利。益。而。保。護。第。三。者。之。利。益。也。長。此。查。無。消。息。當。事。者。之。主。體。既。出。現。無。期。剩。餘。之。財。產。又。懸。擱。不。定。第。三。者。之。一。方。必。受。損。害。法。律。上。爲。保。護。第。三。者。之。利。益。起。見。故。亦。可。宣。告。外。國。人。之。失。踪。日。本。法。例。第。六。條。即。准。此。規。定。但。有。數。種。條。件。

(一) 外。國。人。在。日。本。有。住。所。或。居。所。無。住。所。居。所。者。不。在。此。限。

(二) 離。開。住。所。或。居。所。後。生。死。不。明。此。就。即。刻。離。開。言。歸。國。已。久。者。不。在。此。限。

(三) 在。日。本。有。財。產。有。物。權。債。權。無。親。族。人。

三。種。條。件。具。備。日。本。可。宣。告。失。踪。例。如。英。國。人。或。法。國。人。在。日。本。營。商。已。久。偶。焉。歸。國。或。他。往。坐。船。沈。沒。若。此。類。者。不。問。其。本。國。法。律。如。何。一。依。宣。告。地。裁。判。所。之。法。律。辦。理。凡。財。產。之。處。分。婚。姻。之。解。除。皆。此。宣。告。之。効。力。也。日。本。人。有。在。他。國。被。宣。告。者。日。本。亦。承。認。之。外。國。人。在。日。本。有。此。生。死。不。明。之。事。須。先。由。日。本。裁。判。宣。告。國。際。私。法。之。適。用。

當如是也。

### 第三節 物權

物權者、對於物上之權利。如所有權。占有權。又賃貸借等權是也。各國法律上之定規。有意義雖同。名目不同者。有不僅名目不同。併其取得之原因。及取得之方式亦不同者。然則關於物權之問題。宜用何國法乎。此不能不研究也。

自來物權分動產不動產二種。就不動產一部分言。宜用所在地法。何也。因不動產之在。地上顯然易明。且須登記於所在地之官廳。故外國法不能適用。必用所在地法。若另就動產一部分論。則古有「動產從人」之格言。動產之所有者。用何國法。此動產亦用何國法。因動產之轉移甚易。有今日在甲地。而明日移至乙地者。如拘所在地法。將甲地上之動物。在乙地。即失其使用之權利。動產之權利者。在在有危險之虞。故以從人之法爲安全。

然動產從人之說亦非也。自十九世紀中期。德學者沙比尼主張動產與不動產區別之非。謂一般應依所在地法。各國法學者被此影響。亦覺此區別無用。故不問產動與

不動產均。以。所。在。地。法。爲。唯。一。無。二。之。原。則。且。不。僅。是。也。又。因。各。國。近。年。公。認。此。占。有。權。之。結。果。無。論。外。國。人。在。本。國。本。國。人。在。外。國。所。有。動。產。及。不。動。產。皆。一。律。從。所。在。地。之。法。律。何。以。言。之。如。甲。國。法。竊。來。之。物。雖。善。意。買。得。者。亦。不。認。其。有。効。乙。國。法。不。根。究。其。物。之。來。歷。凡。善。意。取。得。者。有。効。設。甲。國。人。在。乙。國。旅。行。將。其。非。正。當。取。得。之。物。賣。之。乙。國。人。乙。國。人。以。善。意。買。之。若。從。甲。國。法。則。乙。國。人。必。受。損。害。此。取。引。上。最。危。險。之。事。故。物。權。之。二。種。無。論。何。種。皆。宜。用。所。在。地。法。也。

且。各。國。法。律。不。同。有。甲。國。認。爲。不。動。產。乙。國。作。爲。動。產。者。如。蜜。蜂。之。窠。和。蘭。民。法。謂。之。不。動。產。法。國。民。法。謂。之。動。產。有。此。抵。觸。故。須。依。所。在。地。法。乃。免。此。弊。日。本。法。例。第。十。條。云。『。關。於。動。產。及。不。動。產。之。物。權。及。其。他。登。記。之。權。利。皆。依。目。的。物。所。在。地。法。』。正。與。此。合。德。法。瑞。士。白。耳。義。所。採。之。主。義。亦。與。日。本。同。此。外。惟。英。美。二。國。尙。採。用。古。時。方。法。謂。不。動。產。從。地。動。產。從。人。然。以。日。本。法。論。之。不。惟。動。產。與。不。動。產。宜。用。所。在。地。法。即。與。二。者。有。關。係。之。債。權。如。不。動。產。之。賃。借。權。動。產。之。賃。借。權。等。皆。應。依。目。的。物。所。在。地。法。辦。理。方。爲。適。法。關。於。此。時。之。議。論。曠。有。煩。言。有。謂。雖。用。所。在。地。法。仍。須。當。事。者。願。意。有。謂。

不須問當事者之願意與否。可以強制執行。由前之說是尊重個人意思之主義也。然使當事者不願意用所在地法將若何此第一說之失當處由後之說是領土主權之原因也。凡一國主權在一國之內有絕對的効力。外國之主權不能侵入本此原則故所在地法可行強制之手段。

且物權之目的物必爲有形之物體。當其障礙空間必有一定之地方。既有一定之地方。則地方上必有主權。可知主權者何。即執行此法律而務使之有効力者也。例如彈丸火藥危險之物。他國私人可有者。日本之法不准。在日本則宜用日本法。由此以推。凡通用物及不通用物皆宜以所在地法爲斷。日本死人之骨骸。本不准買賣。埃及則准買賣。以藥水浸入死人之身體。使永久不壞。謂之米拿。中國文或謂之木乃伊術。日本博物館嘗購置一具。若此類。日本國本不准賣。若持至他國發賣。日本亦不能禁止。此何以故。因主權不同之故。

是以遺失物之拾得。埋藏物之發現。有全部權利。抑有半部權利。又或混合物。加工物。善意占有物。惡意占有物。以及物權取得。物權喪失。物權移轉。物權交付。其各種方法。

原因時効等皆依目的物之所在地法爲標準即以時効言之日本法須十年之期間可以取得者外國法雖以二十年爲時効不問也如在他國已有二年在日本又有八年則用前後計算法共爲十年又如在外國須二十年其已經十一年者以他國法論尙欠九年以本國法論已多一年則以比較計算法一入本國境即可取得也

因以上之規定又發生一問題曰甲國須二十年乙國須十年如在乙國已經取得及至甲國又當如何曰既在乙國取得至甲國已成爲完全之所有者仍無相妨日本法例第十條第二項云前項所揭之權利得喪其原因事實之完成於當時依目的物之所在地法正謂此也

凡關於外人之物權宜用所在地法在他國固然在中國亦宜然此何以故領土主權當如是故及觀察吾中國却又不然凡厥物權無論動產及不動產對於外人有從人法無從地法此何以故領事裁判當如是故是以中國欲用所在地法當爲領土主權計欲爲領土主權計又當爲恢復領事裁判計

第四節 續 權

債權債務之關係。或當事者國籍不同。或權利義務發生地。及義務履行地。訴訟提起地。所屬地各有不同。須從何地之法律乎。曰是宜區別債權發生之各種原因。分三款言之。

### 第一款 法律行為發生之債權

法律行為發生債權。又分三項。(一)契約。即相對行為。必得雙方合意者。(二)單獨行為。不必雙方合者。(三)法律行為之方式。試以甲乙丙分段於左。

(甲)項。因契約發生之債權。適用何國法律之問題。近時各國民法。皆採契約自由之原則。凡不違反公之秩序。及善良風俗者。其契約皆有効力。民法如此。國際私法亦然。故當締結契約之時。不問其地為內國地。與外國地。亦不問其人為內國人。與外國人。悉由當事者。自定當事者。願意用何國法律。即用何國法律。細分之。又可區為明示默示之二種。

(一)明示。當事者於契約上。明示其意思。謂宜用某國法律。即用某國法律。他國不得干涉。如中國人與日本人結約。願意用英國法。亦可有効。日本法例第七條首項。



「法律行為之成立及効力。定依何國法律。須從當事者之意思。」此已發表者。可按契約而知也。

(口) 默示。當事者於契約上未言明用何國法律。當此之時。宜用何國法律。方合當事者之意思。此問題解說甚多。俟歷舉於下。

(子) 說。採用履行地主義。凡當事者締結契約。希望之結果不外履行。故履行地法。合當事者之意思。然當債權發生之時。有不知履行於何地者。且有豫期履行於此。偶然履行於彼者。安見履行地之法律。必為當事者願意乎。是子說不適用也。

(丑) 說。採用債務地主義。凡契約多為保護債務者起見。宜用債務者住所地法。方合當事者之意思。然債務者住所地之法。債權者往往不知。因保護債務者。太過於債權者一方之危險。不復顧及。未免有所偏畸。且不惟此也。設如雙務契約。債務者之入數在兩人以上。各人住所地之法律。又不同。將適用何法律乎。是丑說亦未為適用也。

(寅)說採用行爲地主義。凡一事實發生必有行爲之地。當行爲時。債權債務之兩方必共在一地。即採用其地之法律。且兩人既願在某地結約。必願意用某地法律。可知故以此推定其意思。如兩人在日本結約。即以日本法律爲當事者默示之願意。此最適當世界各國皆用此主義。雖然此說固善。而因有不完全之點。遂生有二困難之問題。

(一)事實上之困難亦分二種。

(天)野蠻之國。無法律可據。此一困難也。

(地)兩國接境之界地。不知宜用何國法律。此二困難也。

對於無法律之野蠻國。當有特別法律以救濟之。是在立法上之範圍。若地處接境。不過裁判官難於判定其實必有一地。其地必有專屬可斷言也。

(二)法律上之困難。

行爲地有二處。二處法律不同。將適用何法律。此法律上之困難也。隔地者間。用電報或電話結契約。若一在中國北京。一在日本東京。兩處皆行爲地。兩國

之法律不同。此等問題。不能以司法官之意思自由解決。當仍由立法者定之。日本法例第九條首項。『對於在兩者法律不同之地。即以意思表示發通知之地。看做爲行爲地。』觀此條文。是受信之地。非行爲地。發信之地。乃行爲地也。既以行爲地看待。則採用此行爲地主義。不問其爲隔地者。間對話者。間也。遇有不知發信之地者。以發信人之住所地爲準。故日本法例第九條第二項。『對於契約成立及効力。發申込通知之地。看做行爲地。若當受申込而方承諾之時。不知申込者之發信地。申込者之住所地。即作爲行爲地。』如此則法律困難之問題。可解決矣。

(乙)項。單獨行爲。非雙方契約可比。或關於民法上之不當利得。或關於商法上之手形法。二者爲多。合言之甚煩。避冗不贅。

(丙)項。法律行爲之方式。方式者。即形式之謂。可撇開實際分別言之。自古以來。法律上有一大原則。所謂場所支配行爲是也。合乎行爲地方式者。有効異乎。行爲地方式。則無効。古時各國。皆公認此原則。又有反對此說者。謂合乎行爲地之方式。不過

爲便利起見。非不依行爲地之方式。即不能有效也。近時歐洲學者。分主張所支配行爲。與不主張場所支配行爲。兩派。各執一是。以學理論之。究以依行爲地之方式爲要。日本法律。亦有不依行爲地方式者。如法例第八條首項。『法律行爲之方式。依法律定其行爲之効力。』其意以爲採用外國法律。亦須仿照外國之方式。然用外國法律拘於外國方式。必有辦不到之時。因爲防辦不到起見。故依行爲方式辦理。如遺言方式。各國不同。倘有病篤而迫不及待者。則從權宜辦理。日本法例八條之二項。所謂『依行爲地法方式。不拘前項之規定。亦可有效。』從前外國以此例外爲原則。近日本則以此原則爲例外。可想見立法各有不同。而期於適用則一也。此行爲地法。亦有不適用之時。因物權移轉之方式。須用所在地法也。故日本法例第八條第二項之但書又云。『設定物權及其他須登記之權利。或處分之法律行爲。不在此限。』例如中國人之不動產。雖在日本讓渡於人。其法律之方式。必依中國法辦理。蓋關於物權之移轉。非依法律有效力地之方式。不行也。

第二款 因事務管理不當利得不法行爲發生之債權

不法行為。姑置於後。茲先論事務管理不當利得二種。此種債權發生之原因。各國法律。多看作準契約法（即契約准據法）推定其與契約關係有意思之合致者同。故亦准用當事者意思之所定。然此等行為之本體。究非當事者有意思之合致。不過行為者之一方。豫期其有一定之結果而已。故關於國際私法之事件。不當用契約同一之原則。宜有特別之準據。法近時學者多謂此等原因發生之債權。宜據其原因事實之發生地法。日本法例第十一條首項。『因事務管理不當利得。或不法行為所生之債權。其成立及効力。依其原因事實發生地之法律。』即此主義也。各國立法上。實際上。皆公認此主義。因其與契約上之債權不同。不能依當事者兩方合意。選用法律。故其結果。僅得據行為地之法律也。（即事實發生地之法律）例如中國甲乙兩人。在日本有住所。甲見乙之房屋破壞。代為整理。因生債權。此等關係。宜用日本法辦理。是為行為地法。亦即原因事實發生地法。此可援用外國法者也。

不法行為債權發生之原因。與事務管理不當利得有別。不能適用外國法。亦有謂可適用外國法者。其實非也。蓋不法行為有損害賠償之制裁。所以維持社會之秩序。使

此不法行爲由減少以至於消極所謂關於公之秩序之規定也故絕對的不能承認外國法律一國之內有此行爲者不問其爲內國人外國人苟國內法律認爲不法行爲爲一切皆從內國法律之規定使之負賠償之義務換一方面言之苟內國法律認爲適法行爲雖依外國爲不法行爲內國自可不負何等之責任無俟論也故兩外國人在本國有不法行爲無論爲加害者爲被害者一律准用行爲發生地之法律蓋不法行爲之制裁與刑法同爲國內之公法不容有歧異也

雖然加害者與被害者同在一國行爲地與訴訟地亦同在一國其問題尙簡單若在此國加害或被害另在他國起訴此種事件宜用何國法律法學各家之爭點有三主義。

(甲)法廷法主義 一般學者謂不法行爲最有關公秩序故宜用起訴地之法廷地法辦理此說之結果雖在外國爲適法行爲在內國爲不法行爲亦必受不法行爲之處分即如繙書一事吾國尙未加入萬國著作保護同盟條約吾國繙書本不爲侵害版權設其人旅行於日本有提起侵害版權之訴訟者亦必受日本法之制裁此

其惡結果也。雖然自正面視之固有此惡結果。而自反面觀之亦相對而生有一良結果。蓋在外國雖爲不法行爲。苟在日本爲適法行爲。亦可承認之。也是說也。主張最有力者爲德學者沙比尼及烏耶細特路氏等。然反對者亦不少。因其持論之理實未完足也。

(乙) 不法行爲地主義 前此歐洲大陸諸國之立法上及學說上。凡關於不法行爲所發生之債權債務。依行爲地法爲準。倡此說者有兩個原則之根據。

第一原則。當行爲地認爲適法行爲者。無論至何處。皆爲適法行爲。如在中國非不法行爲。雖在日本爲不法行爲。亦必以中國法看待。此根據與法廷地法之據點正相反對。可以救正其缺。

第二原則。行爲地法。見爲不法。無論至何處。皆擔負此不法行爲之債權債務。如在日本認定爲不法行爲發生之債權債務。任至何國。皆爲有債權債務之不法行爲。此根據之結果有害他國之公安。如吾中國人在日本侵害商標。即回至中國。中國本無保護商標之法。必強制執行。則侵害中國之主權。故有礙公安。

(丙)折衷主義 此主義一名爲行爲地法兼法廷地法主義因其盛行於英美又可名之爲英美主義有三要件。

(一)須發生地認爲不法行爲

(二)須訴訟地亦認爲不法行爲

(三)須在法廷地範圍內有請求救濟之權

此舉第一第二兩主義併合而截去其弊既不害公安又可保護不法行爲之被侵害者於各主義中最擅優點日本法例第十一條之第二第三兩項頗採此主義茲譯於左。

日本法例第十一條第二項云前項之規定不法行爲在外國發生之事實依日本法律非不法時不適用之。第三項云在外國發生之事實依日本法雖爲不法被害者非依日本法律所認之損害賠償及其他之處分不得請求之。首項見前不贅。由此以觀是日本已採此主義德國向採乙主義者近亦採丙主義歐洲學說向主張乙主義者近國際法協會亦採丙主義可以觀是說之勢力範圍矣。



以上各種債權之準據法。不獨債權發生爲然。即債權成立及效力。亦準用之。且債權之存在期間及消滅時効。皆包含於効力範圍之內。其亦準用債權準據法。勿俟論矣。餘可類推。

第三款 債權之讓渡

債權讓渡。亦法律行爲之一種。故亦準用契約準據法。如甲讓債權於乙。乙受之於甲。此無可疑難者也。惟乙既受之後。對於第三者丙之關係。宜用此法。此新務債與舊債務二者之間。正宜研究如上圖。



此事當讓受之際。將不通知於丙。而強令承認乎。抑由甲通知於丙。或乙通知於丙。而問其承認否乎。各國法律不同。學說亦不一。容歷舉之。而擇其善者。

(一) 說甲爲債權者。即用債權住所地法辦理。然債務之丙。不知債權者已經更換。甚覺危險。此說不適用。

(二) 說用債權讓渡行爲法主義。然債權者無論在何地皆可讓渡。設丙不知其地之法律。被讓爲債權者。亦甚危險。

(三) 說用債務者住所地法主義。其應通知債務者與否。皆以債務者住所地法律爲斷。債務者最有利。且債權者有起訴時。亦須由丙之住所地起訴。於債權者亦無不利。乙與丙之兩方。既無危險。甲又得遂其讓渡之意。是最適用。日本法例第十二條。『對於債權讓渡之第三者之効力。依債務者之住所地法。』即採此主義。

按以上所言讓渡。專指民法記名之債權而言。至商法上之無記名債權。如鈔票車券之類。隨意移轉。不必有一定指示之人。至於指圖債權。即証書債券。証券上。必記載其指示之人。非証券上指定之人。則不得讓渡。宜用所在地法。又如爲替手形。(有豫定之支拂人)及約束手形。(無豫定之支拂人)均須具有裏書。(在証券之背面。以裏書人有指定被裏書人名者爲正式。名指定裏書。其僅有裏書人姓名。而不署被裏書人之名者爲畧式。名曰地裏書)其讓渡宜用履行地法。詳於商法。茲從畧。

第五節 親族

親族之源起點於婚姻。世界各國一般主義對於婚姻一項皆用當事者本國法律。居留國無容干涉。惟英美二國主張住所地法。不問當事者之本國法何如。按各國民法差異之點惟親族法爲最。不特東西洋不同。即同等之文明國亦各殊。以此之故是以親族法之規定以依當事者本國人情風俗辦理爲一大原則。

雖然有親族關係之人其同國籍者無可疑問。若不同國籍而有親族之關係當用何人之本國法乎。且因變更國籍之故一人而前後異籍將以其前者爲本國法手抑以其後者爲本國法乎。如此研究有三問題。

- (一) 何人適用本國法。
  - (二) 何時適用本國法。
  - (三) 何事適用本國法。以違害善良風俗者不准用本國法。
- 欲解決此問題。俟分爲各款言之。

第一款 婚姻

婚姻亦分三項

(甲) 成立條件

(乙) 効力

(丙) 離婚

(甲) 項之成立條件又分二種

(一) 實質條件。不問婚姻當事者爲何國。須依男女兩國法共同認可者。其婚姻乃能成立。如中國人與日本人結婚。在中國人一方。須中國法律認有能。力。在。日。本。人。一。方。又。須。日。本。法。律。認。有。能。力。是。也。日。本。法。例。第。十。三。條。『。謂。婚。姻。成。立。之。要。件。各。當。事。者。依。其。本。國。法。定。之。』。所。謂。本。國。法。者。即。指。成。立。當。時。之。本。國。法。而。言。設。當。事。者。之。本。國。雖。准。結。婚。自。住。在。國。視。之。爲。極。不。道。德。之。事。則。住。在。國。可。以。禁。止。如。西。藏。一。妻。多。夫。之。類。是。也。

(二) 形式條件。各國婚姻之方式。有須至寺院祈禱者。有須當戶籍吏報名者。日本舊籍以各籍爲婚姻成立。今則必須報於戶籍吏矣。關於此等方式。必強使外人用

其本國法辦理。則有妨於住在國之風俗。且或有辦不到之時。如須祈禱寺院。此地適無寺院。是辦不到也。故法律上之大原則。須依婚姻舉行地方式辦理。日本法律第十三條之但書。謂「方式依舉行地之法律。即是如此。

亦有例外辦法。在本國公使前。或領事前。舉行本國方式者。然須兩國條約上訂明此權限。方可如此辦理。非公使領事固有此權限也。且必男女兩人。均爲其本國人。若一爲中國人。一爲日本人。日本法律不能承認也。日本民法七百七十七條。日本人在外國結婚。駐在其國之公使或領事。得爲其屆出（稟報之義）於此時準用前二條之規定。又法例第十三條之二項云。『前項之規定。民法七百七十七條。不妨適用。此數條均宜參照。

(乙)項婚姻之効力。亦分二種。

(一)身分上之効力。女子一方面。依男子本國法辦理。即其男子現在之本國法。或當時爲英國人。後變爲日本人。則依日本法。日本法例第十四條首項云。婚姻効力。依夫之本國法。所謂女從男國法也。第二項。謂外國人爲女戶主之入夫。及日本

人婚或養子。婚姻之効力。依日本法律。即變爲日本人。須依日本法律之義。

(二) 財產上之効力。各國法律不同。有認爲男子獨有者。有認爲男女共有者。均須依

男子當時之本國法辦理。日本法例第十五條首項云。夫婦財產。制於婚姻。當時

依夫之本國法。二項云。外國人爲女戶主之入夫。或爲婿及養子時。財產制依

日本法律。海牙國際私法條約草案第一條以下。與法例十四十五二條同。

(丙) 項離婚。婚姻之解消。在外國人有提起離婚之訴訟者。裁判所應依何國法律

宣告離婚。有謂宜由住在國裁判所法律宣告者。有謂宜用其男子本國法律宣

告者。然準其離婚與否。必以離婚事實發生之當時。本國法爲斷。蓋防其因本國

法禁止離婚。故意變國籍以圖離婚之弊。各國法律。有禁止者。有許可者。有於許

可中附限制之條件者。總之此等事項。有關善良風俗。必依當事者之本國法。且

不違反訴訟地善良風俗者。方準有効。日本法例第十六條。『離婚者於原因事

實發生時。依夫之本國法。但裁判所見其原因事實。依日本法律。非離婚之原因。

不得爲離婚之宣告。』海牙國際私法條約草案亦同。

第二款 親子

親子亦分三種

(一) 嫡子。嫡出子之身分。成立與否。自初生時依本國法辦理。但果爲嫡出與否。亦不可遽知。惟依嫡出子之父之國法辦理。各國法律不同。且有否認訴權。可以不認其爲嫡出子者。日本法例第十七條。『子爲嫡出與否。依出生當時。其父所屬國之法律定之。若其父於出前生死。則以其父最後所屬國之法律爲準。蓋法律上認之爲嫡子則爲嫡子。否則不能有嫡子之身分也。』

(二) 私生子。此種人之身分。往往與父母各爲一國籍。如其父爲中國人。母爲美國人。其子出生在日本之類。一經認知。即發生父子之關係。各國法律。有準認知者。有不準認知者。亦有准私生子自己請求者。亦有私生子之父欲認知。而私生子之國法不准。不能達認知之目的者。日本法例第十八條。『私生子之要件。關於其父或母者。依認知時其父母之國法定之。關於其子者。依認知時其子之國法定之。』是認知一方面。須准其父之國法被認知一方面。須准其子之國法。必兩方合致。方有

効力也

認知之効力。將使其子取得嫡出子之身分乎。抑僅取得庶子之身分乎。欲決此問題。宜以其父之本國法爲斷。

(三) 養子。東洋各國。家族之觀念最重。養子一事。所關最鉅。西洋各國。或持個人主義。不爲以姒以續之謀。或持世界主義。不爲一家一姓之計。故有禁止養子者。亦有間或養子以承繼財產。而非爲承繼禋祀者。

關於養子之條件。必當如何。年格而後。可養人爲子。抑必屬如何年齡而後。可被養爲子。各國法律不同。國籍不同之人。有養親。養子之關係。應依何國法律。按此。亦與親族婚姻同。須得兩方本國法律許可。方有効力。法例第十九條。養子緣組之要件。依各當事者本國之法定之。此條文。宜注意。各當事者本國之法。不能以當事者一方法律爲據也。

養子之効力。因爲養子取得身分。即其効力。欲定其身分。畢竟如何。仍當以養親本國法爲準。蓋養子之目的。純爲養親一方面之家族起見。故養子出生之本國。不問



也。外國人爲日本養子者，有三種之効力。

- (一) 取得國籍。
- (二) 取得身分。
- (三) 財產權可承繼。

父子間之關係，當依何國法律。按各國自古皆有所謂親權。親權者，即監督、教育、管理財產各權也。此等權限，宜依養親本國法辦理，且須從其養親現在本國法辦理。日本法例第二十條：「親子之法律關係，依父之本國法。無父則依母之本國法。」其規定甚爲完密。宜注意者，父子間之關係，依其父之本國法。有此權利，如訴訟地法不認其有此權利，則其父之本國法不能適用。如甲國法律，父可虐待其子，有謂子不可不孝，父可以不慈者，乙國法律，苟禁止此事，亦爲無効。此關於父子之身分者也。至於財產事件，其父亦可管理。惟違財產所在地法者，亦無効。

### 第三款 扶養之義務

親族彼此互相扶助，此道德上事。法律因採用之，於是有親族扶養之義務。若不同國

籍人有親族關係亦應有扶助之義務否乎此等問題日本法所規定須依幫助者本國法辦理因扶養義務亦法定之義務不能受外國法拘束也故日本法例第二十一條「扶養義務依扶養者本國法定」即是此意。

以上親族之關係及因親族關係發生之權利義務皆以依當事者之本國法爲原則

第四款 後 見

各國民法。凡未成年者。皆由其父監督之。謂之親權。執行此親權即謂之後見。其或已成年。而有精神喪失。宣告禁治產者亦然。此等關係。欲決其用何國法律。須分爲二種言之。

(甲) 未成年者之後見人。未成年者。應付後見與否。皆依本國法爲斷。所以必要後見者。寔因無能力之故而能力之有無。非依本國法不能決也。日本法例第二十三條首項。即如此規定。亦有事處萬難。不能依本國法辦理者。如英國人旅行於日本。忽焉死去。孤兒零丁。別無親友。日本裁判可爲之宣告後見否乎。曰是必有三條件。

(一) 在日本有住所或居所。

(二)照本國法有開始後見之原因。

(三)無行後見事務之人。

此三者之中。以最後條件爲最要。雖有行後見事務之人。而滯在本國。奔赴不及。亦可作爲無行後見事務之人。具此三條件。外國人住在地之裁判所。方可宣告後見。宣告後見後。後見人與被後見人之關係。必如何資格。而後可爲後見人。爲後見人。有何等之義務。皆依住所地法。因宣告外國人後見。與本國人不同。故不能用被後見人之本國法也。日本法例第二十三條第二項。即準此規定。海牙國際私法條約草案亦同。

(乙)成年者之後見人。原則以外國人由本國地方裁判所宣告。例外。用住所地法。與未成年者同。凡後見人由外國宣告者。其付後見人。適用外國法。日本法例第二十三條之末段。即准此。海牙國際私法條約草案亦同。

第六節 相續

相續前提之要件

古昔時代。各國對於居留之外國人。皆不認其有相續之權利。近時均弛此禁。且不僅予外國人有相續之權利而已。即對於內國人亦有准其相續之時。若此之類。將依財產所在地法辦理。抑用外國人之本國法辦理乎。從前學說上立法上有主張所在地法者。有主張外國人之本國法者。相持至今。尙屬未決之問題。試分歎論之。

### 第一款 法定相續

法定相續者。依被相續人之本國法所定。不問其有遺言否也。各國法律不同。有長子特別相續之制。有數子平均相續之制。

長子特別相續。英國法所規定也。被相續人之財產。惟長子專享之。

數子平均相續。法國法所主張也。被相續人之財產。長子與庶子皆分享之。

然英美學說。無論在何處之不動產。相續均採用財產所在地法主義。因相續人與財產有關係。財產又與所在地有大關係也。歐洲大陸法國學派亦同。如英人在法國有不動產。相續人均分。法人在英國有不動產。惟長子單個相續。如是則往往有一人之財產。致有數種相續之不同者。此財產地法主義所生之結果。

德伊瑞士諸國所有者爲被相續人。本國法主義因相續人原爲承繼被相續人之人。故宜依被相續人之本國法。如被相續人爲日本人。則用日本法。爲中國人。則用中國法。此法最善。日本所採用者。亦此主義。

被相續之原因。有因死亡者。有因隱居者。茲勿具論。惟相續人之資格。均以被相續人。本國法爲準。以相續之權。必須被相續人之本國法認可也。日本法例第二十五條。即此主義。

以上所言。皆爲有相續人者所規定。其有無相續人者。財產均作爲官有物。

### 第二款 遺言相續

發言於垂死之際。既死之後。發生効力。謂之遺言相續。遺言相續。可以變更法定相續。蓋法定本於制裁遺言。則出於矜憐也。

遺言方式。以用本國法爲原則。行爲地法爲例外。日本法例第二十六條第一項。『遺言之成立及効力。於成立之當時。依遺言者之本國法。即原則也。其第三項所謂『前二項之規定。對於遺言之方式。不妨依行爲地法』。處其有礙難之時。故以例外爲方。

便法門也。

以上所論。皆言國際民法之準據法。以外尚有商法、海商法。然海商一種。不過在船舶爲商行爲。以供航海之用爲目的。不俟詳言。茲特言商法。

商法上之權利義務。多發生於債權。故商法準據法。適用民法準據法。惟民法事件。易於根究。故多用本國法。商法性質。貴於靈便。故多用行爲地法。至關於訴訟。各國有一格言。謂「訴訟裁判事件。依裁判所在地法。」此國際慣例也。

中國因有領事裁判。不惟不能用地法。且不能用行爲地法。如上海租界。暨通商各口岸。不惟非中國之法。亦非外國之法。蓋全由中外條約所規定。願條約締結。全恃有手腕之外交。外交一失敗。國際上之體面與權利之喪失。皆成一正比例。非謂權利雖稍放鬆。體面尙可無損也。中俄之條約有三。(一)天津。(二)北京。(三)彼得堡。凡訴訟事件。皆由兩國協議。用中外條約解釋。日本與中國。亦約用被告者本國法。辦理。是以有領事裁判之地。國際私法不能見諸實用。惟欲撤領事裁判。又非研究國際私法。不爲功。中國之法所固有者。如親族相續。不必事事仿效外人。至物權債權等項。必

須鏡意改良後各國方准撤回領事裁判也。撤去領事裁判國際私法始可適用。然則當此領事裁判未撤之時一切交涉之問題非深知國際私法者亦不能解決也。是所望於研究此學者。

光緒三十一年七月廿六日印  
 光緒三十一年七月廿九日發  
 光緒三十二年九月十二日訂增再版發行  
 光緒三十二年九月十五日訂增再版發行

編輯者兼  
 行輯者

湖北法政編輯社社員

印刷者

井上源之丞  
 日本東京市牛込區神樂町一丁目二番地

印刷所

翔鸞社井上印刷工場  
 日本東京市牛込區神樂町一丁目二番地  
 (電話番町三四三番)



發行處

湖北法政編輯社

發售處

東京神田區  
 裏神保町  
 中國書林

法政叢編  
 全部十九種  
 定價捌圓捌角  
 上製(八厚冊)定價拾圓五角



# 法政叢編

訂正  
增補

# 再版稟告

比年以來吾國政界稍有動機朝野上下漸知欲強國家首在改良法律變革政體自考察政治五大臣歸朝政治界上遂起一大變動此最近之盛況而爲中外稱慶者也惟是改良法律變革政體非多讀東西法政之書取長捨短不能行其改革之實敝社同人留學法政大學該大學各講師皆法學泰斗其學說豐富足以風靡一世同人卒業後深慨祖國前途欲一表供獻之忱用就所聞於講師之講義並參考本講師之諸名家之著述悉心結構以成此編視坊間譯本當判霄壤自去秋付梓陸續出版今歲三月全部告成未成之先豫約購買者已達初刊之部數(五千部)故全部告成之日即全書售盡之日本編價值可謂爲學界所共認頌者接奉**直隸總督袁宮保電諭**訂購再版**壹千部**此不徒法學昌明當從此始且祖國前途良可預賀同人等因大加增補悉心校正並加入**政治學羅馬法**二種以來完備至裝釘精美印刷鮮明較初版更勝一籌謹此稟告度有志之士無不各手一編也

湖北 法政編輯社謹啓

寓日本東京麹町區飯田町九段中坂喜友館

總經理

樊

樹

勳

