

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.rw.2022.06.001

欢迎按以下格式引用:谢翀.论《大清国籍条例》的制定及其法律意义[J].重庆大学学报(社会科学版),2022(4):151-161. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.rw2022.06.001.



**Citation Format:** XIE Chong. On the enactment and legal significance of Qing Nationality Ordinance[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2022(4): 151-161. Doi :10.11835/j.issn.1008-5831.rw2022.06.001

# 论《大清国籍条例》的制定及其法律意义

谢 翀

(上海交通大学 凯原法学院,上海 200030)

**摘要:**“国籍”是伴随着西方近代民族国家所形成的世界体系的建立而出现的,是基于国家主权、主权平等原则的基础之上,用于区分不同国民或者公民的一种法律概念。历史上促使我国第一部国籍法——《大清国籍条例》订立的直接因素,源于清政府希望为海外华侨提供延伸保护,这一历史背景,致使法学界对它的研究大多从侨务政策的单一角度出发,围绕着国籍法与华人之间的关系展开。然而,从法制史的历史视角看,第一部国籍法的制定标志着大清国从传统王朝国家向现代民族国家转型的开端,应具有更为深远的法制意义。若从国家建构的角度讲,国民身份建构又是现代国家建构的重要一环。现代国家与古典国家的重大不同之处在于,现代国家有统一的中央政府,确定的国家领土范围以及清晰的国民身份。在传统中国的认知之中,对外只知“天下”而未知有“国家”,对内自称为“子民”而不知为“国民”。国籍立法关涉现代国民身份之法律资格,从这种意义上讲,《大清国籍条例》的制定可以说是近现代中国国家建构的一次标志性事件。新政改革后期,出于被动适应现代国家政治运作逻辑和主动解决统治危机之需,晚清政府在内外交困之中进行国民身份立法的尝试。然而,现代国家建构的首要任务是构建稳定的国家秩序,在尚未解决生存危机的背景之下,这种尝试注定难以成功。从条例的文本内容上看,该条例依然与现代国家成熟的国籍制度相距甚远。尽管《大清国籍条例》的立法尝试并不成功,但是客观上推动了现代国民身份意识的萌发。一直以来,通过户籍制度实施人口管理是中国从古至今的传统,而国籍法的首次颁布将能够为“个人”脱离“户”,拥有独立的身份,提供可能性。从法制的层面上讲,《大清国籍条例》的制定与颁布,使得“个人”身份具有了制定法意义上的权威性与合法性。从户籍到国籍,从臣民到国民,传统儒家的伦理秩序替换为现代权利与义务的法律逻辑,这部法律关涉“中国人”之法律身份之确立,为后来中国现代国家的兴起埋下伏笔。

**关键词:**领事裁判权;迁徙自由;血统主义;《大清国籍条例》;户籍管理制度

**中图分类号:** D929

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1008-5831(2022)04-0151-11

面对内外危机,晚清已降,摆在中国人面前的主要问题乃是如何建构一个现代国家。国家建构问题不仅包括建立理性化的现代国家体制,还要赋予普通民众民族身份和国家意志<sup>[1]</sup>。前者是国家政权建构,后者则是国民身份建构。作为一种确定公民身份以及权利的法律制度,“国籍”概念进入中国现代国家建构的过程痛苦而曲折。17世纪,西欧社会正处于思想启蒙与社会变革的关键时期,相比之下,此时的中国社会还处于较为封闭的前现代状态,明清之际与西方文明的交流仅限于数学、地理学等西方科学,尚未涉及政治体制等领域<sup>[2][3]</sup>。直至1894年,“甲午战争”的败绩,成为促使中国从传统国家向民族国家转化的直接动因与起点<sup>[2][9]</sup>。尔后,在构建现代民族国家的缓慢历程中,晚清政府颁布了我国第一部国籍法,即《大清国籍条例》。这部法律关涉“中国人”之法律身份之确立,作为第一次现代中国公民身份的尝试,却很少引起法律学者的重视。在相对较少的法学研究文献中,其关注于涉及国籍的法律技术问题<sup>[3]</sup>。政治学界主要从国家视角来考察国民身份的兴起<sup>[4]</sup>,其他相关研究主要出自历史学界<sup>①</sup>。而其研究主要也局限于对这部法律制定过程的细节性考证以及早期立法实践的观念史考察<sup>②</sup>。本文将对中国订立的第一部国籍法——《大清国籍条例》为研究对象,就晚清为国民身份立法的政治法律实践,探究从传统王朝转向现代国家建构过程中的观念冲突和思想碰撞。文章采取以下步骤来阐述:首先,分析晚清政府为现代国民身份立法的政治和法律动因;其次,以《大清国籍条例》的内容为分析对象,比较现代国家国民身份与晚清政府的认识,阐明清政府在国家建构中的认知偏差以及失败的原因;最后以传统儒家政治伦理中的户籍制度与现代国民身份中的个体权利意识的差别,论定现代国家转型中的国民身份建构的得失。笔者认为,该条例颁布所带来的影响,不应该仅局限于华人身份问题,还应该作为传统中国向民族国家转变的标识加以分析。

## 一、为国民身份立法的动因

晚清政府制定《大清国籍条例》的理由并非自主适应现代国家政治法律体制的结果,而是受到内外政治压力推动的结果。换言之,晚清政府的现代国家建构过程并不是一种自主的选择,更多的是一种被迫的适应行为和应对“治外法权”的政治策略。1894年“甲午战争”之后,中国社会的变化步伐逐渐加快,各种制度和观念上的变革与旧体制之间的张力不断加深,清廷企图通过新政、立宪等变法改制维持清王朝的君主统治。在制定关于国民身份之国籍法的过程中,在思想上也经历着传统观念与现代法政观念的冲突和碰撞。同时,在西方思潮的影响下,与儒家正统思想强调的三纲五常观念相对立的个人主义、男女平等观在社会价值观中也占有一席之地,为“个人”脱离家庭和宗族关系成为社会中的基本单位提供了正当性。

### (一)以“修律”收回“治外法权”

制定国籍法的第一个理由,实则是清政府试图夺回“领事裁判权”。领事裁判权的存在危及清政府的统治权。自1840年鸦片战争始,晚清政府在签订了多部不平等条约之后,西方多国逐步在中国

①相关历史研究,参见:严海玉.中国历史上第一部成文国籍法——纪念《大清国籍条例》100周年[J].中央民族大学学报(哲学社会科学版),2010(4):93-99;李章鹏.中荷设领谈判与华侨国籍交涉问题(1907—1911)[J].近代史研究,2019(4):47-63;李章鹏.《大清国籍条例》及其实施细则制定过程新探[J].华侨华人历史研究,2018(4):84-93;刘训智.清末国籍法的制定及其意义[J].吉林工程技术师范学院学报,2009(12):69-71。

②关于观念史研究,参见:邱志红.国籍观念在晚清中国的发生与实践[J].暨南学报(哲学社会科学版),2020(11):18-33;廖昌武,陆勇.《大清国籍条例》与近代中国观念的重塑[J].南京社会科学,2012(4):151-1554。

境内确立了“治外法权”，亦称“领事裁判权”。起初，通称为《虎门条约》的《中英五口通商附粘善后条款》，第六款规定：“英国船只中船上水手人等若违背此条禁约……交英国管事官依情处理。”<sup>[5]</sup>该条款内容虽未明确提及“领事裁判权”等字眼，但却表达了“领事裁判权”的内涵。其时，因清王朝不知道国际公法为何物，亦不清楚此条款或许是英国为后续明确规定“领事裁判权”的试探行为，清政府轻易地允诺了该条款。以《中英天津条约》中的第15—17条为例，根据条约的规定，“领事裁判权”所包含的实质意义中最核心的内容是，凡事发生在缔约外国人与中国人之间的争论，无论刑事还是民事案件，审判权均归被告所属国家，适用该国家本国的法律，清政府对此无权管理。当时，外国人在个别地区随意欺压中国人的事件本就频频发生，如再加上从此无须忌惮清政府的司法管辖权，这类恶性事件便逐渐向全国范围发展，这些都与领事裁判权的确立紧密相关。

第一次鸦片战争后，西方多国通过不平等条约在中国部分地域取得“治外法权”；第二次鸦片战争期间，西方列强对领事裁判权的适用范围进一步扩大至内地，纵使在租界及港口设立之初，清政府试图通过严格实施“禁止华洋杂居”的基本政策来清晰地划分“领事裁判权”与“主权”之间的管理界限，但在这种内外交困的局面之下，清政府已无暇顾及古代法制是否得到有效实施。租界领域内居住了大量的华人，内地也被迫开放允许外国人进出，从而形成了事实上的“华洋杂居”现象，“领事裁判权”与“主权”管理界限的重叠，最终直接危及清王朝对中国的统治。

1901年初，清政府内部开始出现一种声音：“若清政府想维持住统治权，必通过主动‘修律’，方能得以保存。”<sup>[6]</sup><sup>254</sup> 光绪二十八年（1902年）八月，清朝代表张之洞与英国代表马凯签订了《马凯条约》，其第12条规定：“中国深欲整顿本国律例，以期与各国西律改同一律，英国允愿尽力协助以成此举，一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”<sup>[7]</sup> 根据该条约的规定，英国对清王朝作出了“修律”妥善即放弃领事裁判权的“承诺”。光绪三十六年（1910年）十二月初，慈禧以光绪的名义发布变法诏书，声称“法令不更，锢习不破；欲求振作，当议更张”<sup>[6]</sup><sup>251</sup>。随后，以此诏书为宗旨，清政府遂设立法律修订馆，命沈家本、伍廷芳着手主持法律的修订工作，企图通过修律，法治西学变革，与近代法治接轨，从而收回“治外法权”。其中，起草订立《大清国籍条例》，便是众多修律中的一项。

## （二）以“修律”解决治理难题

事实上，民众选择加入其他国家的国籍实则出自利益之需，此无关国家或者现代公民意识。晚清政府的主权意识十分淡薄，签订不平等条约确立领事裁判权就是主权意识淡薄的表现之一。再者，在后续的涉外事件中外国领事裁判权高于主权的事件又频频发生，致使民众认为通过改籍能获得更多的权利，从而纷纷予以效仿。

据史料记载，光绪三十三年（1907年）十月十七日，闽浙总督松寿的奏折报告了福建地区中国人擅自改入外国籍的现象，“乃自台湾外属之后，闽省在地居民，动辄混入日本台籍，仍复杂居内地，滋生事端。（中略）从前闽人报入日本台籍，本以福、厦两口为较多，乃现在漳、泉各属地方竟已到处皆有。即报入英法属国及日斯各籍，亦颇不少。平日则杂居内地，争利益于华民，有事援约抗官，托外人之保护，版籍淆杂，究诘无从。且近闻各省籍民案情，亦复层见叠出，若不早筹限制，实属大碍国权”<sup>③</sup>。该史料记载的现象，便是当时内地居民为谋求自身便利借用身份变更，入籍外籍以便获

<sup>③</sup>《闽浙总督松寿奏为闽省报入外籍人员日多请飭下明定国籍条例事》（中国第一历史档案馆馆藏，03-5620-031）。

得领事裁判权保护的事例,每当拥有外籍的华人与内地居民发生冲突时,他们便试图借用外籍身份逃脱清政府的管辖,将本属于一国之下的私人之争转变为审判权之争。由此,适用“领事裁判权”优先于“主权”的案例频频发生,这不仅削弱了清政府的主权效力范围,还在中国官员与外国领事之间引发了诸多矛盾。

### (三)以“修律”应对身份危机

荷属殖民地华人的身份危机,是促使晚清政府迅速颁布国籍法的直接原因。起初,为了回应清政府对西方列强的承诺,即中西“一律”,沈家本采取的方法是“参酌各国法律,首重翻译”<sup>[8]</sup>。因而,与其他律法一样,修订法律本来首先应该通过翻译各国国籍法加以熟悉,随后在参照各国国籍法的基础上编定属于大清的国籍法,通常来说,从制定到颁布需耗时半年至一年左右。然而,在此期间,突发的“荷属殖民地华侨身份事件”使得国籍法的订立变得极为迫切。1908年9月,驻荷大臣陆征祥致电外务部,表示荷兰政府将采取“属地主义”原则,企图将长期居住在荷兰的华侨转变为荷兰籍,若清政府未能在荷兰新律实施前颁布国籍法,新律的颁布将损失数十万海外华人,之后再颁布大清国籍法将为时已晚。此封电文由外务部急送至修订法律大臣,并称“国籍条例与外交极有关系,订立必不可缓”。这也可以解释为何《大清国籍条例》从制定到颁布,总历时不足一个月时间的原因<sup>[6]415</sup>。

此外,光绪三十二年(1906年)间,外务部还接连接到了有关海外华人国籍问题的咨询。根据史料记载,以驻美华人财产纠纷案<sup>④</sup>为例,此案审理需明确驻美华人的国籍,美国驻华大使曾就此问题致电外务部:“贵国律例中有何条载明出入国籍事”,“中政府照何等条规保护常域外国之华人”等国籍法事由<sup>④</sup>;其次,长居日本长崎的华商也曾就“入籍日本是否丧失本国籍”的事由询问驻日领事,却均未能得到明确的回答。随后,驻日领事由此致电当时的法律大臣沈家本以求确认,法律大臣沈家本对此表达了自己的看法:“中国数千年闭关自守,从未与外国交通,故向无国籍之说,即海通以后,凡民户之移徙外洋者,其如何管理,亦并未辑有专条,现在民法尚未成立,一切咸无依据。”<sup>⑤</sup>

通过对历史资料的梳理可以看出,《大清国籍条例》的制定基于多重动因,这些因素都并非出自清政府主动改革的结果,而是为了解决迫在眉睫的政治现实问题。其中,“荷属殖民地华侨身份事件”的发生,才是促使该条例仓促面世的直接原因<sup>⑥</sup>。处于当时的历史背景之下,或许是因为古代律法中从未出现“国籍”的概念,因此中国人对“改国籍”的认知仅仅停留在获取更多权利的意义之上。正如沈家本回复驻日本领事的那样,中国向无国籍之说,何谓入籍、出籍以及是否承认双国籍等问题,清朝条例之中从未有过相关规定。因此,制定国籍法不仅能够解决因国籍身份混乱而导致的人口管理冲突,还能改变中国人的“国籍观”。

## 二、国民身份的立法尝试与历史评价

尽管晚清国民身份立法是一次被动适用现代国家建构的尝试,它是受到内外政治压力的产物。

④《咨法律大臣美使询出国籍律例六事查照核复由》(光绪三十二年七月九日,档号02-21-015-01-001,中央研究院近代史研究所档案馆藏外务部档案)。

⑤《国籍出入俟考查明晰详慎订定再行咨呈以凭转复美使由》(光绪三十二年七月十八日,档案02-21-015-01-006)。

⑥如果不是因为南洋华侨问题,可能中国第一部国籍法不在晚清,而在其后,相关讨论参见:李贵连.晚清《国籍法》与《国籍条例》[J].法学研究.1990(5):76-79。

但是,从其诞生来说,又是相当偶然的。在清末改革的后期,《大清国籍法》的制定过程不仅显得仓促,作为对日本国籍法模仿的立法产物,还欠缺对自身文明和历史处境的反思。

### (一) 国民身份法律资格的诞生

在传统中国,知道有“天下”而未知有“国家”,自称为“子民”,而不知为“国民”。中国现代化的过程可以理解为如何从天下转变为国家的过程<sup>[9]</sup>。国民身份的法律资格先于其国民意识而产生。这种身份乃是一次参照日本现代化过程的法律尝试。日俄战争之前,清末新政初期,清政府改革所参照的蓝本主要是西方多国的相关法律文本。然而,1905年,日本在“日俄战争”中意外地赢得了辉煌的胜利,该消息传至清政府引起了不小的轰动。因此,以日本在此次战争的胜利为分界点,清政府的改革方向发生了一次意料之外的转变,即从仅仅学习西方国家先进制度为主转为以立宪为目标的政治体制的改革。1908年晚清政府颁布了宪法性文件《钦定宪法大纲》,该文件的文本内容主要借鉴了日本的《明治宪法》。半年后,出于订立国籍法的紧迫性,修订法律大臣同样在效仿日本1899年《国籍法》的基础上,于1909年3月颁布了《大清国籍条例》及其施行细则<sup>[10]</sup>。《大清国籍条例》与1899年日本《国籍法》的文本内容极其相似,这也是为何法律制定馆能够在二十多天内颁布该条例的原因之一。

### (二) 《大清国籍条例》的内容与特色

根据《大清国籍条例》的文本内容,该条例总共分为五章,分别是:第一章固有籍、第二章入籍、第三章出籍、第四章复籍以及第五章附条。从其内容可以发现这部有关国民身份的立法有如下特征。

第一,国籍取得以“父系血统主义”为主,具有儒家父权主义特征。根据《大清国籍条例》第一章第一条:“凡左列人等不论是否生于中国地方均属于中国国籍。(1)生而父为中国人者;(2)生于父死后而父死时为中国人者;(3)母为中国人而父无可考或无国籍者。”由此得知,该国籍条例确立了以“父系血统主义”为主的国籍取得原则。众所周知,促使该条例颁布的直接动因源于晚清政府急于将海外华侨纳入中国国籍加以保护。因此,相较于《荷兰新订爪哇殖民籍新律》规定的“出生地主义”国籍取得原则,唯有通过“血统主义”国籍取得原则才能有助于晚清政府达到其制定国籍法的初衷。

第二,承认有限的“自由迁徙”权利。《大清国籍条例》仅部分地承认了“自由迁徙”原则,因为根据现代国际社会通行的国际法对“迁徙自由”的普遍定义:“迁徙自由指的是宪法或法律赋予公民离开原居住地到外地或外国的自由。”<sup>[11]</sup>然而,《大清国籍条例》第三章第18条却有如下规定:“凡呈请出籍者应具呈本籍地方官详请该长官咨请民政部批准牌示,自批准牌示之日起始作为出籍之证,未经呈请批准者,不问情况如何,仍属中国国籍”<sup>[12]</sup>。由此可见,该条例通过规定复杂繁琐的强制性出籍前置程序,即“申请批准与牌示”程序,严格地限制中国人出籍,而非允许其“任意”为之。相较于1980年颁布的《中华人民共和国国籍法》所规定的“自动丧失中国国籍”出籍条款来讲,“劝阻中国人出籍”成为了该条例出籍条款存在的主要意义,所以,这份《大清国籍条例》并未具备完整的现代国籍法的公民权利含义,《大清国籍条例》只是部分地承认了“迁徙自由”的原则,还具有传统社会的国家管控的印记。

第三,重新收回境内“华人”的管辖权。《大清国籍条例》第二章、第三章首次规定了允许外国人入籍、中国人出籍的法规,与清朝初期所施行的“闭关锁国”政策相比较,笔者认为该条例首次部分

地承认了近代国际法层面上广义的“自由迁徙原则”。在早期古代社会,人类的迁徙只是一种自然行为,统治者既不会将迁徙行为规定为一种法律权利,也不会对此严加禁止。在传统中国社会,在自然经济为主的生产方式和儒家伦理道德秩序的背景之下,一般来说,人们较少自发地离开宗亲所在之地。历史上曾发生过的“移民”事件,多数都是在政府组织下的政策性移民。以“湖广填四川”为例,即自康熙年间开始,为解决四川地广人稀的问题,府衙曾召集大批人口移居此地,这些移民大多数来自东部的湖广(今湖南、湖北)<sup>[13]</sup>,因此,此时的“迁徙行为”要么是一种自然行为,或是一种强制性的义务,抑或是一种统治者为实现政策性目标而鼓励(通过奖励的方式)的政策性行为。

### (三) 实施效果评价

尽管晚清政府制定《大清国籍条例》的理由是被动适应现代国际秩序的需要,但是通过相关立法,中国从传统的朝贡体系和臣民意识开始向现代国家秩序和国民意识转型。尤其是,这次立法某种意义上触及了现代宪法政治中的个体权利原则。这一条例之制定为后来南京临时政府的国籍立法做了铺垫。

第一,迁徙自由是现代宪法中人身自由的重要内容。中国古代奉行相当严厉的户籍管理制度,缺乏个体自由意识。近现代意义上的“迁徙自由是人之基本权利,要求社会为人提供自由生存和发展的空间”。因此,“迁徙自由”本质上是通过承认人的“迁入”“迁出”以及“居住”的行为,从而达成实质上的“迁徙自由”。1909年颁布的《大清国籍条例》文本中虽然并未以明确的表达承认“迁徙自由”,但第二章、第三章分别允许了外国人“入籍”与中国人“出籍”,隐藏在这些法规背后所蕴含的逻辑前提则应当首先是肯定了“人们迁出原国籍国”“迁入入籍国”“定居”“职业”等一系列的行为自由。随后,在肯定这一系列行为自由的基础之上,再结合经济发展、政治认同等国家现实需求,通过立法的方式规定入籍的实质性要件,从而在一国主权的基础之上,承认个体有限度的迁徙自由。当然,从宪法学的角度讲,我国首次承认将“迁徙自由”规定为公民基本权利的宪法文本,是南京临时政府于1912年颁布的《中华民国临时约法》,该法第6款规定:“人民居住迁徙之自由”<sup>[14]</sup>。

第二,《大清国籍条例》是中国第一部国籍法,该条例的制定着重强调了以解决现实矛盾为目标的工具性作用。正如前文所述,促成晚清政府迅速制定颁布国籍法主要基于两大原因:其一,居住于国内的华人利用治外法权的存在,通过修改国籍逃脱国内司法权的管辖,从最初的个别现象发展成普遍的社会问题;其二,《荷兰新订爪哇殖民籍新律》的颁布将致使海外数十万华侨归于荷兰籍,这部分华人在此前曾经陆续不断地从国外给家人汇回了大量的外汇,这些外币资助了清政府的财政支出,减轻了清政府的财政赤字,荷兰国欲颁布移民新律这一消息自然引发了清政府的焦虑。不难看出,根据上述对《大清国籍条例》的内容分析,该条例文本内容虽然大多来源于日本当时的国籍法,但其内容的制定目的始终是为了解决现实中存在的治理问题。

第三,《大清国籍条例》重塑了近代中国人的国家认同观。上述两大促成国籍法颁布的客观原因,实质上均反映了当时国人对国家认同感的降低。《东方杂志》在《厦门籍民细故启衅始末》报道中载,“时值慈禧、光绪驾崩后国丧百日之内”,“闽人入籍者,均兴高采烈,召集梨园弟子唱戏为乐”,以庆祝西班牙国王寿诞之期<sup>[15]</sup>。此报道形象地表现了国人在新时代下对国家认同的缺失,国家认同的不足必然造成现代民族国家制度所需要的“忠诚度”的缺失。处于转型时期的晚清,由于儒学创立的伦理纲常在公共领域逐渐丧失了它的权威性,统治者试图通过引进西方制度从而填补转型时期的空白。中国第一部国籍法《大清国籍条例》的颁布,揭示了传统中国国家观向近代国家观的

转变。一般来说,近代国籍法的国籍取得原则总共有三种:单一“血统主义”、单一“出生地主义”与“混合主义”。通过制定以血统主义为国籍取得原则的国籍条例,能够在当时国家认同涣散的背景之下,重新通过血脉维系的方式建立新的国家认同模式。根据《大清国籍条例》中对“固有籍”的明确规定,海外数十万华人几乎均能根据此条例归属于中国国籍,使得晚清政府对海外华人的保护获得了合法性依据,重塑了国家认同观。

第四,《大清国籍条例》默认了华侨的“双重国籍”。考虑到当时背景下海外华人所处的不利局面,清政府试图通过订立国籍法确立对海外华人的延伸保护。根据《大清国籍条例》第二章入籍的具体内容,清政府采取了单一“血统主义”的国籍取得原则,目的在于将海外数十万华人及其后代纳入中国籍。同时,《大清国籍条例》第三章出籍部分则规定了相当严格的限制,一些学者由此判断清政府通过该原则确认了“单一国籍”原则。在《大清国籍条例》颁布施行后的第二年,荷兰政府颁布了以单一“出生地主义”原则为国籍取得方式的国籍法新律<sup>⑦</sup>。若根据《大清国籍条例》,排除少数已入籍荷兰的华人<sup>⑧</sup>,其他尚未入籍或出生在荷兰的华人及后代依“血统主义”原则可获得中国籍。若根据荷兰新颁布的《新订爪哇殖民籍新律》,自1908年新律生效之日起,出生于爪哇的华人后代,无论其现居出生地或已返回中国,均为荷兰国民。因此,清政府条例与荷兰新律之间的“重叠关系”<sup>⑨</sup>导致了两个后果。其一,条例与新律之间产生的身份重叠展现了两部国籍法的对抗关系。由于清政府国籍条例与荷兰新律有关入籍的规定相互抵触,出生在荷兰的华人根据血缘和出生地,便同时拥有了中国籍与荷兰籍。其二,《大清国籍条例》条文中,清政府既未明确承认也未断然否认华人具有双重国籍。那么,根据两国法律规定,未申请出籍且出生于荷兰的华人后代实际上具有事实上的“双重国籍”。除此以外,如果根据《大清国籍条例》第16条的规定:“凡中国人出籍者所有中国人在内地特有之利益一律得享受。”清政府欲承认中国籍与已出籍的海外华人在境内享有同等的权利。以上,都足以说明清政府倾向于承认海外华人的双重国籍状态。

然而,制定国籍法只是确立了保护海外侨民的合法性依据,在海外各国设立领事馆才能真正地保障海外华人的具体权益。1909年至1911年间,就中国在印尼设立领事馆事由谈判时,荷兰便借此“重叠”关系拒绝承认清政府在此设立领事馆。虽然,根据条例的规定,单一“血统主义原则”可以将海外华人纳入中国籍,但如果清政府设立领事得不到荷兰政府的承认,保护华侨的初始目的随后也将付之东流。最终,此次中荷谈判达成了折中协议:居于荷兰属地的华人,依照荷兰法律取得荷兰籍;若日后华人搬离荷属地,回到中国,则可以恢复中国国籍。

### 三、晚清现代国民身份建构的反思与批判

尽管晚清政府的国籍立法并非为了实现现代国家建构,但是从客观上造成了国民身份和国家意识的初步觉醒。现代国家与古典国家的重大不同之处在于现代国家有统一的中央政府、确定的国家领土范围以及清晰的国民身份。而传统中国有“天下”而无“国家”,有“臣民”而无“国民”。而

<sup>⑦</sup>1910年荷兰颁布《关于荷兰属民地位的法令》,规定了以出生地主义为赋予原始国籍的原则,由此,使得荷属印尼出生的华人一经出生即为荷兰属民。

<sup>⑧</sup>事实上,根据《大清国籍条例》的文本内容,首先,条例规定了出籍“预先呈请”的程序性规定,不经呈请不能出籍;其次,条例制定了严格的出籍条件,不符合出籍规定的,虽已入籍荷兰,仍属于中国籍,严格限制海外华人“出籍”。因此,入籍荷兰的华人,是极少数者。

<sup>⑨</sup>此处的“重叠关系”指的是:若出生在荷兰的华人后代,理论上,可同时属于荷兰籍和中国籍。

作为现代法律制度的国籍,它确定了国民身份的识别标准和法律对人的效力空间。晚清政府并不熟悉这种现代法政观念。但是,从客观上讲,《大清国籍条例》的制定和颁布,使得“个人”身份具有了制定法意义上的权威性与合法性。个体权利而非身份成为思考和建构现代国家的逻辑和价值起点。

### (一)从户籍制度到国籍资格

一直以来,通过户籍制度实施人口管理是中国从古至今的传统。在传统中国社会里,无论是宋元明清的封建职业户籍制或是清代后期的保甲户籍制,统治者通过基本的人口统计功能加以管理,体现的是被统治者单方面的法定义务。在传统社会背景下,人口统治是历代户籍制度所承担的主要社会职能。从社会管理基本单元的层面看,传统社会所形成的“礼制”“宗法”等伦理规范,需要通过血缘与地缘为基础得以实现。与此同时,古代通过“户籍制度”为手段的人口控制又进一步强化了这种基础,将个人牢固地锁在户籍所在地。在古代社会,个人只有先入户籍才具有参与其他社会活动的“身份”。个人若脱离了“户”的身份,也就失去了社会中的一切身份,以及身份带来的保护。基于此,古代中国的“户籍制度”承担了人口统计、赋税统计、人口迁移限制三大功能。此时,家庭是古代法律上“户”的唯一基本构成单位。

作为中国第一部国籍法,清政府通过《大清国籍条例》确认了单一国籍取得原则,即“血统主义”。将《大清国籍条例》与《钦定宪法大纲》结合起来看,《钦定大纲》的附则部分,首次以列举的方式规定了部分“臣民的权利义务”<sup>⑩</sup>。可以说,上述两部制定法第一次将“个人与国家”间的关系作为立法的调整对象。在以上两部制定法的基础之上,1911年,清政府在参考了各国法规的基础上,制定了中国历史上第一部《户籍法》单行法规。该法规八章184条,其内容可分为:户籍的管理、人籍、户籍、罚则四个部分。值得关注的是,相较于以“户”为基本管理单位的传统户籍制度,该法规区分了“人籍”与“户籍”。此外,该法规的第三章、第四章还规定了对户籍管理人员的监督,赋予了个人抗告户籍吏的“诉权”。这说明,新户籍管理制度首先保留以家族为基本统计单位的传统户籍制度功能,但也承认以个人为主体单位的近代“国籍”概念与此同时并行。同时,该法规既规定了个人如实呈报户籍的义务,也规定了个人对籍吏不当行为的抗告权,体现了个人与国家之间的双向权利义务关系,而不再只是充当统治者对被统治者单方面的人口管制手段。

### (二)从社会身份到政治契约

在中国古代社会,个体的权利义务大多来自家庭内部,权利义务的内容具有稳固性。如何解释这一现象呢?在距清末新政半个世纪前的1861年,英国著名历史法学家亨利·梅因在其经典著作《古代法》中写道:“所有进步社会的运动,到此为止,是一个从‘从身份到契约’的运动”<sup>[16]</sup>。梅因的论断所表达的正是西方社会曾经历的一个由古代社会以父权制、身份制为核心的习惯法时期向以契约法为象征的法典化发展的漫长曲折的过程,揭示了从专制到民主的必然发展规律<sup>[17]</sup>。其中,“从身份到契约”中的“身份”一词指的便是存在于古代社会之中,“个人”与家族之间的隶属关系。此种隶属关系首先代表着一种稳固的社会秩序,“个人”的“身份”是基于出生所得,这种“身份”表明了他在家族中的地位。“身份”还代表着“个人”在家族中所享有的固定的权利义务关系,处于家族之中的“个人”既不为自己创设权利,也不为自己增设义务。通过梳理大量的历史资料文献,梅因

<sup>⑩</sup>需要指出的是,这里的“臣民”并非现代宪法意义上的“公民”或“国民”概念,而是指代表宗亲氏族的“士绅阶层”。

得出如下论断:人类社会发展的特点实质是‘个人’逐渐从氏族规则中脱离出来,独立为各种法律关系的基本单位,个体能够为自己创设一系列权利义务的内容。

这种将“个人”从家庭、宗族等集体身份里独立出来的转变具有重大的意义,相较于古代中国,儒家思想在公私领域的构建中享有支配性的权威,甚至可以说在古代中国并不存在西方意义上的私人领域,上述两部法律通过立法承认“个人”(individual)的地位,意味着儒学逐渐丧失支配地位,源于西方现代社会的义理开始成为制度构建的正当性来源。

梅因对古代西方社会的推论,同样适合于解释中国古代社会等级秩序。与古代西方相似的是,在中国古代社会,家庭在社会中的角色具有一定的特殊性,它既是一个承担赋役的基本单位,又是一个最基本的政治单位<sup>[18]4</sup>。皇权社会之中,统治者通过承认家庭中父权与夫权的绝对统治权力,以此实现家庭的政权化,并通过结合父权与皇权,最终实现政权的家庭化<sup>[18]4</sup>。儒学所提倡的伦理纲常与家国同构在传统中国社会之中,既是对个人的道德约束,也是社会秩序的体现。因此,梅因所描述在西方古代社会中“身份”的含义与传统中国社会的伦理纲常秩序的含义十分相似,它们的社会秩序都是建立在父权制度与宗族关系之上的固定的以“身份”为依据的隶属关系。因此,古代社会的身份等级秩序,也就成为个人权利义务内容的唯一来源。

### (三)从伦理秩序到法律关系

“国籍”作为一种个人法律身份地位的描述,是一个现代词汇,起源于18世纪法国大革命时期<sup>[19]</sup>。在此之前的传统社会之中,无论是西方还是东方,古代社会中的“个人”是隐匿于“集体”之中的,这里的“集体”在古代西方可能被描述为部落、城邦等,古代东方则可能是氏族、宗族等。随着社会由古代向近现代发展,“个人”逐渐从“集体”中独立出来,成为社会组织的基本单位。

随着国籍法的首次颁布,为“个人”脱离“户”,拥有独立的身份,提供了可能性。“个人”以法律主体身份出现在法律文本中,表现了个人与国家之间关系的转变。“国籍”概念的产生,既意味着传统社会中隶属于“集体”中的“个人”就此独立于社会,又成为了近现代宪制之下代表着国家与个人之间权利义务关系的“中间概念”,这种转变,在当时的中国,可以说意义重大。从西方个人主义思想的流入,到“个人”与“权利”在法律文本上的结合,意味着现代价值核心,即权利观念,逐渐进入中国。简言之,与户籍紧密相关的身份等级秩序,不再是个人权利义务的唯一来源,“国籍”身份同样可以为个人赋权。

总的来说,《大清国籍条例》为近代“契约”社会的来临提供了某种演变的可能,在当时预示着未来社会发展的方向。遗憾的是,晚清变法改制措施发起时,清政府已在王朝覆灭的边缘,法律修订馆所订立的新法,最终并未得到真正的实施。1901晚清新政开启之前,中国刚刚结束长达34年的洋务运动,洋务运动的核心思想,即在推进现代化的同时,拒斥引入构建西方制度的价值基础。新政期间,中国政治、经济等领域的士绅阶层,大多信奉“中西二分二元论”<sup>⑩</sup>,因此,这也可以解释为什么在新政期间,晚清政府为了摆脱领事裁判权的干扰继续维持专制统治,一方面,假意主动组织法律馆订立新法;另外一方面,在仿照外国人在国内建立的警察机构的基础之上,清政府建立了更加严密的警察制度,在全国各地设立地方巡警,强调“警察乃内治要政”<sup>[18]68</sup>。此外,将“户口管理”纳

<sup>⑩</sup>“中西二分二元论”指的是,在公领域引进西方科技、教育、政治等制度,同时在私领域继续保留以伦理纲常为基础的儒家思想,以维护清王朝的统治。在这一点上,晚清政府与改良派不谋而合,这也是对晚清新政时期改革措施的总体诠释。

入警察系统强化管理,在基层实行“保甲制度”,有助于警察行使镇压职能。在此情形下,新政法律实施的失败几乎是一种必然的发展结果。

## 四、结语

诚然,1840年鸦片战争之后的中国社会一直处于外来文化与内部革命的动荡之中,晚清修订国籍法的行为本身也可谓稳固政权的一个缓兵之举;但是,以个人的出生、国籍、婚姻、死亡等个人信息为登记内容的人口管理方式,是现代化发展进程中,以“个人权利”作为保障对象的基本前提,同时,“国籍”也是传统户籍身份制度向个人身份制度转变的必要条件。通过“国籍”身份将个人从古代“户籍”身份中独立出来,是传统国家迈向现代民族国家的必然发展结果,也是明确国家与个人之间权利义务关系的逻辑基础。从法制层面上看,通过制定国籍法将个人国籍身份置于户籍管理之上,实为传统户籍制度中纳入个人身份提供了合法性基础。

《大清国籍条例》的制定是晚清政府被动适用现代世界的一次政治法律的尝试,是近现代中国国家建构的一次标志性事件。清政府首次为帝制时代的臣民建立了现代国民身份资格。随之而生的是对现代权利、契约和个体主义原则的继受。事实上,现代国家建构的首要任务乃是确定相对稳定的国家秩序,在晚清政府尚未解决生存危机的背景下,这种尝试注定难以取得成功。而且就其内容看,它依然与现代国家的成熟国籍制度相距甚远。然而,这次尝试也同时开启了中国人自我身份意识的觉醒,民国时期又进行过两次国籍立法,南京国民政府在立法中更加强调血统观念,将血统主义与出生地主义原则相结合,明确将海外华人纳入“中国人”的范畴。可以说,民国时期的国籍观念体现了对新政时期国籍观念的继受与发展。

### 参考文献:

- [1] 安东尼·吉登斯. 民族—国家与暴力[M]. 胡宗泽, 赵力涛, 译. 北京: 三联书店, 1998: 4-6.
- [2] 徐中约. 中国近代史: 1600-2000 中国的奋斗[M]. 北京: 世界图书出版公司, 2008.
- [3] 齐凯君, 权赫秀. 近代中国政府处理华侨国籍问题的法制化进程[J]. 华侨华人历史研究, 2009(2): 51-60.
- [4] 郭忠华, BOUCHIBA N. 民族国家建构视域下的清末国籍立法[J]. 政治学研究, 2017(6): 13-23, 125.
- [5] 王铁崖. 中外旧约章汇编(第一册)[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1957: 35.
- [6] 李连贵. 近代中国法制与法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2002.
- [7] 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会. 辛丑和约订立以后的商约谈判[M]. 北京: 中华书局, 1994: 139.
- [8] 故宫博物院明清档案部编. 修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理摺[M]//清末筹备立宪档案史料(下册)北京: 中华书局, 1979: 837.
- [9] 约瑟夫·R. 列文森. 儒教中国及其现代命运[M]. 郑大华, 任菁, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2000: 87.
- [10] 李章鹏. 大清国籍条例及其施行细则制定过程新探[J]. 华侨华人历史研究, 2018(4): 84-93.
- [11] 北京大学法学百科全书编委会编. 北京大学法学百科全书: 宪法学 行政法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 1999: 338.
- [12] 王子昌. 海外华人与国籍法: 国籍法的社会学分析[J]. 现代法学, 2003(2): 170-174.
- [13] 葛剑雄. 中国人口发展史[M]. 成都: 四川人民出版社, 2020: 431.
- [14] 余飞涛. 论国际移民法上的迁徙自由原则[J]. 浙江万里学院学报, 2006(6): 97-99, 106.
- [15] 缪昌武, 陆勇. 《大清国籍条例》与近代“中国”观念的重塑[J]. 南京社会科学, 2012(4): 151-154.
- [16] 梅因. 古代法[M]. 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1996: 97.
- [17] 李丹. “从身份到契约”: 读梅因《古代法》所感[J]. 法制与经济(中旬刊), 2011(5): 83-84.

[18] 刘光人. 户口管理学[M]. 北京: 中国检察出版社, 1992.

[19] 肖永平, 郭明磊. 论国籍观念的演进与国籍法的变革[J]. 法学评论(双月刊), 2007(6): 66-72.

## On the enactment and legal significance of Qing Nationality Ordinance

XIE Chong

(*Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, P. R. China*)

**Abstract:** Nationality emerged with the establishment of the world system formed by western modern nation-state. It is a legal concept based on the principle of national sovereignty and sovereign equality, which is used to distinguish different nationals or citizens. In modern China, historically, the first nationality law, which was named as Nationality Ordinance, was enacted by the Qing government. The direct incentive to draw up Nationality Ordinance was the desire of the Qing government to provide extended protection for overseas Chinese. This historical background determined that the majority of the academic researches in legal circle about it focused on the relationship between nationality law and Chinese from a single perspective of overseas Chinese affairs policy. However, from the historical perspective of legal history, the enactment of the first nationality law marked the beginning of the transformation of Qing Dynasty from a traditional dynastic state to a modern nation-state, which might have a more profound significance. From the perspective of state construction, the construction of national identity is a crucial part of modern state construction. The significant difference between the modern states and the ancient states is that the modern states have a unified central government, defined national territory and a legible national identity. In traditional Chinese cognition, people only know Tianxia, but do not understand the meaning of state; internally, they claim themselves to be subjects rather than citizens. Nationality legislation is concerned with the legal qualification of modern national identity. In this sense, the enactment of Qing Nationality Ordinance could be regarded as a landmark event of the national construction in modern China. At that time, out of passively adapting to the political operation logic of modern state and considering to actively solve the ruling crisis, the late Qing government tried to legislate national identity in the trouble of internal and foreign affairs. However, without construction of a necessary national stability, this legislative attempt was doomed to fail under the background of unresolved existential crisis. The substance of this ordinance was still far from the mature nationality law of modern countries as well. Although the legislative attempt of Qing Nationality Ordinance was not successful, it objectively promoted the germination of modern national identity consciousness. In China, the household registration system is always be used in field of population management and people only have the identity under a household identity rather than having the identity as an individual. The nationality law would provide authority and legitimacy to individual identity. From household registration to nationality, from subject to citizen, the traditional Confucian ethical order was replaced by the modern legal logic of rights and obligations. Qing Nationality Ordinance was not only concerned with the establishment of the legal identity of the Chinese, but also carried a foreshadowing of the rise of the modern Chinese state.

**Key words:** consular jurisdiction; freedom of movement; jus sanguinis; Qing Nationality Ordinance; household registration system

(责任编辑 胡志平)