



貴州省圖書館  
中文書

J  
39  
12

館

一  
冊  
處

請注意

于能模著

國立中央  
大學叢書  
國際  
私法  
大綱

商務印書館發行



## 序一

國際私法，在法學中最晚出，英倫三島，歐美兩陸，爲是學者，各張門戶，莫衷一是。巴黎大學國際法學院，爲設專科焉。于君伯度，以北洋大學高才生，於民國紀元十有一，懷鉛挾槧，遠適法都，七閱寒暑，專精研幾，網羅衆說，左右逢源，歸國後應國立中央大學之聘，以詔後進。余時忝長外交，遵先總理遺訓，方從事於取消不平等條約，及裁撤領事裁判權，乃以條約委員會委員相煩，準今酌古，譬畫損益，二年於茲矣。伯度頃出此編示我，屬墨簡端，竊維三代居中馭外，視五服道里遠近，定朝覲之期，十二年而一周，然後天子出巡狩於諸侯，秦置郡縣，漢勤遠略，西南夷各君長，崩角受化，歷唐逮元，幅幘之廣，西達中歐，誠所謂普天率土，王臣尊親，此與羅馬帝國大無外之規模，若合符節，本無所謂國際，更無所謂國際法，而遑論其爲公爲私也哉。有清海通伊始，外國入貢，猶執禮惟謹。康熙時和蘭進表云，外國之丸泥尺土，乃是中國飛塵，異域之勺水蹄涔，原屬天家滴露，其尊嚴爲何如！此後屢盟城下，五口通商，不但和親歲幣，與我

分庭抗禮，而使館保衛界，租界租借地，領事裁判，及工部局之設置，變而加厲，不啻國內有國，法外行法；我既前倨而後恭，彼乃喧賓以奪主，久假不歸，視爲固有，驕蹇橫恣，非可理喻，蓋將百年矣。然則法權問題，一日尙未解決，中國實無施行國際私法之可能性，則此書雖不作可也。今者舊約漸除，新約始萌，上海法院，亦在整理改造之中，所有旅華外僑，正如泛駕奔蹏，初加銜勒，雖復頓纓嘶風，終必俯首遵路。當斯之際，時會所趨，國際私法，最爲急需，而伯度之書，適付剞劂，吾知殺青之日，洛陽紙貴，凡留心法權者，均必手置一編，家絃而戶誦之也，又豈獨國立中央大學，二三學子，開卷而色喜哉，是則余所樂濡筆而俟之者也。

民國十有九年八月王正廷序。

## 序一

近世言法律學者，莫不溯源於羅馬，惟國際私法則否，蓋羅馬市民法，僅適用於羅馬之市民，即其所謂萬民法，名爲支配在本國之外國人，而當時羅馬帝國，既以世界唯一之國家自居，自始即不認外國之存在，拉丁語所謂外國，非蠻夷即敵人耳。五世紀末，羅馬崩落，歐洲文化，失其主宰，日耳曼佛蘭哥諸法，競爲雄長，紛紜擾攘，不可究詰，史家稱爲黑暗時代，欲求所謂國際私法之跡，更邈不可見。逮十世紀後，封建制度確立，法律上之屬人主義，漸爲屬地主義所易，而嚴格之屬地主義，又慮爲內外國人交通之梗，於是始感有國際私法之必要，故國際私法之萌芽，要當在封建制度長成以後，至其名稱之習用，尙爲百年以內之事，在近世諸法中，實最爲後起。近世紀來，明法之士，旁搜遠討，相望不絕，而英美大陸，門戶各執，歸納演繹，致力殊途，欲求能融鑄古今，貫串百家，足以解決內外國法律牴觸而無憾者，以余寡陋，尙未多見，誠哉斯學之不易也。友人于君伯度，留法專攻國際法有年，歸國後，任中央大學國際私法教

授，近以所著講義見眎，鈎玄提要，博採衆長，根本法理，而不失之誇，徵信判例，而不失之隘，殆能治大陸英美諸派於一爐，而一掃入主出奴之病者，余向所謂憾未多見者，不期於于君得之。抑余聞之，國際私法之產生，有必需之條件三：一曰內外國之交通；二曰國際間之平等；三曰獨立自主之法權。吾國自海通以還，門戶洞啓，而領事裁判權之桎梏，損害吾法權垂九十年，所謂三要件者，吾僅有其一。余間遊書肆，未嘗覩國人自著之國際私法，意者其有難言之隱歟。今中外間不平等條約，已次第取消，領事裁判權亦於本年元旦起，明令撤廢，所謂三要件者，吾已備具，而于君之國際私法大綱適於是時告成，余嘗與于君共事條約委員會，今又忝襄外交，於于君是書，尤重有感焉。于君來索爲序，因略書所見以歸之。

中華民國十九年四月張我華序於南京。

# 國際私法大綱

## 目次

導言	一
第一章 國際私法之對象	一
第二章 國際私法之性質	一一
第一節 國際私法爲公法乎抑私法乎	一一
第二節 國際私法爲國際法乎抑國內法乎	一五
第三章 國際私法之淵源	二二
第一節 國內之淵源	二二
第二節 國際之淵源	二四
第三節 學說科學會議及外交會議等等	二五

第一編 國籍	四三
第一章 關於國籍問題之普通觀念	四三
第一節 國籍之定義	四三
第二節 關於人的國籍(nationalité personnelle)之重要法則	四六
第三節 國籍之衝突	五九
第二章 中國國籍法	六八
第一節 固有國籍	六九
第二節 國籍之取得	七二
第三節 國籍之喪失	八七
第四節 國籍之回復	一〇三
第二編 外國人之地位	一一〇
第一章 概論	一一〇
第一節 世界各國解決外國人之地位問題之大概情形	一一一



第二節	世界各國規定外國人之地位時所採用之各種制度……	一一八
第一段	自由主義……	一一八
第二段	條約上之相互主義……	一一九
第三段	法律或事實上之相互主義……	一二一
第四段	平等主義……	一二一
第二章	法國之『外國人之地位』法……	一二五
第一節	自然人……	一二五
第一段	政權……	一二五
第二段	公權……	一二五
第三段	私權……	一二一
第一類	凡爲普通外國人所不能享有之私權……	一三一
第二類	以法律明文允許外國人所得享有之私權……	一三八
第二節	法人……	一四〇

第一段	商業會社之國籍問題	一四一
第二段	外國會社在法國所得享有之權利	一四二
第一類	公權	一四三
第二類	私權	一五〇
第二編	法律之適用	一五三
第一章	概論	一五三
第二章	關於法律衝突問題之學說——法律原理	一五六
第一節	古代之學說	一五六
第一段	古意大利派	一五六
第二段	法蘭西派	一五九
第三段	荷蘭派	一六三
第二節	近代之學說	一六五
第一段	英美派	一六六

第二段	德國派	一六七
第三段	新意大利派	一七〇
第四段	Pillet 派	一七五
第三章	適用合理方法之阻礙	一八六
第一節	送還說	一八六
第二節	命意之衝突	一九五
第三節	公共秩序	二〇一
第四節	竊法舞弊	二〇八
第四章	尊重既得之權利	二一六
第一節	尊重既得權問題發生之情形	二一八
第二節	既得權存在之條件	二二一
第一段	第一條件 一權利之取得須依照其該管法律	二二二
第二段	第二條件 一權利之取得須滿足其該管法律所規	

定之一切條件	一一二五
第三節 既得權之效果	一一三〇
第四節 尊重既得權原則之例外	一一三四
第一段 第一例外 甲國某種權利所依據之法律制度而為	
乙國所無者	一一三四
第二段 第二例外 在甲國所得之權利乃為違反乙國之公	
序者	一一三六
附錄	一一三九
一 國籍法（民國十八年二月五日國民政府公布）	一一三九
二 國籍法施行條例（同上）	一一四六
三 法律適用條例（民國七年八月五日公布）	一一四九

# 國際私法大綱

## 導言

### 第一章 國際私法之對象

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。

依此定義，國際私法，有三個對象：即（1）國籍，（2）外國人之地位，（3）法律之衝突及尊重已得之權利是已。

（1）國籍 國籍者，人民與國家間之政治和法律關係也。凡人皆應有一國籍，故此問題，非常重要。且人民爲組成國家之第一要素，自古可以有無土地之國家

——如在歐戰時代，捷克人民，尙無土地，僅其十數代表，在巴黎組織政府，而協約諸國，即承認其有國家人格——然無人民之國家，則未之前聞。

人民對於國家之關係既如此，故國家不可不嚴密規定其承認個人爲國民之條件，即國籍法。而國籍之所以重要，因其實爲各種權利與義務之根據。凡屬國民，對於國家，既宜盡國民之義務（如服兵役）；同時，亦惟國民，得享有爲外國人所不能享有之權利。

（2）外國人之地位 在國際私法上，分人爲兩大類，即本國人與外國人。是也。此種分類，即爲國籍法之目的。及既分清之後，方可研究一新問題：即凡外國人，究應享有何種權利乎？此即外國人之地位問題。

此問題，與政權公權私權三者均有關係；惟實際上，最重要者，則爲私權，故爲此問題之主要對象。

且此問題，亦與國家本身之組織有關。因爲如規定外國人所得享有之權利，過於寬大，則外國人將源源而來，不思歸化，充其極，其數將多於本國人，亦何難反客爲

主乎？反之，若過於嚴厲，使之感受種種不便，則外國人除自願離去者外，必朝思夕思，以求歸化者，此又必然之勢也。

若然，則外國人之地位問題，與國籍問題，有深切之聯帶關係。如一國家以同化外人，多多益善，爲己利者，將效蠅蠆之義，多開方便之門，俾一般外人，易得國籍；同時對於外人之地位，則採用嚴厲主義，以收爲淵駸魚之效。

反之，一人口已足之國家，不必求國民於外族，則對於國籍問題必較嚴，對於外人地位當較寬。

今二問題之關係有如此，故吾人規定此問題時，不能不顧及彼問題，斯二者之方向雖相反，而二者之政策常一貫。

此外，尚有一點，爲吾人所應注意者，卽此二問題均專受國內法之支配是也。蓋在一國之內，決定何者爲國民，何者非國民，乃屬於國家之主權行爲，斷不宜問諸外國法；不然，太阿倒持矣。是以惟由中國法稱爲中國人者，方爲中國人。依中國法而不在于國民之列者，卽爲外國人。但是中國法可以決定某人非中國人，却不能予某人以

一外國籍。蓋外國籍，宜本諸外國法，中國法不能越俎而代也。故一人若無一國承認其爲國民，卽爲無國籍者。

至於外人之地位問題亦然。若謂一國家不能自由規定外國人在其領土內所得享受之權利，卽剝奪其主權之最尊嚴神聖之部分。惟各國爲欲維持彼此間友好通商起見，不能不彼此互許其人民以幾種必要之權利；不然，使僅此幾種亦吝而不與，卽國際貿易，亦不可能，其不返於閉關自守時代不止也。

(3) 法律之衝突。法律之衝突，因各國法制之不同而起，此爲國際私法中最難解決之問題。因在實際上，既須抉擇權利產生或消滅時所應適用之法律，及權利既產生之後，尤須使之必受尊重故也。

至此問題之所以發生，實因欲予外國法律以多少地位之故。不然，使盡置外國法律於不顧，而一以適用本國法律爲準，當然不復有衝突之可言；惟此種辦法，實爲事實上所不可能耳。

又另一方面，謂中國人，卽離開中國，仍須服從中國法律，亦爲事實之所不可能



者。蓋當此寰宇交通，日盛一日，各國人民，錯縱往來之際，不可不有一種合理之制度，以劃分本國和外國法律適用之範圍者，殆亦事理之當然也。

今有一點，爲吾人所不可不注意者，即切勿以法律衝突問題，與外人之地位問題混而爲一是也。此二問題之顯然不同，有二點可以說明之：

一，關於二問題發生之次序；

二，關於二問題所應適用之法律。

(一) 關於二問題發生之次序 外人地位問題之發生，常先於法律衝突問題，此爲一定不易之序，今試舉二例以明之：

(a) 當一外國人，欲在中國與一中國女結婚，則關於結婚條件及其效力等等所應適用之法律，應適用該外國人之本國法乎？抑其住所在地法乎？固不可不抉擇之，此爲法律衝突問題。

然而在研究此問題之前，尙有一先決問題，即須先知該外國人在中國能否享受結婚之權利是也。

使該外國人而不能享有此權利時，則選擇適用法律一層，即不成問題。蓋當吾人真應談及法律衝突問題時，必須已承認該外國人在中國有結婚之權利也。故此二問題之發生，有先後不易之序。

(b) 又如一外國人之妻，在中國，欲對於其夫之財產，享有一種先取特權 (*la jouissance du droit à l'hypothèque légale*)，則在決定應依何國法律處理之前，即應先知該外國人在中國能否享受此項特權。若在原則上，吾國不承認外國人之妻得享受此項特權，則此事已完，不復有第二問題——即無法律衝突問題之發生。蓋凡權利，惟有享有權者，方有行使權，故欲知一外國人對於某種權利是否有享有權，乃為第一問題——即外國人之地位問題。當此第一問題已成立時——已審明時——然後研究該外國人欲行使其所享有之權利，究應適用何國法律，此為第二問題——即法律衝突問題。由此觀之，此二問題之發生，確有一定不易之次序，學者不可不注意及之。

(二) 關於二問題所應適用之法律 外人地位問題，與法律衝突問題之不

同，從其所應適用之法律方面，亦可以辨明之。如前所述，解決外人地位問題時所應適用之法律，常爲國內法，此爲國家之主權行爲，他國法律，絕無適用之餘地。

至於法律衝突問題則不然，有應適用本國法者，亦有應適用外國法者，此則因解決法律衝突問題規則之不同，而常無一定。如我國法律適用條例（民七八月五日公布）規定：人之能力，依其本國法（第五條）；關於物權，依物之所在地法（第二十二條）是也。

據此以觀，外國人之地位問題與法律衝突問題之不同，實屬顯而易見，宜乎不至有誤認之事矣。執意在實際上，卽法治先進國之富有經驗法官，亦往往有指鹿爲馬者，此學者之所以不可不慎也。茲將因誤認所生之結果，分兩節說明如下：

（一）外人地位問題與法律衝突問題蒙混時所生之結果 此種蒙混之結果，將以解決法律衝突問題之方法，以解決外人地位問題。更甚者，有時或因此誤與外人以本不得享受之權利。例如一外國人之妻，在法國要求對於其夫之財產，得享受先取特權（*l' hypothèque legale sur les biens de son mari*），——此爲外人地

位問題。然她所持之理由，謂此種權利，乃為該管法律——即適用於其夫妻間財產關係之法律，如其為比國人，即比國法——所賦予者。簡言之，她要求依本國法以行使此權利（此又牽及法律衝突問題）。法國法官，本宜先決第一問題，即依法國法，外國人之妻，果能享有先取特權否乎？今按法國大法院判例，從未有以此權利賦予外人者，故法國法官，即應直截痛快，拒絕此項要求，此為根據邏輯之唯一辦法。但是若將第一問題與第二問題蒙混時，將作如下之推理：該比國人在法國，得享受此種權利，因其為比國法律所賦予也。（Alger 法院於一八六八年一月三十一日曾有此錯誤。）若然，豈非以外人本不得享受之權利，竟無端使之享受乎？

（二）法律衝突問題與外人地位問題蒙混時所生之結果 此種蒙混之結果，又將以解決外人地位問題之方法，以解決法律衝突問題。茲將上例易一方向以說明之：假定法國與某國訂立互惠條約，允許某國人之妻，在法國，對於其夫之財產，得享受先取特權。如此，則外國人地位問題，已完全解決；所未解決者，第二問題——即法律衝突問題。但是若將第二問題與第一問題相混，將得如下之推理：該婦人對

於其夫之財產，一定有先取特權，因她在法國有此種權利之享受權故也。殊不知如此推理，實不透澈。蓋在法國得享受先取特權，不過爲一先決條件；此婦人若欲切實行使此種權利，尙須證明依據其本國法，卽支配其夫妻間財產關係之法律，果享有此權利否也。（註一）

總言之，外人地位問題，爲關於權利之享有問題；法律衝突問題，爲關於權利之行使問題。二者宜順序而研究之，分別以解答之；不然，顛倒錯亂，將無底止也。

吾人研究法律衝突問題——卽行使權利所應適用之法律問題時，尙有一點，更應注意：卽此問題包含二個現象是也。此二個現象，亦有先後之次序：一，取得權利問題；二，尊重既得權利問題。

（一）取得權利之該管法律 此卽關於決定一適用之法律，以取得某種權利者。例如一比國人，欲在中國結婚，宜適用何國法律以取得夫之資格乎？或一外國人，欲在中國離婚，宜適用何國法律，以取得離婚者之資格乎？

又如購買一輛汽車，究應滿足何國法律，以成爲正當之主有者乎？

以上所舉之例，皆爲新主人產生新權利，而研究其所應適用之法律。凡關於法律衝突所發生之問題，大多屬於此類；然却不可謂盡在乎此，蓋在實際上，尙有關於尊重既得權利問題者。

(二) 尊重既得之權利 所謂尊重既得之權利者，即尊重一種既已產生之權利，而使之在將來得發生其效果之謂也。吾人用『既得權利』一語，在理論上，乃指一種權利，其組成之要素，均已滿足耳。此種既得權利之觀念，在國內法中，當『時間的衝突』問題發生時，吾人嘗習用之，即凡在改易法制以前所組成之權利，不得因改易法制而破壞之是也。

在國際私法上，未得權利與既得權利之區別，亦非常重要。不幸學者往往忽視之，故非於後文特立一章以闡發之不可；惟此時僅舉一例，以示其大意而已。

如在法國，當一九一二年前，不許外人起訴以追認其父爲目的，因視此爲與法國公序相反故也。但若在他國起訴而得勝利，如判令其父按月給予若干撫育金時，此項判決，若在法國請求執行，法國法院，即不得不允許之，因此爲關於既得之權利

故也。由此觀之，一國家對於某種權利，有時不允外人有取得之權；但若一外人在他國已取得此種權利之後，往往不能不尊重之。若然，在國際私法上，未得權利與既得權利之不可不分別研究，已可恍然矣。

結論 吾人在敘述本章之初，即聲言國際私法包含三個現象：（一）國籍，（二）外人之地位，（三）法律之衝突及尊重已得之權利。此三問題，有聯帶之關係，當吾人遇到此三問題時，其次序常一定不變：

第一問題：某人究具何國國籍？

第二問題：彼得享有何種權利（外人地位問題）

第三問題：對於彼可享有或已取得之權利，究應適用何國法律以使之取得，或使之受尊重？

此三問題，有單獨發生者，有聯帶發生者，此則常視案情為轉移，而至無定也。惟當此三問題皆發生時，其次序決不至顛倒耳。

（註一）上述案情，法國 Chambéry 法院，於一九〇〇年七月十日，曾有合理之解決。當時有一瑞

士婦人，向法國 *Chambéry* 法院要求先取特權。該法院第一步，即研究：依兩國間之條約，該婦人是否得享受此項權利？在得一肯定之答案後，第二步，即進而研究法律衝突——即法律適用問題。因該婦欲切實行使此權利，宜依照其本國法也。乃依瑞士法律，本無此制。*Chambéry* 法院，即拒絕其要求。（從上述之例，吾人當解釋條約時，得一極合理之先例：兩國訂立互惠條約後，倘有一種權利，在甲方則確實存在，在乙方則付之闕如者，甲國當然得拒絕乙國人民之享受。）

## 第二章 國際私法之性質

### 第一節 國際私法爲公法乎抑私法乎

昔日一般之學說，均謂國際私法爲私法之一支，其得名實由於此；後之人顧名思義，遂真以爲私法矣！竊考昔人之所以有此主張者，實因在國際私法中，有許多問題，屬於私法範圍。如決擇關於結婚所應適用之法律，則結婚乃顯然爲國內民法上之制度，非私法而何？

但據吾人之見解，國際私法，乃爲公法之一支，且有極嚴正之理由可以說明之。



茲將國籍、外人之地位及法律之衝突三問題，分別討論而審斷之。

(一) 國籍 國籍者，國之所由分也。非國籍，即無以別國民與非國民，而國家之本身，即無所依託。故曰國籍者，乃個人與國家之政治關係也。試問在一國之中，規定個人與國家間之關係者，非公法而何？且在公法之中，孰有較關於國家之組織者更爲真切者乎？而國籍法，無論從固有國籍或歸化方面觀察，實與國家之組織有最密切之關係者也。今請將此意之邏輯公式表出，或當更爲顯明：

凡規定國家與個人之關係者爲公法，

國籍法爲規定國家與個人之關係者，

故國籍法爲公法。

然今日尚有以國籍法爲私法者，謂國籍之影響於私法上之權利者不少，今世界各國之保留某某私權於其國民，而不許外人享受者，比比是也。此言固是，但據吾人觀察，國籍之影響於公法上之權利者亦甚多，凡所謂公權政權皆是也。

且如歐洲各國——尤以法國爲甚——當制定國籍法時，在立法者心目中所以

最注意之點，即在義務兵役；且無論如何，總以國家公共利益爲前提。如法國一八八九年六月二十六日之法律，其最顯著之目的，即在盡量增加國民，以厚兵力，而固國防。及其一九二七年八月十日之法律，則因自歐戰告終以還，外來移民孔多，若聽其永爲外國人，——永保其本國國籍——恐於法國國家本身之組織有危險，故極力設法以歸化之。然此皆關於公法，而非私法也明矣。

又如德國國會，在一九一三年，通過著名之 *Dalmeier* 法律時，其用意亦豈非欲使德國之政治威權，日益擴大者乎？

故從國籍之影響方面觀察，雖同時與公法及私法均有關係，然以前者爲更重  
要。

(二) 外人之地位 至於外人之地位，雖亦同時涉及私權公權及政權者；  
(註一) 但據吾人之意見，亦應歸入公法。蓋吾人皆知憲法爲公法，因其規定人民所得享有之權利故也；而外人之地位法，亦爲國家規定外人在其領土內所得享有之權利者，非公法而何？

(三) 法律之衝突 凡解決法律衝突之規則，其目的在劃分中國與外國法律之管轄權，與憲法之劃分立法、司法、行政、監察、考試等權限，同一用意。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、外人之地位，或法律之衝突上觀察，國際私法，乃為公法，而非私法。

## 第二節 國際私法為國際法乎抑國內法乎

國際私法與國際公法，表面上雖似不同道，而其實有許多國際私法規則，均從國際公法引伸而來，故吾人可以斷言：國際私法，從有幾點觀察，實與國際公法有關。然從另幾點觀察，則又未脫國內法之窠臼，請仍將國籍、外人地位及法律衝突三問題，次第論述如左：

(一) 國籍 今復將此問題分二段以說明之：(1) 現在之國籍法，(2) 將來之國籍法。

(1) 現在之情形 今日世界各國之國籍法，在原則上，仍為國內法。蓋自古

迄今，一般之學說，咸謂一國家規定其國籍法時，宜絕對自由，因國籍法既與國家本身之組織有關，斷不可令他國越俎而代也。故惟爲一國家所自認者，方爲其國民。譬有一人，依甲國法律，本非其國民，而乙國乃曰：此汝國民也，甲國必不承認之。曰：吾惟知吾之國籍法，他非所問焉。

若然，使一國家不受條約之拘束時，常能自由規定其國籍問題，而絕不受他國之影響。惟條約之拘束，有時却不能免。如當合併他國土地，或取他國爲保護國時，對於國籍問題，常於條約上，有特別之規定，若不遵守之，必受國際公法之制裁；且如一關係國，以此種爭執請求國際法庭裁判，則被告國雖欲拒絕，不可得也。

但是若無條約拘束時，國家規定國籍問題，是否絕對自由？是否毫不受國際公法之限制？從原則上論，吾人應答曰：是；且國際永久法庭，已將此意明白宣示矣。  
(註二)

惟有幾種特別情形，據吾人之意見，却不能不允許國際公法之干涉者。如一國家，頒布一種強制法律，凡僑居其國者，一律認爲國民，此與令其自願歸化者不同，又

與以屬地主義強制出生者亦有異，若不有以糾正之，國際之紛爭，可立而待也。又如一國家，以法律鼓勵國人請求外國籍，同時保存其固有者（如著名之德國 Dal-meier 法是），此種辦法，顯然違反國際公法，故凡爾賽和約，特立第二七八條以貶斥之。然除此二種特別情形外，吾人在今日，對於國籍問題，實不能不直認各國有完全自由權，且無論其採用出生地主義，或血統主義，尤不能加以非議。蓋各國採用主義，各根據其利害關係，有時實出於不得已，固不可或因二國主義紛歧，引起國籍衝突，而彼此即因此互相詬訾也。故在甲乙兩國之間，發生國籍衝突，使乙國請求甲國設法避免，則允之拒之，宜聽諸甲國自由；若妄加責難，彼必不受。（註三）至於國際公法之制裁，固尙未能及此也。

簡言之，今日各國之心理，視規定國籍問題為國家主權行為；若有干涉之者，莫不怒髮衝冠，視為侮辱行為，意謂若一忍受之，則國家之尊嚴，將從此掃地矣。

（2）將來之國籍法 今日之國籍法，在原則上，為純粹之國內法，已如上所述矣。然則將永無國際化之可能乎？曰可，最少亦有幾點可使從國內性質而變為國

際性質。如下列之處置：『對於其人之並不享有二重國籍者，有時撤銷其唯一之國籍以爲刑罰之用。』今日雖尙不乏適用之者；然吾人深信於最短期間，各國定能一律廢除之耳。

惟欲國籍法之全體，由國內法而變爲國際法，恐爲期尙早。因此問題，既與國家之『政治利益』有關，各國必不肯輕易放棄其固有之制度也。

(二) 外人之地位 依原則，規定外人之地位，亦爲國家之主權。但是國家無論如何嚴厲，對於外人應享之權利，不能不與以最小限度；不然，使此最小之限度亦吝而不與，雖欲不受國際公法之制裁，不可得也。此其意，國際永久法庭，於一九二六年五月二十五日所下之第七次判令，及國際法學會 (L'Institut de droit international) 於一九二七年在魯桑 (Lansanne) 之決議書中，莫不正式宣示之。且瑞士法學家 Bluntschli (一八〇八——一八八一) 曾於一八七〇年毅然宣言：『任何國家不得有禁止外人入境及拒絕外國通商之權。』(參觀 *Le droit international codifié* ed. de 1870 No. 381)

不特此也，在今日國際公法中又新出一原則：『不能單因一國家使外國人與國民享受同樣之待遇，即視爲已完滿國際義務。』蓋在人權發達之國家，若與外人以內國待遇，當然使人滿意；若一人權不發達之國家，即僭外人於國民，而外人之缺望如故也。故國際公法，特創此原則以救濟之。近年羅馬尼亞因改革農業制度所引起之著名 *Les Optants Roungrois de Roumanie* 問題之所以歸入國際公法範圍者，卽此理也。

由此觀之，外人地位問題，已稍稍有國際性矣。

(三) 法律之衝突 今日之國際私法，尙非國際法，固無可諱言也。蓋欲國際私法爲真正之國際法，必須爲世界各國所通行方可。然而在事實上，一國有一國之解決法律衝突之制度；至於能令人共同遵守之具體規則，實未嘗見。故同一事也，而各國之處置不必同。如人之能力，有歸之住所地法管轄者（如英），亦有歸之當事人之本國法者（如法）；又如繼承，或歸於財產所在地法，或歸於死者之本國法，亦各因其國而不同。大有北轍南轅，各行其是之概。實無一原則可以強制一國家，取此

而舍彼。簡言之，關於解決法律衝突問題之制度，國家得視己國利益之所在，而定其從違，且並不受任何國際義務之拘束。故大多數學者，視解決法律衝突法，爲國內法之一部分焉。

但是一國家雖得自由選擇解決法律衝突之制度，却不能絕對不適用外國法；否則，將自置於國際共同生活之外，其不至日趨於叢脞之境，不可得也。不觀夫蘇俄聯邦乎？其始也，一意孤行，置外國法律於不顧；及至新近，知非稍變態度不可，故於行政上及其與他國所訂條約上，均表示現在蘇聯對於外國法律，亦漸知尊重，不復如昔日之藐視一切矣。

又如土耳其，在一九二三年與協約國訂立著名之魯桑條約 (Lausanne) 時，爲欲撤銷領事裁判權起見，不能不允許外人：『關於身分和能力，當適用其本國法，』以爲交換條件。

惟吾人應聲明：國際公法，對於各國適用法律問題所能強制之處，卽此而止，此外各國仍得自由處置也。



若然，以現在之情形而論，國際私法，無論從國籍，外人之地位，及法律之衝突觀察，尚爲國內法，而非國際法，固昭然也。

結論 國際私法 (private international law) 一語，於一八三四年初見於 The American Mr. Story 之『法律衝突之解釋』後於一八四三年復經律師 Fodix 之引用，遂漸成爲一固定而爲普通一般所適用之名詞。然考其實際，殊欠允當。蓋如上所述，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。惟邇來國際法學家，雖極力思索，冀有以矯正之，苦未有所得，故暫沿用之。尙望學者勿紐於名詞，而誤認其性質，斯可矣。

(註一) 政權保留於國民，本爲世界各國之通例。惟近年來在阿根廷，有幾位著作家，大唱外國人與本國人在政治上宜平等待遇說。謂：『外人之居住阿根廷，其關心政治，一如本國人，故宜與以均等之機會，俾得發揮其政治才能，以謀公共利益；但當稍限以時日，惟居住五年以上者，方得享有政權焉。』據此，關於外人地位問題，已有人論及政權矣。

(註二) 當一九一三年法國以在 Tunisie 之法國國籍問題，請求國際永久法庭解釋時，該庭即

於其意見書中作下列之答覆：「依現在的國際「公」法，國籍問題實包括於那保留於各國自主的法律範圍之內。」因國聯盟約第十五條第八項，有此範圍之規定也。

（註三）當一八七九年法國對阿根廷之國籍法提出責言，阿根廷政府乃毅然答曰，阿根廷為自主共和國，規定國籍，自有權衡，而法國又奚能過問耶？

### 第三章 國際私法之淵源

國際私法之淵源，有屬於國內者，有屬於國際者。至於學說，科學會議，外交會議等等，有時亦有多少之影響。故特分三節以討論之。

#### 第一節 國內之淵源

從現在之情狀而論，一國有一國之國際私法，此其故實由於國際淵源之非常缺乏。且吾人可以說：將來國際之淵源愈發達，則國內之淵源愈減少；然在今日，國內淵源之勢力，尚在極盛時代也。通常國內之淵源有三：（一）法律，（二）習慣，（三）判例。

#### 一、法律——成文法：

昔日世界各國，對於國際私法上問題，除國籍法通常以明文詳細規定外，餘多漠然置之。至最近，立法者對於外人之地位及法律之適用諸問題，始稍稍注意；然除波蘭曾於一九二六年八月二日制定國際私法全部法典外，惟德國在民法總則上，自第七條至第三十一條，有較詳之規定而已。在其餘各國，或語焉不詳，或散漫無紀，皆未足以與於法典之林也。

至於我國，除民十八年二月五日所頒布之國籍法外，於民七年八月五日，已頒行法律適用條例；所缺者，惟外人地位法而已。嘗考世界各國之國際私法，所以缺少成文之故，約有二端：一，國際私法中，許多問題，均屬新近發生，大半僅在十九世紀，較之國際公法幼稚多矣。二，國際私法之性質，非常不一致，故將各種規則編成有系統之法典，實較他法為難。今波蘭以新造之邦，竟能先世界各國而編成國際私法法典，其努力之精神，實有足多者。

## 二、習慣：

習慣而成通例，其勢力即同於成文法，在國內法既然，則在尙未能脫離國內法

性質之國際私法，又何能例外？故在歐美各國之國際私法，習慣非常重要。至於我國，因領事裁判制度，使我不能行使法權，故習慣法尙未養成耳。

然在歐美各國國際私法中，習慣大占勢力，在 *U. S.* 等視之，實爲好現象。因爲如法律衝突問題，日在進化中，與其以成文法固定之，尙不如適用習慣之得以隨時順應環境也。

### 三，判例：

夫判斷案件，有法律則從法律，無法律則從習慣；二者皆無，法官卽不能不詳考學說，衡情酌理，以爲判斷。而此等判例，對於後起之案，其勢力亦等於法律，故判例者所以濟法律與習慣之窮也。

我國因領判制度之關係，對於外人，既未得審判權，則判例二字，實無從說起。歐美各國之國際私法，成文既如此其少，而國際私法問題又有日新又新層出不窮之概，若專賴單純之習慣，又焉足以救濟之？無怪乎判例之所以獨重一時也。

## 第二節 國際之淵源

所謂國際之淵源，即爲二國或二國以上公共之淵源也。茲依上節敘述國內淵源之次序，分爲成文不成文及判例三段，說明如下：

### 第一段 成文的淵源——條約

在國際之上，既無一種權力可以制定法律，以強制各國，則可稱爲國際成文法者，惟條約而已。自十九世紀以來，條約特別發達。以言其方式，有雙方條約（*private bilateral*），有國際公約（*convention internationale*）；以言其目的，有關於國籍者，有關於外人地位者，（註一）并有關於法律之衝突者。

但是因有條約之存在，乃引起一重要問題，即條約與國內法衝突時，當以何者爲準乎？欲解答此問題，不可不先知條約之性質。

條約之法律上的性質 條約爲二國間之契約，國內法爲一國之單方行爲，其性質之不同也顯然。且吾人皆知契約之勢力，當然較大於單方之宣言，故條約之地位，乃在各國內法之上者。法國學者名爲 *acte supranational*，良有以也。因此，若何視條約與國內法有同一威權，實爲誤認條約之性質與勢力。蓋一國家欲改變其法



律，彼即有自主之權力；但欲修改一條約，即不能自由行動，因彼對於一條約，一經簽字批准之後，即有遵守與實行之義務也。如欲宣告廢棄之，非依合法之手續不可；不然，必受國際公法之制裁也。

今爲欲免除混淆起見，再分二方面以研究之：

(一) 一條約在締約國之間具有何種權力？

(二) 一條約在一締約國中具有何種權力？

(一) 一條約在締約國之間具有何種權力 條約所具之勢力非他，即在國際間有強制力是已。蓋甲國與乙國訂立一條約，則甲國對於乙國，即受該約之拘束，而有實行之之義務。乙國對於甲國亦然。但吾人知道，有幾個國家，在憲法上有極嚴厲之規定：即一條約雖經簽字及批准之後，若不再經立法機關與以一種施行方法，仍不能完全生效。此時，如甲國因其憲法上有如此之規定，能否告乙國曰：『吾不實行吾僑批准之條約，因吾在國內，因國會之反對，尙未制定施行方法故也。』此種態度，實爲國際公法所不許。蓋一國家既以合法之方式簽訂一條約，復以憲法上所規

定之手續批准之，不過依憲法尙須一種施行方法，此時，即應將此種方法切實制定；無論國會或他機關，既允許批准於前，決不能拒絕實行於後。不特此也，一國國會對於外國，無代表之權。如乙國對於甲國，只認識其國家及其政府，因國家藉政府以簽訂條約，而自受拘束；至於國會，固不負對外之責任也。因此，一國家，因不實行條約而被控於國際法庭，不能以國會反對爲理由，而逃其處分。簡言之，一條約既經批准，即應實行；其餘乃爲國內問題，應由自國解決之，與他國無與焉。

(二) 一條約在一締約國中其權力若何 此問題與前者同一重要。譬如甲國與乙國簽訂一約，則該約在甲國之內，對於甲國人民，究具有何種權力乎？此不復爲純粹之國際法問題，而爲國內公法上之問題矣。

一條約經互換批准之後，凡締約國，應如何通知其人民，并如何以使之遵守？此皆聽各締約國之自由，故其方法，常無一定。然可大別之爲兩種制度：

(1) 依有幾個國家所遵行之制度，一條約，即經依法批准，并在政府公報上公布後，對於私人，毫無效力。意謂批准與公布，僅能拘束國家，若國家不遵守之，當然

應受國際公法上之處分；至於私人，在未受到一新命令之前，固可完全拒絕實行此條約也。此新命令者何，即須頒布一法律是已。有一法律以命令人民服從其國家所批准之條約，斯人民即不能不遵守之；然在此法律未頒布之前，人民對於條約，毫無責任。行此制最著者為捷克（*Tchécoslovaquie*），依捷克最高行政法院判例（*la jurisprudence de la cour suprême administrative*），凡捷克與他國所訂條約，雖經批准之後，若不將其完全變成捷克法律，對於人民，並不發生效力。此種制度，對於與捷克有關之各種和約，均已應用之。

（2）其他國家，又另有一種制度，與前者大不相同。即凡一條約，一經批准，國家與人民，同時受拘束，同時有遵守之義務是也。行此制度最著者，厥為法國。

惟吾人所應注意者，此制度之立場，在視條約與法律為兩事：一條約，只須一經合法手續批准，在國際間發生效力，則在一締約國內，其人民必須同時遵守之，而不必如法律之尚待一施行條例，以規定其施行日期也。但吾人於此，又引起一極重要之問題，即條約與法律，其實際之關係究如何？請分二種情節以說明之：



一、較後之條約與一較先之法律衝突時；

二、一新制之法律與一較先之條約衝突時。

一、較後之條約與一較先之法律衝突時 依大多數國家之成例，當一新訂之條約，與一較先之法律不一致時，此條約仍得施行無礙，宛如一新法律代替舊法律，請舉例以證之：

(1) 比國 當比王 Leopold II 結婚時，其結婚契約，並不以民法規則為根據，而取一種條約方式，此蓋遵守先代成例，凡與外國公主結婚，彼此兩國，即訂立一聯婚條約是也。當比王死時，其子女乃提起訴訟，謂此種婚約，應作無效，因其既與民法規則衝突，而於事前又未改變民法故也。然比國大理院 (Cour de cassation belge 25 juin. 1905 Revue de droit international privé 1909 p. 458) 乃毅然判斷，謂此聯婚條約，不但完全成立，完全自足，無庸他種手續，儘可施行無礙，且其發生，既後於民法，當視為對於民法已暗然改變其與彼不相容之一切規則矣。

法國 當一九一九年凡爾塞和約成立時，因其中規定：『在列強間應組一種混合公判法院 (le tribunal arbitral mixte)，以清理戰爭之纏葛。』法國大法院立即宣告謂：『凡爾塞條約既有此規定，法國普通國內法院，對於此種案件，即當聲言無權受理，即凡已受理者，亦均宜交出也。』此亦應用『條約可以暗然變更法律之說者。』

德國 依著名之 Dalryck 法律，凡具有德意志聯邦國籍者，必須先具一邦之國籍。自凡爾塞和約成立，Alsace et Lorraine 復歸法國。但依該約之規定，其中有一部分人民，仍得保存德國國籍。於是，即發生條約與法律之衝突，一時頗引起學者之討論。德儒中有謂該部分人民，既不新歸法籍，又難復為德人，實已成爲無國籍者 (Heimatlose)。然而德國法院，乃反其說，謂一條約，與一較先之法律不一致時，其最後之語，屬於條約；今條約既允該部分人民得保留其德國國籍，則其與法律衝突與否，固無甚關係也。

觀於上述三例，可知依現在各國之趨勢，凡條約與法律有衝突時，則以條約為準，此實爲增進國際信用，提高國際公法之要着；不然，若以國內法爲主，則條約有時

不免等於具文矣。

二、一新制之法律與一較先之條約衝突時 假定一國家，受一條約之束縛，而一新制之法律乃與之不一致。此時，若視條約如法律，吾人即宜應用一基本規則：『凡兩種法律，先後產生，若不一致時，則以後者為準。』若然，國內法可以代替條約矣。此種意念，在法比等國，極受批評。蓋若以一條約爲不復合於現在之需要，只須依法宣棄之，以解除條約之束縛；在未依法宣棄以前，則締約國固有遵守之義務也。因此，使一新制之法律，與一現行之條約衝突時，應以條約爲準。蓋條約非法律，而爲一種約章，爲一種國際的，超於國家之上的約章（*pacte supranational*），故條約與法律，不能等量齊觀：一爲國內的，一爲國際的。國際之義務，非依國際法解除之，即不能不尊重之，法律與之衝突與否，對於條約之本身，固毫無關係也。不然，若新制法律得代替先訂之條約，則締約國將隨時得以國內法解除國際義務矣。雖欲不成爲國際間之無政府狀態，不可得也。

上述者純屬理論，今更舉例以明之。

法國國會於一九二五年十二月四日通過一法律，以設立一種新稅爲目的。卽凡外國人購買不動產或商業基本者，須照其所付之價，納稅百分之二十。當時政府卽宣告不能執行此法律，因其與許多條約衝突也。翌年一月三十日之法律，遂不能不將此著名之『百分之二十稅律』廢除之。

又當一九二三年法國國會討論但尼西國籍法時，有人曾提出疑問，謂：『依該草案之規定，凡生於但尼西者，皆爲法國人；然意法二國之間，尙有一八九七年之條約在，依照該約，法國固不能強使在但尼西意僑之子，適用出生地主義也。今該草案，既無保留條件，則對於意人，亦將適用乎？』當時審查長卽答言：『否，法意間既有條約，卽不宜損害之，且吾人亦無權可損害之也。而况有條約卽宜遵守條約，其義甚顯，固無庸於法律中明定保留條件，徒增蛇足也。』

由此觀之，若以法理爲立場，則條約高於法律，且當視爲一重要原則。若能將此原則擴而充之，則『國際信義重於一切』之觀念，亦可以漸入人心矣。

## 第二段 不成文的淵源——習慣

國際私法，既多爲不成文法，則國際習慣之重要，可以不言而喻。且所謂國際習慣者，吾人不難舉例以證之：如一國之外交代表，不受所在國法院之管轄，此爲各國所通行之習慣，而並無何種明文以爲根據者也。

至於養成國際習慣最有力者，莫如 *Congres*。考自五十年以來，各 *Congres* 先後聚集，其大有造於習慣法之養成，毫無疑義。就中成效最著者，則爲 *L'Institut De Droit International*。此爲純粹之科學會社，爲一真正之小小博學院，自一八七三年成立以來，或二年開會一次，或一年一次，未嘗間斷。而其會議時所通過之決議，均屬國際法中之重要問題；且常能使學者互相接近，化不同之觀念，而漸趨一致。其所出之年鑑，將其每年之工作爲有系統之陳述，實國際法學者最寶貴之參考資料也。

又英人所發起之 *International Law Association*，對於商法部分，貢獻甚多。此外觀於國際法之教學機關，其有裨益於國際習慣法之養成，亦非淺鮮，最著者如 *L'Institut des Hautes Etudes Internationales a Paris* 及 *L'Académie de Droit international de la Haye* 是也。

## 第三段 國際判例

在今日，關於國際私法事件，果有國際司法乎？曰有。如海牙國際永久法庭，已數次審判關於國際私法案件，如 1° *affaire des décrets de nationalité en Tunisie*，及 *la question des colons allemands en Bologne* 等等皆是。然此等案件，國際永久法庭之所以能受理者，因雙方當事人——國家——均願意交審故也。且據現在情形，私人尚不得向國際永久法庭起訴，故甲國商人，與乙國國家有糾葛時，只能請求其本國政府，向乙國提出交涉而已。

學者鑒於此種制度之不便，曾提議組織一種法院，以接受私人訴訟。無如此種提議，只有廣泛之意象，未有切實之辦法；且困難重重，未易解決。故據吾人所知，國際法院之以私人訴訟為目的者，僅限於下述之二例而已。

(1) 混合公判法院 (*Ces tribunaux arbitraux mixtes*)。此種法院之組織，其目的在欲於限定之時期中，關於實行和約而起之糾紛，允許私人得控告外國國家。歐戰後，各關係國，類皆有此種法院之組織。

(2) 國際河流委員會 (les commissions fluviales internationales) 例如萊茵河中央委員會 (la commission centrale du Rhin) 卽有審理私人間航務糾葛之權是也。

但此二者爲特例，且在實際上，吾人尙不能謂爲有真正之國際法庭之存在，可以審理私人與他國家間之一切糾葛也。

歐洲法學家，有鑒於此，思有以補救之。故當一九二六年國際法會 (l'association de droit international) 在維也納開會時，曾有一議決案，希望組織一種國際法庭，以審理一切私人與他國間之爭執焉。

### 第三節 學說科學會議及外交會議等等

(一) 學說 一種科學，如國際私法，其大部分既爲不成文法，正在形成時代，則其受學說之影響，當然非常之廣，又非常之深，故學說實爲國際私法之簡接的淵源，而爲吾人所不能不研究者。關於國際私法上各個問題之專書，非常之多，而尤以法國爲最豐富，吾人若欲參考之，只須一查 *Clunet* 第一集上之圖書目錄可已。

至於關於國際私法全部問題之傑作，爲吾人所不可不讀者，有下列諸書焉：

1. Pillet, *Traité Pratique de droit international privé*, Paris, 1924, 2 foris vol.
2. Pillet, *Principes de Droit international privé*, Paris, vol. 1
3. Weiss, *Traité théorique et pratique*, en six volumes, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1917 à 1918.
4. Arnjunion, *Précis de Droit international privé*, t. I (2<sup>e</sup> éd.), 1927.
5. Poulet, *Manuel de Droit internat. prive belge*, 1925.
6. Audient, *Principes élémentaires de droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., 1906.
7. Despagnet, 5<sup>e</sup> éd. par de Boeck, *Précis de Droit international privé*, 1909.
8. Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., 1925.



9. Valéry, Manuel de droit international privé, 1re éd., 1914.

10. Weiss, Manuel, 9e éd., 1925.

11. Wosylake: The Private International Law.

(二) 科學會議 (congres scientifique) 所謂國際法之科學會議，即以討論研究國際法上之問題爲目的者也。最著者，即前述之國際法學會 (Institut de droit international)。該會於一八七三年在 Grand 開成立大會。其目的在擬定普通規則，以便國際間訂立條約時之採用，使各國解決法律衝突時，可以有同一之方法；易言之，即擬定解決法律衝突之規則，使國際間得以一致遵循耳。

該會對於入會一層，限制頗嚴，非著名之法學家不取，故人數極少，彷彿爲一小博學院。該會通常每年開會一次，惟會址輪按不定。從一八七七年起，發刊年鑑，極有價值，實爲國際私法之一簡接的重要淵源。

又另有一會，即前述之 international law association，譯爲中文，亦曰國際法學會。惟該會爲英人所發起，其成立年分，雖亦爲一八七三年，然其所研究之問題，專

在海商法方面，非如前者之泛論一切國際私法問題也。

(三) 外交會議 (conférences diplomatiques) 以各國外交代表組成之會議，謂之外交會議。外交會議之以編纂國際私法爲目的者，以一八六七年意國 Milan 所發起者爲第一次，不幸毫無結果。至一八七四年，荷蘭復將舊事重提，然各國均漠然視之，殆所謂時機未熟者歟！

然不久海牙會議 (les conférences de droit international privé de la Haye) 及勃魯塞爾會議 (les conférences de Bruxelles) 接踵而起，且有重要之結果，是不可不分別敘述之：

一、海牙會議 自一八七四年荷蘭政府之提議失敗後，而荷蘭之法學家，復創議一重大之計劃。凡民商法及民事訴訟法，均應由國際間外交會議編纂之，此計劃竟得歐洲多數國家之贊同，遂於一八九三年，在海牙開第一次會議。此後，於一八九四年，一九〇〇年，一九〇四年，一九二五年，一九二八年，已連開五次。雖與會者僅爲歐洲國家，而美洲各國絕未參與，且英國至一九二五年之會議方始列席，其勢力

未能普遍；然考其成績，實有足多者。如（一）一八九六年十一月十四日之民事訴訟法專約；（二）一九〇二年六月十二日之婚姻法專約，離婚及分居法專約，及未成年監視法專約；（三）一九〇五年七月十七日之已成年監視法專約，關於婚姻之効力及於人與物之專約，及新訂民事訴訟法專約（即以之修正一八九六年者）等等，皆極關重要。不幸海牙諸次會議，均未能集歐洲各國於一堂；且即與會之國，有對於上述各約拒絕簽字者，有簽字後而拒絕批准者，且有批准後而宣棄者；如法國幾將其所曾批准者悉數宣棄矣。此其故，因此類國際公約，爲任意性質，願則加入，不願復可脫離，而絕無制裁，故非如普通條約之具有拘束力也。

二、勃魯塞爾會議 該會議爲國際航行委員會（*le comité maritime international*）所主持，曾開會五次（一九〇五年，一九〇九年，一九一〇年，一九一二年，一九二六年），專以免除幾部分法律衝突爲目的。至現在爲止，已有兩種重要專約，爲許多國家所奉行：其一，爲一九一〇年九月二十三日之行船衝突專約；其二，即同日之海上濟助及救生專約是也。

但是關於編纂國際私法之組織，其規模最大，希望最多者，不在歐而在美，請言其故。

在美洲，所謂汎美聯合會者（Pan-American Union）為秘魯所發起，於一八七  
七年在Lima 開成立大會，到會者有 Bolivia, Chili, Argentine, Equateur, Costa  
Rica Vénézuéla。即擬定一關於國際私法之條約草案，內共六十條，曾於一八七九  
年簽字。但此事未能成熟，至一八八九年，在著名之 Montevideo 開會，再申前議，乃  
得簽定幾種關於解決法律衝突問題之重要公約。惟與會者多為中美南美之國家，  
而北美合衆國不與焉。至為歐洲各國之視為風馬牛不相及，更無論矣。

此後，在下列各處，相繼開會：一八九九年，在華盛頓；一九〇一年，一九〇二年，在  
墨西哥；一九〇〇年，在 Rio de Janeiro；一九一〇年，在 Buenos Aires；一九一二年，  
復在 Rio de Janeiro。惟此時北美合衆國已加入會議，而所謂汎美者，始能名副其實。  
然吾人切不可視該會有排斥他洲之意味，因一九〇二年墨西哥會議時，曾邀請  
歐洲各國加入會議，但歐洲各國，因歐美法律觀念相差太遠，所行制度，實難強同，均

裹足不前耳。如關於人法 (*statut personnel*) 之問題，在歐洲各國，大都適用本國法；然在美洲各國，幾一致適用住所地法。彼此之不同若此，實不啻隔一深廣之鴻溝，欲彌縫之使合爲一，豈易事乎？

惟該會在美洲方面，確有統一之趨勢。當一九二八年在 *La Haye* 開會時，曾採取一大規模之國際私法草案，都四百三十五條。若果能得美洲各國之批准，將爲一空前之傑作，因其關於國際私法全部問題，包舉無遺也。

(註一) 如我國因欲取消領事裁判權，對於外人地位問題，不能不有一合理之辦法。故在一九二八年與比、義、丹、葡、西等國締結友好通商條約時，於各約附件中，均有居住營商及土地權之規定。然此僅可視爲嚆矢，至於外人地位全部問題，尙待立法者之詳細規定也。

當此等條約發表時，頗引起國人之批評，謂如比約附件四所說：『中國政府，鑒於中國人民得在比國及盧森堡國領土之任何區域內居住營商及享有土地權，故允許比國及盧森堡國人在中國享有同樣權利；但仍得以法律或章程限制之。』(餘四約附件所載皆同)『恐有危險，故由中央政治會議，改爲『關於居住營商及土地權，悉依法律之規定』而與論乃定。』



## 第一編 國籍

### 第一章 關於國籍問題之普通觀念

#### 第一節 國籍之定義

國籍者，人民與國家間之政治及法律關係也，此義甚明，無待闡釋。

然法人具有國籍，當何以解釋之？蓋吾人皆知自然人應具有國籍之意義，已引伸而推及法人（如公司集會等）而其所以觸類引伸之故，實有二種理由：一，理論的：謂大家既許『自然人有人格，則法人亦應有人格』，即不能不許『自然人有國籍，則法人亦應有國籍』。二，為實際上之便利起見的：因將一法人連屬於一國家，在實際上，即得許多方便也。但據吾人之意見，此種引伸之法，實不合理。因國籍既為人民與國家間之政治關係，試問法人與國家間亦有所謂政治關係乎？吾人皆知其無有也。既無政治關係，則法人之不能有國籍，其理固昭然矣。（後論法人時當詳言之）

質言之，人之所以以國籍予公司或集會者，專爲解決該公司等『究應享受何種權利』問題，並非視爲與國家果有政治關係也。且法人有國籍，已成爲普通習慣，若驟欲矯正之，實非易事。又國籍不僅引伸於法人已也，對於海船河船及飛機，亦均已適用之。

(1) 海船 海船具有國籍，爲多數學者所承認。然其真正之意義，無非欲明其已在某國依法註冊，而懸掛其國之國旗而已。但因此即發生種種之關係。在戰爭期間，國旗尤爲重要，無論交戰國及中立國，對於一外來之船，究應如何對待，一視其所懸國旗以爲衡。即在平時，當船行公海之中，此處不復有主義之存在，則該船之本國法律，應適用於各種法律關係。假定一中國船，已駛入公海之中，有一罪案發生，即應用中國刑律處治，此就刑事方面而言者。至於民事方面亦然，如船長同時卽爲管理身分事件之官吏，且有一事更應注意者，卽在中國船上產生之兒童，照各國之通例，應卽視爲與產生於中國等也。

但從哲理方面觀察，此種國籍，名實不符。蓋依定義，國籍爲國家與人民之政治



關係；而船爲事物之一種，則國家與一事物間，又焉有政治關係之可言？蓋一船之懸掛某國國旗，所以表示該國對於在此船上之人，實行其『外交保護』(la protection diplomatique) 及『從人主權』(la souveraineté personnelle) 耳。且有國旗之意義，吾人已可得一切從『假定國籍』所發生之效果，又焉用此假定爲哉？

(2) 河船 河船應有國籍之說，頗爲新近。自有國際利益之河流，經凡爾塞等和約規定新制度後，始稍稍發生。但在吾人視之，關於此點，河船海船，不應有分別。若認後者果應具有國籍，卽無理由可以拒絕前者。惟據吾人之意見，河船只須有一國旗，卽可得其各種效用——如上述之國旗所屬國，實行外交保護及從人主權是——初不必假借國籍，徒增蛇足也。

(3) 飛機 飛機雖爲新出之物，然一九一九年十月十三日之國際公約(自第五條以下)，已明認其有國籍。然此種國籍之意，亦不過表明依法懸掛某國國旗而已。其實飛機之應有國旗，而不必有國籍，正與海船河船同也。但吾人所主張者，專從學理上設想。如欲各國在實際上對於海船河船及飛機三者均拋棄國籍之

名詞，恐非常困難。因此名詞，對於三者雖不切當；然習用既久，欲一旦去之，頗覺不便，故各國相率因循，至今未改耳。

## 第二節 關於人的國籍 (nationalité personnelle) 之重要法則

立法者規定國籍法時，宜應用何種法則乎？此種法則其數有三：(1) 凡人皆應有一國籍，(2) 從出生時即應具有之，(3) 可以隨意改易國籍，惟須得其關係國之認可。今將三大法則分釋如下：

(1) 第一法則 凡人皆應有一國籍 有一人即應有一國籍，此不啻爲天經地義；故人而無國籍，從法理上視之，即爲乖異。

且有許多責任，均從國籍而生，最著者即歐洲多數國家之義務兵役是也。又從吾人所研究之法律適用問題觀察，與其人<sup>之</sup>國籍，亦有密切之關係。至於外人地位問題亦然，往往因其國籍之不同，而其所享之權利，乃因之而大異焉。

是以從理論上說，不應有無國籍人之存在。因世界文明之區，已劃成許多國家，而其主權，莫不以領土爲基礎。故有一人，即不能不屬之於一國家。蓋人無國籍，彷彿

如物之無主，此爲一種變態，不可不設法避免之也。

然在實際上，無國籍之人，昔時頗多。當一九一〇年時，瑞士政府，曾提創開一國際會議，以解決 *Bohémien*s 等無國籍人之問題。因其時各國均漠然置之，乃罷。按無國籍人，德文爲 *Heimatlose*，至今歐洲各國，多習用之，已成爲一法律上之通用名詞矣。但自近年以來，各國皆極力設法減少無國籍之人數，至今已罕見矣。

然則何等入爲無國籍者？約言之，可分四種：

(a) 飄游者 (*Zornades*)。昔日在歐洲各國間，有一種人，萍蹤無定，到處求生，其出身國爲何，其親系若何，卽其本人亦有不自知者。但今日歐洲各國，對於此種人，監察頗嚴，凡外人之身無護照或出生證者，均不許其入國矣。

(b) 一種人，居留於某國家，雖經相當時期，而依該國法律，仍不能與以國籍。因該國立法者對於此種人，未嘗想到，實爲法律所不能賅也。

(c) 一種人，因離母國已久，該國揣測彼等之意志，不復有回國之希望，乃取消其國籍，如法國舊國籍法第十七條是。又德國一八七〇年六月一日之法律，規定

十年不回國者，取消其國籍，亦本此意。此種人在他國，若非重新取得國籍，即爲無國籍之人矣。又有一種人，因犯罪而國家乃剝奪其國籍以爲處罰者，則其喪失國籍，而成爲 *Dejourné*，與上述者無異也。如蘇聯，凡人民之不服從其主義者，即取消其國籍。此輩之流落他國，其數甚多，皆爲無國籍者。如在法國，其司法部曾於一九二五年四月二十八日下一通告，明認此輩之在法國者，爲無國籍之人矣。

然以取消國籍爲刑罰，實爲不道德。如曰某人犯了某罪，爲國家所不能容，乃奪其國籍，摺諸四鄰，若然，豈非以鄰國爲壑乎？此亦損害國際友誼，破壞國際道德之一端也。

且刑以止刑，而止刑之道，除剝奪國籍外，亦多端矣。

國際法學會 (*l'Institut de droit international*) 有鑒於此，故當一八九六年在 *Venise* 開會時，乃大斥剝奪國籍以爲刑罰之非是。想不久各國法律，或將採取學者之主張，而能一致廢除此種不合理之制度也。

此時，尚有一點，亟欲爲諸君告者：即蘇聯一方面對國民之不服從其主義者，即

假剝奪國籍方法以排斥之；同時，對於外國人之在蘇聯者，却立即承認其為蘇聯之公民，其惟一條件，只須他不證明其為他國之公民而已。易言之，凡外人之往蘇聯，而願為蘇聯之公民者，蘇聯政府立即允許之。此種政策之目的，無非欲廣招徠耳。

(d) 更有一種人，自願歸化他國；但一面並未能確保其能得該國之允許，乃一面已得祖國之該管官廳核准發給許可證書，并於政府公報公布之，宣告其喪失原有之國籍。此時，若不能取得新國籍，即為 *Heimatlose* 矣。

(2) 第二法則 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；然此非謂其不能中道改變也。最要者，當一人出生時，即為一國之人民是已。此在國籍法中，謂之固有國籍。

然而規定此固有國籍時，究應取何種主義乎？

請將血統主義，與出生地主義，分述如下：

(一) 血統主義 依此主義，兒童應具有其父母之國籍，而以血統為依歸。而其所持之理由，則謂：『規定國籍，最應注重者，為民族精神；而最足以保持此民族精

神者，即爲血統。譬如南洋華僑，雖生活於外國法律之下；然其兒童之心思，之志趣，與我國內地之兒童無異也。故衡情酌理，斷不宜因其偶然出生於外國，即剝奪其祖國之國籍。』

(二) 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，即於不知不覺間，陶成種種國民性；且後天之教育，其足以影響兒童品性之力量，至少當與先天之遺傳相埒。譬有二人，其一生長於外國，其父母雖爲中國人，然終其生爲僑民，並無回國之思想；其二，父母雖爲外國人，然生養於中國內地，在中國學校讀書，且在中國成人。試問在此二人中，何者爲較有中國國民性，當然爲第二者。故第一者雖認爲中國人，有時徒有其名，而實際上則外國人也；至於第二者，雖出自外族，然得吾國環境之薰陶，實際或與中國人之子女無稍異焉。』

對於上述二種制度之批評 夫國籍者所以聯絡個人與國家之關係也，故規定國籍而以民族觀念爲主要之點，又誰得而非之？且吾人敢說，若問當事人：『汝之

國籍，願從血統乎？抑願從出生地乎？』除少數有特別關係者外，必答曰：願從血統也。又血統主義，有一獨善之處，即在家庭之間，可以維持國籍之一致，因此，乃得省卻多少問題，并可保持其家庭內意見之一致焉。

然而血統主義，在人口自足之國家，固可行之而無弊；但在接受他國移民甚多之國家，却非常危險。如南北美各國，若偏重血統主義，則其移民之子女，仍得保存其祖國之國籍，不久，其國內大多數人民，乃爲外國人，行見異族雜處，國性淪亡，禍患之來，奚堪設想？

平心而論，血統主義，與出生地主義，實無善惡之可分，二者既皆能予一國家以優美之人民，亦各能予一國家以無用之人民。

請先言血統主義。如華僑之子女，雖生於外國，若其所受之教育，實富於中國之精神與禮教，則其對於祖國之觀念，自然非常深刻；而其所具有之國民性，不但與吾國內長成之子女無異，且因受異族之凌虐，環境之刺激，其愛國思想，有時或特別發達，較之國內同胞，有過之而無不及，此非想像之語，蓋確論也。

不觀夫波蘭人乎。其國家雖爲俄普奧三國所瓜分；然其不忘祖國之精神，百年如一日。又如猶太人，雖亡國已久；然至今仍不失其爲猶太人，且其復國運動，大有日盛之一勢。凡此皆足以徵明血統關係之強而且久。今華僑子女，雖在外國，若其父母能於教育上保持其國民性，皆異日之愛國健兒也。

惟華僑中亦不乏缺少愛國心者，則其子女或更無祖國之觀念，雖認其爲中國人，而國家實不能得其利益也。然而立法者，却不能因噎廢食，因少數之不善者，而盡棄其善者，是又當然之理也。

觀於此，則血統主義之得失相參，可以恍然矣。

至於出生地主義，其利弊參半，正復相同。假定吾國收回領事裁判權之後，在法律嚴密規定條件之下，准予外人居住內地。爾時社會教育，學校教育，均能發揮強固之中華民族精神，對於外國兒童，已能施其潛移默化之功。如此，則外國兒童，或可與本國兒童具同一之精神，此在社會學上謂之同化力。而此力之最著者，則爲美國。在美國社會中，凡移民之初來者，類皆桀黠不馴之徒，欲矯正之，頗非易事；然其子女，一



受社會與學校之薰陶，即完全成爲美國人。由此觀之，欲出生地主義行之而無弊，須有完美之社會教育與學校教育始。

不然，使吾國社會與學校教育，不足以感化之，則外人之兒童，日受其父母家庭之教訓，其心思與趣向，完全與其父母無異，此又必然之勢也。

若然，此二主義，欲其行之而無弊，各有其必需之條件。而選擇此二主義時，嘗爲『人口組織』問題所支配，而不任立法者之自由。蓋收受移民甚多之國家，如美洲各國之不能不採用出生地主義，以同化外人，亦猶向外移民甚多之國家，如德國、意大利、波蘭等之不可不採取血統主義，使其人民即出生於外國，仍得附屬於本國，以便在經濟上及政治上均受得其極大之利益也。

據現在各國之法例，有一比較普通之點，即一兒童出生，其父母均無可考，即以所生地之國籍予之是也。此爲應用出生地主義之一例，而爲世界大多數國家所通行者（參觀我國國籍法第一條第四項）。

然除此點以外，各國法律，頗多紛歧，并可分爲四類：

第一類 極端採用血統主義，或予出生地主義以極微之地位者，就中以德，奧，丹麥，匈牙利，瑞典，挪威，中國爲最著。

第二類 極端採用出生地主義者，如阿根廷，玻利維亞，巴西，智利，哥倫比亞，哀瓜多，哥德馬拉，厄加拉瓜，巴拿馬，巴拉圭，祕魯，烏拉圭，凡納瑞拉等皆是。

第三類 採用出生地主義，同時稍稍容納血統主義者，如英國及美國。然英之所以注重出生地主義，與其謂之因『政治的需要』，毋寧謂之因習慣之未改。蓋英國並非一新國家，如美國之接收移民甚多也。今依英國法，凡英人之子女，生於外國者，仍認爲英國人（血統主義）；惟其子女長大，若不欲爲英國人，則聽其自由耳。

第四類 同時採用血統主義及出生地主義者，如法，比，西班牙，希臘等國是也。以上所述者爲第二法則。

（3）第三法則 可以隨意改易國籍，但須經關係國之允可。凡人，雖應從出生時即具有一國籍；然非終身固定，永不能變者。昔時各國雖大半皆不許改易國籍，如俄國至十九世紀猶然；但至今日，已咸視爲不合理。凡欲改易國籍者，皆得遂其

所願，惟須遵守幾種條件而已。

然亦有謂改易國籍，宜完全任其人之自由，而不應加以條件者，并引盧梭之民約論以爲據。殊不知民約論本屬臆想，不切事實，今欲引證之，以爲解決國籍問題之理由，則其不充分也明矣。

蓋國家之允外人歸化，謂之特許 (concession) 則可，謂之契約則不可。因外人請求歸化時，允之拒之，國家自有權衡。外人只得惟命自聽，固毫無契約之意味也。且國家有應盡之義務，故對於其國民之能力與品質，不可不使之有保持與選擇之權。只將此意分二段說明如下：

(一) 保持固有國民之能力 夫國家之基礎在國民，國民之能力，卽國家之實力。故國家對於欲歸化於外國之國民，使彼認爲尙有需要於他們時，應有權可以禁止之。蓋一國家雖不必絕對拒絕國人之向外歸化，然却不能令國人自由脫離，而毫無取締之方法。故我國國籍法第十一條規定：『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』亦卽此意。

且民族有自決權 (le droit des peuples a disposer d'eux-mêmes) 之說，在原則上雖爲學者所贊同；但是一國家若以數民族結合而成，使其人民可以成羣結隊歸化外國，頓時即影響於其國家本身之存在。故民族自決論，不能應用於國籍問題，又爲多數之政治學家所極力主張也。

簡言之，國家可以允許國人向外歸化，但以與己國無害爲限。易言之，人民可以自由歸化外國，但此自由爲相對的，而非絕對的。

選擇外來人民之品質 外人之歸化，國家並無一定接受之義務，故合我條件者許之，不合我條件者拒之，所以別善惡分良莠也。我國國籍法第三條規定：『外國人或無國籍人，經內政部許可，方得歸化。』即此意耳。且對於外人之歸化，允之拒之，可以自由一節，世界各國，莫不視爲『國家主權』之一重要部分。故僅有當事者之意志，不足爲完成歸化之條件；必得其所向國之允許，及其原屬國之承認而後可。吾人於此，即得一通則：凡歸化應具有三要素：

一、當事人之意志；

二、原屬國之許可；

三、所向國之允准。

由上以觀，今日世界各國，已相對的承認可以改易國籍之原則矣。但此原則，既成立，同時即發生另一原則。蓋吾人既承認可以改易國籍，即不能不承認一得新國籍，即應失去其原國籍也；不然，則發生二重國籍矣。但是除德國以 *Dollmick* 法律一面鼓勵其人民入外國籍，以便在所在國得與其國民享受同一之權利，一面仍保存其德國國籍，俾德國在經濟上受極大之利益外，此種保存二重國籍之制度，實為吾人所罕見也。且凡爾塞和約第二七八條，已強制德國廢除此種制度，而採用『一人一國籍』之原則矣。

我國國籍法，如上所云，乃與德國等採同一之方針，而應用極端之血統主義者。此其理由，不可不分析言之。我國為人口稠密之國家，據外國經濟學家之統計，中國人口每方基羅米突中有七十八（參觀 *Trinichy* 經濟學第一冊六五頁）與法國略同；且吾為泱泱大國，人口號稱四萬萬，占全世界人口總數四分之一（號稱十六

萬萬，固無須乞靈於外來移民，以增吾人數，一也。我國兒童出生率甚強，不幸其死亡率亦甚大；若欲增加人口，只須設法減少兒童之死亡率，二也。華僑之在南洋羣島者頗多，在安南與新加坡者各號稱二十萬，在爪哇菲律賓亦甚多，此皆吾中華民國之外庫，故不能不用血統主義以保存其國籍，以保存其與祖國之關係，三也。此三者，殆吾國立法者所根據之最大理由歟！

但是血統主義與出生地主義之衝突，乃為最顯著者。其結果，往往一人而有二重國籍。如吾國既採取血統主義，只須吾華僑之所在國採用出生地主義，則其子女遂不能不有二重國籍（中國國籍及出生國國籍）——此名為國籍之積極衝突。當此種衝突發生時，將何以解決之？曰是不難，依各國之通例，均適用其本國法，承認其本國國籍，而置其他於不顧。何者？國籍法為一國之絕對的強行法；故吾國之行政官或司法官，倘見有外國國籍法與我國國籍法衝突時，應絕對適用我本國法。其理由，則因國籍法之法規定，本以國家公共利益（亦名為公序）為標準，故外國法若有相反之規定，是乃違反我中國之公共利益者，依吾國法律適用條例（七年

八月五日)第一條之規定,當然不適用之,此為學理上之解決。且在實際上,該條例第二條已明白規定:

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;但依國籍法應認為中國人者,依中國之法律。

此雖為決定適用法律之條文,然即此已足徵明本國國籍法與他國國籍法有衝突時,應以本國國籍法為準之原則矣。

上述者為中外國籍相衝突之解決方法。此種衝突,乃為吾國採取血統主義而發生之當然結果。若欲避免之,非世界各國實行同一之主義不可;不然,實無法以消除也。吾人既提及國籍衝突問題(上述者不過其中之一端),不可不將其一般之情形,略述如下。

### 第三節 國籍之衝突

國籍之衝突,有積極與消極兩種。積極衝突,即一人而有二重國籍之謂也;消極衝突者,乃一人不具任何國籍,即所謂 *Reinstate* 是也。

請先言積極衝突，再言消極衝突。

第一積極衝突。積極衝突又應分爲二種：（一）由於生來之國籍衝突，（二）由於取得之國籍衝突。

（一）生來之國籍衝突。所謂生來之國籍衝突者，卽一人於出生時，卽具有二重國籍之謂也。此種衝突之發生，其原因有二：一，由於兩國主義之完全不同。如我國極端採用血統主義，而南美各國如阿根廷、巴西等均採用極端之出生地主義。使吾華僑在阿根廷產生子女，依我國國籍法，則爲中國人；然依阿根廷國籍法，則又爲阿根廷人矣。二，因在原則上二國雖採同一之主義，但其所採用以爲緩和其主義之方法不同時，亦有發生衝突之可能。如比國，在原則上雖與我國同爲採取血統主義者，但比國同時復採用出生地主義以緩和血統主義。因此，依比國國籍法，如華僑夫妻於比國生子女，雖承認爲中國人（此爲應用血統主義者）；然華僑夫妻所生之子，嗣後復在比國生子女時，卽認此等子女爲比國人。然依我國國籍法第一條第二項第一款之規定，生時父爲中國人者，屬中華民國國籍，則此等子女，固仍爲中國人。



也。又如法國於採用血統主義外，同時亦採用出生地主義，依一九二七年八月十日法國國籍法，凡法國女子與外人結婚，若在法國生子女，則此等子女，均為法國人；而與吾國國籍法規定『生時父為中國人者為中國人』又相衝突矣。

(二) 由於取得之國籍衝突 此又可分為四種：如(1)因婚姻而起者，(2)因承認私生子而發生者，(3)因養子制度而生者，(4)因歸化而起者。

(1) 因婚姻而發生者 如我國國籍法第二條第一款規定：為中國人妻者，取得中國國籍。但依法國一九二七年八月十日之國籍法，凡法國女子，與外國人結婚，使該女不明白宣示欲從其夫之國籍時，仍為法國人。使我國國籍法第二條第一款無但書之規定：『但依其本國法保留國籍者不在此限。』則法國女子與中國人結婚，而不明白宣告者，將發生二重國籍問題矣。

(2) 因承認私生子而發生者 如我國國籍法第二條第二款規定：『父為中國人，經其認知者，取得中華民國國籍。』又如依法國一九二七年八月十日之國籍法，凡法國出生之私生子，使其母為法人，其父為外國人，則此兒童之認知，以第二

次爲標準。若經其父認知後，復經其母之認知，則此兒童爲法國人。使其認知之父爲中國人，則此兒童有二重國籍矣。

(3) 因養子制度而發生者 如我國因尊重家族觀念，採取日本制度，規定爲中國人之養子者，取得中華民國國籍（我國國籍法第二條第四款）。然此制度，歐美各國，多不採取之。如我國人取一外國人爲養子，使其本國並無此制度，即不許因此而失國籍，此豈非發生二重國籍之一端乎？

(4) 因歸化而發生者 最著之例，如阿根廷人歸化於瑞士。依阿根廷國籍法，阿根廷人歸化於外國，僅失其參政權，而仍保其國籍（一八六九年法律第八條）。但依瑞士國籍法，則不問歸化人之本國法承認喪失其原來之國籍與否，皆得允許其歸化。若使一阿根廷人歸化於瑞士時，該人即具有二重國籍矣。又若一國家允許外人歸化，而並不問其已得其本國主管機關之允許與否，使其本國不允許其喪失國籍時，則該人亦得二重國籍矣。

吾人皆知世界各國之國籍法，國與國不同，故不但吾國國籍法與外國國籍法

間有種種之衝突，即在此外國國籍法與在彼外國國籍法之間亦然。而解決此二類衝突之方法，亦各不相同，茲分別言之。

(一) 中外國籍衝突時 當吾國國籍法與一外國國籍法衝突時，吾人只須應用一最普通之規則——凡本國國籍法與外國國籍法相衝突時，適用本國法——此不但為一般學者所主張，且為一般國家所通行者，其理由即如上所述：因各國均以規定國籍為一國之主權行為，故視國籍法為一國之絕對強行法，決不能對外國法讓步也。

(二) 外國間之國籍衝突時 當此寰海交通，日盛一日之際，一國之官廳，不但應解決本國與外國之國籍衝突已也，即在外國間之國籍衝突問題，亦日多一日，實不能不謀所以解決之道焉。

惟一國家，處於第三者之地位，以解決外國間之國籍衝突，雖不應有所偏頗，卻不能不有合理之辦法；且此種辦法，當依國籍衝突之性質而異其旨趣。茲又重行分述如下：

(a) 對於生來之國籍衝突 關於此問題之學說，頗爲紛歧，有主張採用出生地主義者，有主張尊重當事人之意思者，有主張應以住所或居所地爲標準者。但據吾人觀察，以第三種學說爲最妥。因第一種學說偏重出生地主義，而置血統主義於度外，有蔑視他國『立法權獨立』之意味，故反對者亦甚多。至於第二說，若當事人果能表示其意思時，固未嘗不可；但若當事人不表示意思，或不能表示其意思時，將奈何？豈非自陷無辦法之地位乎！至於第三說，乃爲最合情理者，蓋解決國籍之衝突，大半爲欲決定人之身分與能力等問題，是以首宜注意養成此人之身分與能力之環境，而住所地尙焉。若無住所或住所不明時，則從居所地，是猶不得已而思其次之意也。

然而當住所與居所俱無或俱不明時，將奈何？曰在我國視之，或當借重血統主義，因此爲吾國國籍法之原旨也。惟原來採用出生地主義，以規定其本國國籍法之國家，對於外國間之國籍衝突，又必以出生地主義爲主，亦可斷言也。

(b) 對於取得之國籍衝突 關於此點，我國法律適用條例，已有極明白之

規定：『當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍，定其本國法。』（參觀民七八月五日法律適用條例第二條。）其理由有二：（一）理論的，移住自由之原則，既為近世各國所通認，則一人欲脫離舊國籍而取得新國籍時，第三國即宜尊重其意志，而以新國籍為準。（二）實際的，當一人取得新國籍時，舊國籍之主義，大都陷於不能復能行使之狀態，故不如即以新國籍為準，此乃一般學者之理論也。

右述者皆為關於積極的國籍衝突問題。

第二，消極衝突 如前所述，消極衝突，即為無國籍，德文所謂 *Incivitate* 是也。何等人為無國籍者，在前（第四七頁）雖已略述之，茲更為有系統之分析：

消極衝突，亦可分為生來的消極衝突，及非生來的消極衝突兩種：

（一）生來的消極衝突 生來的消極衝突者，即一人於出生時，無一國之國籍法承認其為國民之謂也。簡言之，即生而無國籍者。惟此種情形，我國立法者欲極力避免之，故於我國國籍法第一條第四款規定：『生於中國地，父母均無可考或均無國籍者，屬中華民國國籍。』此蓋取法於法、德、意、比、瑞典、羅馬尼、丹麥、日本諸國之

先例者，（參觀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，意大利一九一二年六月十三日法律第一條，比國一九二三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，日本國籍法第四條。）

惟在奧匈等國，因採用純粹的血統主義之結果，則在其國出生之子女，若其父母為無國籍人時，亦為無國籍人。

又阿根廷祕魯等國，因採用純粹的出生地主義之結果，如在外國出生之子女，其父母雖為本國人，然必須經選擇國籍之手續（阿根廷國籍法第一條第二款，）或呈請登錄於身分登記簿時（祕魯憲法第三十四條第二款，）方認其取得本國國籍。若然，在未完成此種手續以前，而適出生於採取純粹之血統主義國家（如奧，）則此等兒童即為無國籍人。此乃因雙方所採之主義，各趨極端，正相反對之故。

（二）非生來的消極衝突 所謂非生來的消極衝突，即凡非因出生之事實

而發生之消極衝突皆屬之。如一人已喪失其舊國籍時，而尙未取得新國籍者，卽成爲無國籍人，是其最著之例也。如我國國籍法規定外人之歸化我國者，須備種種條件（參觀第四條至第八條），并須經內政部之許可（第三條）。若居留於中國之外人，已喪失其本國國籍，同時尙未得內政部允許其歸化，卽成爲無國籍人，如今日流落我國之白俄是也。

然而司法官與行政官，雖不能憑空予一無國籍人以一國籍；但當解決此等人之身分，親屬繼承等問題時，却不能不決定一適用之法律。關於此點，吾國民七八月五日之法律適用條例第二條第二項已有妥善之規定：卽「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。」此亦採用『凡有疑義時，應適用與當事人關係最深之國之法律』之原則，且爲多數學者所主張。而日本法例第二十七條第二款，亦有同樣之規定。

右述者爲國籍之消極衝突。

吾人觀於上述之種種積極與消極衝突，何等錯綜複雜；然此不過略舉數例，尙

未盡其萬一也。使將世界各國之國籍法一一比較之，譬如先以中國法爲主，與其餘各國法一一對校，或另取一國而如法爲之，將不啻在太陽之下，觀百十數三錢鏡，行見光芒四射，極縱橫交錯之致，雖欲不目眩不可得也。

然則此種國籍衝突將何以免除之，此誠國際法學家所深思而未得者。蓋欲使世界各國訂立一公約，採同一之辦法；而各國因利害衝突之關係，必不能從同。無已，則惟有甲國與乙國間，自行訂立條約，盡量設法調和。如此，雖不能悉數除去，亦當逐漸減少耳。

## 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。前四章爲國籍法之實質，不可不各立一節以說明之，故本章分爲四節；惟其長短，則各視其內容而異，固不必一一相同。



也。

### 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，以血統主義爲主，而以出生地主義爲救濟之方法。其理由則如上所述：（一）因吾國爲人口自足之國家，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、丹等國皆是也。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。茲又將第一節分爲二段以說明之。

#### 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，卽至數代之後，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，卽可不管，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，卽『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，可謂知所取法矣。

(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，即以其死時所屬之國籍爲準。此爲各國所通行之規則，其理由即所以免紛爭也。

(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，即知此為應用出生地主義者，此乃所以濟血統主義之窮；不然，則無國籍者，將比比皆是也。

由此觀之，規定固有國籍，應注重之點有二：（一）採用主義，須以人口問題為標準。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，尚須藉外族以充實者，則又以採用出生地主義為宜，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

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，仍得保留其本國國籍。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（但依其依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，與一法國女並未結婚，產生一子，雖先行認知，在中國法，卽可視爲中國人；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，而即可取得中國國籍。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。茲以次論述如左：

(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；
- 二，歸化之手續；
- 三，歸化之效果。

(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，通常本應依當事人之本國法；但因關於我國國籍，關於我國國家本身之組織問題，我國不能漠然置之，故必須同時參考中國法。由此觀之，關於能力一層，中國法較法國法爲嚴。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三款。）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。至於第一第二第三款之外國人，若欲其免除繼續有五年住所之限制，必須一附帶條件，『非繼續二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。而其所以加此附帶條件之故，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籍之後，住居於外國，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，即免除其五年之限制，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；而必加三年居所限制之，較爲允當。

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，卽重視民族主義，此固爲規定歸化時所不可忽之點也。

此外尙有一種外國人可以免除上述一切限制，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，所以防濫竽也。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。』可知立法者之

慎重矣。

上述者爲歸化之第二種條件——即所謂與中國有關係者。

(3) 無害於中國社會 夫歸化者非他，即許外國人而爲吾國國民是也。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須『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，當事人即有不服，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——即經濟上之限制，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，即此意也。惟所謂相當之財產，應視社會生活程度為轉移，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，因吾國所有者為人工，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；故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，故一外人，即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，倘以請求之不法爲詞，若當事人認爲合法而上控時，此爲關於單純法律問題，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，或新有住所而居所尙未滿十年，或言爲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，則對於歸化者之本身，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，不得立即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，均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，吾人應注意之點有二：

(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者，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) 關於歸化人之妻及未成年之子，歸化人之妻，及未成年之子，隨同取得新國籍，此又為各國之通例，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，專以其本國法為準，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——惟恐依中國法為未成年，可以隨同歸化，而予以中國國

籍；但依本國法爲成年，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反對之規定者，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，應將世界各國之歸化制度，略爲敘述，以備參考。

### 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。茲就此三者分三段以說明之。

#### 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。然一人民喪失國籍，即國家少一國民，此與國家本身之存在有關，故必須

有一國家機關以裁奪之，上述第十一條之所以規定須『經內政部之許可』者，卽此意也。且吾人於此，尙有一點應特別說明者：對於喪失國籍之請求，允之拒之，內政部具有特權，卽使請求者具備一切法定條件與手續，若內政部認爲時機不合時，仍得拒絕其請求，所以防賣國之流也。且內政部得審察時機，自由決定其允可或拒絕外，尙有一種重要之法定條件。

### 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。茲就下列之三點，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，又可分爲三類：

第一類 以歸化爲有意识的行爲。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，尙有下列之七國：

(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，即強予以國籍。

(二) 喪失國籍之辦法 關於此點，亦可分爲三類：

第一類 絕對不許喪失國籍者。竊考主張此種制度者，謂國民與國家之關係，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 以歸化是爲關於一家的。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 雖以歸化爲關於個人，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，然當彼等成年時，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。

不可不特別注意者，即第十一條之但書是也。——但以年滿二十歲以上，依中國法有能力者爲限。——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，依某外國法爲有能力，且已取得其國之

國籍；若依我本國法爲無能力者，內政部仍得否認其有效，而不允許其喪失我國國籍。此爲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，依中國法爲有能力者爲限，——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，屆服兵役年齡，未免除服兵役義務，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 屆服兵役年齡未免除服兵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，服兵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（art. 8 n. 2），德意志一九一三年七月二十一日之 Delbrück 法律（art. 26），及法國一九二七年八月十日法律（art. 9 n. 1, alinea 2），均有類似之規定。我國雖尚未實行義務兵役，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，往往得預軍事祕密，若許其得喪失國籍，實為危險之至。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，則其身即為國家之身，而絕不能輕離其職守，則脫離國籍，更無論矣。此尚僅就道德方面而言，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，第二條規定取得中國國籍時應用同一之推理方法。蓋第二條固明言父爲中國人，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，却不可無限制。蓋在本人未能表示其意志時，卽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——卽負責養育者——之國籍，從人道主義立論，固爲最光明磊落者。若在本人成年後，其父或母（父無可考或未認知時）始行認知，却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——卽在成年前，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，况本爲中國女子乎？（第十條第一項固明言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。上述者爲非自願而喪失國籍者之情事與限制。

### 第三段 爲外國人妻者

妻從其夫之國籍已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，願依其夫所屬國之法律，取得其夫之國籍者，不在此限（La femme française, qui épouse un étranger, conserve la nationalité française à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité 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者甚多，使之結成混合婚姻（*marriages mixtes*），實爲同化外人最妙方法。惟法國女子，雖多願與外國人結婚；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；而其手續亦甚簡，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。其所以如此規定之原因，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！

今吾人論述第一第二三段既畢，則喪失中華民國國籍之各款情事，與各種限制，皆已明瞭矣。

然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為外國人妻自願脫離國籍經內政部許可者）。但却不宜因此而令奸宄之徒，得假此以為逃罪或避債之門。故我國國籍法乃有第十三條之規定：

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，為刑事嫌疑人或被告人；
- 二，受刑之宣告執行未終結者；
- 三，為民事被告人；
- 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。

吾人於前章論述歸化時，曾言及其手續與效果。今論述喪失國籍，則對於手續與效果二點，亦不可不略陳之。

(a) 喪失國籍之手續 此項手續，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，故不可以邏輯之理解答之。第一問題：當考各國國籍法，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款、第三款）於上文已說明之矣。至於此等人喪失國籍之手續，在國籍施行法第四條，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，其核明之權，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，願喪失中華民國國籍者，應由本人出具聲請書，呈請居住地地方之該管官署，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。

此條之規定，頗為詳晰合理，固無庸吾人再加闡釋矣。

上述者，為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，尚有一種附加手續焉，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。

(b) 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內，——一年以內——得讓與於中國人，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，為關於國籍之喪失。

#### 第四節 國籍之回復

回復國籍，與歸化不同。因請求歸化者，本為外國人；而請求回復國籍者，本為中國人，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，應比歸化條件為較寬；而對於回復國籍人享有權利之限期，如充任重要公職等，亦當比對於歸化者為較短也。此理既明，即可進而討論國籍之回復。

我國國籍法第四章，為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，殊為可惜耳。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：

一、為外國人妻而喪失國籍者之回復國籍條件。——夫婦國籍之一致，實為固結家庭之要素，故各國法例，均以婦從夫之國籍為原則。誠以團結家庭，即所以安定社會；而社會觀念，須有國際聯帶精神。若他國社會之解體，實為己國制度之影響，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（即為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。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：

(1) 其夫已死；(2) 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，應比歸化條件為較寬，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，在某外國經商，因所在地法律，對於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，誰不如我乎！

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；固斷不能與

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：

(a) 回復國籍之效果 此類效果，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『須經內政部許可；』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。然按之情理，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。

（b）回復國籍之手續 此項手續，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。茲特分析說明如下：

（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

所謂外國人之地位者，即研究外國人在所在國，能否享有某種權利之問題也。吾人研究此種問題，其首應注意之點有二：

第一 須知此問題完全屬於國內法之範圍。如吾人欲知一外國人，在中國，能否享有某種權利，只須查照中國法，至於該外國人之本國法方面如何規定，可不必問。故解決此問題時，絕無法律衝突問題之發生。易言之，外國人之地位問題，與法律衝突問題，有先後之次序，承認外國人得享有某種權利後，方有研究應該適用何國法律之必要；不然，第一問題不成立，第二問題即無從發生也。

第二 世界各國對於外國人之地位問題。一國有一國之制度，各因其政治之關係而不同；且與其國籍法有密切之關係。凡國家因人口不足，希望外國人易於

歸化者，則往往規定外國人取得國籍之條件比較的寬，而規定外國人之地位比較的嚴。反之，凡國家自覺人口已足，無須外人歸化者，則往往規定外國人之地位比較的寬，而規定外國人取得國籍之條件比較的嚴。此爲兩大普通原則，學者所不可不知也。

如上所述，外國人之地位，既屬國內法之範圍，吾人今日研究中國國際私法，本應以中國法爲根據。惟中國因受領事裁判權之支配，對於外人之地位法，尙無明文之規定，故吾人研究此問題，不能不取材於外國。茲先將世界各國解決此問題之方法，爲簡要之陳述。更擇舉一國之法例，爲詳盡之討論，務使讀者對此問題，能舉隅反三，而得融會貫通之妙。

### 第一節 世界各國解決外國人之地位問題之大概情形

世界各國，對於外國人之地位問題，既如上所述，一國有一國之制度，今若一一分別研究之，實爲時間所不許。故不得不從大處落墨，繁者簡之，同者屬之，異者比之，務使以最少之時間，得知各國之概況。

本章開宗明義第一語，已說明外國人之地位問題，即為研究外國人在所在國能否享有某種權利之問題。吾知諸君現在必要問我：在世界各國，普通為外國人所能享有者究為何種權利？欲解答此問題，須將政權、公權、和私權分論如下：

(一) 政權 政權屬於國民，外人不得享有之，本為世界各國之通例。然亦有因政治上之特別作用，而許外人亦得享有之者，如今日之蘇聯是也。(註一)

惟此為變例，不足為訓。

(二) 公權 公權之種類甚多，然與外國人最關切者有四：

(1) 人格權；

(2) 入境權；

(3) 公共權自由權，如思想自由，言論自由，著作自由，宗教自由等；

(4) 受公共救濟權 (droit d'assistance)。

(A) 人格權 所謂人格權者，即承認其人得為權利之主體是也。此為法律上之人格，凡具自然人格者——即凡人——皆應具有之。昔日世界各國視外國人

如仇敵，而絕對不承認其得享有任何權利者，在今日視之，殊爲非理矣。（註二）

先以國家自身而論，亦爲一種法人，然必須得他國之承認，而後其人格始確定。否則常招反議。

現在關於承認外國會社爲法人一問題，常發生種種困難。如甲國之會社，未經乙國之承認，卽不能伸展其活動，由甲國而至乙國。現在各國解決此問題，大不一致，故毫無標準。

但是凡從學理上討論此問題者，均以解釋『法律上之人格』之意義爲前提，且分爲兩說：

（甲）虛擬說；

（乙）事實說。

（甲）主虛擬說者，謂『法律上之人格』一語，完全是假定的。具此人格——是否與事實相符，是否有生命，皆不必問；其惟一條件，卽須得法律之承認而已。若然，甲國之社會，若不得乙國法律之承認，或不合乙國所規定之承認外國會社之條件，卽

不得在乙國享有此虛擬之人格。

惟在實際上，若一國家過於嚴厲，絕對不承認外國會社，難免不引起外交上之抗議。歐洲各國，爲欲保護其本國之會社，而提出嚴重之抗議者，已不止一次。且接情度理，一國家對於外國之會社，只須規定其承認之條件，合者允之，不合者拒之可耳。

(乙) 主事實說者——此爲近代之學說——謂自然人和法人，均屬事實，並非抽象，無庸分別。故凡法人既爲甲國所承認者，乙國即宜承認之，與承認自然人一樣；自然人既得到處天然享有人格，爲權利之主體，法人亦宜到處天然享有人格，而爲權利之主體。惟此說頗引起反駁，未能得多數學者之贊成也。

(B) 入境權 凡國家不能閉關自守而禁止外人之入境，此爲世界公認之原則。惟此原則，並非絕對的，亦有伸縮之可能。

(a) 第一 爲欲一國家得保全其公共衛生起見，須使之得維其衛生警察法，對於有傳染病者，得禁止其入境。

第二 爲欲一國家，得保護其民生起見，須使之免爲外國移民潮流之尾閘。美

國今日之所以嚴密限制外國之移民者，卽此理也。

法國自歐戰後，外人之移入者正多，今日法國政府，已覺有限制之必要。惟規定限制法時，對於普通游歷者，經營工商業者，及作工者，當大有區別耳。

(b) 且甲國人民進入乙國，須經過種種手續，並非完全自由。而此種手續，常視爲『爲乙國之治安起見』實爲不可疏忽者。且當國際風雲緊急之際，各國往往拒絕他國人民護照上之簽字，此不啻將其國境完全封鎖，惟在和平之際，已不見有此種現象矣。

(c) 至於入港權，自海上自由航行之原則立成後，亦爲世界所公認。

(d) 至於河流，凡有國際利益關係者——如 Rhein 各國人民，不論其爲傍岸國人民，或非傍岸國人民，皆得自由往來。(參看凡爾塞和約第三百五十六條關於萊因河者，及第三百二十七條關於愛而白 (Elbe) 河者，及一九二一年之巴塞倫公約 (Convention Barcelona) 第一條。)

(e) 飛艇之航行，依現在之國際公法，尙未能說可以自由往來於各國之上，

而不受經過國之限制。惟航空自由之原則，已爲一九一九年十月十三日之公約所宣布。不過今日承認此公約之原則者僅法國而已（一九二〇年七月八日之命令）。

(C) 公共自由權 凡公共自由權，不但本國人應完全享受，即外國人亦宜一律看待，因此爲人類生存所必要者。惟在戰爭或時局嚴重之際，外人所享有之各種自由權，亦應與國民同受限制。且在平時，國家對於外國人得制定特別適用於外國人之警察法，如法國之 *Lois du 8 août, 1893 et du 16 juillet, 1912*; *Décret du 2 avril, 1917* 是，此爲維持國家治安所必要者。

(D) 受公共救濟權 依各國通例，社會救濟及預防之組織 (*assistance et prévoyance sociales*)，亦視爲公權之一種。在原則上，本專爲救助本國之人民，且人民對於此等組織之公共負擔甚重，故通常不許外國人民得享有其權利。如免費藥品之救濟，瘋狂者之收養，工人之退老等，外國人皆不得沾潤也。但近來各國間，已訂有許多條約，將社會保險制度之範圍擴大，使彼此締約國人民，得同沐化雨，不可謂



非人道主義之光輝也 (Capitant, Les Conventions Internationales sur les accidents du travail, Rev. dr. int. pr. 1910, p. 337-361 et 747-763)。

(三) 私權 與外國人之地位關係最密切者，厥爲私權。使外國人而不能享有幾種必要之私權，卽不能生活。現在世界各國通常皆承認外國人得爲民事上及商業上之一切契約，允許其得賣，買，租賃，交易，經商等事，并得結婚，訂立結婚契約及離婚——此爲最少之限。在此限度以外，則斟酌損益悉聽立法者之意旨。關於外國人繼承問題，考各國法例，久爲一大爭點，然至今日，已得大多數國家之允許矣。至於承認外國人得主有不動產，幾爲世界各國之通例，其不承認者已極寡。但吾人却未能說：『依據現在國際公法，外國人應主有不動產。』且如甲國，因其人民在乙國不能享有此權利，而欲提出外交上之抗議，亦爲輿論所不許。因此問題，完全屬於乙國之內法範圍故也。最後，外國人應得有起訴權，否則，則其所享有之權利，毫無保障也。

簡言之，規定外國人之地位，與其謂之法律問題，毋寧謂之政治問題，法理上應

該不應該且不必問，只須以政治眼光斷定其適當不適當而已。明乎此，即可知世界各國規定此問題之所以各不相同之故。但從世界各國規定此問題之制度而論，可歸納之爲四種：一，自由主義，二，條約上之相互主義，三，法律上或事實上之相互主義，四，平等主義。

## 第二節 世界各國規定外國人之地位時所採用之各種制度

### 第一段 自由主義

自由主義者，即允許外國人得享有某某權利，而並不以何種主義爲根據之謂也。行此主義者，爲英國及美國。

(一) 英國 英國向不允外國人在英格蘭得主有不動產。至一八四四年八月六日之法律，僅許外國人得租借不動產，且以二十一年爲限。至一八七〇年五月十二日之法律，始允許外國人可以用各種合法手續——最著者如繼承——主有，取得，及讓與動產和不動產。此後關於私權方面，外國人與本國人，遂一律看待。且外國人在英國居留十年以上者，得享有少許之政權——可以做陪審官——故在表

面上觀之，可謂寬大之至。但按之實際，却不然。自二十世紀初以至今日，英國對外國人之居留條件，不斷的加以限制。一九〇五年，乃特定外人居留法（The Aliens Act）。一九一四年，又定外人限制法；至一九一九年，更特加修改。故今日外人之居留條件，已非常嚴苛，即此一端，吾人可見英人之取巧：一面仍維持一八七〇年之法律，以掩飾外國，其意以為英國始終以外國人與本國人一律看待，則凡國家之實行法律上之相互主義者，對於英人，當仍維持其現狀，而不至有所更改。而另一方面，却將外國人居留條件，特別加嚴，使外國人不易入其國，此之謂許而不與。且此種方法，為歐洲各國所習用。凡一種法律，本欲廢除或修改之，乃或為條約所拘束，或因國際相互關係，不能不虛為保留者，即借其他相關之事而予以種種之限制，此之謂旁敲側擊法。

（二）美國 在美國，外國人之地位問題，以各州之法律為根據，故實際上，一州有一州之國際私法，此為最紛歧之制度。對於外人主有不動產問題，有完全允許者，有絕對不許者，有允許而加以條件，如限定惟願意歸化者得享有不動產是也。

## 第二段 條約上之相互主義

條約上之相互主義者，即兩締約國人民，在彼此領土內，其法律上之地位，悉依條約所規定之謂也。行此制度最著者為法國。今將其民法第十一條之規定，譯舉如下：

若一國家，已或將與法國訂約，允許法國人民，在彼之領土內，得享有某某私權時，則該國人民在法國，亦得享有相同之權利。

然法國之所以採用此主義者，其理由果何在？欲解答此問題，不可不知當日在民法規定此第十一條之經過。

當此民法草案初提出時，本擬定凡法國人，在某國，依其現行之法律，所得享有之權利，該外國人民在法國，亦得享有之。此之謂以法律為根據之相互主義。乃當時司法界人，以為若採用此主義，則法國人在外國所享有之權利，外國政府得予之奪之，從心所欲，不若以條約為根據之較有保障。蓋既為條約所賦予，外國政府，即欲變更之，亦須得法國之同意也。故結果，當民法公布時，乃改用今制。

與法國同行此制度者，尚有比利時與盧森堡。又希臘，依其民法第十三條之規

定，凡外國人非依條約之互許，不得享有在原則上保留於國民所享有之權利。

### 第三段 法律或事實上之相互主義

此主義，完全視對方國之法律或事實爲轉移。使該國之法律或其現行之法例與外國人以某某權利，則我對於該國人民，亦與以某某同一之權利，即所謂彼善而我善之之意也。惟因單視對方國之法律或事實，而不以條約爲根據，故又名之曰單純之相互主義。行此主義最著者爲奧國、塞爾維亞及瑞典。奧國依其民法第三十二條之規定，使某國家，依其國內法之規定，而許奧國人民得享有某某權利時，該國人民在奧國，亦得享有同一之權利。

塞爾維亞 依其一八四四年所頒布之民法，第四十五條及第四十七條之規定，採用與奧國同一之制度。

瑞典 在瑞典國，外國人得與本國人享有同一之權利，但以相互爲原則。

### 第四段 平等主義

採用此主義者，又應分爲二類：

(一) 以外國人與本國人完全平等看待者。行此主義最著者，爲意大利（民法第五條）、西班牙（民法第二十七條）、荷蘭（民法第九條及一八六九年四月七日之法律）及阿根廷。

阿根廷 該國對於外國人之地位，乃以一八五三年之憲法規定之。關於私權方面，外國人完全與本國人同。第十六條：凡在阿根廷居民，在法律前一律平等。第二十條：凡外國人，在阿根廷領土內，得享有爲國民所享有之一切私權。

- (一) 可以執行工業商業及其他職業；
  - (二) 可以主有，購買，及讓與不動產；
  - (三) 可以在內河及沿海航行；
  - (四) 可以自由信奉宗教；
  - (五) 得依法寫立遺囑；
  - (六) 得依法結婚等等。
- (二) 雖以平等爲原則，但加以限制者。

如羅馬尼亞，雖以外國人與本國人平等看待；但依一八七九年十月十三日之法律，外國人不得購買農鄉不動產。

如德國，雖亦以外國人與本國人並視；但如有一國家拒絕德國僑民享受某某私權時，德國爲報復起見，亦得拒絕該國人民以此種權利，故有名之爲報復主義者。又如那威，依原則，亦以外國人與本國人一律看待；但是不得那威政府之允可，外國人不能取得不動產，即依繼承方法，亦不可能。

又如昔日之俄國，本許外國人得享有私權，最著者如繼承能力；但依一八八七年之法令，凡在邊省外國人不能取得不動產。

至於蘇聯之新憲法則規定，凡工人皆得享有一切私權，而不問其國籍。又其民法第八條規定：凡允許外國人享有之私權，不經特別法令之收回，外國人仍得繼續享有之。且對於物權及債權，不得用特別法令以收回之。

今世界各國規定外國人之地位時，所採用之制度，既如上所述，其不同有如此，我國將何去何從乎？曰參酌衆制，而取其長可耳。然則若何而可？曰以法律爲經，以條

約爲緯。凡外國人在我國所得享有之權利，宜以我國國內法爲根據。國內法所允許者，條約得允許之；國內法所不允許者，條約不得允許之。而條約之爲用，一面所以保證相互之原則，一面使無條約國不得援以爲例耳。至於規定國內法時，宜（一）斟酌國內之情形，（二）注意華僑之地位，（三）參觀各國之趨勢，固無待言也。

今吾人既知世界各國之制度，及我國所宜採取之方針矣。使我國對於外國人之地位，已有明文之規定，卽當以此等明文爲研究資料。無如我國關於此問題之法，尙未頒布，則吾人爲欲切實明瞭外國人所能享有之各種權利起見，不能不借一外國之法例，以爲根據。今於外國法例中，求其不寬不嚴，而比較適中者，厥爲法國。今將其法例舉述如下，以備參考。

（註一）依蘇聯憲法第二十條之規定：蘇維埃聯邦共和國，本工人聯帶之精神，允許外國人之居留蘇聯，以工作爲生，并屬於勞工或勞農階級。其工作不以損害他人爲目的者，得享有蘇聯人民所享有之全部政權。

（註二）據現在各國之法例，凡自然人，卽在外國，亦天然享有人格權，固已絕無疑義；然對於法人則



不然。

## 第二章 法國之外國人之地位法

### 第一節 自然人

#### 第一段 政權

以政權保留於國民，法國亦隨各國之通例，故惟取得法國國籍者，方得享

#### 第二段 公權

就公權方面觀察，在原則上，外國人與本國人一體。惟關於此點，並無明定；今所據者，其久經確定之習慣法也。

第一 外國人在法國，皆得享有人格權。

第二 法國允許外國人以入境、游行、居住之權利，并得享有公共自由——如言論自由、著述自由、及信仰自由等。

第三 在刑法方面，外國人，無論關於其身體或其財物，與法國人受同等之保



護。凡處治對外國人所犯之罪，與處治對本國人所犯者一樣嚴厲。

第四 至於勞動法方面，對於外國人幾乎予以與本國人同等之待遇，尤其是在規定工作方面——如每七天休息一天，孕婦之工作，及工作之遇險等，外國人與本國人均一律看待。

第五 外國人得受各種教育，及各種學位。

第六 除公務外，無論何種職業，若無明文限制者，外國人皆得執行之。

第七 外國人所付之稅捐，並不高於法國人。

惟外國人須受特別警律之處治。今舉四點以說明之：

(一) 入境時之取締 (1) 凡身無證書而作浪漫行者，得拒絕其入境 (一九一二年七月十六日法律)。(2) 且設有邊務局，凡外國移民之欲入境者，即應到該局請求居留證。(3) 從歐戰時起，凡外國人須攜有護照，此為對自由入境之一種限制，因對於此種護照，得拒絕簽字故也。(4) 須受海關之查驗。(5) 關於航海，航空，及航行內河等事，均須受特別法令之限制。

(二) 入境後之監督 外國人入境後，如欲居留七天以上者，即應請求居留證。其證費因人之職業而不同，依現行法：商人百法郎，學生二十。且該證每年須換一次。

(三) 驅逐出境 凡外國人，視為不可收容者，國家得驅逐之。此為國家之主權。惟據國際公法之通則，驅逐宜限於個人，而不宜應用於團體，且不能破壞保護政治犯之通例。

惟關於驅逐之事，應分二層說明：

(A) 依普通法令而驅逐者（一八四九年十二月三日之命令。）

(1) 何人能下驅逐令 凡外國人，不論何時，且不論根據何種理由，皆得被驅逐。惟居留內地者，須有內政部長之命令。若僅經過邊界者，則有邊省長官之令即可，惟須即日呈請內政部核准。使內政部認為錯誤者，可將省令取銷。

(2) 若不服時可否上控 驅逐令為最高之警令，可以毋庸說明理由，即有不服者，亦無法上控。惟(a)外國人如因政治問題而被驅逐，使彼在法國國會中

有知好者，即可將此問題於國會中提出質問（共產黨被驅逐時常有此種現象。）  
（b）若驅逐令果爲不正當，則被驅逐者之本國政府，亦得提出外交上之抗議。

（3）驅逐令之時效 驅逐令一下，立即發生效力，且若不經明令取銷，即不能再入法境。惟有一例外：若被驅逐者，依一八四九年之法律，而在法國請得住所權，且若不將此權剝奪時，則驅逐令過二月即失效。惟一九二七年八月十日之法律，已將住所權取銷矣。

且若被驅逐者變爲法國人，則驅逐令即失其效力。如一外國女人，被驅逐出境，使該女人後與一法國人結婚，而願意取得其夫之國籍者，即可重入法國。

（4）冒回法國之制裁 依一八四九年法律第八條之規定，凡被驅逐之外國人若冒回法國，一經覺察，即處以自六月至一年之徒刑。

（B）依特別情形而驅逐者。

（1）據一八九三年八月八日之法律，凡外國人在法國傭工，須攜一登記證書。使一外國人而不請求此證書，或不將此證書如期呈交檢驗，則審判廳得酌量處

罰，或逕下令驅逐。

(四) 禁止執行某幾種職業 依一七九一年三月二日之法律第七條之規定，無論何人，皆得自由經營工商，及執行其他職業。故從大體觀察，可謂寬大之至。惟有幾種職業，因特別之情形，及特殊之關係，而禁止外人執行者，茲列舉如下：

(1) 不得爲報館經理（一八八一年七月二十九日之報紙法。）

(2) 不得爲同業公會會長及幹事（一八八四年三月二十一日之法律第四條。）

(3) 不得爲私立學校校長，因校長之身分，影響於青年者甚大，故不可不預防也（一八八六年十月三十日小學組織法第四條。）

(4) 不得爲律師（一九二〇年六月二十日之命令第二十二條。）

(5) 非在法國居住五年以上者，不能新開咖啡和酒店。

(6) 在法國所領之海岸，不許停船及捕魚。

(7) 在法國之海運商船上，所僱用之外國人，不得過於該船全體人員四分

之一。

(8) 凡法國商船，其股本，最少須一半屬於法國人。

(9) 不得享有法國飛行機之所有權（一九二四年五月三十一日之法律第五條。）

(10) 外國『商旅』（voyageurs de commerce）所付之稅捐，須與法國人在該國的商旅時所應付者相等。此即以事實為根據之相互制度（一九一〇年三月二十九日法律第二十四條。）

(11) 外國人能否執行藥業，一視該外國人之本國是否允許法國人執行此業以為斷，此亦實行事實上之相互主義。

(12) 外國人非有法國大學醫科所給之醫生證書，不得為醫生（一八九二一年十一月三十日之法律第五及七條。）惟有特別條約規定時，不在此限。如關於邊界部分，可與鄰國訂立條約，允許兩國醫生，得互相往來於邊境。

(13) 非向主管機關領得許可證時，外國人不得入有價證券交易所（一九

二四年二月二十三日之命令。）

(14) 凡有公務性質之職業，如狀師，大理院之律師，冊書等，外國人不得執行之。

以上所述，爲關於公權之部分。且吾人就其所禁止者，即可推知其所不禁止者。

### 第三段 私權

第一類 凡爲普通外國人不能享有之私權

吾人已知法國規定外國人所得享有之私權時，採用條約上之相互主義，試一看民法第十一條之原文，更可明瞭。

*L'étranger jouit en France des memes droits civils que ceux qui sont. Ou seront accordés aux Français dans le Pays de Cet étranger. Par des traités Passés avec la France*

*The foreigner enjoys in France the same civil rights as those which are or will be accorded to the French in the country of said foreigner by the treaties*

made with France

惟解釋 *droits civils* 者，其意見頗不一致。有謂 *droits civils* 與 *droits privés* (*private rights*) 字異而義同，即謂之私權；與公權、政權、鼎足而三。惟果如此解釋，則無條約國之國民，在法國絕無權利可享矣。此在理論上與實際上均爲不合。故以依據法學先哲 *Voiss* 之解釋最爲正確。凡一切私權，尙宜參取古意，分爲 *droits civils* 及 *droits des gens* 二種。所謂 *droits civils* 者，即以法律或命令明白拒絕普通外國人，使之不得享有之私權也。故此種私權，惟有條約國之國民，得享有之，是爲第一種。

除此種私權外，其餘皆謂之 *droits des gens*，而爲普通外國人所得享有者，是爲第二種。

今將第一種私權舉例如下：

(1) 凡不能享有法國國民權者，不得爲法國銀行之大會會員（共和十一年七月二十四日法律第十四條。）



(2) 凡法國人，即對外國人之不在法居住者，亦得向法國法院指告之（民法第十四條）。

(3) 若外國人爲原告，法國人爲被告時，該外國人應先給納保證金，以備『損害賠償』及『賠償訟費』之用（參看民法第十六條）。

(4) 凡區有林地，分給柴木時，外國人不得與分（薪林法百〇五條）。

(5) 外國人不得享有『訴訟免費』（assistance judiciaire）之利益（一八五七年十一月四日之部令）。

(6) 非法國人不得享有爲貧苦之老人，殘廢，及不能醫治者之『必要救濟』（assistance obligatoire）——此爲一九〇五年七月十四日法律。

(7) 孕婦資助金，非法國婦人，不能享受之（一九一三年六月十七日法律）。

(8) 凡外國人不得爲法國戲院（Comédie Française）之社員，惟有一通融辦法：若爲一女社員，即與一外國人結婚，仍得保持其社員資格。又一外國女人，取得法國國籍之後，而爲該院社員，即使再嫁於一外國人，仍得維持其社員資格（一九

二四年十一月十九日之命令。

(9) 據一九二六年四月一日法律第一條之規定，凡外國人非在歐戰時，其本人或其子，婿，曾隨聯軍中之法國軍隊，或在敵與戰，或在後方服役者，不得享受延長賃約——房賃——之利益。惟爲法國保護國及代管地之人民，與外國人之其本人或其子女，已取得法國國籍者，不在此限。又當此法律頒布時，對於其國關於此問題已有條約之規定者，仍宜適用條約。

以上所舉九條，爲普通外國人所不能享受，惟有條約國國民方得與法國人民共沾其惠。但是吾人一察上述之例，其產生之年月，既先後不同，若此，即知此種私權並無定數，得隨各時代之政治情形及經濟狀況，而斟酌損益之故。訂立相互條約時，宜根據本國當日之法制，詳審雙方之關係，然後決定。或訂立普通相互條約，或特別相互條約。所謂普通相互條約者，即本相互之原則，以現有之此種特別私權，全部與對方國交換之謂也。所謂特別相互條約者，即僅指定其中幾種，以與對方國交換之謂也。

今將普通相互條約，與有限制之相互條約略舉如下：

一 普通相互條約

(1) 一八八二年二月六日，法國 西班牙 在巴黎 簽訂之通商航行條約第三條，互許法國人之在西班牙，及西班牙人之在法國者得享受一切特別私權 (droits civils)。

(2) 一八八三年六月十八日，法國和塞爾維亞在巴黎 簽訂之友好通商航行條約第四條，與上述法西條約第三條一致。

此兩條約，均以十年為期，至一八九二年滿期時，兩約均未續訂，故應視為已廢止者。

(3) 一九一〇年二月九日，法國和丹麥所訂之條約，其目的為加一條文於一八四二年二月九日所訂之法丹通商航行專約之上。該條文說：凡關於特別私權 (droits civils) 者，法人在丹，丹人在法，各得享受其允許國民所享受之一切權利，特惠，及豁免。

(4) 一九二六年六月七日，法國和巴西所訂條約第五條說：巴西人在法國，及法國人在巴西之地位，均以最惠國條款爲標準。因此巴西人在法國，得要求享受在法丹條約上所載之一切優惠。

但吾人所應注意者，有幾種通商航海專約——如一九一一年八月十九日法日專約——雖依據相互之原則，允許兩締約國人民，得完全自由(一)進入及居住於彼此領土之內，(二)經營商業，(三)取得并主有各種財產；然此等條文，在法國毫無所增益，因在法國，即無此等條文之規定，普通外國人早已得享受此等權利故也。惟對於法國人之在對方國者，或可多得一重保障，使對方國即因特別情形，對於外國人制定一種特別法律時，而對於法國人，仍不能不依條約待遇也。

## 二 有限制之相互條約

有限制之相互條約，其數甚多，大率以互許之幾種權利，在條約中一一舉出，如免除原告保證金，互許兩國人民在彼此境內得享受貧人訴訟免費之利益等是也。但是吾人都知道，凡一種法律條文，如法國民法第十一條，僅舉大綱，而不規定

細則時，學者之解釋，往往與法院判例大相逕庭，而 *Vains* 之意見，却與法院判例不甚相遠。蓋現在法國法院所採取之制度，亦主張：凡外國人，若無明文相反之規定，即得享有各種私權也。惟尚有一種私權，雖未經明文禁止，本應允許普通外國人皆得享有之，而大理院獨不許者，即妻對於夫之財產不得享有先取特權 (*hypothèque legale des femmes maritimes*) 是也。

以上所研究之制度，專以民法第十一條爲根據。因該條未將各種特別私權一一舉示，故學者只得擇一合理之解釋，并與法院判例不相悖者，以爲標準。即凡私權，非有明文禁止者，外國人皆得享受之，此之謂普通私權 (*droits des gens*)。若有明文禁止者，惟有相互之條約，國民方得享有之，此之謂特別私權 (*droits civils*)。故此種特別私權，依原則，所以保留於國民，有時以相互條約，而特許外國人亦得享有者，乃一種變通之辦法，欲使本國國民，在對方國，得參與在本國同等之待遇，且亦可說得與所在地人民受同等之待遇。是其目標，在本國人，而不在外國人。

但是立法者有時爲欲避免解釋法律者之意見紛歧起見，特將某某私權以明

文允許之。然並非謂若無明文，外國人即不能享受者，不過一有明文，使人得免誤會耳。茲將以明文允許外國人享有之私權，擇要舉示如後。

第二類 以明文允許外國人所得享之私權

此處吾人所應注意者，即此等私權，並不以相互為條件，故對方國方面如何規定，絕不過問。

(1) 工作出險者之待遇（一八九八年四月九日法律第四條） 凡外國工人居住法國者，使不幸因工作而遇險，則其待遇，當與法國工人之遇險者同。

(2) 義子繼承 民法第三百四十五條（曾受一九二三年六月十九日法律之修正）明白規定，凡外國人既得為義父，亦得為義子（義母義女亦然。）

(3) 承繼財產 依一八一九年七月十四日之法律，外國人得遺留或繼承財產。

(4) 發明物之證明書 凡外國人，若其發明物，已在法國請得證明書者，得受保護之權利（一八八四年七月五日之法律）。

(5) 圖樣及式樣 凡外國人，在法國有住所者，或有工業或商業之建設者，其所製之圖樣及式樣，法國官廳當依法保護之（一九〇九年七月十四日法律第十三條。）

(6) 商標 凡外國人在法國有工業或商業之建設者，其商標當受法國官廳之保護（一八五七年六月二十三日法律第五條曾受一八七三年十一月二十六日法律之修正。）

(7) 文學的及藝術的主有權 凡解釋一七九三年七月十九日至二十四日之法律者，咸認外國之著作家，當與本國著作家受同等之保護。至一八五二年三月二十八日至三十一日之法律，更明白規定，凡國人之著作，即在外國出版者，亦應予以保護。且並不以相互待遇為條件。

惟此種權利，有時予以相當之限制，如

(1) 工作出險者之待遇 依前項第一款所述：一外國工人，若在法國，因工作而遇險，即可受法國之保護。

但若該工人欲離開法國，則僅予以所許之每年撫養金總數之三倍，一次即止。  
(2) 商標 如前項第六款所述，外國人之商標，雖可得法國之保護，但以在法國有工業或商業之建設者爲限。

本此以觀，法國制度，對於外國人之地位，從大體上觀察，雖頗覺寬大；但是其國人與外國人之界限，終未泯滅也。

## 第二節 法人

以上所研究者，爲自然人之地位。但是人類之活動，不單是個人的，也有團體的。今團體的活動，既日盛一日，故法人之地位，在國際間亦日見重要，不可不特立一節以研究之。

當吾人研究自然人之地位時，曾將其所得享受之權利分爲政權、公權、及私權三種，而予以相當之解釋。但對於法人，政權一項，已不成問題，故現在吾人所應討論者，惟公權及私權而已。

惟在討論此等權利之先，尙有一重要問題，非先決不可：一法人，當其發生國際



關係時，何國應有保護之權利及義務？一般學者，對於此問題，常分作二層解答，該法人是屬於本國的，抑屬於外國的。若其屬於本國的，當然應歸本國保護，若其屬於外國的，當然應歸該外國保護，此即所謂法人之國籍問題。

然對於法人與國家之關係，仍用國籍二字，實不甚確當；惟為習慣所沿用，一時未能遽改，故不可不略加疏解。

至於法人之種類，可大別之為三，即商業會社（我國通常稱為公司）、公會和慈善會，及公法上所謂一切法人，如國家地方官廳等是也。但在實際上，最重要者，為商業會社，故不能不細加討論；先研究其所屬之國，後研究其所享之權利。至於其他法人，在國際私法上，比較的不重要，僅作一簡要之說明而已。

### 第一段 商業會社之國籍問題

商業會社，果具有國籍乎？此問題在今日已大引起學者之討論。然在歐戰以前，學者咸謂商業會社之具有真正國籍，與個人同。及至歐戰時期，對於外國法人有嚴行取締之必要，於是大家方想到國籍為人民與國家間之政治關係，此種關係，國家

與法人間，不能成立，因其完全失去本意也。

再從事實方面論，國家之組成以國民，而不以會社。國民組織會社，可以增加其經濟能力，然不能增加國民自身之數。易言之，即與國家組織無關。故國家與會社間，並無所謂政治關係，即並無所謂國籍。

惟法人具有國籍之說，既為習慣所拘而未能即破，則為救正起見，應與以一種較合理之解釋：凡會社既為社員所組成，則會社之權利，即社員之權利。因此，規定會社之國籍，不宜以會社之本身為鵠的，而應以社員之勢力為標準。若一切會社，為外國社員所監督者，即宜認為外國會社；反之，若為本國社員所監督者，即宜認為本國會社。

但此種議論，雖甚合理，然欲見諸實行，恐尚非其時耳。故研究法國之「外國會社法規」時，仍宜依照習慣，假定會社具有國籍，且決定其國籍時，以社址為標準。社址在法國者，則為法國會社；社址在外國者，則為外國會社。

## 第二段 外國會社在法國所得享有之權利

## 第一類 公權

如前所述，對於自然人，其所謂公權者，爲人格之承認，與入境、游行、及執行職業等之自由是也。至對於法人，當然不復有游行之問題，惟承認人格一端，則變爲非常重要，若夫自由執行職業，則爲將來之問題，現在尙未引人注意也。

(一) 外國會社——卽社址不在法國之會社——的人格之承認 吾人皆知，凡自然人在國際間，皆認爲天然具有人格，已絕對不成問題。然對於會社——亦可以說對於一切法人——則不然。謂其人格一得其社址所在國之承認，在國際間，卽可不復發生疑問者，爲期尙遠也。

至於解釋法人國籍問題之學說，如前所述，通常可分爲二派：一派主虛擬說，一派主事實說，今爲欲講述便利起見，特重言以申明之。

主虛擬說者，謂法人之人格，原爲假定的，故惟得立法者之特許後，方能成立。但甲國立法者之意旨，不能強乙國以必從，是以凡會社，若不得外國法律之承認，卽不能在外國享有其人格。若然，會社之人格，完全是屬地的。反之，主事實說者，謂法人之

人格，並非虛擬，與自然人之人格同爲真實。因爲人類之活動，常由二種方式表現之，一爲個人的，一爲社會的，二者宜並視，不應此寬而彼嚴。且個人之享有人格，不能謂其較法人更覺自然，因個人亦有時可以不享有人格也（民法上之死 *mort civil*）。若然，會社之人格，如既爲一國所承認，依原則，卽應爲國際所通認。

依法國之法律與其法院之判例，凡對於資本的會社（*sociétés de capitaux*）則完全從虛擬說。反之，對於人的會社（*sociétés de personnes*）則完全從事實說（惟後項並無明文之規定。）

但法學泰斗 Pillet 乃將此二說一齊打倒，而另豎一幟。謂：『一會社依其社址所在國之法律，有一確定之社規（*statut*）；其人格，能否在法國發生效力，須視其社規爲轉移；使其社規爲法國所承認者，則其人格亦可得法國之承認。故此人格非他，乃爲一種『既得之權利』。吾人皆知依普通原則，凡既得之權利，欲其在法國發生效力，第一須在法國確有此種權利之存在，第二須不違反法國之公序。今一觀法國會社制度，此說頗說得通：（一）凡外國會社，依其社規本爲法國所允許者，法國莫

不承認之；(二) 凡違反法國公序者，皆在拒絕之列，因為欲維持公序，對於外國會社之活動，不能不加以監督，尤其是對於會社法規不完善或不相同之國家，其所准予成立之會社，更不宜輕易允許也。」

由此觀之，會社之國籍問題——人格問題——承認問題，分之則爲三，合之則爲一，可通稱之爲會社之社規承認問題，因承認社規，即承認其人格也。惟此實爲今日法學家聚訟之點，就中以 Pillot 之說爲最合理，故不憚反復詳述之，蓋欲引起讀者之注意，使得知解決之方法耳。

上述者爲學說，吾知現在諸君所急欲知者爲實例。茲將法國實際上承認外國會社時所根據之法律和條約，分二項舉示如下：

(A) 根據國內法者 依一八五七年五月二十日之法律，凡資本會社，在此國依法組成者，法國當然承認之。至於其他各國之資本會社，將來能否得法國之承認，一以將來有無法令之允許爲衡。(註一)

自一八五七年之法律頒布後，法國政府已先後以法令允許大多數國家之資

本會社，得在法國享有其人格。

今將此等國名及布告法令之年月日舉列如下：

- (1) 埃及和土耳其 一八五九年五月七日。
- (2) 意大利 一八六〇年七月八日。
- (3) 盧森堡 一八六一年二月二十七日。
- (4) 葡萄牙 一八六一年二月二十七日。
- (5) 西班牙 一八六一年八月五日。
- (6) 希臘 一八六一年十一月九日。
- (7) 荷蘭 一八六三年七月二十二日。
- (8) 俄國 一八六五年二月二十五日。
- (9) 普國 一八六六年十二月十九日。
- (10) 瑞士 一八六八年五月十一日。
- (11) 瑞典 一八六八年五月十一日。

(12) 奧國 一八六八年六月二十日。

(13) 那威 一八七七年六月十四日。

(14) 美國 一八八二年四月六日。

(15) 羅馬尼亞 一九〇八年十二月十七日。

(16) 阿根廷 一九二四年四月十五日。

觀上列之表，可知歐洲大多數國家之資本會社，法國政府已用法令先後承認之。惟既須法律（對比國）或法令（對其他各國）之承認，吾人即不能說外國資本會社，在法國，得天然享有其人格。易言之，外國資本會社得法國之承認，方能在法國享有其人格，施展其經濟活動。

但一八五七年之法律所規定者，單指資本會社；至於人的會社（無限公司），該法律絕不提及，豈忽之歟？非也，因此種會社，向爲法國所承認，故當籌備該法律時，衆謂仍宜依照習慣，承認其在法國得當然享有其人格，無庸明文之規定也。

(B) 根據條約者 至於未得法令承認之國家的會社，亦可以條約承認之。

自歐戰以後，法國與他國所訂之通商條約，常有此種規定。如與奧國（一九二三年六月二十二日第二十五條），加拿大（一九二二年十二月一日第二十五條），丹麥（一九二〇年二月九日第一條），希臘（一九二六年九月八日），哥得馬拉（一九二二年七月二十八日第十七條），波蘭（一九二二年二月六日第十六條），捷克斯拉夫（一九二三年八月十七日第二十八條），土耳其（一九二三年魯桑條約第五條）等皆是。

惟吾人所應注意者，依此等條約之規定，皆以社址爲決定國籍之標準。如與奧國訂約，即言：凡會社，其社址在奧者，法國皆承認之。此種辦法，實不合理，因其完全置社員之國籍與其在社中所操之勢力於不顧也。因此，吾人常見法國因與某國有條約關係，承認在某國有社址之會社均爲某國會社，得在法國享有其人格。然一考其社員之國籍，或竟無一屬於某國者。若然，豈非與訂約時，專以利害對方國人民爲目的之本意大相違背？此皆因注重社址，而不注重社員之國籍與其在社中所操之勢力之弊也。



以上所述爲承認外國會社問題。至於未得法國或以法令，或以條約承認之外國會社，究應如何處理？一言以蔽之，即在法國不能爲權利之主體，在法律上並不承認其存在。因此：既不能爲原告，亦不能主有財產，訂立契約；簡言之，不能在法國爲任何商業行爲，即曾在外國所爲者，亦不與以保護。

若夫已得法國承認之外國會社，依原則，本可在法國自由施展其經濟活動；但須實行數種必要手續，且有幾種會社，須受特別限制：

(1) 商業登記 依一九一九年三月十八日之法律，凡外國會社，在法國設有分社，而不向法國主管官廳登記者，得處以罰金。若再犯者，可得解散其在法國之分社。故登記爲必要手續，爲一般已得法國承認之外國的會社欲至法國營業時所應共同遵守者。

(2) 保險公司之特別制度 依一九一七年二月十五日之法律，凡外國保險公司，須先經主管官廳之特許，方得登記營業。此爲一八五七年法律所指之法令所不能概，爲通商條約所不能許者。因此：凡未經特許之外國保險公司，貿然在法營

業，法國政府即可封禁之，此爲最嚴厲之制裁。

(3) 集資公司 (sociétés de capitalisation) (註1) 依一九〇七年十二月十九日法律，凡集資公司，須向工部 (ministère du travail) 登記。

(4) 儲蓄公司 依一九一三年七月三日法律，凡外國儲蓄公司，須請求登記；惟此種登記，得拒絕之。

### 第二類 私權

關於享有私權問題，外國會社與外國人一律看待。凡外國人所得享有者，外國會社亦得享有之。凡以明文拒絕外國人享有者，外國會社亦不得享有之。

### 附說

商業會社以外之法人。

(一) 此等法人之承認：

- (1) 國家 國家爲國際公法上之法人，故承認國家，須依照國際公法。
- (2) 地方官廳 地方官廳，雖非國際公法上之法人，但是承認國家，即承認

其所領之各部分。故一國家設立某某地方官廳，俾得爲權利之主體時，他國不得抗異之。

(3) 公會及慈善會 此等集會，雖以公益爲目的，然非出自國家之政治權能——與地方官廳絕不相同——故承認此等法人，一聽我國之自由，而得以法令規定之。

又此等法人，依其會址所在國之法律而組織，只宜說具有會規，而不宜說具有國籍，此理於前章說明商業會社時，已反覆申明之。惟亦爲習慣所拘，未能使會規說得揚眉吐氣，取國籍說而代之。

(二) 國際的集會制度 (*régime des associations internationales*)

凡一種會，有國際性者，依原則，卽不能具有國籍。今各國既拘守舊習慣，以國籍爲承認一切社會之標準，遂令國際的集會，陷於非法地位，而使之難以生存。比國有鑒於此，特於一九一九年十月二十五日製定一『國際集會法規』。此舉不可謂不寬大。惟據多數學者意見，謂國際集會，如由各國國內法所規定，恐易多啟紛糾。故國

際法學會 (Institut de droit international) 於一九二三年在比京開會時，對於此問題，特擬定一國際條約草案，以創立一國際會規爲目的。

- (註一) 此種法令，以各國之全體資本會社爲對象，故爲總括的 (collectif)，而非個體的。
- (註二) 按集資公司，以集成資本爲目的，由會員每月存付之。

## 第二編 法律之適用

### 第一章 概論

所謂法律之適用者，研究對於外國人所得享有之權利，其產生或消滅，應受何國法律之支配之問題也。

譬如一日本人，欲在中國結婚，中國官廳，在允許該日本人結婚之先，究應查照何國法律，以斷定其是否有能力？——是否合於各結婚條件：如成年年齡，父母贊許等等？簡言之，應查照中國法律乎？抑應查照日本法律乎？

吾知諸君皆知應查照日本法，因外國人之身分與能力，應從本國法，不但為各國之通例，且我國法律適用條例（民七八月五日）已明白規定也（第二章第五條，第三章第九條。）

但是吾人不可紐於一簡單之例，而謂適用法律問題，為易於解決，無庸深考者。

試將上例略加更變，由簡至繁：如一葡萄牙人，在中國，與一西班牙女結婚；後住居瑞士，死於意大利，在諸國均遺有財產。如此，則對於葡人財產之處理時，各國法律如峯巒疊起，紛然雜陳，而執法者却不可不決擇之，然尙得謂爲易事乎？故法律適用問題，爲國際私法中最複雜之問題。先哲 Guy Coquille 氏竟比之爲八陣圖 (Labyrinth)。且此問題，不僅複雜已也，實爲國際私法中的最重要者，故有幾位著作家，以此問題爲國際私法之惟一對象。惟據吾人之意見，此問題雖重要，應加以特別之研究；然對於其他問題，如導言所舉，亦應予以相當之地位也。

法律之適用，在英法原文，本名爲法律之衝突 (conflicts des lois, conflict of laws)。然余之所以採用『適用』二字，其義有二：(一)如前所舉，吾國於民國七年八月五日，已有法律適用條例之頒布，爲今日法院所奉行。本編所研究者，卽以此條例爲基本材料，而加以學理的批評。故沿用『適用』二字，所以免分歧也。(二)法律之衝突一語，本不確切。因爲法律出於主權，法律強制施行之範圍，一以主權所及之範圍爲準，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。一國家欲維持司法之平允起見，有時特許外國法律得適用於其領土之內，此爲法律適用問題，而非衝突問題也明矣。

或者謂法律之適用問題，既如此其難解決，則各國何如直截痛快，置一切外國法律於不顧，凡在國境之內，不論何人，不論何事，概以國法繩之之爲愈乎？不知者此爲事實上所絕對不可能者。如各國果盲然盡拒絕外國法律之適用，而一以國法爲準，則世界將不復有國際生活之可能，其不至重返於閉關自守時代不止也。若然，豈非倒行而逆施乎？

如上所述，本編所研究者，以我國今日通行之法律適用條例爲基本材料。故此一部分，即爲中國國際私法。惟吾人皆知凡法律制度之產生，必各有所本；有本於習慣者，有本於學理者，有本於條約者，有採取他國成規者。若不考其本源，即無以知其意義。今我國之法律適用條例，非我國之本產，乃從歐洲各國制度中採集而成。若然，吾人對於歐洲各國制度之學說，不可不首先研究也明矣。茲將吾人所應次第研究者，舉示如左：

一 古代之學說；

二 近世之學說。

## 第二章 關於法律衝突問題之學說——法律原理

### 第一節 古代之學說

自十三世紀至十七世紀，有三大學派相繼產生，以解決法律衝突問題為目的，此種學說，名之曰法律原理論（*Ehceorie des statuts*）第一，為意大利派（十三世紀），第二，為法蘭西派（十六世紀），第三，為荷蘭派（十七世紀）。茲將此三派分三段以說明之。

#### 第一段 古意大利派

法律原理論之起原——當十三世紀後半期，在意大利之 Lombardic 地方，有許多獨立城市——如 Milan Gènes, Pise, Florence, Modène, Parme 等皆應受羅馬法之支配，惟此等城市，各有其習慣法，彼此既不相同，與羅馬法亦自然各異。法



律原理論，乃應運而生，以解決羅馬法與地方法，及此地方法與彼地方法之衝突爲目的。此等衝突，又因各城市間關係之頻繁而日多；而法律原理論之範圍，亦逐漸擴大，由各城市間而應用於各國間。

此學派，因其發生於意大利，故稱曰意大利派；然在法國，亦大有勢力。至十六世紀，法國學派特起，乃取而代之。

意大利派之代表甚多，就中以 Bartole 爲最重要（一二一四——一三五七）。法律原理論，雖非彼所發明，然得其闡發而益著。而此法律原理論之真正起源，實爲 *accourse* 的羅馬三皇法律之解釋（*glose d' accourse sur la loi cunctos populos*）。茲將此解釋譯舉如下：『如 Bologna 之居民，到 Modène 去，不應受 Modène 法律之審判，因 Bologna 之居民，不受 Modène 法律之支配也。』因此後人即得此原則。Modène 之法官，審理 Bologna 居民時，不必一定要應用 Modène 之法律。此爲關於法律衝突問題之學說之起源。

自有 *accourse* 解釋後，研究法律衝突問題者日多，而最專心致志者，則爲後代

羅馬法學家 (post-glossateurs) 故意大利學派亦名曰 école des glossateurs 現在吾知諸君急欲問我此學派究竟所爲何事？其方法若何？有何結果？

我應首先聲明：該派在歷史上確占一重要地位，凡後人所認爲真理者，該派學者早已看出其大部分。因該派並不預將法律歸爲人法及物法 (status personis et status reus)，如日後法蘭西派所爲。凡有一困難發生，即費一番研究，以求得一合理之解決，所謂以一藥治一病，對於每一法律關係，求一應適用之法律。故其方法在分析，先將主要問題分爲契約，罪犯，遺囑，承繼，人之身分和能力，財產六類。再將各類重行細分，如關於契約，能力應受住所地法律之支配，方式應受行爲地法律之支配，本質應受雙方當事者所指望之法律之支配，執行應受執行地法律之支配。

此種分析方法，其用意雖佳，大足取法；可惜該派學者，不能立出原則，以爲分析之標準，故其失在散漫無紀。彼等以爲從物之本性 (nature of things) 可以得到解決之方法；殊不知所謂物之本性者，人各有其說，又焉足爲據？然而該學派當日在意大利大有勢力，因爲該派以寬大爲主，而不爲『以吾法治吾土』之封建思想所束

縛，大得意大利各獨立城市人民之心理。因彼等所主重者爲貿易，故其思想，完全是商人思想，以爲我能以法律惠人，人方能以法律惠我也。自十六世紀至十七世紀，法國之封建勢力，漸漸衰微之後，意大利學派之思想，方得漸漸輸入法國。且自得十七世紀法國之著名國際法學家 Charles Dumoulin 之宣傳，而其說遂盛行於法國。使其時若無 d'argentré 力倡相反之說，則意大利派之勢力，或可永鎮法國而不致中斷。無如 d'argentré 崛起而爲該派之勁敵，并漸將其勢力取而代之，而該派遂式微矣。

#### 第二段 法蘭西派（亦謂 d'argentré 派）

如上所述，在十六世紀，意大利派之學說，已漸漸輸入法國，又有大法學家 Charles Dumoulin 爲之鼓吹宣傳，宜乎可以風行草偃，所向無敵矣。不謂斯時法國竟有反對學派之發生，此其故當爲諸君所急欲知者。

法蘭西學派之起源 當十六世紀時，在法國，除巴黎部分，因商賈雲集，自由寬大之思想稍能容納外，餘皆爲封建主義所充塞，而尤以 Bretagne 爲獨甚。D'

argente 生長於斯，遂爲環境所薰陶，而爲絕端之國家主義者。當其爲法官時，又適在 *parlement de rennes* 爲 *Bretagne* 所轄，當時 *Bretagne* 之習慣法中，其第一一八條，有一關於人的法律及物的法律之分析 (*statuts per sonnels et statuts réels*)，於是 *d'argente* 卽乘機發揮其懷抱，而爲擁護封建主義之健將。惟其學說，當日在法國，因 *Charles Dumoulin* 尙在，故除 *Bretagne* 一部分外，絕不能得勢。其最先歡迎 *d'argente* 之學說者，爲荷蘭，次爲德意志諸邦，及 *Charles Dumoulin* 死，方回入法國。茲將該學派之三大要點：一，法律之對象，二，法律之適用範圍，三，國際私法之基礎，舉示如下：

一、法律之對象——凡所有法律，其對象非物卽人。吾人皆知意大利派，對於法律，並不預定其對象之種類；而法國西派深詆之，乃盡反其所爲，將所有法律歸納之物法和人法兩種 (*statuts réels et statuts personnels*)。物法者以物爲對象，人法者以人爲對象。如取得財產法，因其對象爲物，故謂之物法。如成年法，其對象爲人，故謂之人法。此種歸納法，從表面上觀之，可謂簡括之至。然在實際上，不但不能省事，反引

起許多糾紛。因爲治一種科學，雖應利用簡括之歸納方法，然必須合乎事實；若將一切法律，盡歸之爲人物兩類，實太武斷。因爲法律之不以人與物爲對象者，正復不少，如關於法律行爲之方式，法院之管轄，外國判決之效力等等法律，其對象既非人，亦非物也。故以法律強歸兩類，實爲法蘭西學派之大錯；但後人之誤信者甚多，至今尙不乏盲從者。

二、法律適用之範圍——法律之適用，以屬地主義爲原則，以屬人主義爲例外。在解釋該定則之先，對於屬地主義與屬人主義之意義，不可不略加說明：所謂屬地主義者，乃一種法律，其適用之範圍，一以國家之領土範圍爲標準，凡在國家領土內，對於一切所關事件，均須受該法律之支配，如刑法之支配在國內所犯之一切罪戾是也。所謂屬人主義者，卽甲國之法官，對於某某事件，可以應用乙國之法律，如一日本人在中國結婚，中國法官欲從實質上斷定其有效與否，須查照日本法是也。

若然，如該定則所言——法律之適用，以屬地主義爲原則，以屬人主義爲例外，則甲國之法官，依原則，應盡量應用其本國法；至於屬人主義，則略與以一小小

之立足地，俾國際貿易不致發生障礙而已。

不特此也，*d'argentivé* 爲更欲減少屬人主義之適用範圍起見，乃創立一種混合法 (*salut mixte*)。彼謂有幾種法律（如規定未成年者之財產能力），不但關於物，亦且關於人，故同時可謂之人法，又可謂之物法。然則將如何歸納之？若以論理方法判斷，當然應視其主要點爲轉移，若其主要點在物，應歸之物法，若其主要點在人，應歸之人法。乃 *d'argentivé* 却不然，將一切所謂混合法者，概歸之物法，此何意歟？因 *d'argentivé* 犯一大錯，將法律之對象，與法律之適用範圍，混而爲一，以爲物法即屬地主義法，人法即屬人主義法，故彼以一切混合法歸之物法，乃欲使屬地主義法之範圍愈益擴大也。此爲 *d'argentivé* 擁護封建主義之鐵證。

三、關於人法，其所以應用外國法之理由，實爲正義所使命（此點已涉及國際私法之基本原理。）依該派之學說：『凡法律以屬地主義爲原則。但是有幾種純粹屬於人的法律關係，非應用其本國法不可，此爲一種義務，而非特惠，因從正義上着想，實不得不如此。』此後半段，從但是以下之議論，雖極合法理，惟吾人細思：該派既

以屬地主義爲原則，而又以應用屬人主義爲正義，豈非矛盾？然即此足徵以屬地主義爲原則說之不合，其爲後世所詬病，誰曰不宜。

### 第二段 荷蘭派（十七世紀）

凡學派之產生，其最初者常爲環境需要所促成。社會上（國內或國際的）發生一種問題，非習慣方法所能解決，亦非簡單思想所能分析，於是學者崛起，加以深刻的研究，發爲偉大之議論，登高一呼，聞者風從，繼繼繩繩，演成學說。後之人探其源而溯其流，見其一脈相承，遂名之爲學派。意大利派之構成，實以此（參見第一段）故吾人可以說：凡學派，大都隨環境之需要而產生。

但是環境非千古不變，亦非四海皆準，時異地殊，環境以化，而學說乃動搖。日後法蘭西學派之產生，實因當日 Bretagne 之環境，與意大利各獨立城市大不相同。故意大利派之學說，在 Milan gènes 視爲至理名言者，在 Bretagne 反爲 d'argenté 所痛詆矣，此之謂『易地而變』。

惟有時環境雖無大差異，而一派學說，未能使人滿意，二三英俊，思所以匡正之，

反復議論，蔚爲學說者，又荷蘭派發生之情形也。

如前段所述，法蘭西學派，既以屬地主義爲原則，復以屬人主義爲正義，自相矛盾，莫此爲甚。荷蘭學者 Paul Voet (1610—1677) Jean Voet (1647—1714) 及 Dirich Euler (1636—1694) 先後起而闢之，謂有幾種極少之法律關係，有時應適用屬人主義法，既非義務所拘，亦非正義所使，不過爲一種國際間禮讓而已 (international courtesies)。此種國際禮讓說，以各國間之相互利益爲立場，謂我之適用外國法，所以使我國之法律，亦得適用於外國也。

吾人試一比較，覺荷蘭派之學說，實較法蘭西派爲更合邏輯。因爲荷蘭派對於法蘭西派學說之（一）將所有法律，歸爲物法及人法兩種，（二）以物法爲屬地主義法，并以屬地主義爲原則兩點，均表贊同；惟第三點以應用外國法爲正義，則大不以爲然，以其與第二點抵觸也。故特創禮讓說，謂：『適用法律，本應以屬地主義爲原則，此爲國家之主權。惟有時爲相互利益起見，法官亦得適用外國法，使外國亦可適用吾國之法律，所謂禮讓往來者是也。』是以從邏輯上觀察，荷蘭派頗能自圓其



說。然考其實際，亦不能使吾人滿意。蓋法律之適用，須有確定之標準；若從禮讓說，則法官應用外國法與否，一以『相互利益爲衡』。此爲最空泛而無定者。是不啻將決擇法律之適用權，完全付諸法官之手，一聽其任意施行而已，烏乎可？

吾人更從該學派之心理上研究，可謂完全以利己心爲動機，所謂相互利益者，非欲利人，實欲利己也。

且以利益爲目的，則法律適用問題，完全變爲政治和經濟問題，而不復以法理爲依據。

然此種學說當十七世紀時，在荷蘭却有極大之勢力。其時蘇格蘭學生，往荷蘭各大學留學者，聞其說而迷之，歸國後，贊頌掄揚，不遺餘力。故荷蘭派國際禮讓之說，遂爲近代英美法之基礎。

## 第二節 近代之學說

如上節所述，古代學派之產生，後先相承，最初者爲古意大利派，次法蘭西派，次荷蘭派。至十九世紀，各種學說，一時並起，其最重要者，有（一）英美派，（二）德國

派，(三)新意大利派，及(四)Pelleo派。今將此四派依次敘述如下：

(一)英美派：

該派承荷蘭派之緒餘，以國際禮讓說爲根據。初發展於大不列顛，後傳播於北美合衆國。至今日，英美之國際私法，仍以禮讓說爲基礎。又該派亦將法律歸爲兩類：惟歸於人法之部分，較 *Continentale* 時代爲稍大。至於以物法爲原則，以人法爲例外之意見，兩派仍後先一轍。因此，關於讓與不動產之能力，猶應從不動產之所在地法。簡言之，凡應用外國法時，其理由總不外乎禮讓二字。

然該派之學說，在歐洲大陸上，殊鮮成功；即在荷蘭，本爲其發源地，早已完全唾棄之。今日在歐陸各國之法律中，無一採用禮讓說者。又國際法學會 (*Institut de Droit International*) 於一八七四年在日內瓦開會時，曾明白宣言：「對於幾種法律關係，應適用外國法，並非因簡單之禮讓與客氣，實因對於外人之某某權利，從國際正義着想，各國有應該承認與尊重之義務。」吾人平心而論，英美派本荷蘭派之遺意，仍守禮讓說，確不合法理。且當此二十世紀，國際生活，日形發達，而謂適用外國法

律，完全可聽法官之任意判斷，危險孰甚？

(二) 德國派：

德國派以 Savigny (一七七九——一八六一) 爲中堅分子，今將其說分爲四點以說明之：

(A) 打破 *d'argente* 之狹見，而與古意大利派攜手。據 Savigny 之意見，法律不宜歸爲物和人兩類，在事實上，有幾類即應歸爲幾類，切不可拘守成見，故步自封，一如 *d'argente* 派之所爲。故其旨趣，與古意大利派相似。

(B) 反對國際禮讓說 Savigny 絕不以國際禮讓說爲然，以爲此爲一種不經之談。嘗曰：『若謂法律可以任意決擇，可以相機而行，余實不解。且一國家製定法律，並非所以適用於一切法律關係。使對於一事，強施以本不爲此事而設之法律，是即破壞該法律，因使其失去本意也。是以適用外國法，非『禮讓』而爲『必要』。』蓋所以保留本國法律，使不至失去其本意耳。』Savigny 此種議論，勢力極大，故今日對於禮讓說，已不復有人爲之辯護矣。

(C) 辨明法律管轄權與法院管轄權之不同。德儒 *Wrochler* 將法律管轄權與法院管轄權混而爲一，*Savigny* 乃舉而闢之，謂法官對於一案，應適用其對於該案有管轄權之法律；有時遇到困難，即應求一解決之方，不宜盲然施行本國法。

(D) 創立一大原則，謂國際私法，應爲真正之國際法。國際私法，既國與國不同，故名義上雖稱『國際』法，而其實乃國內法也。法律衝突問題之發生，即在乎此。是以據 *Savigny* 之意見，謂對於解決法律衝突問題，須有一統一之觀念，使之發揮光大，而爲全世界所宗仰，俾各國得適用同一解決方法。於是彼乃創『法律大同』(*communauté de droit*) 之觀念，且謂在世界各國間，應有一共同之法律也。

吾人應該承認 *Savigny* 之學說，如上述四點：(一) 法律不宜歸爲物法和人法兩類，(二) 不宜採取禮讓說，(三) 應分清法律管轄權及法院管轄權，(四) 應發揚『法律大同』之觀念，確較以前各派大有進步。

且 *Savigny* 之學說，尙有較此更進者，惟恐此即其弱點所在耳。*Savigny* 稱每一種法律上的困難，爲『法律關係』(*Rechtsgesellschaft*)。謂每一法律關係，必在一處

有其地址。吾人一尋得其地址之所在，即可應用該地之法律。因此 *avigny* 之學說與方法非他，即先尋求法律關係，當尋得時——因為必有其所在之處——即應用其地之法律。惟此種法律關係，將如何以尋得之？*avigny* 曾示吾人以一種方法，謂欲決定一法律關係之地點，只須應用『自願服從』(Submission volontaire) 之意義。所謂自願服從者，即凡人對於大多數之法律關係，一入其中，即自願服從某地之法律之謂也。譬如關於人之身分：凡人之住所，皆為其所取得者，即依此取得之事實，其人已自願受住所地法之管轄；因為彼若不自願，只須不取得此住所可也。

又如關於契約：凡人在某地訂契約，即自願服從某地之法律。關於不動產：凡人購置不動產，即自願服從其不動產所在地之法律。

惟據吾人之觀察，上述諸例，對於其地之法律，謂之服從固可，謂之自願服從則不可。因對於此等法律，實無法可以避免，並無所謂願與不願也。然此皆為簡單之例，若遇更複雜者，則自願服從說更不能解釋，且此為 *avigny* 所自認者。

但是 *avigny* 見一藥未效，更給一藥。可惜後藥和前藥，均不足以治所欲治之

病。所謂此後藥者非他，即昔日後代羅馬法學家之『從物之本性說』是也。此藥之不靈，吾人於上文已說明之；而 Savigny 復採用之，宜其不濟事也。

故吾人應直言 Savigny 所用以求得該管法律之方法，實未能使吾人滿意。惟從其他各點觀察，對於近代國際私法之重新，彼實與有力焉。

### (三) 新意大利派：

此派在十九世紀，產生於意大利，故曰意大利派。然曰新者，因對古意大利派而言也。此新舊兩派，不但時代不同，且其思想亦大異。

該學派之鼻祖，為意大利大政治家 *Manzoni*（一八一七——一八八八）。此後在法國，為該派之辯護者有 *Andres Weiss*。其他法學家，亦頗有贊成其說者。至於在現行法中，採用其說者亦有數例。如一八六五年之意大利民法，即以該派之屬人主義為基礎。後西班牙民法，又以意大利民法為模範。日本民法，亦受其影響不少。然則該學派之基本思想，果何在？即『法律之所關者為人，故法律為人而設』一語是已。因此凡對於國際關係事件，其所應用之法律，依原則，宜一律採取屬

## 人主義。

吾人已知古代學派對於屬地主義，多少總與以一地位，且有奉爲原則者。今新意大利派乃適與之相反，豈 *D'Inghilterra* 所逆料歟。

然則果依據新意大利派之學說，其結果如何？即一中國人依原則，不論至何國，對於其一切法律關係，均應服從中國法。一外國人，至中國，亦不論其何種法律關係，應均服從其本國法。今將該派所持之理由分政治和法律兩說，舉示如下：

(A) 政治說 依民族主義，凡人屬於同一民族者，即應組成一國家。因此凡人，無論至何處，仍屬於其原來之民族；而此民族之法律，宜到處追隨之。是以對於各人之法律關係，均宜適用其本國法。

(B) 法律說 國家爲人民所組成，至於土地，雖亦爲構成國家之要素，又爲國家主權之範圍，却不及人民之重要，因近代之國家，其主權均源諸國民也。一民族有時雖無土地，如其僑居他國有相當之國家組織，則其國家亦可得他國之承認。至於無人民之國家，不但爲事實上所絕無，即理想上亦不成立也。

此爲該派所持之理論。但是據 *W. G. G.* 之意見，雖應以屬人主義爲原則，在實際上，有時却不能不有例外。茲將其所提出之三種例外列舉如下：

(一) 關於公共秩序者 凡與公共利益有關之法律，即謂之關於公共秩序之法律，如憲法，警察法，刑法，物權法等皆是。據 *W. G. G.* 之意見，關於此等法律，即應適用公共秩序所關之國之法律；而屬人法律，絕不適用。

(二) 關於自由意志者 在法律行爲之中，凡以雙方之自由意志爲其成立之要素者（如契約），雙方即得自定其所欲服從之法律，此即所謂意志自由主義 (*l'autonomie de la volonté*)。

(三) 保存 (*locus regit actum*) 規則 依此規則，凡法律行爲之方式，應受行爲地法律之支配。據 *W. G. G.* 之意見，雖不妨以屬人主義爲原則；然此條格言，如天經地義，不可磨滅。

簡言之，新意大利派，有此三大例外，方能維持其原則。

但是該派之學說，毋論其在原則方面，或其所舉之例外方面，均引起激烈之批



評。

(一)對於原則方面 一般學者謂：『依該派之學說，謂國家以人民爲主，以土地爲附，殊爲不合。蓋近代國家之主權，不但加諸人民，同時加諸土地——此爲近代國家之特質。是以在土地與人民之間，絕無軒輊可分。』

且偏重屬人主義，實爲野蠻時代之遺制。爾時國家僅能號令其人民，對於土地毫無權力，故各人專服從其所屬團體（國家）之法律——此之謂遊牧時代之制度。

但是一旦國家建設於一固定土地之上，則對於此土地，即發生一種主權之觀念。覺在領土內之法律關係中，有一部分，非適用國法不可，且此部分，有日大一日之趨勢，而屬地主義說，即從此而起。

故時至今日，而猶主張屬人主義，實爲時代之錯誤。使一國家而無領土，則適用此種主義以解決法律衝突，尙無不可。惟現代之國家，對於土地如此其注重，而謂適用法律時，可置土地之觀念於不顧，豈非夢囈？

(二) 對於例外方面 該派之原則一，而例外三，故毋論以數目論，或以重要論，例外已可將原則推翻。

夫既有三大部分法律，不能不放棄屬人主義，而特立例外，又何必將其定為原則？且保存各項例外，獨非應用各項原則乎？又按之實際，其所謂例外者，有相較所謂原則者同其重要；如公共秩序，其所包含之部分，至為廣大；凡一切所謂物者，均不能不適用其所在地法，若以之與屬人部分相較（身分和能力），實不能謂其此輕而彼重也。

猶有進者，如真欲認『關於公共秩序者』為例外，則第一先決問題，即宜規定『關於財產制度，使與公共秩序不復有關係時，即應適用屬人法。』然而此種規定，吾人欲求一實例而不可得。故所謂原則者，其力量並不比所謂例外者大，而所謂例外者，其實皆原則也。

若然，新意大利派之屬人主義說，從法理上觀察，弊竇叢生，除意大利外，已不復有多大之勢力矣。

#### (四) Pillot 派

研究 Pillot 派之學說，其首應注意者，即以國際公法上之一大原則——互尊重——爲國際私法之基礎是也。

如前所述，現在各國之國際私法，皆未能脫離國內法之性質，彼此之間，毫無關連。一老著作家，曾謂：『法學家在國際私法上做功夫，爾爲爾，我爲我，絕無協作精神，并缺乏世界眼光。』此確爲事實。Pillot 深非之，乃大下決心，以創造一真正之國際私法——卽爲國際間所通行者——爲唯一宗旨。

Pillot 以尊重主權，爲其學說之根據，可謂能見其大。嘗曰：『世界上有獨立之主權，彼此不相依附，且主權愈獨立，彼此之間愈不得互相尊重，譬如路上行人，本各自由，一至遊人衆多之處，卽不能不服從路規，揆其原因，無非欲互相尊重其遊行權而已。今國際上之交通，亦猶是也。一獨立主權與他獨立主權相遇時，非劃清界線，以便互相尊重不可。』

然在封建時代，國家只知尊重己之主權，而不尊重人之主權，故爲獨尊制度，

而非互尊制度。其結果，遂以毀滅他人主權爲能事。除夜郎自大，擁兵自衛外，無他道也。

然至今日，國際關係，既如此其複雜，實不可不有維持彼此間互相往來之規則，與對於行人擁擠之路，不可不維持其交通，初無二理。

且依互尊重主權之原則，使法律在國際間發生效力，絕不與主權獨立之觀念相違背。況我能容人，人亦能容我，有時所與者甚微，而所收者甚大。」

故 *Pillet* 以尊重主權爲其學說之出發點，便能四通八達，到處逢源。

抑有進者，尊重主權，既爲國際公法上之通行原則，今復引伸之以爲國際私法之基礎，則國際私法，卽築在法理之上，而非如國際禮讓說之專以利益爲立場，得隨法官之意旨爲轉移也。

然上述者，不過爲 *Pillet* 學說之初步，一言以蔽之，卽彼主張盡量尊重外國之主權而已。然如何而可以實現此種理想？*Pillet* 乃繼續努力，復創法律之社會目的說 (*le but social des lois*)。且爲欲說明此說起見，復將各國之國內法性質先行分

析：

彼曾想：凡法律，在國內法中既顯出許多特點，在國際關係中，此等特點將如何以維持之？

Pillet 乃用一比喻以說明之，假定國際私法欲將國內法投射在一影布上——國際法的影布。吾人皆知投射影片時，必須依照幾種規則，及幾種方法，使在影布上所見之影像，得依物理法則表現，而不失其真態。至於法律亦然，由國內法而變爲國際法時，最要者須使之不改其真面目，須仍能達到立法者所原定之社會目的。

惟欲知何者爲立法者所原定之社會目的，非先分析國內法律之性質不可。據 Pillet 之意見，國內法律之主要性質，有二：（一）繼續的，（二）普遍的。

（一）國內法律之繼續性 所謂繼續性者，即法律適用於其所關之人，繼續不斷之謂也。現在請暫將國際法擱開，專論國內法。

如成年法，其保護兒童，自其出生之日始，至其成年之日止，無一日之間斷，此之謂繼續性。又如婚姻法亦然，其支配夫婦，一與其婚姻之存在相終始。

(二) 國內法律之普遍性 且法律在國內法中，尚有第二種性質，彼不但有繼續性，猶有普遍性，所謂普遍性者，即一國內法律，在國境之內，不論何人，凡其所有之法律關係，莫不受此法律之支配之意也。

現在仍將國際法擱開，專論國內法：如在英格蘭，英國法律，第一即有繼續性質，因其支配英人，繼續不斷也。第二又有普遍性質，因凡在英格蘭，一切法律關係莫不受其支配也，此為國內法律之兩大特點，且常能並行不悖。但是由國內法而移入國際私法，此兩種性質，即不能不失去其一，因為若欲將二者同時保存，即無應用外國法律之可能。

請將此意仍分二層以說明之。

(一) 國際私法中之法律繼續性 在國際私法中，所謂繼續性者，即言一法律，適用於其所關之人，永不間斷，不論其至何處，此法律常追隨之。

再引用上舉之例：(a) 未成年者：如欲一未成年者得受法律所賦予之保護，在成年前，必須服從同一法律，然而世界既未大同，國界尚未泯滅，使此未成年者

由本國而至他國，則其所屬之未成年法，將如何而可以保護之，使之有超地性 (extra-territoriale) 而已。蓋有超地性，然後能保持其繼續性 (permanente)，能始終保護其未成年人在成年前絕不至間斷。故未成年法宜常附麗於未成年人，到處追隨之。在國內法中，既有繼續性，在國際私法中亦然。(b) 婚姻：謂夫妻間，關於其婚姻之法律，可隨國境而變易，實為情理所不能通。故婚姻法，在國際私法中亦宜保存其繼續性，俾夫妻周遊各國時，其婚姻問題，不至無端動搖。

(二) 國際私法中之法律普遍性 如前所述，在國內法中，凡法律在領土內，不論何人皆適用之，此之謂普遍性。但是一到國際私法中，此性質將如何？將仍舊不變乎？果爾即不能在外國發生效力，因各法官將專適用其本國法也。蓋繼續性者，即超地性之謂，其所至，其法隨之。普遍性者 (generalité) 即屬地性 (territorialité) 之謂，地之所概，莫能外之。

若然如一國之法律，應該支配其中一切所有之人（屬地性），則外國人即不復能服從其本國之法律（即其法律不能有超地性）。故屬地性與超地性，其意義

完全相反，在國際關係中，兩者不能並立，非去此必去彼；其法律或為屬地的，如此：即得適用於國內一切之人，或為超地的，如此：對於外國人，有幾種法律關係，即不適用之，使其仍得服從其本國法。

因此，在國際私法中，一法律既不能如在國內法時之可以同時保存兩種性質，勢不得不犧牲其一。故在國際私法中，其法律或為繼續性的，或為普遍性的；然而將如何以抉擇之，曰宜應用『法律之社會目的』說。

法律之社會目的 凡法律，從社會之利益方面觀察，各有其真正之目的。故欲知在國際法中，應保存何種性質——或繼續性或普遍性——只須以其社會目的為標準。今試舉一二例以明之：

如上述之未成年法，其目的在使本國人民常受其保護，至於外國人民，不妨仍令其服從本國法。蓋未成年法之重要性質，在能繼續發生其效力，不然，即不能完成其目的。

『且一未成年之外國人，一入我國，其服從我國未成年法與否與吾人毫無關



係，吾人所注意者，乃我國未成人，因身世飄萍，偶入外國，須使之仍能得我國未成年法之保護耳』（Pillet語）。

但是法律在國際關係中，不必一一皆有繼續性，方能完成其社會目的。且有時適得其反，非有普遍性不可，如刑法是也。

當立法者制定刑法時，其注意者在客觀之事實，而在犯罪者之國籍。今日除適用領事裁判權之國家外，無論何國之刑法，莫不具有普遍性，且刑法之目的在維持公安，保存善俗。使無普遍性，將何以完成此目的？又如賦稅法，其目的在維持預算之平衡，警察法在維持地方之安寧，則其應具有普遍性，亦無待言也。

最後，凡關於公共秩序之法律，亦不可不有普遍性。如法國之不承認自由離婚（*le divorce par consentement mutuel*），因其與法國之離婚法不合，而視為違反法國之公共秩序故也。

但是欲看出法律之目的，有時頗覺非易，不免要遲疑審顧，故不可不用幾種方法以自助。

蓋法律之目的，本為立法者所自定，或以之保護人，或以之保護物，或以之保護社會，此問題實關於法律之意義。明乎此，即可辨明法律之性質，或為繼續，或為普遍，而毫無困難。故對於此目的，如有疑遲時：

第一，須問一法律究為何人之利益而設？如其為私人之利益而設，此法律即應有繼續性（例如未成年法），如其為社會之利益而設，此法律即應有普遍性（例如賦稅法）。

第二，但是欲知一法律，究為何人之利益而設，有時亦覺非易，此時不妨換一方而而問：一法律，若不適用時，則害及何人之利益？若害及私人時，即可斷定其為繼續性（如對於一未成年人若不適用其所屬國之法律，則受害者當然為此未成年人，故可斷定未成年法，為應有繼續性法）；若害及社會時，即可斷定其為普遍性（如財產公布法，若不適用時，則受害者為第三者，為社會，故可以斷定財產公布法為應有普遍性法）。

由此觀之，Pillet 之法律的社會目的說，較其他各派之學說為不易破，因吾人

一應用其說，即易辨明法律之性質——或爲繼續，或爲普遍——而得解決法律衝突之鎖鑰。

但是有時兩繼續性法，同時並列，將用何法以抉擇乎？

如一兒童，追認其父，并欲起訴，以得撫養金爲目的。使此兒童與其所追認之父，國籍相同，即甚簡單，因此事顯然關於親族之利益——即私人之利益，故宜適用之繼續性法，爲雙方當事人之本國法，而非受訴國之法律。惟兒童與其所追認之父，國籍不同——此爲私生子被棄時所常有之情形：私生子常得所生國之國籍，而其所追認之父，常別有國籍——則宜適用兒童所屬國之繼續性法乎？抑宜適用其所追認之父所屬國之繼續性法乎？此時，即應先問親系法之社會目的，究爲保護父者，抑爲保護子者，若爲保護父者，用父國之法律，若爲保護子者，用子國之法律。此爲Pillet 學說之大概。

惟吾人皆知，無論何種學說，有贊成者，亦必有反對者，Pillet 學說之不能免於批評，正與他學說相同耳。平心而論，Pillet 之學說固尙未臻完美無缺之境，然能立

一確定之標準——以社會目的，爲抉擇適用法律之指南，已屬難能而可貴。且其宗旨，上追古意大利派，中繼 Savigny，而予各法律以應有之適用範圍，既不偏重屬人主義，亦不偏重屬地主義，一以公平合理爲主，此其胸襟之大，目光之遠，實有足多者。說者謂：Pillet 之學說，不能應用於一切法律衝突，如關於契約及法律行爲之方式等，均不能解答之，實爲一大缺點，竊謂爲此說者，抑何不思之甚。蓋法律非屬地的，即超地的。關於契約與法律行爲之方式之法律，亦何能獨逃此例。使此種法律爲公共利益而設，即應具有普遍性，即屬地性（如關於契約之強制法律是）。使爲私人利益而設，即應具有繼續性，即超地性（如關於非正式之方式之法律是）。

惟有一點，吾人應直言：Pillet 之學說，亦未能解決一切困難，其實無人敢自詡能有此種偉力，因爲國際私法，爲比較新近而且紛繁之科學，得 Pillet 之闡發，已有許多問題，可以迎刃而解，較之以前各派之學說，大有進步。且吾人不可因其未能完全，即并其長處亦棄之而不顧，反之，吾人正宜努力以補其缺憾也。

近年來，Pillet 之學說，不但深得法國學者之信仰，即在外國，亦有不脛而走，不

翼而飛之概，使凡贊成 *Pillet* 之說者，羣起而完成之，非 *Pillet* 學派之私榮，實國際私法前途之大幸也。

結論 吾人研究各派學說之結果，知欲解決法律之衝突，不可不認定下列之三原則：

一，有事應適用外國法律，非任意的，實爲必要的，因爲其所以適用之故，乃爲互相尊重主權。

二，凡法律，不宜強歸之爲人物兩類，宜注重事實，不限數目，有幾類，卽分爲幾類。

三，法律適用之範圍，當以其原來社會目的爲標準。

以上所述者，爲各大學派之理論，且各能風靡一時，而尤以 *Pillet* 之說爲最新近而合理。

但當現在情形之下，一種學說，無論其如何完善，必遇到許多阻礙，其所擬之解決方法，必不能使各國從同，此其故，當於下章說明之。

## 第三章 適用合理方法之阻礙

此種阻礙之發生：第一，即因現在之國際私法，尙未確具國際性質，故解決法律衝突，一國有一國之方法。第二，因爲即在各國之中，有相同之解決法律衝突規則，亦不能使解決方法，到處從同，何以故？因尙有各種觀念之紛歧故。如關於送還（*renvoi*）之學說，命意之衝突（*conflits de qualification*），公共秩序之觀念，及竊法舞弊（*fraude avec la loi*）之意義等皆是也。

今世界各國，因此等觀念之紛歧，而不得解決法律衝突之統一方法。因此：同一案件，向甲國起訴，其結果與向乙國者不同。於是：雙方往往各就其利益所在而起訴。其結果：遂至關於法權（法官管轄權）之判決，其數多於法律根本問題之判決。茲將此等觀念，分述如下：

第一節 送還說（*Renvoi*；reference to another law or another judge）

何謂送還說？請先舉一例以明之。假定一法官——如法國的，或德國的，或比國

的，或意國的皆同——關於外人之身分案件，如結婚，本宜適用當事人之本國法，恰好當事者爲一英人，依英國法，決定人之身分，如結婚等事，應服從其住所地法。如此，此兩種制度，即發生衝突。而爲法官者當如何？若彼依下列之方法推理：『依吾國之法制，婚姻當服從其本國法，但是當事者乃爲一英人，我即應考求英國法對於婚姻之規定：（一）幾歲可以結婚，（二）何等親人應予結婚之允可等等，簡言之，即應考求英國法是否准予此英人結婚。』抑該法官，應立即注意於下列之事實乎？『在英國，人之身分，並非如己國之應服從本國法，但卻應服從住所地法。若然，該法官所屬國之法律，本說應適用英國法；而英國法律，卻說應適用住所地法。如此則該法官將果依英國法，而適用住所地法乎？且若此英人，居住法國，即將令其服從法國法律乎？在實際上，確是如此。最初，法官說：適用英國法，然而英國法回說：應該適用住所地法，因此英人在法居住，故最後，法官仍適用法國法——此即與其原來意思相違：彼本欲適用英國法，而英國法卻說宜適用彼（法官）自己之法律，使該法官從英國法律之所說，即承認該英國法律之『送還』矣！

是以『送還』之說，使法官最後適用一種法律，與其原來所指望者不同，此不啻將國際私法之基礎完全移去，因法官不能適用其固有之國際私法制度，不能爲其所當爲，而反爲其所不當爲故也。

『送還』一事，有兩種方式：名曰第一級送還（renvoi au premier degré Rückverweisung）與第二級送還（renvoi au second degré Weiterweisung）。

（A）第一級送還 此卽如上所舉之例：一法官，依其所屬國之法律，關於結婚案件，本應適用當事者之本國法，恰好遇到一英人，依英國法，乃應服從所在地法，於是英國法卽送還於起訴國之法律。

（B）第二級之送還 此種方式多一轉折：如由英國法律，移送於第三國法律是。今將上例略如修正：一英人，經過巴黎，願意結婚，惟此英人，不在法國居住，又不住在本國，假定住居西班牙。吾人欲知此英人能否結婚，第一總宜先問英國法，而英國法乃送諸住所在地法，此時住所在地法爲西班牙法，若此案在法國起訴，則其法官不應適用英國法，而應適用西班牙法，此卽所謂第三國法。



據此以觀，『送還』有兩種方式：一由一外國法送於受審之法官；一由一外國法送於他外國法。

惟以上所說者爲法律管轄權問題，即應適用何國法律問題。而在事實上『送還』亦有關於法院管轄問題者，如一英人，在法國結婚後，復欲在法國離婚，即向法國法院提出請求，法院初答：我們不爲外國人離婚，應將此事請諸本國，但是英國方面說：『凡不住居英國者，英國法院不爲之離婚。』於是法國法官即宣告：對於此案有受理權，因據英國訴訟法，法國法院得有管轄權故也。故『送還』有關於法律管轄權者，亦有關於法院管轄權者。

『送還』辦法，並不甚古，十八世紀法儒 *Pröland* 初發其凡，至十九世紀，遂如星火燎原，風至火隨。至今日，已延燒大地矣。今考各國法院判例將其先後採用『送還』辦法時期舉示如下：

荷蘭 從十九世紀後半期

比利時 一八七九年

德國 一八六一年

葡萄牙 一九〇七年

英國 從十九世紀初

法國 一八七八年

至於我國，乃於民國七年八月五日所頒布之法律適用條例第四條，明白規定：依本條例，適用當事人本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法者，即第一級送還辦法。

然中國何以有此種規定，豈果贊成『送還』之學說乎。抑依照外國法而尙未大加研究乎？因以法律明文規定『送還』辦法者，各國之成例頗多，如德國民法總則第二十七條：關於結婚，離婚，婚姻制度，承繼，及無能力等法律之適用，得採用『送還』辦法，此爲關於法律之管轄權者。又德國訴訟法第六〇六條第四項規定：關於外人之離婚，若該外人之本國法不允許德國法院有管轄權者，不得受審。易言之，若該外人之本國法允許德國法院有管轄權者，德國法院得受理之。若然，德國法院之

受審外人離婚與否，一以該外人之本國法之命令是聽也。又如瑞士民法第五十九條規定，關於離婚一節，使外人能證明其本國對於同類案件——即離婚——允許適用瑞士法時，得向瑞士法庭起訴。若其本國保留此等案件於其法院時，『送還』即不能發生。此亦爲關於法院之管轄權者。又如一八九四年匈牙利之法律第百〇六條規定：關於外人之結婚，若其本國法不送還於住所地法時，適用其本國法。易言之，若其送還於住所地法時之適用住所地法。但是關於送還辦法之規定，其影響最大者，則爲一九〇二年之海牙公約。該約說：關於結婚，除未婚夫妻之本國法規定適用外國法外，當依其本國法。易言之，關於結婚，若未婚夫妻之本國法規定應用外國法者，當適用外國法。此公約本以創造國際私法爲宗旨，今因有此條之規定，遂爲識者所詬病。

上舉之例，皆限於一端或結婚或離婚等等。此外尚有包舉一切關於人之法律者：如一八九八年日本法律第二十九條規定：關於人之法律，應適用其本國法，但其本國法移送於他國（從他國二字解釋則第一第二兩級送還辦法皆通）法律時，

即應承認此移送辦法。至一九二六年八月二日之波蘭國際私法，亦取同一之態度，與我國法律適用條例之規定，鼎足而三，均爲包括一切關於人之法律者。

最後，美洲法學會 American Union，亦採用『送還』辦法，其提案第七條正式承認：關於人之法律，應適用各人本國之國際私法制度。若然使該人之本國法律，移送於他法律時，此移送辦法，即爲該會提案所承認。

觀於上述之例，『送還』之說，傳播之廣而且速，實爲可驚。但是吾人若從學理上觀察，究應贊成乎？抑應反對乎？在欲解答此問題之先，不可不將各方面之學說引證而批評之。

第一種贊成『送還』辦法之理論——謂外國法律，其國內法和國際私法爲整個的，不可分離的。如應適用外國法，不但應適用其國內法，尤應適用其國際法。主持此說最力者爲英儒 Westlake。但一考之實際，此說實行不通。如曰：甲國法律爲整個的，則乙國法律，獨非整個乎？請更舉例以說明之，如一英人，欲在法國結婚，法國法官乃曰：『依法國法律（國際私法），雖應適用英國法，但是英國國內法與其國

際法爲整個而不可分，吾人當適用其國際私法因其處置國際關係故也。今該國際私法，既送還於法國——婚姻依其住所地法——吾人卽應承受之。此種辦法，實爲矛盾。蓋既承認英國法爲整個，且應適用國際私法，而允許其可以送還，卽宜承認法國法律，亦爲整個，亦應適用國際私法，而可以送還，方不悖邏輯之原理。但是甲國送來，乙國送去，往復循環，永無止境，雖欲求一合理之解決方法，恐索盡枯腸，亦不可得也。

第二種贊成『送還』辦法之理論——謂適用外國法律，本爲一種『讓與』（concession），一種客氣行爲。若外國立法者說：『我不要他國適用吾國法律』，則我國何必適用外國法？持此論最著者，爲法儒 *Wetters*。嘗曰：『若外國法不要求適用其國之法律，吾人何樂而不適用吾國之法律？』但吾人細想：若果如所言，則國際私法之基礎，完全動搖——並不以互尊主權爲立場，而與荷蘭派之國際禮讓說相吻合，其缺乏法理觀念，爲何如耶？此外擁護送還辦法之理論尙多，然均不能成立，故略之。今將吾人所應下結論，簡述如下：

吾人從實際上觀察，『送還』辦法不應採取，因為決定法律適用之範圍，乃為國家主權之運用。若採用『送還』辦法，是適用法律之標準，惟外國法律之馬首是瞻，而置國家法律——國家主權——於不顧。豈非倒持太阿，授人以柄？故一國之立法者規定適用法律之標準，即有時或未能斟酌盡善，然卻不能不尊重之，因其為國家之主權行為也。

吾人獨不解：立法者既做出一種主權行為——規定適用法律之標準——一旦與外國主權相接，即無端撤消，此非互尊，實為自棄。

且吾人更不解各國關於國家獨立之觀念，在各方面莫不極力注意，對於規定法律適用一端，竟忽而不見，惟外國法律之命是聽，殆所謂明足以察秋毫之末，而不見與薪者非耶？

是以欲打破送還說，不必多費口舌，只須提出『主權獨立』四字，認定決定法律之適用，為主權行為，即覺其無成立之餘地。若一國之法律，規定關於人之身分及能力，應適用其本國法，即應適用其規定人之身分及能力法，即國內法。至其國際私

法，可不必問也。

但是吾人無論如何駁斥，并國際法學會在 Oxford 開會時，雖曾明白反對，而『送還』之說，已宛如一種流行症，既已傳布全球，撲而滅之，非易事矣！

## 第二節 命意之衝突

所謂法律之命意，卽一國家對於某種法律，所賦予之定義是也。此種定義，往往因社會思想，政治關係而不同。故不曰法律之意義，而曰法律之命意，以意義二字當從科學上觀察，而爲一致的——一種法律，只宜有一種意義——至於命意二字，以明可以隨人所命，而爲任意的。是以同爲一種法律，其命意國與國不同，而衝突卽緣此而起。

如婚姻制度，依德國謂關於人法，而法比二國，則謂宜適用自由意志說，而任人自擇。此同爲一種法律，而命意不同之例一也。

又如繼承，英美均視爲與總財產之組織有關，宜應用關於財產之規則（以不動產歸所在地法，以動產歸死者住所地法）。而土耳其則以爲關於人法，此同爲一

種法律，而命意不同之例二也。

如荷蘭以遺囑方式爲關於能力問題，而意大利則視爲關於行爲之外表方式，此同爲一種法律，而命意不同之例三也。

有此三例，而本問題之性質，可以明矣。

惟此問題發現極遲，爲當代法學家 Potho 所創發，今日法學界之注意者尙少。然考其實際，確爲國際私法中最大問題之一，蓋國際私法之目的，在審定一種法律之主要性質，如其主要性質爲繼續的，卽宜歸之於超地法，如其主要性質爲普遍的，卽宜歸之於屬地法。若欲知其何者爲繼續的，何者爲普遍的，則非先知其命意不可。

且如上三例所說，同爲一種法律，而其命意之不同有如此，卽使二國國際私法之規則完全一致，而其解決之方法，往往紛歧如故。如荷蘭與法國，關於行爲之方式，及人之能力，有同一之規則：二國皆以行爲方式歸於行爲地法，以人之能力歸於本國法。但是何謂方式，何謂能力，二國之命意，卻不相同。依法國之觀念，凡規定行爲方



式——如遺囑方式——之規則，爲關於行爲外表方式之規則，當然歸於行爲地法，而荷蘭則以此等規則爲關於能力之規則，其結果，不得不歸之於本國法。

觀於上例，吾人得此結論：使各國對於各法律之命意，若不一致，雖有同一之國際私法，同一之解決法律衝突規則，仍不能免於衝突，此爲現在國際私法最著之病態。

然則將如何以去此病態——如何以免除法律命意之衝突乎？

當命意有衝突時，應適用受訴法院所在國法，雖爲惟一辦法，但從國際方面着想，卻不敢推許。因爲依此辦法，則各國法官，將悉照其本國之命意，本國之見解，而無與其他各國融和之可能。若能用澄本清源之法，將命意之衝突，一掃而空之，豈不更善？

據 *Barth* 之意見，此爲一種缺陷，實無法可補者。但是吾人以爲若能盡心力而爲之，終當有濟，所需者時間和能力耳。

茲將免除法律命意衝突之方法舉示於下。

(1) 研究比較法 吾人愈研究比較法，愈知他國立法之原旨，即愈知其法律之命意。此後應開一國際私法統一會，集世界專家於一堂，先規定統一之法律命意，後規定統一之法律適用規則，如此則一切衝突，均可免除，惟此種計劃，重而難舉，恐成效甚遲耳。

(2) 在條約中規定法律之命意 有一方法，比較稍速，即當訂立條約時，彼此協同對於條約中所舉之法律，明白規定其命意是也。且在實際上，若訂一條約，僅規定解決法律衝突之方法，而將法律之命意，付之闕如，彷彿如一段工程，僅築其半，而置其餘於不顧。譬如兩國協同，以人法歸於本國法，似乎此後兩國對於人之身分，其適用之法律，有一定矣。但是若兩國對於『人之身分』之命意，彼此不同，則其適用之法律亦異，因有幾個問題，在甲國視為關於人之身分，在乙國或視為關於財產制度者。

今既證明各國對於人之身分，不能有同一之命意，則一條約不能不規定兩種規則：(一) 關於法律衝突，(二) 關於法律命意。不然，乃未能完成其任務也。如最

著名之魯桑條約 (Les Accords de Lausanne) 規定：凡人法，悉照本國法。但是並不確定人法之意義，實爲疏忽之至。蓋土耳其之法律觀念，與他國迥不相同，如繼承，在土耳其視爲人法之一部分，至於英美法比之見解均與之不同，故今日彼此間法律命意之衝突，乃時有所聞。

但有一二例，足使吾人滿意者，如新近德國與蘇維埃所訂之約，頗費精神，竟將關於繼承之命意亦與以規定，此誠爲難得者。

又如一九〇四年海牙會議 (Conférence de La Haye) 關於繼承問題中之特別一點——國家收取財產，是否爲承繼人，抑爲主權者——予以明確之規定，此亦爲關於命意者。

在實際上，各國對於此問題之見解，大不一致。在法國當國家收取死者之財產時，非用依法繼承名義，乃視爲主權者之當然行爲，謂物不可無主，今死者既無繼承人，當然由國家收取之。故國家收取此種無主之財產，非承繼，而爲占領。

但是既曰占領，則國家僅能於其領土內爲之，領土以外固無權可以占領也。如

此：法國政府——國家——只能收取在法國之無主財產，若在外國，則無權過問。同時，外國政府——國家——對於其國民遺在法國之財產，亦不得收取之。因此：法國繼承法，若無繼承人，則其財產，由其所在地國家收取之。即意大利人死後，在法國遺有大宗動產，均屬有價證券，且存在一銀行。此時對於繼承問題，本應依照意大利法，因據法國國際私法，動產之繼承，應依照死者住所地法，而死者之住所地在意大利，故也。——假定的——但是依照意大利法，該死者除意大利國家外，並無繼承人。此時意大利國家，能如普通繼承人，如父母兄弟姊妹等，收取在法國之財產乎？曰：不能。因據法國之命意，國家收取財產，乃為國家之主權，而非繼承權故也。故對於此種財產，惟法國政府——國家——得收取之，而意大利國家無與焉。

對於此種財產之處置，以主權之觀念為根據者，法國外尚有英國。惟有許多國家，其命意完全與英法相反，如德國意大利瑞士，當國家收取死者遺產時，即以繼承者之名義為之；而命意之衝突，即從此而起。

且吾人應注意：若國家以繼承名義收取死者遺產，使此死者而為外國人時，即

應允許該外國政府——國家——有收取權。如此各國間關於此問題之衝突時有所聞。

一九〇四年之海牙會議，有鑒於此，將此問題提出討論，當時德國代表，根據本國立法者之命意，提議國家宜以繼承人名義收取財產，其用意完全為利己的，因如上所述，若視國家為繼承人，則國家可取得其國民遺留於外國之財產，而德國為向外移民國，若採用此制度，則德國之所得較所失者當大五十倍，宜其鏗鏘以爭也。惟其他各國，知其用意，乃大反對之，卒以主權占領說通過。而此問題遂決解，不可謂非一好現象也。

使此後訂立條約或公約時，均能注意及之，則各種命意之衝突，可以漸漸減少，然欲完全廓清，則有待於各國學者之國際私法統一會議。

### 第三節 公共秩序

公共秩序，在法文為 *l'ordre public* 二字，英文亦同 *the public order*，其字甚簡，然細考其義，尚含有善良風俗之意。吾國每以公共秩序，善良風俗二語並用，而

西文則單稱公共秩序者，簡字法也。（以下單稱公序）

吾人對於公序應分三層研究：（一）公序之性質，（二）公序之變化，（三）公序之效果。

（一）公序之性質

說者謂凡普遍性法，皆為關於公序之法律，*Public* 即如此者解釋，嘗曰凡關於公序者，皆應有普遍性；有普遍性者，皆為關於公序。二者如物之兩面，一而二，二而一者也。

此說吾人卻不敢贊同，蓋既視二者為一致，則有『普遍』之觀念已足，而公序之觀念，乃成贅瘤。

故欲公序之觀念有相當之效用，須假定有某種案件，依解決法律衝突規則，本應適用外國法，但是適用外國法，有時卻有困難，有危險，有害於公共團體，而不能不極力避免之。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，乃為一種獨立觀念，有時非應用

不可——此爲適用外國法而覺有害時之一種救濟工具 (remède)。

我國民七八月五日之法律適用條例第一條之規定，即本此意。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。其意乃曰：公序之觀念，在各國間，既彼此不同如此，有時雖依國際私法原則，應適用外國法，但是爲顧全己國公序起見，卻不能不有例外，故公序之觀念從性質上觀察，不宜視爲常則，而應視爲例外，爲保留條件。且此種解釋，爲多數國家所贊同，而我國之規定，殆亦從同耳。

### (二) 公序之變化

公序之觀念，因地而變，因時而變，乃至無定者。

(a) 因地而變 第一，公序之觀念，隨各國之政治觀念，社會風俗，宗教思想而不同。如一事，在甲國視之極爲當然，而在乙國視之或以爲不可容許者，因在國際間，對於公序，尙未有統一之觀念故也。今考之實際，除禁止海盜，禁止奴隸，爲世界各國所公認外，而所謂公序者，國與國不同。如在意大利，若有人欲離婚，即使其爲法人

或比人意國法官必答曰：在意大利內，並無此制，因其違反意國公序也。但是在法比則許人離婚，且視為當然，無足怪者。

故在今日，公序完全為國內性，而非國際性。

且在實際上，公序之觀念最不相同者，莫如各國與蘇維埃之間。有許多問題，蘇維埃視為關於公序者，而他國則非之；至他國以為關於公序者，而蘇維埃又非之，因蘇維埃之法律基本觀念，與各國大不同也。

簡言之，公序之觀念，從橫的方面觀察，乃為動的，游移的，變化的。

(b) 因時而變 第二，公序之觀念，隨時代而變遷，吾人今日視為公序者，過數星期後，或數年後，或不復維持今日之意見。試舉一史例為證：在一八八四年前，法國絕對不許外國人在法國離婚，因在此年以前，法國不許離婚故也。至一八八四年，乃恢復離婚制，昔日以為違反公序者，此後視為當然矣。

由此觀之，公序之觀念，不但國與國不同，即在同一國家之中，亦隨時代而變遷。但是斷定一事是否關於公序，為法官之特權，論者每多駁斥之。惟據吾人之意



見，舍此實無他法，且法官之任務，實有較此更重大者，如對於訴訟，凡事實問題，法官有獨裁之權，今對於此點，既信任之，則對於決定『適用外國法律有無妨礙』問題，又何獨而懷疑之？若說法官有權可以斷定犯罪者有偷盜或殺人行爲，并得處治之，而謂其無權可以斷定『適用外國法是否有害於社會』，實爲不合邏輯；且如上所述，公序既隨時隨地而變化，欲以一法律一一舉定之，確爲事實所不可能，故以審定是否關於公序之權，歸之法官，正可保持公序之時間性（*actualité de l'ordre public*）。

（三）公序之效果 如上所述，『公序』非原則，而爲例外，爲適用外國法而覺有害時之一種救濟。若然，則應用公序之觀念時，其效果，非常爲一致；有時純爲消極的，有時既爲消極的而又爲積極的。

（1）消極的 假定一問題，提出在中國法官之前，彼本應適用阿富汗法，但若果適用之，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。

(2) 消極的同時又爲積極的，但是有幾種案件，應用公序之觀念時，其效果不僅爲消極的，同時又爲積極的；易言之，即法官不但不適用外國法，并適用法院所在地法以解決其案件，前者爲消極的，後者爲積極的，即後者取前者而代之。

但是應用公序之觀念，其效果既有純爲消極的，又有同時爲消極與積極的，吾人將何以識別之，請舉示其方式如下：

當法院所在地法聲言禁止某事時，若欲使此法律滿意，只須遵重其禁令，即只須不適用外國法即可。

然而有時法院所在地法，並不以禁止而即滿意，乃更欲有所作爲，有所成就。總之，如法院所在地法，僅曰：吾禁止之，則其效果爲消極的。若曰：吾不但禁止之，且命令之，則其效果既爲消極的，復爲積極的。請更舉例以明之。

(1) 應用公序觀念而單生消極效果者，如意大利爲不許離婚之國，若有一法國人，引證法國法，願在意國離婚，意國法官乃曰：意國法律禁止離婚，不可不尊重之，於是彼即拒絕適用法國准與法人離婚之法律。簡言之，即不許離婚。且即此已

完，無復他事可爲，此之謂單純之消極效果。

(2) 應用公序觀念，而同時發生消極和積極效果者。請照一新近（一九二二年）之法國巴黎高等廳判例說明之：有二塞爾維人，願在巴黎結婚，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？照常例，婚姻應適用當事人之本國法，在本案，乃爲塞爾維法。但是塞爾維法既規定除用宗教儀式外不能結婚，在巴黎高等廳視之，則爲違反法國之公序。然則將如何以使法國公序滿意乎？如僅說不適用外國法——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，先不用塞爾維法（消極的），後適用法國法（積極的）。

結論 公序之觀念，既如上所述，國與國不同，則衝突之生，實爲當然之結果。且世界若未大同，則此等觀念，將永無統一之可能。故吾人宜努力於智識協作（*open intellectualization*），使世界各國之政治意義，社會思想，宗教觀念，漸趨一致，方

可冀有同一之公序觀念，而世界大同之基礎，亦由此而定矣。

#### 第四節 竊法舞弊

竊法舞弊之觀念，其意義究何在？請解答如下：

有人因本國法律，不利於其所企圖，乃設法投身於他國法律之下，專以遂此企圖爲目的，此之謂竊法舞弊。

在國際私法中，應用此竊法舞弊之觀念，其用意非他，卽所以使法官得以此觀念爲根據，以維其原來該管法律之不可違性和制裁能力，使竊法舞弊者不得逞其私謀，簡言之，卽所以使法官得不適用那種被竊之外國法。

今試舉例以明之：如夫妻二人，籍隸意國，因感本國法不許離婚之不便，乃歸化於法國，專以離婚爲目的，及一旦達到目的之後，卽復歸意國，利用已離婚名義，以求解決其他法律關係。此時，意國法官，卽曰：此爲竊法舞弊，此種離婚，當然不宜承認之。若然竊法舞弊之觀念，亦爲一種特別的補救方法，應用此種方法，得將通常應該適用之外國法避免之。

今將應用竊法舞弊觀念之條件及其效果次第論述如下：

一、應用竊法舞弊觀念應具有二條件：第一，須有竊法舞弊之用意；第二，須對於一種案件，若非竊法舞弊觀念，即無以避免外國法——即不能不適用外國法。

(1) 第一條件，須有竊法舞弊之用意。在國際私法中，欲知其竊法舞弊之事實，確實成立與否，須研究當事者之用意，即須知其是否對於一種法律，因其與計畫中事有妨礙而故意避免之。

如有人置身於一外國法律之下，並非因一特別事件，而欲避免原來該管之法律，即缺乏竊法舞弊之要素。反之，若專欲假外國法為護符，以遂其某種私謀，方為真正之竊法舞弊。前者例如一意人，歸化於法國，而欲在法國法律之下生活是也。後者例如一意人，歸化於法國，專以離婚為目的是也。故欲審定是否竊法舞弊，以當事者之用意為唯一標準。且竊法舞弊之實例，除上述之歸化問題外，尚有關於其他之問題者，試舉數例以證。

(a) 關於改換住所者。當國內法未統一時，巧黠之流往往欲藉改換住所

以避免其原來該管之法律，而置身於另一有利於己之法律。如昔日法國在 *Normandie* 之習慣法，不允許夫妻財產共有制度，有夫妻二人，覺其不便，特往巴黎，另定其住所，及此新住所定好之後，即復回 *Normandie*。此為完全竊法舞弊舉動，故法儒 *Froland* 乃名此二人為叛法者，即背叛其原來該管法律之謂也。

(b) 關於改變宗教者 在 *Syrie* 近來有一案，即欲改易宗教，以避免其民事上之負擔者。蓋在 *Syrie* 關於人之法律，仍適用宗教法，故有一基督教徒，曾由其該管法律判令給與其妻以一種撫養金，意欲規避之，乃皈依回教，因依回教法，彼即可免付此撫養金也。後經 *Syrie* 最高法院審判，認定其為竊法舞弊，而駁斥之。

觀上述之例，竊法舞弊之成立要素，常為心理的。

(2) 第二條件，非竊法舞弊觀念，即無法捕救。如前所述，竊法舞弊之觀念，為一種救濟方法，因為若果適用被竊之外國法，將發生一種弊害，故特用此觀念以制止之。但是既為一種補救方法，則此方法，須為必要的。易言之，當吾人絕無其他方法可以應用時，方宜應用此種竊法舞弊觀念。譬如二法國人，為欲避免家庭之阻撓起

見，乃往蘇格蘭邊境結婚，因該地結婚手續，只須立一雙方願意書即可，極爲單簡故也。此種行爲，雖亦可名爲舞弊，但不必用竊法舞弊之觀念以制止之，因據法國民法第三條之規定，法國人即在外國，其身分與能力，仍應服從本國法也。又如二法人，在外國祕密結婚，亦爲舞弊之一種，但亦不必適用竊法舞弊之觀念，因法國民法第一九一條，明白禁止祕密結婚也。

但竊法舞弊觀念，有時爲保持強制性法律之制裁力起見，卻不能不特別借重者，因此時除此觀念外，絕無其他之制裁方法也。夫今日國際私法之目的非他，不過欲使國內法而變爲國際法時，仍能維持其原來面目耳。但欲達此理想，有一先決問題，即當國內法爲有管轄權時（即應適用時），外國法官，亦非尊重之不可；然而當竊法舞弊成立時，即與此相反。有幾種法律，在國內法本爲強制性者，一入國際關係中，因竊法舞弊之結果，即不能保存其本來面目矣。然吾人皆知：一法律在國內法爲強制性者（imperative），在國際法仍宜保存之，不然忽棄有強制性之國內法，而貿然適用外國法，不但不能使各國家互相接近，俾國際法律生活，日趨順利，且將使各

國家主權之應有威信，亦大為減削矣。

是以當一案件發生，並無其他方法可以制止當事者之欲規避原來該管之法律時，法官即應適用竊法舞弊之觀念，曰吾不適用外國法。

今將不能不應用此觀念之例舉示一二如下：

如法國 *la Princesse de Bauffremont* 之歸化德國，專為離婚案（一八七五年），絕無其他救濟方法；因 *la Princesse* 已為德國人，有權可以引用德國法，可以離婚，即不能拒絕其再嫁（再嫁於一羅馬尼人）。然而法國法官，為維持其法國法律之威信起見，卻不能承認其離婚，以便否認其再嫁，故不能不應用竊法舞弊之觀念以制止之，對她明白宣言：『在吾人視之，汝仍為 *la Princesse de Bauffremont*，汝並未離婚，故不允汝再嫁。』

此案若無此救濟方法，則 *la Princesse* 之再嫁，法國將不得不承認之，故認定有時應用竊法舞弊觀念，乃為一種必要之救濟方法，實非過語。

關於改換住所問題亦然，通常新住所法，應該支配其新得住所者，若非應用此



竊法舞弊觀念即無法可以救濟之。

故此觀念，有時與欲避免出險，不可不有巡警，同其用處。

二者皆爲一種防範制止之工具；雖或不時時用到，但用到時，卻非常緊要。

二、應用竊法舞弊觀念之效果 此等效果，應分三方面研究：一、對於「當事人欲避免其法權之國家」；二、對於「當事人欲援用其法律之國家」；三、對於第三國。

(1) 對於「當事人欲避免其法權之國家」 關於此點，除法國大理院外，均無確定之意見。依該院制度，對歸化舞弊一節，意謂「歸化既爲一外國政府所核准，則我國法院即無權可以宣告其無效；所可能者，惟不予承認其所生之關係而已。如 *La princesse de Bauffremont* 既依法歸化於德國，則歸化本身問題，當然有效，且與法國毫無妨礙。蓋察其實際，*La Princesse* 之欲破壞法國法律之處，究何在？曰：即欲離婚是已。因此，他不必論，惟離婚一端，當不承認之。今既不承認其離婚，則對於再嫁一層，尤應視爲無效，更不待言矣。且如此解決，已足使法國法律滿意，固不必趨之太遠也。」

然此種見解，大受學者之批評，謂既承認其歸化，復拒絕其所生之關係，出爾反爾，邏輯何在？如對於 *la princesse de Bauffremont* 既承認其歸化於德國，即承認其爲外國人，今關於其身分，仍使之服從法國法，何自相矛盾乃爾！夫既絕不欲承認其歸化後所生之關係，何如并其歸化亦拒絕之之爲愈乎？蓋法國法院，雖無權可以宣告德國政府行爲爲無效，然彼總有權可以斷定其原隸國民已否失去本國國籍。故當一國民請求歸化他國，專爲便於離婚時，即認其歸化爲有瑕疵，而不許其失去原屬國籍，實爲事理之可能者。

由此觀之，關於此問題，學者之意見，與法院（法國大理院）之判例，既如此其不一致，將來尙須學者之研究以求得一統一之解決方法也。

（2）對於當事人『欲援用其法律之國家』凡國家莫不喜人援用其法律，此實爲一大通病，故自古迄今，凡國家，但若有人援用其法律，雖明知其竊法舞弊，莫不一律承認其有效。如法國，對於本國國民，如 *la princesse de Bauffremont*，本不承認其離婚再嫁者，但當離婚制度恢復之後，有外國人來請求歸化，亦專以離婚爲目

的，竟慨然允許之，其顛倒錯亂，爲如何乎？如 *Madame Ferrari* 本爲意人，請求歸化法國，專以離婚爲目的，且其夫仍爲意人，此爲 *Bauremont* 案之反面，乃法國大理院以昔日不許 *Bauremont* 者以允許 *Madame Ferrari*，只因一爲出國，一爲入國，而其法律觀念，遂至顛倒若此，可笑孰甚！

且如吾人在前所述，凡一種法律，在國內方面，既承認其有不可違性者，在國際方面，仍宜保存之。故一國家對於其人之藉竊法舞弊行爲以圖援用其法律者，即應認定此種行爲爲不當，而毅然拒絕之，俾他國之具有不可違性之法律，仍得繼續生效，名似尊人，實則互相尊重耳。

(3) 對於第三國 第三國對於此等竊法舞弊行爲，當然不宜承認其有效，蓋國際間最要者，爲互相尊重法意，故第一國之法律，既具有不可違性，第二國當然不可以破壞之，若既破壞之，第三國即宜矯正之，此其說當爲學者所贊成者。

總論 上述之四問題：一，送還說；二，命意之衝突；三，公序之觀念；四，竊法舞弊之意義，爲今日國際法學家聚訟之點，若欲溝通之，融和之，實非一人之能事。故今日組

織世界國際私法學會，以圖衆謀之僉同，實爲當務之急。但是學者欲分任此重務，須有『世界精神』，然後在法律上可以打破國界，而使國際私法成爲真正之國際法。

#### 第四章 尊重既得之權利

何謂既得權利 上所論者爲一種權利之產生或消滅時所應適用之法律問題，此卽吾人所謂『法律之衝突者』。譬如欲締結婚姻，及解除婚約等，一爲關於權利之產生，一爲關於權利之消滅，而法律衝突問題，卽當此種權利產生或消滅時，從許多法律中，決擇一適用之法律是也。

然當一權利存在時，在外國，將發生何種效果？或一種權利，依其該管之法律已不復存在時，在外國，將停止發生何種效果？

此時不復關於真正之法律衝突問題，因吾人不復研究產生或取銷一種權利，究應適用何種法律，而研究一種權利已產生之後，在外國究生何種效果，此顯然爲另一事，有人名爲『既得權利之承認問題』(le problème de la reconnaissance

des droits acquis), 亦有名爲『權利之輸入問題』者 (le problème de l'importation des droits), 意謂：一權利產生於甲國後，移入乙國時，究生何種效果乎？

據此以觀，則此新問題，與法律衝突問題之不同，顯而易見，蓋此時不復關於一住居中國之外國人，欲在中國結婚，究應適用何種法律。而爲一外國人，假定已在他國結婚，吾人欲知其在我國，其婚姻是否能得我國之承認——此明明爲在中國以外所得權利之效果問題。

從時間上說，法律衝突問題，與尊重既得權利問題，有先後之次序：法律衝突問題常在先，尊重既得權利問題常在後，因權利未產生以前，固無所謂既得權也。及已產生，然後可以發生『國際效果』問題 (l'efficacité internationale)。

且此既得權問題，與時間衝突問題 (la question des conflits dans le temps), 略有相似之點；譬如關於婚姻問題，有一人當其結婚時在外國，而現在則又在中國，此爲外國法律與中國法律之先後衝突，蓋前既適用外國法律以結婚，今復須查照中國法律以視其效果也，若然，非時間衝突而何？

又此既得權問題，同時爲空間衝突問題 (*un conflit dans l'espace*)，因其衝突之發生，乃在外國與中國之間；易言之，常在各國之間也。

嘗考此尊重既得權之觀念，發明不久，然在實際上，卻非常重要；不然，在某國產生之權利，欲其在他國發生效果，將何所依據乎？

上述者爲法律衝突問題與尊重既得權利問題之關係。茲又將尊重既得權分四節以說明之：(一)尊重既得權利問題發生之情形，(二)既得權存在之條件，(三)既得權之效果，(四)對於尊重既得權原則之例外。

#### 第一節 尊重既得權利問題發生之情形

尊重既得權利問題，有單獨發生，而其先在權利產生時，並未發生法律之衝突者。有權利之取得與尊重二問題先後並起者。茲將此二種情形分論如下：

第一種情形 既得權利問題單獨發生者 此種情節，即指權利發生時，並不解決法律衝突問題——並無法律衝突問題之發生，其後既得權問題，乃獨自發生者。如前所述，此爲一新問題，故欲解決之，須應用一新原則——即既得權之原則

(le principe des droits acquis) 請先舉一例以明之：

譬如有二英人，在英國結婚，且未離英國，此時絕不引起國際私法問題，因其並未將其權利帶入他國也。故此時不過爲純粹之內國私法問題，並無所謂法律衝突也。蓋有一衝突須解決時，必有一外國之要素，否則固不成爲國際私法問題也。

惟此二英人，一旦到外國，須證明其夫婦資格時——譬如到中國，易言之，即將其夫婦資格帶入中國時，若國際私法僅限於研究權利產生時所應適用之法律，此時吾人卽不復知此二英人之婚姻，在中國究能發生何種效果，是以不可不援用一種新觀念，一種新原則——卽尊重既得權利之原則，蓋實際上在一切解決法律衝突之方法中，固無可以解決此新問題，因其與此問題毫無關係也。

且關於尊重既得權之問題，非常之多，恐較法律衝突問題爲尤甚，因爲當權利發生時，固有立即帶有國際性者，如外國人在中國結婚是也。然亦有絕無國際性者，如中國人在中國結婚是也。但外國人在中國結婚之數，當然比中國人在中國結婚者爲少，卽此可以推知當權利初發生時，帶有國際性者——卽成爲法律衝突問題

者——殆甚寡；至於權利發生之後，不論其屬何種性質（或爲國內性或爲國際性），若一旦移入他國，皆可發生尊重既得權之問題。

由此以觀，若欲法律在空間——在國際間——發生效果，非有尊重既得權之原則不可，不然，在甲國所產生之權利，一到乙國，即不復尊重之，尙有國際貿易及一切國際交通之可能乎？

自數年以來，尊重既得權之原則，已漸漸印入多數學生者之腦中矣。吾人以爲此原則實從國際私法之基本原則『互尊重主權』四字引伸而來——蓋各國既應互尊重主權，則其在各主權之下所產生之權利，當然仍宜互相尊重也。

第二種情形 權利之取得和尊重二問題先後並起者 關於此種情形，請舉例以明之。

第一例 二英人在法國離婚（此時有關法律衝突問題）後，復往意大利，各欲再行結婚，則意大利將承認其在法之離婚而許之乎？使視此爲僅屬於權利之取得問題，吾人將不能不作否定之答語，因意大利不許離婚故也。意既不許離婚，似不



能在意發生效果矣。然在實際上，意大利卻不能不承認其有效焉，因此爲尊重既得權問題，而非權利之取得問題也。

第二例 有二人改易國籍，此後關於彼等之身分與能力，卽宜服從新屬國之法律（此爲有關法律衝突問題），然在改變國籍前，依原屬國法律所已取得之權利當如何（此爲尊重既得權問題）。譬如夫婦二人，前在其原屬國法律之下結婚，而此法律乃爲不許離婚者；今依新屬國法律，卻許離婚之制，於是，有一人——或夫或婦——請求離婚，則新屬國應允其所請乎？抑不應允其所請乎？使視此爲關於法律之衝突問題，吾人應解答如下：依普通原則，離婚當依當事人之本國法，今新屬國法律，既規定可以離婚，當然應允許其請求，但是吾人若應用既得權之意義，當卽下否定之答案，因依原屬國法律既不能離婚，此卽爲其夫婦各個人之既得權固非新屬國之法律所得而剝奪之也。不幸在事實上，對於此問題，各國往往有相反之解決，此亦法理上普通錯誤之一端也。

## 第二節 既得權存在之條件

既得權之存在，須具備二個重要條件：第一，當取得一權利時，應依照其該管法律；第二，權利之取得，須滿足該管法律所規定之一切條件。茲復分二段以說明之：

### 第一段

第一條件——一權利之取得須依照其該管法律——

一國家除非依照本國國際私法制度，認某種權利——外國人在外國取得之權利——為依照其該管法律取得者，即不得承認之。今為欲說明此原則之應用起見，特將下列二種情節分別敘述如左：

第一種情節：某人向甲國請求承認其在乙國所取得之權利，然依甲國制度，其取得權利之該管法律，應為甲國自己之法律，當此種情節，若其權利之取得，並非依照甲國法律，則甲國當然不能承認其既得權。譬如二法人，在外國，請求離婚，假定在美國，而彼等竟得遂其所請，因在美國，離婚問題歸諸住所地法也。然依法國制度，此二法國人，仍須服從法國法，若然，此二法人之離婚，在法國視之，不能承認其有效，因其不依照法國法律——即該管法律——故也。易言之，因其離婚之成功，乃依照一

法國不承認爲該管之法律故也。此項理論，實爲根據『各國法權自主』之原則者。總言之，凡在乙國取得權利，欲甲國承認其有效，須不違背甲國國際私法制度之全部。

第二種情節：某人向甲國請求承認其在乙國所取得之權利，而依甲國制度，其取得權利之該管法律，非爲甲國自己之法律，此時，應如何決定其該管法律乎？吾人特將此種情節，從上述之第一種情節分別研究，因依各家之學說，對於此種情節之答案，有時往往與對於第一種者大異也。蓋嘗有人作下述之推理：甲國（權利移入國）對於此問題，既無關係，則一權利之取得，或依乙國法，或依丙國法，又奚擇爲所要者，惟一權利之取得，依本國國際私法制度，應適用本國法律者，查明其取得時是否必須依照本國法，然後決定其應否承認可耳（第一種情節）。若既不須適用本國法，則無論適用任何外國法，皆當承認其有效。因此一人在甲國請求執行一外國判決，只須查明該外國之法院是否有管轄權，惟在解答此問題之前，即應研究本國管轄此案之法院，是否爲甲國法院——此即上述第一種情節時所討論者——使

該管法院果爲甲國法院，則甲國當不承認此外國判決爲既得權利，但該管法院非爲甲國法院——此卽吾人所研究之第二種情節——只有一任何外國法院有管轄權，甲國卽應承認之，譬如一人，呈出一英國判決書，卽此便可證明：依英國法，英國法院，乃爲有管轄權者，且卽此已足，無庸他究也。

但是據吾人之意見，此種解答，實不允當，蓋一人欲將其在乙國所得之權利，在甲國發生效力，此無他，卽欲請甲國法官予以正式之承認耳。但承認外國人之既得權利，實爲國際私法上一重要問題，而規定此問題，乃爲國家之主權，絕不應使他國越俎代庖，故一外國判決，依中國國際私法，認爲由該管法院發出者，中國固應爲之執行，否則在中國不能承認其有效。

且吾人此項意見，乃有確實之根據：國際法學院 (Institut de droit international) 當一九二四年在維也納開會時，對於執行外國判決問題，經詳細討論之後，曾決議如下：『凡判決僅依其所發給之國家之法律，爲出於該管法院者，尙不足成爲既得權利。』易言之，卽須執行判決之國家，依照其本國國際私法制度，認定此判決

爲出於該管法院者，方得承認其爲既得權，而予以執行。又德國民事訴訟法第二百二十八條，關於外國判決之執行，亦有同樣之規定。

由此觀之，吾人審查一外國人在外國取得一種權利，是否依照其該管法律，無論其爲第一種情形（該管法律爲吾國法律），或第二種情形（該管法律爲非吾國法律），皆應以吾國國際私法制度爲準，此爲第一應注意之點。

此點既明，則對於外人在外國取得之權利，在中國，是否應承認其爲既得權，須查照下列之公式：

依中國國際私法制度，爲出於該管法律者，則承認之，否則宜否認之。

上述者爲既得權存在之第一條件——卽一權利之取得須依照其該管法律。

### 第二段

第二條件——一權利之取得，須滿足其該管法律所規定之一切條件——

吾人須知一權利本應依某國法律以取得者，卽應查某國國內法以知下列之要點：此權利之取得，是否已滿足該法所規定之一切條件？此爲吾人所應注意者。且



關於此種條件，當就下列之三點分別研究之：（一）權利之產生，（二）權利之規定有不同時，（三）權利之消滅。

第一點 一權利之產生應依照外國法（該管法律）而為有效者。假定有二人在某國結婚，若依該國法律，其婚姻應視為無效，則各國皆應視作無效。請舉一例以證之：有二人於歐戰前，在俄國結婚，因某種阻礙，未得能滿足俄國法律所規定之條件，因此，其婚姻在俄國為無效，後二人至法國，法國法院亦不承認之。

## 第二點 權利之規定不同時

（甲）假定一人在外國購得一經人竊來之動產，而此國——例如德國——之法律，乃允許在數年之間，失主得追回原物，易言之，依該國法律，購買者尚不得為該動產之主有者，若購買者於購成後，在數日內，即將此動產運至比國，能否宣言現在該動產既在比國，則依比國法，過三年後，則失主即不復能追回矣（法國法亦然）。吾人應答曰不能，因比國法律，為在比國購買之動產而設，而非為先在他國購得而後運至比國者而設，一也。既得權之本身，在移入國不能較其原始國為大，二也。若竟

答曰可能，此非承認既得權，實無異憑空創立一新權利，三也。有此三種理由，則解答此種問題時，可以毅然否認矣。

關於此點，法國法院常不免有錯誤（參觀 Paris (Ire ch), 16, novembre 1927, Bulletin hebdomadaire Dalloz, 1928, p. 109; Adde, Riboyet, *confits de lois relatives a l'acquisition des meubles*, p. 396 et s.）

而美國判例，卻極允當。

(乙) 又如一人在甲國購得一物，而甲國乃為實行『交付制度』(La tradition)者（如德國瑞士是），如未實行此種『交付』手續，則購買者不得為主有者，使人將其物運入法國，是否即可宣稱：『依法國法，單純之契約，即可成為物之主有者，今我所購之物，既已在法國，我即可為此物之主有者？』吾人應答曰否，因為法國法乃專為在法國之事物出賣而設，故必須其事物當出賣時，已在法國者，方可適用，若其事物先在他國，及至出賣之後，方運入法國，則對賣買之本身問題，已非法國法所能過問矣！故主有權在賣買行為發生國不成立時，雖將其事物移入他國，仍不能成

立。且吾人此種解釋，乃根據下列之普通原則，而非憑空臆斷者：

『一權利之存在與否，必須查照其原來該管法律。』

第三點 權利之消滅 一權利依該管法律而產生，仍宜依此該管法律而消滅，此為學者所普通承認之原則。且依該管法律消滅之後，則到處皆應認為消滅，此義甚明，似無待申說者。殊不知在實際上，昧於此義者，尙在所不免，故不得不略加闡闡焉。夫一權利依照該管法律既不復存在，則彷彿如人之已死，故吾人之不能認已死權利為尙存，正如不能認已死之人為尙生也。如吾人舉發明權為例，當得下列之結論：『各國法律，關於發明權之保護年限，雖不能盡同，有五十年（如法國）者，有三十年者，且有十五年者，使其本國僅保護十五年，則在他國雖其法定保護年限較長，當然不能過十五年。』此從邏輯上說，乃為不易之定理，然在實際上，卻有與吾人之意見相左者。嘗考各國條約，往往規定：『一種發明權，在此締約國領得保護證書者，雖在保護年限屆滿之後，若彼締約國法律規定保護年限較長時，乃得繼續受其保護。』此為著名之『發明權聯帶不聯帶問題』，而一八八八年之國際公約（此公



約曾經二次修正第一次一九〇〇年在北京第二次一九一一年在華盛頓，竟未承認聯帶之原則，因此，一發明權雖在原始國爲已死者，仍得繼續存在於他國。其不合理甚矣。

又近來蘇聯將其境內俄人所組織之工商業會社，收歸國有之後，在各國發生許多案件，只將其原委略爲說明如下：當俄人會社被蘇聯收歸國有之後，嘗有分社散存於各國，此種分社，實際上爲總社之事務所，在法律上，並無獨立之生命，今總社——分社生命之寄託者——既死，分社即應視同一律，此爲事理之至明顯者。故當各國未承認蘇聯國家時，固可藉口不承認蘇聯政府之一切行爲，蘇聯雖將俄人會社收爲國有，而各國尙可視死若生，視亡若存，對於在其境內之分社，仍可聽其如常營業。但一旦承認蘇聯國家之後，即不能不承其行爲，而視爲凡爲蘇聯收爲國有之會社，如人之已死，對於其境內之分社，不能不加以取締。關於此事，各國判決，大都取同一之辦法，即將分社暫封，以便將其財產交於應得者 (*Des ryaux droits*)。此亦應用上述之原則——一權利，在原始國既不復存在，則在他國，亦應一律消滅也。

### 第三節 既得權之效果

一權利當其既得之後，應在他國發生效果與在原始國同。如二人，在某外國，依該管法律結婚，則此婚姻即成爲一種既得權，此後無論彼等到何處，皆具有夫婦之資格，可以享有夫婦間之權利，同時應盡夫婦間之義務。

結婚然，離婚亦然。某夫婦二人，在某外國，依該管法律離婚後，此後到處具有離婚者之資格，而得享有離婚者之一切權利，如再婚是。

又如夫婦二人改變國籍，並無竊法舞弊之意 (*sans fraude*)，而依照新國法律，彼等可以離婚，此即彼等所得之新權利，使彼等實行使用此新權利——離婚——則各國皆應承認之。

但是有一種情節，比較複雜，不可不詳細說明之：譬如夫婦中只有一人改變國籍，假定如意大利婦人，歸化於法國，因此夫婦間遂發生國籍之不同，夫仍爲意人，而婦則爲法人，使此婦人既變爲法國人，並無竊法舞弊之意，試問彼此後能否依照彼之本國法（法國法），在法國請求離婚？吾人以爲解決此問題，應適用尊重既得權

之原則：彼夫婦二人，既適用同一法律，即意大利法以結婚，而此法律乃規定不許解除婚約者，此即爲其夫婦各人之既得權。即在外國，亦應受尊重，不然，意大利法本不許解除婚約，而他國竟許解除依據意法所締之婚約，殊與尊重既得權之原則相背馳。蓋欲改易國籍發生效果，必須夫婦二人同時改易之，如此，則二人同在一新法律之下，使此新法律而允許離婚，彼等即可同受其惠，若夫婦中僅有一人改易國籍，仍宜適用夫婦昔日所同屬之國之法律，此確爲夫婦間各人之既得權。故單據夫婦中一人之意志，不能允許其得解除婚約，不然即蔑視其他一人之意志，實違背契約——婚約亦爲契約之一種——原理也。

故吾人討論既得權之效果，其首應注意者，即凡一權利在外國發生效果，應與在原始國者相同也。

因此之故，如吾人應承認一既得權，決不可使之發生比其本身較大之效力。蓋吾人所承認者非他，乃既得權之本身，絕不宜無端擴大之，此爲最淺近之法理。不意在實際上，竟有完全昧於此理者，殊不知擴大一權利，無異從新創設之，而與承認既

得權之意義，已大相逕庭矣。今試舉一案件以證之：

依意大利法，夫婦可以分居 (*separation de corps*)，但絕不能視為離婚之初步，因意國不許離婚故也。而法國則不然，分居乃視為離婚之減輕辦法，由分居而至離婚，乃極為可能之事。故依意國法律分居，與依法國法律分居，名同而實異，前者之效力較小於後者，易言之，即二者並不相等也。故一九二二年七月六日法國大理院判決 *Madama Ferrari* 案時，其意完全與吾人所主張者相同。(註一)

又德國有一種制度，名曰廢止共同生活 (*la suppression de communauté de vie*)，較法國之分居制度，尤為嚴重，幾與離婚無大差別。因此，在德國已得『廢止共同生活』之允許者，在法國正可援為請求離婚之根據；反之，在法國請得分居者，在德國不能希望其與『廢止共同生活』發生同一之效果。

由上述之例觀之，皆可證明既得權在外國不能發生較其本身更大之效果。

乃一九〇二年之海牙婚姻公約 (*convention de la Haye sur le mariage*)，竟有相反之規定謂：『一婚姻在其舉行婚禮國，因形式上之缺點，而視為無效，在他國

仍得承認其有效（第七條）。』若然，則一種權利，在其產生國本屬毫無價值，而在他國，反使之發生效果矣，豈非與『一權利不能發生其本來所不能發生之效果』之原則大相刺謬乎？

且凡權利有地域之限制者，不能發生其超出地域之效果（*los effets extra-territoriaux*）。譬如一權利，產生於某國，且專為某國而設立，則根據該國立法者之意，決不能變為國際性，請舉例以明之。

第一例 依荷蘭法，破產之效果，不能伸展於外國，易言之，荷蘭宣告破產時，該國法律自言其效果僅限於荷蘭國境之內，故白魯塞爾法院（*la cour de Bruxelles*）於一九二四年十二月十三日判決『此項破產依荷蘭法律乃為限於荷蘭者決不能伸展其效果於外國』（參觀 *Reu. belge de droit comp.*, 1922, p. 59），乃完全與吾人之主張相同。

第二例 有甲乙二人，訂定契約，甲對乙約定，在中國，甲決不經營某種商業，決不製造某某機器，或銷售某某出品。若然，則甲所負之契約義務，僅限於中國，使甲在

日本或在他國經營某種商業，或製造某種機器，則乙決不能責甲以違背契約也。

最後，對於既得權之效果，尚有一點，應加注意者，即不能假尊重既得權之名義，而承認一種權利，與實際上所已得者不同也。

#### 第四節 尊重既得權原則之例外

尊重既得權之原則，有兩種情節，不應適用之，而此兩種情節，皆由於權利發生國與權利移入國間之法律制度與法律觀念之不同所致也。茲將此二種情節舉示如左：

第一 甲國某種權利所依據之法律制度 (*Institution juridique*) 而為乙國所無者。

第二 在甲國所得之權利乃為違反乙國之公序者，茲分論之如下：

第一 某種法律制度為甲國所有而為乙國所無者

甲國所產生之權利，欲得乙國之尊重，必須乙國之法律，本來承認此權利之存在，以為國民享受之用，不然，使乙國法律本不承認此權利，本無此制度，又何能一旦

買然承認此淪來物哉？請舉最著明之兩案，以爲佐證。

(一) 『Maria Luz』案。此案乃爲關於運輸苦力者。當一八七〇年左右，有一祕魯船，名爲 Maria Luz 者，離中國領水而往祕魯，在船上載有許多中國苦力，實際上無異真正之奴隸，及至日本領海，適遇大風，不得不暫靠岸口躲避，而日本官廳察得其情，以武力釋放中國苦力，祕魯與日本政府間遂發生外交上之爭執，而日本所持以爲釋放之理由，卽奴隸主有權，爲日本法律中所無者。後此案由日本法院審理，不准祕魯人之請求賠償，祕魯不服，復由二國合請俄皇作仲裁，而俄皇之判詞，與日本法院同一旨趣（Texte dans Perols, p. 93, note 1. et dans Nihoyet, confilts de lois relatifs a l'acquisition de la propriété (Paris, 1912) p. 442)。

(二) 『Oréole』船案。此案發生之情形與上案相似，而判決卻相反，茲簡述之如下：有一美國船，離開美國領水，從 Virginia 州而往 New Orleans，途遇大風，不得不在英國殖民地暫停。此地，英人對於禁止販賣奴隸，非常認真，而 Oréole 船，適載有奴隸，由當地官廳查驗後，將奴隸悉數釋放，美國提出抗議，謂英國不尊重

既得權；但是在英國法律管轄地，爲英國法所不承認之奴隸制度，一旦由外國漂來，是否成爲既得權，英國應否承認之？英美對此問題，既各執一端，卽由兩國組織一混合公斷委員會（*la commission mixte Americaine-anglaise*）以解決之，而此委員會審查結果，竟與美國以勝利，謂英國實不應釋放之，此種主張，固非吾人所能贊同也。蓋一國家在其領土內禁止某種所有權時，則由外國移來者不能在該國發生效力，不能使該國承認，乃當然之理也（參觀 *Recueil des arbitrages internationaux de 177. de Lapradelle et Politis t. 1 p. 686 et s.*）

### 第二 甲國所得之權利乃爲違反乙國之公序者

凡從甲國所得之權利，若違反乙國之公序，乙國卽不應承認之，因一國之公序，絕對不可侵犯故也。請舉例以明之：

第一例 如一外國判決，責令一負債者以現金付還欠款，而法國乃爲強迫通行紙幣者，則該判決卽爲違反法國之公序，故法國法院，當然不允許其執行。

第二例 一外國判決，因有人控告一遺囑之不合法，卽將其人之承繼權剝奪



之，因其不准控告遺囑也。然依法國法律卻可以控告，而視為有承繼權者應有之權利。故當此種外國判決請求法國法院執行時，法國法院應嚴加拒絕，因其違反法國公序也（參觀 *Un Arrêt de la Cour d'Aix du juillet 1903. eimnet, 1904, p. 150*）。

上述者為普通之原則。

但與公序衝突者，非權利之本身，而為取得權利之手續時，又當別論。請舉例以明之：如在一九一二年前一外國人，在法國起訴，以追求親系為目的，而法國法院乃不許其起訴，恐其不免引為公序所禁止之證據也。但『自然親系』（*In filiation naturelle*）之本身，實為當時法律所承認，故並不違反公序，因此，追求親系，若在法國外為之，且已得勝訴，則在法國請求執行其判決，並不違反法國公序，故法國法院常適用尊重既得權之原則，而准其所請焉。

（註一）*Madame Ferrari* 本為意大利人，依意大利法與其夫分居後，乃歸化於法國，即向法國請求離婚，雖得高等法院之許可，而大理院乃駁回之，并申述其理由如下：使外國之夫婦分居制度，與吾國相等，如比國制度然，吾人固可視為離婚之根據，但意國制度，既與吾國大不相同，又安能允許

林德林 (林德 Rev. dr. int. pr. 1922-28, p. 444. *Annuaire* 1922, p. 714 Sirey, 1923. 1. 5, Duloz, 1922. 1, 198)

## 附錄

### 一 國籍法

#### 第一章 固有國籍

第一條 左列各人屬中華民國國籍：

- 一，生時父為中國人者；
- 二，生時父死後其父死時為中國人者；
- 三，父無可考或無國籍其母為中國人者；
- 四，生於中國地父母均無可考或均無國籍者。

#### 第二章 國籍之取得

第二條 外國人有左列各款情事之一者，取得中華民國國籍：

- 一，為中國人妻者，但依其本國法保留國籍者，不在此限；
- 二，父為中國人經其父認知者；

三、父無可考或未認知母爲中國人經其母認知者；

四、爲中國人之養子者；

五、歸化者。

第三條 外國人或無國籍人經內政部許可得歸化。

呈請歸化者，非具備左列各款條件，內政部不爲前項之許可：

一、繼續五年以上在中國有住所者；

二、年滿二十歲以上依中國法及其本國法爲有能力者；

三、品行端正者；

四、有相當之財產或藝能足以自立者；

無國籍人歸化時前項第二款之條件專以中國法定之。

第四條 左列各款之外國人現於中國有住所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。

前項第一第二第三款之外國人，非繼續三年以上，在中國有居所者，不得歸化；但第三款之外國人，其父或母生於中國地者，不在此限。

第五條 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。

第六條 外國人有殊勳於中國者，雖不具備第三款第二項各款條件，亦得歸化。  
內政部爲前項歸化之許可，須經國民政府核准。

第七條 歸化須於國民政府公報公布之日，自公布之日起發生效力。

第八條 歸化人之妻及依其本國法未成年之子，隨時取得中華民國國籍；但妻或未成年之子其本國法有反對之規定者，不在此限。

第九條 依第二條之規定取得中華民國國籍者，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長及委員會委員長；
  - 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。
- 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。

### 第三章 國籍之喪失

第十條 中國人有左列各款情事之一者，喪失中華民國國籍：

- 一、爲外國人妻自請脫離國籍經內政部許可者；
- 二、父爲外國人經其父認知者；

三、父無可考或未認知母爲外國人經其母認知者。

依前項第二、三款規定喪失國籍者，以依中國法未成年或非中國人之妻爲限。

第十一條 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，但以年滿二十歲以上，依中國法有能力者爲限。

第十二條 有左列各款情事之一者，內政部不得爲喪失國籍之許可：

一、屆服兵役年齡未免除服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。

第十三條 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、爲刑時嫌疑人或被告人；

二、受刑事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。

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中國人時，其權利歸屬於國庫。

#### 第四章 國籍之回復

第十五條 依第十條第一項第一款之規定喪失國籍者，婚姻關係消滅後，經內政部之許可，得回復中華民國國籍。

第十六條 依第十一條之規定喪失國籍者，若於中國有住所並具備第三條第二項第三第四款條件時，經內政部許可，得回復中華民國國籍；但歸化人及隨同取得國籍之妻及子喪失國籍者，不在此限。



第十七條 第八條規定於第十五條第十六條情形準用之。

第十八條 回復國籍人，自回復國籍日起，三年以內不得任第九條第一項各款公職。

#### 第五章 附則

第十九條 本法施行條例另定之。

第二十條 本法自公布日施行。

## 二 國籍法施行條例

第一條 在國籍法及本條例施行前，依國籍法及其施行規則已取得或喪失或回復中華民國國籍者，一律有效。

第二條 依國籍法第二條第一款至第四款及第八條取得中華民國國籍者，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，併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。

第三條 依國籍法第二條第五款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。

第四條 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。

第五條 依國籍法第十一條規定願喪失中華民國國籍者，應由本人出具聲請書，呈請住居地方之該管官署，轉請內政部核辦，其居住外國者，如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。

第六條 依國籍法第二條第五款及第十一條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。

第七條 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。

第八條 取得回復或喪失中華民國國籍後，現有與國籍法之規定不合情事，其經內政部許可者，應將已給之許可證書撤銷，經內政部備案者，應將原案註銷，並於國民政府公報公布之。

第九條 國籍法施行前中國人已取得外國國籍，若未依前國籍法及其施行規則呈明者，應依本條例第五條之規定辦理。

第十條 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。

第十一條 本條例所引之聲請書願書保證書及許可證書程式另定之。

第十二條 本條例自公布日施行。

### 三 法律適用條例

#### 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。

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。

第三條 外國法人經中國法認許成立者，以其住所地法為其本國法。

第四條 依本條例適用當事人本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法。

#### 第二章 關於人之法律

第五條 人之能力依其本國法。

外國人依其本國法爲無能力，而依中國法爲有能力者，就其在中國之法律行爲，視爲有能力；但關於依親族法繼承法及在外國不動產之法律行爲，不在此限。

有能力之外國人取得中國國籍，依中國法爲無能力時，仍保持其固有之能力。

第六條 凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法及中國法同有禁治產之

原因者，得宣告禁治產。

第七條 前條規定於準禁治產適用之。

第八條 凡在中國有住所或居所之外國人生死不明時，祇就其在中國之財產及

應依中國法律之法律關係，得依中國法爲死亡之宣告。

第三章 關於親族之法律

第九條 婚姻成立之要件，依當事人各該本國法。

第十條 婚姻之效力，依夫之本國法。

夫妻財產制，依婚姻成立時夫之本國法。

第十一條 離婚依其事實發生時，夫之本國法及中國法均認其事實爲離婚原因者，得宣告之。

第十二條 子之身分依出生時其母之夫之本國法，如其夫於子出生前已死時，依其最後所屬國之法律。

第十三條 私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法。認領之效力，依認領者之本國法。

第十四條 養子成立之要件，依當事人各該本國法。養子之效力，依養父母之本國法。

第十五條 父母與子之法律關係，依父之本國法；無父者，依母之本國法。

第十六條 扶養之義務，依扶養義務者之本國法；但扶養權利之請求，爲中國法所不許者，不在此限。

第十七條 前八條以外之親族關係，及因其關係所生之權利義務，依當事人之本

國法。

第十八條 監護依被監護人之本國法；但在中國有住所或居所之外國人，有左列情形之一者，其監護依中國法。

(一) 依其本國法有須置監護人之原因，而無人行監護事務者；

(二) 在中國受禁治產之宣告者。

第十九條 前條之規定於保佐準用之。

第四章 關於繼承之法律

第二十條 繼承依被繼承人之本國法。

第二十一條 遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法。

遺囑之撤銷依撤銷時遺囑人之本國法。

第五章 關於財產之法律

第二十二條 關於物權依物之所在地法；但關於船舶之物權，依其船籍國之法律。物權之得喪，除關於船舶外，依其原因事實完成時物之所在地法。



關於物權之遺囑方式，得依第二十六條第一項前段之規定。

第二十三條 法律行爲發生債權者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人意思不明時，同國籍者，依其本國法；國籍不同者，依行爲地法。行爲地不同者，以發通知之地爲行爲地。

契約要約地與承諾地不同者，其契約之成立及效力，以發要約通知地爲行爲地，若受要約人於承認時，不知其發信地者，以要約人之住所地視爲行爲地。

第二十四條 關於因事務管理不當利得發生之債權，依事實發生地法。

第二十五條 關於因不法行爲發生之債權，依行爲地法；但依中國法不認爲不法者，不適用之。

前項不法行爲之損害賠償及其他處分之請求，以中國法認許者爲限。

#### 第六章 關於法律行爲方式之法律

第二十六條 法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法。但遵用規定行爲效

力之法律所定之方式，亦爲有效。以行使或保全票據上權利爲目的之行為，其方式不適用前項但書規定。

第七章 附則

第二十七條 本條例自公布日施行。

# 國

# 際法

商務印書館  
出版

國際法大綱	(現代社會) (本學部書)	周啓生著	定價	布面二元四角
現行國際法		蔣怡萬著	定價	紙面四元六角
新國際公法		周壽著	定價四元五角	
國際公法要略		錢遜因譯	定價四角五分	
平時國際公法	<i>T. J. Lawrence: A Handbook of Public International Law</i>	日本中村進午著 陳時夏譯	定價一元	
戰時國際公法		日本中村進午著 陳時夏譯	定價一元	
國際私法		王毓英編	定價二元	
國際私法		日本山田三良著 李俊譯	定價一元	
局外中立法精義		王鼎譯	定價六角	
國際民商法論	<i>T. J. Lawrence: Principles of International Law (3rd part)</i>	潘承經編	定價六角	
中國國際商約論	(政法)	鄭煥編	定價九角	
中國國際私法論		唐紹翔著	定價一元	
中國國際法論		日本今井嘉幸著 張森如譯	定價九角	
中國國際條約義務論		刁敏謙著	定價三元	
國際條約大全	增訂本		定價三元	

國立中央大學叢書  
國際私法大綱

此書作者極極印必完

中華民國二十年六月初版

每冊定價大洋貳元肆角

外埠酌加運費匯費

著者 于 能 模

發行人

王 雲 五  
上海霞山路五〇一號

印刷所

商務印書館  
上海霞山路

發行所

商務印書館  
上海及各埠

定價大洋貳元肆角

National Central University Series  
THE OUTLINE OF PRIVATE  
INTERNATIONAL LAW  
BY YU NENG MU

PUBLISHED BY Y. W. WONG

1st ed., June, 1931

Price: \$2.40, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD., SHANGHAI  
All Rights Reserved

