



書 叢 學 法

**論 本 法 私 際 國**

---

著 遠 顧 陳

冊 上

作者白：

不憚於濫，無屈於怯，而有國際私法總論上下兩册之刊；所以拋輒引玉，爲國際私法著作界作一副末『開場而已！待總論完全印行後，國內學者，如唐紀翔先生，程樹德先生，王玉英先生，于能模先生，周敦禮先生，先後以其宏著問世，增進斯學之功甚偉；後之續者，更必大有人在，拙著似可以已矣。顧續稿既早籌備，中途未便停止；一芹之獻雖微，終應竟其全功：國際私法本論之刊，意即在斯。但有聲明者數事：

「總論」之後，原擬以「各論」續，而竟改稱「本論」者，以國際私法純正之內容，應限於法律之衝突，法律之適用，與夫法院之管轄，適用之效力諸端。至所謂國際民事法，國際商事法，國際民法，國際破產法，不過著作者，依照法律之性質，重在用以分編分章已耳。是故就前項之意義言，可稱曰「本」；就後項之意義言，可稱曰「各」。兩名固無大別，究覺「本」優於「各」，遂改之。此應聲明者一。

既非以「各」爲名，原所擬編之國際私法適用



論，遂易法律適用總論之稱，列於首編，爲一切適用論之總綱。其中除準據法，外國法，反致法，爲通例所認爲應有之內容外；愚更覺內國法，本國法，住所地法，所在地法，行爲地法等，皆宜與以相當之領域。一則此各種法在任何場合之適用方面，各有其普遍之規律，爲實際適用時所應注意者；再則縱係關於各項特殊適用者，並須比較而後得知一切，仍不能不一論之。惟例爲初創，稿急待刊，時間不容延長，遺忽在所難免。此應聲明者二。

國際民事法論爲國際私法之主要部分，我法律

適用條例之範圍，即以此爲限，可供參證。故在敘述上，因分量之多，頗難彙爲一編，以與商事法適用論等並列。姑分爲民法總則適用論，財產編適用論，親屬法適用論，繼承法適用論四編；而親屬法中之婚姻，及父母子女兩事，根據同一理由，一章一析爲五；非敢自亂成例，勢實有所不能。此應聲明者三。

國際私法本論之作，依原則言，自以探求某項法律關係之準據法爲目的，而本現行之適用法則定其範圍。但既以「論」標題，似不必絕對受現行條

例之拘束，頗欲超出解釋條文之範圍，而就事理上，學理上，法理上以立說。所謂國際私法比較之研究，所謂國際私法例案之搜求，似皆應擇要及之；至於現行條例之解釋，不過依次扣入，作為例之一端而已！否則，條文之應備而不備者，將亦略之歟？條文之根本上不能有所及者，將亦不及之歟？條文之廢止或修改時，將亦使所作完全失效歟？雖然，依此目的而為之，殊非愚淺如愚所能達到者；駑馬為駕，明知其敗，姑一試耳。此應聲明者四。

學然後知不足，事然後知困難，未為之先，或

所不覺，既爲之後，常有不滿，著作界當同例也。有如全美會議，各書及愚之作，皆僅及其兩次；其實在一九〇二年以後，尙開第三次全美會議，一九一〇年在亞爾然丁首都又開第四次全美會議，各種專家委員會卽在其間相繼成立，從事國際私法典之編纂。一九二三年續在智利首都開第五次全美會議，一再提出編纂國際私法典問題。一九二八年在哈瓦那開第六次全美會議，通過古巴畢時達滿特之國際私法典，施行於美洲各國間；愚在各編中，亦嘗引其條款，藉資比較。據此一端，可知爲吾人所遺

忽者，正不在少，後苟發現其他，皆當隨時補正。  
此應聲明者五。  
民二十。十二，一，於宜城百花亭畔。陳顧遠

序

八

# 國際私法本論上冊目錄

## 第一編 法律適用總論……………一

### 第一章 準據法……………一

(一) 確定準據法之基本標準……………二

(二) 確定準據法之特殊標準……………五

### 第二章 內國法……………七

(一) 內國法之偶然的適用……………八

(二) 內國法之必然的適用……………一二

### 第三章 外國法……………一七

(一) 外國法適用之本質問題……………一七

(二)外國法適用之證明問題	二九
(三)外國法適用之錯誤問題	三九
(四)外國法適用之限制問題	四五
第四章 本國法	六二
(一)全國一法場合之本國法適用	六四
(二)全國數法場合之本國法適用	七五
(三)船舶國籍衝突之本國法適用	八七
第五章 住所地法	九五
(一)住所地法適用之靜的方面觀察	九六
(二)住所地法適用之動的方面觀察	一〇七
第六章 所在地法	一二八
(一)關於人之所在地法之適用	一二九



(二)關於物之所在地法之適用·····	一三三
<b>第七章 行爲地法</b> ·····	一三九
(一)行爲地法之基本的適用·····	一四〇
(二)行爲地法之特殊的適用·····	一四六
<b>第八章 反致法</b> ·····	一五四
(一)反致法適用之範圍·····	一五五
(二)反致法適用之法例·····	一六二
(三)反致法適用之理由·····	一六六
(四)反致法適用之否認·····	一七三
<b>第二編 民法總則適用論</b> ·····	一八一
<b>第九章 能力</b> ·····	一八一

- (一)關於能力問題之先決事件……………一八二
- (二)關於能力問題之立法主義……………一九二
- (三)關於能力問題之例外規定……………二〇六

第十章 禁治產……………二一五

- (一)禁治產宣告之規定……………二一五
  - (二)禁治產宣告之管轄……………二二三
  - (三)禁治產宣告之原因……………二二七
  - (四)禁治產宣告之程序……………二三〇
  - (五)禁治產宣告之效力……………二三三
- 第十一章 失蹤及死亡宣告……………二三九
- (一)不在或死亡宣告之規定……………二四〇
  - (二)不在或死亡宣告之管轄……………二四五

(三)不在或死亡宣告之成立……………二五〇

(四)不在或死亡宣告之條件……………二六〇

(五)不在或死亡宣告之效力……………二六七

第十一章 法律行爲之方式……………二七三

(一)通常的法律行爲之方式……………二七四

(二)特殊的法律行爲之方式……………二八七

第三編 財產法適用論……………二九三

第十三章 物權……………二九三

(一)關於動產及不動產之法律適用……………二九四

(二)關於各物權及占有之法律適用……………三〇九

(三)關於時效及其方式之法律適用……………三一九

第十四章 債……………三二七

(一)債之發效……………三二九

(二)債之效力……………三六〇

圖表目次

(一) 準據法之分析表……………四

(二) 內國法之偶然的適用表……………一一

(三) 內國法之適用總表……………一六

(四) 限制外國法適用的標準之用語簡表……………四九

(五) 限制外國法適用之正反決定圖……………五八

(六) 法律適用條例上關於本國法之適用總表……………七二

(七) 船舶國籍取得之標準表……………九三

(八)	關於船舶國籍衝突之本國法適用管見表	九四
(九)	住所地法之適用性質表	九八
(十)	法定住所地法之適用對象表	一〇三
(十一)	住所地法之適用種類表	一〇五
(十二)	關於解決重住所問題之學說表	一二〇
(十三)	英美法上關於住所之原則表	一二二
(十四)	跡部定次郎之住所地法適用分析圖	一二五
(十五)	不法行爲地之分析表	一五一
(十六)	行爲地法之種類略表	一五二
(十七)	反致法與復反致法求準據法之統一圖	一五九
(十八)	間接反致法圖	一六一
(十九)	反致法創始之原因圖	一六三

(二〇)	反致法之效用圖	一六七
(A)	消極圖	一六七
(B)	積極圖	一六七
(二一)	同採反致法之結果圖	一六八
(二二)	準據法之法字解釋錯誤結果圖	一七四
(二三)	『人之能力』云云之能力意義表	一九一
(二四)	本國法主義與住所地法主義之比較表	二〇四
(二五)	本國法主義第三種例外規定之適用表	二一四
(二六)	關於禁治產規定之比較表	二二二
(二七)	失蹤制度之比較表	二四四
(二八)	法律適用條例第八條之解釋表	二六六
(二九)	不在或死亡宣告之效力表	二七二

(三〇)	各國關於動產不動產之規定表	三〇八
(三一)	取得時效所準據之法律表	三二三
(三二)	債之發生原因表	三二八
(三三)	波蘭國際上私法適用法第七條至第九條之規定表	三四二
(三四)	關於由契約而生之債的適用法律總表	三四四
(三五)	通常的不法行爲之債的適用法律表	三五三

國際私法本論



# 國際私法本論 上冊

## 綱要

### 第一編 法律適用總論

#### 第一章 準據法

##### (一) 確定準據法之基本標準

(甲) 準據法所根據之原則

(A) 以當事人之國籍住所或居所爲標準而定其準據法者

(B) 以物之所在地爲標準而定其準據法者

(C) 以行爲地爲標準而定其準據法者

(D) 以法庭所在地爲標準而定其準據法者

(乙) 準據法所引起之問題

(A) 就連繫點之採定以前而言

(a) 各國採定連繫點之異致

(b) 一國採定連繫點之異致

(B) 就連繫點之採定以後而言

(a) 本國法之適用困難問題

(b) 行爲地法之適用困難問題

『圖表一』 準據法之分析表

(一) 確定準據法之特殊標準

(甲) 就法律關係之成立自體上而言

(A) 分別服從兩國法律者

(B) 同時無違兩國法律者

(乙) 就法律關係效力之種類上而言

(丙) 就法律關係之成立與效力而言

## 第二章 內國法

### (一) 內國法之偶然的適用

(甲) 由內國爲內國法偶然的適用

(A) 或則爲正面之適用

(B) 或則爲反面之適用

(C) 或則爲兼面之適用

(D) 或則爲隱面之適用

(乙)由外國爲內國法偶然的適用

『圖表二』 內國法之偶然的適用表

(二) 內國法之必然的適用

(甲)絕對地必然適用者

(A)或則爲排斥外國法之適用而適用

(B)或則爲維持內國法之精神而適用

(乙)相對地必然適用者

(A)或則與外國法爲並時之適用

(B)或則以內國法爲片面之適用

(C)或則以內國法爲反致之適用

(D)或則以內國法爲條件附之適用

(a)單獨適用內國法者

(b) 同時兼用內國法者

(c) 片面適用內國法者

『圖表三』 內國法適用總表

### 第三章 外國法

#### (一) 外國法適用之本質問題

(甲) 外國法適用之意義

(A) 依主權認定之結果爲外國法之適用者

(B) 依法權喪失之結果爲外國法之適用者

(C) 依國際規約之結果爲外國法之適用者

(D) 依國際私法之結果爲外國法之適用者

(乙) 外國法適用之性質

綱 要

(A)外國法爲單純的事實說

(B)外國法爲絕對的法律說

(C)外國法爲內國法一部說

(D)外國法爲內國法內容說

## (二) 外國法適用之證明問題

(甲)當事人對於證明有無責任

(A)當事人須負事實的證明之責說

(B)當事人僅負法律的證明之責說

(C)當事人負有輔助的證明之責說

(乙)外國法不明瞭時如何解決

(A)卻下其請求說

(B)內國法適用說

(a) 絕對的內國法適用說

(b) 相對的內國法適用說

(c) 廣義的內國法適用說——管見

(丙) 關於調查外國法之各辦法

(A) 或則擬由國際的力量完成其目的

(B) 或則擬由國內的力量完成其目的

### (三) 外國適用之錯誤問題

(甲) 適用錯誤得爲上告之理由否？

(A) 錯誤之種類

(a) 依外國法而反依內國法者

(b) 依內國法而反依外國法者

(c) 依甲外國法而反依乙外國法者

(d) 依乙外國法而反依甲外國法者

(B) 錯誤之解決

(a) 許其上告——多數國家

(b) 不許上告——西班牙

(乙) 解釋錯誤得爲上告之理由否？

(A) 消極說——不許上告

(a) 英美派之理由

(b) 歐陸派之理由

(B) 積極說——許其上告

(a) 意德學者之理由

(b) 吾人所採之理由

#### (四) 外國法適用之限制問題



(甲)限制外國法適用之法例

(A)內國法絕對強行主義

(B)內外國法同時規定主義

(C)外國法適用限制主義

### 『圖表四』 限制外國法適用的標準之用語簡表

(乙)限制外國法適用之決定

(A)何以言公安意義之不易解釋？

(a)以違反內國立法爲違反公安之解釋

(b)以違反善良風俗爲違反公安之解釋

(c)以違反公共秩序爲違反公安之解釋

(1)公安分類說之創始者——布洛西

(2)公安分類說之補充者——威士

(3) 公安分類說之改正者——雷納

(4) 公安分類說之反對者——披庵

(B) 何以言公安範圍之亦未確定？

(C) 何以言任諸法官之自由判斷？

『圖表五』 限制外國法適用之反正決定圖

(A) 第一例圖

(B) 第二例圖

(C) 第三例圖

(丙) 限制外國法適用之救濟

(A) 拒絕審判說

(B) 保留條款說

(C) 分別辦理說

## 第四章 本國法

### (一) 全國一法場合之本國法適用

(甲)對於自然人之本國法適用

(A)本國法適用之理由

(a)從時的方面說明之

(1)法國民法編制者之理由

(2)巴爾事物自然說之理由

(3)新意大利學派中之理由

(b)從地的方面說明之

(1)英美不能適用本國法之理由

(2)歐陸得以適用本國法之理由

(B) 本國法適用之標準

(a) 單獨的適用

(1) 適用當事人概括的本國法者

(2) 適用當事人一方的本國法者

(3) 適用當事人某時的本國法者

(b) 重複的適用

(1) 同時適用當事人各該本國法者——絕對的適用

(2) 因時地不同分別適用該時地之本國法者——相對的適用

(c) 部分的適用

(1) 同時為內國法之適用

(2) 不背內國法令之適用

(3) 避免一定條件之適用

(4) 於消極範圍內之適用

(C) 本國法適用之決定

『圖表六』 法律適用條例上關於本國法之適用總表

(乙) 對於法人之本國法適用

(A) 本國法適用之條件

(B) 本國法適用之決定

(二) 全國數法場合之本國法適用

(甲) 關於本國法適用之對象

(A) 對於籍隸聯邦國家的人民之適用

(B) 對於籍隸民族帝國的人民之適用

(乙) 關於本國法適用之方法

(A) 現在住所地法主義

國際私法本論

(B) 本國住所地法主義

(C) 生來住所地法主義

(D) 所屬地方法主義

(E) 本籍地法補充主義

(F) 依準國際私法而定主義

(三) 船舶國籍衝突之本國法適用

(甲) 對於船舶之本國法適用問題

(A) 國籍問題

(a) 從船舶業主之國籍標準上言之

(1) 絕對重視主義

(2) 相對重視主義

(3) 全不重視主義

(b) 從船長船員之國籍標準上言之

(1) 就船長言

(一) 特別重視主義

(二) 設有例外主義

(三) 不爲注意主義

(2) 就船員言

(一) 極爲嚴格規定主義

(二) 較爲通融規定主義

(三) 不設限制規定主義

(c) 從財產所屬之標準上言之

(1) 完全屬於內國人主義

(2) 大部分屬於內國人主義

(3) 設有通融條件主義

(d) 從船舶製造原地之標準上言之

(1) 限制製造主義

(2) 製造自由主義

(B) 衝突問題

(a) 無國籍

(b) 重國籍

(乙) 對於船舶之本國法適用決定

『圖表七』 船舶國籍取得之標準表

『圖表八』 關於船舶國籍衝突之本國法適用管見表

## 第五章 住所地法



(一) 住所地法適用之靜的方面觀察

(甲) 住所地法適用之理由

(A) 英美派適用之理由

(B) 歐陸派適用之理由

【圖表九】 住所地法之適用性質表

(乙) 住所地法適用之範圍

(A) 生來住所地法

(a) 原則上有時爲本國法之代用

(b) 性質上有時兼普通住所地法之代用

(B) 法定住所地法

(a) 適用之原則

(b) 適用之例外

(C) 選定住所地法

(a) 通常的選定住所地法——通常行爲

(b) 特別的選定住所地法——特定行爲

『圖表十』 法定住所地法之適用對象表

(丙) 住所地法適用之對象

(A) 現在住所地法

(a) 法定的現在住所地法

(b) 選擇的現在住所地法

(B) 最後住所地法

(a) 舊有的最後住所地法

(b) 現在的最後住所地法

(C) 舊時住所地法

(D)當時住所地法

『圖表十一』住所地法之適用種類表

(二) 住所地法適用之動的方面觀察

(甲)住所地法適用於新住所場合者

(A)新住所發生之原因

(B)新住所取得之證明

(a)變更住所意思之證明，不能證明者仍適用舊住所地法

(b)變更住所意思之推定，經其推定者則適用新住所地法

(乙)住所地法適用於準住所場合者

(A)準住所之發生原因

(B)準住所之法律適用

(a)關於商業上住所者

(b) 關於裁判管轄上住所者

(c) 關於遺產上住所者

(丙) 住所地法適用於重住所場合者

(A) 重住所問題之發生原因

(a) 由於法律規定各異而致者

(b) 由於事實認定各異而致者

(B) 重住所問題之法律適用

(a) 爲屬人法代替時有準用之條款

(b) 爲行爲地法代替時無準用條款

(C) 重住所問題之學說研究

(a) 不爲內外國住所之區別而泛求其決定之標準者

(1) 謂應依簡單之標準者

- (一) 或主張自由選擇說
- (二) 或主張由本國法解決說
- (三) 或主張由法庭地法解決說
- (2) 謂應依各別之標準者
- (b) 須爲內外國住所之區別而各求其決定之標準者
- (1) 關於內外國住所之衝突者——一致主內國法說
- [2] 關於兩外國住所之衝突者
  - (1) 不爲同時異時衝突之分類者
  - (a) 或主張由一定國法解決說
  - (b) 或主張依居所地法說
  - (c) 或主張依舊住所地法說
  - (d) 或主張最後所得之住所地法說

(二)爲同時異時衝突之分類者

(c)雖知內外國住所之區別而另求其決定之標準者

(1)或主張解決重住所地法之原則統一說——係破壞舊說者

(2)或主張解決重住所地法之原則分立說——係建設新說者

『圖表十二』 關於解決重住所問題之學說表

(丁)住所地法適用於無住所場合者

(A)無住所問題之發生原因

(a)由於法律規定各異者

(b)由於事實特殊關係者

『圖表十三』 英美法上關於住所之原則表

(B)無住所問題之法律適用

(C)無住所問題之學說研究

(a) 偏於一方面之解決者——舊說

(b) 兼顧兩方面之解決者——新說

『圖表十四』 跡部定次郎之住所地法適用分析圖

## 第六章 所在地法

### (一) 關於人之所在地法之適用

(甲) 從沿革上說明人之所在地法之適用

(乙) 從現實上說明人之所在地法之適用

(A) 爲單獨的適用者

(B) 爲混一的適用者

(C) 爲補充的適用者

(D) 爲偶合的適用者

(二) 關於物之所在地法之適用

(甲)物之所在地法適用於物之關係方面者

(A)物權自體上物之所在地法之適用

(B)物權關係上物之所在地法之適用

(乙)物之所在地法適用於物之種類方面者

(A)有體物上物之所在地法之適用

(B)無體物上物之所在地法之適用

(丙)物之所在地法適用於物之時效方面者

(A)國土變遷後物之所在地法之適用

(a)舊所在地法之適用

(b)新所在地法之適用

(B)國境離開後物之所在地法之適用



(E) 本國法主義

(a) 以本國法之對象言

(1) 有採共同之本國法者

(2) 有採夫之本國法者

(3) 有採雙方之本國法者

(b) 以本國法之時間言

(1) 有主張事實發生前之本國法者

(2) 有主張事實發生後之本國法者

(3) 有主張事實發生時之本國法者

(F) 本國法兼法庭地法主義

「圖表五十七」 本國法兼法庭地法主義之分析表

(a) 共同本國法兼法庭地法主義

(b) 夫之本國法兼法庭地法主義

『圖表五十八』 夫之本國法兼法庭地法主義圖

(c) 雙方本國法兼法庭地法主義

『圖表五十九』 雙方本國法兼法庭地法主義圖

(乙) 別居宣告之準據法

(A) 雙方本國法及法庭地法皆承認別居制度者

(B) 雙方本國法承認別居制度而法庭地法不承認者

(C) 雙方本國法否認別居制度而法庭地法承認者

(D) 雙方本國法規定不同而法庭地法亦否認者

『圖表六十』 離婚及別居的原因之法律適用總表

(四) 關於離婚及別居之效力問題

(甲) 效力之自體問題

(A) 法庭地法主義

(B) 各該本國法主義

(C) 夫之本國法主義

(D) 夫之本國法或法庭地法主義

(乙) 效力之所及問題

(A) 由法院管轄權方面言之

(a) 他國承認其宣告爲有效者

(b) 他國否認其宣告爲有效者

(B) 由法律管轄權方面言之

(a) 他國承認其宣告爲有效者

(b) 他國否認其宣告爲有效者

『圖表六十一』 離婚宣告之效力所及表

綱 要

『圖表六十二』 離婚效力之能否及於所屬國主要公式表

## 第十八章 父母子女之身分關係

『圖表六十三』 父母子女之分類表

### (一) 父母之與婚生子女

(甲)關於婚生子女之法律衝突

(A)子女身分權之取得

(a)依受胎期間言之

(b)依胎自夫來言之

(B)母夫否認權之行使

(a)依否認之原因言之

(b)依否認之主體言之

(o) 依否認之時間言之

『圖表六十四』 受胎期間之計算圖

(乙) 關於婚生子女之法律適用

(A) 法庭地法主義

(B) 夫之住所地法主義

(C) 子之本國法主義

(D) 父之本國法主義

(E) 母夫之本國法主義

(a) 母夫生存時所應適用之本國法

(1) 依受胎當時母夫之本國法說

(2) 依出生時母夫之本國法說

(b) 母夫死亡者所應適用之本國法

綱 要

(c) 母與其夫離婚者所應適用之本國法

## (二) 父母之與非婚生子女

(甲) 非婚生子女之法律衝突

(A) 關於認領之制度者

(a) 就認領制度之存在言

(1) 無須認領主義

(2) 禁止認領主義

(3) 放任認領主義

(4) 限制認領主義

(b) 就認領制度之內容言

(1) 放任自由認領主義

(2) 限制自由認領主義

(3) 放任法定認領主義

(4) 限制法定認領主義

(B) 關於認領之要件者

(a) 認領之主體問題

(b) 認領之客體問題

(c) 認領之方式問題

(d) 認領之時間問題

(C) 關於認領之效力者

(a) 認領本身之效力問題

(b) 及於子女之效力問題

『圖表六十五』 認領之准許表

『圖表六十六』 認領權之行使表

綱 要

(乙) 非婚生子女之法律適用

(A) 關於自由認領者

(a) 實質的要件之準據法

(1) 法庭地法主義

(2) 住所地法主義

(3) 被認領者之本國法主義

(4) 認領者之本國法主義

(5) 認領者與被認領者各該本國法主義

(一) 非婚生子女出生時之本國法說

(二) 非婚生子女認領時之本國法說

(b) 形式的要件之準據法

(1) 地方法主義



(2) 行爲地法兼本國法主義

(B) 關於法定認領者

(a) 實質的要件之準據法

(1) 認領者與被認領者各該本國法主義

(2) 法庭地法主義

(3) 法庭地法兼本國法主義

(b) 形式的要件之準據法

(C) 關於認領效力者

(a) 認領效力在認領地法域外之問題

(1) 認領地爲有效成立時

(2) 所屬國爲有效成立時

(b) 認領效力及於非婚生子女之問題

(1) 認領者本國法主義

(2) 當事人各該本國法主義

(3) 波蘭法主義

『圖表六十七』 關於認領之法律適用總表

(二) 父母之與準婚生子女

(甲) 關於準婚生子女之法律衝突

(A) 我國法上之準婚生子女

(B) 日本法上之準婚生子女

(C) 法國法上之準婚生子女

(D) 英美法上之準婚生子女

(E) 德國法上之準婚生子女

(乙) 關於準婚生子女之法律適用

(A) 非婚生子女之父母結婚地法主義

(B) 非婚生子女之父結婚時屬人法主義

(C) 非婚生子女出生地法主義

(D) 子女出生時與父母結婚時父之住所地法主義

(E) 父之本國法或各該本國法主義

(丙) 關於準婚生子女之嫡出宣言

(A) 父之本國法主義

(a) 效力得及於國外說

(b) 效力不及於國外說

(B) 各該本國法主義

#### (四) 養父母之與養子女

(甲) 關於養子女之法律衝突

- (A) 就養子女之存在方面言
  - (a) 發生完全親子關係者
  - (b) 僅有財產繼承關係者
  - (c) 有爲贈與附件關係者
- (B) 就養子女之成立要件言
  - (a) 屬於實質的要件者
    - (1) 年齡的條件
    - (2) 身分的條件
    - (3) 同意的條件
  - (b) 屬於形式的要件者
    - (1) 我國法上之形式要件
    - (2) 日本法上之形式要件

(3) 法國法上之形式要件

(4) 德國法上之形式要件

(C) 就養子女之效力關係言

(a) 屬於通常之效力者

(1) 養子女對於其實家之關係

(2) 養子女對於其養家之關係

(3) 養父母對於養子女之關係

(b) 屬於特別之效力者

(1) 自由解除之例

(2) 限制解除之例

(3) 契約解除之例

(4) 禁止解除之例

綱

要

(乙)關於養子女之法律適用

(A)養子女成立要件之準據法

(a)契約準據法主義

(b)養子女之屬人法主義

(c)養親之屬人法主義

(d)當事人雙方屬人法主義

(1)法律解釋上之問題

(一)或主張從嚴解釋者

(二)或主張從寬解釋者

(2)父母國籍上之問題

(一)有認為應依養父之本國法者

(二)有認為應依養父母雙方本國法者

「圖表六十八」 養子女關係成立要件之準據法表

(B) 養子女收養效力之準據法

(a) 養親本國法主義

(b) 養親屬人法並養子女屬人法主義

(C) 養子女關係解除之準據法

(a) 養親本國法主義

(b) 雙方本國法主義

(c) 本國法兼法庭地法主義

第十九章 父母子女之權利義務

(一) 親權之存在與其喪失

(甲) 關於法律衝突者

綱 要

國際私法本論

(A) 親權存在之性質

(B) 親權存在之主體

(C) 親權存在之客體

(D) 親權喪失之問題

(乙) 關於法律適用者

(A) 子女之屬人法主義

(B) 父之住所地法主義

(a) 子女出生時父之住所地法說

(b) 父之現時住所地法說

(C) 父之本國法主義

(a) 子女出生時父之本國法說

(b) 父之現時本國法說



(甲)絕對的行爲地法主義

(A)法則區別說

(B)主權尊重說

(C)證明便利說

(D)衝突調解說

(E)萬國默認說

(F)意志自由說

(乙)原則的行爲地法主義

(A)當事人同國籍時依其本國法之規定亦爲有效者

(B)依法律行爲之效力發生地法之規定亦爲有效者

(C)依規定法律行爲效力的法律之規定亦爲有效者

(丙)例外的行爲地法主義

綱 要

(A) 具備一定條件須依行為地法始有效者

(B) 僅為補充作用認依行為地法亦有效者

(二) 特殊的法律行為之方式

(甲) 關於一定的法律行為之方式

(A) 物權行為之方式

(B) 票據行為之方式

(乙) 關於避法的法律行為之方式

第三編 財產法適用論

第十三章 物權

(一) 關於動產及不動產之法律適用

(甲) 不動產

(A) 所有者本國法主義

(B) 行爲地法主義

(C) 所在地法主義

(a) 任意服從說

(b) 領土主權說

(c) 交易安全說

(乙) 動產

(A) 人之住所地法主義

(B) 所有者本國法主義

(C) 所在地法主義

(a) 或就物權自體方面而設說

(b) 或就立國政策方面而設說

(c) 或就適用便利方面而設說

(D) 定位動產所在地法主義

(E) 視同動產所在地法主義

(F) 行爲地法主義

『圖表二十九』 不在或死亡宣告之效力表

『圖表三十』 各國關於動產不動產之規定表

(二) 關於各物權及占有之法律適用

(甲) 所有權

(A) 關於所有權之限制者

(B) 關於所有權之剝奪者

(C) 關於所有權之讓與者

(D) 關於所有權之回復者

(E) 關於所有權之共有者

(F) 關於所有權之種類者

(乙) 用益物權

(丙) 擔保物權

(A) 關於抵押權方面者

(a) 審判上之抵押權

(b) 法律上之抵押權

(B) 關於質權方面者

(C) 關於留置權方面者

(丁) 占有

### (三) 關於時效及其方式之法律適用

綱 要

國際私法本論

(甲)時效問題

(A)關於時效期間之準據法

(a)訴訟地法主義

(b)舊所在地法主義

(c)時效完成時所在地法主義

『圖表三十一』取得時效所準據之法律表

[B]關於時效期間之計算法

(a)前後通算主義

(b)比例計算主義

(c)平均計算主義

(乙)方式問題

## 第十四章 債

### 『圖表三十二』 債之發生原因表

#### (一) 債之發生

(甲) 因法律行為而發生之債

(A) 關於法律適用之原則者

(B) 關於法律適用之救濟者

(a) 法庭地法主義

(b) 債務人之住所地法主義

(c) 債務人之本國法主義

(d) 屬人法與訂約地法主義

(e) 履行地法主義

(f) 行爲地法主義

(g) 本國法兼行爲地法主義

(h) 行爲地法兼本國法主義

(i) 準據法列舉主義

『圖表三十三』 波蘭國際上私法適用法第七條至第九條之規定

表

『圖表三十四』 關於由契約而生之債的適用法律總表

(乙) 因侵權行爲而發生之債

(A) 關於通常的不法行爲之債

(a) 法庭地法主義

(b) 行爲地法主義

(c) 行爲地法補救主義



(d) 行爲地法及法庭地法主義

『圖表二十五』 通常的不法行爲之債的適用法律表

(B) 關於特別的不法行爲之債

(a) 隔地者間之不法行爲

(b) 繼續於數國間之不法行爲

(c) 跨兩國國界之不法行爲

(d) 在法境以外之不法行爲

(丙) 因無管理及不當得利而發生之債

(A) 本國法兼事實發生地法主義

(B) 事實發生地法主義

(a) 意思推定說

(b) 公益關係說

(C) 無因管理與不當得利之分別準據法主義

## (二) 債之效力

(甲) 關於債的自體之效力者

(A) 總括的觀察

(a) 關於實際上之觀察者

(b) 關於學說上之觀察者

(B) 各別的觀察

(乙) 關於債的讓與之效力者

(A) 效力之分析

(a) 對於當事人間之效力

(b) 對於債務人之效力

(1) 讓與人與債務人間之效力

(2) 受讓人與債務人之間之效力

(B) 效力之確定

(a) 債權人住所地法主義

(b) 債務人住所地法主義

(c) 債權固有法主義

(1) 債務人住所地法主義

(2) 本國法兼行為地法主義

(3) 行為地法兼法庭地法主義

(丙) 關於債的承擔之效力者

(丁) 關於債的消滅之效力者

(A) 普通的原因

(B) 時效的原因

綱 要

國際私法本論

五二

(a) 法庭地法主義

(b) 履行地法主義

(c) 債權人住所地法主義

(d) 債務人住所地法主義

(e) 債權準據法主義

# 國際私法本論上冊

陳顧遠著

## 第一編 法律適用總論

### 第一章 準據法

準。據。法。者，內。外。國。實。質。法。在。國。際。私。法。的。關。係。上。之。稱。也。國。際。私。法。不。過。於。涉。外。的。法。律。關。係。發。生。之。際，決。定。將。如。何。適。用。其。所。應。適。用。之。法。律。而。已；而。被。適。用。之。者，無。論。為。內。國。法，抑。為。外。國。法，皆。所。謂。準。據。法。耳。故。國。際。私。法。雖。可。謂。為。定。法。律。關。係。的。準。據。法。之。法。則，然。其。本。身。則。非。準。據。法。也。一。切。法。律。適。用。規。則。皆。不。外。對。於。某。一。涉。外。的。法。律。關。係，求。其。準。據。法。之。實。現；因。法。律。關。係。性。質。之。不。同，於。是。其。所。準。據。之。法。律。自。亦。有。異。矣。茲。分。言。之：

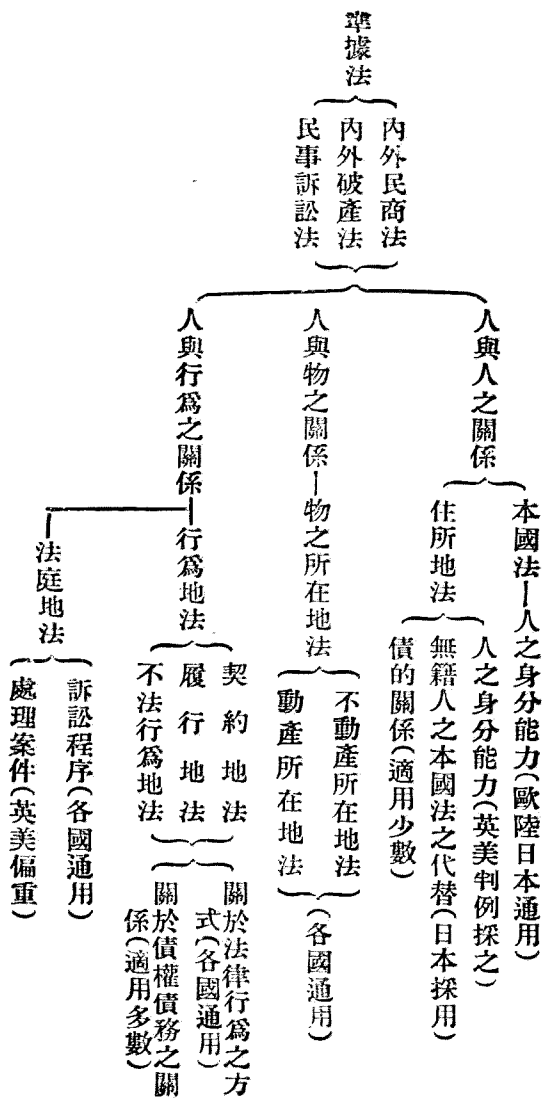
## （一）確定準據法之基本標準

處理涉外的法律關係，應準據如何之法律，其基本的標準不外依其法律關係之基本的性質而定。有宜以當事人之國籍住所或居所爲標準，而定其準據法者，如我法律適用條例第五條「人之能力依其本國法」，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」等規定是也。有宜以物之所在地爲標準，而定其準據法者，如我法律適用條例第二十二條「關於物權依物之所在法」之規定是也。有宜以行爲地爲標準，而定其準據法者，如我法律適用條例第二十六條「法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法」之規定是也。有宜以法庭之所在地爲標準，而定其準據法者，如我法律適用條例第二十五條第二項「不法行爲之損害賠償及其他處分請求，以中國法認許者爲限」之規定是也。依某種法律關係之情形，使其適用或種法律之點，學者特假立一「連繫點」之名稱，準據法即根據此連繫點而定之。於是或依當事人之本國法，或依住所地法，或依物之所在

地法，或依行爲地法，或依法庭地法，皆各有所本焉。

依法律關係之基本的性質，以定其準據法，原則上固不外國籍，住所，物之所在地，行爲地及法庭地等端，然在實際的情形上，則不盡如是簡單。就連繫點之探定以前而言，雖爲同一法律關係，各國不必皆採同一連繫點，定其所應準據之法律；或以國籍作爲其連繫點，準據當事人之本國法；或以住所地法作爲其連繫點，準據當事人之住所地法。卽在一國中，一涉外的法律關係，視其影響於內國之公共秩序善良風俗如何；有時以行爲地作爲其連繫點，準據當事人之行爲地法；有時以法庭地作爲其連繫點，準據當事人之訴訟地法；其間情形殊爲複雜！就連繫點之確定以後而言，依國籍或住所之連繫點，準據本國法或住所地法。固所當然；但因各國立法之歧異，人事往來之紛雜，在國籍卽發生重國籍無國籍之問題，在住所亦同此例，究以何國實質法爲其實際適用之法律，頗不易定。依行爲地之連繫點，準據行爲地法亦無問題；但如行爲地跨於二以上之國家，而各異其法律，則將以某國法律爲行爲地法之適用，仍難解決。故關於本國法等之適用，又有待於單獨討論者矣。

「圖表一」準據法之分析表





## (二) 確定準據法之特殊標準

一法律關係所準據之法律，從表面上言之，似限於單一之準據法，實不盡然也。蓋雖爲同一之法律關係，此法律關係之成立與其效力，既不能混而爲一；復因當事人國籍之異，行爲性質之內外國認定其是否合法有別，於是同一法律關係之成立，其本體上亦極非簡單；至於效力，又有屬於身分上之效力者，有屬於財產上之效力，在在皆不能絕對地以一法律處理之。譬如於國籍之標準下，而決定其所準據之法律，按照歐陸法系而言，不外『本國法』無疑。然依此一法律關係各面之特殊原因，其所適用之本國法，卽不能於任何方面，始終一律以某國法爲其所應適用之本國法也。爲例以明：

有就法律關係成立之自體上，卽使分別服從甲乙兩國之法律，或同時無違甲乙兩國之法律者。前者之例，如我法律適用條例第九條『婚姻成立之要件依當事人各該本國法』；第十四條『養子成立之要件依當事人各該本國法』是也。後者之例，如同條例第二十五條『關於因不

法行為發生之債權，依行為地法，但依中國法不認為不法者，不適用之」是也。

有就法律關係效力之種類上，使甲效力從甲國法，使乙效力從乙國法者。如我國對於婚姻之效力，屬於身分上之效力者，依夫之本國法；屬於財產上之效力者，依婚姻成立時夫之本國法（參照同條例第十條）。苟婚姻成立時與現時，夫之本國如一，其準據法自屬單一無疑；苟夫於婚姻成立後而變更國籍，則準據法亦有二矣。

有就法律關係之成立與效力上，分別為各異之準據法者。例如同條例第十三條第一項「私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法」；然關於「認領之效力」，則依第二項所示，必「依認領者之本國法」。蓋認領之成立，不依被認領者之本國法時，往往使其人陷於重國籍，且亦難充分達認領之目的。認領之效力，須獨依認領者之本國法者，以認領成立後，被認領者即與認領者發生親族之關係，並喪失其舊有國籍，故被認領者之本國法，即無再存之必要焉。觀乎此，更知一法律關係中所準據之法律，不能單一，實勢理之當然，莫能或違。

有就法律關係之成立及效力等依同一之準據法，而於該法律關係之撤銷或變更，又依不同之準據法者。例如同條例第二十一條「遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法；遺囑撤銷，依撤銷時遺囑人之本國法」是也。要之，一法律關係之各點，既各有其特殊情形，其不能有單一之準據法，甚屬顯然。法律適用須依各種項目而詳為研究或規定者，即此故耳。

## 第二章 內國法

在涉外的法律關係中，所實際適用之法律，就其性質上言之，皆內國法也。蓋以法庭地法爲用者，誠爲內國法，卽以外國法爲用者，吾人亦主張非以外國法爲法律而當然適用之，乃作爲內國法之內容而適用之，則仍一內國法也。然如舍原則而言實際，遇涉外的法律關係發生，以實際之內國法，作爲所準據之法律，與以實際之外國法，作爲所準據之法律，究屬有異。故吾人不能不分別一論內國法及外國法之如何適用，而揭明其主要原則。關於內國法

之實際的適用，有偶然的，有必然的；偶然的適用多屬於暗示者，必然的適用多屬於明示者。茲分言之：

### (一)內國法之偶然的適用

偶然的適用云者，非明定以適用內國法爲絕對之必要，而亦非絕對地排斥內國法之適用；惟視其實際上所構成法律關係之要素，發生於何國，卽以何國法爲其準據之內容，不限於外國法亦不限於內國法也。例如當事人爲內國人，或其住所所在內國，或其行爲地爲內國，或物之所在地爲內國，或外國人之法律關係而起訴於內國法院；則在此種實際上所謂本國法，住所地法，行爲地法，物之所在地法，及法庭地法，皆與內國法合而爲一，惟內國法之適用矣。此種適用又可分爲積極地偶然適用，與消極地偶然適用；前者由內國適用之，後者由外國適用之焉。

(甲)由內國爲內國法之偶然的適用，其情形亦不一致。約而言之；或則爲正面之適用。

即在實際上之或種場合，對於涉外的法律關係中之內國人，而為內國法之適用是也。如我法律適用條例第五條『人之能力依其本國法』，第二十條『繼承依被繼承人之本國法』；此人，此被繼承人，苟為外國人，其本國法即非內國法，自不能為內國法之適用。倘為內國人，其本國即為內國，本國法亦即內國法也。故此情形中，內國法之能否適用，惟視實際上，其人是否內國人耳。

或則為反面之適用，即在實際情形上，對於涉外的法律關係之外國人，而為內國法之適用是也。如我法律適用條例第二十四條『關於因事務管理不當利得發生之債權，依事實發生地法』，苟其事實發生地在外國，自無適用內國法之可能，更不必問當事人為何國人也。苟內國為其事實發生地，當事人即為外國人，在實際上遂不能不為內國法之適用也。在此場合，內國法之能否適用，亦惟視事實發生地之實際的地域何屬耳。

或則為兼面之適用，即對於涉外的法律關係中之內國人，而為內國法之適用，然如其對方之外國人，不合於應所適用之法律，即不能單獨依內國法而承認內國人之此項法律關係成

立也。如我法律適用條例第九條「婚姻成立之要件，依當事人各該本國法」，倘男女雙方皆非內國人，內國法自難絕對的適用。倘一方為內國人，則其婚姻成立之要件，必不可不依內國法而定；但同時仍須依對方之外國法，始能有效。故此情形中，內國法之能否與外國法同時兼用，亦惟視婚姻當事人之一方，實際上有無內國人耳。

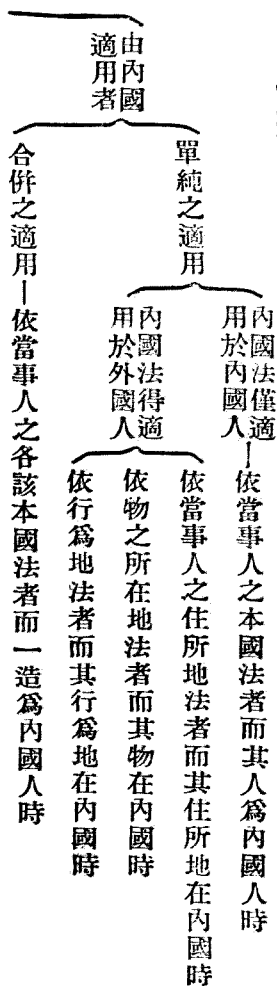
或則為隱面之適用，即於或種場合排斥應所適用之外國法，然亦未為保留內國法適用之規定，但內國法亦可因特種關係為其代被排斥的外國法之適用的法律之一種是也。如我法律適用條例第一條「依本條例適用外國法時，其規定有背中國公共秩序，或善良風俗者，仍不適用之」。然則將適用何種法乎？或則不再適用何種法而即拒絕審判，或則改用不背此規定之另一種外國法，固不專限於以內國法代替之，但內國法實亦其補充之一法也。

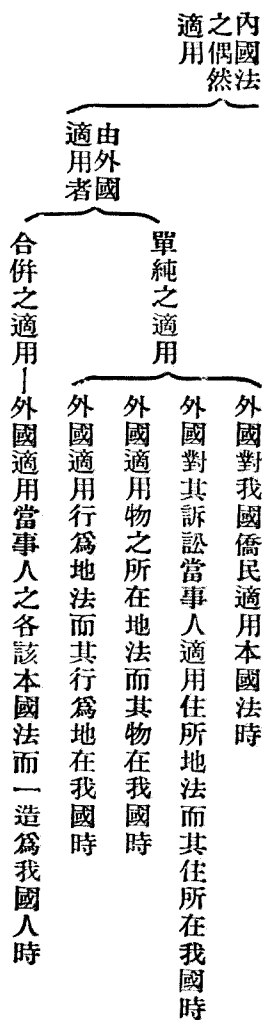
(乙)由外國為內國法之偶然的適用，即外國處理其涉外的法律事件，所決定之準據法，於實際上牽涉內國時，在外國視為適用外國法，在內國則不帶假手於外國，而為內國法之實際地適用是也。此亦可稱為他面之適用。如不動產依所在地法，雖物主為外國人，並於外國

發生該項不動產之訴訟，假使其不動產在內國，外國之處理此事，即不能不於實際上為內國法之適用；倘其不動產在第三國，則外國固無改於不動產依所在地法之原則，而實際上則變為第三國法之適用，不能消極地保持內國法之適用矣。故此場合，內國法之能否賴外國而為適用，亦惟視不動產之所在地，實際上屬於內國與否耳。

要之，內國法之偶然的適用，並非適用規則上規定其必用內國法，乃以事實之關係，而始實際地為內國法之適用；倘事實變更，則內國法即失其適用之根據矣。

『圖表二』內國法之偶然的適用表





## (二) 內國法之必然的適用

必然的適用云者，適用規則上或判例上，明定其爲內國法之適用，而不容有所猶豫者也。凡採法庭地法主義者，大都極力擴張內國法之適用，英美與歐陸極不同者，即在於此。此種適用又可分爲絕對地必然適用，與相對地必然適用；前者更爲嚴格，後者略形和緩。

絕對地必然適用者，內國法適用之效力極強，絕不許有解除之條件；然其情形亦不一致。約而言之：或則爲排斥外國法之適用而適用。假如適用法則中規定「依本法則，適用外國



法時，其規定有背內國公共秩序，或善良風俗者，依內國法』，是即一面排斥外國法之適用，一面保留內國法之適用矣。我法律適用條例第一條，只爲不適用外國法之規定，並未規定須改依內國法，自非其例；然學者中，則有謂其反面，已無異於內國法之適用矣。確否詳第三章。

或則爲維持內國法之精神而適用，同條例第二十五條第二項『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，』則在此一點上，更係直採法庭地法主義，無待排斥外國法後，始爲內國法之適用也。

相對地必然適用者，內國法適用之效力較前稍弱，然亦出之明示，在其條件下，亦不能拒絕適用也。其情形可分數端，約而言之：或則與外國法爲並時之適用，即依外國法外，更須依內國法；或依內國法時，仍不能與外國法有異是也。如離婚宣告，依法律適用條例第十條『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』始可。如扶養義務，依同條例第十六條『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」。如因不法行為發生之債權，依同條例第二十五條「依行為地法；但依中國法不認為不法者，不適用之」。凡此，皆以內外法律同時並用為原則，內國法之必然的適用，惟限於與外國法同時如此，不得單獨為內國法之必然的適用也。

或則以內國法為片面之適用。即僅於其法律關係有影響於內國方面者，為保護內國公衆之利益計，而為內國法之適用是也。法律適用條例第五條第二項「外國人依其本國法為無能力，而依中國法為有能力，就其在中國之法律行為，視為有能力；」即恐其不如是，必易搖動內國交易之安全。舍之此外，可不必為內國法之適用，故「關於親族法，繼承法，及在外國不動產之法律行為，不在此限，」自當然應有之但書也。又第八條「凡在中國有住所之外國人，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，為死亡之宣告」，亦祇於此特種場合，為內國法之適用，其效力斷不及於其本國，或第三國也。

或則以內國法為反致之適用，同條例第四條「依本條例，適用當事人之本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法」是也。德民法施行法第二十七條，日法例第二十九條

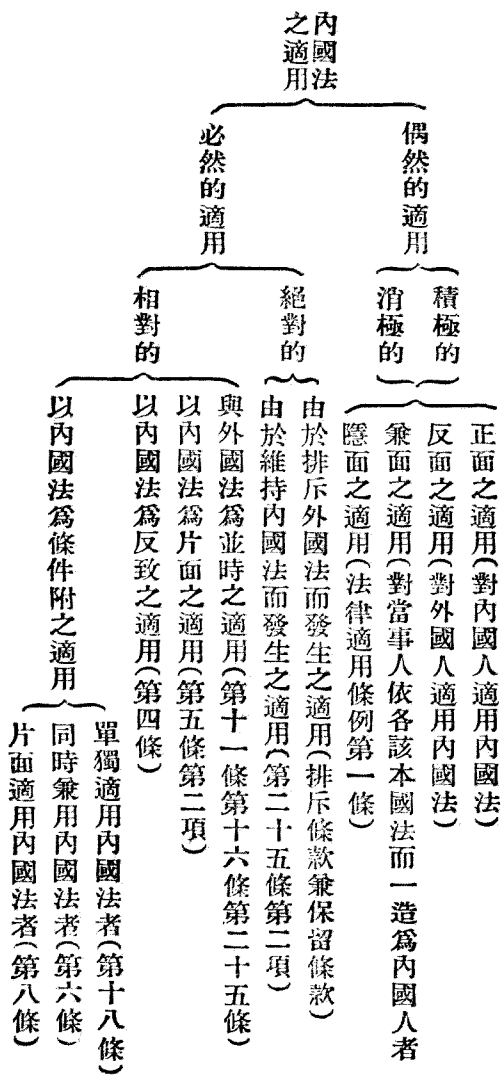
，皆有同一規定。苟當事人之本國法，仍定爲應依該外國法時，在我自不能強爲內國法之適用，此所以非絕對地必然適用也；倘其本國法規定應依內國法時，亦必以內國法之適用爲然，不能違反之，此所以爲相對地必然適用也。詳後不贅。

或則以內國法爲條件附之適用，即原則上依外國法，而如某種條件完成，則改而爲內國法之適用矣。同條例第十八條『監護，依被監護人之本國法；但在中國有住所或居住之外國人，有左列情形之一者，其監護依中國法。』所謂左列情形者：『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。』故必有合於前後之兩種條件，始得依中國法，即內國法也。但有時僅完備在中國有住所或居所之條件，亦得爲內國法之適用者。或祇爲片面之適用，如同條例之第八條所示者是也。或與外國法爲並時之適用，如同條例第六條『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』是也。

要之，內國法之必然的適用，其唯一原因，不外維持內國之公共秩序，保障內國之善良

風俗，扶護內國之交易安全，皆以內國之利益爲其出發點而已。故過甚用之，必有害於外國人之權利，此法庭地法主義所以不如昔之盛行也！

『圖表三』內國法之適用總表



## 第三章 外國法

外國法之適用與內國法之適用不同；外國法並無如內國法絕對地明示之適用，蓋必法律關係之事實點，牽涉於外國者，始能以外國法作為本國法，住所地法，行為地法，或物之所在地法之內容，而為之適用；斷未有不顧事實關係，即明示為外國法之適用，或禁止內國法之適用，而為適用外國法之餘地者。故在適用法則上，不為外國法適用之禁止，即是相對地示及外國法之適用；或如我條例第一條之「外國法」之禁止適用，亦無異於表示無其禁止條件時，亦承認在或種場合，得為外國法之適用也。外國法之適用問題，內容頗為複雜，學者莫不特別注意，用分四端，述之如左：

### (一) 外國法適用之本質問題

關於外國法之適用，依廣義言，自不限於國際私法；而在國際私法範圍內，為外國法之

適用，其性質又爲若何，不可不先解決之。

(甲)外國法適用之意義 欲明外國法適用之意義，當先知外國法適用之種類，彙而言之，其類有四：

第一，依主權認定之結果，爲外國法之適用者。質言之，即繼受外國法中之「直接繼受」，例如舊德意志曾以羅馬法作爲內國法，比利時曾以拿破侖法典作爲內國法是也。此種外國法之適用，不過以外國法爲內國法之母法，依學術語，只能稱爲外國之採用，而非適用也。蓋雖一字不改之繼受外國法，但既經內國以其主權之作用，採用而頒布之，其性質直與內國法無異，即不能以外國法之適用目之。

第二，依法權喪失之結果，爲外國法之適用者。質言之，即因不平等條約之效力，致領事裁判權存在於內國，而於內國爲外國法之適用是也。此種外國法之適用，出自不對等之條約，使甲國強爲承認乙國之官憲，在甲國領土以內，依乙國之法律，審判其國人民之訴訟事件，害及甲國之法權殊爲深烈。即不此論，領事審判權國自設司法機關於內國，以其法律審

判己國之人民，乃外國人自己適用其自國法，亦非內國之外國法適用也。

第三，依國際規約之結果，爲外國法之適用者。質言之。或因治外法權之關係，對於外國使節軍艦之在內國者，爲外國法之適用，或互結通商友好條約，規定相互地依法律關係之性質，彼此爲確定的外國法之適用是也。前一種之外國法的適用，乃出自國際交互禮讓之原因，實際上乃舍內國法而不用，使此項外國之人受其本國法律之自己支配，非即內國之外國法適用也。況所不適用之內國法，又多偏於公法方面；而純粹之私法關係，如與內國人發生糾葛，亦未見其不能適用內國法也。後一種之外國法的適用，誠不得而否認之，然亦不過條約之相互如此，乃外國法適用淵源之一，非即盡外國法適用之範圍。故欲確定外國法適用之意義，應推

第四，依國際私法之結果，爲外國法之適用者。質言之，國際私法上如未限定爲內國法之適用，倘關於事物自然之性質，以適用外國法爲合理，則由內國依法自主獨立之法權，而爲外國法之適用是也。例如適用規則上，明示或暗示繼承依被繼承人之本國法，此被繼承人苟

爲外國人，自不能不以其人所屬國之法律，爲所謂本國法之內容，是卽正式之外國法適用耳。此種外國法之適用，既非直接繼受外國法之全部，亦非由外國代我而適用之，更非出自相互主義之效力，故不同於他端。然則其所適用之外國法，究係因其爲法而適用乎；抑係否認其法之性質而因他故以適用之乎；此又不能不進而研究

(乙)外國法適用之性質，外國法適用之性質者，以外國法作爲法律，抑或事實而適用之之謂也。此與實際適用之情形上，出入頗大，總而言之，其說有四，

第一，外國法爲單純的事實說。此說在古代頗盛行於歐洲，今則英美學者仍主張之。謂外國法律由內國視之，不過一單純的事實，苟非當事人自行主張，法官實無必須適用之職務，正與他之事實同也。既爲事實，則外國法之內容，當事人猶應負證明之責。苟不能證明，法官固可拒絕適用；即使能證明，法官亦儘有適用與否之自由，以其爲事實故耳。

何故而如是耶？此則有沿革上之理由，與現實上之理由兩端。依沿革言，此說最盛行之時代，爲荷蘭學派之佔優勢時，蓋以國際禮讓主義爲背景，認爲一國之法律，斷難超越國境



，苟於內國而承認外國法之效力，不啻侵害自己之主權，故一國斷不負參酌適用外國法之義務間適用之，則不外出於國際禮讓耳。今國際禮讓主義雖成過去，但英美於第十九世紀以來，仍不失爲新國際禮讓主義，此事實說之所以仍存於英美方面也。依現實言，英美偏於屬地主義，故絕對維持法律效力不能逾越國境之原則，苟不以外國法爲事實，則是承認外國法在內國發生效力，而礙及內國之主權矣。況內國之法官，所負之職責自限於內國法之適用，絕不能負適用外國法之職責，故依國際私法之結果，爲外國法之適用，由內國視之，不外一種事實而已！

此說最大之理由，在以外國法爲法律，必損害內國之主權；實則無傷也。國際私法上關於外國法之適用，並非外國主權及於內國。更非內國法官爲外國法之適用，不過依內國主權之所命，使之適用法律，其所適用者，事實上固爲外國法，義理上則仍爲另一種之內國法耳。既依內國主權所命而適用，自亦無害內國主權之虞，更不能謂非法官應負之職責也。卽在無成文的適用法則時，然亦根據向有之判例而定，莫之敢違，非絕對任意爲之，故謂法官對

於外國法，可不負調查與適用之義務，衝之現代實際情形，究難首肯。

第二，外國法爲絕對的法律說。此說爲操國際法主義者所唱，故人稱之爲歐陸學說，實則爲意法學者之通說，德國學者則不盡然。其說謂外國法同於內國法，亦爲法律，而非事實；法官應本其職責，爲之調查而適用之，初不待當事人之主張也。換言之，適用外國法，並非出自法官之任意，具其制定於適用法則中，亦非出自立法者之任意，實爲其國家對於國際間所負之一種義務，故依國際私法之結果爲外國法之適用，即以其爲法律而適用之，非以其爲事實而適用之也。

何故而如是耶？在沿革上，則係受薩焚宜(Savigny)之內外法律平等說之影響，薩氏爲反對國際禮讓主義起見，故主張法官之適用外國法，不能列爲任意事項，必依其法律關係之本據，使內外國法立於同等地位。後之學者變本加厲，而以內外國法初卽爲同等地位，用以構成其法律關係之本據，則適用外國法自不得不以絕對的法律是視也。在現實上，其理由不遑枚舉，而最主要之理由，莫如相互尊重主權論。蓋以國際團體不僅謀公的國際交通便利，

並須謀私的國際交通便利，欲達後者之目的，亦應相互尊重各國之主權。法律者主權作用之一也，故亦宜尊重之，而對於外國法之適用，即是對於尊重他國主權應負之義務耳。況相互爲外國法之適用，並無害於或一國之法權，且可爲相互地尊重主權之表示也。

此說依國際法主義而立論，當然與吾人見解不同。但卽就尊重主權一點言之，亦難見許。一國法律不能逾於域外，乃公認之原則，所以然者，恐損害對方國家之主權耳。故現代通例，除依條約及依主權認定之外，斷無有以外國法爲當然的法律行於國內者，有之，不外殖民地與被保護地是也。此說與此一原則正相衝突，謂不損害他國主權者幾希！況以適用外國法，爲尊重他國主權而觀，設有涉外的法律關係，牽及二以上之國家，而所應適用之法律，只能有一，不能有二，於是適用甲外國法，必不能適用乙外國法。何以甲國之主權須尊重，而乙國之主權卽不須尊重之乎。此亦其難通之點。

第三，外國法爲內國法一部說。此說爲德國學者所主張，係矯正法律說事實說之偏，而另創者也。謂外國法之適用，如認此所適用之外國法爲當然之法律，究不免損害內國之主權

，以任何法律僅於其國之領土主權下，有其效力，純粹之外國法於內國無法律之性質實爲顯然，而今稱之爲係法律，殊屬失當。然認此所適用之外國法爲單純之事實，亦爲誤解。何則？內國之法官爲外國法之適用，係受自國國際私法之拘束，有不得不適用之義務。此義務非對純粹之外國法而負，乃對內國之法律而負，苟稱之爲事實，自無一切責任之負，頗難適合實際的情形。夫適用外國法，既爲法官受自國國際私法之拘束而然，則此所被適用之外國法，實爲內國法之一部而已。雖就表面上觀之，頗類似適用純粹之外國法，而在法理上則不能作如是主張也。

何故而如是耶？此亦有其說也。一國之適用法則之爲國內法，無人得而反對之，則依此適用法則而爲外國法之適用，亦係法官在法律上所須負之適用的義務，自不得視之爲單純的事實，亦不得視之爲絕對的法律。換言之，法官依適用法則之規定而適用外國法者，非以外國法爲當然法律，而使行之於內國，乃以其爲內國適用法則所準據之內容實質而適用之耳。且既爲立法者所定之準據，則法官即可不問當事人之援用與否，而爲其職務上所當適用之準

據法，更自顯然。似此，法律說者謂外國法同於內國法，固誤；但謂外國法爲內國法之一部，實未見其不當也。『一部』之爲言，則因所謂內國法者係指適用法則，如日之法例，我之法律適用條例，德之民法施行法是也；外國法者，卽此適用法則之一部耳。蓋適用法則之構成，非僅以純粹之內國法爲其準據，各國之實質法亦各占其一部。如云『人之能力依其本國法』，此雖屬概括的規定，乃法條之簡單原則上之不得不然，實則爲『英國人之能力依英國法，奧國人之能力依奧國法，智利人之能力依智利法……』之義耳。如遇英國人而解決其能力時，法官卽本此概括的規定，爲英國法之適用；此英國法在表面上，雖爲外國法，實際上則固依適用法則之一部的規定，而不得不用之，故稱其爲內國法之一部也。

此說不以外國法爲單純事實，又不以外國法爲當然法律，而以之爲內國法之一部，立說頗妙，故學者多採用之。惜其理論，在有成文的國際私法之國，固極明顯，然如在無成文的國際私法之國，則有疑問；英美學者不拋棄其事實說者卽此故耳。蓋一國無成文的適用法則，根本失其爲國內法之顯明的目標，內國法一部之說，自不易解釋。換言之，外國法之各種

規定，由內國以客觀的地位視之，原屬事實；在有成文的適用法則之國。由立法者採而用之，以爲適用法律之準據，則已變事實而爲內國法矣，故法官遵其規定而適用之，卽不能再以事實謂也。惟在無成文的適用法則之國，既未經此明定之程序，法官僅於不反判決例之範圍內，取外國法而適用之，既否認其爲當然法律，亦難直視之爲內國法律，而一部之說更非所能爲解釋者。至謂內國之適用法則，由各國法律各占其一部而構成，事實固屬如此。但申論之，國際法主義者亦曾主張內外法律在涉外的法律關係上，絕對地平等居於內國，適用外國法，爲國家對國際間所負之義務；今如此說，固可謂法官之適用外國法，爲對國家所負之義務，而立法者之爲此明定，總合各國法律而成一適用法則，又何嘗非國家對國際間所負之義務乎？雖立說者謂在未規定以前，外國法不過爲一事實，殆規定之後始發生法之效力，終無解於「總合各國法律而構成適用法則」用語之與國際法主義者混淆之嫌也。

第四，外國法爲內國法內容說，因事實說之輕視法官爲外國法適用之職責，故學者有唱新事實說，謂外國法適用之性質，爲不可不適用之事實是也。因法律說之偏於國際法主義而

搖動國際私法之基礎，故學者多宗內國法一部說，謂法官所適用之外國法，爲內國法之一部是也。然不可不適用之事實云者，即含有強制性，而具法之本質矣。且所謂「不可不適用」，苟無法之關係，又安見其能如此乎？又內國法之一部云者，必以有成文的適用法則爲前提，方顯其「一部」之所在，故不易解釋無成文的適用法則國之實際現象。故恐主張內國法內容說，即外國法之適用，係以外國法作爲內國法之內容而適用之。在未經適用以前，外國法之地位，於其本國固爲法律，於內國確爲事實。一經規定應爲適用，或依慣例與條理之原則，而必須適用之，則已變爲內國法之內容，有不得不適用之義務矣。吾人於此，係討論外國法適用之性質，非單純討論外國法之性質。事實說僅注意外國法在內國客觀的地位，而忘其爲所適用之外國法；法律說只注意外國法在其本國之固有地位，而忘其爲所適用者係內國之法官；內國法一部說徒注意有成文的適用法則國之現象，而忘其在無成文法國之適用外國法之解釋，皆非也。

蓋在有成文的適用法則之國，立法者之制定此法則也，與其謂爲總合各國法律而構成之。

，無寧謂爲定在或種場合，內國法之是否適用。須絕對適用者即明示之，不許有所違反；不須絕對適用者，亦非代之以外國法之適用，乃表示於此場合，依其實際情形，於適用純粹之內國法外，得依條理之原則，將所謂外國法作爲內國法之內容而適用之。例如法律適用條例，所標之『中國法』者，即內國法之適用是也。所標之『本國法』，『住所地法』，『行爲地法』，及『物之所在地法』者，並非純然爲所謂外國法之適用。人如爲內國人，或行爲地在內國，或物在內國，則關於此等事件所適用之法律，自仍爲內國法。苟涉及外國的源素，則向之內國法規定，不能恰合，或竟無明文指示，惟有依條理之原則，以外國法作爲其新的內容而適用之也。適用規則上既與法官以絕對地或相對地適用內國法之明示與暗示，法官依其所定，遇本有之內國法規定不適用時，乃以外國法爲內國法之條理以適用之，實不得不然耳。

在無成文的適用法則之國，法官之適用外國法，亦非純爲事實。既有判決例爲之範圍，法官莫得而違之，判決例上曾爲某種外國法之適用，此外國法即已具有內國法內容之性質，法官之適用外國法，不能專待當事人之聲請，實甚顯然。即遇有法律案件，而無適當之判決



例於其先，然如習慣上既有適用所謂外國法之情形，條理上亦有適用所謂外國法之必要，法官自亦不能強爲反對，置之不顧。法律之內容固不僅以有明文者爲限，無明文時依習慣，無習慣時依條理，則習慣與條理，皆法之內容，採而用之，卽不能再以事實稱也。縱事實上，法官不爲適用，必待當事人之聲請，此亦屬法律內容之爭，非純單純事實之爭；倘爲單純事實，則固無此適用之爭矣。

總之，外國法之適用，其性質斷不能認爲事實的關係，而必屬於法的關係也。但所謂法者，亦非指純粹之外國法，在內國當然有法的效力，更非指所適用之外國法，爲內國的適用法則之一部；乃法官依明文，或習慣，或條理，將事實上之外國法，作爲內國法之內容而適用之是也。

## (二)外國法適用之證明問題

外國法之適用，無論主張其爲何種性質，然既適用之矣，卽發生當事人有無證明之責任

問題。無論有無證明之責任，苟始終不能明瞭時，則又發生如何處理問題。各國固各有其制度，學者亦各求其所以補救。彙而論之，共有三端：

(甲)當事人對於證明有無責任？關於此一問題，因外國法適用之性質，立說不一，遂各異其見解：

第一，當事人須負事實的證明之責說。為英美學者所主張，質言之，即當事人對於外國法有證明之責任，舍此責任，則亦無由為外國法之適用也。蓋英美學者既以所適用之外國法，為單純之事實，則凡事實問題，皆為當事人所不能不自證者；故凡當事人請援用外國法，而不證明或不能證明時，則與一般之事實問題同，歸於當事人之敗訴。然亦有人主張外國法既屬事實，故須證明之，惟當事人之證明，並非必要，不過藉以省却法官之時間而已！但此僅為新事實說之持論，非其基本的主張也。

當事人主張有利於己之事實，就其事實，始有舉證之責任（參照我民訴法第二六五條）；今所適用之外國法，本非單純事實，自不應絕對責以舉證之責，是前提已誤，結論之錯可知

。即認爲外國法之適用，固非事實，而外國法自體之存在與否，仍不失爲事實關係，則舉證，以證明其如何存在，似非不可。然如是，則內國法之存在與否，亦一事實也，又何不責令當事人爲證明乎？吾知其必有說曰：『事實於法院已顯著，或爲其職務上所已知者，毋庸舉證』（同法第二六六條第一項），故關於內國法之存在與否，不責其證明也。殊不知外國法之適用，係作爲內國法之內容而適用之，亦一內國法之性質，自不可絕對地責其證明也。況此項事實，雖非經當事人提出者，亦得審酌之（前條第二項參照），尤足證明外國法之存在，與當事人之能否證明無關，苟必責其證明，則以普通人之知識，殊憂憂乎其難，是不特排斥正當的法律內容之採用，且使當事人歸之敗訴，不亦冤哉！

第二，當事人僅負法律的證明之責說。爲國際法主義者所主張，質言之，即當事人對於外國法之證明，無絕對之責任，即不證明，亦無礙於外國法之適用也。蓋既以所適用之外國法爲當然之法律，則法官對於其職權上，所應適用之法律，依『法官知法律』之格言，自非澈底明瞭不可。則其依國際私法之規定，在職權上爲外國法之適用時，即有洞悉該外國法之責

任，自無待於當事人之證明也。此種責任，既由當事人之身，移之於法官之身，則爲法官者須富有法律之知識，預爲外國法律之搜集，故在其學說上，只有外國法之調查問題，而無外國法之證明問題。雖實際上各國法制，不乏責令當事人證明之事，但說者則謂其係證明『法律』，而非證明『事實』，專爲供法官於調查外國法時之較易著手而已焉。

此說與前說適爲反對，以『法官知法律』爲其中心論點。然此種格言，不過謂法官較普通人富於法律的知識，非謂法官應絕對洞悉一切之法律。蓋各國法律，條文日異，成文法時有更改，習慣法又非公示，法官既非萬能之超人，欲使其深曉一切，殊非事實可能；而以此種責任完全付之法官，實覺太重。至謂間使當事人爲證明之責，係證明法律，非證明事實，然按諸外國法之存在與否，乃一事實之論，則亦有誤。蓋如謂爲證明法律，則外國法之在內國，根本非法律，何能以爲證明之標的？即勉強解之爲法律，亦屬於適用方面之正誤問題；歸之於外國法之適用錯誤辦法中，非外國法之證明問題也。

第三，當事人負有輔助的證明之責說。爲我國德國及日本等訴訟法或判決例上所採之主

義，質言之，外國法之適用不重視證明，而重視調查，但於必要時，亦以證明爲要，惟所證明者非法律，乃內外國法律存在之事實是也。在德國，依其民訴法第二六五條，僅法官所不知者，以證明爲必要，然法官仍有行使其職權之餘地，或調查，或推問，非獨責之於當事人也。在日本，依其民訴法第二一九條之規定，非特外國現行法，苟其存在之自體不明瞭者，得令當事人證明之，卽如內國之地方習慣法，或商事習慣法，亦同樣辦理。惟法官可不受當事人證明之拘束，得自調查之，故以法官之調查爲主，以當事人之證明爲輔也。我國民事訴訟法第二七一條『習慣，地方制定之法規，或外國之現行法爲法院所不知者。當事人有舉證之責任；但法院得依職權調查之。』用意亦同。

此種辦法能具各說之長，而無其弊；且適合實際，尤便爲用。何以言具各說之長？不以證明，爲當事人唯一之責，是合於『法官知法律』之格言；僅以證明，爲法官調查之輔，更無以其不能證明而歸敗訴之虞。何以言便實際之用？法官非萬能，專待其調查，必礙訴訟之進行；故於其不知者，明示當事人負證明之責，所以助法官之職務。而經當事人之證明，猶恐

其不盡皆實，故法院仍得依其職權，爲必要之調查。總之，外國現行法爲法官所不知者，於調查外，使當事人負證明之責者，要不外訴訟法上之便利問題而已。

(乙)外國法不明瞭時如何解決？爲外國法之適用，法官固有調查之責，所不知者，當事人亦有舉證之責。然如調查而不得其法，舉證而未能着手，致無從調查，不能證明，或用盡各種方法，猶不能知外國法時，則將如何處理之乎？依歐美之判決例，不外下列之兩種方法

第一，卻下其請求說。此爲一八七九年以前，德國高等商事法院所認之主義，德儒基德爾曼(Zitelmann)及操國際法主義者多主張之。謂須適用外國法者，外國法處於不明瞭之地位，卽是無可適用之法律，可與通常訴訟上兩造所攻擊防禦之事實，不能明瞭者，一例辦理，卽原告之訴與被告之答辯，概可駁斥也。何故而須如此？蓋說者以外國法爲當然的法律，內國適用之，乃係對於國際間不得不盡之義務。故依國際私法之規定，有須準據外國法者，卽可推知其不許準據其他之法律；現應適用之外國法，既無從調查而證明之，是其法律已不

存在，法官自亦無審判其爭點，則惟有卻下當事人之請求耳。

此說在實際應用上，固與法官以極大之便利，然現今各國大都願採用者，則以在法理上極不適當故也。蓋司法原則，法官固不得藉口法律之不明不備，拒絕審判；倘如其說，法官必妄以爲口實，卻下請求，殊大背於此一公認之原則。況外國法之存在與否，各國實例，亦以法官之調查爲主，當事人之證明爲輔。依之而言，不能證明，固不足以爲拒絕審判之理由；不能調查，則是法院之有虧職守，更無以爲駁斥當事人請由之理由，此又其一。且以卻下請求爲例，法院必怠於調查，斯亦在實際上之弊端也。

第二，內國法適用說。爲英美法日等國所採之通例，操國內法主義者，尤多採之。謂不知外國法之內容時，則推定其與內國法爲同一之規定，因內國之國際私法上，僅有於特殊場合，當以外國法爲其準據，願亦無禁止適用內國法之明文；故外國法不能明瞭之際，法官依內國法判決之，實爲至當；且舍此並無其他之辦法，亦事理上之當然者。

雖然，此時之內國法，究因其爲內國法而適用耶，抑爲條理之適用耶；說者見解各不相

同，於是此內國法適用說，遂又可分爲絕對地內國法適用說與相對地內國法適用說。操絕對說者，以國際私法上既明明命人適用法律，既不知外國法，自有內國法在，卻下當事人之請求，固屬失當，即舍內國法而不用，亦極非是；此爲其理由之一。法官不得以法律之不明不備，爲拒絕審判之理由，乃現今司法權運用上當然之原則，故如內國法無明文時，則可依習慣，無習慣時，又可依法理（參照民法第一條），皆當爲之審判，不能拒絕。外國法本爲內國法之替身，內國法實居其後備地位，即亦不能藉口外國法之不明瞭，卻下當事人之請求；此爲其理由之二。國際私法上所以不禁其適用外國法，而暗示應爲適用者，不過因法律關係之性質上，以依外國法爲較合於立法之趣旨，實則亦未禁止適用內國法耳。換言之，國際私法既爲國內法之性質，而又行之於國內，則自以依內國法爲原則，以依外國法爲例外。今若例外之規定，有當依外國法，而又無外國法之存在時，則應遵爲法律適用上本來原則之內國法，實無疑義；此爲其理由之三。

操相對說者，謂法律之不明不備，非僅於適用外國法時爲然，即適用內國法時，何嘗非



是？內國法之救濟，有習慣，有法理，外國法之救濟。亦應如此。況外國法本爲內國法之一部，此問題實卽一內國法之救濟問題。故外國法之不明瞭時，應先調查其有無習慣，如無相當習慣，則惟有依法理而爲內國法之適用也。倘以其爲內國法而適用之，則國際私法上既命其適用外國法，而反適用內國法，殊不免與規定有違也。主此說者，國內有唐紀翔君。

竊按內國法適用說，如強解之爲明文規定之內國法，自不免於武斷；但謂其適用習慣，適用法理，非內國法之適用，亦非吾人之說。內國法之範圍，包括明文規定之法律，所適用之習慣及法理，並爲內國法內容之外國法。今外國法不明瞭，不過爲內國法內容之一部有缺，自可以他部補充之；故適用有明文規定之內國法，固可稱爲內國法之適用，卽適用習慣或純粹之法理，亦可稱爲內國法之適用。總之，內國法適用說應爲廣義之解釋，若僅推定外國法與內國法有同一規定，究覺不妥。

(丙)關於調查外國法之各辦法 外國法之不明瞭，應歸絕大責任於調查之末周。然調查豈易言乎？

或則擬由國際的力量，完成其目的；如一八八七年國際法協會，曾謀外國法之相互明瞭。擬有四種辦法。一，設立官署專司證明外國法；二，以自國法令登載本國政府公報，相互交換；三，於國內設圖書館，專示彙集外國法令；四，許外國人於內國充律師，備各法庭之詢問；然皆未見採用。此外並希望各國政府互結條約，各以其現行法令相互通知，俾各國法官皆互知外國之法律，此計劃果能實行，自減輕種種困難。但如專恃此種辦法，則外國怠於通知，亦無由爲力矣。一八九一年又議決，凡當事人於外國法之存在及內容，有爭議時。法官得依當事人之請求，或其職權，經由外交部，送囑託書於外國司法部調查，決定其孰爲應所適用者。此種決議，歐陸已於一八九九年締結條約實行之矣。惟我國及英美日等國則未加入，故亦不能一律爲此問題之解決。且臨時囑託，難免遲延之虞，仍非唯一之辦法可知。

或則擬由國內的力量，完成其目的；蓋外國法之調查，不僅專爲達外國法適用之目的，並於內國立法之參攷，內國行政之資借諸端，有其必要。故由立法院，外交部，教育部，司法部等機關，隨時爲之調查，皆當然應有之辦法。顧又或恐枝離重複，事非專責，則尤莫如

集各方之力，設一專任調查外國法令之機關，與以譯述，此不特便於外國法之適用與參證，抑且便於學者之著述多矣。倘仍有不週時，則於外國法之適用場合，應準民事訴訟法第二百零八條『應於外國調查證據者，由法院囑託該轄官署，或駐在該國之中華民國大使公使或領事調查之』之例爲之。

### (三)外國法適用之錯誤問題

應適用法律而不適用，或適用之不得其當，能否上告？在純粹由內國民商法之關係所生之訴訟，對於第二審判決，如認爲其違背法令，自得上訴，所謂違背法令者，即不適用法規，或適用不當之裁判是；此固無問題也。適用外國法，既以其作爲內國法之內容而適用之，在原則上實應與之同一辦理，亦甚瞭然。無如各國各受特殊情形之影響，不特適用內國法之不當，與適用外國法之不當，不能遵同一原則；即同爲適用外國法，而有錯誤，亦分別爲適用錯誤，與解釋錯誤兩事，異其法則，有如左述：

(甲)適用錯誤得爲上告之理由否？適用錯誤云者，依國際私法明示或暗示之結果，應適用外國法而不適用，遽依內國法以下判決；或應適用內國法而不適用，遽依外國法而爲處理；或應用甲外國法而不適用，遽依乙外國法斷其是非；是爲違反國際私法所規定之準據法之判決，而屬於法律適用之根本錯誤也。例如關於英國人之遺產繼承，依我法律適用條例第二十條所示，本應適用德國法，我法院之判決，乃以中國法爲據，是即適用錯誤之一。又如關於住在中國之英國人之能力，應依英國法，但英國法謂應依住所地法，依同條例第四條之規定，即以中國法處理之，茲我法院仍適用英國法，是又適用錯誤之一。又如具有英法重國籍之當事人，當向其適用本國法之際。依同條例第二條第一項之規定。應以其最後取得之國籍定其本國法，今如將其先取得之英國法爲其本國法，是亦適用錯誤之一。凡此三者，均係違反國際私法之規定，故又有直接違反之稱。大多數國家除西班牙外，均認爲與違反國內法之性質等，許其得爲上告之理由，惟法國則僅限於違反法律及條約所認爲國際私法原則者，始得上告耳。

所以許其爲上告之理由者，則以其直接違反法令之故。蓋一國之有最高法院，重在解決法律之爭點；有各級法院，重在解決事實之爭點；適用外國法之錯誤判決，卽係違反內國之適用法則，是亦法律之爭點，自可上告於最高法院。換言之，一國有成文的適用法則，卽是違反成文法；無成文的適用法則，卽是違反不成文法，則依普通民商法違反之例，當然得上告也。

(乙)解釋錯誤得爲上告之理由否？解釋錯誤云者，雖適用國際私法上所示之準據法，但於適用之際，不得其當之謂也。換言之，此種錯誤，直接於適用法則，並不違反，惟在其法之解釋上而有不合，故又有間接違反之稱。例如依法律適用條例第五條，「人之能力依其本國法」，其人爲英國人，法院雖亦用英國法，然或用頃已失效之英國法，或於特殊身分之人而用英國之特定法，皆此類也。此種錯誤，得否爲上告之理由，大多數之判決例及學者主張，皆不許其上告，然亦有持異議者，用述於左：

第一，消極說。卽不許上告是也。法，比，荷，德，瑞士，羅馬尼亞，西班牙，盧森堡

，摩洛哥，智利等之判例，皆以不許上告爲常；英美學者亦主張之。

在英美派之理由：一，適用外國法本屬國際禮讓關係，乃友誼的，非義務的，縱屬解釋錯誤，亦不得上告。二，外國法爲事實，則其錯誤之責，應由當事人負之，最高法院更非爲解決事實之爭而設也。在歐陸派之理由：一，外國法縱爲當然法律，然未登載內國之官報，卽不能與內國法享受同一之保護，雖適用不當，亦其性質之所致。二，最高法官爲統一內國法律的解釋而設之機關，實無解釋外國法律謬誤之權，卽欲解釋之，統一之，亦勢之所不能。三，外國法之解釋錯誤，其糾正自有外國最高法院在，且爲其特有之權，如內國許其上告，則必防害外國最高法院之解釋，而損害鄰國之主權矣。

依愚觀之，英美派以外國法爲事實，用以解釋適用不當之無須許其上告，自非所宜；而又據國際禮讓說設論，尤失之又失。歐陸派以外國法爲法律，而不許其上告，斯又不免前後之有違；其所持之諸理由，均失膚廓。揣其本意，不外以外國法之調查，旣感困難，而解釋錯誤，自非屬之偶然，恐增最高法院之瑣煩，不如斷然取締其上告耳。天下事本多有不能告

人之隱衷，故強尋理由，以爲裝飾，如法國之採反致法，英國之採住所地法。均有其事實上之特殊的利己背景，正不必此一事爲然也。

第二，積極說。即許其上告是也。法國學者威斯（Weiss），德國學者巴爾（Bar），意國學者撒蘭特尼等皆主張之，我國學者無論操何主義者，皆傾向於積極說。

在意大利學者之理由，以外國法既爲當然之法律，則解釋錯誤，自應許其上告。此在結論上固然，而理由誤也。巴爾之理由，最高法院在內國法院中，爲在內國之法院中，最有知外國法之便宜者，即許上告又何爲難！且內國法院因誤解外國法之故，所發生之弊端，往往使同一事件，不能下同一判決，何如使最高法院受理此項上告，則不僅可望外國法之解釋統一，且可望外國法之解釋錯誤，有所矯正，自以許其上告爲宜。

依吾人觀之，亦以許其上告爲正當。其理由，一，案件如經最高法院之審理，既可使外國法之在內國的解釋，歸於統一；而最高法院又皆飽學之士，有易知外國法之便宜，正可許其上告，以求公允。二，外國法之解釋錯誤，並演成不統一之結果，既其事實發生於內國，

即與國內法之不統一，直無以異。故於內國統一外國法之適用，不可謂非內國最高法院之職責，不許其上告，不啻故意使內國最高法院，放棄其應盡之職責，烏乎可？三、最高法院誠非為解釋外國法而設，但既當於實際上為外國法之適用，則適用之方法錯誤，與適用之對象錯誤正等，不可謂非最高法院之責，一則許其上告，一則不許其上告，未免不平。四、解釋錯誤，許其上告，非以其為外國法也；適用外國法之意義，有適用正當的外國法之意義，解釋之誤，猶解釋純粹之內國法例之誤。內國法之錯誤判決，概可為上告之理由，何能於此獨為之異？五、外國法之適用，非以其為外國法而適用之，乃作為內國法之內容而適用之，由我最高法院予以解釋，亦並無侵害外國最高法院解釋之權；夫以內國最高法院解釋內國法律，於理又無不合。六、外國法既作為內國法之內容而適用之，且依適用法則而適用之，苟誤解外國法之自體者，即是誤解我國適用規則之自體，直接雖係外國法適用之不當，間接即係內國法之違反。夫違反法律之規定，許其上告，於法尤為當然。



#### (四)外國法適用之限制問題

以外國法作爲內國法之內容而適用之，是否全部適用耶，抑專限於某條項乎？是否應適用者皆適用耶，抑於限制之下而適用之耶？由純理上言之，外國法互相關聯，不能專指某一條項，惟因避列舉之煩，故概括地以本國法行爲地法等名詞定之云云。然如謂外國法一切皆在其內，則又不然。今日各國通例，以維持內國公安之理由，皆認爲外國法非絕對的適用，率加以多少之限制。今特分述於下：

(甲)限制外國法適用之法例 各國立法例上對於法律之適用共有三大原則，一，內國法得適用於內外國人；二，偶然得以外國法適用於內國；三，外國法有違反內國公安者，不得適用。此三原則，皆有關於外國法適用之限制問題。近代雖趨重於第三原則，顧在以前則不盡然；因之各國關於限制外國法適用之規定，得又分爲三種：

第一，內國法絕對強行主義 卽明文規定或種之內國法爲絕對地強行，則關於同此性質

之外國法，即不得適用，故又有間接限制主義之稱。法國民法前加編第三條云『關於警察及公安之法律，凡住居於法國之人，概拘束之；』以及荷蘭法例，比利時民法等皆採用之。蓋法國於制定民法時，立法者極力提倡屬人法之地位，苟不有此規則，則關於警察及公安之法律，究不免有亦依屬人法之原則，而適用外國法之疑，故以明文定此種內國法之強行，其含義即不許此種外國法之適用耳。

顧此種規定，在法理上言之，究為不妥。一國法律本當然在國土有其效力，不問內外國人皆應受其拘束，固不僅警察法刑法及他之公法已耳，即一切私法之規定又何獨不然。外國法之適用乃屬於例外之原因，故必立法者承認其可作為內國法之內容，許其適用，始得適用之。苟無此種所示，內國法應即如故強行，固無問題也。今特設或種之內國法，須絕對強行之規定，實無其必要。雖現代之適用法則中，不乏明示內國法之絕對適用，但此僅指在某項法律關係中，應為一般內國法之適用，而非指某種內國法應為絕對之適用也。專以某種內國法為絕對強行之對象，則未規定之內國法，似皆無強行之性質，不其大背於法之領土性乎？

況如是之規定，則除警察法刑法等外，一切外國法縱有影響內國公安者，皆無由拒絕，而不能不適用之，其不當爲何如耶？

第二，內外國法同時規定主義。即一方面明文規定某種內國法爲絕對強行，一方面又規定有害內國公安之外國法不得適用。故又有間接兼直接限制主義之稱。凡模倣法國民法之各國法典如意大利民法，西班牙民法皆然。一八九一年二月之剛果國民法第八條「關於刑法及警察公安之法律，凡住居於內國之人民，概拘束之」；第九條「違反剛果國之公安或社會利益或公共道德之外國法，於內國絕不發生效力」；即一例也。

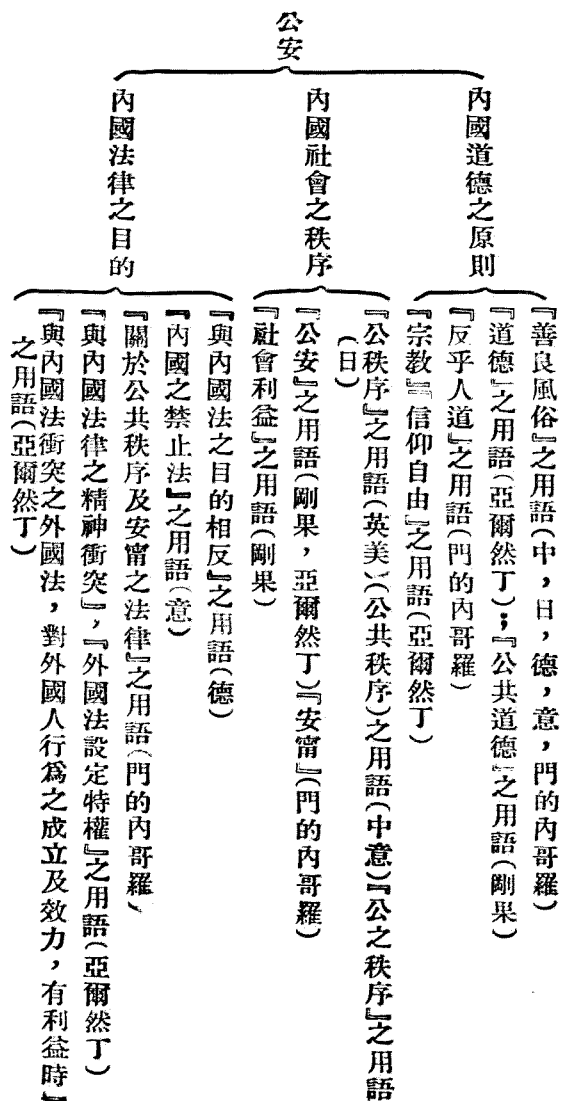
顧此種規定，雖較爲進步，然仍屬過渡之辦法，而非澈底的改革也。何以言其進步？不外有排斥條款之規定，排斥條款云者，排斥外國法之適用是也。此條款之設，在對於實際上應當然適用之外國法，設一辦法，使其具有妨害內國公安之外國法，仍不得適用，免其爲難持少數外國人之利益，而犧牲多數內國人之利益，以違真正的平等保護內外人之目的也。何以言非澈底？即關於規定某種內國法，爲絕對的強行，究爲一半無益之規定，不足爲訓。

第三，外國法適用限制主義。即法律上承認外國法在或種場合，應作為內國法之內容而適用之，但其實際的規定，與內國公安不並立時，仍不適用之，故又有直接限制主義之稱。現代多數國家採之。如我國法律適用條例第一條云：『依本條例適用外國法時，其規定有背中國公共秩序，或善良風俗者，仍不適用之。』德國民法施行法第三十條云：『外國法之適用，如與善良風俗或德國法之目的相反時，則排斥之。』日本法例第三十條云：『依外國法者，如違反公之秩序，及善良之風俗時，不適用之。』門的內哥羅財產法第八條云：『外國法如違反門的內哥羅所定關於公共秩序及安甯之法律時，法院不得適用之；其違反善良風俗者，或與門的內哥羅衝突而反乎人道之法律，亦不得適用。』亞爾然丁民法第十四條云：『外國法之適用，如與內國之公安，刑法，宗教，信仰自由，道德，及善良風俗相違背時，或反乎法律之精神時，皆在排斥之列；』均屬於此一主義者也。

此種規定，自甚適當；惟關於限制適用外國法之標準上用語各不相同，似感繁雜耳。其實所指皆不出乎所謂公安問題；再細分之，又不外乎內國道德之原則，內國立法之目的，

與內國社會之秩序三端而已！

『圖表四』限制外國法適用之標準之用語簡表



(乙)限制外國法適用之決定 因外國法之違反內國的公安，雖為應所適用者，亦不得適用之，此固各國之所同，似在實際上，即以此標準拒絕外國法之適用，無何困難矣。然『公安』之明瞭的意義奚指，確定的範圍安在，學者聚訟盈庭，殊難得一定論。用而標之於法規之上，俾法官有所遵守，更屬無望，其結果正如薩焚宜所謂除依內國法之精神及目的而為解釋，一任於法官之自由判斷外，別無良策也。

第一，何以言公安意義之不易解釋 如以『違反內國立法目的』為『違反公安』之解釋，則薩焚宜與巴爾亦曾主張，亞爾然丁且完備地規定於其民法中矣。薩氏謂與內國之絕對法相衝突之外國法，不得適用；此絕對法，總言之，即原於道德，政治，及經濟之強制的規定是；析言之，不外一為有強制性質之法律，一為德國完全否認之外國制度是。薩氏雖主張內外法律在適用上，有同等之地位，然依此說之最後結果，則適用外國法亦僅矣。蓋一國之公法固多絕對的強制規定，即所謂私法，亦何獨少，況今私法日趨於社會化，恐強制的程度抑且日增，苟如其說，外國法之不違反內國有強制性質者，實無幾耳。然而薩氏固亦以要諸法官

自由判斷，爲其結論，吾人更何說哉！依同理，巴爾謂適用外國法時，倘有與內國法律相衝突之事實發現，或在內國不容強行之行爲而成強制者，則該外國法應排斥其適用。』亦覺在實際上不能固執其說而實施之，蓋除內外法律同條文者外，固皆可解爲與內國法律相衝突者，其最後結果又必與巴爾之事物自然性質說相矛盾矣。至於亞爾然丁民法之規定，除外國法爲特權之規定時，不得適用一項，尙爲具體外；所謂與內國法之精神違背時，所謂與內國法律衝突之外國法，對外國人行爲之成立與效力有利益時，皆不得適用等項；則直排斥外國法之適用，無餘地焉。此本爲外國法適用之限制問題，如固執其條文而嚴格適用之，反變爲外國法適用之禁止問題，不其與立法原意又相反乎？故各國皆委諸法官之自由判斷，實亦不得已耳。

如以『違反內國善良風俗』爲『違反公安』之解釋，此固各國立法例上普通之規定也。然善良風俗一語之解釋，亦極感困難。善良云者，本屬倫理上之觀念，因地因時，而異其值。甲國以爲某種規定，反於善良風俗，乙國或未必然，乙國以爲然者，丙國或又難爲強同。昔

時所排斥之風俗，今則或提倡之；今之所提倡者，或又爲未來所糾正者。標準既因空間與時間而日新月異，法官自亦無正揆可守矣。雖曰，一涉外的案件，應適用外國法，此外國法不問其在該國，合於善良風俗與否，只須與我國現時之善良風俗標準相反，即拒絕之，似簡而易解決者。然在實際運用上，當事人之在我國法院，固不得以此種外國法，爲其法律關係成立之基礎，但其法律關係已成立於外國，而於我國爲該法律關係解除或變更之訴，則又歸之法官之自由，違反內國善良風俗之規定，遂處於猶豫兩可之地位矣。況如以違反善良風俗爲排斥外國法之適用，必爲固執的解釋，即爲親屬法又何嘗非關於內國善良風俗之規定，則適用規則中所示之應適用的外國法，亦必等於虛設，又安可乎？

如以『違反內國公共秩序』爲『違反公安』之解釋，則各國亦多有此用語之規定；一八八〇年國際法協會議決，亦曰『一國之法律，在他國之領土內，與……其公共秩序相違反時，無論如何，不能承認其效力』；而公安與公共秩序之義意亦通，且又可附善良風俗之性質於內，似較適宜。然『公安者公共秩序也』之謂，不啻以問答問，而公共秩序之界限究如何？法



律不問其爲公法爲私法，皆由國家明定明認或默定默認，而活動於一國範圍之內；則其結果，任何法律，亦皆直接地或間接地與公共秩序有關。如是，凡外國法無一不與內國公共秩序相反，實無適用之餘地焉。有之，其惟外國人日常生活之養身法，行步法，衛生法乎？總之，公安之解釋，無論以何爲其內容，終無一確然之意義，於是學者遂另設方法，創立公安分類之說，籍以定其範圍，卽於其範圍中，求其意義。然而說者既有是非，復有人從而反對，其結果亦無若何顯著之成績。

第二，何以言公安範圍之亦未確定。創公安分類說之最早者，爲瑞士學者布洛西(Bross)，分公安爲國際公安與國內公安兩類，外國法應適用而不得適用者，係指違反國際公安而言也。何謂國際公安？卽關於公安之規定，不問內外國人，皆須絕對強行之，例如奴隸制度之取締，一夫多妻之禁止是也。內國人既不得爲奴，亦不得重婚，縱外國法中有承認之者，本應對該外國人適用其本國法，但因爲內國所禁，則應排斥其適用，而同須受此禁制。至國內公安則不然，但限於對內國人而設之強制的規定，使其不能違反；對外國人則無強制的

必要。例如婚姻年齡之規定，內國人不得依其意思而變更，若外國人苟已達其夫婦各該本國法之規定，則在內國自可結婚，以其爲國內公安之規定，而非國際公安之規定故也。此說固較專從意義方面而解釋公安者，爲較明顯；然何者爲國際公安之規定，何者爲國內公安之規定，仍不得謂之確切。於是

爲公安分類說之補充者，如威斯是也。謂應分兩層言之，凡憲法，行政法，及法院組織法等公法；及有關於個人自由之公法；及有關於刑罰性質之法律；皆爲國際公安之規定，對於內外人皆絕對強行，不適用外國法。此其一。關於普通公益之規定，果屬於國際公安之性質歟，抑國內公安之性質歟？則惟有委諸法官之自由判斷而已！惟法官之於此，須徵諸立法之精神及目的而爲，不能以其法律之規定，有無強行的性質，或命令的色彩爲標準耳。此其二。此外更有謂公共秩序及善良風俗之限制，規定於國際私法者，爲國際公安，規定於民法者爲國內公安之論。然前一補充之說，對於普通公益之規定，仍難以確定之範圍；後一補充之說，尤與實際情形不合，禁止爲奴重婚，皆非國際私法之所定，而不失爲國際公安之性質；

婚姻能力，國際私法中並定其應所適失之法律，而不失爲國內公安之性質；皆非所當。因此之故，遂又有人，進而

爲公安分類說之改正者。或則對於違反公安，改其「違反國際公安」之論，爲「違反國內公安」之說，日本學者中有人如是主張之，並以一夫多妻制爲屬於國內公安之關係，而非國際公安之內容也。故其說曰，國際公安者，國際法上之公安也；如奴隸買賣之契約是。國內公安者，一國於特別之情事而須禁止之，即其所保持之公安也；如禁止一夫多妻是。故適用法則上，關於違反公之秩序及善良風俗等用語之規定，非關於國際公安，乃關於國內公安耳。外國法之適用，苟違反國際公安，則絕對禁止之，固無待法律之規定而始如是。若屬於國內公安，則惟於或種範圍內限制之，故必以法律爲之明定，始有效焉。此說亦自成理，惟仍歸結於善良風俗及公共秩序之爲國內公安之內容，仍不能有澈底的解釋可知。或則根本改變國際公安與國內公安之分類，而代以絕對的公安，與相對的公安之分類，如法國學者雷納（Laribo）之說是也。雷納謂所謂國際公安之規定，既爲不問內外國人，均絕對的適用之規定，

何妨即稱之爲絕對的公安；所謂國內公安之規定，既不過專對於內國人爲公安之規定，何妨即稱之爲相對的公安；不其更顯明乎？所說僅對布洛西之主張，爲各詞之更改，其不能澈底地定所謂公安之範圍也，更自瞭然。此外又有人僅對布洛西之公安分類之定義，爲特解者，如謂萬國均認爲公安者，爲國際公安；一國認之爲公安者，爲國內公安；外國法不得適用之場合，僅因其與國際公安衝突耳。此說更落下乘，因外國法之爲內國所排斥，其主要目的實爲保護內國之安全，至於萬國是否認之爲公安，尙在其次。因公安分類說之莫由取決，而樹一中心主張，因之又有一

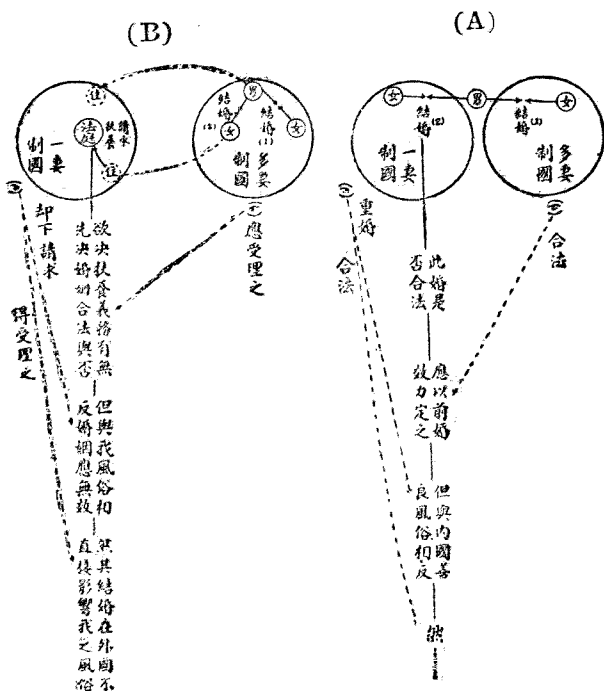
爲公安分類說之反對者，如法國學者披庵 (Pillet) 是也。氏謂向之主張國際公安與國內公安之區別者，其最普通之標準，不外由於身分能力之規定而發生；關於爲此項之規定者，曰國內公安，不關於爲此項之規定者，曰國際公安。其實身分能力之規定，並於公安無涉，凡不問內外國人，一律適用之法律，是真與公安有關，專稱之爲關於公安之規定已足，何必再爲國際公安與國內公安之區別耶？此說直根本推翻公安分類說，使其無由爲公安範圍之定

；然則其說即能與公安以明確之解釋乎？亦未也！承認納妾制度之國，妾亦身分之一。恐嚴格地一夫一妻制度之國，即不能承認該外國法，適用之於其國。然既身分之規定不屬於公安性質，遇此將不免於承認之歟，如不承認之，又作如何解釋耶？關於能力之規定，亦同有此結果。

第三，何以言任諸法官之自由判斷？公安之解釋既不易確定，公安之區別亦莫為標準，則如何之外國法，始適合於所謂違反公安之條件，不得適用之乎？此全恃法官之自由判斷，各依其特殊見解，揣測立法之精神，推定立法之目的，與夫實際的境況之影響，臨時予以相當的解釋而已！茲為例以明之：例一，有男子焉，於一夫多妻制之國，已娶一妻；後於一夫一妻制之國，又娶一妻。此後妻之婚姻是否適法，應以前婚之效力定之。但前婚既與內國之善良風俗相反，則後婚實為重婚。然法官亦可謂多妻制國之法律，根本為內國所排斥，即應不重前婚之效力，而以後婚為其正式之婚云，惟其理由終無前一理由之見長耳（圖表五A）。

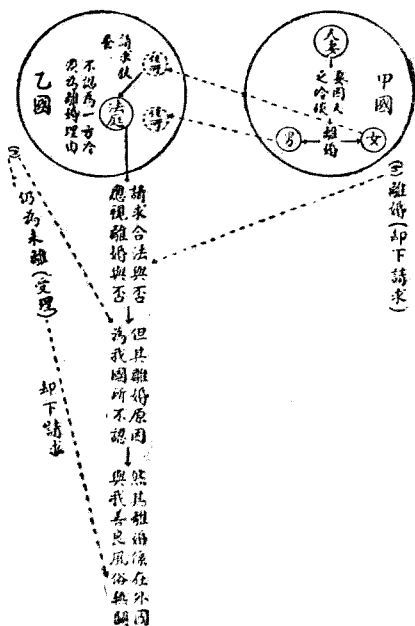
例二，有數妻之外國男子，其後妻之一，在內國請求其夫之扶養，欲決定此扶養義務之有

「圖表五」限制外國法適用之正反決定圖



無，當先決其婚姻之是否合法。此一夫多妻制度既與內國之一夫一妻制度相反，此婚姻根本無效，即可却下其請求。然法官亦可謂為其法律關係之成立在外國，與我無關，不能因起訴地之異，而變更其既得權，不必絕對不為受理（圖表五B）。例三，在外國離婚之外國男女，住於內國，而其離婚之原因，僅屬於一方之容色冷淡，為內國所不承認者。今其舊妻向其舊夫，在內國法院請

(C)



也（圖表五〇）。由此言之，雖同一事件，奈公安之無確定的解釋，法官儘可然其所不然。其所然，一轉口之間，前後即大異矣！

（丙）限制外國法適用之救濟 應適用之外國法，而因其違反公安，不得適用，則對於此一案件應作如何處置，亦一問題。於是其說不一：

第一編 法律適用總論 第三章 外國法

求盡扶養之義務；欲決其扶養義務之有無，當先決其離婚之是否成立。既其當時之離婚原因，與我國之善良風俗相反，法官固可否認其離異，而受理之。然法官仍可以離婚關係在於外國，實際上並未侵害內國之善良風俗，依然可認為已經離異，却下其請求

第一，拒絕審判說。謂外國法之在此場合，其不適用，非屬於性質上之關係也，乃因其規定違反內國的公安之故也。法規上既隱示須爲外國法之適用，卽知其不許他項法律之代用，故值此情形，惟有拒絕審判之一途，否則皆陷於誤耳。況適用外國法而該法不明瞭時，亦有拒絕審判之主張，此雖係違反公安，然與不明瞭時之不能適用之實際情形則一，正可同樣處理之也。

按拒絕審判之辦法，不能謂其絕對不可，如「圖表五」之所示者。卽其一例，然謂爲不適用一切違反公安之外國法時，概須若是爲之，未免太注意法官之便宜也！且何種外國法爲違反公安，何種爲不違反公安，皆任諸法官之自由判斷，苟探拒絕審判說，是不啻予法官以減少職責之機會，恐大部分所應適用之外國法，均被其解釋爲違反公安而排斥之矣！

第二，保留條款說。卽內國法代用說。謂違反公安之外國法，不得適用，固不僅一排斥條款之性質，且一保留條款之性質，保留條款云者，保留內國法適用之條款也。蓋外國法之所以適用，無非因其較適用實際上的內國法，爲合於法理，並非排斥內國法可知。今外國法



違。反。內。國。之。公。安，即失其所以適用之目的，而爲之後備者，自非內國法莫屬。況外國法僅在不能明瞭之時，學者大都推其與內國法有同一規定，而適用內國法，今豈僅不能明瞭，且直卑於內國法之規定，則以內國法代替之，固當然也。況既不以拒絕審判說爲然，舍此，又將如何處理之？

按保留條款之解釋，殊不妥當，因適用法則上大都爲排斥外國法適用之規定，並未明言必適用內國法，觀於法律適用條例第一條自明。若夫同條例之第四條，第十六條，第十八條，第十九條，則眞所謂保留條款也。蓋在此情形中，明定必依中國法，是外國法之被排斥，取而代之者，自爲內國法無疑。

第三，分別處理說。適用法則上關於此項排斥條款，既未經以保留內國法適用之規則，顯然表示可按照各種實際情形，分別處理，不限於某唯一之辦法也。是故關於外國法不得適用場合，有時爲維持內國公安計，非內國法不足盡其責，則亦惟內國法之適用；有時因外國法之如何規定，爲本訴訟之先決問題，而其規定不合內國之公安，是已喪失其前提之效力，

則亦惟拒絕訴訟之一辦法，量情而施，難爲一定。於是學者中途有主張拒絕外國法適用之救濟，有時爲不受理，有時爲內國法之代用，各依其特殊情形而處理之是也。

抑尤有進者，外國法適用之限制，非根本不應適用之，乃因其違反內國之公安，始不適用之；則甲外國法如是，乙外國法未必盡然，不適用甲外國法，而以適用乙外國法亦較宜者，乙外國法即亦不能再被排斥矣，例如法律適用條例第二十三條云：『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。』苟當事人最始選擇甲外國法，因違反內國的公安，不得適用；繼而選擇乙外國法，且與公安並不違反，自可爲排斥甲外國法後之補救辦法，以其雖爲外國法，但並不違反公安耳。

## 第四章 本國法

本國法與住所地法皆隸於屬人法之範圍，古巴學者畢時達滿特稱之爲國內的公共秩序法，以示與其所主張之屬地法爲國際的公共秩序法，合意法爲私的秩序法，爲國際私法上所適

用的法律之三大分類。畢氏之國際私法典上所謂之依屬人法云云，即除住所地法外，而爲本國法是；惟不以本國法名，而以國籍法是稱耳。但依通例言之，本國法係指其所屬之國之法律，國籍法係指人如何而始具有該國國籍之法律，一爲適用規則上之名詞，一爲國內法上之名詞，似分別稱之爲宜。且須注意者，本國法之對象，既爲其所屬之國之法律，則其人是否屬於此國，而遇重國籍或無國籍問題之發生，又將如何處斷，是又不能不以國籍法，爲其先決問題，則國籍法之研究，實爲本國法適用方法之主點耳。苟國籍衝突問題之解決，須用其人之住所地法者，而以何之場所始爲其住所，且重住所中又以某住所爲定，無住所中僅以某場所是探，則住所地法之研究，亦爲本國法適用方法之次要點耳。惟國籍及其衝突論，已詳總論之第四編，住所地法之問題將詳次章，皆不冗贅，不過知其與本國法之適用有重要關係也可矣！

然則本國法適用之方法即盡於此？殊亦不然！在一國一法之場合，適用該國人之本國法，既尚有種種問題，在一國數法之場合，適用該國人之本國法，更不免於各項複雜情形；而

向之所謂國旗法者，亦屬於本國法適用之範圍，又不能不一論之也。

### (一) 全國一法場合之本國法適用

全國一法云者，卽一國之法律統一、無同性質之二以上的法律並存，而致互相衝突，有待於準國際私法之適用是，如聯邦國以外之普通國家之本部，全國皆分別受同一法律之支配。德，法，意，日，及我國，卽其例也。當事人如籍隸此等國家，他國對之適用其本國法，自不同於在一國數法場合之本國法適用；換言之，吾人通常研究本國法之如何適用，大抵皆就一國一法之場合而設說，若一國數法之場合，則又自成一問題耳。然卽在一國一法之場合，亦分別自然人與法人，而異其適用，不可強同。茲分述之：

(甲) 對於自然人之本國法適用 本國法係指人所屬之國之法律，故對於自然人之適用，乃其適用之正則也。此本國法非皆指外國法而言，倘其人之本國爲內國，則本國法卽內國法也。夫既以其人之國之所屬，定本國法之實際地所準據之法律，似其適用方法在對自然人之

適用上，不感如何困難問題。但如何之國始爲其所屬之國，無國之人又以何法爲其所屬之法，觀於第四編國籍衝突問題解決之繁雜，即可推知本國法之適用爲非易也。且卽認爲無此等問題發生，而於何種情形，始根據其國籍標準，爲其本國法之適用；依何種理由，獨適用本國法，而不爲住所地法之適用；斯又非一簡單問題。

第一，本國法適用之理由。適用規則上如謂某種法律關係之解決，依屬人法，則本國法與住所地法二者，固可任擇其一而適用之；如僅云依本國法，則不問人之住所居所何在，概依其所屬之國之法律，在通常情形上，實不容有例外之適用。何以於此種場合，必須適用本國法？此可從時地兩方面言之：在時的方面，最早之國際私法，僅有人法物法之研究，較後則爲屬人法與屬地法之爭論，直至法國編纂民法，始公然以本國法爲關於人之身分能力之適用。然其間之正統學派，則仍以住所地法爲屬人法之代表，如薛夫那（Schiffner），薩焚宜均然。及巴爾之著作出，認爲薩氏之依住所地法，不外以當事人之住所地，爲身分能力等法律關係之本據；然從事物性質上推究，身分能力之規定，實以其所屬之國之法律，爲其人之

所最易遵守者，故主張改向之住所地法爲本國法。巴氏之事物自然性質說，爲現代國際私法精神之遠託，故本國法之適用，亦爲人所認爲當然，兼以新意大利學派之興，以其人所屬之國之法律，乃該國立法者，參酌其國民之環境性情禮慣風俗等事，特爲創設之，最適於其國民之遵行，故雖遠徙。倘未喪失國籍，其所屬國之法律，亦必隨其後而保護之，於是更認本國法之適用，爲國際私法之唯一原則，此說雖不能謂爲絕對的完全成立，然屬人法之原則既由此定，而各國編纂法典，向之以住所地法爲屬人法者，及偶然適用本國法者，至是皆改採本國法；此又在實際上爲本國法適用之一基礎也。

在地的方面，英美派迄今仍以住所地法爲適用屬人法之原則，而歐陸派僅以住所地法用於屬人法方面者，爲無國籍之場合，其他則概依本國法，所以然者，以本國法合於國民之特性，且國籍確定，不易變更，並易證明，故較住所地法爲優也，然在英美派則以住所地出自人民之選擇，而非偶然，更合於其人之特性，住所雖易變更，雖易於與居所混淆，而重國籍無國籍之事既不能免，又何嘗非如此耶？故排斥本國法，適用住所地法。其實在英美方面

，或則屬地遍於全球，人民之蹤跡無處無之，或則一國之內異其法律，本國法之適用自無住地所地法之明顯，實際需要如是，其採用住地法之理由尚其次耳。反之，歐陸派以其國家係統一之法律，亦覺其本國法之適用，較住地法爲便；而在純理上又以本國法爲優，此所以歐陸國家及我國日本，以適用本國法爲屬人法之代表，而不重視住地法之主要理由也。

第二，本國法適用之標準。各國關於人之身分能力等事，大都以適用本國法爲原則，今試依我法律適用條例，就其對自然人之本國法的基本適用，一分析之，藉以示例。

或則爲本國法之單獨的適用，即對於當事人所適用之本國法，無論當事人之人數多少，僅其所屬之一國之法律，他國法不同時依之是也，然仍可分爲數種適用方法；有適用當事人概括的本國法者，如第五條第一項：『人之能力，依其本國法』；第二十一條第二項『遺囑之撤銷，依遺囑人之本國法』是。又第二十三條第二項，關於契約債權之成立及效力，『當事人意思不明時，同國籍者，依其本國法』亦同。至若第十七條所謂『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』；本屬親族原則之規定，無論其解釋如何

，要可歸入此類，有適用當事人一方之本國法者，如第十條『婚姻之效力，依夫之本國法』；第十三條第二項『認領之效力，依認領者之本國法』；第十四條第二項『養子之效力，依養父母之本國法』；第二十條『繼承依被繼承人之本國法』是。他如第十六條，第十八條，第十九條；苟無但書之規定，亦與此同。有適用當事人某時之本國法者，如第二十一條第一項『遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法』；第十條第二項『夫婦財產制，依婚姻成立時夫之本國法』；此中亦有適用當事人概括的或一方的本國法之異。至第十一條。第十二條，亦不外於適用外國法之方面，而必適用一定之時之外國法焉。

或則爲本國法之重複的適用，即對於當事人所適用之本國法，必同時採用二以上之本國法，或於二種之本國法中，因時地之不同，擇用其一。是。故其適用方法又有數種：有同時適用各該當事人之本國法者，是謂絕對的適用，如第九條『婚姻成立之要件，依當事人各該本國法』；第十三條第一項『私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法』；第十四條第一項『養子成立之要件，依當事人各該本國法』是。有因時地之不同而分別適用該時地



之本國法者，是謂相對的適用，如第十二條『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亡，依其最後所屬國之法律』；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』是。

或則爲本國法之部分的適用，即對於當事人所適用之外國法，僅能認爲有一部分之效力，其他部分尚須依內國法之適用也，此種之適用方法，更可分爲數種：有須同時爲內國法之適用者，如第六條『凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法及中國法，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』；第十一條『離婚，依其事實發生時之本國法及中國法，均認其事實爲離婚原因者，得宣告之』是，有須不背內國法之規定者，如第十六條『扶養之義務依扶養義務者之本國法；但扶養義務之請求，爲中國法所不許者不在此限』是。第一條所謂違反內國公共秩序及善良風俗之外國法，自亦含有外國人之本國法於內，亦僅不違反此項條件者，始得適用之。有須避免內國法適用之條件者，如第十八條，第十九條所規定之監護，保佐，固應依被監護人，被保佐人之本國法；但須其外國人在

中國無住所或居所，或不備一定之條件，始得爲本國法之適用。否則即依中國法矣。又第四條關於反致法之規定，須外國人之本國法，亦採本國法主義，當然爲本國法之適用，倘採住所地法主義，則構成內國法適用之條件，應適用之本國法，即被排斥也。有須消極地爲本國法之適用者，如第五條第二項所云，依其本國法爲無能力，而依中國法爲有能力者，則就其在中國之一定的法律行爲，視爲有能力；其反面，不啻謂在外國之法律行爲，以及但書所示之關於親族法，繼承法，及有外國不動產之法律行爲，皆依然適用其本國法也。又第三項「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」；則其現時之本國法爲中國法，乃排斥之不用，所適用者爲其舊本國法；皆本國法之消極地適用，至少在條文規定上應作如是解釋。

第三，本國法適用之決定。應所適用之本國法，而有二以上之對象，或竟無一種之對象，則將以何種本國法爲其真正之本國法，以何種法律爲其代用之本國法；本國法適用之決定云者，即對於此種複雜問題而決定耳。惟茲之問題，大部分爲國籍衝突解決問題，故國際衝

突之解決，學說與立法例雖夥，而判定其價值之高下，亦只重在某說某例之最能合於本國法之適用而已。總論第四編已設專章，今僅將我法律適用條例所規定者一述，至其規定是否皆合法理，該章特詳，可參閱之。

或則爲選擇之決定，即當事人有二以上之國籍，特取其所屬之一國之法律，爲其本國法，故亦可稱爲本國法之選擇的適用。如第二條第一項「依本條例，適用當事人本國法時，其當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍定其本國法；但依國籍法，應認爲中國人者，依中國之法律」是。至第三項之規定，雖非適用於全國一法之場合，而其適用之性質，亦屬於本國法之選擇的適用也。

或則爲替補之決定，即當事人竟無一國籍之所屬，然既應適用其本國法，即不能不求其現所假擬之本國，即以其國之法律適用之，故亦可稱爲本國法之替補的適用。如第二條第二項「當事人無國籍者，依其住所地法，住所不明時，依其居所地法」是。至第十二條及第十五條之規定，雖無關於國籍之衝突問題，且已歸入前之「本國法之重複的適用」中，然就後一

本國法代替前一本國法之適用條件言。則亦不妨兼置之本國法替補的適用中。蓋依第十二條言，子之身分必依出生時其母之夫之本國法，然如其夫於子出生前已死亡，是無本國法之可用矣；於是即不得不以最後所屬國之法律，以替補之。又依第十五條言，以父之本國法定父母與子之法律關係，然如爲私生子而無父時，即無本國法之可用矣；於是自不得不以母所屬國之法律，以替補之。

法律適用條例上，除第三條係關於外國法人之本國法適用外，凡對於自然人所適用之，本國法的範圍，大抵如上所述；至於分析之標準，係依管見而爲，不過爲便於說明而已耳！茲更附表，籍醒眉目：

「圖表六」法律適用條例上關於本國法之適用總表

單獨的適用

適用當事人概括的本國法（第五條第一項，第十七條，第二十一條第二項，第二十三條第二項前段，）  
適用當事人一方的本國法（第十條，第十三條第二項，第十四條第二項，以及第十六條，第十八條，第十九條之前段）

關於本國  
法適用之  
規定

對自然人之  
本國法適用

重複的適用

（適用當事人某時的<sup>一</sup>本國法（第十條第二項。第二十一條第一項，以及第十一條，第十二條之一面）

絕對的適用（第九條，第十三條第一項，第十四條第一項）  
相對的適用（第十二條，第十五條）

部分的適用

同時為內國法之適用（第六條，第七條，第十一條，）  
不背內國法令之適用（第十六條，並參照第一條）  
避免一定條件之適用（第十八條，第十九條，並參照第四條）  
於消極範圍內之適用（第五條第二項，第三項）

選補的適用

選擇的適用  
與國籍問題有關者（第二條第一項）  
與國籍問題無關者（第二條第三項）  
替補的適用  
與國籍問題有關者（第二條第二項）  
與國籍問題無關者（第十二條，第十五條參照）

對法人之本國法適用（第三條）

第一編 法律適用總論 第四章 本國法

(乙)對於法人之本國法適用 關於此項問題，曾於總論中之外國法人章，有所詳述，並於本論中之公司法章，將再說明，茲特就實際上如何適用本國法於外國法人場合之主要點，一略及之。

第一，本國法適用之條件

根據法人無人格說之理論，而施之於實際者，自排斥對於外

國法人之本國法的適用。即主張法人有人格說者，倘對於外國法人，法律上不予以認許，則亦絕對否認其在內國之法律上的地位；故惟認許之者，乃許其有本國法之適用。顧認許之程度不一，各國對於外國法人之適用本國法，亦有廣狹之別。以條約認許之者，僅限於條約上之一類法人，適用其本國法；以行政認許之者，僅限於被認許之此種法人，適用其本國法；以立法認許之者，僅限於被通過之該項法人，適用其本國法。凡經認許後，其能力之解決，在原則即依其本國法。如一八九〇年關於合股公司巴黎國際會議之決議，第二十二條「關於公司之設立，運用，及其機關所負之責任，應依其母國法決之」云云，即一例也。但苟設立分店或代理店於他一國者，則通常又須應依所在地國之公布形式，是所限制耳。

第二，本國法適用之決定。本國法云者，其所屬之國之法律也；人不限於自然人，法人亦其一，則對法人所適用之本國法，亦即法人所屬之國之法律也。然如何爲自然人所屬之國，有國籍法以解決之；如何爲法人所屬之國。究無成文而具體的國籍規定以公示之，故其本國法之適用，實較自然人方面爲難。在公法人之國籍，因有領土或地域之背景，尙無疑義；在私法人之國籍，則各說紛紜，得失互見，究以何種標準，定其國籍，已感困難；因之而爲本國法之適用，亦無確切之對象矣，我國依多數國家之例，以法人之住所擬其本國，故法律適用條例第三條之規定曰：『外國法人，經中國法認許成立者，以其住所地法，爲其本國法』。雖然，法人之住所地又何所指，我法律適用條例上則付缺如，是不能無疏忽之譏焉！一切既詳於第五編，請參閱之。

## (二) 全國數法場合之本國法適用

全國數法云者，即同一國家之內，有多數互相衝突之法律，同時並存，往往須以準國際

私法之原則，而決其在或種場合，應所適用之法律是。換言之，法律之統一性，雖爲今日公認之原則，然仍有少數國家，或因歷史上之沿革，各地方異其法律，或因政治上之關係，各部區異其制度，不特在其國內，於法律適用上求一解決之方法，即吾人對其國所屬之人，適用其本國法時，亦極感困難。何以言乎？有如：

(甲)關於本國法適用之對象。在一國一法之場合，所適用之本國法，除因國籍衝突問題而發生之選補的適用，稍覺紛雜外，一般即以其人所屬國之法律定之。在一國數法之場合，選補的適用固所難免，而即明知當事人爲該國之人，當對之適用本國法時，復因該國法律之不統一，究將以何地方何部區之法律，爲其本國法之對象，此問題頗不易定。例如

第一，對於籍隸聯邦國家之人民，爲其本國法之適用。若美國，若瑞士之人民，因養子之法律關係，在中國發生訴訟，而欲決定養子關係是否成立，依我法律適用條例第十四條『養子成立之要件，依當事人各該本國法』。然美國法律，四十八邦各異其制；瑞士法律，各州亦多不同規定；究應以何邦何州之法律，爲該當事人之各該本國法？蓋美各邦，瑞各州，



在政治之地位上，固係美合衆國，瑞士聯邦國之一地方；在法律之地位上，則猶與獨立國同。吾人對該國人所應適用之本國法，不啻劃定一適用之大範圍，至實際上如何採用其範圍內之某種法，則又待於解決也。又如

第二，對於籍隸民族帝國之人民，爲其本國法之適用。英國；日本，在其本部上固爲單一之國家，且有統一之法律，似不發生此種適用問題矣。然於英國，不獨英格蘭與愛爾蘭異，且蘇格蘭亦與之互異，而各殖民地又多行特別之法律，彼此各不相同，則僅知當事人之本國法爲英國法，究以何部區之法律，爲實際所應依之本國法乎？於日本，其本部所施行之法律，多與朝鮮台灣等地所施行之法律，各異規定。則遇應適用本國法之際，亦不能專就其所屬國之法律定之，更須分析其爲所屬國之某種法律也。故此一問題，在現代關於本國法之適用上，頗爲重要。學者莫不求其所以解決之方法何在。但

(乙)關於本國法適用之方法 其說亦極不一致，舉其最主要者而言，有如下：

第一，現在住所地主義 謂應視當事人之現在住所，在於何地，卽以其地之法律，作

爲本國法而適用之。例如當事人爲美國人，其住所所在華盛頓邦者，即適用華盛頓邦法，在紐約邦者，即適用紐約邦法是。意大利學者瑪志尼 (Mazzini) 於一八七四年，曾以住所地法之主張，建議於國際法學會；德國學者基得爾曼亦有同一之主張。比利時民法草案，日本舊法例之規定，即採此說。

其理由不外：住所爲人生活之本據，並有永久住居之意，當然與其人之性情慣習有密切關係。適用本國法之用意，即在爲此等結果之密合，而住所地法亦能達之，故於一國數法之場合中，求其真正應適用之法律，自惟住所地法也。況如各國對於無籍人之適用本國法，因根本上無本國法之可用，亦多以住所地法代之。一國數法之場合，名義上雖有可用之本國法，實則因本國法不僅一種，有等諸無，則適用其住所地法，與此例更切合焉。故德國一部分之學者，即直接主張曰：『當事人之本國，有相互衝突的法律並存時，無論在何場合，皆以之與無國籍人同視，依其現在之住所地法。』

此說在實際上與理論上，皆有未妥。蓋依其說，當事人有住所於本國，或有住所於外國

，均可不問，但以住所地法斷之，與無國籍人何異？然當事人固顯有國籍，且明示爲本國法之適用，其國籍之所屬，即本國法之所在，而以之與無國籍者同視，殊違事實之甚。此其一。且如其住所不在本國而在第三國，第三國既爲其住所地，依住所地法主義，當然適用第三國法。然適用法則上，明明責其適用本國法，今並非無本國法，乃因本國法過多，而求其擇一適用，結果竟適用第三國法，更背立法本旨。此其二。

第二，本國住所地法主義。謂應視當事人在本國之現在住所，或最後所有之住所，在何地方，即以其地方之法律，爲其本國法；如當事人於其本國住所不明時，則以其本國首府所在之法律，爲其本國法。此說係救濟前一說之所失而發生者。

其理由不外：採住所地主義之結果，倘當事人之住所，在其本國之領域內，固可用以爲所適用的本國法之內容，雖曰住所地法，實即本國法也。倘當事人之住所，在第三國，則適用第三國法，即不能解釋爲與本國法之適用無異。故住所地法必應以在本國之範圍爲限，有現住所者，依現住所地法；無現住所者，依最後取得之住所地法；而猶不明時，則依首都所

在地法。然無論如何，其所適用之法，皆不出乎其本國之領域，故其精神仍爲本國法之精神也。

此說自較前說爲優，深合於以住所地法爲本國法之內容之意義，而又免於與無國籍人之辦理相混。但如其人生於其本國以外，於其本國無住所，則最後之住所地直付缺如，將何以爲本國法之適用？雖曰可依首都所在地法，然又與採本國住所地法之本旨違矣。此其一。又如其人生於舊德帝國，於其境內有二以上之住所，則依現住所地法，又將以何種現住所地法，爲其本國法之適用？雖亦曰住所不明時，可依首都所在地法，然其人並非無住所，乃有二以上之住所，今皆去而不用。亦與採本國住所地法之精神反矣。此其二。

第三，生來住所地法主義，謂應視當事人之生來住所，在何地方，卽以其地方之法律，爲其本國法。一八八〇年國際法協會關於此一問題之草案曾採之。

其理由不外：所以適用本國法者，爲重視血統及生後生活之關係也。今既不能決定其本國法，屬於該本國之何種法律，則必求其與當事人之血統關係相近，而又較合於其生活習慣

之法律，以爲之用，則莫若生來住所地法也。

此說當然不妥。若生來住所地在第三國，則與第一說必同其失；若生來住所地在其本國而不明時，更無第二說之補充辦法，又將以何爲斷？蓋如旅外美人，生子於外國，其子之生來住所，即在外國，將亦適用該第三國法乎？況如生於法國之法國人，後又取得美國國籍，在本國法之適用上，如由中國解決，依法律適用條例第二條第一項，必排斥法國法，以美國法爲其本國法；今於實際適用本國法時，依生來住所主義，反排斥美國法，而適用法國法，甯有是理歟！此其一。人之生來住所，最易爲他人所忽略，苟無完密之出生登記制度，亦不易於年代深遠後調查證明。況私生子之生來住所，更極其隱秘。即令生來住所在其本國，實未便確定，且當事人於此情形下，又可假造生來住所之地域，以圖利己的法律之適用，弊端百出，莫可制止。此其二。

第四，所屬地方主義。謂應視當事人屬於其本國之何地方，換言之，即何種地方籍，以其地方所屬之法律，爲其本國法。前之三種主義，皆不外住所地法主義，則此一主義，亦

可稱爲本籍所在地法主義。日本法例第二十七條第三項云：「因地方異法律之國之人民，依其所屬地方之法律；」我國做日本例，於法律適用條例第二條第三項云：「當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法」，皆採此一主義耳。

其理由不外：英美瑞各國內地方之法律，尙未統一，但言本國法，勢必至無從適用，故不得不謀所以解決之。然探住所地法主義，既有種種缺點，實不如採本籍所在地法主義，爲尤能與本國法之適用，有同一之精神。至於其人果屬於何地方，則非我法律所能決定之問題，乃賴其國之憲法行政法與其他公法的規定，爲之解決耳。

此說與住所地法主義相較，固爲適宜，因有住所地法之長，而無住所地法之短是也。然仍不免有問題者：如其人生於外國，在其本國之各地方，皆無本籍，又將如之何？況在英美等國，以住所地法爲屬人法之代表，而以本國法爲輕，非至萬不得已時，不適用之，則對於在國內之各地方籍，必不嚴格注意，而重視「生」之所屬，更將以何爲準？此其一。至謂其人果屬何地方之籍，乃其本國之國內法問題，而非本國法適用時之問題，則既不知其果屬於何

地方，將何以爲其所屬地方之法律之適用；故此一主義僅可謂得其半面之真象而已！此其二。

第五，本籍地法補充主義，謂各地方均無其本籍時，以其有住所之地方，爲其所屬之地；若於各地方有二以上之住所，或均無住所，以住所衝突之解決方法定之；或仍不能解決，應使當事人自己選擇之；倘當事人不自選擇，或竟選擇其本國以外之地方，則由法院斟酌定之，此說係補救前說。第一點之失而設，爲日本山口弘一所主張者。

其理由不外：各地方皆無本籍之事，既所難免，則在原則上雖採所屬地法主義，如遇困難，卽不能不以住所地法主義補充之。按之無籍人而依其住所地法之事實與理論，均甚相合。然住所亦如國籍，恆有積極衝突與消極衝突之事，值茲則依住所衝突之解決方法定之，更當然也。倘仍不能解決，則結果除使當事人選擇以外，別無他法。如或當事人不自選擇，是又陷於窮途，或選擇而選擇者爲第三國法，是亦與本國法之適用有所不投；於此，則惟有由法院斟酌定之，蓋不得已之最後辦法耳。

此說含有層層不斷之運用方法，在實際上不特能補充所屬地方法主義之缺點，且足以使本國法之適用，不致突然即代用第三國法，實其所長。然嚴格論之，所屬地方法主義既不適宜，而欲爲之補充，又不免於枝離冗雜；雖有優點，不掩所失。觀於其方法中，除含有所屬地法之原素外，又含有住所地法，居所地法，及當事人定其適用之法律，並法院代定其適用之法律諸原素，以僅一本國法於一國數法之場合，不便實際適用之問題，而其範圍牽涉如是，究覺不宜。此其一。以各地方之本籍，爲其人本國法適用之對象，而本籍如何解決，置之不問，所屬地方法主義已失一着，而此說更專就內國之立場上，代爲設定種種補救方法，其最後結果或竟依第三國法，歧路逾進而逾遠於原途，不啻爲此說寫照也。此其二。

第六，依準國際私法決定主義。謂應視該國家之中央政府，對於該國民所定適用屬人法之準則，以憑取斷。換言之，一國數法之國必有所謂準國際私法之存在，解決其內國之法律衝突問題，關於屬人法方面，或依住所地法主義，或依出生地法主義，或更依其他主義，要皆與以決定，俾其服從某地方之法律；我國對其適用本國法時，即依此準國際私法之決定，



適用其應所服從之法律，以爲本國法是也。一八八〇年國際法協會之議決，其第六條第三項云：「一國內有多數民法並行時，其外國人之身分能力諸問題，應依其所屬國之國內法定之。」即係採此主義。

其理由不外：吾人對其人既決定適用其本國法，而非爲之適用住所地法，或其所屬地方法，則惟爲本國法之適用。然因其國有相異之民法並立，實際上無所適從，於是即以其國對於該內國人民之屬人法準則，爲我本國法適用之標準，實簡單而至當也。彼採住所地法主義，我即從而以住所地法爲本國法；彼探出生地法主義，我即從而以出生地法爲本國法；彼在其準國際私法上如何解決，我即在本國法適用之對象如何決定。故於一國數法之場合，適用本國法，不可不依其所屬國之國內法也。

此說在表面上，似與所屬地方法主義相同，學者遂多稱中日關於此一問題之規定，其命意與國際法協會之決議殆同，實則不然。所屬地方法主義以果屬何地方籍，放於題外，而認爲非本國法適用時之問題，則所屬地方既莫由決定，將何以實際上適用其法律，是猶以問答

問，不免陷於理論循環之謬。既於題外，以地方籍之決定，歸之該本國之內法，實莫若直稱之爲依其所屬國之內法，不其更爲明顯乎？且依其規定，並可救濟兩種弊端之發生。蓋僅稱依本籍地法，則本籍者必其較爲固定之地方籍也，於是生於外國，並有住所於外國之該國人，依通常之觀察，即莫由定其本籍，所屬地方法主義之運用必窮，然一國無論如何，必使其國人有所適從之法律，即無確定之本籍，而因時，因地，因事之異，恆使其爲法律之遵守，即依其原則，定我本國法之對象，不特深合採用本國法之意義，並可運用無已也，此其一。因依本籍地法之場合，而引起本籍所在地之缺如，即不能不發生山口弘一一類之學說，而謀其補充，愈有補充，愈有所失；何如簡捷了當，謂依所屬國之內法，則一切糾紛問題，皆應刃而解矣。此其二。

總之，由第一說至第五說，皆依解決對重國籍人，或無國籍人之本國法適用之原則，純粹由內國之立場上，以爲實際地所應適用的法律之決定或補充，此所以非第六說之匹矣。第六說認爲其人僅於一國之內有多數之法律，各爲其本國法之對象，而此種情形之須待解決，

該內國早感必要，爲其定所適用之法，不必於他國之適用本國法時，始由該內國決定之，或由他國代定之。故吾人於一國數法之場合，適用本國法，僅依其所屬國之國內法定之，即免於一切困難問題。至於定其應所適用之法律之標準，是否以現在住所地主義爲優，抑以本國住所地主義或生來住所地主義爲優；是否於最後辦法以由當事人自擇主義爲優，抑以由法院酌定主義爲優？此皆委諸該本國之準國際私法解決之，各主義果有所長，要必爲其採用，吾人只依其結果，而不問其理由；因吾人只在求本國法之一適確對象，該本國既如是爲其國內之屬人法之適用，吾人即準之而爲我本國法之適用可矣。愚採是說。

### (三) 船舶國籍衝突之本國法適用

本國法爲屬人法之一種，似不得用之於船舶矣。然人以其國籍之原因，而爲本國法之適用，船舶除海盜所有者外，均有其國籍，本國法之適用自無不可。惟爲別於屬人法之本國法，以船舶等皆懸國旗表明國籍，故有國旗法之稱。又因在船舶方面，國旗常有被人偷掛之時

，更以船照爲證明其本國之憑，因又有船籍法之稱。如何而始爲本國法卽國旗法之適用，此當另詳於國際商事法中；茲僅就對於船舶如何適用其本國法，卽國旗法，一略述之：

(甲)對於船舶之本國法適用問題 對船舶而適用其本國法，卽以船籍國之法律準據之，如法律適用條例第二十二條第一項但書曰：『但關於船舶之物權，依其船籍國之法律』，之規定是也。但因各國關於船舶國籍規定之標準不同，發生國籍衝突問題時所不免，孰爲其所屬之國家，不先予以解決，則船舶之本國法亦莫由爲之適用，正與人之國籍衝突所引起之本國法適用問題相等。

關於船舶國籍之規定，在船舶業主卽其所有人。國籍之標準上，有絕對重視者，卽以業主之國籍爲船舶之國籍，中，英，德，葡，皆然。故必所有人之全體，皆爲同一國籍，始可以其國籍爲國籍，否則卽發生問題。我國海商法第三條所列中國船舶之條件，不外爲中國官署所有者，爲中國人民所有者，及依照中國法律所設立在中國有本店之或種各公司所有者；此或種各公司，雖不免有外國人，或外國股份於內，然多數或重要之構成分子則限於中國

籍，固非絕對相反之例外也。有相對重視者，即船舶之業主，不必全體人員同屬一國，苟有一定之員數，甚或一人，而有內國國籍，即可與他種標準，合而定之爲內國船舶，如法國只須有一業主爲法國人，即可使其爲法國船舶是，瑞典，粵國亦類似之。有全不重視者，即無論船舶業主之國籍若何，只須其在內國登記者，當然認爲內國船舶；其例亦有。

在船長船員國籍之標準上，就船長國籍而言，有特別重視者，美國，法國，奧國，匈國，及意國是也。有特設例外者，捕鯨魚之法國漁船，可以外國人爲管駕官，此見於法國一九〇二年四月二十一日之法律是也。有不爲注意者，如德國一九〇一年五月二十九日之法律，無論船長籍爲何國，只須業主爲德國人，即認爲德國船舶是也。就船員國籍而言，有極爲嚴格之規定者，如法國一七九三年九月二十日之律令，船員須法國人，合船水手至少四分之三須法國人是也。有較爲通融之規定者，如意國一八七七年之商航法典，合船水手須三分之二爲意國人是也。有不設限制之規定者，德國是也。

在財產所屬之標準上，有須完全屬於內國人者，如英國一八九四年商船法案所定者是也

。德，美亦然，蓋與其業主須全體爲內國人之標準，相照應耳，有須大部分屬於內國者，如法國一八四五年六月九日之法律，規定外國船入法國籍者，至少須有一半之產業，屬於法國人；奧國一八七九年五月七日之法律，匈國同年四月九日之法律，皆規定該等國籍之船舶，須有三分之二，爲該等國人或國內某公司之財產是也。有特別設以通融之條件者，如意國商航法典上，規定至少三分之二，係意國人之財產；然如住居意國至少五年之久者，雖非意國人之財產亦可也。

在船舶製造原地之標準上，有限於內國製造者，美國是也。有不限於內國製造者，法國，英國，德國是也。因各國法律之規定有異，遂不免於船舶國籍之衝突矣。

有船舶焉，其所有人爲德國人，但住居於意大利已滿五年之久，而管駕官及合船水手三分之二，皆意大利人。由意國視之，其船舶當然爲意國國籍，然由德國視之，其業主固德國人。則亦一德國船舶。是爲船舶國籍之積極的衝突。吾人對之適用本國法，究用意國法乎，抑德國乎？有船舶焉，其所有人爲美國人，但其船舶非製造於美國者，因之喪失美國國籍，

然同時又未能依他國之一定條件，取得其國籍，是爲船。船。國。籍。之。消。極。的。衝。突。吾人對之適用本國法，究仍用美國法乎，抑另以他國法代替之乎？凡此，皆與本國法適用時以極大之困難。進而再言。

(乙)對於船舶之本國法適用決定 說者有謂其解決方法，即依解決自然人國籍衝突之法理決之。實亦不盡其然！若因船舶所有人或船長船員等自然人之國籍衝突；或因船舶所有人之國籍衝突，致影響於財產所屬之比例標準；而發生船舶國籍衝突之結果；自可依如何爲自然入國籍衝突場合之本國法適用，即如何爲此項船舶國籍衝突之本國法適用。蓋此一問題乃自然入國籍衝突之附帶關係，自不必再依其他方法，以求解決也。無如船。船。國。籍。衝。突。之。發。生，除。此。附。帶。原。因。外，更。多。由。於。各。國。海。商。法。及。船。船。法。規。則。各。異；致。成。爲。兩。無。所。屬。或。兩。有。所。屬。之。船。船。籍，即不能純依解決自然入國籍衝突之方法也明矣。自然人之國籍衝突，有根據血統主義以求其本國法之對象，而船舶無血統之可言也；有採取與其性情習慣相合之法律，爲其本國法之代替，而船舶無人性之可見也；又何能準諸自然入場合，同例辦理？

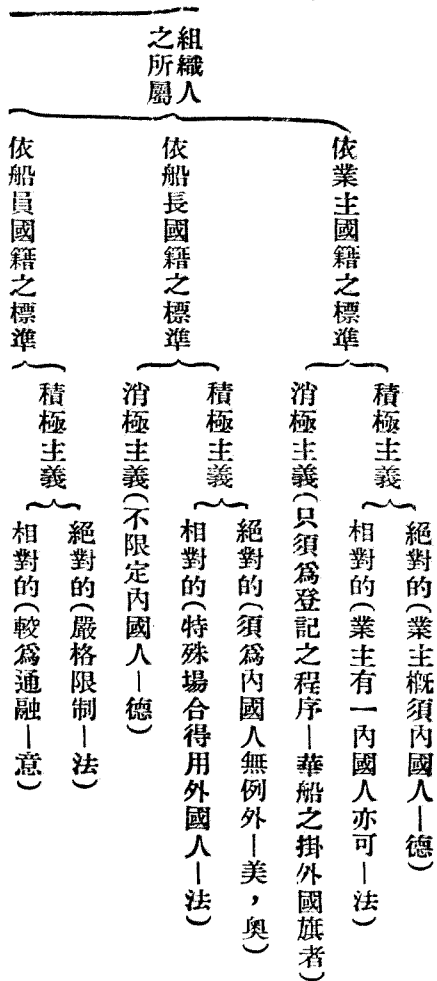
是故巴爾即爲之立一解決標準；凡船舶國籍發生積極衝突時，多依所有者之意思，決其國籍之何屬，爲其適用本國法，倘所有者意思不明時，則保持其最初之國籍。至於消極衝突，則須防避之，凡一船舶未取得新國籍前，斷不許其喪失舊國籍，不必待有衝突之後，始謀所以爲本國法適用之決定耳。

按之今日事實，各國對於船舶，除法令特別規定外，非經登記，領有國籍證書，皆禁止其航行（我海商法第五條參照）；是船舶國籍之消極的衝突，賴之而歸消滅，不必再於此一場合，研究本國法之如何適用，實甚明顯。獨成爲問題者，乃重國籍之船舶。無論爲何種情形之衝突，要必以登記，領得國籍證書，始取得真正之國籍。如由當事國當解決之責時，既許其登記，予以國籍證書，是根本上已視爲純粹之內國船舶，以內國法爲其本國法之對象，在理在法皆無疑問。如由第三國當解決之責時，巴爾許其業主自定之，固極適當；然有二以上之業主，意見不能統一，則不僅以保持舊國籍解決之。竊以爲兩國籍之一國籍，或於最近始取得之，或以特殊原因而取得之，則按諸登記制度，含有對抗他人之精神，自應保持其舊國



籍，爲之適用本國法。如一國籍之取得，原因不甚充分，他國籍之取得時雖在後，而船舶皆努力爲其法之遵守，則亦不妨根據後法優於前法之理由，以後國籍爲基礎，對之適用其本國法。

『圖表七』船舶國籍取得之標準表



船舶國籍標準

組織物之所出

依資本所屬之標準

依船舶製造之標準

消極主義(不設限制—德)

積極主義 絕對的(全屬內國者—美, 德)

積極主義 相對的(大部分屬內國者—法, 奧)

消極主義(僅因登記關係而為內國船舶者)

積極主義(限於內國製造—美)

消極主義(製造於外國者亦可—法, 英, 德)

「圖表八」關於船舶國籍衝突之本國法適用管見表

船舶本國法之補用

連帶之適用

因組織人之國籍消極衝突致船舶變為無國籍者  
因組織人之國籍積極衝突致船舶變為重國籍者

皆依自然人之國籍衝突問題解決法則適用其本國法

原則上—各國皆預為防止，實際上無解決如何適用之必要

無國籍

例外上

尚未一領國籍證書者—以其將領證書之國內法為其本國法  
為喪失原國籍而然者—以其原國籍為其本國而適用本國法

獨立之

〔適用〕

重國籍

有內國之國籍者——以內國爲其本國而適用本國法

皆外國之國籍者

任業主自擇其一

業主意思不明時

原則上——爲舊本國法之適用

例外上——爲新本國法之適用

## 第五章 住所地法

關於住所之研究，屬諸民法範圍；關於住所衝突問題之研究，屬諸國際私法範圍；故學者多於國籍衝突章後，殿以住所衝突章，無異議也。然所以爲住所衝突問題之解決者，其最後目的不外如何爲住所地法之適用；而住所地法之適用，又不限於爲屬人法之用；故愚於茲，特將住所地法之一切適用，彙爲專章，不特分章上較合條理，且易與其他各法之適用，互參照焉。茲分述之：

## (一) 住所地法適用之靜的方面觀察

住所地法者，謂當事人有住所之地之法律也。遇有涉外的法律訟件，於或種場合，適用法則上根據何種理由，使其爲住所地法之適用；既須適用矣，又將如何爲住所地法之適用？欲解決此種問題，不能不首先略述住所之重要，及種類，而一定其適用之理由及範圍，是謂住所地法適用之靜的方面觀察。

(甲) 住所地法適用之理由 欲知根據何種理由，國際私法上始採住所地法，當先知住所之意義何指。就學說言，德儒薩焚宜謂住所係人以其自由意思，所選擇之永久家宅，而爲其職業並法律關係之中心點是；美儒斯托立 (Stoll) 謂住所乃其所居之地，不存暫住並遷移他處之意思者是；英儒戴色 (Dicey) 謂住所係依英國法所視爲其人之永久家宅之地方或國家是。就法例言，我民法第二十條認爲住所，係以永久之意思，住於一定地域之內之謂；民七判決抗字一號，以住所爲一人所欲永久居留之地方之謂；日本民法第二十一條，以住所爲各

人生活的本據所在地之謂；法國民法第一百〇二條，以住所爲私權執行所定的居所之謂；意國民法第十六條，以民法上之住所，爲不可不爲營利及其他業務上的中心點之謂。然無論如何解釋與規定，要皆不外乎羅馬法上「人之住所者，生活於其地，而定爲生活的中心點之謂」。生活於其地者，指在一定之土地，營生計之事實而言，可稱爲構成住所之行的要素；定爲生活的中心點者，指定住於其地，謀生計之意思而言，可稱爲構成住所之意思的要素。雖有時亦可不依個人意思，而由法律爲之規定者，亦不外乎對個人意思之推定而已！

夫住所既與個人之生活，有如是重大之關係；而住所地之法律，又必爲其易於遵守者，且以英美人多居留外國，對於研究住所之原則又極精密；於是關於屬人法之適用，在英美法系諸國，必以住所地法爲基礎者，卽此故耳。歐陸法系因適用本國法，住所地法之作用，雖在此一場合歸於消沈，然住所固不必卽在其人之本籍，而亦不必卽在本籍以外者，常事也；於此，表面上爲本國法之適用，實則與住所地法併合矣。至於明文爲住所地法適用之規定者，一以住所地法代本國法，如我法律適用條例第二條第二項「當事人無國籍者，依其住所地

法；住所不明者，依其居所地法。」及第三條「外國法人，經中國法認許成立者，以其住所地法，爲其本國」之規定是也。一以住所地法代爲地法，如我法律適用條例第二十三條末項最後一段之規定是也，前一項之適用，其理由見國籍之消極的衝突篇中；後一項之適用，其理由待行爲地法適用篇再詳。我法律適用條例之第六條，第七條，第八條，第十八條；及第十九條；各設有「住所」或「居所」之條件。以爲對外國人在各該項法律關係中，適用中國法之決定。此固非住所地法之正當的適用，然對於該外國人等之適用中國法，必以其有住所或居所爲條件，實際上不啻爲住所地法之適用。不過此項住所地法之適用，必與內國法合併爲之，故人只見內國法之適用，而不知其亦含有住所地法之適用也。

『圖表九』住所地法之適用性質表

獨立的適用——爲屬人法之適用（英美法系）

住所地法

補充的適用

爲代替本國法之適用（我法律適用條例第二條二項前段，第三條）  
 爲代替行爲地法之適用（同條例第二十三條三項後段）

消極的適用

爲完成適用內國法條件之適用(同條例第六，七，八，六，十九各條)  
爲與他種法偶合之適用(例如適用本國法而其住所亦在本國者)

(乙)住所地法適用之範圍 因住所可依種種觀察點之異，而行分類之事，於是住所地法亦往往成爲一概括名詞，當其適用時，即不能不先斟酌其爲何一種之住所地法，法例與學說莫不皆然。在英美學說上，分住所爲生來住所，選擇住所，及法定住所三種；日本學者中，村進午亦主張分爲民事上住所，商業上住所，及審判管轄上住所三種；歐陸各國民法則僅承選擇住所及法定住所兩種，日本民法關於住所之有無，一任於事實上之認定，故日本民法上之住所，只有任意的事實的住所之一種。然無論如何，國際私法上所適用之住所地法，要必以種種之住所地法律，構成其全部之範圍，於適用時，擇一施之，實無疑義。試一申述：

第一，生來住所地法，一稱原始住所地法，又稱自然住所地法，即人於出生時所取得之住所，其地之法律是也。何謂人於出生時取得之住所？即嫡子取得出生時父之住所，胎兒取得出生時母之住所，以及私生子依母之住所，母住所不明者依出生地，不知其出生地及父母

之住所者，依發現地耳。生來住所地法常爲代替他種法之適用而設，如前述一國數法場合之本國法適用，一八八〇年國際法協會之草案，所採之生來住所地法主義，卽爲其例；而學者中解決國籍衝突場合及住所衝突場合之本國法適用及住所地法適用，亦有以生來住所主義，參加其間者。由此可知生來住所地法，不僅可爲本國法之代用，抑且可爲普通住所地法之代用也。

第二，法定住所地法，一曰強制住所地法，卽不依個人意思，而由法律規定取得之住所，其地之法律是也。歐陸以生來住所與法定住所無異，直併入之，依其說，亦僅可與言法定住所地法，而不足言生來住所地法。何謂依法律規定，取得其住所？我民法第二十一條云：「無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所」第二十九條云：「法人以其主事務所之所在地爲住所」；固爲一例。畢時達滿特之國際私法典第二十四條云：「除承受住所之人屬人法有特別規定外，凡家長之法定住所，卽妻與未解除親權之子之住所；監護人或財產管理人法定住所，卽委託其保護之未成年人及無能力者之住所」；亦爲一例。



法國民法第一〇七條及其他各國法律之規定，凡兵士一生服務於軍營者，官吏終身為國家服務者，因服務上關係，即以兵營及服務地為其住所；但外交官則屬例外；又為一例。至若佃戶，雇工，學徒，家僕等，近世已多拋棄羅馬法上之絕對依主人住所主義；但如服役期限永久，則不必保持原有住所，而以其主人之住所為住所。囚流各犯，倘為暫時性質，則保持其原有住所，倘為終身監禁，或永遠放逐，永無歸返故居之希望，則以監獄及放逐地為其住所。凡當事人如須以其法定住所為住所，則對之適用住所地法，自必為法定住所地法。故如妻負與夫同居之義務，不可不以夫之住所為住所，即雖結婚後，未赴夫之住所，或雙方自願別居，其住所仍以夫之住所為準，未可改也；為妻適用之住所地法，即夫之住所地法，以其為法定住所地法耳。

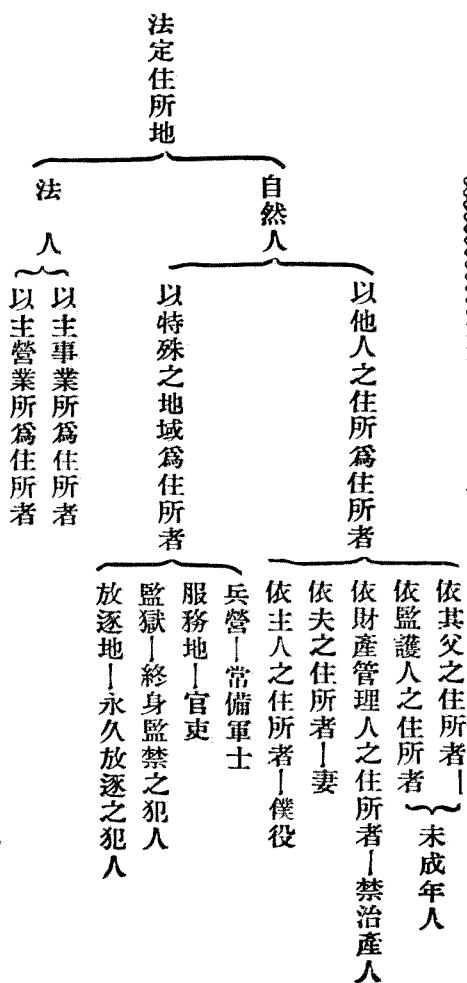
但關於法定住所地法之適用，亦不無特殊情形；或則於一定場合，拋去法定住所地法之適用；如民七上字第八六三號判例，妻如欲離婚，為防夫之牽制，保護其利益計，得有獨立住所，此際為住所地法之適用，即非法定住所地法也。或則於一定場合，另為法定住所地法。

之適用；如甲國以法人之主事務所爲其住所，乙國以法人之主營業所爲其住所，規定不同，兩相衝突，今遇一法人分設主事務所，主營業所於甲乙兩國，必因起訴之異，於適用法定住所地法時，不得得有同一之結果是。或則於一定場合，爲補充普通住所地法或本國法之適用，如跡部定次郎對於解決住所或國籍之衝突，而謀住所地法或本國法之代用時，曾主張於或時得依當事人父母現在或過去之住所地法，實則不外追溯其法定住所地法，而一適用耳。

第三，選擇住所地法。一稱選定住所地法，又稱獨立住所地法，更可稱爲普通住所地法，即依個人意思所取得之住所其地之法律是也，英美法上，限於能獨立之人，即有完全能力之人。始許其有選定住所之自由；故對於不能獨立之當事人，於適用住所地法時，實不能以選擇住所地法爲其對象。關於由自己選擇而取得之住所，本有兩種現象，或則『以久住之意思，住於一定之地域者，即爲設定其住所於該地』（我民法第二十條），此通常之選擇住所也。或則『因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所』（同法第二十三條），此特別之選擇住所也。故對於自然人適用住所地法時，如係通常行爲，則依通常之選擇住所地法；如係

特定行為，而有特別之選擇住所者，則依特別之選擇住所地法。至若法人，倘有數個營業所時，因訴訟或其他關係上之不便，法律得就其確定之業務，使選定一特別住所，不問其他，亦一選擇住所，值茲場合，為住所地法之適用時，亦惟此選擇住所地法耳。

『圖表十』法定住所地法之適用對象表



(丙)住所地法適用之對象 關於住所地法之適用，雖已決定其適用選擇住所地法，或法定住所地法，然其中仍因時的關係，而影響住所地法之單一的對象。蓋通常所指之某種住所地法，大都爲：

第一，現在住所地法 卽當事人自由選擇，或法律規定，而現在所有的住所，其地之法律是也。以住所地法爲屬人法之適用時，自以適用現在住所地法爲原則，固無待論；卽爲本國法或行爲地法之代替時，亦惟現在住所地法爲能達所以爲或種法代用之目的。觀於住所不明，無由定其法之存在時，往往以現在居所地法爲補救，卽知其住所地法之適用，貴於有『現在』之要素也明矣，倘居所地法仍不明，或恐其不明，則現在之要素既不可求，嘗進而求住所地之要素之保持。於是又有：

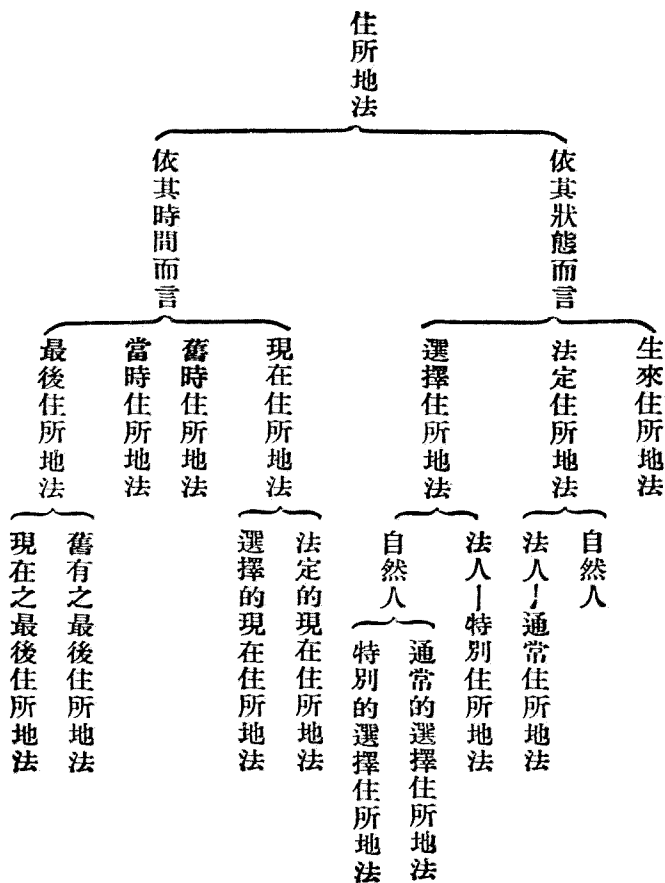
第二，最後住所地法 卽當事人在舊有之住所中，或現在之各住所中，最後所有之住所，其地之法律是也。最後住所地法之適用，固以在無現有住所地法或解決數種住所地法中，何爲現有住所地法之際，爲最明顯。然在特殊情形中，又可排斥現有住所地法，而適用最後

住所地法。如國際私法典第二十三條云：『外交官，及因奉行其政府使命，或為研究科學，或藝術，而暫居於外國之人之住所，為其在本國領域內最後之住所』，即以最後住所地法是準耳。此外更有

第三，舊時住所地法 即當事人在舊時或先時所有之住所，其地之法律是也。德國學者曾用以解決住所重複之際，而為住所地法適用之對象也。

第四，當時住所地法 即或種法律關係成立時，當事人之住所地之法律也；換言之，關於此項法律關係之效力，無論當事人之住所所有無變更，永以該法律關係成立當時之住所地法為其適用也。例如夫婦財產上之效力，其主張應為住所地法之適用，而採住所不變更主義者，即係採當時住所地法主義。

『圖表十一』住所地法之適用種類表



## (二) 住所地法適用之動的方面觀察

構成住所存在之兩大原素，一爲行爲，一爲意思，皆非確定而不變者；苟經動搖其意思或其行爲，住所必隨之而歸變更，則住所地法之適用將如何？反之，原有之住所並未變更，而又依法取得另一住所，是住所重複，各在其地爲合法的存在，則住所地法之適用又將如何？選擇住所固多如是之現象；卽法定住所，亦往往因他人住所之重複或消滅，隨同發生變化，儘有事實上之可能；而生來住所，又因年代過遠，往往不易調查，縱爲覓在住所，仍不免隨父母之住所重複或消滅，引起糾紛；則住所地法之適用更將如何？值茲變動無常之場合，研究如何爲住所地法之適用，是謂住所地法適用之動的方面觀察。

(甲) 住所地法適用於新住所場合者 德國認爲人同時得有二以上之住所，各國於例外上亦有準住所之設，是屬於重住所準住所問題，當另詳之。在原則上，『一人同時不能有一個以上之住所』，不僅爲戴色所主張，及英美學派之通說，卽日本對於住所觀念，與德國同採

生活本據說，亦反其重住所主義，而採單住所主義。我國亦於民法第二十條第二項規定「一人同時不得有兩住所。」夫既以一住所爲準，則適用住所地法時，即以其住所地之法律定之足矣。無如法律上雖限制人之住所數目，但並未禁止人之變更住所；我民法第二十四條且明文規定「以廢止之意思，離去其住所者，卽爲廢止其住所」；既許其廢止，亦卽許其變更焉。住所之變更，如新舊兩住所而異國異法者，則住所地法之適用，亦隨之而變其法之對象，固無問題；惟所應研究者，根據如何之確切標準，始得證明住所變更之事實，而一易其住所地法之是指耳。

通常有兩種方法，各依其情形而用。一爲變更住所意思之證明；例如處理涉外的法律關係，當事人知其將爲住所地法之適用，遂爲一人變更住所之陳述，於此則惟使之舉證，不能舉證或不舉證者，與證明普通事實同，却下其請求，仍爲原住所地法之適用。一爲變更住所意思之推定；例如自願歸化於或國家；或依該國家許外國人享受不動產所有權之法則，在該國家購買宅地與墳園；或財產聚集於該國家，並有不願再返故國之明白表示；或居留該國家



若干年以上，其故國因此事實而解除其國籍等等之特定事實之存在，而為變更住所之陳述者，自必為新住所地法之適用。

(乙)住所地法適用於準住所場合者 依各該國內法之規定，人同時不得有兩住所，此固原則也；但因特定行為之關係，人亦不妨於現在的唯一住所以外，同時為另一住所之設。無論其為特別住所（參照民法第二十三條），為商業上住所，為遺產上住所，或為所謂裁判管轄上住所，概括言之，皆準住所耳。適用住所地法時，遇有住所之外又有準住所之場合，將為之如何適用？依次言之：

商業上住所乃戰時國際法上所承認者，藉該項住所之何屬，決定貨物之敵性，而達其捕獲沒收之目的；故雖中立國人民之貨物，倘其商業上住所敵境，則亦以敵貨視之。是此項住所之設，乃戰時交戰國一方之臨時推定，意在使其完成戰時公法上之效果，與住所地法之適用，根本無關。裁判管轄上住所係指人因訴訟關係，可另外有此住所，俾便於訟件之進行，則關於住所地法之適用，不外暗與法庭地法之適用相合，而以住所為管轄條件之一而已。

其實該項準住所，並無必須成立之可能，一人而逗留某地，倘傳票能送達之，即屬已足，不必有賴於準住所之存在，法院始有管轄之權；則在此場合，住所地法之適用亦無若何重要。遺產上住所乃英國就住所條例許可範圍內，許人之設立者，其爲住所地法之適用，亦惟限於此遺產關係之相當範圍已耳。

(丙)住所地法適用於重住所場合者 何謂重住所？卽一人同時有二以上之住所，致發生住所之積極的衝突是，則關於住所地法之適用，究依何地之法律乎？此問題頗爲複雜，用特述之：

第一，重住所問題之發生原因 重住所問題之發生，有由於法律規定各異而致者，如德國認爲人同時有二個以上之住所，倘其住所有一在外國時，不特發生重國籍問題，且發生以何地法律爲其住所地法問題。又如英國雖以一人一住所爲原則，倘其人在德國又取一住所；在德國視之，人固可同時有兩住所，則此住所亦卽合法住所；在英國視之，其人係留滯於德國者，所取得之德國住所，英國自不承認，依人非取得新住所，不能喪失舊住所之原則，認

英國住所爲合法住所。此亦於適用住所地法時爲困難者。其在法人之住所方面，因法規異致，而發生重住所之事，尤爲常見，於適用其住所地法時之不便，更可想知。

有由於事實認定各異而致者，如關於選擇住所場合，果能符住所之要件與否，其決定一委諸法官之手；有爲甲國法官所認定者，有爲乙國法官所不承認者，認定之結果必許其爲此住所之存在；不承認之結果必保持其原住所之存在；是一人同時有兩住所矣。又如棄兒以發現地爲其住所地。苟發現地位於甲乙兩國之接壤，則甲乙兩國皆可爭其住所地之在內國焉。凡此，皆係住所之積極的衝突，適用住所地法時，其所當依之法律，究爲何住所地法乎？

第二，重住所問題之法律適用。我法律適用條例上，對於重住所場合之住所地法適用，並無明文規定，雖第二條第二項後段『住所不明時，依其居所地法』，似以偏於無住所場合之適用爲主，而對重住所場合之適用，終覺不妥，不可謂非缺點。但實際上，不能謂無此問題之發生，既有問題，必待解決將以何爲準？於此惟有援住所之積極的衝突，頗近於國籍之積極的衝突一例，依第二條第一項之規定而準用之。即當事人若有多數之住所皆在外國者，

根據移動自由爲各國法律所規定之理由，依其最後取得之住所地法；若有其一在內國者，即不論取得之先後，以內國之住所，定其人之住所，而依內國法。此種辦法是否合於理論，固一問題，而在法例解規上，則非如是，莫能解決。然亦並非無同一之例。無同一之說者：日本法例第二十八條第二項，曾規定當事人各住所中，有一在日本時，則不問住所取得之先後，皆以在日本之住所，爲其人之住所，以定其適用之法律；若其住所皆在外國時，自以其最後取得之住所爲標準，而適用住所地法。國際私法典第二十五條云：『關於自然人或法人變更住所之問題，若法院爲當事一國之法院，卽照此法院地法解決之；否則依視爲既已取得之最後住所地法解決之。』亦可參證。

雖然，在我法律適用條例上，住所地法之適用，除於無國籍時，爲本國法適用之代替外，且於第二十三條中，規定其爲行爲地法適用之代替。在作爲屬人法或代替屬人法之適用上，所以依住所地法者，必因住所地之法律，爲最合於當事人民族性之法律，或與當事人之法律生活關係，爲最密切之法律而然，故使其爲屬人法之適用或代用。於此範圍內，爲住所地

法之適用，而遇住所積極的衝突，則以何住所地法爲其適用對象，除特別原因外，亦必以何住所地之法律，爲最適合屬人法之目的，而決定之。在作爲行爲地法代替之適用上，因行爲地法之不能解決，於無辦法中始以當事人之住所地，視爲行爲地，適用其法律。於此場合，雖爲住所地法之適用，絲毫無屬人法之目的含其中；則遇住所重複，而解決如何爲住所地法之適用時，自不能再依爲屬人法適用之理由，而採同一方法。故我法律適用條例第二十三條所規定之代行爲地而有之住所，如亦發生積極的衝突，將又如何爲適用住所地法之決定，此更成爲問題者也。

第三，重住所問題之學說研究。茲再將關於重住所問題與住所地法適用之各派學說，一研究之：

(a) 不爲內外國住所之區別而泛求其決定之標準者。其說各不相同，有謂應依簡單之標準而決定之，有謂應依各別之標準而決定之。謂應依簡單之標準者，或主張自由選擇說。謂住所既根據個人之自由而選定，則遇重複住所，而適用如何之住

所。地。法。時，即。以。當。事。人。所。自。擇。之。住。所。地。之。法。律。定。之。此。說。對。我。法。律。適。用。條。例。第。二。十。三。條。之。住。所。重。複。場。合，單。獨。為。之。適。用，根。據。國。際。債。權。之。準。據。法，由。當。事。人。自。由。決。定。之。一。大。原。則，尚。無。不。合；然。對。於。決。定。屬。人。法，或。本。國。法。之。代。用。法。時，則。極。有。誤，蓋。於。此。際，必。應。依。屬。人。法。之。精。神。及。目。的，為。之。決。定。一。適。當。之。對。象，不。能。純。委。諸。個。人。之。自。由。選。擇。耳。

或。主。張。由。本。國。法。解。決。說。謂。人。之。選。擇。其。住。所。僅。可。自。由。於。國。法。範。圍。之。內，故。關。於。重。住。所。場。合。之。法。律。適。用，即。依。其。本。國。法。所。認。為。某。地。為。真。正。之。住。所，而。決。定。其。應。所。適。用。之。法。律。但。此。說。置。於。為。本。國。法。代。用。法。時，因。無。本。國。法，始。代。以。住。所。地。法；今。住。所。地。法。在。二。以。上，事。實。上。又。何。能。依。其。本。國。法。以。解。決。之？即。使。在。有。本。國。法。之。場。合，然。適。用。住。所。地。法。者，內。國。之。適。用。法。律。也，又。何。能。依。外。國。法。之。主。義。而。決。定。之？

或。主。張。由。法。庭。地。法。解。決。說。謂。訴。訟。既。發。生。於。法。庭。地。國，則。關。於。重。住。所。場。合。之。法。律。適。用，即。由。法。庭。地。依。內。國。法。律。之。所。定，而。決。定。其。孰。為。應。所。適。用。法。律。之。住。所。地。又。有。主。張。個。人。之。所。在。地。法。說，與。此。略。同。此。說。用。於。有。一。住。所。在。內。國。之。場。合，固。甚。適。當；然。如。兩。住。所。皆。在。外。國，則

極不合。蓋內國法律只能對內國人或居於內國地上之外國人，而規定其種種關係，不能使其效力及於外國之外國人之行爲，又何能根據內國民商法之規定，而決定某住所爲合法，爲不合法乎？

或主張因目的而異法律說。此爲謂應依各別之標準者之主張。謂在重住所場合而爲住所地法之適用，不可採單純之標準，應視其目的而異其適用之法律。試例明之：如在一國數法場合，爲本國法之適用，而欲以住所地法替代時，其住所地法既在二以上，將何所定，似難解決。然此際始終以個人身分能力，爲適用本國法之目的，則住所地法之解決，亦惟歸之本國法解決，乃確能完成其目的，故必依本國法。又如關於遺產繼承之目的，倘認爲遺產繼承應依本國法，則住所之解決，亦必依本國法。藉以定其應所適用之法律；倘認爲遺產繼承應依所在地法，則亦必依所在地法而定其應適用之住所地法。他如目的在破產，則以法庭地法定之，目的在訴訟關係，亦以法庭地法定之；故此說又可稱爲準據法說，以如何爲適用住所地法之標準，即以在如何場合爲住所地法之適用，由其場合所採之準據法定之是也。此說雖

有一面之真理，願必以有他之準據法爲其前提，倘住所地法之適用，卽爲基本之準據法，遇此重住所場所，又將以何爲標準乎？

(b) 須爲內外國住所之區別而各求其決定之標準者。認爲住所重複之解決，應分爲內外國住所之衝突，及兩外國住所之衝突而論。關於內外國住所之衝突，大都認爲卽以內國之住所爲住所，爲之適用內國之法律，卽住所地法也。關於兩外國住所之衝突，則見解甚多，並可分爲兩大類，卽爲同時與異時衝突之分類者，與不爲同時與異時衝突之分類者。先述後者

或主張由一定國法解決說。謂解決重住所地法，應依一定之國法定之；換言之，在法庭地有住所者，依法庭地法；無住所者，依當事人之本國法。故此說專就兩外國住所之衝突一點上，不啻爲本國法說；本國法說之不當，已見前，不贅。

或主張依居所地法說。謂人之重住所，均在外國時，則以現時居所地之法律。爲住所地法。此說如於當事人有居所與其一住所同一地者，尙屬可用。倘兩住所地均有其居所，卽



無由定其標準；或有居所而在住所地以外，則當事人非無住所，又何可捨其現有之住所，而遽代以居所之理？事實既如是矣，則其適用也必感困難，無待再言。

或主張依舊住所地法說。謂第一次依法所取得之住所，苟繼續存在，則雖取得新住所，其效力仍足以及之；觀於依從來之法律，不認其所得新住所者，則後之住所亦不能存，即可知矣，故解決重住所地法，不可不以舊住所地法定之；舊住所地法云者，即第一次之住所地法也。此說爲德人基德爾曼等所主張，蓋以德國承認重住所之存在，即不能不以舊住所地法爲適用住所地法之對象也。然在法理上，殊有反於人類住居及移轉自由之原則，不可爲取。或主張依最後取得之住所地法說。謂人有二以上之住所，其最後取得之住所，必更合於其選擇之意思，故以其地之法律爲住所地法。此說深合於爲屬入法適用，或爲本國法代用之意旨，故立法例上恆採用之。所可惜者，於爲行爲地法之代用時，不必盡可如是耳。

或主張依特別情形分別決定說。即主張分同時衝突與異時衝突而決定之之說也。謂兩住所皆在外國者，倘爲同時取得之住所，而無新舊之別，則其爲住所地法之適用，有兩種辦法。

一則應由法官於重住所中，視其孰爲最密切之住所，卽以其地之法律爲住所地法；一則以當事人有居所之住所，爲其住所地法之所在；如各方均無住所，應以其夫，或其父母最後取得之住所，爲其住所地法之所在。倘爲異時取得之住所，既有先後之別，則其爲住所地法之適用，亦有兩種辦法：一則以最後取得之住所定其住所地法，一則以最先取得之住所，定其住所地法是也。此說非獨立之學說，不必爲評！

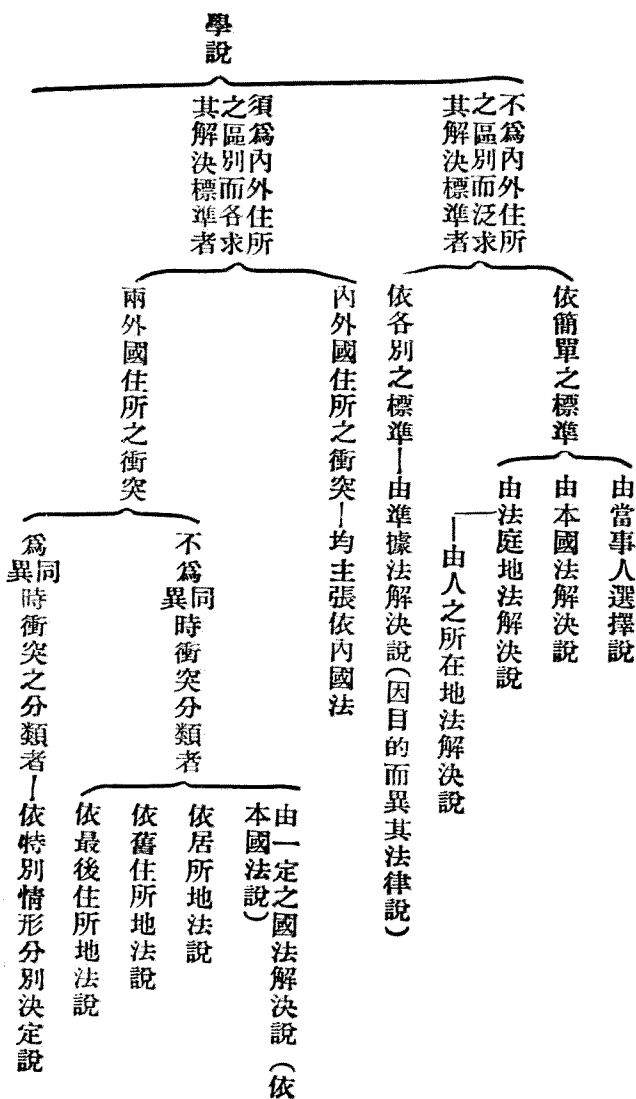
(○) 雖知內外國住所之區別而另求其決定之標準者，其說得又分爲兩種，一爲對舊學說之破壞者，一爲新學說之建設者，破壞舊學說者，應稱其

係主張解決重住所地法之原則統一說。謂重住所問題，固與重國籍問題不無同點，然亦不能皆同。歷來以內外國住所衝突，依內外國國籍衝突之例，主張應爲內國法之適用，實無充分理由，反不若與兩外國住所衝突場合，採取同一之解決方法。何言乎？不外依屬人法之根本理由，選擇其應所適用之住所地法，不以內外國之觀念爲梗。故重住所之取得有先後者，卽依舊住所地法，無先後者，則審查其實際狀況而定之是也。此說姑無論其理由如何，效

力如何，然爲其惟一缺點者，卽未爲因財產關係，或行爲地之代用法時，作一解決辦法也。建設新學說者，應稱其

係主張解決重住所地法之原則分立說。日本學者跡部定次郎主張之，意謂解決重住所地法，固可不分內外國住所與兩外國住所之衝突場合，而異其方法；然却不能不另依兩種情形，以解決之。一爲以住所地法爲屬人法或屬人法之代用時，其解決方法有三種程序：第一種程序，依當事人現在居所所在之住所地法。第二種程序，雙方均無居所時，則依其父母之現在住所地法（嫡子從父，私子從母）；而其父母無現在住所時，以其過去之住所地法代之。第三程序，依前方法仍不能解決時，則依當事人最後取得居所所在之住所地法。一爲以住所地法爲財產關係之準據法時，其解決方法有兩種程序：第一程序，依當事人現在居所所在之住所地法。第二程序，各住所地均無居所時，依過去最後取得之居所所在之住所地法；各住所地均有居所時，依現在最後取得居所所在之住所地法是也。此說能於兩方面兼顧，故尙可稱爲完全之論，我國學者多採用之。

「圖表十二」關於解決重住所問題之學說表



雖知內外住所  
之區別而另求  
其解決標準者

解決重住所法之原則統一說

(適用於屬人法方面之原則)

解決重住所法之原則分立說

(適用於財產法方面之原則)

(丁)住所地法適用於無住所場合者 何謂無住所？即人於任何場所，皆無其住所，是謂住所之消極的衝突；當此無住所之際，而欲向之適用住所地法，又將如何解決？此問題較重住所方面，稍為簡單，用分述之：

第一，無住所問題之發生原因。無住所問題之發生，有由於法律之規定各異而致者；如英美主張人非再取得他之新住所，不得失其舊住所；反言之，人倘依法取得新住所者，其舊住所即歸消滅；蓋一人一住所之原則如是也。又法國民法第十三條，規定外國人之在法國取得住所者，須經大總統之許可，否則雖有事實上之住所，亦不視為法律上之存在。今如有英國人，具備意思與行為兩要素，於法國取得法國住所，由英國判例言之，則認為其人之住所

在法國；然因向未得法大總統之許可，由法國方面言之，則認為其人之住所所在英國；於是此人在實際上兩無住所矣！如由第三國向其適用住所地法時，究依某國法乎？

有。由。於。事。實。關。係。而。致。無。住。所。者，以薩焚宜之說解之。薩氏謂人無住所之情形有三，一為已拋棄舊住所而未取得新住所時；一為無家可歸，終身以旅行為職務時；一為無業遊民到處漂流時。惟此種無住所之原因，則非所能括及英美者，因英美以人必有住所，為其原則之一，而又主張生來住所之地位；故人如喪失選擇住所，或法定住所，必使生來住所復活，以為之補充耳！

「圖表十三」英美法上關於住所之原則表

凡人皆須有一定之住所之原則

.....無住所者使生來住所復活

一人同時限定有一住所之原則

英美法上住所之原則  
.....遺產上住所為準住所

取得住所後不無故喪失之原則

……有他之新住所始可喪失

能獨立人始有選住自由之原則

……無完全能力者屬於法定住所

第二，無住所問題之法律適用。適用住所法而遇無住所之時，日本法例第二十八條第一項，曾爲一般之規定曰：『應依當事人之住所地法時，若不知其住所，則依其居所地法。』我法律適用條例上，無此一般之規定，僅於第二條第二項後段曰：『住所不明時，依其居所地法』，既不明其僅指無住所場合而言，抑兼包重住所場合而言，即不此論，其適用也係以當事人無國籍者爲限，是更特別之規定矣。若第二十三條所示之住所，如發生消極的衝突，即無由於條文中，求其爲住所地法適用時之所能依據者焉。

且關於無住所問題之最後解決方法，歸之於居所地法；倘一人同時有兩居所，或竟無一居所，將又如之何歟？觀夫國際私法典第二十六條云：『人若無住所時，以其居所，或所在

地爲其住所，不可謂非我立法上之疏也！

第三，無住所問題之學說研究。此種衝突問題之解決，其學說較爲統一，然仍有新舊兩派之對立。舊派僅對於以住所地法爲屬人法之一切適用時，而解決之；新派則並對於爲財產法之適用時，亦解決之。故舊說可稱爲

偏於一方面之解決說。其中又分兩說：一爲居所地法說，即無住所者，以居所地之法律爲住所地法，即現今之通說也。一爲最後住所地法並居所地法說，即無住所者，以曾有之最後住所地之法律爲住所地法；如併最後住所地而無者，則以居所地之法律，爲住所地法。此兩說皆取決於居所地法，然居所多出之偶然，並不足達屬人法所以適用之目的，自不應即以居所地法代住所地法；且居所不明，亦非事之所絕無，值此則其說之運用窮矣！至於其說之不能解決對於財產關係上之適用，更屬其缺點是在。故亦惟新說可稱爲

兼顧兩方面之解決說。即跡部定次郎所主張者。謂在以住所地法爲屬人法或屬人法之代用時，其解決方法有兩種，一爲對於曾有確定之住所者，即以之爲住所地法之適用對象；一



爲對於自始即無住所者，依四種程序行之。第一程序，依當事人父母之現在住所地法（嫡子從父，私子從母；）而其父母無現在住所時，以其過去之住所地法代之。第二程序，依前方法，仍不能解決時，則依當事人現在居所地法；無之者，則依其過去之居所地法。第三程序，於數國有居所時，則依最後取得之居所地法。第四程序，更無居所時，則以當事人現在地之法律，爲其住所地法。在以住所地法爲財產關係之準據法時，其解決方法有三種程序。第一程序，依當事人現在居所地法。第二程序，於數國有居所時，依其最後取得之居所地法。第三程序，更無居所時，則以當事人現在地之法律，爲其住所地法是也。此說較爲完密，故爲世所稱，雖說者謂以現在地爲最後解決之方法，用之於屬人法關係上，終覺相反；然亦無傷也。蓋經過三四程序，而始適用現在地法，必達於無他法可再作其適用之對象，惟有依人所不能離開之現在地處之，亦非得已也。且現在地固卽法庭地法，爲屬地法之性質，然依前之數章所云，爲代替或補充外國法之適用者，爲例頗多，亦未見其完全不合理耳。

【圖表十四】跡部定次郎之住所地法適用分析圖

為屬人法  
之適用時  
或  
代之用時

住所之積  
極衝突時

住所之消  
極衝突

(一) 依當事人現在居所所在之住所地法  
……  
(各住所均無居所時)……

(二) 依其父母之現在住所地法——過去住所地法  
……  
—— 嫡子從父……(無現在住所)……  
—— 私生子從母

……(仍不能解決時)……

(三) 依其最後取得居所所在之住所地法

(一) 曾有一定之住所者——依其住所地法

—— 嫡子從父……(無現在住所)……  
(a) 依其父母之現在住所地法——過去住所地法

—— 私生子從母

……(父母無可致或無住所)……

住所  
地法  
之適用

為財產關係  
上之標準  
據法時

第一編 法律適用總論

第五章 住所地法

一一七

住所之積  
極衝突時

(二) 初無一定  
之住所者

- (b) 依其現在居所地法——過去居所地法  
…… (無現在居所) ……
- (c) 依其最後取得之居所地法  
…… (於數國有居所時) ……
- (d) 依其現在地法  
…… (更無居所時) ……

(一) 依其現在居所所在之住所地法

(二) 或依過去最後取得之居所所在之住所地法  
或依現在最後取得之居所所在之住所地法  
…… (各住所均有居所時) ……

…… (各住所均無居所時) ……

住所之消  
極衝突時

- (一) 依其現在居所地法  
……(數國有居所時)……
- (二) 依其最後取得之居所地法  
(更無居所時)……
- (三) 依其現在地法

## 第六章 所在地法

所在地法一語，如以最廣義解釋之，則法庭地法固可稱為法庭所在地法，即本國法又何嘗不可稱為國籍所在地法，住所地法亦何嘗不可稱為住所所在地法？蓋凡百現象不論其為實為虛，皆必有其所託之地，受其地之法之支配，自可以所在地法是稱耳。即以較廣義解釋之，不特於物之所在地法以外，有人之所在地法，抑且有事之所在地法。事之所在地法云者，指行為之所在地法是也。然通例既使行為地法獨立於所在地法以外，則亦不必堅持列入之；

惟其所謂行爲地法之行爲的解釋，應包含法律行爲適法行爲及侵權行爲等等於內，不能專以契約行爲及準契約行爲爲對象耳。故在實際上所堪稱爲所在地法者，不外人之所在地法與物之所在地法兩種，乃狹義也。至於立法例上，舍人之所在地法不用，或偶用之，獨以物之所在地法，爲所在地法之唯一範圍者，則又最狹義也。其所以成爲此種趨勢者，必有其說；而於實際適用時，又必有其方法。特詳於後：

## (一) 關於人之所在地法之適用

人之所在地法云者，不論人之國籍，住所，居所如何，只指其在實際上所在地之法律也。茲從各方面言之：

(甲) 從沿革方面說明人之所在地法之適用 古之國家，嚴格地採屬地主義，其法律於國境內支配內外國之一切人，故人必受其所在地之法律之支配；然此爲領土法適用之結果，非即國際私法上人之所在地法之適用。國際禮讓主義時代，屬人主義爲例外採用，人在原則上

仍被支配於所在地之法律下，與昔無異；然從其於例外上爲屬人法之適用一點而言，則亦可謂人之所在地法，爲當時國際私法上屬地法之適用矣。條約或法律相互主義時代，無條約國人，或無法律相互國人，仍依歷來習慣，使其受人之所在地法之支配，而排斥屬人法之適用。直至內外國人平等主義時代，各國於國際私法上，始決然推翻向時人之所在地法之地位，而代以本國法或住所地法之適用。今日國際私法上直接規定爲人之所在地法之適用者，殊爲罕見，蓋卽是故。然則人之所在地法，完全喪失適用之範圍乎？亦不盡然！不特學說上有時探及人之所在地法之適用，卽立法例上亦往往含有人之所在地法之消極的適用。何以爲云：

(乙)從現實方面說明人之所在地法之適用。人如始終住居於其住所，而未遠離，則爲之適用住所地法時，亦可謂爲含有人之所在地法之原素；人親身於某特定之地爲其行爲，而以後適用行爲地法時，亦可謂含有人之曾經所在地法之成分。然此皆不過於申論上，可認爲偶合之適用，偶合之適用非法則之所施，乃事實之所巧，尙非所能作爲人之所在地法的適用之說明者也。人之所在地法適用之顯明方法，不外：

第一，爲單獨的適用者。即對於或種之法律關係，直接依其人現時所在地之法律定之是也；此所在地不必限於內國；亦不必限於訴訟地；故與內國法或法庭地法連合而適用之者不同。如關於扶養之義務爭訟，欲決其範圍及程度之如何，在美國某二三邦即採受扶養人之所在地法主義。倘此項爭訟，由義務者提出於受扶養人所在地以外之他邦法庭，爲之適用受扶養人之所在地法時，其爲單獨的適用之例，更屬明顯。又如關於婚姻身分上之效力，學者亦有主張所在地法主義，即夫婦現在何地，依其地之法律而決定之；但此現在云者；非指爭訟時之實際的現在。乃指未爲爭訟而來法庭之通常的現在而言，不然，即屬法庭地法之適用，非人之所在地之單獨適用矣！採人之所在地法之最大理由，不外顧全該現在地之公安關係，其根據頗爲薄弱，故多非之。且以有住所地法之存在，往往較適用人之所在地法，在一定場合尤爲適宜，此又單獨的適用之例，不多見之原因也。

第二，爲混一的適用者。即國際私法上適用某種準據法，於或種場合之反面，往往含有人之所在地法之適用是也。此當然主要地指其與法庭地法之混一的適用而言耳。吾人知在昔

屬地主義之色彩，仍完全爲國際私法中準據法之煊染者，不外法庭地法主義，則人之所在地法主義自亦被其吸收，而爲其所掩矣。然謂兩主義卽係一種，亦否。單獨爲人之所在地法適用，固非爲法庭地法之適用矣；而關於訴訟程序之依法庭地法，自亦非爲人之所在地法之適用也。雖如是焉，適用法庭地法卽所以適用人之所在地法之混一的部分，依舊居其多半。蓋人之所在地法，不重於人之關係，而重於地之關係，故易與法庭地法混一之。至於實際上在何種場合爲混一的適用，卽本此義於適用規則上不難搜求也。

第三，爲補充的適用者。卽應適用之準據法而不明瞭，又於最後無他法之代用時，遂以人之所在地法爲補充的適用是也。此一適用方法，爲多數學者所主張，蓋亦適用法律時萬無辦法中之一種辦法而已！例如適用人之本國法或行爲地法而不明時，依住所地法；適用住所地法又不明時，依居所地法，適用居所地法仍不明時，則惟有以人之所在地法代之。此或與原來所應適用之準據法，其性質立於絕對相反地位，但亦不能顧及之焉。



## (二)關於物之所在地法之適用

物之所在地法云者，法律行爲之標的物所在地之法律也。古昔之屬地主義，既對一切之人於國境內絕對地適用其法律，物之關係自難外例。今雖非其時矣，然因種種必要理由，對於物，仍不能不以物之所在地法爲適用之原則。茲擇就適用之方法爲述，他則詳諸後列之物權章。

(甲)物之所在地法適用於物的關係方面者，物依所在地法之原則，自有物法之說而來，卽已如此；但成爲問題者，僅對於物權之自體，而爲物所在地法之適用乎；抑兼對於發生於物之一切關係，亦皆爲物所在地法之適用乎？依通說，限於物權方面，不及其他，但學說及少數立法例上亦不盡然。茲先言

第一，物權自體上物之所在地法之適用 此今日各國大致相同，我法律適用條例第二十二條『關於物權，依物之所在地法』，卽此規定。蓋何種權利始爲物權之性質，何種物件始

爲物權之物體，何種標準始爲物權之成立，各國規定不同其制，苟異法律卽失真實，故依物之所在地法，不惟基於或種之理由，抑且出之事實之必然。例如國際私法典第一〇八條云：『工業所有權，智能所有權，以及其他關係金錢之類似權利，而許可執行法律所許之某種行爲者，皆以其正式登記地爲其所在地。』又第一〇九條云：『特許之權利，視爲存在於其依法而取得之地。』不啻謂其所在地卽其成立地，則關於其權利之本體問題，亦惟有爲所在地法之適用耳。次再言

第二，物權關係上物之所在地法之適用 此則各國之立法例及學說均不相同。如關於物權移轉之方式，各國大都一致依物之所在地法；然如關於物權之處分的行爲能力，德國則主張依本國法，英美則主張仍依所在地法。又如關於間接與物權有關係之夫婦財產的身分關係，親子間之財產關係，監護關係，遺產繼承關係，遺囑關係等問題，亦有人或立法例力主依財產所在地法者。吾人試一追憶法規三分主義。其混合法卽係包括遺囑與繼承而言，其最後處理，與物法同依屬地法，而爲後世所批評，則類此之適用方法，其不當可知也！

(乙)物之所在地法適用於物的種類方面者 關於物權自體問題爲物之所在地法之適用，固係一大原則；然又有一問題，即凡有體物皆適用物之所在地法乎？又凡非有體物皆不能適用物之所在地法乎？茲先言

第一，有體物上物之所在地法之適用 不動產物權依物之所在地法，古今無異言也。動產則微有異，古代既有動產隨人之格言，依所有人之住所地法，雖經薩焚宜之力主不動產動產合一之論，一依物之所在地法，然迄今日，如英美等仍守成法，則物之所在地法適用於動產方面，尙非完全。但大多數國家及我國，卻皆不承認不動產與動產異法耳。顧動產之否認物之所在地法之適用，不過少數國家之行爲，其最反於此一原則者，爲關於船舶之物權，船舶之物權除法國外，殆少用物之所在地法者，我法律適用條例第二十二條但書：「但關於船舶之物權，依其船籍國之法律」，是直改採本國法主義矣。船舶亦有體物也，關於其物權，何以獨不能爲物之所在地法之適用？

原以物之所在地法之適用，物愈有固定位置者，其適用亦愈方便，動產在此一原則之適

用上，不如不動產之爲全世界一致者，理由固多，而無相同之固定位置，亦其一端。船舶則又爲移動不定之甚者，如必爲之適用物之所在地法，困難叢生，莫可解決。蓋船舶出沒於各國之領海時，苟每異一國，則爲其所在地之法律，亦隨之而異，是困於所在地法之繁雜，無由定其物權也。駛入於公海時，因其非任何國家之管轄區域，雖有所在地，而無所在地法，是困於所在地法之缺乏，亦無由定其物權也。具此兩因，故關於船舶之物權，各國遂多以本國法之適用爲原則焉。航空機與船舶有相同之性質，雖亦不失爲物，其不能依物之所在地法，正同例也。

第二，無體物上物之所在地法之適用。物權之範圍，在昔僅以有體物爲限，今各國均相當爲無體物之承認，既皆物矣，則不問有體無體之分，皆依物之所在地法，定其物權，自屬當然。且因無體物之種類各國不同，苟不爲之適用物之所在地法，必致有根本推翻其物權存在之嫌。故如智能所有權與工業所有權之取得，登記，以及其享受等法律關係之解決，皆不能外於其給與之地方是從；換言之，即依其無形財產之所在地法定之耳。但有一例外。

即爲內國所未承認者，却不能於內國爲當然有效之行為是也。

(丙)物之所在地法適用於物的時效方面者 此問題當詳於物權章中，今撮要述之。

第一，國土變遷後物之所在地法之適用 國土因割讓或交換之原因，另易其主，人亦變其國籍，而爲新國之民，此時其所曾占有之不動產，關於取得時效問題，究應如何爲物之所在地法之適用？於是在適用方法上又分兩種：一爲舊所在地法之適用，亦曰時效開始時物之所在地法之適用，例如舊國定取得時效爲二十年，新國爲十年，則除去在舊國實際占有之三年，更得在新國占有十七年是也。一爲新所在地法之適用，亦曰時效完成時物之所在地法之適用，如前例，依新國之時效，僅須再繼續占有七年是也，此兩種方法是否皆妥，容後論之。

第二，國境離開後物之所在地法之適用 人如變更國籍，或離開國境，而住居於他國，其會所占有之動產，亦隨同變其所在地時，關於取得時效之適用方法，亦可分爲兩種，一爲適用占有當時物之所在地法，一爲適用現時物之所在地法，因其與公共秩序問題有關，多數

學者，皆主張應適用後一方法。

(丁)物之所在地法適用於其他問題方面者 物之所在地法之適用，有時更爲限制其他準據法之適用而然，是爲消極的適用；有時適用物之所在地法，亦即係爲他之準據法之適用，是爲混一的適用。茲先言

第一，消極的適用。如我法律適用條例第十八條之規定，在中國有住所或居所之外國人，在中國受禁治產宣告者，其監護即不能依被監護人之本國法。而須依中國法是。換言之，本國法之在此場合之適用，首須無住所地法或居所地法適用之對象，次須無物之所在地法適用之可能，始能適用之耳。蓋既在中國受禁治產之宣告，必牽及物之關係，於此一場合，自不能不依物之所在地之中國法焉。

第二，混一的適用。如日本商法上規定之船舶扣押或假扣押，說者即謂不應再依本國法爲原則，應受所在地法之支配。換言之，船舶既航行各國，即須服從各該國之領土權，故關於扣押一事，自宜依所在地法。其實此乃訴訟上之程序關係，直稱爲係依法庭地法，亦何不

可！

## 第七章 行爲地法

『場所支配行爲』，爲巴託路斯(Bartolus)以來，國際私法上一大原則；即荷比學派以國際禮讓主義解釋國際私法，趨於絕對的屬地主義，亦在例外上，認爲關於契約等依行爲地法。然巴氏之爲此說也，亦非其所創，不過集多年來之習慣，爲之定一原則而已！試再觀不法行爲依行爲地法，已早見於羅馬時代，更知行爲地法之爲人適用也遠矣！

雖然，吾人苟一調查現代之適用法則上，行爲地法適用之領域，遠不如屬人法之廣大，而又多非強行之規定，又何故哉？一方面固因行爲地法之適用，較諸他之準據法倍感困難，且又無其正確，一方面則因又一與行爲地法相反之原則，與行爲地法主義同時發展故耳！其原則唯何？明言之，法律行爲依當事人自擇準據法之原則是也。當種族法時代，契約行爲在例外上，即許其依所定宣誓之法律；十六世紀法儒度穆朗(Dumoulin)關於契約之本質，一

反巴託路斯依契約地法之說，主張應依當事人之意志，定其應從之法律，其原則至今不破，我法律適用條例第二十三條，『法律行為發生債權者，其成立要件及效力，依當事意思，定其應適用之法律。』卽其一例。自立法上兼探此一原則後，行為地法於契約本質上，遂又大受影響，僅處於後備法之地位焉。茲再分述之：

### (一) 行為地法之基本的適用

行為地法既係行為所在地之法律之謂，則行為地法之適用，必以行為的關係爲主，自無待言；然謂一切的行爲關係，皆依行為地法決之，則亦非確。卽採行為地法主義者，仍非限於絕對的，必然的適用，其爲相對的，或然的適用，更不在少。茲先言

(甲) 行為地法適用之性質 於某項法律關係中，爲行為地法之適用，此種適用之性質爲絕對乎，抑相對乎？

第一，持絕對說者，謂對於一切行為的關係，固不必皆須依行為地法，然既依之，必認



爲其法律堪以供此一場合之準據法之用，即不應猶豫其間，爲兩可之規定，使法律關係陷之於糾紛中也，例如法律行爲之方式，如採行爲地法，自係承認場所支配行爲之原則；此原則本含有絕對強行之性質，各國判決例上亦有解釋其爲當事人必應遵守之規定者，苟認其爲或然之適用性質即係大違於其場合，採用行爲地法之本旨也。至於在立法例上，英美對於票據能力，以依行爲地法定之，爲絕對原則，歐陸各國對於不法行爲，以依行爲地法定之，爲必然標準，皆出之此一說耳。

此說過於重視行爲地法之效用，而忽其適用時之困難；例如有人於經過甲乙丙三國國境之飛船上，爲契約之締結，殊不易定其行爲地法之所在，而欲嚴格地使行爲方式依行爲地法，則非履行三國之方式，莫能有效；苟不知其方式，或知而彼此衝突。又將如何決定之乎？

第二，持相對說者，謂行爲地法之原則，本非強行法，有隨意法之性質，故於其適用之規定上，即不可堅決地以行爲地法爲絕對的適用，否則遇有困難，必無由解決矣。在此情形下，或則以他之準據法爲行爲地法之例外，如我法律適用條例第二十六條云：『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。『是行爲地法適用困難時，亦可依行爲之準據法定之。又關於票據之方式，依前條第二項之規定，不適用前項但書規定，似限於行爲地之適用矣；實則行爲地法之用，既係謀個人便利之設，故說者謂在例外上亦可依本國法定之。或則以行爲地法爲他之準據法之補充，例如日本以法律行爲之方式，原則上依支配行爲自體之法律，但依行爲地之方式，除物權之登記或處分行爲外，亦屬有效是也。又我法律適用條例第二十三條第二項，規定行爲地法之適用，須在當事人意思不明，而又不能依其本國法之際，始作爲補助的適用亦然。或則不爲原則例外之分，由當事人自擇用之。如海牙國際私法草約第三條，關於遺囑行爲之方式，任遺囑人之自由選擇，無論用其本國之方式，用行爲地之方式，均屬有效是也。又我條例第二十三條第一項之規定，苟當事人首卽選擇行爲地法時，則亦不必拘例，先讓本國法之適用，亦可歸入此類。次再言：

(乙)行爲地法適用之範圍，一切行爲的關係，是否皆可爲行爲地法之適用，亦有分別於

其間歟？

第一，行爲能力上之行爲地法適用問題。人之能力依其本國法，或依住所地法，此今日公認之原則也，其不能依行爲地法，自甚明顯。然在立法例上及學說上不無例外，我法律適用條例第五條第二項，「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」；瑞士亦認爲外國人與內國人爲法律行爲，依其本國法雖爲成年人，但爲保全內國交易之安全計，則概依行爲地法，視之爲成年人。此違於內外人平等之義，當然不妥。又英美學者及其立法例，更主張取消能力依住所地法主義，改用行爲地法主義。此則使當事人因行爲地之不同，能力忽有忽無，亦非妥善。又斯托立對於婚姻能力，仍主張依其舉行地之法律而定；一則一切行爲既須依場所支配行爲之原理，一則婚姻等諸契約，則應與契約同遵守行爲地法主義。此則藐視一國對婚姻關係之強行的規定，皆不足取。

然關於商人之行爲能力，雖法葡等國採本國法主義，而英美德意奧等國，則採行爲地法主義，國際法協會特定一議決案，謂其能力應受行爲地法之支配，不能絕對適用本國法，蓋

鑒於交易之必要而然耳，我條例第五條第二項，如解釋商人之行爲能力，則亦有相當理由。至若票據之行爲能力，亦有依行爲地法者，如日本商法施行法第二十五條云『在外國所爲之票據行爲之要件，依其行爲地之法律，』則其例也。要之，關於行爲能力之適用行爲地法，以商事法部分爲主，但亦不必皆採絕對的行爲地法主義也。

第二，行爲效果上之行爲地法適用問題 此應分別論之，有承認行爲效果即由其行爲地法而定者，如我條例第二十四條：『關於因事務管理，不當利得，發生之債權，依事實發生地法』。事實發生地法云者，依債權原因事實發生地之法律是，即行爲地法也。有於行爲地法外兼採內國法者，如我條例第二十五條『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。』是其行爲之是否生不法之效果，必須依行爲地法定之，然同時亦須內國認其爲不法者，始得適用該行爲地法焉。有完全不承認行爲地法者，如德國恐船長因海上保險之關係，怠於職務，遂不許屬於德籍船舶之船長，以薪金保險。倘保險矣，雖在其契約地不失爲合法之保險，在德國仍屬無效是。

第三，行爲方式上之行爲地法適用問題 行爲之方式雖非絕對的依行爲地法，要亦不失爲相對的依行爲地法，惟此不過就通常情形而言耳。其反對適用行爲地法之例，如物權得喪變更之方式，因其爲對世權之性質，及有登記之關係，遂舍行爲地法而依物之所在地法。此外，在實際上，或國家受領事審判權之侵入，則外國人在其地之行爲的方式，由他國視之，亦不與採行爲地法；在學說上，當事人意圖避免本國法所定之方式，故意往外國從其方式，學者亦有主張採行爲地法者。

第四，行爲變動上之行爲地法適用問題 如關於債權讓與，美國二三州之判決例，即主張依債權讓與之行爲地法；債權消滅，德國之舊判例，曾亦採債權之履行地法；婚姻之解除，亞爾然丁之規定，獨主張依婚姻舉行地法，海損之關係，有主張依到達地法者，有主張依卸貨地法者皆是。

然依債權讓與之行爲地法，則債權人可自選其有利於己之讓與地，債務人必蒙莫大之損害。依債權之履行地法，則遇有二以上之履行地，將何處理，雖爲薩焚宜所唱，實不足取！

依婚姻舉行地法，是由於亞爾然丁不承認離制度之結果，乃以過去之行為地法救濟之；但婚姻之成立既不應準據行為地法，何獨於此爲然。海損依達到地法，而達到地非皆預定也；依卸貨地法，而卸貨地亦有出之偶然也。要之，行為地法之適用，學者固多謀其擴張，無如事實上困難之點甚多，雖有主張，不必其皆能實現耳。

## (二) 行爲地法之特殊的適用

行爲非皆一飲一啄之簡明，亦非一顰一笑之單純，往往由連續的動作，而構成其存在之系統者也。故同一行爲地法也，吾人於時空之觀察點上，苟有所異，則亦莫由爲之恰當的適用。在時間上，如約定地法；履行地法；出票地法；支付地法；發航地法，到達地法；不一而足，在空間上，如發信地法，承諾地法；實施地法，結果地法；亦極複雜。其他若讓與地法，卸貨地法，發覺地法，婚姻舉行地法，事實發生地法等等，皆屬行爲地法之總範圍。固不僅以法律行爲地法爲限，不法行爲地法亦含有之；更不僅以契約地法爲限，協商地法，贈

與地法亦所屬者。此適用行爲地法時，所感困難者一。

即使確知爲某一行爲地法之適用矣，然不知其行爲地者又嘗有之。如結契約於經過數國之火車，當簽字時未知爲某國國境；又如男女爲長途飛行，即在艇上舉行婚姻，而未知究爲何國之領空；行爲地之何在不明，行爲地之法律自無從得而適用之。即使確知其行爲地矣，然其行爲地並無法律者，亦未嘗無之。如公海爲萬國主權所不及之地，乘舟經過其上而結債約；未開闢地無公示之法律存在，遊歷其間而締婚約；行爲地本無法律，又何能爲行爲地法之適用乎？此適用行爲地法時，所感困難者又一。

雖然。愚所欲言之行爲地法之特殊的適用，並非指示上列兩種困難之解決。其第一困難問題，應於採用行爲地法時，按各特定情事，分別去留；第二困難問題，應於定適用法則之準據法時，力與注意，不爲濫用即可矣。茲之言者，一行爲而有二之行爲地，換言之，在異法律之地而發生一行爲，是有兩行爲地，即有兩行爲地法，將如何解決之耶？分詳於左：

(甲)適用法律行爲地法時困難問題之解決 一法律行爲而發生於二之行爲地，如在中國

上海之德國人，與在美國紐約之法國人，以通信或電報方法，結一買賣契約，其行爲固一，而行爲地則有中國與美國；此際究適用發信地之美國法，抑適用受信地之中國法？其說有二：

第一，終了地主義。主此說者，以華東(Wharton)爲代表，謂一行爲而有二之行爲地，其行爲地法之何在，當依最後必要作爲之終了地決之。然最後必要作爲之終了地又奚所指？則極不一致；德國採受信主義，以最後必要之作爲係承諾，故承諾地法者，其行爲地法也。法國謂僅有承諾，仍不能爲最後確定之表示，主張以承諾之通知代之，故承諾通知地法者，其行爲地法也。意國更以爲不足，謂承諾之通知到着，始完成最後之必要行爲，故承諾通知到着地法者，其行爲地法也。然在我法律適用條例，及日本法例上，則採

第二，發信地主義。關於單獨行爲，『以發通知之地，爲行爲地』，即以當事人爲意思表示之地爲行爲地，行爲地法卽以此定之。(參照日法例第九條，我條例第二十三條第三項。)  
 說者對第三項條文之解釋，有稱其限於單獨行爲者，有稱其兼包契約於內者，各有所見。



，不願爲何左祖；但因第四項前段既爲契約之專定，則欲言單獨行爲，亦惟有以第三項是準矣。）關於相對行爲，卽契約，『以發要約通知地爲行爲地』；行爲地法亦以此定之（參照日法例同條，我條例第二十三條第四項前段。）倘受要約人於承諾時，不知其發信地者，以要約人之住所地，視爲行爲地，蓋行爲地適用之最後不得已之補救辦法也（參照日法例同條第二項，我條例同條第四項後段）。

發信地主義較終了地主義，爲適宜；一則終了地主義僅能保護受要約人之利益，而置要約人之利益於不顧。採發信地主義，在要約人方面固易知其地法律之內容如何；在受要約人既知要約地，亦不難悉其地之法律，卽或不知，或不能知，亦斷不被未能知悉之法律所支配，而必歸之拒絕承諾也。一則終了地主義，既莫由定其何爲終了地，已極感不便，而以承諾等辦法，爲最後之必要行爲，似與單獨行爲之成立地位不合；採發信地主義，以發信地爲主，自免於最後必要行爲地之爭，且不論爲單獨行爲或相對行爲，均可依原則定之矣。

(乙)適用不法行爲地法時困難問題之解決 不法行爲地法之適用，倘原因地與結果地同

在一時，固無若何問題，倘爲隔地者間之不法行爲，則所謂不法行爲地法何所指耶？換言之，於同地同時或異時所爲之不法行爲，因其地之法律爲一，適用不法行爲地法，自無問題；即跨兩國國界於同時所爲之不法行爲，亦可根本排斥行爲地法之適用，亦易解決。惟獨於兩國間異時所爲之不法行爲，由各方面視之，皆可認爲係一獨立之行爲，究應依原因地法，抑應依結果地法，頗難爲定。共有三說：

第一，原因地說，亦曰實施地說。即實施不正當損害原因之地也。蓋以不法行爲不外意思之表示，至其生如何之結果，則非當事人之所能自擇；即使當事人能以其意思自由定之，或亦出於意料之外，生出偶然之結果地，或竟不能有結果地者。於此則惟有以意思表示之地——即原因地——爲行爲地，例如雇幼童飼養一犬，於其住居地以外，走入鄰國之境，損害他人之麥穀時，在持原因地說者，歸之住居地之欠注意。應以住居地爲不法行爲地。美國曾有類似此一事實判例；英國判例，比國民法解釋，及亞爾然丁等五國之條約，亦皆採此一說。依原因地說，則行爲地法者，即原因地法，或稱之實施地法也。

第二，結果地說，亦曰加害地說，即實際上由不法行為而生損害之地也。蓋以刑法上不重意思，惟重結果，犯罪之成立與否，即以結果地定之。民法雖與此不同，但不法行為原係刑法上之觀念，民法上侵權觀念之所由生，總必與刑法有相當之參照，故由不法行為所生之損害賠償，自亦適用刑法上同一之原理，則惟有以結果地為行為地。如前例，在持此說者，即謂實際生損害者不在住居地，故不能以住居地為其行為地。意大利判例，由新聞發生不法行為之責任，依新聞發行地法，不採新聞編印地法，即此說也。則其所謂行為地法者，不外結果地法，或稱之加害地法也。

第三，原因地兼結果地說 謂兩地皆不法行為地，應依其特殊情形，分別採用之。德國判例曾採是說。則行為地法云者，有時為原因地法，有時為結果地法是。此種兩可之論，無以定適用法律時之確定標準，當然不妥。

「圖表十五」不法行為之地之分析表

不法行為地

單純性質之不法行為

實施與加害同時者

同國者

在甲國者即以甲國為不法行為地

在乙國者即以乙國為不法行為地

異國者——跨甲乙兩國國境者改依人之各該本國法

實施與加害異時者

同國者

同法者——無分別實施地與加害地之必要

異法者——依異國者之例解決之

異國者

美國主張實施地為不法行為地

意國主張加害地為不法行為地

繼續完成之不法行為——以發覺地為其不法行為地

『圖表十六』行為地法之種類略表

行爲地法

法律行  
爲地法

單獨行爲地法——贈與地法

相對行爲地法

共同行爲地法——協商地法

普通契約地法——約定地法

運輸契約地法  
準契約地法(?)

保險契約地法

履行地法  
讓與地法

本店所在地法  
支店所在地法

通知地法  
承諾地法

承諾的通知地法

承諾通知到着地法

第一編 法律適用總論 第七章 行爲地法

國際私法本論

實施地法(原因地法)

不法行為地法

發覺地法

結果地法(加害地法)

婚姻舉行地法

事實發生地法

其他行為地法

關於民事法者

關於商事法者

票據

出票地法

支付地法

發航地法

船舶

到達地法

卸貨地法

第八章 反致法

反致法之名稱，本係日人譯自法語之蘭烏雅 (Renvoi) 德語之呂紇反而外宗 (Rueckverweisung oder Weiterverweisung)。國內學者或擬改稱『反据法』，愚則主張改稱『返定法』，其他譯名，不一而足，惟按法語德語所示，要皆含有迴翔之意義，無論如何譯之，總不出乎此種範圍，爲通常計，姑亦以反致法一名題本章，非即採此稱耳。

反致法在國際私法上之地位，並非如本國法，住所地法等各有相當之領域，爲不可否認者；此則僅屬於一種適用方法上之所稱也。願採此一種方法，卽有反致法之存在，否則卽亦不復見矣！蓋反致法云者，不外謂依內國國際私法之規定，應以外國之實質法爲準據法者，而依該外國國際私法之規定，却應以內國之實質法爲準據法時，卽以內國實質法代該外國實質法之適用是也。夫既爲一種適用方法，採之者必明定於適用法則中，關於此一條款之所示，學者遂又有反致條款之稱，廣義言之，實卽指反致法也。茲分詳之：

## (一) 反致法適用之範圍

反致法既屬於適用方法上之一種，學者對此問題之研究，遂不惜擴大其範圍，爲應有儘有之討論；於是在反致法以外，又有復反致法，間接反致法之名目。立法者各依其需要，擇而採之；但實際上僅以反致法之採用爲較普通耳。

(甲)反致法 反致法之內容，因其不外依甲國國際私法規定，須適用乙國法律；而依乙國國際私法規定，卻須適用甲國法律之際，認此反致，定其須適用甲國實質法之謂；則其發生必係於內外國際私法上，對於同一法律關係所定之準據法而異場合，始可依反致之方法，而定其仍適用內國法，國際私法上所設準據法之原則，最不統一者，莫若屬人法，反致法之所以存在，即基於此耳。蓋如歐陸各國及我國日本，莫不以當事人之本國法爲屬人法，其間自不發生反致法之現象。譬諸我國對日本人之能力問題，依法律適用條例第五條『人之能力依其本國法』之規定，應適用日本法；而日本法例第三條第一項亦有同一規定，縱反致之，仍應適用日本法，因其人之本國，固日本也。但若與英美等國相值，以其係用當事人之住所地法爲屬人法，苟採反致之原則，則即於此場合見矣，譬諸有英國人住居於日本，因或項法



律關係之爭訟，依日本法例之規定，對之應適用其本國法，即英國法；但依英國之國際私法原則，卻以其人之住所地法爲斷，住所既在日本，住所地法即日本法。於此自可採反致法之原則，拒絕實際上之英國實質法適用，而依其國際私法所定，代以實際上之日本實質法適用是也（參照總論上冊圖表第三十二）。

要之，反致法最主要之基礎，既係發生於本國法與住所地法衝突之場合，則反致法適用之範圍，總不出乎（一）能力，（二）婚姻成立條件，（三）夫婦身分上關係，（四）離婚別居，（五）夫婦財產制，（六）夫婦間贈與，（七）嫡子身分，（八）准嫡，（九）嫡子間關係，（十）監護，（十一）繼承等。易詞以言，此各情事，皆屬人法所支配之內容，而爲英美法系與歐陸法系之規定上，所最易衝突者，故在法律之適用方面，遂有反致法之承受。

（乙）復反致法 卽所謂『轉定法』或『轉致法』或『轉據法』是；如專就國際私法上之條文規定而言，則又可以『轉致條款』或『轉定條款』等稱之。意蓋謂依內國國際私法之規定，於某項法律關係，應適用當事之本國法；而依當事人本國國際私法之規定，卻應適用第三國法時

，如採復反致法之原則，則以第三國法代當事人本國法之適用是也。復反致法係自反致法中變化而出者，所不同者，反致法係以內國法代本國法；復反致法係以第三國法代本國法耳。

多數學者因種種理由，對於以內國法代本國法之反致法適用，不無贊許；然對於復反致法，以其爲第三國法代本國法之適用，殊多持有異議。蓋以採取反致法之故，不外爲擴充內國法之適用範圍，今依對方國之國際私法規定，竟適用第三國法，既與內國法之適用無利益，又何必屈伏於對方國之國際私法前，爲之適用第三國法，以保持其立法之目的乎？然亦有持反對之說者，謂反致法之適用，不僅爲擴充內國法之適用範圍，且含有調和各國國際私法規定的衝突之用意，既採用反致法矣，苟不採用復反致法，亦不能完成其效力。例如死於德境有住所之美國人，有人於中國法院提起繼承之訴，依我法律適用條例第二十條之規定，應適用被繼承人之本國法；即美國法；然依美國之國際私法，則應適用死者最後住所地法，即德國法（參照總論上冊圖表三十四）。採用德國法，雖爲復反致法之適用，然不外以其最後之住所所在德國已耳。倘在德國縱有住所，而最後之住所所在中國時，則亦以中國法是用，而成爲

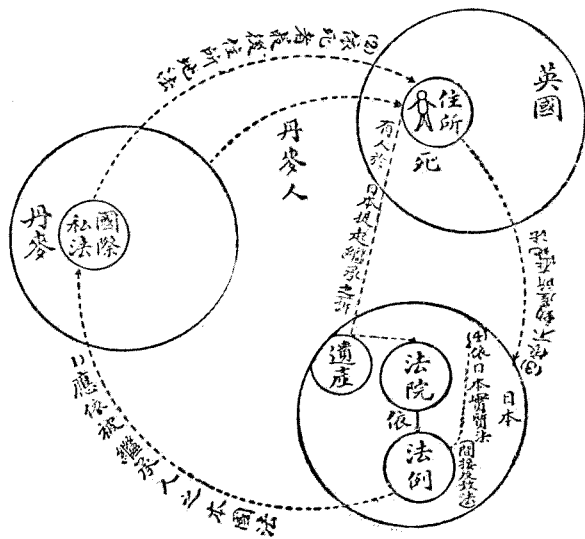
反致法矣。故兩法之適用對象雖異，而精神則一，即不能存此而捨彼。且所以爲反致法之適用，在使當事人不論起訴於何國，皆受同一法律之適用。住於中國之美國人，起訴於美國法院，固適用住所地法，而依中國法；即起訴於中國法院，亦因反致之結果，而依中國法；此實其命意之焦點耳。今死於德國之有住所之美國人，其繼承人起訴於美國法院，固依德國法，即起訴於德國法院，因反致條款關係，亦依德國法，獨起訴於中國法院，因不承認復反致法之存在，竟直接依其本國法，而適用美國之實質法，是統一適用法則之目的，仍未盡達也。故說者謂不採用復反致法，僅採用反致法，終不足以完成反致法之效用者，即此故。然復反致法之採用，究覺使法律關係之結果，過趨複雜，故除統一國際私法論者力爲主張外，在立法例上殊無若何顯著之勢力耳。

【圖表十七】反致法與復反致法求準據法之統一圖



(丙)間接反致法 或稱為間接反定法，如就規定之條文而言，則稱為間接反致條款，或間接反定條款。即依內國國際私法之規定，應適用當事人之本國法；而依其本國國際私法之規定，應適用第三國法；復依第三國國際私法之規定，卻應適用內國法，則以內國法為最後之適用是也。簡言之，不外因復反致之結果，再一進步，更變為反致之地位；以其反致非直

圖法致反接間『八十表圖』



接為對方國國際私法之關係，乃經過第三國之關係而始達之，故以間接反致法稱之耳。例如

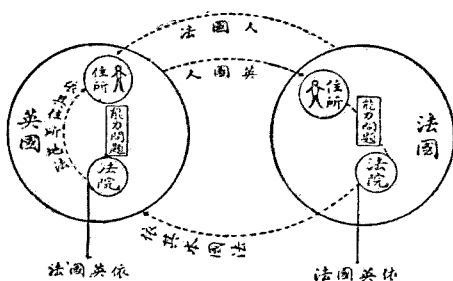
有住所於英國之丹麥人，死於英國，有人就該死者遺在日本之不動產繼承問題，在日本法院提起遺產繼承之訴；依日本法院之規定，應依被繼承人之本國法，即丹麥法；而依丹麥法，則應依死者最後住所地法，即英國法，苟即適用英國之實質法，是為復反致法之例；然又進一步，依英國法，則應依不動產所在地法，即日本法，是由復反致而轉入間接反致，故此際在日本法院，苟為日本實質法之適用，即間接反致法之適用也。

間接反致法較復反致法爲進一步之反致適用，較反致法爲進兩步之反致適用，故反致法可稱爲單純的反致法，復反致法及間接反致法，可稱爲複雜的反致法；而間接反致法更較復反致法爲甚，因之其適用，即不能專限於屬人法之範圍，觀於上例自明，蓋非從物之所在地法上而反致之，即不易將日本法用以代英國法，並進而代丹麥法也。因其情形過於複雜，且往往逾於屬人法範圍之外，故各國法律採用之者，爲例更不多睹。

## (二) 反致法適用之法例

反致法之範圍，雖說者極擬擴大之，然在通常之適用上，必兩國之國際私法，其準據法劃然採同類而相反之主義者，方適用焉。故反致法之可適用者，通常只限於對用住所地法主義之外國人，如英美丹麥挪威及南美諸國人，在內國有住所之場合而已！倘無住所，則依中，日法例，更皆不許爲復反致；倘非該諸國人，則雖有住所，事實上亦不能反致也。茲從立法例方面，一分述之：

【九十表圖】  
圖因原之始創法致反



最早適用反致法者，爲一八七五年法國最高法院之判例，謂「對於在法國有住所之英國人，依住所地法之法國法」。其理由殊爲簡單，不外對於英國之一種報復行爲而已！蓋法爲歐陸法系之國，以本國法爲屬人法，住於法國之英國人，在法國法院發生訴訟，關於屬人法之適用，應依其本國法，即英國法；反之，英爲英美法系之國，以住所地法爲屬人法，住於英國之法國人，在英國法院發生訴訟，關於屬人法之適用，應依其住所地法，仍爲英國法。其結果皆以英國法爲用，在法國認爲極不公平，遂謀有以報復之。換言之，法國認爲住於英國之法國人，英國既不爲其用法國法，則法國又何必獨對住於法國之英國人，而爲英國法之是用乎？然

拒絕用英國法，直接改用法國法，則又不免於所樹立之屬人法之一大原則相違，亦覺過於唐

突。於是將依法國國際私法而爲該英國人所適用的本國法之「法」字，改爲廣義的解釋，認爲包含英國之國際私法於內；即依英國國際私法之規定，而適用該英國人住所地之法國法矣。在實際上，固係以內國法代本國法，然在學理上，此內國法之所以適用，乃受當事人本國國際私法之命所致，適用內國法正係適用其本國法應有之結果耳。現代學者之對反致法之適用，或迎或拒，各持以理，殊不知此一適用方法之原來背景，僅爲法國對英國法律上之報復行爲，苟回憶之，能不啞然！

(乙)反致法適用之規定 關於反致法之適用，自經法國創始後，歐陸法系之國諸國多採用之。然其採用之方法，殊非一致，可別爲二：

第一，解釋上反致主義 即判例上反致主義，不以明文規定，僅以判例作爲適用反致法之根據是也。法國之反致主義，即屬此種，他如比利時自一八八一年以後，意大利自一八八四年以後，亦皆有相同之判例，爲反致法之確認。由純理言，解釋上反致主義自不如立法上反致主義之正確，然往往亦係因適用法則之早爲規定，中途發覺反致法適用之重要，事實上



卻不許其以法律定之所致，故其效力並無所減耳。

第二，立法上反致主義 即在法律上，以明文規定採用反致法之原則，凡適用法則告成較遲者，皆採此一主義。首爲明文規定者，應推瑞士之二三小邦；德國以判決上之紛歧，亦於其民法施行法第二十七條明文定之；日本法例第二十九條，更爲推廣之規定。我法律適用條例第四條「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」，即反致條款也。

在我國或日本爲反致法之適用時，不可不遵守下列之四大原則：首一原則，須經法律適用條例或法例，揭有原則，謂應依本國法者，始可反致；苟爲應依行爲地等法者則不許反致。次一原則，須當事人本國之國際私法，以住所地法爲屬人法者，始反致之。又次一原則，須此等國家之人，在內國必有住所，或無任何住所，而最後之代替場所，在內國者。始反致之。末一原則，須爲該本國國際私法，直接規定應適用內國實質法者，始可反致；若由間接而達反致之目的者，則不許反致。

### (三) 反致法適用之理由

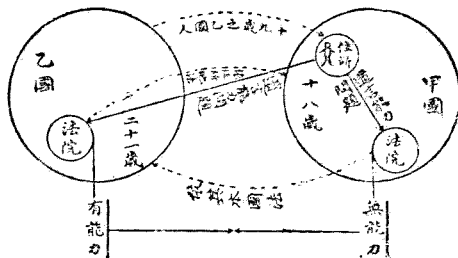
反致法主義是否有存在之價值，因學者間之見解不一，今尚爲國際私法學上一大疑案。依愚觀之，關於學術之討論，有時不無走入藝術之範圍，擁護反致法主義者捨其本旨，不惜爲冠冕堂皇之門面語，反對反致法主義者固執已見，亦各爲炫法門寶之交手戰，其實各有是非，難作定評。平心而論，反致法主義之存在，係出於事理之所然，而非卽法理之所許，一言決之矣！

(甲)何以言非法理之所許？贊成反致法主義之學者，如法之威斯(Wess)，意之薩奧(Piore)，德之巴爾(Bar)，英之衛斯福克(Westlake)等，莫不盡心竭力，爲反致法主義求其依據，彙而計之，其理由不外：

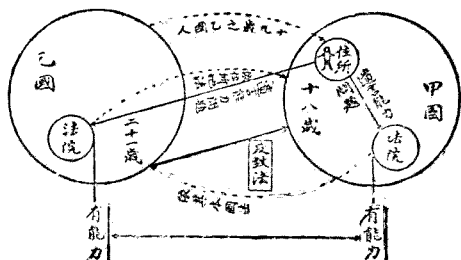
第一，適用反致法，可期兩國判決之統一。謂反致法適用之結果，可以避免當事人出訴於探佐所地法主義國法院，與出訴於探本國法主義國法院判決之不同。例如關於遺贈能力問

法：訴於乙國法院固為有能力者，訴於甲國法院，因適用反致法之結果，亦為有能力者，則

【十二表圖】  
圖用效之法致反  
圖極消 (A)



圖極積 (B)



院，因適用其本國法，遂依乙國法二十一歲之標準。認為無能力，其行為即須撤銷；倘起訴於乙國法院，因適用其住所地法，遂依甲國法十八歲之標準，認為有能力，其行為即為有效。是同一法律關係之問題，而因訴訟地之不同，判決遂致兩歧，其不當也何如（圖表二十A）！苟用反致

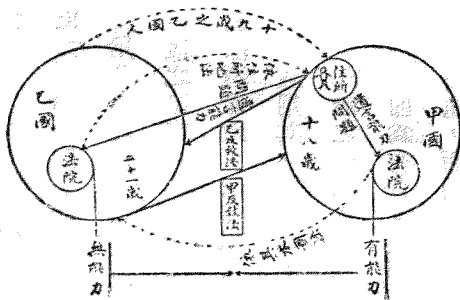
題，依甲國法為十八歲，依乙國法為二十一歲；而甲國係採本國法主義者，乙國係採住所地法主義者。苟無反致法：則關於住在甲國之十九歲的乙國人之此項能力問題，倘起訴甲國法

任爲何地之訴，判決莫不相同（同圖B）。

然有說者曰：『此特甲國採反致主義，乙國不採反致主義，乃有如是結果耳。倘任何國家皆公認反致主義，其結果則遇同一事項之判決，仍不免因國而異。如前例，甲國因採反致法，固足以使其判決與乙國法院同；但若乙亦採反致法，規定『應適用當事人之住所地法時；如依其住所地法應適用乙國法者，依乙國法』，則亦無由違判決統一之結果矣。蓋甲國反於其本國法主義，而採取住所地法主義，乙國反於其住所地法主義，而採取本國法主義，住所地法主義與本國法主義之衝突，依然存在，僅於一國之判決上前後各自爲異，欲以此前後之異，求兩國彼此之同也難矣！』

第二，適用反致法可保法律效力之完全 謂法律之

『一十二表圖』  
圖果結之法致反採同



效力，既有屬人的方面，又有屬地的方面，兩并用之，必妨礙他之國家主權，結果始以國際私法謀其解決。故各國立法者殆莫不重取一方面，犧牲他方面，採本國法主義者輕視屬地的效力，採住所地法主義者輕視屬人的效力，皆勢爲之，非所願也。今如用反致法，當事人之本國，既重視屬地的效力之住所地法，不期於屬人的效力之付與；則我由反致之結果，爲之適用內國法，不特無惹起兩國法律衝突之事，且在內國，有使法律效力完全發展之功能。蓋內國之適用本國法，乃以屬人的效力爲重；今因反致之故，適用內國法，更於屬地的效力兼有之矣！

此一理由，似爲正當，實則有違於國際私法所以存在之原則。欲法律兼有兩方面之效力，惟有立諸『國而無際』或『際而非國』之場合，不然即不能不捨其一，而國際私法生矣。國際私法既以此爲其絕對存在之基礎，今乃擬於其範圍內，以『偷天換日』之手段，爲兩效力之兼顧，究非國際私法上所應認爲合於正當的法理之原則。

第三，適用反致法可盡適用法則之解釋。謂採住所地法主義之國，對於該國人民之身分

能力等，既明定依住所地法，是已自願拋棄其人民主權矣。隸於該國之當事人既不受其本國人民主權之支配，在此時境，即不啻立於無國籍者之地位，無國籍人之身分能力等，通例也。則爲其適用住所地法，質言之，並非反致，乃本國法適用之例外，與無國籍人之本國法適用，正相同也。故必有此名義上之反致法之存在，而後始能對於適用法則之解釋，爲盡量之發揮焉！

此一理由，根本錯誤！故說者曰：『身分能力依住所地法，不能即認爲係拋棄人民主權；至以無國籍人擬之，理論事實均有未合，尤謬之甚者！』

第四，適用反致法可爲國際禮讓之表示。謂適用反致法之國，以內國法代外國法，其所滿意，固不待言。即在被迫適用其規定之國，彼既明定在此一法律關係中，不願適用彼國之實體法，而希望適用我國之實體法，則我從而反致之，爲我國法之適用，固係彼爲一喜；且因我國法院判決，與彼國法院有同一結果，更其所願也！

此一理由，殊不成說，蓋一國之適用法律，各必應有其自信爲正當之理由，某事項應依

本國法，某事項應依住所地法。皆建設於一定之論據上，由內國自主獨立之立法權實現之。既不能強外國以我同，亦不能捨原則以同外，禮讓何所取哉？苟果真出之國際好意，或尙可說，無如在實際上不外僅爲內國法適用範圍之擴張，滿他國之意，更係託言，故此理由，實膚淺假僞而不足取！

(乙)何以言爲事理之所然？反致法主義之存在，雖不必盡合於法理，然或國家既採用之，定之爲反致條款，或學者明知其不合法理而仍主張之，則必有其實上之立場，亦不容絕對否認之，此立場是否正當，則屬於法理問題，不暇計焉。今特就事理方面，說明反致法主義之所以存在：

第一，國內法主義者承認反致法之理由。擴張適用內國法範圍，與內國以便宜，乃其主。要用意。德國民法施行法之理由書，曾列兩點：一爲減少本國法與住所地法之衝突，一爲使內國法有擴大之管轄區域。實則要點，仍在後端，此證諸一八七五年法國最高法院判例之原由，更可瞭然。愚則以爲有此反致條款之規定，更有一種便利：即對於一國數法之場合，適

用當事人之本國法時，感有種種困難，而此一國數法之國，英美皆居其列，則遇對英美人適用其本國法時，以其本國採住所地法主義，即不必詳為研究其本國法之如何適用，或調查該本國法的代替法之內容若何，直依反致條款之規定，以內國法取本國法而代之，不其更為簡當也歟！

第二，國際法主義者承認反致法之理由。國際法主義者之最後目的，在統一國際私法之原則，欲以條約力量達之。顧事實上因各國利害之未便即同，雖有條約締結，亦無顯著效果。則在此情勢下，認為於屬人法之範圍內，暫認反致法之存在，雖不盡合法理，要亦未可厚非。蓋以國際私法上所以採用屬人者，非僅重在人之利害，尤係出於國際的私法交通之維持結果。今我國依國際私法之規定，謂應依當事人之本國實體法，而依該本國國際私法之規定，謂應依我國之實體法時，要不外因事為屬人法範圍，我國既於原則上遵重該當事人之本國法矣，倘其國謂應依我之實質法時，則我國自無更拒絕其適用內國法之必要。此所以預設一反致條款，俾法官有所遵守，實亦苦心孤意之辦法也。



#### (四)反致法適用之否認

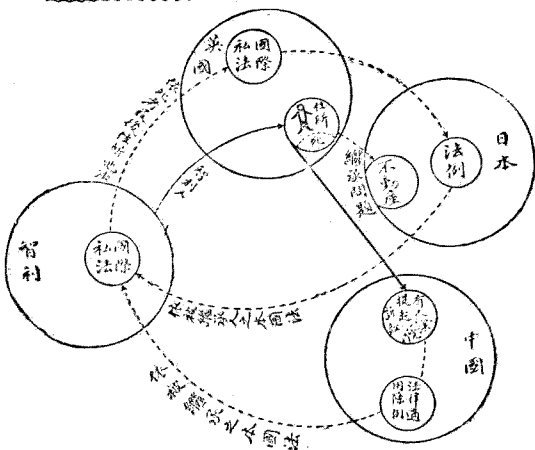
維持反致法主義者，在法理上求其所以存在之基礎，既不能得一結論，則否認反致法主義之說，似皆可採矣。實亦不然；凡純由法理上之見地，而不與事實衝突之否認論，自屬可用；倘其持說與實際上之反致法適用情形有違時，亦即非所宜矣。換言之，反致法主義非法理所許，自可從法理方面而推翻之，然既因事理之關係，定之爲反致條款，則吾人持論即不能與之衝突，否必無由達否認之目的也。

(甲)何以言其持論須本於法理上之見地？蓋必如是，始能樹立一堅決不破之理由，而建設其否認說，茲特羅列各家之說，其反對理由堪尼列入此一類者，計有：

第一，適用反致法，違於準據法之「法」的範圍。謂欲知反致法之是否合於法理，當先問國際私法上所定應適用之準據法。其法字是否僅指適用其實質法。抑兼指適用其衝突法則？吾人知國際私法係解釋各國法律之衝突而生，於某種情境適用某種準據法，即所以使所準

據之某種實質法達其效用，非如此，即不合發生國際私法之本質也。倘認為應包括其衝突法

【二十二表圖】  
標準法之字法解釋錯誤結果圖



適用條例，處理此事，應依被繼承人之本國法，即智利法；倘認為本國法之「法」字，兼指國

則：一則衝突法則之與實質法，各為獨立，性質迥異，我之國際私法既非超於一切之國際私法，何能於準據其實質法外，並以其衝突法則作我國際私法之對象？再則縱認為可列入之，試一推其結果，有時直等兒戲！例如有住於英國之智利人，死於英國，有人於中國法院，就該死者遺在日本之不動產繼承問題，提起遺產繼承之訴；苟如反致法主義之「法」的解釋，則恰似鷹之飛旋天空，除仍落於一無反致時之原地外，直不知其止於何日何時也！蓋依我法律

際私法，則依智利國際私法之規定，又應依死者最後住所地法，即英國法；前既不依智利之實法，此亦必依英國國際私法之規定，則又應依不動產所在地法，即日本法；同一原因，依日本國際私法之規定，仍應依被繼承人之本國法，即智利法。於茲，倘始爲智利實質法之適，吾不知其何故而須爲此圓周式之『單人競走』；倘仍依智利之國際私法而前進，吾不知其於何年何月始能實際解決當事人之某項法律問題？『嫦娥奔月』，尙有『月』之可奔也；『跨父逐日』，能有『日』之已時哉？雖然，愚之爲此例也，並非指一切實際上所適用之反致法，皆無解決辦法；第以準據法之法律，如解釋其包括他之衝突規則於內，則推其極，必有如是之滑稽事也！

自一八九六年來，國際法協會對此一字之解釋，屢有討論，一九〇〇年始爲一確定之議決。即一國之國際私法，所指應適用之本國法及住所地法等，其法律字皆係指實質法之規定，非指外國之衝突法則之規定；換言之，適用當事人之本國法，即係適用其本國民商事實質法之規定，而非適用其國際私法上之規定；不適用其國際私法之規定，自亦無反致法之可言。

矣！

第二，適用反致法，反於本國法之『法』的地位。謂採本國法主義者，對採住所地法主義者，爲反致法之運用；結果舍本國而不用，亦依住所地法，不啻使本國法主義屈伏於住所地法主義。夫住所地法主義之在昔日，固盛極一時，而爲各國所通用，以其無本國法主義之長。遂皆易之，其爲立法之進步也可知。今所保留住所地法之爲屬人的適用，不過國際私法尚在幼稚時代之少數國家，吾人正望其一致爲本國法之採用，乃以反致法原則，亦搖動本國法之地位，而依住所地法，是國際私法，顯然退步焉。

第三，適用反致法，損於內國法之『法』的精神。謂法律以平等無私的適用爲原則，卽不爲實質上之平等，亦應爲形式上之平等，反致法原則，兩皆無之，此頗與內國適用法則之平等的精神不合。何言乎實質上之不平等？甲之外國人因其本國採住所地法主義，遂反致之而適用內國法；乙之外國人因其本國採本國法主義，遂不反致，仍適用其本國法；雖可謂爲各依其本國之立法目的而然，但在內國之適用法律上，同爲外國人，乃竟各異其法，究覺失

之公允。吾人試追憶相互主義不適於國際私法規則之原則，則此情形之結果，又與採相互主義之結果，奚所異哉？何言乎形式上之不平？即認爲反致法之可用，然限於本國法之範圍內，則亦難達其如何之目的；故欲貫徹其精神，應將行爲地法住所地法等，一併反致，或尙可爲，顧如是則又非反致法主義者之所願矣。此不特使反致法之作用，不能暢達，且在形式上亦不能使各法同等的反致，則即使爲同一場合之同一外國人，因此參差不齊之反致，兩準據法之適用，仍難望其公平！

(乙)何以言其持論須合於實際上之規定？蓋反致法主義固極無存在之餘地，然既依事理之必要，於適用法則上爲反致條款之規定，終不失爲一實際之情形也。則持否認說者，其論據斷不能與此實際之情形相違，不然，必敗矣！羅列各家之說，其反對理由堪入此一類者，計有：

第一，適用反致法，有陷於循環論法之謬誤。謂反致法適用之結果，必不能確定應用之法律。蓋住所地之國際私法，命其適用本國法，而其本國之國際私法，復命其依住所地法

，兩相推讓，莫由爲定，循環無已，殊近球戲，此反致法原則之所否認也。

此一理由，用於反駁適用法則所示之準據法，其法字爲包含國際私法之解釋時，誠爲至言；且如一國之適用法則，僅言可反致之，而不明示最後之適用何法，亦有相當理由。但如中日兩國之採用反致條款，已明示實際上爲內國法之適用，自不發生此種循環結果也。

第二，適用反致法，有適用外國法律之嫌疑。謂反致法適用之結果，不啻使法官爲外國法律之遵守。蓋關於人之身分能力問題，當依本國法之規定者，乃國家命諸法官適用法律之一大原則耳！其性質爲純然的公法，有絕對強行之力，斷不能依該本國法規規定如何，而異其適用。且內國所以對此問題，必明定其爲本國法之適用者，要不外立法者對其問題之性質，有不可不依本國法適用之理由在，則不問該當事人本國法律之如何規定，在吾人惟有保持內國立法之原則，仍爲之適用其本國之實質法，否則卽不免於爲外國法律之遵守矣！

此一理由，用於通常之立法及適用法律場合，固爲甚當。但按之立法者自認反致法之原則，依外國國際私法規定，命法官爲內國法之適用場合，則不甚合。先就制定法律而言：國

際私法於普通情形，固以內外國之實質法爲基礎，然遇特別情形，以自便的理由，於原則外，自認反致法之存在，以爲本國法適用之例外，固未嘗不可！蓋外人並未強我以相同之適用，爲此例外且無礙於法權之損失，雖不合於整個的國際私法之理，要亦無違於實際的立法程序上之理也。次就適用法律而言，法官之採用反致法，如係出自己意，自不免於爲外國法律之遵守；茲既有反致條款爲之明示，則其對有住所於我國之或國人，不依其本國法，而依其住所地法者，實即遵守我國國際私法之規定，而非遵守外國國際私法之規定，又有適用外國法律之嫌？

第三，適用反致法，有便利外國法律之流弊。謂反致法適用之結果，徒與外國法律以莫大之便利而已！蓋承認反致法之原則，不啻將本國法適用之範圍縮小，而與主張住所地主義者以多少便利，謂之犧牲一己之利益，謀他人立法目的之擴張，又何不可？

此一理由，用之於否認反致法主義之根本存在上，以其不免獎勵住所地主義，固極有力，然如謂反致條款之規定，即是與外國法律以便利，殊非真象。緣以立法者之爲此反致條

款規定，其主要目的在擴大內國法之適用範圍，正係爲自己而然耳。

要之，反致主義在法理上之地位，頗爲薄弱，然不能因是卽否認其事實上之地位。吾人對反致主義之反對，亦只能就法理上之見地，爲之設說；倘昧其事實上之關係及結果，與以駁論，則非真能反對此一主義者也。



## 第二編 民法總則適用論

### 第九章 能力

關於所謂「國際」上民法關係之法律適用，學者特稱其法則，曰國際民法。在國際民法中，就各國立法例之趨勢而言，得以六大原則說明其所準據之法律：第一爲身分能力依屬人法之原則，其屬於本國法主義者，如法國民法第三條第三項，奧國民法第四條，荷蘭民法第六條，意大利民法總則第六條，葡萄牙民法第二十六條第二十七條，德國民法施行法第七條，西班牙民法第九條，瑞士一八八一年法律第十條，日本法例第三條，波蘭國際上私法關係適用法第一條第一項前段，法國一九一三年八月公布之在摩洛哥法國人及外國人私法上地位法第三條是。其屬於住所地法主義者，如亞爾然丁民法第六條，波蘭之適用法第一條第一項後段是。第二爲不動產依所在地法之原則，如奧國民法第三百條，蘭荷民法第七條，意國民法

總則第七條，西班牙民法第十條，羅馬尼亞民法第二條，門的內哥羅財產法第七百九十條，墨西哥民法第十三條，德國民法施行法第二十八條，日本法例第十條是。第三爲法律行爲依當事人意思之原則，如門的內哥羅財產法第七百九十四條，如日本法例第七條，意國民法總則第九條是。第四爲場所支配行爲之原則，如意國民法總則第九條，荷蘭民法第十條，西班牙民法第十一條，德國民法施行法第十一條，智利民法第十七條，祕魯民法第四條，日本法例第八條是。第五爲不法行爲依不法行爲地法之原則，如德國民法施行法第十二條，摩洛哥身分法第十六條是。第六爲公安關係依屬地法之原則，如德國民法施行法第三十條，西班牙民法第八條第一項，意國民法總則第十二條，亞爾然丁民法第十四條，日本法例第三十條是。此六大原則之適用，各國亦往往設有例外，或更不依其原則而另依他之標準，皆例之所習見；然在大體上多不易離此六大原則之範圍，固可斷言也。茲先就能力問題研究之。

## (一) 關於能力問題之先決事件

欲決定人之有無能力，應依何種準據法，必先對於所謂能力，有一明瞭之意義，及確定之範圍始可。蓋能力，既有權利能力與行為能力之分，其中又有一般能力與特別能力之別；而各國立法例又恆以身分與能力連爲一辭求其據準法者，其情形複雜可知，故不能不先定之。

(甲)身分能力應否爲併合之規定？我法律適用條例草案第六條云，「人之身分能力，依其本國法定之」；但在現行之法律適用條例第五條，則未有「身分」字樣，僅云「人之能力，依其本國法。」日本舊法例第三條亦係將人之身分及能力云云，爲併合之規定，現行法例第三條第一項，則僅以「能力」爲言，與我國立法同。然在歐美各國，向均採身分能力併定主義，首爲之者法國民法。其第三條云「關於人之身分及權利之法律，不論住居於外國與否，凡法國人皆受其管轄」。次若荷蘭民法第六條「人之身分能力及行為能力之法律，雖本國人在外國時，亦適用之」；意大利民法總則第六條「人之身分能力及親屬關係，依其所屬之法律」；西班牙民法第九條「關於親屬權利義務者身分及能力之法律，雖本國人在外國時亦適用」。

之』；葡萄牙民法第二十七條『外國人身分及民事上行爲能力，依其本國法』；皆以身分與能力並舉，異於我國及日本之立法例。此其故究何所在？試先言

第一，身分與能力不應併稱之理由。古代，法律上承認階級之存在，隸屬於某種階級，始能有某種身分；必具有某種身分，始可定其能力之關係。故凡一切人事，率以身分爲主，而能力之有無，自必以身分定之。不特國內法上之情形如此，卽在國際私法上，身分能力亦固爲不可離者。今日，人皆於法律之前平等，身分除親與子，夫與婦等親屬關係以外，殆無他之可言。能力，大都準人之年齡身體或精神上之狀態，以定其有無；雖有時基於婚姻之原因，使妻變爲無能力者，然值茲男女平等時代，其基礎顯已動搖，卽強維持之，亦少數耳。夫能力有無之標準，既與身分無因果關係，而親屬方面之身分規定，倘又各有專條，則身分與能力正不必併合稱之，轉覺詳明盡致也。吾人雖於用語上，往往不免以身分能力並稱，此不過合親屬關係與能力關係，就其依本國法之場合，爲簡便之稱，非卽指身分與能力爲有連帶之關係，應注意之。

## 第二、身分與能力或爲列舉之原因。

歐陸各國之立法例，以身分與能力併而規定之；英美法意之學者，其著書亦嘗合身分與能力爲一問題而討論之；其故不外兩端。一爲沿革上之原因。蓋法國制定民法之際，人類在法律上之不平等地位，首經動搖，而他國則猶未也，故沿慣習仍以身分能力並稱。荷意等國民法及日本舊法例，均以法國民法爲母法，自亦不易脫其支配。一爲實際上之原因。蓋古代之特殊身分，雖至後世而漸革除，然親屬關係仍不失爲一普通身分也。各該國對於此普通身分，往往缺乏國際私法上之單獨規定，且以與能力問題，依同一之準據法，於是身分與能力併合言之，又事實上之當然如此者。

(乙)權利能力應否屬能力之範圍？國際私法上倘有如我國法律適用條例第五條「人之能力依其本國法」之規定，則此「能力」兩字是否包含權利能力於內，爲學者間最大爭訟點。加入管見，共有三說：

第一，不包括權利能力說。謂外國人在內國有如何權利能力之問題，既依外國人在內國之地位而定，即應援內國法律以爲判決，所謂依法庭地法是也。今之所謂能力，非依屬地法

，而依屬人法，自不能認爲權利能力在內；倘權利能力亦依屬人法，則當事人之所屬國，倘置其人於奴隸之列，不許其有權利能力，內國將同擬其人於奴隸歟？如不爲然，是又顯與屬人法之適用有違矣！

是說也，頗爲學者所不取。一則現代各國莫不公認人爲權利之主體，無論適用屬地法或屬人法，均無以人爲奴隸之例。再則縱其所屬國，視其人爲奴隸，而我亦可根據公安依屬地法之原則，認爲此項外國法之適用。有違內國之公安，自亦不致有視其人爲奴隸之事。

第二，應包括權利能力說。謂凡類似我法律適用條例第五條之規定者，皆係能力原則之規定，不特各種行爲能力盡在其內，即權利能力亦然。故各種行爲能力，在某場合不適用能力原則之準據法者，則以明文另提出之。是爲例外之規定；無此例外者，自惟有依此原則之規定而適用法律耳。關於權利能力，適用法則上如別無明文，當然不出此之一例，亦以能力原則之規定是用。故『能力』兩字應認爲包括權利能力於內，較覺適宜。

是說也，如專對我法律適用條例第五條第一項解釋之，或可如此，然終莫掩立法者於制

定條文時疎略隱晦之失也。蓋如葡民法第二十七條，直標明爲民事上行爲能力；荷民法第六條，能力與行爲能力兩見，單言能力自係以權利能力爲對象；畢氏國際私法典第二十七條爲自然人能力之規定，第二十八條爲出生與胎兒利益之規定，同以屬人法爲其準據法，則第二十七條之能力字樣，自指行爲能力無疑。凡此，均賴法律條文之直接明示，一切疑難爲之解除。我法律適用條例及類似之各國適用法則，僅以能力一語了之，此能力之範圍究何所指，遂不能不讓諸學者之任意解釋，各有主張，不能相下，其實皆立法者之未及注意所致耳。雖然，苟專就學理而論，則愚對此『能力』兩字之解釋，主張

第三，得包括權利能力說。蓋權利能力原有一般的權利能力與特定的權利能力之分，一般的權利能力，如人格之終始，胎兒之保護，自包括於此項能力範圍，無論內國人，外國人，皆屬平等，然後始合於現今內外人平等主義之精神。故爲其適用法律也，自以與他之行爲能力同以其屬人法爲準據法，最爲妥當。特定的權利能力，非皆能以『人』之資格享有，往往限於以『民』之資格享有，或有相當關係之外國人享有，則不能依例爲屬人法之適用也。

矣。法之採條約相互主義，與之採法律相互主義，不能盡依屬人法決定外國人之在內國有無權利能力，固無待言；即今日之採平等主義者，亦往往忍承認外國人之一切權利能力，不免與內國利益相衝突，恆設有種種條款限制或禁止之。此種辦法究合於平等原則與否，係另一問題，顧在事實上各國既感於種種必要，以法律定外國人在內國之地位，決其是否爲此特定的權利義務之主體，即不能無所差異於其間也。此愚之所以主張類似我條例第五條第一項「能力」兩字之解釋，依純理言，僅包括一般的權利能力於內，即「人」絕對不能含棄之權利能力是；至特定的權利能力則在其外，即「人」縱無此權利能力亦無礙於人的生存與價值之權利能力是。關於權利能力，尤其爲後一項之權利能力，已詳述於總論第五編外國人之地位論中，於此亦無再贅之必要，故直就行爲能力言之。然仍大有問題在：

(丙)行爲能力應否作廣義之解釋？廣義之行爲能力，兼指法律行爲能力，適法行爲能力與不法行爲能力而言；又基於刑罰結果之無能力，基於破產之無能力，基於政治上或宗教上原因之無能力，皆屬於廣義的行爲能力問題之範圍。狹義之行爲能力僅指法律行爲能力而言



，適用法則上「人之能力」云云，就其爲行爲能力一點觀之，則亦係以狹義的行爲能力爲其範圍，與各國之實質的民法規定同。至若因刑罰之結果，而剝奪其能力，卽刑事上之禁治產是，其能力問題應歸之國際刑法中討論；因破產宣告，而限制人之行爲能力，其能力問題亦應歸之國際破產法中研究；因政治上或宗教上原因，而剝奪或限制人之行爲能力，非普通國家之法律上所承認者，其能力問題更無於國際私法中說明之必要也。然卽就狹義之行爲能力言之，其說亦不一致：

第一，行爲能力僅係關於成年問題之規定。謂人之有無行爲能力，其最通常之原因，或基於年齡之關係，如未成年者是，或基於心神喪失之關係，如禁治產者，或基於心神耗弱與夫盲啞聾浪費之關係，如所謂準禁治產者是；或基於婚姻之關係，如妻是。凡此，皆非有能力的者；或非有完全能力的者，然在國際私法上究依何種準據法以斷之乎？因各種之行爲能力，適用之準據法各不盡同，則類似我法律適用條例第五條第一項之「能力」云云，自應解釋其僅包含基於年齡之一種原因而已。蓋妻之有否能力，爲婚姻效力之問題，屬於親屬法之事；

禁治產及準禁治產之能力問題，亦多設有專條，自不能與關於成年之規定混而爲一；故茲之能力云云，不外專以年齡能力問題爲限。

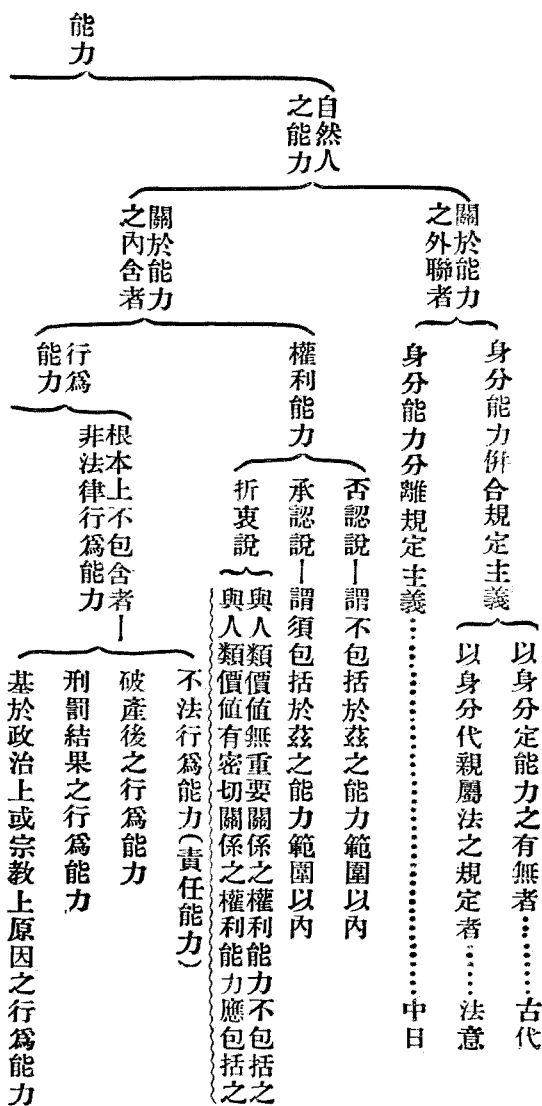
第二，行爲能力不限關於成年問題之規定。謂此項能力云云之規定，乃關於能力原則之規定，確認爲不包括權利能力於內，然基於民法上各種原因之行爲能力，自皆適用此能力原則，不應獨限於年齡能力問題。雖如基於禁治產等之能力問題，在適用法則上另有明文規定，乃係因特殊情形所設之例外，致其準據法異於能力原則上之準據法，倘無此特殊情形，則仍依能力原則之規定，而爲之適用法律也。

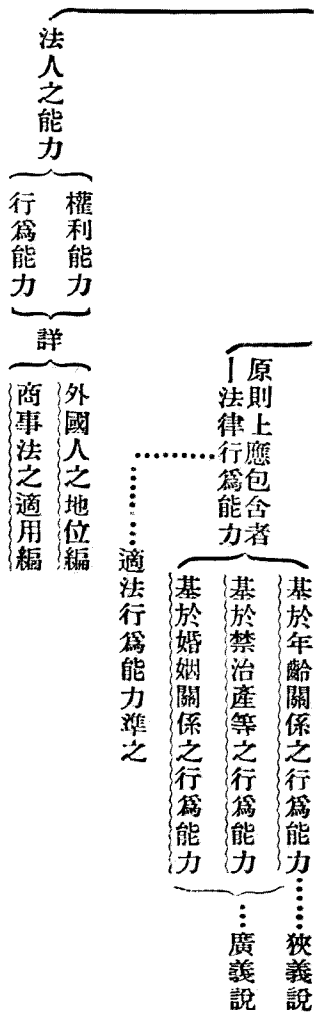
此兩說，自以後者合於法理之解釋，愚從之。不過基於禁治產等之無能力，既各有其特別規定，吾人於研究『人之能力』云云之規定時，自不必先爲注意，俾免前後重複。實際上於茲應爲討論者，仍只限於年齡之能力一端而已。

至若法人之能力問題，苟依我新民法，以『自然人』與『法人』合稱爲『人』之例，及民商法統一編制之義，自應一併論之。惟恐過於複雜，節目不清；而各國立法例對於法人之能力，

又往往別有規定：且愚有以外尚有商事法適用論之雜，留待另作，茲暫不贅。

【圖表二十三】人之能力云云之能力意義表





## (二)關於能力問題之立法主義

僅從年齡方面研究人之行為能力問題，固為吾人於實際之情形上，不得不以此為斷者。然一國法律上，關於年齡之規定，亦往往有數種之多，如我民法總則第十二條『滿二十歲為成年』，是屬於成年年齡者，民法親屬第九百七十三條『男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約』，是屬於訂婚年齡者；同法第九百八十條『男未滿十八歲，女未滿十六歲者，

，不得結婚」，是屬於結婚年齡者；刑法總則第三十條第二項，規定滿十六歲之人，如有不法行爲，應負完全責任，是屬於責任年齡者。此之所謂基於年齡之關係，究指何種年齡而言耶？責任年齡僅限於不法行爲，且涉及刑法範圍，當然不在其內，婚姻年齡亦只限於婚姻關係，應歸入親屬法中論之。故茲之年齡云云，自惟限於成年年齡也。

各國關於成年年齡之規定，多不相同；有以十五歲爲成年者，波斯是也；有以十六歲爲成年者，土耳其是也；有以十八歲爲成年者，蘇俄及美國之加里佛尼亞邦是也；有以二十歲爲成年者，我國，瑞士及日本是也；有以二十一歲爲成年者，英，法，德，意，比，盧森堡，摩洛哥，希臘，瑞典，祕魯，哥倫比亞及美國多數邦是也；有以二十二歲爲成年者，亞爾然丁是也；有以二十三歲爲成年者，荷蘭是也；有以二十四歲爲成年者，奧大利，匈牙利，挪威是也；更有依羅馬之完全成年主義，以二十五歲爲成年者，智利是也。各國成年年齡如是之不同，遇有內外人間，或兩不同國籍之外國人間之法律行爲，欲決定其行爲能力之如何，究應以何國法律爲之準據乎？綜計各國之立法主義，最著者不外下列四種：

(甲)所在地法主義 一稱屬地法主義，謂任何法律，皆不能於領土之外，發生效力，故對於涉外的一切法律關係，如由內國處理之，自以內國法之適用爲當然原則。關於能力問題亦然，故必依人之所在地法，卽屬地法是。現今採此主義者，僅智利一國而已。

此一主義，沿襲封建制度之舊習，否認屬人法之地位，不啻根本推翻國際私法之存在，故爲學說上一般所排斥者。且以屬地法決定人之能力問題，則因人不必永在一地，苟其所在地變遷不已，則能力亦必忽有忽無，變遷不止，豈非滑稽之甚！雖然，智利之獨採此一主義者，實有其特殊之原因，亦不能完全抹煞之。蓋智利之成年年齡爲二十五歲，獨高於他國，他國人在智利所爲之法律行爲，果有此行爲能力與否，因各國規定不同，一般人與之爲交易者，頗不易知，故不如使之與內國人之在內國者，同依智利法，以二十五歲爲成年，則交易之安全必賴以保障矣。顧比究非正則，他國罕有有用之者宜也。

(乙)住所地法主義 謂人之能力，應以住所地法定之。此一主義，在昔頗爲盛行，然自近世歐陸各國因法律統一之結果，不認地方之特別法以來，大都排斥住所地法主義，改用本

國法主義。首反對住所地法主義者，爲法國民法第三條之規定；德意志亦最後於一八八〇年之法曹會議，爲改採本國法主義之決議；一八八八年之會議，關於商事亦改採本國法主義，其民法施行法曾有明文規定之。今仍採住所地法主義者，僅限於英，美，瑞士及南美之國家，蓋其國內，因地異法，倘有異地之同國人民爭訟時，自無由以本國法定其人之能力，而惟住所地法之是用。因其於準國際私法上，關於人之能力，不能不依住所地法定之；於是國際私法上，當然仍以適用住所地法爲合於內外一貫之精神，是純粹基於事實上便利之原因也。可知。

但學者主張住所地法主義者，則不乏種種之理由，分兩大端言之：或則積極維持住所地法之地位，謂適用住所地法，以定人之能力，在理論上有如何之圓滿，在實際上有如何之便利是也。何見乎理論之圓滿？不外：（一）住所爲人類活動之中心點，幾經考慮之結果而始取得之，故其一切法律關係，皆自此而生，以之定人之能力，最爲適宜。（二）人既選擇其地爲住所，足徵其有服從某地法律之意思，關於人之能力問題，倘不依住所地法決定，其結果更

反乎當事人之意思。(三)採住所地法主義並合於大同思想，對於內外法律一視同仁，不問國籍之何屬，只問住所之何在，即以住所所在地之法律，爲之準據，絕不對於內外法律之適用，存有成見也。何見乎適用之便利？不外：(一)無論採何種屬人法，然對於無涉內國國籍之重國籍人，及無國籍人，皆不能不以住所地法爲其補救，何如直採住所地法之爲愈。(二)以住所地法定當事人之能力，則商人間之交易，因易於明瞭對方住所地在之何在，則不必問其爲何國人，即可安心與之爲法律行爲，減少商業上之種種障礙。(三)準國際私法，既限於以住所地法定當事人之能力，則於國際私法上亦採住所地法主義，其結果，不問內外國人，均可適用，更免去種種煩雜問題。

或則消極維持住所地法之地位，謂不適用住所地法，而改用本國法時，必不能圓滿其理論，且不易便利其適用是也。何言乎理論上之不圓滿？(一)本國法之適用，以人之國籍爲基礎，而國籍不過出生之偶然，用以決定人之能力問題，自不如住所地法。(二)人所隸屬之國，不必即與其在法律上發生密切關係，今一律對之適用本國法，是不啻強人必爲其本國法



之服從，奈其對於事實相差太遠何！何言乎適用上之不便利？（一）人之能力既依其本國法，然遇當事人屬於一國數法者，如美國人，瑞士人是，將以其國何地之法律，爲其本國法之內容乎？苟採住所地法主義，必無此種困難。（二）即無一國數法之問題，然遇當事人爲無籍人，或兩外國國籍人，又將以何種法律爲其本國法之適用乎？其結果往往有賴於住所地法之補救，即不如直用住所地法之較宜。

維持住所地法主義之理由，固詳且善也；然依吾人深刻觀之，究亦不能無問題焉。先就理論上批評之：（一）住所不必皆依人之熟慮結果而取得者，如妻如子，即非以自由意思定其住所，何異於所謂國籍爲出生之偶然關係？則住所地法主義之用，爲合於區別能力之立法的精神一點上，已失其堅強之根據矣。（二）即認爲住所，皆出之於自己選擇者，仍不能斷其與法律之服從有直接關係。人往往以生活及利益之故，住於一地，服從其地之法律，乃其結果，非原因也；反之，人之在其本國無住所者，亦不能武斷其即無服從其本國法律之意思，則住所地法主義之用，在合於當事人意思一點上，又失其絕對之理由矣。（三）採住所地法主義固

可破國界之拘束，而使內外法律爲絕對之平等，誠如說者所云。然大同思想非今日之所能實現，獨於能力問題方面求之，殊屬末端。況依其說，住所之在內國者，即依內國法；住所之在其本國者，又依其本國法；住所之在第三國者，更依第三國法；糾紛錯雜，莫之爲同，求大同而反不同，又何同之是求？則住所地法主義之用，對於大同思想之維持一點上，亦失其特別之效用矣。

次就實用上批評之：（一）住所地法固往往爲本國法之代替，然必限於無國籍時；又往往用以決定本國法之何在，然必限於重國籍時。苟以此理由認爲直接適用住所地法之爲愈，則住所亦有重住所與無住所之事實，爲之補救者，又往往爲居所地法；依同理，更莫如直接適用居所地法之爲尤便也。即居所，仍有不明之時，又往往以現在地法代之，苟爲簡捷了當計，直返於智利之屬地法主義，實屬應有之結論。謂能如是乎？（二）住所既易與居所混，且一人有二以上之住所，亦爲常例，而其變更又極容易；國籍雖不能免於變更或重國籍之事實，究較住所易於認識而證明之。說者謂商人交易，對方住所之所在，較國籍之何屬，爲易明瞭

，殊非真相；或反因依住所地法，而增商業上之困難矣。蓋今日交通便利，住所最易變更，於是有能力者，忽而爲無能力者，無能力者，忽而爲有能力者，不特近於滑稽，且在實際上以如此能力不定之人，而求商業交易上之信任，不其難哉！（三）準國際私法者準『國際私法』之原則而用之也；其國之國際私法採住所地法主義，在準國際私法上亦採住所地法主義；國際私法採本國法主義，在準國際私法上亦採本籍主義；兩不相同，各爲一致，又何必住所地法主義之獨爲便利耳。

然則英美諸國，何以爲住所地法主義之採用乎？不外英美爲一國數法之國，與古代盛行住所地法之背景相合，自未便改爲本國法主義。且殖民地往往遍於全球。外國人之在英美領域有住所之事不一而足，以住所地法決其能力，卽無異以英國法或美國法決其能力，更其一因。並因英美認爲人必有住所，更限於一人一住所之原則，則於住所地法之適用上，由於無住所或重住所而發生之困難，亦可免去。故住所地法主義，亦惟限於英美等國所能採，歐陸法系國家採之，殊多流弊。然現今英美等國又漸擬以行爲地法代住所地法矣。

(丙)行爲地法主義 謂人之能力，依住所地法既有其失，依本國法亦非其宜，則莫如改依行爲地法之爲愈。美國學者斯托立首唱此說，北美合衆國少數之邦，亦有明定之於民法中者；至於英美法系之學者，則認爲行爲地法主義既可補住所地法主義之缺點，且不致改採本國法主義，將來實有通行之趨向。蓋即就商業交易而言之，無論其詢相對人之國籍何屬，住所何在，而定其能力之有無，皆感不便，勢必影響於交易之前途，此當然最不適宜於現代經濟社會。若採行爲地法主義，一切能力問題悉依行爲地法決之，則相對人之有無能力，一望而知，自莫由發生如何困難焉。

此一主義，依場所支配行爲之原則而然，在表面上似極便利；然至多僅可作爲住所地法主義或本國法主義適用之例外，究不足以爲決定能力之獨立原則，何以言之？一則行爲地法不易爲獨立之適用，行爲地往往出之於偶然，雖爲法律行爲於一地，而不知行爲地之何屬者，例恆有之；即知行爲地矣，然其地爲無主地，或公海，或接連數國，則亦莫由有法律之供其適用，或某地之法律是所適從；於此行爲地法之適用窮矣。一則行爲地法不易供能力之

適用，行爲地之變更，較國籍與住所尤爲頻易，依行爲地法以定人之能力，則今日於甲地爲法律行爲，明明爲有能力者，明日於乙地爲法律行爲，又變爲無能力者，殊感不便之甚。且能力有無原屬事實問題，無能力者斷不應以行爲地之異，即成爲有能力者；有能力者斷不應以行爲地之異，即變爲無能力者；故此種情形僅可於適用住所地法或本國法時，偶一爲之，若承認其爲獨立原則，實非法理上之是許。

(丁)本國法主義 謂人之能力，應依其本國法，我法律適用條例第五條之規定，即採此一主義。今日除英美少數國家外，大都皆然，雖其所以適用之結果，或有不無可議之點，顧較住所地法主義及行爲地法主義，究覺優長；而其缺點所在，各國又往往爲例外之規定，以補救之；故此一主義，實爲現今決定能力問題之唯一的有力主義。

然則本國法主義採用之理由何在？可分兩大端言之：或則從積極方面說明本國法主義之必要，謂(一)人之能力之有無，所以以年齡爲主要之區別標準者，不外年齡於其人之精神及身體發育之狀態上，有密切關係；而人之精神及身體發育之狀態，又必以各地之人種，氣候

，風俗，習慣，教育，民情等爲其背景。故惟其人之本國之立法者，始能確知其在如何年齡，方可熟權利害，而爲法律行爲，使之爲有能力者，則決定當事人之能力問題，倘不準據其本國法，而以異風俗，異習慣等之地之法律定之，殊失其所以解決人之能力問題之原意。

(二) 成年除關於身體發育之條件外，並與一國之經濟狀態，人口政策有關。一國人口蕃殖，經濟緊張，爲減少商業上之衝突，爲延長學徒者之期限，則其成年年齡必規定較高；一國人口低落，經濟疲乏，爲急望生聚之成功，爲確定商事之效用，則其成年年齡必規定較低；並可準此而爲婚姻年齡之伸縮，更係直接有助於人口政策者。夫各國對於人之是否成年，有無能力，除普通條件之外，又有此種特殊背景，則決定人之能力問題，自又不能離開其本國法，而強以他之法律施之也明甚！

或則從消極方面說明本國法主義之必要：謂(一)國籍有永久之性質，並易證明之，住所與行爲地不如也；卽有時不免於重國籍或無國籍之事實，然亦不致如住所與行爲地變動之易，故人之能力，必應以本國法定之。蓋國籍固可變更，然不得無故以個人之意思，妄爲變更

，則欲知人之本國何屬，自較欲知人之住所何在，爲甚平易。住所往往僅依人之意思，自由變更，兩住所或無住所之事，實較兩國籍或無國籍之事爲多，且住所又極易與居所混，則其不易爲對方明瞭，自甚顯然。此住所地法主義之所以不堪適用，卽適用之，因住所可由當事人自由變更，亦不免於有使當事人自由選定準據法之嫌。至於行爲地。則一舉足之勞，卽可變更，依行爲地法，能力之有無依地爲轉移，固已不合法理；且當事人之行爲跨於兩國國界，或不知行爲地之何屬，亦莫由達其作用。而當事人並可誘其對方之未成年，至認爲成年之地爲法律行爲，苟依行爲地法，卽無異獎勵詐欺行爲，其不如本國法主義更無待言。(二)能力之有無，既須以人之精神與身體發育之狀態，定其標準，此則惟本國法之適用，爲最能合於人之此種特質，所在地法，住所地法及行爲地法，皆不如也。所在地法主義，依屬地法以定人之能力，其法不必卽合於當事人之此種特質，而所在地之法律，關於能力之規定，其目的原非爲外國人而設，更無適用之必要也。住所地法主義，似較合於人之習慣及特質，然人生而卽有住所於一地，且交通便利，隨地皆可設置住所，而其原因又往往出自生活之逼迫，

不得不設住所於該地，習慣之是否真能適合，特質之是否真能顧及，亦非盡然。行為地法主義僅以行為地之法律，定人之能力，當茲瞬息千里時代，人之來往極為迅速，隨地為法律行為，即隨其地以定能力，則能力之設與當事人之習性特質，不能符合更為顯明；此所以獨推本國法主義為解決能力問題之唯一原則也。

「圖表二十四」本國法主義與住所地法主義之比較表

理論上之		標準	
理成		網目	
關於規定方面	關於守法方面	本國法主義 國籍最合於人之習性 必易於為其法之遵守	住所地法主義
合於能力本體之規定	住所由人之熟慮取得 必有服從其法之意思	新國籍則難如 是惟可補救之	批評
住所地法隨時變更人之能力不妥	然且難補救之		總結
本勝	本勝		



適用上之比較					比較		
反對理由				贊成理由	反對理由	由	
關於方面	關於方面	障礙方面	關於交易	關於國籍	關於方面	關於方面	關於方面
關於方面	關於方面	關於方面	關於方面	關於方面	關於方面	關於方面	關於方面
數法方面	遇一國	仍須以住所	國籍時有衝突	國籍常因歸化	無	國籍為出生之偶然	適合大同思想
適用	一國數法之國難為	補救	頗不易知其能力	而發生變更	一致	常使人之能力忽有忽	並非要點
	亦須以居所地法為其	住所亦有衝突與國籍	意思而發生變更	住所常隨個人之自由	與準國際私法之適用	後者偶然更甚	
	補救	正同	但仍有方法補救之	為易	不免滑稽	但本國法主義者	
	惟居所地法	苟須直接適用則	並易於居所相混	但仍不失為有永久之性質	其準國際私法亦可改用本籍主義	仍為一致	
本失	本勝	本勝	本勝	本勝	住勝	住失	住失

### (三)關於能力問題之例外規定

人之能力有無，宜採本國法主義，誠爲最有力之原則矣。然如前之所述，人而無國籍時，內國人對外國人之國籍何屬不易證明時，或當事人有變更國籍之事實時，則本國法之適用必窮；或感不便；於是除法國法系之國家，尙相當地嚴守本國法主義外，如德，如奧，如日，如我國，莫不設有例外以應付之。其詳如左：

(甲)關於國籍衝突問題所設之例外 此原屬於本國法適用論中所討論者，不限於能力一端，似不應作爲能力問題中之本國法主義之特殊例外。如在我國，關於國籍不明者之能力決定，只須依法律適用條例第二條處斷，不必於第五條再設例外之規定，卽爲明例，然各國立法例，亦有於能力原則下，特以例外定之者，則吾人亦不能不以能力例外之規定視之，如波蘭國際上私法關係適用法第一條前段「自然人之能力，依其本國法」，乃其原則；後段「不能確定其國籍時，依其住所地法」，卽其例外。法國之在摩洛哥法國人及外國人私法上地位

法第二條「法國人及外國人之身分及能力，依其本國法」，乃其原則；第五條「國籍不明之外國人，其身分及能力：依法國法」，即其例外。要之，國籍不明，致本國法不易適用，須有例外規定以補救之，乃事實上之關係，爲任何採本國法主義者所不能否認之事。惟因各國條文規定之異，有屬於本國法適用之一般例外者，有屬於能力原則之例外者，其實質固皆如一，不過於解釋上稍有不同耳。

(乙)關於國籍變更問題所設之例外 人當變更國籍之場合，其本國法之對象，由舊所屬國之法律，易爲新所屬國之法律，依原則言，其能力依本國法定之，即依新所屬國之法律。然如其人在舊國爲無能力者，在新國變爲有能力，此固可視之爲有能力，尙無若何問題；如其人在舊國爲有能力者，在新國變爲無能力，則亦以無能力視之，終覺不妥；各國立法主義上遂多認爲應有例外之規定。試分兩項述之：

第一，保持固有能力之法例，德國民法施行法第七條第二項云「舊國籍爲有能力者，取得德國國籍時，雖依德國法爲無能力者，仍視爲有能力。」波蘭國際上私法關係適用法第一

條第二項『已達之成年，不因國籍變更而失其效力。』我法律適用條例第五條第三項『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』。凡此，皆係以明文規定者。日本無此規定，自可解釋其爲否認此一例外之設；但日本學者如山田三良等，則認爲非不設也，特無設此特別規定之必要耳。蓋以日本二十歲爲成年，歐美諸國二十一歲至二十五歲爲成年；外國人取得日本國籍時，依其本國法既爲成年人者，而從日本法反爲未成年者，殆必無之事，卽不必有此特別規定故也。似此，則我法律適用條例第五條第三項之規定，因中日同以二十歲爲成年，亦屬無謂矣。其實不然！一則低於二十歲之成年，尚有波斯，土耳其，蘇俄等國，該各國之人如改籍日本，在其舊國已爲有能力者，依日本法則爲無能力者，法例上既無保持固有能力之規定，亦惟有以無能力者視之，不能反於法例而視爲有能力者，故承認此項例外之設，而不願以明文示之者，惟在波斯爲可行，以其成年年齡獨爲最早於各國者，日本非其列也。一則卽同屬二十歲成年之國，其年齡之計算，普通均以滿年滿月計算，然亦有以所跨年歷計算者；倘有屬於後者之外國已成年人，改籍日本，不能以其爲

二十歲即同於日本之成年，認其爲有能力者。法例上既無保持固有有能力之規定，自必應依滿年滿月計算，在日本法上仍爲未成年者。此際，亦不能解釋爲日本固承認此項例外之規定，特未以明文示之，而視其人仍爲有能力者也。要之，保持固有之能力，既屬能力原則之例外，自必貴於明文之規定，不然，均可視其爲主張已達之成年，隨國籍之變更而失其效力者也。

第二，保持固有有能力之理由。有唱能力默認說者，如巴爾是。謂入籍人依內國法律本無能力，惟內國既許其爲內國之人民，是已默認其有行爲能力，故該入籍人保有其行爲能力，乃當然也。是說用之於歸化方面，因各國多有行爲能力之限制，或尙可通；但如因割讓之原因而入籍等事，則不易爲之解釋。

有唱既得權說者，如曼利(Melli)及山田三良是。曼利謂入籍人既在其舊國爲有能力者，即是已取得此項之權利，斷不能因國籍變更而消滅之。山田三良謂能力方面本無所謂既得權，故依新國法爲未成年者，其人當然爲無能力；但於舊國之下，既爲成年，則其所完了之法。

律行爲，則發生既得權，斷不以後之無能力，有所損益也。曼利之說，當然不妥，以既得權必在同一法制之下，始可存在之，新國無承認舊國既得權之理也。山田三良之說係爲補充日本法例無此例外規定而設，別有用心，非此所論。

有唱本國法主義結果說者，謂此在表面上雖爲能力原則規定之例外，然精神上則正合能力規定之原則，故其理由仍不外採取本國法主義之結果而已。但何獨對於固有能力依其舊本國法，對於舊國未有能力者，不依其舊本國法，亦一疑問。

此外又有唱正義說者，謂不變更人之固有能力，乃基於人類權利的正義之所使；有唱行爲效果說者，謂既得權固可不承認，而原有行爲能力之效果，則現今雖爲無能力者，於事實上則不能不承認之，其實皆非。愚以爲適用法則上設此例外之規定，不出乎我法律適用條例草案之理由書，所示『至國籍變更，能力隨之變更，於相對人及第三者之利益，頗有危險，故設第三項以救濟之』而已。故在舊國爲無能力者，則不設例外規定，而仍視爲無能力人；須依新國法視爲有能力人，正以其與相對人及第三者之利益，無何危險耳。然則保持固有能

力之理由，不可不以保護相對人及第三人利益說之是尙也。

(丙)關於國籍認識問題所設之例外，亦即關於保護內國之商業交易之安全，所設之例外也。蓋內外交通，於今爲盛，商業交易不僅頻繁，且以迅速爲貴；則每當其際，必欲審查相對人之果屬何國，有無能力，不但無此暇間時間，亦事實上所難能；故爲保護在內國之交易安全計，不能不對於本國法主義，設一限制。即其人在本國法雖爲無能力，而依其行爲地之內國法得有能力的者，於此場合視爲有能力，其法律行爲仍有效成立，不得撤銷是也。我法律適用條例第五條第二項「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。」波蘭國際上私法關係適用法第三條「外國人依其本國法爲無能力者，於波蘭爲法律行爲，而其效果將發生於波蘭時，如爲交易上安全之必要，其能力依波蘭法。」以及日本法例第三條第二項之規定；皆依此一主義而制定者。茲再分述之：

第一，此一例外規定之內容，可從三方面觀察之。從法律行爲之範圍方面而言，此項限制本國法主義之規定，既爲保護在內國交易之必要而生，則凡非基於交易之法律行爲，當然

不能適用此一例外之規定；縱其人在內國爲有行爲能力者，而依其本國法爲無能力者，仍適用能力原則之規定，視之爲無能力。此不特關於親屬法及繼承法之行爲能力如是，即關於在外國不動產之法律行爲，因須受其所在地法之支配，非內國法在事實上之所能支配，故亦不能承認此一例外也。我法律適用條例第五條第二項之但書「但關於依親屬法繼承法及在外國不動產之法律行爲，不在此限」，即此規定。

從法律行爲之種類方面而言，基於交易之法律行爲，自以契約行爲爲主，故日本舊法例，但限於行爲之出於合意者，始可適用此項例外之規定。然爲保護內國交易之必要，非僅以契約行爲是限，即匯兌行爲，債務免除行爲，以及其他之單獨行爲，亦在其內，不能以狹義解釋之。

從法律行爲之意思方面而言，有人主張此項例外之規定，以善意時爲限，若爲惡意時，則仍依原則而用本國法主義。例如在法國，欲使未成年之外國人，負法律上之責任，內國人須係善意且無過失，即，須不知此外國人爲未成年者，苟明知之，而仍與之爲法律行爲，其



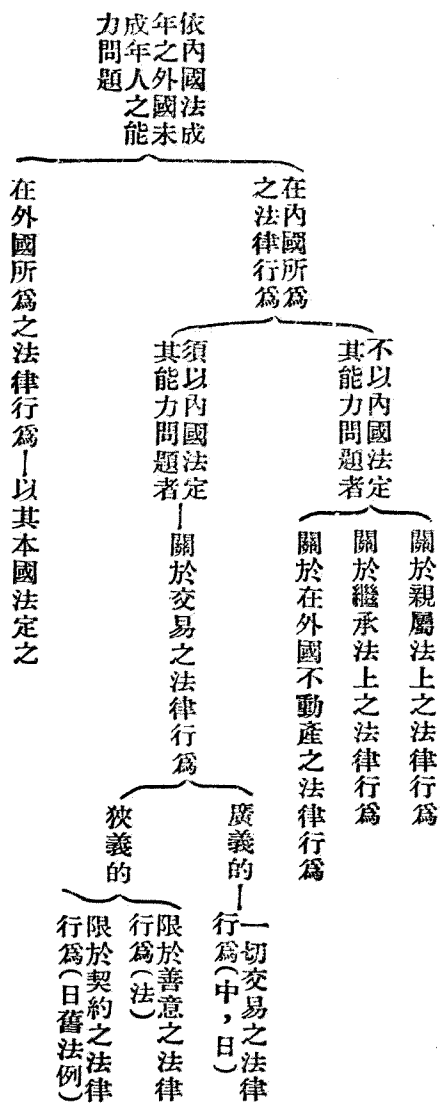
行爲即不能認爲成立是也。我法律適用條例及日本法例，均不承認此種解釋。蓋寧可不爲此一例外之規定，既規定矣，即不能再爲善意惡意之區別；一則欲證明意思之善惡，頗感困難，一則狡詐者雖爲惡意，亦可飾爲善意；愚魯者即以惡意爲惡意，同一惡意之行爲，而結果大相反對，又必失其平矣。

第二，此一例外規定之價值。主張有此規定之說者，謂非如此，不足保護內國交易之安全，故如德之匯兌法，薩克遜之民法，瑞士之能力及債務法，皆有類似之規定。惟須知者，此項限制，不可誤解爲內外人間異其保護，完全出於保護在內國所爲之法律行爲之精神耳。故除當事人一方爲內國人，一方爲外國人外，即雙方皆爲外國人，亦不問其爲同國籍之外國人，或異國籍之外國人，均應受此限制也。然依吾人觀之，此種規定之他一方面，實否認外國人之權利，否認外國人之利益，揆之內外人平等主義，究失其宜。

否認有此規定之說者，謂能力有無乃事實問題，不應以其在內國爲法律行爲，即作成其能力。雖曰出之保護內國交易之安全，不得不如此爲之；然依其本國法有無能力，他人固不

易知，本人則不能不知，自知其無能力，而竟與他人為交易行為，是以詐術使人信其為有能力，則為保護相對人計，使其法律行為為有效，固不必待有此一例外規定，始可保護交易之安全也。其說頗合於理，宜重視之。

圖表二十五 本國法主義第三種例外規定之適用表



依內國法成  
年之外國未  
成年人之能  
力問題

在外國所為之法律行為——以其本國法定之

在內國所為  
之法律行為

不以內國法定  
其能力問題者

須以內國法定  
其能力問題者

關於親屬法上之法律行為

關於繼承法上之法律行為

關於在外國不動產之法律行為

關於交易之法律行為

廣義的——一切交易之法律行為(中,日)

狹義的——限於善意之法律行為(法)

限於契約之法律行為(日舊法例)

## 第十章 禁治產

禁治產者，禁其治財產之謂，即法律上無自行管理處分財產之能力之狀態是也。換言之，對於心神喪失，或精神耗弱致不能處分自己事務者，法院得因法定人之聲請，宣告禁治產，使其為無行為能力者也。此種基於心神喪失，或身體精神不完全之無能力，因各國規定之限制程度有異，及對外國人是否可以宣告，與夫宣告之原因何取，效力何及，皆足引起國際私法上之討論，用特分述之：

### (一) 禁治產宣告之規定

在敘述內國對於外國人得宣告禁治產與否之先，不可不一及各國關於禁治產法律之衝突問題，並連帶及其解決辦法。

(甲)關於禁治產宣告之範圍 歐洲各國嘗有分禁治產為兩類者，一為民事上禁治產，一

爲刑事上禁治產，日本舊法典亦如之。我國法律及日本現行法典，則不取刑事上禁治產之制度。刑事上禁治產，一稱法定禁治產，例如處重罪之刑者，至其主刑終了之日，禁其治產是也。關於此刑事上禁治產之法律適用，究應如何，依論理，雖應歸於國際刑法範圍內，顧學者既皆於國際私法本章中附帶及之，則莫如彙而論之於首，再進而專論民事上之禁治產，似較一致也。

第一，由內國爲法定禁治產宣告者 此完全依內國法處理之。內國苟不承認法定禁治產之制度，雖其人之本國有此強行之規定，內國只對於其犯罪科以刑罰，不必連帶爲其宣告禁治產。因法定禁治產並非出於保護犯罪人之必要，不過爲完全執行其刑罰而然，實卽一種附加刑，純屬公法上之關係。內國既不承認此制度，卽不能因犯罪於內國之外國人，其本國法有此停止能力之規定，亦必遵從之。苟遵從焉，卽不免受他國主權之拘束矣。依同理，內國苟承認法定禁治產之制度，外國人之在內國，如何則爲法定禁治產者，一依內國法律之規定，不必顧及其本國法之如何。無論其本國法，有無此一制度，或有之，亦無論其爲何種規定

，皆非所須考慮也。

第二，由外國爲法定禁治產宣告者。此係指在外國爲法定禁治產者，如來至內國，內國是否承認其效力之問題而言。無論內國承認此制度與否，在原則上皆不能及之也。其論據不外：（一）外國之法定禁治產之宣告，由內國視之，不過一種事實，其效力當然不能及於內國。（二）法定禁治產異於民事上禁治產，有補助主刑之性質，實卽一種刑罰；刑罰之效力限於宣告國之領域，而不及於他國，苟他國承認其效力，不啻以一國之主權拘束他國之主權，此斷不可。（三）卽爲民事上禁治產，人亦嘗主張其效力，不及於宣告國之領域外，法定禁治產宣告之效力，不能越國境而有效，更係當然。

再從實際上言之，外國爲法定禁治產之宣告，若內國根本不承認有此制度，卽是不以其情況視爲有如何之危險，該外國人雖在其本國，依刑罰之結果爲無能力者，在內國自仍必承認其爲有完全能力者，固無問題。若內國亦承認有此制度，其情形較爲複雜。大抵宣告之結果不影響於民事者，內國可不爲之注意，否則內國必須求一辦法。例如內國法律規定，受刑

罰之宣告者，不得享有某項財產之權利；倘該外國人至內國而圖此項財產權之享有，內國既承認法定禁治產制度，即不能不對外國之此項宣告，有所注意。然須知者，並非內國當然承認外國宣告之效力，不過以其判決，作為事實上之參考，仍從內國法律所定，剝奪其治產之能力而已！

(乙)關於禁治產宣告之內容 各國立法例，雖皆承認民事上禁治產制度，然在法國法系之國，大都於禁治產外，並設有準禁治產之名，德國法系則併稱之為禁治產，此又其關於禁治產規定不同之一端。試先就法國法系之規定一略述之：法國民法第四百八十九條之規定，精神病者，白癡者，皆為禁治產人，故與未成年者，同為無能力；精神病弱者，付以保佐人，限制其一部分之能力，是準禁治產人，日本民法第七條之規定，在心神表示失常之況者，限制其一部分之能力，是準禁治產人，故與未成年者，同為無能力；精神病弱者，付以保佐人，限制其一部分之能力，是準禁治產人，日本民法第七條之規定，在心神表示失常之況者，法院對之，得宣告禁治產；第十一條之規定，對於心神耗弱者，聾者，啞者，盲者，浪費者，宣告為準禁治產。意，荷，比等國民法之規定略同。我國第一次民律草案，亦為禁治產與準禁治產之區別。此種區別之影響並及於國際私法之規定。如日本法例第四十四條，為禁治

產之法律適用，第四十五條『前條之規定，於準禁治產準用之』，即準禁治產之法律適用。

我法律適用條例於第六條之後，即隨以第七條『前條規定，於準禁治產適用之』亦然，

次再就德國法系之規定一略述之：德國民法第六條之規定，不設禁治產準禁治產之區別

，凡精神病者，精神耗弱者，浪費者，及有酒癖者，皆以其無管理財產之能力，而定之爲禁治產。西班牙民法，精神病者，瘖啞者，白癡者，浪費者，得宣告禁治產，亦無準禁治產之規定，奧大利匈牙利亦然。我第二次民律草案及現行民法，取法德國民法之制，祇承認禁治產之一種，依之法律適用條例第七條之規定，應否存在即不免發生問題。

禁治產與所謂準禁治產，原無本質上之差異，不過於能力方面，微有不同而已。禁治產者大都爲絕對之無行爲能力，即剝奪其能力是。其不採剝奪主義者，撤銷其行爲之程度，亦較準禁治產爲嚴；準禁治產者，大都爲相對之無行爲能力，即限制其行爲能力，而得以撤銷不合法定條件之行爲是。故準禁治產之法律適用，如承認有準禁治產制度，亦惟有依禁治產之法律適用而適用之耳。茲成爲問題者，倘一國無禁治產與準禁治產之分別，而當事人之本

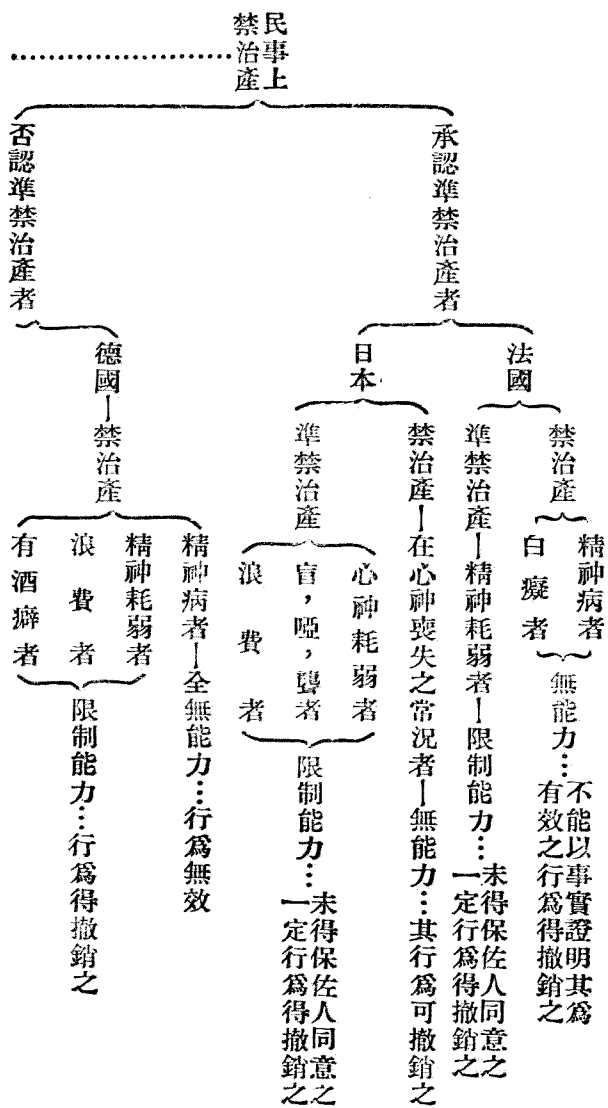
國法有此分別時，則如何？依原則言，此項宣告，係關於人之能力問題，自應準據其本國法，爲準禁治產之宣告；反之內國承認有此分別，而當事人之本國法無此分別時，亦應準據其本國法，只得爲禁治產之宣告。此通說也，然依後之所述，關於宣告之管轄權本應屬諸其本國，不過爲保護內國之利益計，得反常則而對住在內國之外國人，爲此項宣告。在此場合，關於管轄權問題，已拋棄本國法主義，則當事人治產之能力，果應絕對剝奪，抑應相對限制，自亦惟內國法之是遵，實無絕對地顧及其本國法之必要；蓋同爲反本國法之適用，而以維持內國之利益爲主故耳。

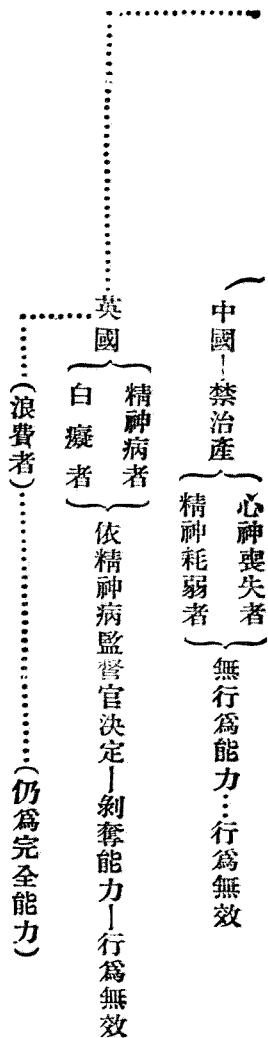
(丙)關於禁治產宣告之結果 各國關於禁治產宣告後，被宣告人之能力問題，其規定亦不一致；爲禁治產與準禁治產之分別者，其能力問題已在該國顯分兩種，自與不分別禁治產與準禁治產者之法律，立於衝突之地位，固無待言。即同一制度，而關於能力問題，仍然彼此爲異。如德國關於精神病者之禁治產，爲全無能力者，其行爲無效。其他之禁治產，其行爲具備法定條件，亦可成立，否則僅可取消而已！我國依民法第十五條規定，「禁治產人無



行爲能力」；第十五條規定，「無行爲能力人之意思表示無效」；更係嚴格採絕對無能力主義。奧國亦然。至於英美法系中之英國，對於精神病者，白癡者，依精神病監督官之決定，剝奪其行爲能力，亦採無效主義。他若法國與日本，即對於禁治產亦不採絕對主義，凡受禁治產宣告人，僅限於精神喪失時之意思表示爲無效；若心神回復時之意思表示，即在禁治產中，苟可有事實上之證明，仍有效；故其行爲之效力，亦只一撤銷主義而已。其所謂準禁治產人，則限於無保佐人同意之特定行爲，得撤銷之，故爲純粹之限制能力者，而非相對之剝奪能力者，其間又自不同。夫同屬禁治產者之行爲，有規定其完全無效，有規定其僅得取消；同爲精神耗弱之事實，有規定其爲限制能力，有規定其爲無能力；於茲情境下，在國際私法上又將如何解決其衝突歟？此問題之解決，固不外本國法主義與法庭地主義中之選擇其一；然選擇之標準如何，則又不能不先研究禁治產之管轄權何屬，始能進而討論其宣告之效力耳。關於此各種問題，國際法協會亦屢於一八九二年至一八九五年之間，有所討論，日本法例之規定，受其影響至深也。

「圖表二十六」關於禁治產規定之比較表





## (二) 禁治產宣告之管轄

禁治產制度之所以存在，不特為保護被宣告人之利益而然，抑且為保護第三人之利益而然；不特為保護個人利益之必要而然，抑且為維持社會公安之必要而然；故其實施也，任何國家皆須法庭及其他官所（如英國之精神病人之保護官）宣告之。內國既承認禁治產制度，其對於內國人得為禁治產之宣告，固無待言；惟對於居留內國之外國人，有無此種權力，斯成問題。倘衡以公安關係之規定，任何國家遇有可為禁治產之狀態者，常依行政處分方法，

達其保護或監督之目的，亦例之所習見者。但此不過一假處分之性質，若進而剝奪其能力，爲禁治產之宣告，即發生管轄問題，非僅如是之簡單耳。

(甲)本國專管主義 謂禁治產之宣告，本係剝奪人之能力者，既關於能力問題，當然依其本國法，如我法律適用條例第五條第一項所規定者是。夫宣告禁治產，既應採本國法主義，則由其本國法院管轄之，必更適合此一精神也明甚。雖留在國之法院，亦可適用被宣告人之本國法，究竟有遜於其本國之管轄。況禁治產宣告之結果，除能力剝奪外，有時更束縛被宣告人之身體，限制被宣告人之自由，發生人事上之重大變化，非其人之本國，自亦不應濫用此種權力。故宣告禁治產之管轄權，惟限於其人之本國有之。一八九五年國際法協會，在英國劍橋 (Cambridge) 會議之決議，即係採本國專屬管轄權主義，排斥他國對居留人有宣告禁治產之管轄權；惟其本國法院有特別事故不得宣告禁治產時，其居留國之法院，始得宣告之耳。

依原則言，苟承認能力依本國法，則無論根據何種理由，均不得推翻本國專管主義，此

固可斷言者。然在實際適用上，究不能絕對拘泥原則，而無斟酌之餘地。蓋如其人，久居留於我國，與其本國關係漸疏，而必待其本國爲禁治產之宣告，不特在聲請上發生困難，即在宣告上亦極感不便。何言乎聲請困難？禁治產之宣告，對於被宣告人之影響極大，故非純依國家權力以支配之，必須先有本人或其配偶者等等之聲請，始得宣告。聲請人倘遠在居留地，回國聲請，當然有往返之勞；向領事聲請，則非依條約，領事不能有宣告權，聲請仍遭拒絕之苦。縱其國認爲檢察官亦可聲請，顧其人處於居留地，與該本國無密切關係，檢察官更無聲請之必要。何言乎宣告不便，其人因精神病等，爲禁治產宣告之聲請，如在該本國國境以內，自易調查之；今既居留他國，其精神病果屬事實與否，該本國之法院往往不易知之。縱能知之，在居留地之該國領事，通常亦不能剝奪其國民之能力，而宣告禁治產；如由該本國之法院宣告，其效力能否及於居留國，亦一問題。凡此，皆絕對適用本國專管主義所發生之阻礙，於是各國之立法例上，遂皆設有補充之辦法，在無違本國管轄主義之條件下，承認居留地有管轄權。

(乙)內國兼管主義 謂本國專管主義對於在內國之該本國人，其適用既有如許之困難與不便，同時因禁治產之宣告，其目的並在預防第三人之損害，有關於公安問題，則亦不能絕對否認內國對於久居之外國人，有此宣告權。換言之，其人既久居於內國，如爲精神病者，或精神耗弱者，顯然侵犯內國人民之權利，倘必待其本國爲禁治產之宣告，或待其本國遇有特別事故，不能宣告時，始歸之內國宣告，皆失之緩迂，有失公允。故今日各國，依此理由，一面保護外國人之利益，以其本國有禁治產宣告管轄權爲原則，一面保護內國之利益，對於滯在內國之外國人，仍認居留國法院，有禁治產宣告管轄權，蓋例外也。惟須注意者，非其本國法院，因事不得行其宣告，始由內國宣告之；乃於不違本國宣告主義之條件下，居留地國亦得隨時宣告耳。我法律適用條例第六條云「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」；日本法例第四條第二項云「於日本有住所或居所之外國人，其本國法有禁治產之原因時，裁判所對之，亦得爲禁治產之原告」；皆係採內國兼管主義者。一九〇五年海牙國際私法草案第三條，亦認居留國有管轄權。

關於法律適用條例第六條之解釋，凡中國法院對於居留於中國之外國人，宣告禁治產時，非對於一切外國人盡能如是，不可不具備兩種條件。一為須在中國有住所或居所，此屬於事實上之條件者。蓋無住所或居所之外國人，即無久住於內國之意，亦無重大危害於內國之公安，縱發現可為禁治產之狀態者，賴行政處分救濟之足矣，不必依本國管轄主義之例外，為之宣告禁治產。夫既以其人久居於內國為禁治產宣告之背景，則居所之條件，即不免發生疑問。學者中途有人主張居所應與以『繼續若干年』之附加，不然，一時滯留，亦未嘗無居所，而法院即得以之有管轄權，不其與此一條件設定之本意有違乎？一為須依其本國法及中國法同有禁治產之原因，此屬於法律上之條件者。換言之，其人之本國法，不認為禁治產之原因，而中國法認之，固不得為之宣告禁治產；其人之本國法，認為禁治產之原因，而中國法不認之，亦不得為之宣告禁治產是也。何以如是？詳見

### (三) 禁治產宣告之原因

關於禁治產宣告之原因，各國法典所規定，要皆以有精神障礙爲其要端。然亦有不同者在，如德國以浪費者爲禁治產之原因，英國則否認之；各國均不以有酒癖者爲禁治產之原因，德國則承認之。內外法律關於禁治產宣告之原因，如有不同之規定，內國對於居留內國之該外國人，爲禁治產之宣告時，究應依何地之法律以決定之乎？綜計新舊各說，共有三種：

(甲)絕對本國法主義 謂內國對於居留內國之外國人，雖得爲禁治產之宣告，不過本國管轄之一例外，則關於宣告之原因，卽不應再設例外，致與原則相去太遠。且禁治產之宣告，吾人已知其有剝奪能力之效力，苟不依其本國法所定之原因，專依內國法，是不特違背能力之原則，且不啻於管轄上，採內國專管主義，曷所取哉！一八九五年國際法協會，曾以十四票對十二票之多數，於其決議之第七條第三項規定，採本國法主義；認爲非本國法所認之原因，內國絕對不得向之宣告禁治產。例如英國人之居留於德國者，有浪費情況，向德國法院爲禁治產之聲請時，依絕對本國法主義，因英國法不認浪費爲其原因，則其聲請必歸無效是也。日本法例第四條所謂「其本國法有禁治產之原因時」，卽此主義；惟在解釋上則認爲



如其原因爲日本法所不認者，亦不得宣告之；則在實際方面，仍可認爲非絕對本國法主義。故日本學者謂其法例第四條之語句，應視爲與無此語句同耳。

採用絕對本國法主義之結果，至少有一主要缺點，卽內國法所不承認之原因，苟爲其本國法所承認者，勢不得不宣告禁治產，而剝奪其人之能力，實影響於內國之公安問題甚大也。

(乙)絕對法庭地法主義 謂外國人居留地之法院，既有禁治產之管轄權，斯爲本國宣告主義一大例外，則認該法院依其自國法律所規定之原因，爲禁治產之宣告，始合於此一例外設定之精神，同時並得維持法庭所在地之公益。況擔任此宣告之責者，通常率爲下級法院，欲使其負有悉知外國法之義務，勢必不能。其結果如依卻下請求之辦法，則無異自行取銷自國之管轄權；如依推定其與內國法爲同一規定之辦法，則何如早採法庭地法主義之爲愈；故絕對法庭地法主義，實事實上之不得不然耳。唱此說者，在國際法協會中，頗有與絕對本國法主義者對立之形勢，觀其僅有兩票之差，卽可知矣。德國民法施行法第八條之規定，卽此

主義。

採用絕對法庭地法主義之結果，亦有一最大缺點，即內國所承認之原因，雖其人之本國不承認之，而依內國法，即可宣告禁治產，剝奪其能力，殊大反乎人之能力依其本國法之精神也。

(丙)本國法與法庭地法主義 即通常所稱之折衷主義，以本國法爲其原則，以法庭地法爲其限制是也。換言之，關於禁治產宣告之原因，原則上決之於本國法，但法庭地法所不認之原因，雖其本國認之，亦不得宣告禁治產。所以然者，一方面遵守能力從本國法之原則，一方面保全內國社會之利益，兩顧及之耳。我法律適用條例第六條所謂『依其本國法及中國法，同有禁治產之原因者，得宣告禁治產』，即此主義，自較日本法例第四條之賴有解釋，而始知其法意何在，明顯多矣！

#### (四)禁治產宣告之程序

禁治產宣告之程序，各國規定每不相同，則內國對外國人爲禁治產之宣告，究應依內國之程序法，抑應依其本國之程序法乎？此本屬於國際民事程序法之範圍，似應置之於後，然各國民法總則中，爲確定受禁治產宣告者之實質原因，以及聲請宣告人之特定資格，恆於禁治產條文下，明白示及其主要程序，故亦不妨於此一略論之：

（甲）關於聲請程序者 禁治產之一經宣告，人即開始被剝奪其能力，所關甚大；故法院必待有請求權者之聲請，始可爲之宣告，乃當然也。此有請求權者，究何所指？彙而言之，不外本人，配偶，最近親屬，戶主，監護人，保佐人，檢察官等。惟各國之規定，不必皆認爲有請求權者，或則取其二，三，或則擇其五，六；而親屬又往往有三親等以內，與四親等以內！種種分別；則此聲請程序之履行時，究應依其本國法，抑依法庭地法？各國對此問題，尚無明確之規定，惟有參酌禁治產各方面之學理與法例，而解決之。

根據訴訟程序依法庭地法之原則，禁治產宣告之聲請，亦不失爲訴訟程序之一，即不能不採法庭地法主義。然因禁治產宣告，與人之能力問題有關，於其管轄上及原因上，皆不能

推翻本國管轄及本國法之地位，則何人始有聲請權，亦惟以其本國法爲斷，實爲不移之理，此本國法主義之所以必非採用不可也。

但在他之方面，既許內國以管轄權，而又以其本國法所認之原因，使受內國法之限制，則兼所以顧全內國之公益問題，至爲明顯。值茲場合，關於聲請人之資格，縱未依其本國法之規定，亦可專依內國法定之。例如我國之聲請人，限於本人，配偶，及最近親屬三者（民法第十四條參照）；無檢察官，日本則有之。設有居留日本之華僑，日本檢察官認爲有聲請宣告禁治產之必要時，雖我國法，即華僑之本國法無此規定，而因檢察官係代表一國之公益者，日本既承認其有聲請權，亦惟有依日本法，即法庭地法，此又法庭地法之爲例外的適用也。

(乙)關於宣告程序者 聲請人既依聲請程序，爲禁治產宣告之聲請，法院即依其聲請而宣告之，始完成禁治產之宣告。然宣告程序，究依何國之法律？此最簡單，認爲與普通訴訟程序同，應專依法庭地法，學說與法例皆如是也。蓋宣告程序純然一程序法上關係，既由內

國宣告，自必由內國依自國法盡其宣告之能事；且如此爲之，亦無關於本國法主義之精神。由內國爲外國人宣告禁治產，既爲公認之例外，宣告程序即是所以實現此一例外者，苟否認其依法庭地法，則惟有先否認內國有管轄權之一地位耳。至於禁治產宣告之撤銷問題，同依法庭地法，更無待言。

### (五) 禁治產宣告之效力

禁治產宣告之效力問題，應從兩方面研究之，一，內國對外國人爲禁治產之宣告，其宣告之效力究應依何國之法律；一，在外國宣告之禁治產，其效力是否當然及於內國。分述於下：

(甲) 內國宣告禁治產之效力決定問題 各國對於由宣告禁治產而生之效力，其法律規定，彼此亦不盡同；則內國對外國人宣告禁治產，其效力決定問題，遂有主張絕對的本國法主義者，有主張絕對的法庭地法主義者。茲先言

第一，絕對的本國法主義。在理論上，因禁治產宣告之效力云者，皆不出於能力問題之範圍；人之能力依其本國法，乃國際民事法上一大原則，故雖由內國爲該外國人宣告禁治產，而其效力則不能不絕對地依其本國法。我法律適用條例草案第七條第二項，規定「宣告禁治產之效力，依禁治產者之本國法」，即係基於能力問題方面之見地而然。

在適用上，本國法主義之不妥，亦顯而易見。最要者如：一，實行上之困難，關於禁治產宣告之效力，或國家有以被宣告人交付所謂監護法院而監督之者，其國之人如爲居留地宣告禁治產，倘效力須從本國法，而因宣告國無此制度，即發生實行上之困難矣。二，宣告上之矛盾，一國對外國人宣告禁治產，其效力苟必各依其本國法，則今日爲甲外國人宣告，視其人爲全無能力，而以其行爲認爲無效；明日爲乙外國人宣告，視其人爲限制能力，而以其行爲認爲可取消者；於是種種效力，出之於同爲一國法院之同一禁治禁產之宣告，必有影響於交易安全之維持焉。故在今日，學者中誠不免仍有傾向於本國法主義者，亦不過以本國法之適用爲原則，以法庭地法之適用爲例外，斷未有敢公然反對法庭地法之適用者。此種相對

的本國法主義，僅屬解釋上之不忘情於本國法之適用，而於事實上固亦以法庭地法之適用爲然，遂附之於此，自不必爲之另立一說。次再言

第二，絕對法庭地法主義，即宣告國法主義，爲今日多數立法例所採者。日本法例第四條，明定宣告之效力，依宣告國之法律，各國實例亦然；我國則無明文。既不滿意於本國法主義，則條文雖無明文，自應解釋爲採法庭地法主義者，因不採法庭地法，即無他主義可採也。說者更謂宣告效力，依法庭地法，乃今日當然之事實，明文規定之反成贅疣；故我國仍係採法庭地法主義者。

在此場合，法庭地法主義所以優於本國法主義者，除能在實際上補救本國法主義之缺點外，並有法理上之堅決根據。蓋效力從法庭地法。乃出自內國對外國人有宣告權而然；既許內國爲禁治產宣告，其宣告之效力即等於判決之效力，判決之效力依被宣告人之本國法，無是理也。

此外尚有一事，須補及之，即法國學說，主張宣告禁治產之外國人，在法國須爲公示；

非法國人知其宣告，不得以其無能力對抗第三人。此當然不妥，既依法庭地法定宣告之效力矣，乃復對該外國人獨設特殊公示之條件，自失其平，且亦與採法庭地法之統一的精神有違。

(乙)外國宣告禁治產之效力所及問題 外國人在其本國已受禁治產之宣告，內國應否承認其效力，有數說焉。用特述之：

第一，承認說。謂禁治產之宣告，與普通之判決異，實不發生法域之問題；內國直認其宣告效果之事實，視其人為當然無能力者，禁止其在內國為治產之行爲。且必如是，始與人之能力依其本國法之原則相合。學者中如比利時之羅蘭(Laurent)德國之巴爾(Bar)及歐陸各國多數學者，皆主此說。海牙關於禁治產及類似禁治產之保護手段條約第九條，亦謂「締約國中之一國，所爲之禁治產宣告，在其他締約國，當然有效」云云，是又具有國際間之勢力矣。

竊按此說之維持者，不外乎國際法主義者與國際私法學派中之本國法主義者。國際法主



義者，抱統一私法之目的，宣告雖在外國，其效力得達於內國，乃認爲國際原因之當然結果耳。本國法主義者，抱本國法爲國際私法唯一原則之主張，宣告之效力係關於人之能力問題，其效力如不及於內國，則是否認能力依本國法之規定也。其實皆非！被宣告人由其本國宣告之，依現代之實際情形而言，亦只能於該國法域之內，發生效力，斷不應使其效力及於領域外也。縱援用能力依本國法之理論，但此爲剝奪能力問題，非基本能力問題，且不必即與內國之公共秩序善良風俗無違，其效力亦無當然而絕對地及於內國之理。至海牙條約，只能拘束簽字之各國，其未加入而簽字者，自不受其拘束，更何國際勢力之是云？

第二，否認說。謂禁治產之要素有三，原因，聲請，與宣告；而宣告爲禁治產成立之最後程序。不宣告，不但不能對第三人發生效力，抑且不能對本人發生效力。由外國宣告之禁治產，既未由內國爲之宣告，其效力自不及於內國。且欲其效力之及於內國，事實上亦極感困難。如瘋顛白癡之類，一見而卽知之，至若浪費之人，頗難判別，內國倘承認其效力，必搖動內國交易安全之基礎矣！英美學者以重視法庭地法主義之故，多持此說，華東（Wright）

已(即其一也)。

竊按此說，揆以法律在領域外無效力之原則，自甚妥當。然在國際私法上，既承認禁治產之宣告，以人之本國管轄為原則，外國宣告之效力，內國如絕對不理之，則本國管轄之承認為虛設矣。將如何理之歟？斯有待於：

第三，折衷說。其持說之內容亦極複雜：有依禁治產之原因而為別者，如布洛西 (Brook) 謂其原因為自然的，若基於精神病之禁治產，內國應承認其效力；其原因為人為的，若基於浪費之禁治產 (日本等國認為準禁治產)，內國如無此制度，可不承認其效力是。此說能減除承認時之實際上困難情形，使僅存為人一見即知之自然原因之禁治產，而承認其效力及於內國，可謂最善於折衷者。然外國宣告之效力，不應當然及於內國者，非僅不易辨認之問題，尤在於不經宣告，縱為精神病人，亦不禁其治產，外國人之禁治產，未由內國宣告，謂其效力即達於內國，則惟有變內國為該外國之領域，或可如此耳。

有依禁治產人之住所而為別者，日本學者多主張之。即外國宣告禁治產之效力，本無當

然及於內國之理；因倘承認其爲當然，則萬國林立，禁治產之宣告者，不知其若干人，內國於實際上何能一一注意其能力問題，勢必使國際交易阻塞，莫之能興。惟外國人若有住所或居所於內國者，是與內國有密切之關係；同時又承認本國管轄之原則，而非僅限於內國之宣告；在此場合，亦未便絕對漠視外國宣告之效力。惟須注意者，亦並非當然視其效力及於內國，仍得由內國法院，以該外國之宣告作爲參證，重爲宣告也。此說兩有顧及，愚探之。

至於在實際上，如國際間有相互承認其效力之條約，其效力當然及於締約國間；或如對外國之宣告，欲使其在內國有效，必先由內國一一公示之，亦未嘗不可！此皆屬於各個國家間之單獨問題，錄之以爲參考。

## 第十一章 失蹤及死亡宣告

失蹤云者，人離去從來之住所或繼續若干年之居所，久無音訊，致所在地不明，或生死不明之謂也。此失蹤之制度，各國雖皆承認，然承認之程度則極不一致，有僅爲不在之宣告

者，有竟爲死亡之宣告者。不在宣告，較所謂不在推定之程度爲深；即失蹤人失蹤滿一定之年限，法院得依其假定繼承人之聲請，爲失蹤之宣告，使該繼承人假占有其財產是。此種不在宣告，既非推定其爲死亡，關於身分問題絕不發生如何之變更。死亡宣告者，爲死亡推定之法律上的狀態，又有宣示死亡之稱；即失蹤人失蹤滿一定之年限，法院得因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告，經其宣告後，即與自然之死亡，生同一之結果是。此種死亡宣告，雖係法律上之擬制，但與由自然原因消滅人格之例有同一結果，則關於被宣告人之任何能力與身分，皆必變更之矣。至所謂失蹤宣告，歐陸各國則作爲不在宣告之解釋；日本則作爲死亡宣告之意義；是又名稱上之混同者。夫失蹤制度之規定既有如是之不同，在國際私法上實一重要問題，不可不從各方面而詳述之也。

### （一）不在或死亡宣告之規定

關於此一問題之立法例，苟詳述之，尙不僅有不在宣告與死亡宣告之異，即如宣告之時

期，程序，條件，效力等等，莫一能同。惟其性質，涉及比較民法之範圍，自不能一一論之；茲特就與國際私法適用有關之點，述其犖犖大者：

(甲)法國法系主義 謂人之所在地不明時，僅能宣告其失蹤，不能爲死亡之推定，其主  
要之結果，即不在者之配偶，不得因人之失蹤而請求離婚或再婚是也。凡法，意，比，西等  
國皆採此主義，所異者，其法定之期間耳。

法國法系主義源於羅馬法，但羅馬法原則係採絕對主義者，法意等國則係採相對主義者，亦非盡同。依羅馬法，僅爲失蹤人設財產管理人，不承認有失蹤之宣告；失蹤人非經法官認定其死亡，其財產將永由財產管理人管理，依法繼承人仍不得繼承。依法國法，分有三期：第一期爲不在之推定，豫期不在者，尙係生存，則因利害關係人之聲請，爲置財產管理人，保護其利益；第二期爲不在之宣告，即不在者依財產管理人之有無設置，經過四年或十年期限，生死猶不明時，法院爲保護不在者之利益及兼顧社會之安全計，得依聲請，使假定繼承人暫時占有其財產；第三期自不在日起算逾三十年，或其人生存已達百年，則依聲請，

使假占有變爲確定占有，併得處分之，然亦僅限於財產關係如此耳。

(乙)德國法系主義 謂人之生死不明時，如經過一定『不在』之時期，爲法律關係確定計，法院得因聲請，宣告其人爲死亡。經此宣告之程序，繼承關係因之實現，親屬關係因之告終，不特配偶者得以再婚，卽因證明失蹤人死亡，而得權利免義務者，悉依此宣告以爲鐵證是也。德，奧，荷，日及我國，皆採此主義，所異者，除法定期間外，尙有推定之效果等事耳。

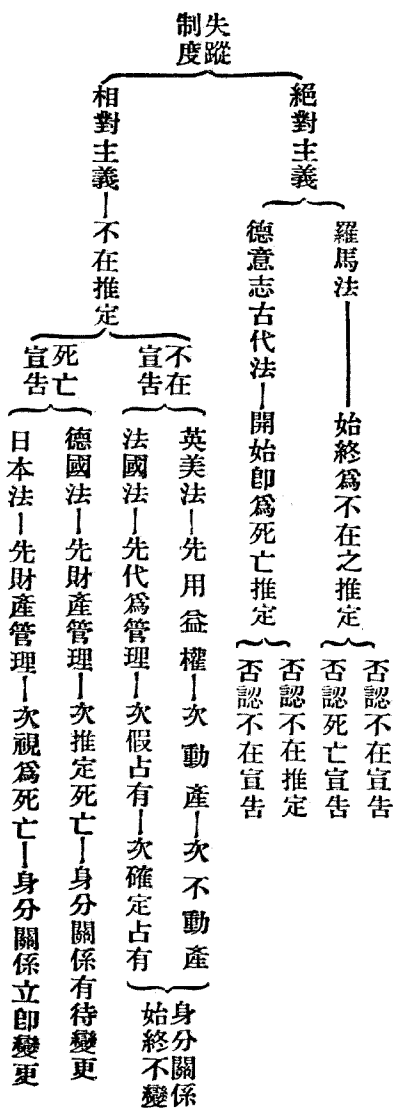
德國法系主義源於德意志之古代法，但該古代法亦係採絕對主義者，現今各國則係相對主義者，仍非盡同。依該古代法，凡人失蹤時，其繼承人卽開始繼承；若其人並未死亡，於歸來後，仍返還其財產。其對於失蹤人之保護未免過刻，依今日各國法，大都於失蹤後，死亡宣告前，設有一定之不在期限，藉以保護不在人之利益。例如德國法，分有二期；第一期爲不在推定，對失蹤人設不在保佐人，使之管理其財產；第二期爲死亡宣告，卽凡失蹤人失蹤十年，七十歲以上者失蹤五年，因戰事原因者失蹤三年，滿其期限後，卽可推定其爲死亡

也，但年未達二十一歲者，則不許有此宣告。又奧國法，失蹤人三十年無生存證據時；年滿八十歲，且十年不通音信時；戰場負有重傷，或在沉沒船中，三年無生存之跡時；皆可爲死亡宣告。又荷蘭法，失蹤人失蹤十年後，其配偶者經過一定之法律程序後，即可再婚。又日本法，失蹤人因普通事件失蹤滿七年後，因特別事件失蹤滿三年後，法院得因聲請行死亡推定之宣告。又我國法，失蹤人失蹤滿十年後，或爲七十歲以上失蹤滿五年後，或爲遭遇特別災難者失蹤滿三年後，法院皆得依利害關係人之聲請，爲死亡之宣告是也。

(丙)英美法系主義 頗與法國法系主義相近，然亦不盡爲同。其相近者，如英國法律，始終不承認死亡之推定，其配偶請求再婚，或其關係人請求人壽保險之利益者，非自行證明不在者之果爲死亡，請求必遭拒絕也。其不同者，對於不在人七年間生死不明時，法院使推定繼承人，取得繼承財產之利益權；再經過六年，取得其動產；更經過六年，合前共十九年，始取得其不動產。蘇格蘭則微有異；失蹤滿七年後，使推定繼承人，依法院之公示方法，及基於生存限制之推定條例，繼承一切財產，蓋其年限較英格蘭等之通例爲縮短耳。

夫各國關於失蹤制度之立法例，既如是之衝突，則內國苟有對外國人爲不在，失蹤，或死亡宣告之必要時，究將依何國法律以爲解釋，是即國際私法學者之事也。惟於討論之先，不能不首解決其管轄權之所屬，苟內國無此權限，則變爲絕對地屬人主義，國際私法上直可將此章刪去之，亦無需乎研究矣。故必依次而解決焉。

『圖表二十七』失蹤制度之比較表





## (二)不在或死亡宣告之管轄

內國人之在內國失蹤，或外國人之在內國失蹤，而須為不在或死亡宣告時，當然由失蹤人各該本國法院管轄之，不成問題；即依法不承認有此等宣告制度者，亦完全受各該本國法律之支配，永為不在之推定。但如外國人之在內國失蹤，內國人之在內國失蹤，當依何種法律，以定其失蹤後之法律關係，尚為次要問題；首應解決者，乃何國有此管轄權耳。

(甲)所屬國宣告主義 謂宣告失蹤或死亡之管轄權，應屬於其本國法院。何以云然？此種宣告，影響於人之能力，並往往及其身分，人之身分能力，既依其本國法，則關於其宣告之管轄權，亦以屬之其本國法院，較為合理。此其一，況如死亡宣告，係對於人之生死不明者，推定死亡，或視為死亡，使之消滅人格，終了一切法律關係，其結果有關於個人之權利，重大無比，自不可不使其屬於其本國法院之管轄。此其二。且國家有保護其在外國之人民之權利，人民有終身服從其本國之義務，則一國倘無故推定他國人民之死亡，而其人確存在時

，不特有害於個人利益外，且侵及其所屬國之主權，故其管轄權更應僅屬於被告人之本國法院有之。此其三。此一主義，學者中如意人藩奧（Fiorio）等，皆主張之；各國亦往往視之爲當然原則，尤其對於內國人之在外國失蹤者，爲更如此。

惟於此有一問題，卽失蹤人具有二重國籍者，將以何國法院爲其本國法院乎？有兩種立法例：第一種，德國民法施行法第九條第一項云：『失蹤人當失蹤開始時，已爲德國人，在德國得依德國法律，爲死亡之宣告』。此爲重國籍中涉及內國國籍者之辦法。第二種：波蘭國際上私法關係適用法第四條第一項云：『不在，失蹤，或死亡之宣告，由被宣告者最後國籍所屬之國家官署主管之，並依其國之法律。』此爲於採用本國宣告主義時，卽預爲重國籍問題之解決，實一進步之立法例也。

(乙)居留地宣告主義 謂從不在或死亡宣告之結果言，自惟絕對承認所屬國管轄主義；如從不在或死亡宣告之目的言，亦難積極否認居留地宣告主義。何以云然？人之所在地不明，或生死不明，則其人財產上或親屬上之關係，皆立於不確定之狀態；是不特妨害利害關係

人之利益，卽社會公益與經濟問題，亦必大受影響；此所以關於失蹤之各種宣告，爲世所承認也。今其人不居於所屬國，而居於居留地，至少其財產關係必偏重於其地，忽爾失蹤，倘其所屬國，因事實上之不必要，或利害關係人不在於其所屬國，未爲此或種之宣告，而又不許居留地宣告之，其影響於居留地之公益與經濟，爲何重要耶？故雖所屬國宣告主義，爲極有正當之理由者，而居留地宣告主義，亦有其相當立場，固不容一味否認之。

然所謂居留地宣告主義者，細按今日各立法例之規定，及各學者之主張，仍可分爲三大派：第一派，可稱爲以居留地管轄爲原則說，卽反本國宣告主義者是。謂失蹤制下之宣告既係出於離去住所或類似的住所，經過若干年，而所在地不明，或生死不明之原因，則其宣告管轄權，自應屬於失蹤人最後住所地之法院有之爲宜。依此說，內國人之在外國失蹤者，宣告權由外國法院主之；外國人之在內國失蹤者，宣告權由內國法院主之；事固極簡而便者。無如各國對於其所屬之人民，因離開國境之故，卽喪失其不在或死亡宣告權，此在絕對屬地主義時代，自甚可行，究不合於今日公認之人民主權原則，與夫現代各國立法之通例，其是

否可行，頗費斟酌。

第二派，可稱爲以居留地管轄爲後備說。謂本國宣告主義不特應承認其原則，並須絕對承認其有效，則凡居留於內國之外國人，或居留於外國之內國人，爲失蹤制下之宣告時，自應由其所屬國管轄之，但如其本國未經宣告，而居留地認爲非宣告不可者，則惟有由居留地依其本國法而宣告之。反之，若其本國既已宣告，居留地即無容再爲之宣告，自爲當然應有之結論。法國學者寶道(Georges Padoux)，對於我法律適用條例之意見，認爲其第八條應改爲『凡在中國有住所或居所之外國人生死不明時，未經其本國宣告失蹤或死亡者，得依其本國法，爲失蹤或死亡之宣告。』即近於此一學說。依此說，以居留地宣告爲所屬國宣告之後備，當實行宣告之際，是否對於應所宣告之範圍及效力皆一一爲之乎？如一一爲之，雖係依其本國法，究不知其依何理由能代其本國而宣告也。於此，就其實際宣告之狀態言，仍亦一反本國宣告主義者；蓋第一派之辦法，雖絕對採居留地宣告主義，而於法律適用上，固亦不必即用宣告地法主義者；則此派，不能因其適用本國法，即稱其宣告爲與本國宣告主義相輔而

行也。如非一一爲之，僅限於某項關係，始能由居留國爲之宣告，則又根本與此說之內容有違。蓋此說，以本國宣告之後備地位，解釋居留地宣告之存在，則後備云云，當然不以或項關係爲限；且或項關係中之果須由居留地宣告者，依條理言，亦不必待本國之不宣告而始宣告之也。

第三派，可稱爲以居留地管轄爲獨立說。即普通所稱之所屬國宣告主義之例外是，其實

第二派之學說，既以居留地宣告爲後備本國未宣告而設，何嘗非一例外，故改此標題。其說謂居留地異其所屬國之人，關於不在或死亡之宣告，依種種理由當然認其管轄權應爲所屬國法院有之，無待爭論。然因宣告之目的，於保護失蹤人之利益外，並重在保護第三人之利益，尤注意保護社會之利益，則居留國自可在一定之條件下，爲自己之利益，對外國人之失蹤者，獨立地爲不在或死亡之宣告。此固係本國宣告主義之例外，究非處於後備之地位；且非否認本國宣告主義，而以居留地宣告爲當然也。依此說，由其本國宣告者，可稱之爲普通宣告權；由居留國宣告者，可稱之爲特別宣告權；德國民法施行法第九條，日本法例第六條，

我國法律適用條例第八條，以及波蘭國際上私法關係適用法第四條第二項所謂「遇必要並因使其效果發生於波蘭時，波蘭官署，得依本國法，對於居住之外國人，爲不在，失蹤，或死亡之宣告」，皆屬於特別宣告權之規定。惟波蘭法係採本國法，與向例微有不同，尙未能完全合於此說之精神也。

### (三)不在或死亡宣告之成立

關於不在或死亡宣告，有普通宣告權，特別宣告權之異，已如上之所述；然此僅屬管轄問題，與適用何種法律之問題，判然各別；學者不察，往往以爲本國宣告主義；即是本國法主義；居留國宣告主義，即是居留地法主義；否則必以居留地宣告既爲本國宣告之例外，則其適用法律，亦絕對應爲本國法主義；混管轄問題與法律適用問題爲一，縱其主張之結果無誤，而錯雜紊亂之失，終莫能免也。在適用法律方面；首一研究之點，即法院當依何國法律決定其是否合於宣告之條件，決定其能否爲宣告之成否，決定其應否爲死亡宣告，抑或爲

不在宣告？共有左列各答案：

(甲)本國法主義 謂各國關於失蹤制度之規定，有僅變更財產關係者，有兼變更身分關係者，而身分關係之變更，又有即時變更，及待時變更（如德國，死亡宣告後，其配偶者須再婚時，始消滅其姻婚關係是）之別；苟不依其本國法爲之決定一切，則影響被宣告人之權利甚大，而利害關係人亦或蒙種種之不利，且既與人之身分及能力有關，依身分及能力依屬人法之原則，尤須如是爲之耳。不特宣告之爲然也，即在宣告以前之所謂「不在」時期，關於財產之管理，雖應依物之所在地法，然關於由失蹤人之身分而生之權利，如失蹤人有繼承遺產之權利問題，是否應爲承認，仍依其本國法而定之也。

竊按此說，用之於所屬國宣告權方面，即內國對於在外國之內國人，行失蹤制下之宣告者，自較妥當。因內國法律，支配一切內國人，固不問其住居於內國，抑住居於外國也。內國承認死亡宣告制者，則死亡宣告之；內國承認不在宣告制者，則不在宣告之；其居留國既承認所屬國宣告主義，所屬國依其自國法而宣告之，當亦無何異議。

惟用之居留地宣告權方面，則甚費解；在認居留地有絕對宣告權，或居留地有代替宣告權之說，如前述之居留地宣告主義中之第一派第二派所主張者，似採用本國法主義，祇須其理由優足，亦未嘗不可；無如此兩派所主張之宣告權，根本不能成立，縱爲本國法之採用，亦莫掩其明示地或隱示地反對所屬國宣告權之失也。惟居留地有獨立宣告權之說，如前述之第三派所主張者，始適於與所屬國宣告權爲並時之存在。在此特別宣告權之場合，而亦責令爲本國法之適用，則原則上既承認普通宣告權之存在，已採本國法主義矣，而於特別宣告權之存在，亦採本國法主義也。吾不知立法例上何爲設此無用之特別規定耶？苟必如是解釋之，反不如代替宣告權說之價值矣。此其一。

且由居留國宣告而採本國法主義，尤有莫大之不便；例如居留國採死亡宣告制，而其人之本國採不在宣告制；或居留國採不在宣告制，而其人之本國採死亡宣告制；今依其本國法，固得以保全其人或其利害關係人之利益，然他方面則大不利於居留國，不啻假手於居留國，以自損其法律之威信，尤覺失平！何以言之？居留國對甲國人而爲死亡宣告，對乙國人而



爲不在宣告，同一法院之宣告，竟有如是之異，已不妥矣；而居留國之法律既已採或種宣告制，是自信其立法價值高於採他種宣告制，今復爲特定失蹤人，爲他種宣告制之採用，更無異於自貶落其法規之地位也！說者曾主張在民法上規定之宣告制，固係限於某種，如我國定以死亡宣告之例是，而在國際私法之規定上，則不妨以失蹤宣告與死亡宣告並列，各依其本國法定某一種宣告制之採用，如法人寶道對我法律適用條例第八條所擬改之條文是；如是則律有專條，自不致因適用外國法，而使我國未承認之制度，見之於我法院，與內國法之內容發生積極的衝突也。此固係一辦法，但須知爲此說者，係囿於代替宣告權之見解，故不惜使內國法律爲兩歧之規定，未見與他國法律之衝突，而先見自國法律之衝突，又曷貴乎有此！此其二。

要之，愚並非絕對否認本國法之適用，特以既承認其宣告權，普通應屬之其本國，則由其本國爲其本國法之適用，必更妥當。居留國因特殊之關係，於一定範圍內爲特別宣告，自無再適用本國法之理，即在其附帶之關係上，或不免爲本國法之適用，亦係出於繼承等原則。

而。然。無。關。於。宣。告。問。題。也。說。者。不。知。從。管。轄。問。題。上。嚴。為。解。決。而。斤。斤。於。本。國。法。之。適。用。亦。可。謂。不。揣。其。本。而。齊。其。末。矣。

(乙)物之所在地法主義 謂關於失蹤制度下之宣告，應絕對地適用物之所在地法，或相對地適用物之所在地法。絕對地云者，如關於不在宣告，被宣告人之身分，並不因其宣告，而發生變更，故即以物之所在地法定之。相對地云者，如關於死亡宣告，因出於保護財產之目的，故亦應物之所在地法，但如婚姻關係等，則應適用本國法是也。

竊按此說，亦極其誤。失蹤制度下之宣告，其目的固以保護財產為主要者，然能力問題，亦非盡屬輕微，而有時更以之變更親屬之關係；此說僅從財產關係方面，說明應依物之所在地法主義，自不免於狹隘。且不以管轄何屬，而定其應適用之法律，更失之籠統。如基於普通宣告權方面而言，依其說，雖不必合理，要尚不失為一種主張；如基於特別宣告權而言，則因此項宣告權之成立，惟就對於內國有關之事件，為特別之宣告，實不容依物之所在地法。蓋其人之物，不必皆在內國，內國惟能就其在內國之物，對其人為不在或死亡宣告；與

其謂依所在地法，莫如謂依內國法之爲愈；若是，則在此一點上，爲內國法主義，而非物之所在地法主義矣。至謂婚姻關係等依本國法云云，事固如是，然特別宣告權之面，根本無此宣告之權，更不能有當依何國法律之問題也。此其一。

物之所在地法主義除上之缺點外，尤有一根本之困難；即依物之所在地法爲不在之宣告，使婚姻關係不發生變更；然其地之法律如只有不在推定及死亡宣告，又將如何？爲死亡之宣告，使法律關係早歸確定；然其地之法律只有不在推定及不在宣告，亦將如何？換言之，所在地法之失蹤制度與宣告國失蹤制度規定不同時，如僅內容上之異，自無問題，倘爲制度根本上之差，將依之歟，抑不依之歟？不依之，即違於物之所在地法主義；依之，是明知其制度爲我所否認者，而竟從之，何以自解內國否認此一制度之精神乎？吾知其或有說也，依所在地法云者，由所在地國法院依其法律，而爲之宣告耳。如是，又與管轄問題相混，愚曾熟聞居留地宣告主義矣，若物之所在地國宣告主義，實未之有也。此其二。

(丙)人法物法分立主義 謂宣告有關於人者，有關於物者；關於人者，如夫婦關係，親

權行使，自應依人之本國法；關於物者，如失蹤者之財產，如何管理，如何占有，如何移轉，及其所在地不明，或生死不明之際，必經過若干年，始得宣告，皆應依物之所在地法。

竊按此說，將應所準據之法律，爲人與物之分，兼本國法與所在地法而有之，似覺適宜，實亦不然；各國關於失蹤之規定，既不相同，則兩相適用之結果，必不免於衝突。例如被宣告人之本國法，其人雖經宣告，而僅屬不在之性質；依其法，即不能視其爲已死亡，而並身分能力亦絕對消滅之；被宣告人之物之所在地法，宣告屬於死亡之性質，依其法，即僅在物之關係方面亦必爲根本的變更，因視其人爲已死亡也。今同一宣告問題，關於人者依其本國法，而人仍視爲生存時，則在物之方面，雖依法應與死亡者同一辦理，亦有所不能；反之，依其本國法，視之爲死亡，而依物之所在地法，則非死亡，又將如何解決？考其所以有此失者，仍不外未依管轄問題，而定其所應適用之法律故耳。故愚主張。

(丁)依管轄性質而定主義 即各國關於失蹤制度，既有『不在宣告』與『死亡宣告』之異，固不能強各國兼採其二，亦不能強各國同取其一，則任爲何種準據法之適用，必不免於法律

關係之衝突與糾紛，仍難爲澈底的解決。於此惟有依其管轄權之何屬，而定其應所適用之法律，不特於事實上較有順序，或可望有一解決其適用法律之辦法耳。茲先言：

第一，普通宣告權者之適用法律。由失蹤人之本國爲宣告時之適用法律問題，依前各段之結論，自必依本國法，爲絕無疑義者。但應須解釋之點，即其人之財產，大部分或全數在於居留國，苟不依居留國之法律，能行之無礙乎？此亦易解決也！蓋人在居留國失蹤，其財產則在本國，與以宣告，固無若何問題；即財產之在居留國者，亦應視本國所採何種宣告制度，而定其情形。本國係採不在宣告制，是僅與財產問題有關，而於身分問題無涉，則失蹤人之財產既在外國，與內國之法律關係不發生如何動搖，於通常情形中，實無爲之宣告必要；以其屬於特別宣告權範圍也。即宣告矣，在宣告前之財產如何管理，此係財產法問題，自非本國法之所能及，然亦非即在此問題中爲居留地國法之適用；在宣告後之財產應歸何人假占有，是牽及財產繼承問題，當然爲本國法之所能及，無所過慮耳。本國係採死亡宣告制，是兼財產關係身分關係而有之，即其財產在居留國，與本國無密切關係，然爲確定身分關係

故，亦往往不能不與以宣告，此際仍可使本國法之效用，間接達於居留國。蓋人一經其本國推定爲死亡，或視爲死亡，除其人確在於居留國外，居留國至少對其身分關係莫不承認之。其結果，財產應歸何人繼承，惟依其本國法之是決也。

第二，特別宣告權者之適用法律。由失蹤人之居留國爲宣告時之適用法律問題，各學者之意見頗爲複雜，愚則主張應限制管轄權之範圍，而爲內國法之適用也。蓋既承認普通宣告權之存在，而猶主張本國法之適用，則無異使特別宣告權取普通宣告權而代之矣，何如直以居留國宣告爲原則之較妥乎！或又認爲在原則上仍依本國法，在例外上則依內國法，殊不知特別宣告權之存在，亦惟在此適用內國法關係之一點上，有其地位，舍此，卽屬普通宣告權之範圍。故只有普通宣告權爲原則，特別宣告權爲例外之別；實無在居留國宣告主義下，以本國法適用爲原則，以內國法適用爲例外之說也。故愚對於特別宣告權者，採內國法主義。於此有一問題：適用內國法之結果，往往不免與失蹤人之本國法發生衝突，是又反於人之身分能力依其本國法之原則，似爲可慮之點，而亦不容否認者。例如我國對外國人行使特

別宣告權，依中國法則爲死亡宣告。倘在其本國或僅被宣告爲不在；則其人同時於其本國之法律上尚爲生存，而在中國之法律已爲死亡也。設此人爲已婚者，其妻在其本國仍爲有夫之婦，再嫁則爲重婚；在中國直爲孀婦，無重婚之事；推而至於繼承，婚姻財產，立嗣等法律關係，莫不趨於糾紛，無由解決；法人寶道會以此種理由，批評我法律適用條例第八條規定之不妥者。此誠難諱，然須知內國之爲此特別宣告權，僅係出於爲維持內國之公益與經濟安全而然，故只在有關於此項目的之一定事件內，爲死亡之宣告，並不涉及其身分問題，身分問題之如何解決，又必待於其本國爲如何之宣告而定之耳。換言之，特別宣告權之成立基礎，既非所以如普通宣告權之爲原則，有其廣闊之目的，此僅在於內國之一定法律關係範圍內，因種種必要而特別爲之宣告，即不能牽涉於此一定法律關係外之各問題，更不能問其在國境外之如何狀態，實際上亦不發生此種如何狀態問題也。故如必爲適用內國法結果之種種顧慮，即莫如直然推翻特別宣告權之較爲痛快耳。

#### (四)不在或死亡宣告之條件

依何種條件，得爲不在或死亡之宣告；由普通宣告權方面言之，因適用本國法之故，卽以其法律所規定之條件，爲其條件，無容討論。由特別宣告權方面言之，其所適用之內國法，亦係宣告國自國之法律，自亦以其法律所定之條件，爲其條件，同所當然。惟成爲問題者，內國在如何之條件下，始得爲失蹤之外國人，有特別宣告權耳。茲就我法律適用條例第八條「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，及應依中國之法律關係，得依中國法，爲死亡之宣告」，一解釋之，藉以示例。

(甲)關於主體方面之條件 外國人之生死不明時，在一定範圍內，爲之宣告死亡，首一條件，必須其在中國有住所或居所。苟外國人之在中國無住所或居所，縱使失蹤，致生死不明時，亦與中國無若何之關係，根本卽不發生死亡宣告之必要。且失蹤既係離開從來住所或類似住所的居所之謂，死亡宣告又須於失蹤後，經過一定年限，生死不明時，始得行之；



今外國人無住所或居所，雖生死不明，亦與普通外國人之生死不明關係等，即強認之爲失蹤，更無由計算其經過之年限，是又根本難爲死亡宣告也。日本法例第六條，亦明定「失蹤以前，在日本有住所或居所之外國人」，始於一定範圍內，爲之行使特殊宣告，亦卽此故。

關於主體方面之條件，我國學者中，有特稱之爲普通條件者。謂不論依本國法宣告死亡，或依中國法宣告死亡；均不可不備之條件，質言之，即宣告管轄之條件是也。故住所或居所之要件，只係中國法院，對於外國人宣告死亡之條件，而非對於外國人，依中國法，宣告死亡之條件耳。此種主張與愚之主張不同。愚依第三節之結論，認爲中國對外國人之死亡宣告，乃處於特別宣告權之地位，不能以適用內國法爲例外，而以適用本國法爲原則，適用內國法，卽其宣告權之成立要素，舍此，卽無由望其成立。故住所或居所並非中國對外國人死亡宣告之普通條件，認爲依內國法時尙須依他之條件；實乃關於主體方面之條件，合及下述之關於客體方面之條件，始可爲外國人宣告死亡。不然，僅有此住所或居所之條件，縱不依內國法，亦難宣告外國人之死亡；因依其本國法，乃屬於普通管轄權之範圍，自非我所能依

，亦非我所願依也。

(乙)關於客體方面之條件 失蹤之外國人，在中國雖有住所或居所矣，然仍不得泛爲死亡之宣告，惟「祇就其在中國之財產，及應依中國法律之法律關係者」得爲之耳。蓋外國人雖爲有住所或居所於中國而失蹤者，如不涉及此依中國法律之法律關係，亦卽無爲其宣告死亡之必要；因所以爲之特別宣告者，非爲失蹤人之利益，實爲第三人之保護，完全基於內國社會公益與經濟關係而然也。

此依中國法律之法律關係，其「在中國之財產」，既在中國，自係其法律關係之一，因其地位頗關重要，故特別明示之。關於財產之範圍，有體物與無體物皆在其內，卽債亦屬之。但欲證明其是否在於中國，不動產以有固定地位，無體財產以須在官廳註冊，皆易辨明；惟動產，及債稍涉複雜。學者關於債，或以給付地定之；關於動產，或以死亡宣告之時定之，或以聲請宣告之時定之，此無關於宣告條件之自體問題，姑置不論。茲須研究者，何故必就在中國之財產條件下，得爲死亡之宣告乎。蓋在今日，經濟勢力爲各種關係之基礎，財產

地位之不能確定，必妨礙經濟之發展；影響國家之事業，故爲在中國財產之有不確定狀態者，而使歸於確定，認爲有死亡宣告之必要時，初無分乎內國人，外國人，爲異其理由。且亦不必問外國人之本國，果有死亡宣告制度與否，亦不必問其會否爲某一種之宣告，只須其人在中國有住所或居所，合於民法上之死亡宣告規定，直爲之宣告死亡，無所爲疑。

除財產關係外，其他之依中國法律之法律關係云者，謂依中國法律之規定，其法律關係當依中國法律者是。例如英國之失蹤人，有住所於我國，在其失蹤前，曾與日本人在我國所設之保險公司，結有生命保險契約。設此英國人失蹤滿十年後，其繼承人爲取得保險金額，不能確實證明其人已自然死亡，乃向中國法院提起死亡宣告之聲請。因當事人締結契約之依何種法律意思不明，而又非同一國籍者，自惟有適用其行爲地法，即中國法（參照法律適用條例第二十三條）；於此，中國法院以其請求既合於民法上之規定，又合於國際私法上之條件，即爲之宣告死亡；以爲領取保險金額之證明。且亦惟其人自然死亡之證明外，僅以內國死亡宣告之證明爲限，於此際，更不許從他國之死亡宣告以證明之，因他國死亡宣告之條件

，未必即與我國相合也。

關於客體方面之條件，我國學者中，根據普通條件一名之論據，有稱之為特別條件者，謂其為依內國法時，對外國人宣告死亡之特備的條件也。根據上段之理由，當然非愚所能隨同者。

(丙)關於法體方面之條件 即對外國人為死亡宣告時，除依上述之條件外，更須以適用中國法，為當然條件也。因中國之所以為此特別宣告者，其目的不外依中國法以定其財產等關係，實無在此範圍以外，對於他之關係有適用本國法之必要，因適用本國法定此範圍以外之他種關係，乃普通宣告權方面之事，例如我國對於在外國之中國人，為死亡宣告是也。故中國對外國人之宣告死亡，依中國法，亦不失為在被適用之法律自體方面之一條件焉。試參閱我法律適用條例草案對於此一規定所附之理由曰：『人之生死不明時，各國或宣告失蹤，或宣告死亡，關係身分能力，與上條情形相同，應由本國宣告，中國法院，僅於本條指定之情形時，特別有宣告之權。關於宣告條件及效力，依中國法，因宣告效力僅及於應依中國法

之法律行爲也。』可知宣告效力，僅及於應依中國法之法律行爲，中國法院始特別有宣告之權，則『依中國法』，就應依中國法律之法律關係，對該外國人爲死亡之宣告，自不失爲必要事件之一，法律適用條例第八條所規定者，當不出此理由之範圍，吾人解釋該條，斷不能與此有反。

我國學者中，因主張中國對外國人爲死亡之宣告，以依本國法爲原則，依內國法爲例外，認爲法律適用條例第五條第一項爲能力原則之規定，第八條乃能力例外之規定；故通常對外國人宣告死亡，即應依本國法，但如具備第八條所定之條件，亦可適用例外之規定，始得依中國法宣告之。於是解釋第八條『得依中國法』之『得』字，爲僅對於中國法而言，非對於宣告而言；至於『祇就其』之『祇』字，亦係僅爲限制之表示。而非督促之意思也。其實不然！日本學者解釋此『得』字爲『要』字意，或爲『不得不』意，因非愚所主張，然謂『得』字係限制『中國法』而言，亦極不當。愚以爲『祇就其』……得依中國法爲死亡之宣告』云云，均係表示限制宣告者。『祇』之爲言，外國人無住所或居所於中國者，歸其本國宣告，自無待論；

即有住所或居所於中國者，亦以歸其本國宣告爲原則；中國法院，「祇」能就其依中國法律之法律關係，而宣告之耳。「得」之爲言，實即「得爲死亡之宣告」，而以中國法三字加入者，乃表示其用中國法宣告之意。卽不謂然，此「得」字亦係指在普通宣告權之外，中國法院祇就其某某關係，亦得依中國法爲死亡之宣告，正與普通宣告權者之依其本國法爲死亡宣告之原則相映照也。如此解釋，或有謂其中國爲外國人之宣告死亡，將必永無依其本國法之時，然須知中國之宣告，係爲其本國宣告之例外，依其本國法，乃本國宣告權範圍之事，依中國法者，卽此例外成立之內容，正不必以此爲慮！或又謂其如是，必反乎第五條第一項之規定，然須知中國在實際上始終不能依其本國法者，並非與能力原則有違，實以其本國法之適用，已劃入普通宣告權之範圍，此乃管轄問題所致，又何能以此爲病！

## 【圖表二十八】法律適用條例第八條之解釋表

大  
學  
法  
學

在中國有住所或居所＝普通條件

在中國之財產及應依中國法律之法律關係＝特別條件

對外國人爲死亡之宣告＝普通條件×本國法 } +

{ (普通條件+特別條件)×中國法 }

應  
解  
釋  
爲

在中國有住所或居所＝關於主體方面條件

在中國之財產及應依中國法律之法律關係＝關於客體方面條件

對外國人爲死亡之宣告＝(關於主體方面之條件+關於客體方面之條件)×中國法

## (五)不在或死亡宣告之效力

宣告國對被宣告人之宣告的效力如何決定？外國之宣告是否在他國發生效力？我國之人

爲外國宣告死亡或不在，我國是否承認之？皆屬於宣告效力問題。試分言之：

(甲)關於宣告國宣告之效力問題 此有本國法主義與法庭地法主義之爭。蓋

第一，本國法主義 爲意法等國學者所主張，以其承認宣告之條件應依本國法，此之採本國法主義，自爲其當然應有之結論。然依吾人之見解，「宣告國」爲其人之「本國」，一切適用自國之法律，即吾人所視爲本國法者，斷非有失。若「宣告國」爲其人之「居留國」，乃因屬於特別宣告權關係，其對外國人之宣告，原不問其本國有無失蹤制度，及是否爲之宣告，但須於內國有宣告之必要，而宣告之，其宣告之效力，自不能再依其本國法，苟依之，必反於內國宣告之目的矣。

第二，法庭地法主義 我國及日本採用之。在學理上，既以特別宣告權而定內國宣告之性質，必以內國法之適用，始能達其目的；則關於效力問題，亦必依內國法定之，始能適合於內國法之所以適用。且其效力之範圍，僅能及於在內國之財產，及應依內國法律之法律關係，於外國之此項關係，並不影響，即依內國法，更無何害。在實際上，我國，不宣告則已



，宣告則爲死亡宣告；日本名稱上爲失蹤宣告，內容則係視爲死亡。故一宣告後，卽與自然死亡者生同一結果，如不依內國法，勢必依本國法，倘其國不承認宣告制度，或係不在宣告制度，依其法以定其效力，內國爲死亡之宣告，未免多事矣。卽同探死亡宣告之國，其效力亦必以宣告國法定之，始完全免於糾紛。如我國探推定死亡制，雖經宣告，仍得以反證而推翻之；日本探視爲死亡制，在未撤銷死亡宣告前，任何反證皆不得推翻之。設我國對日本人爲死亡之宣告，苟不依中國法而依日本法，雖有人反證其人尚在，以未經撤銷，仍視爲死亡，既與我民法第九條第二項之但書有違，且卽欲撤銷，而法律既無撤銷之規定，將何應付之，殊成問題。此又宣告國宣告之效力，必應依宣告國法——卽法庭地法之，一理由也。

(乙)關於第三國宣告之效力問題 外國人於宣告國，已受失蹤制下之宣告，其效力能否及於其他各國？有三種主義；

第一，否認主義。英美學者多主張之，華東(Wharton)卽其一也。謂法院宣告之效力，不得越其國境，而及於他之國內；既僅於宣告國之法域內，發生效力，他國自無承認之理也。

第二，肯定主義。歐陸學者多主張之，巴爾(Barr)即其一也。謂如死亡宣告，其結果與自然死亡同；自然死亡，各國既不能否認，則死亡宣告之效力，自應承認之也。

第三，事實主義。前之兩主義，愚終覺其偏於主觀過深，不合事實！對於特別宣告權方面而言，其宣告之原來效力，只限於該內國之法律關係，承認之，否認之，皆於實際上無何區別。對於普通宣告權方面而言，無論其本國對於居留地之自國人而宣告，或對於在其國內之自國人而宣告；我既純粹以第三國視宣告國，因其宣告不過牽涉於親屬繼承等問題，雖承認之，於我亦無大損；即不承認之，於我亦無何利，故不必斤斤以承認否認之是辯。所宜注意者，即其人已受或種之宣告，倘事實上尚生存於我國時，自不得以其被宣告之故，而視為死亡，或不在。

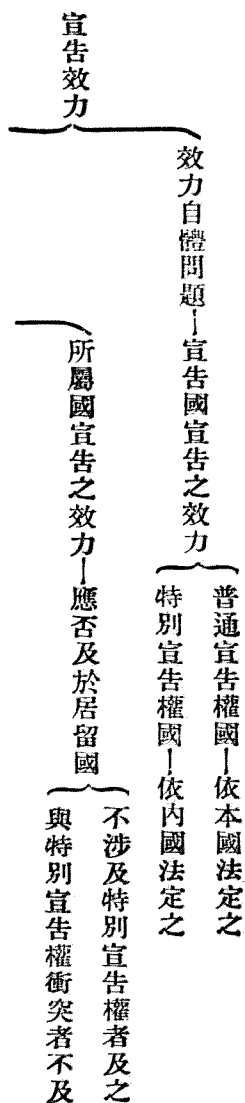
(丙)關於所屬國宣告之效力問題。居留於內國之外國人失蹤，由其本國為之宣告，其效力能否及於居留國，應分別論之。凡不涉特別宣告權之範圍，所為之宣告，因內國既承認普

通。宣。告。權。爲。宣。告。之。原。則。，。當。然。承。認。其。效。力。；。未。有。不。承。認。其。效。力。，。猶。謂。以。普。通。宣。告。權。爲。原。則。者。也。且。此。項。宣。告。，。既。將。牽。及。純。粹。內。國。之。法。律。關。係。除。外。，。即。承。認。之。，。亦。無。妨。害。內。國。公。益。之。處。，。正。可。於。承。認。其。效。力。中。，。貫。澈。人。之。身。分。能。力。依。本。國。法。之。原。則。也。至。若。其。本。國。之。宣。告。，。侵。及。內。國。之。特。別。宣。告。權。，。則。在。內。國。方。面。，。視。爲。超。出。普。通。宣。告。權。之。限。度。，。自。難。容。忍。蓋。以。各。國。制。度。不。同。，。由。本。國。依。其。法。而。宣。告。之。，。內。國。苟。承。認。其。效。力。，。不。啻。內。國。自。行。推。翻。內。國。之。制。度。，。特。別。宣。告。權。之。規。定。，。即。所。以。爲。救。此。弊。耳。縱。使。其。本。國。依。內。國。法。而。宣。告。之。，。內。國。似。未。便。絕。對。否。認。其。效。力。，。但。仍。必。由。內。國。爲。一。度。之。宣。告。，。始。得。於。內。國。發。生。當。然。之。效。力。也。

(丁)關於居留國宣告之效力問題 內國人居留於外國者，外國對其宣告，在內國法律上是否承認其效力，與丙之問題，適爲反對。即居留國對內國人，代替內國而行普通宣告，雖依內國人之本國法(即內國法)，亦所難認。蓋內國人之在內國法院，既得爲或種宣告，即不能再認爲居留國法院，有重爲宣告之管轄權，致影響於內國人之各種權利，並損及內國之主權，此其一。內國雖基特別宣告權，得對外國人宣告之，但此係圖內國之利益而然，不得因

外國之利益而準用之，此其二。內國既不承認居留國對內國人有普通宣告權，而其宣告之效力，如承認之，更大有害於內國，自惟嚴守宣告效力不能超出法境之原則焉。此其三。反之，若居留國對於內國人，為宣告時，苟能依內國對於外國人依特別宣告權所擬之條件，同一為之，則內國限於在此場合，亦可承認其宣告有效也。所以然者，此種宣告，不特與內國人之身分無關，抑且於在內國之財產，及其他應依內國法律之法律關係，毫無影響，而僅以特別宣告權之相互主義，亦極平允者也。

『圖表二十九』不在或死亡宣告之效力表



效力所及問題

居留國宣告之效力——應及於否所屬國

不涉及普通宣告權者及之

與普通宣告權衝突者不及

推定死亡之事實無妨及之

失蹤人尚確在其國者不及

第三國宣告之效力——應否及於其他國

## 第十二章 法律行為之方式

國際私法上對於法律行為之實質問題，應依何之準據法以決定之，因其範圍牽涉過廣，各依其行為之性質與種類，分別定其應適用之法律，故亦惟有另詳之耳。茲所研究者，為法律行為之方式。法律行為之方式云何？原為各國民法之問題，苟簡單解釋之，則不外應如何而為其一定的意思表示之謂。例如當事人之意思表示，應為通常之言詞表示乎，抑為特定之言詞表示乎，應為通常之書面表示乎，抑為特定之書面表示乎？又其意思表示時，應須公證人之到場乎，抑僅須普通證人之到場乎？應須於一定地點而為之乎，抑不限地點隨處皆可

爲之乎？凡此種種，皆法律行爲之方式是。倘有違背，或有欠缺，不影響法律行爲之成立，必影響法律行爲之效力，故以法律行爲之形式的要件是稱也。外國人在內國爲法律行爲，內國人在外國爲法律行爲，或內外國人在第三國爲法律行爲等等，其行爲之方式應依何國法律定之，是即國際私法上所討論者也。惟學者對於此一問題之位置，或則於債法之適用論中，與所謂法律行爲之成立並列，僅將法律行爲之方式，限於債權契約一事，自非所宜。或則依我法律適用條例之規定次序，而以之爲國際民事法之殿，獨成一『編』，亦覺不妥。故愚仍依通例，認爲係民事法總則適用論範圍內，所應討論者，茲再分及之：

### (一) 通常的法律行爲之方式

各國立法例上，對於法律行爲之方式，所規定之準據法，自適用於一般的法律行爲之方式；然亦不無絕對之例外，而此例外或又有其例外，反適用原則之規定，既已感其複雜矣。兼以因避法行爲而生之『法律行爲之方式』，內國是否承認，更爲學者所爭訟之焦點。故爲便

於敘述計，將一切複雜問題，歸納之於次節特殊的法律行爲之方式中，茲先就通常的法律行爲之方式言之。法律行爲之方式，自昔卽依『場所支配行爲之原則』，而依行爲地法；今其基礎，雖漸動搖，然否認絕對的行爲地法主義者，固極普通，而不相當採用行爲地法主義者，亦屬絕無。分三大端以述：

(甲)絕對的行爲地法主義 謂法律行爲之方式，所以依行爲地法者，既係出於場所支配行爲之原則，卽含有強制而絕對之性質，當事人須遵守之，否則其行爲全屬無效。換言之，場所支配行爲之原則，乃真正之國際私法之習慣法，故凡依行爲地法所定之方式，則其所爲之法律行爲，自可於任何地而有效也。顧學者雖同探絕對的法律行爲地法主義，而其理由亦絕不一致，有如。

第一，法則區別說 巴託路斯 (Bartholinus) 雖未將行爲地法獨立於人法物法之外，然已主張法律行爲之方式依行爲地法，乃係一地方之法律對於不屬於其地方之人，所得適用之一種。後法國學派興，復唱法規三分主義；認爲法律關係不外人，物及行爲三種，此三種各異其

管轄法，不可相混。故凡發生法律行為之問題，不惟方式方面，應依行為地法決定，即實質方面亦然。因法則區別說繼續存有四百餘年之久，故此一理由在昔亦曾佔有最盛之勢力。

竊按此說，既以法規分類主義為其根據，法規分類主義今已屬於沿革上名詞，此說之失當，無待再論。

第二，主權尊重說。謂法律為主權之作用，則在行為地國為法律行為者，其方式即不可不服從其行為地法。換言之，於其地為法律行為，即應服從其地之主權；行為地如在我國，即係對我國主權之保全；如在外國，即係對外國主權之尊重云。

竊按此說，過偏於屬地主義，故只知注意領土主權之關係，而未明所以必依行為地法者何故。且在今日，法律行為之實質問題，既非皆依行為地法，何獨於其方式而必如是？苟託為保全或尊重主權計，固不僅法律行為之方式，應依行為地法，即一切發生於行為地國之法律行為，及關於其國之所有法律關係，吾人對之，皆以行為地法是探，安可能乎？然更莫如推翻行為地法，完全為內國法之適用，如英國之在絕對的國際禮讓主義時代，即「法律行為



之方式依行爲地法』之原則，亦遭排斥，是真能保全主權者，然尊重他國主權一點，則不能兼顧，即兼顧矣，又豈絕對的行爲地法主義者所願耶？

第三，證明便利說。謂法律行爲之方式，不外證明法律行爲之方法，而最適合於證明者，惟行爲地法。何以言之？如依本國法，設有不同國籍之人締結契約，將依何之本國法；如依法律行爲實體所準據之法律，設其法律所規定之方式，極爲繁雜，不易於行爲地舉行，又將何之法律是依？苟依行爲地法，不僅證明感於便利，且可使意思表示，及事實存在，更爲進一步之明確也。

竊按此說，用以說明相對的行爲地法主義，自爲應有之論；若用以爲絕對的行爲地法主義之論據，終覺其偏而不備！蓋行爲地法之證明，固甚便利，然行爲發生效力地，苟非與行爲地爲同一法律，則依效力地法，必更明確無疑，自亦不能以行爲地法爲絕對者也。

第四，衝突調解說。謂一定之意思表示，既須有一定之方式，俾其法律行爲之成立，免於強暴脅迫及詐欺之情形；是方式之必須具有，實爲保護法律行爲而然也。惟其保護之方法

，各國因風俗習慣之異，不必皆爲同一方式，往往甲國視爲必要者，乙國或視其無關，而丙國或又與以改變。於是任依何國之法律，必易與他國之法律發生衝突，則其後或因履行地之異，或因訴訟地之異，其所從之方式遂不免發生有效無效問題。故不如直然採用行爲成立當時之行爲地法，於無可避免之衝突中，求一較爲確定之辦法；且亦惟如是，而最適用於保護之目的也。

竊按此說，苟必以調解法律之衝突，而認爲法律行爲之方式非採絕對行爲地法主義不可者，則惟有先使法律行爲之實體先採同一主義，否則其目的仍未易達也。

第五，萬國默認說。謂各國於立法例上，既皆不否認行爲地法主義之存在，不啻相互默認此一原則之正當，何如均絕對地爲行爲地法之採用，刪去其他準據法之規定，並可使法律適用，歸於簡單而統一也。

竊按此說，雖認爲法律行爲之方式，如依行爲地法，各國均莫能否認其效力，誠爲確言；然不能以在此一點上之相同，即作爲絕對的行爲地法主義之理由也。蓋各國相對地採用行

爲地法，或僅設爲原則，而另定有例外，或另設有原則，而僅定爲例外，其採用之旨趣與程度，均不盡同，自不能使舍其異，而歸一途，削足適履，其此之謂乎？

第六，意思自由說。謂依尊重個人自由意思之原則，惟絕對的行爲地法主義，適合此旨。因當事人之在此地爲法律行爲，即可推定其人有服從行爲地法之意思，換言之，必應認爲有意遵守此地法律行爲之方式是也。夫既出於當事人之自由意思，自應依行爲地法而尊重之。

竊按此說，既涉於武斷，而又不合於事理，無存在之餘地！何以言涉於武斷？當事人在某地爲法律行爲，大都出於實際上之必要而然，非卽有服從其地法律之意思，自不能作爲其方式必應依行爲地法之論據。然亦有之，則惟所謂詐欺之避法行爲耳？何以言不合事理？意思自由說僅政治上之一種主張，今已失其價值，苟法律方面亦必應是，則內國法律亦不可不爲要式行爲，與非要式行爲之分，更可不必爲法律行爲方式之規定，任人依從之，恐無是理也。

總之，絕對的行爲地法主義，不外強制當事人依行爲地法所定之方式，乃含有命令之性質；故以之而爲明文規定者，又可稱之爲命令法之規定。惟以其在實際上終有望礙難行之處，故今日各國均改採相對的行爲地法主義。相對的行爲地法又可分爲兩大類，即：

(乙)原則的行爲地法主義 以行爲地法爲原則，而以他之準據法爲例外，所以補救絕對的行爲地法主義過於嚴格之失也。然何以仍不否認行爲地法主義之爲原則？此則基於行爲地法存在之唯一理由；所謂便宜關係說是也。蓋自世界交通開展以來，私法的關係往往變有涉外性，故在外國爲法律行爲者，倘使其一一必依故國之法律，或依內國法律所認之他國法律，定其方式，必有時爲極感困難者。於此，因便利上之關係，苟其法律行爲與行爲地之方式相合者，亦當認其有效，不僅內國如此，即其他之各國亦有認之之必要，故以之爲法律行爲之方式，所準據之法律之原則焉。

依此一主義而爲之明文規定者，可稱爲任意法之規定，即當事人以依行爲地法爲便，則依行爲地法；以依所規定之他項準據法爲便，則依他項準據法；非絕對而必然地須爲行爲地

法之是依也。至於他項準據法云云，各國之立法例上規定各不相同，可別之爲三。撮要一及

第一，當事人同國籍時依其本國法之規定亦爲有效者 卽法律行爲之方式，以依行爲地

法爲原則，但如當事人雙方之國籍相同時，則不妨承認依其本國法所規定之方式，亦爲有效者之謂也。意國民法及法國判決例，並其學說，均主是說；而自一八九四年後海牙之國際法會議，亦作同一主張，我法律適用條例草案亦然。於茲，有兩問題：

何以不同國籍之人，不依其本國法，而須依行爲地法？因各國關於法律行爲之方式，規定既不相同；而同一法律行爲，亦不能有兩種相異之方式並存。設如有甲國人與乙國人爲法律行爲，依甲國法或非乙之所願，依乙國法，或非甲之所願，皆影響於其行爲之成立或效力，此所以必依行爲地法也。又如雙務契約，依例，惟依當事人之本國的方式，爲之證明；今當事人既不同其國籍，將依何之本國法是探，此又所以必依行爲地法也。

何以同國籍之人，亦不限定爲本國法之採用，仍須與行爲地法兼而行之？因法律行爲之

方式，依何之準據法，全以便利當事人爲主旨，不限定絕對探行爲地法，而探本國法亦有效者，正係此故；反而言之，本國法之採用如有困難，則又行爲地法之是採矣。蓋雖係同一國籍之人，苟在外國爲法律行爲，倘必強其依本國規定之方式，設因久居國外，偶忘其爲如何之方式，或未忘及，乃因法律之修改，而失其效，將何以使其法律行爲之成立，並有效於其本國耶？不然，惟有強外國許本國律師之赴其地，專理自國人民之法律事件，則內國居留於外國之人民，爲法律行爲之前，自可委託自國律師辦理之，其不便也可知！但如行爲地法所規定之方式甚爲繁雜，而其人對於其本國法之採用，又極方便，則依其本國法，亦當然有效，自無待論。

第二，依法行爲之效力發生地法之規定亦有效者。何謂法律行爲之效力發生地法？即行爲實行地法是也。例如兩人在甲國爲債約之締結，而債之履行在於乙國，依締約當時所在地之法律，即行爲地法，依債之履行地之法律；即行爲實行地法；任依何之法律，皆屬有效焉。採此主義者，爲歐戰前，德意志聯邦中之索遜民法。

不絕對探行為地法者，以行為實行地法關於行為之證明，爲尤明確；不絕對探實行地法者，因實行地不必皆可預期，即可預期，或亦不無中途之變更，故讓諸當事人之以何地法律爲便，即依何地法律，定其法律行為之方式可也。

第三，依規定行為效力之法律之規定亦爲有效者。規定行為效力之法律云者，即行爲準據法之謂。我法律適用條例第二十六條：「法律行為之方式，除有特別規定外，依行爲地法；但遵用規定行為效力之法律所定之方式，亦爲有效」云云，即此規定。蓋行爲地法之原則，本非絕對法，而爲任意法之性質，自不能不對之設有例外。換言之，行爲地法原則之命意，全爲謀個人之便利而設，即無強其遵從之理；苟絕對非踐行爲地之方式不可，反與當事人爲不利益矣！且有時即不感何程序上之困難，而如其所規定之方式，與支配行爲自體之法律有異時，亦往往有使其法律行爲之成立，陷於不能之慮。例如行爲地之婚姻儀式，須舉行於教堂，而由牧師證明之；設當事人不信宗教，必依其方式，則是反於當事人之意思，而非願舉行者，故於依行爲地之方式外，亦可依本國法行之，因婚姻成立之效力依本國法故耳。於

茲較成問題者，即當事人不知其本國法，又將如何？今日各國往往互結條約，許在外國之公使或領事，爲其本國人民製造結婚證書，於公使領事之前，履行一定之方式，又係爲補救此一缺點而設也。

反而言之，不獨以規定行爲效力之法律，定其行爲之方式，而仍相對地以行爲地法爲原則者，又不外便宜關係說之一理由也。雖謂「關於方式之規定，其目的在防詐欺，各國視其國之風俗道德，恆有特殊之方式，苟行爲地認爲其確者，固可加以信任」，爲其論據之一；然尤莫如謂『規定行爲效力地之法律，外國往往不必皆能適用』之爲更確也。例如規定行爲效力地之法律，規定爲法律行爲時，須有公證人到場；倘其地無公證人制度，有無公證人卽成問題，勢必影響其法律行爲之成立。縱有公證人制度，倘規定行爲效力地之法律，公證人以籍隸自國者爲限，則以外國人之爲公證者，是否在規定行爲地之法律上發生效力，仍一問題，卽不拒絕外國之公證人，然其作成之公證書，當係依行爲地國之法律亦非必適合於規定行爲效力地國所需要之方式。故許當事人兼得爲行爲地法之採用，遇此困難卽可免避之，真



接依行爲地法矣。

至於我法律適用條例第二十六條之「除有特別規定外」，意何所指？此不限於法律明定某種行爲方式，應依某準據法者，而尤以第一條之規定爲主。蓋法律行爲之方式，雖以依行爲地法爲原則，但行爲地法之規定，有背於中國公共秩序，或善良風俗者，自不適用之也。卽遵用規定行爲效力之法律，所定之方式者亦然。說者或謂依特別法優於普通法之原則，此項規定，殊爲無用；但明示之，更見其確切，而對於第一條規定之精神，於法律行爲之方式問題上，尤易爲人忽略，似以規定之爲宜！

(丙)例外的行爲地法主義 以依支配行爲自體之法律爲原則，例外始依行爲地法，故在實質上，與原則的行爲地法主義，無所差別，同爲相對的行爲地法主義者也。然在理論上，兩主義絕不相同；以行爲地法爲原則者，仍然相當地承認場所支配行爲之原則，不過爲之設有例外而已！以行爲地法爲例外者，雖亦兼用行爲地法，不過純粹基於事實上便利之理由，作爲依支配行爲自體之法律之一種補充方法，與場所支配行爲之原則幾若無關者。所謂支配

行爲自體之法律，即「規定行爲效力之法律」之意；亦即「依行爲性質所應適用之法律」之意；例如遺囑爲依本國法之法律行爲，故其方式亦當依本國法是也。至於以行爲地法爲例外，仍有兩種立法例之不同：

第一，具備一定條件，須依行爲地法始有效者。波蘭國際上私法關係適用法第五條云：「法律行爲之方式，依行爲性質所應適用之法律；但訂約地或行爲地確定者，僅須適用其地之法律。」即此規定。其對於行爲地法主義所採之程度，尙非完全薄弱。因行爲地確定者，仍然限定適用行爲地法耳。

第二，僅爲補充作用，認依行爲地法亦有效者。例如日本法例第八條云：「法律行爲之方式依定其行爲效力之法律；但依行爲地之法律亦屬有效。」德國民法施行法第十一條，亦有同一規定。所以認行爲地法爲例外者，不出兩因：一爲保全爲法律行爲人之利益，使其於適用原則而感困難，或不能時，仍可依行爲地法，完成其法律行爲之程序。一爲保全內外國交易之一般安全，即商事往來，以迅速爲貴，不有行爲地法之設爲例外，內國人之在外國，必

不皆能爲有效之法律行爲，易而施之於在內國或在第三國之外國人，亦覺不便，其影響於商業交易，推而至於內外往來，皆有所損矣！

## (二)特殊的法律行爲之方式

絕對的法律行爲地法主義已無採用之者，置而不論，相對的行爲地法主義之適用，大都係指普通的法律行爲之方式而言，如婚姻之方式，私生子認領之方式，養子收養之方式，遺囑之方式，繼承之方式，債權契約之方式等皆是。然如關於不動產等法律行爲之方式，以及避法行爲等之法律行爲之方式，又當別論，所謂特殊的法律行爲之方式者，即指此一定之法律行爲及避法之法律行爲而言耳。

(甲)關於一定的法律行爲之方式者 此可就物權行爲之方式，票據行爲之方式，以及法律行爲之有關於國家財產整理者等項而言：

第一，物權行爲之方式 設定物權或處分物權之行爲，亦一法律行爲，似應依普通之規

定，同使其得以行爲地法爲準據法，殊不盡然！因各國對於物權，必以一定之方式，爲公示之方法，或更兼爲成立之要件，非如是爲之，卽許其成立，亦爲無效之方式，此蓋基於保護第三人之利益，甚或相對人之利益而必然耳。例如不登記之不動產，不交付之動產，無論在何國皆不承認之是也。故關於物權行爲之方式，惟有專依規定行爲效力之法律，卽物之所在地法，絕不許其代以行爲地法。我法律適用條例草案第二十七條第二項，曾明文規之。非僅物權行爲之方式如此，卽債權，苟必須履行登記程序，藉以與物權發生同一之效力者，其方式仍不可不依規定行爲效力之法律，如日本之賃借權是。

於此有一問題，卽其他之法律行爲之目的有涉及物權關係者，其方式應依何之法律定之？例如遺囑內容爲動產不動產方面者，此種遺囑之方式，依某種法是也。倘爲動產關係，無論英美法系歐陸法系，大都許其仍依通常遺囑之方式爲之。倘爲不動產，則見解不一；英美學派以不動產，土地居其主要，爲保全國家構成之要素，排斥外國主權之侵入，惟有絕對應依不動產所在地之方式，歐陸學派則主張不動產移轉之方式，固不能反於物權原則，否認依

物之所在地法；然如證明方法等純係一般法律行爲之方式，不能與物權關係相混，仍應依普通方式之規定。至於我法律適用條例，則以依所在地法爲原則，依行爲地法爲例外，但絕不許依規定行爲效力之法律，所定之方式，故第二十二條第三項曰：「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，票據行爲之方式。票據行爲原係一般法律行爲之一，應依普通之規定，自無問題。然如以行使或保全票據上之權利爲目的之行爲，往往因其非依行爲地法之方式，即有不能實行之慮。故我法律適用條例第二十六條第二項，即明文規定專依行爲地法定其方式，不適用依「規定行爲效力之法律」之規定。

至於法律行爲之方式，有關於行爲地國之財政整理者，例如因稅收之補充，一切方式之證單須貼用印花是。既與行爲地國之主權有關，自惟行爲地法之絕對適用耳。然亦有不作如是主張者。

(乙)關於避法的法律行爲之方式者 何謂避法行爲？即國際私法所稱之竊法舞弊，人因

其本國之法律，不利於其圖謀，乃設法置身於有利於己之國之法律下，專以遂其所圖謀爲目的者也。例如同隸一國之男女，因其本國法不許輕易離婚，乃歸化於他國，專以離婚爲目的，離婚而後，又復歸來，以離婚名義，解決其他問題是。此種從國籍改變之重大事實中，求爲避免原來該管之法律，爲竊法舞弊之最顯明者，爲其本國者，當然從根本上否認其法律行爲之成立，則關於該法律行爲之方式，其無效自係當然。但如其人不改變其國籍，而在外國所爲之法律行爲，縱因係避免內國法律上所規定之方式，故意赴外國爲之者，如何處理則較複雜。例如兩甲國人未得家長之同意而訂婚，其結婚也，依法須家長之到場，始能有效；在此情勢下，因不易達其結婚之目的，乃赴乙地履行，因乙地只須雙方立有願書即可。按其行爲仍不失爲舞弊，而其方式究爲有效無效，說者不一。

第一，無效說。既爲竊法舞弊之行爲，苟仍適用普通之原則，是法律上獎勵詐欺，無保護惡意也。故必認之爲無效，始合法理。比國羅蘭之民法草案，舊德意志聯邦中之一二民法，及日本舊法例皆採之。

對於此一類之法律行爲、果有證明其惡意與否之確定標準，自不妨依無效說；無如證明既感困難，而其法律行爲之自體仍係依內國法，即不應僅以方式之避法，並其行爲而亦無效也。故與其強爲此種規定，實不如就須依內國之方式者，一一揭爲強行之規定，明言非如此法定方式，不論在外國或在內國之法律行爲，皆爲無效之愈也。例如法國民法第一九一條云：『無公然契約之婚姻，或非於相當官吏之前，所行之婚姻，得由夫婦自身，或父母，及其他尊親屬，或於婚姻取消現有其關係者，或檢察官，爲其婚姻取消之訴』，是明白禁止秘密結婚，則法國人之赴外國秘密結婚者，雖不必用竊法舞弊之觀念，而其方式仍屬無效。

第二，有效說。謂當事人只須不規避規定行爲效力之法律，即非真正竊法舞弊之觀念。至於方式，既一般地許當事人之意思自由，准其依行爲地之方式；則當事人不願其本國之方式，至外國採用其方式者，縱係出於避法之意，原亦爲自由權之實行，不能純以舞弊擬之，而認爲無效。況當事人在外國之爲法律行爲者，果係爲規避內國方式與否，殊難證明，必限制之，徒增訴訟之繁而已。此說較合於實際，故日本新法例及多數學者皆主張之，我法律適

國際私法本論

用條例上雖無明文規定，苟有適用，亦宜作如是之解釋。



## 第三編 財產法適用論

### 第十三章 物權

財產法者，關於財產權之法律也。財產權有爲相對權之性質者，僅得對特定人而主張之，是爲債權，當論於後；有爲絕對權之性質者，直接支配其物，得對一般人而主張之，是爲物權。物權之在今日，各國皆取法定主義，凡物權之種類及內容，均須由法律明文示之，不許個人自由創設，如我民法第七百五十七條之所示者。各國彼此間皆不必同一法定，如先取特權。在日本爲物權，在他國則債權之，土地債務，在德國爲物權，在我國則刪除之。卽共同所認之物權，若所有權者，關於其內容之規定，各國亦難相同，尤以動產不動產之性質，爲更糾歧：法律適用問題卽起於此。

今日，學說及多數立法例，對於物權之關係，大都傾向於物之所在地法主義，願亦有爲

例外者，特少數耳。物之所在地法，原係指動產不動產所在地之法律而言，「但關於船舶之物權，依其船籍國之法律（法律適用條例第二十二條但書）」，又爲今日之通例。故船舶固物也，而因其爲最移動之物，不便於依所在地法，定其法律關係，遂不受物依所在地法原則之支配。又自沿革上言之，物依所在地法，古昔僅以不動產爲限，蓋中世紀之法則區別說者，對物並無動產不動產之分，所謂別於「人法」之「物法」者，即對不動產而言，應依所在地法；若夫動產則屬人法，故有「動產隨人」之格言，依人之住所地法。殆至近世，始有人主張不問動產不動產，一律依所在地法，我國即採此例；法律適用條例第二十二條「關於物權，依物之所在地法」，則其規定也。茲再詳述於左：

### （一）關於動產及不動產之法律適用

動產不動產皆物也，凡物依所在地法，似無申論之必要；然法律上既爲動產與不動產之分，固非僅因兩者有形態之異，更由於其法律關係之判然各別而然，則採同一之準據法，究

爲何種理由？茲先言

(甲)不動產 不動產依所在地法，乃今日各國立法例上之鐵則也，莫由爲之推翻；惟在學說上，殊未以此爲限。有如

第一，所有者本國法主義 新意大利學派認爲本國法爲國際私法上之唯一原則，故任何法律關係，皆欲以本國法支配之。於是羅蘭所制定之比利時民法草案，即主此說，終以其偏於一端，卒未通過，他國亦未有行之者。

其理由，有屬於法理方面者：謂自由，平等與財產，皆人類在未有國家時之固有權利，國家即爲保護此種權利而設，任何人不得侵奪之。蓋財產，乃人生不可缺之要素，自應承認其爲天賦人權之一；苟非違背於一國社會之公安，即不得因國籍異同關係，而決定其權利之是否喪失。如必恐依其所有者本國法，影響於物之所在地國之主權，則身分能力之依本國法，又何嘗不影響於人之所在地國之主權，於此，惟有回復絕對的屬地主義時代，或可無此慮也。況法律並不能直接施其支配力於物，僅得對人而用之，則關於不動產之法律適用，依其

所有者本國法定之，更所當然。其理由，有屬於實用方面者；謂不動產如依所在地法，倘其所在地爲無主地，即無法律之可用；或非如此，而所在地分屬於二以上之國家，則又何國法律之是用；故莫如依所有者本國法之便於一切也。

按權利爲法律上之觀念，分析法學派已力詆天賦人權說之正當矣；姑不論此，而財產之在今日，亦不能視爲天賦人權之一，其論據之薄弱可知。即在實用上言之，不動產在無主地者，實少其例，分屬於二以上之國家者，亦可各依其不動產之所在，爲其適用所在地法，有何困難？其成爲困難者，反爲依所有者本國法，倘同一不動產，而有多數之權利者並存時，將依某當事人之本國法云。當事人爲同一國籍者，此問題自無由發生，爲異國籍者不依所在地法，即莫之奈何矣。況即依所有者之本國法，倘所在地國不允執行，又將何以補救之歟？

第二，行爲地主義。謂不動產物權，依物之所在地法，倘其所在地爲第三國，而與當事人雙方皆無關係，依其地之法律固甚不妥；若依當事人本國法，倘當事人雙方不同其國籍，則亦不免發生困難。故莫若依行爲地法，因行爲地法乃當事人於行爲時注目之法律也。

據行爲地法之不便於獨立的適用，前屢言之，即認爲得以適用，但如所在地國根據物權爲基於法定主義而存在者，不予承認，則仍莫能執行之。故不動產物權之須依所在地法主義，理論如何，尚在其其次，而在實際之情形上，確亦不能不如是耳！今再論

第三，所在地法主義。自普國普通法以來，現今如法國民法第三條第二項，奧國民法第三百條，意國民法總則第七條，西班牙民法第十條，德國民法施行法第二十八條，以及日本法例第十條，皆明認之。何以不動產須依所在地法？其理由殊不一致：

有爲任意服從說者，德儒薩焚宜首唱之，蓋中古學者以不動產依所在地法，視爲封建的領地權之當然結果，不究其理由何在；薩焚宜出，始創立任意服從說，或稱自願受制說，以解釋之。其理由：謂物權非行之於其標的物所在地，不能受最終之保護，此固爲所有者所熟知者；且標的物必占領空間，所占領之空間，即爲其物所在地，此亦爲所有者得以五官認識者。今所有者既取得存在於他國之不動產之權利，則其自願受其法律之保護，而有服從該標的物所在地法律之意思，即可推知。夫既由於自願服從，則關於其不動產之所有法律關係

，自不得不依所在地法也。

按此一理由，後之學者雖有宗之，然不得稱爲完全之說。以物權依所在地法之原則，乃絕對基於必要之原因，而非行不可者，固不問當事人有何意思，及其願否服從，始爲之定此準據法也。

有爲領土主權說者，近世多數學者主張之。其理由：國家在自國版圖以內，有絕對的領土主權，排斥其他權力之使用，一切皆須直接間接受其領土內所行法律之支配；自不許他國行使屬物之權利於其間，尤其爲不動產如是，乃國際法上一大原則也。此其一。不問不動產物權，或動產物權，凡物權皆係以一定之物爲其標的，此標的物既在其國內，占有一定之地面或空間，斯即屬於其國領土主權支配之範圍，不能不依所在地法。此其二。不動產之範圍，不外土地或與土地有關者，而土地則係國家構成要素之一，倘以<sup>○</sup>外<sup>○</sup>國<sup>○</sup>法<sup>○</sup>律<sup>○</sup>，決定不動產問題，其危害殊不堪言。故不問當事人之意思如何，縱令有不願服從之意思，亦有強行依所在地法原則之必要。此其三。一國依其領土主權之作用，取決於地質，人口，經濟等原因，以

定其土地政策；有傾向於大地主制度者，有傾向於小地主制度者，有僅採私有土地制度者，有兼採公有土地制度者。苟依外國法律所規定，不僅有損於領土主權，且此種政策亦被破壞無餘矣。此其四。

按此一理由，在不動產所在地國方面，爲所在地法之主張，固極充分可據；然如其不動產在外國，我亦爲所在地法之適用，則不易解釋之。雖曰，可依推己及人之例，出自尊重外國之領土主權而然，究竟虛泛。故又必以後所述之交易安全說爲之補充，始成爲雙方兼顧之完全理由。

有爲交易安全說者，較爲後起之學說，最善於當事人之不動產在外國，而我亦依所在地法之解釋也。謂商業交易，值茲爲盛，而不動產之規定，各國又不相同；則關於不動產，苟依其人之本國法，不依所在地法，勢必發生詐欺，錯誤，或種種困難問題，妨害商業交易之安全。故爲保護商業交易，及易於在他國執行計，關於不動產，即不可不依所在地法。

按此一理由，爲不動產依所在地法之正當的解釋，惟如離開領土主權說，單獨適用之，

則亦無由知其不依所在地法，所在地國之不允執行，果爲何種理由也。故欲敘述所在地法主義之論據，必綜合領土主權說與交易安全說，始可兼顧各方面也。

(乙)動產 動產採所在地法主義者，僅屬於動產不動產同法主義之國家，如比國民法第五條，門的內哥羅財產法第七百九十條，第七百九十一條，日本法例第十條，法國之在摩洛哥法國人及外國人私法上地位法第十七條，德國民法第一草案第四條，第二草案第二千二百四十一條，以及其聯邦一部之民法如撒克遜民法第十條，與夫蒙得維的亞條約第二十六條至第三十條是。其他之國家或學說則不盡然。故其應所適用之法律問題，較不動產爲複雜，用分述之：

第一，人之住所地法主義 爲法則區別說最早所主張者，認爲不動產固須依所在地法，而動產則必根據「動產隨人」，「動產附骨」或「動產無場所」之格言，爲屬人法之性質，依人之住所地法。所謂人者，解釋上即動產之所有者耳。在今日，猶有盛行此說者，如英美之判決。他如普魯士之普通法第二十八條至第三十二條中，亦有此規定；而利威斯特威爾蘭得



民法第三十三條，除依所有人之住所地法外，並可依占有人之住所地法，爲例不免稍異。

其理由有屬於法理方面者，謂動產恆附隨人身，而供其需要，並無一定之場所，永依所有者之遷移，變更其位置，自不能如不動產之依所在地法。苟依所在地法，則動產位置之變遷，往往出自偶然，以一偶然之事實，而使其存在於其上之權利，即受相異之法律之支配，未免損於權利之安全性，殊背於理！其理由有屬於實用方面者，謂以變動無常之動產，使之依所在地法，必有種種之不便。或則影響交易之安全，或則損害本人之權利，或則危及他人之利益，皆在意料之中耳。何以言之？例如一所有人，在各地皆有動產，某動產應依某法處理之，事實上頗難悉爲注意。即對於較爲固定之動產，知其所被適用之法律矣；但如動產所有人，攜其動產赴他國旅行時，一日更易數國，其法律關係亦必數變，欲盡知之難矣！即對於所經過之國家之法律，可以盡知；然如動產之究在何地，爲所有人不深悉者，亦恆有之，如以貨品運至遠方，貨主即往往不易知其貨物，當時應受何國法律之支配。於此，如必依所在地法，各方面自皆發生困難問題；故莫如統一之於人之住所地法主義下，則一切問題皆易

解決之。

按任何主義皆非絕對者，而爲相對者。人之住所地法主義，在昔因國家財源之大部分爲土地，無論君主或人民，皆以土地是寶，故關於土地之不動產，即不能不依所在地法；若動產，最貴重者，不過珍寶珠玉之類而已，誠合於動產隨人之格言，依人之住所地法，不特無何大害，且以必如是也爲宜。今則人事之範圍日廣，動產之種類加增，其所長者，實難掩其所失，學者遂紛紛揭其弱點，以謀推翻，固不僅持所在地法主義如是，即反對所在地法主義者，亦對人之住所地法主義，深致不滿也。如美國學者斯托立爲反對所在地法主義之人，其對人之住所地法主義，所下之批評，亦歸結於適用困難！謂遇有動產所有權發生爭論時，其所有者既不確定，即無由爲住所地法之適用。例如有一花瓶於此，甲稱爲係自己之所有物，乙亦如此，所有者之資格既未能定，何由而知所有者住所地法之是在乎？苟即以占有人之住所地法擬之，實際上似較便利，然占有人未必即所有人，固一問題，倘有多數之占有人異其住所時，必至無可適用之法律矣。此其一。又如持所在地法主義之學者，若薩焚宜，衛希他

，及德國一般學者，其否認人之住所地法更係當然。謂動產不動產之區別，因國而異，例如蜂巢一物，依法國民法第五二四條之解釋爲不動產，在荷蘭則爲動產，故同一物也，究爲動產，抑爲不動產，惟有依物之所在地法解決之；倘依人之住所地法，實行之，必多障礙。此其二。且依人之住所地法，人不必盡有住所，必有無住所之人；更不必人皆有一住所，必有重住所之人；此際，適用住所地法主義，既已深感困難；設如有不同住所之人，共有一動產時，將依何人之住所地法，又非易於解決者也。此其三。

第二，所有者本國法主義。有認爲須與不動產同採本國法主義者，羅蘭所擬之比利時民法草案第十三條是也。如前所述，此草案未通過，修正委員卒改用所在地法。有認爲不動產依所在地法，惟動產須依本國法者，如意大利民法第七條，奧大利民法第三百條，及西班牙民法第十條之規定是也。其理由，係宗瑪志尼之學說而然。以爲近世交通便利，動產既無固定位置，往往不能定其所在地之何在；苟依所在地法，則動產之法律關係，必致一日數變，殊爲不妥，此所在地法之不可用也。將依住所地法乎？亦不然！因動產之在今日，價值昂貴

，非比往昔，有時更超越於不動產之價值以上者，對於其所有者之本國之經濟方面，有莫大關係，亦不能泛以其住所地法定之，故必應依其本國法也。

按本國法主義與住所地法主義，各爲屬人法主義之一，知乎住所地法主義之失當，則本國法主義之不宜，自無待論。況如以動產價值增高之理由，爲本國法主義之一論據，殊不知此正今日動產依所在地法之有力背景耳。觀後所述自明。

第三，所在地法主義。現代各國，凡採動產不動產同法主義者，大都屬於此例，前曾述之，不再列舉。其理由，與不動產所在地法主義固甚相同，但仍有特便於動產所在地法主義之說明者，爲述如左：

或則就物權自體方面而設說。謂物權固不問其爲不動產，抑爲動產，要皆一國之立法者，根據經濟的秩序，及公共的信用之理由，爲法律之規定，無論對於內國人，或外國人，均絕對地強行，不得以當事者之意思，漫爲增減變更，故關於物權之法律，實含有屬地的性質，不能承認外國法之規定。換言之，所謂物權問題者，皆起自標的物之所在地，物固相同，

而其爲何種之物權，並其內容如何，則惟所在地法定之，此亦爲任何物權不可不依所在地法之主因，非僅以不動產爲限而已！

或則就立國政策方面而設說。謂近世動產之地位，日形增高，國家之公債。公司之股票，其價值恆百千萬，斷不能落諸外人之手，至少亦應有一限制。否則必影響於一國政治之發展，而與土地之爲人劫奪無異。法律應隨社會變遷而進步，人之住所地法等縱在古昔爲適宜，而亦非今之所能採也；今之堪供適用者，自爲所在地法之一種耳。

或則就適用便利方面而設說。謂關於動產之權利，與不動產同，多出於一國公益上之規定，故存在於一國之動產，應爲如何之權利，應屬何人之所有，皆極關於其國之公益者。即使動產依屬人法而決定之，然爲動產交易者，不僅當知住所地之法律，更須知所在地之法律，則徒增加交易者兩層調查各地法律之困難，何如直接採用所在地法之爲愈也。

按所在地法主義，固爲大多數國家所採用，然亦非絕對無失者。斯托立曾謂所有者苟不知其動產之所在地，如必依所在地法，往往因難悉其管轄者法律之故，至於不能爲最後處分

者。有。之。；。他。若。贈。與。，。買。賣。，。因。不。知。所。在。地。法。律。之。故。，。陷。於。無。效。者。亦。有。之。於。是。學。者。與。立。法。家。更。謀。所。以。補。充。之。道。焉。有。如。

第四，定位動產所在地法主義。定位動產，一稱常置動產，即有定所的動產是；此與不動產之情態同，仍依所在地法，非如是者則依所有人之住所地法。亞爾然丁民法第一千零十一條，烏拉圭民法第五條之規定，即爲此例。其理由不外受薩焚宜之影響而然，以無定所之動產，適用屬人法，乃動產依所在地法不能避免之一例外也。

薩氏鑒於所在地法之缺點，遂主張分動產爲三類：第一類如室內家具等，係固著於一定場所者，自應適用所在地法，無可爲疑。第二類如旅客行李等，係流動物品，常變更其位置者，自應適用所有人住所地法，莫可辯駁。第三類即不屬於上兩類者，以其近於第一類者依所在地法，近於第二類者，依所有人住所地法；斟酌情形而擇其應所適用之法律焉。

第五，視同所在地法主義。薩焚宜雖以第二類之動產，主張應依所有者住所地法，但同時並謂亦可以最後到着地法，爲所在地法，在此一點上，即視同所在地法主義也。然尤莫如

畢時達滿特之國際私法典，爲最能發揮此一主義之精神！其第一〇五條『無論其種類如何，凡物均從其所在地法』，是於原則上探所在地法主義矣。然於特殊場合，須依住所地法者，畢氏則於其第一〇條規定云『如無其他規則，而又爲本法所未規定者，各種動產，卽以其所有人或占有人之住所，爲其所在地』，是與原則亦不衝突也。他如第一〇八條，以正式登記地爲工業所有權等之所在地；第一〇九條，以依法而取得之地爲特許權利之所在地，是更擴張所在地法主義於無體財產權方面矣。

按第四，第五兩種補充主義，雖內容亦不免有相同者，然在法理上，則以視同所在地法主義爲妥。因第四說，於最後爲住所地法之採用，實莫掩所在地法主義之失；第五說，則以所有人之住所地，視同該項動產之所在地，真所以爲所在地法之補充，而非斷然之例外也。且申其說，不僅使無定所之動產，有其所在地，並可使一切無形之財產，均得以確定其所在地，而爲之適用所在地法，是更助所在地法主義之合理的發展，豈僅補充而已哉！

第六，行爲地法主義。在不動產方面，說者已有唱行爲地法主義者，其對於動產關係，

自必同採一說，爲行爲地法主義之主張。因動產變動無常，較不動產依行爲地法，似覺其尚非絕對無理由者。然一切動產皆依行爲地法，仍非所宜，必限於流動物品之在特殊場合，或可如是，亦所以補救所在地法缺點之一種辦法耳。例如薩焚宜雖主張旅客之行李，固可以其最後到著地爲所在地法，然如旅客於行途中，以其行李賣出，或與他物交換時，因所有權移轉關係，其實際上之到著地，不必即其所預定者，倘兩地之法律不同，用以決定移轉所有權之行爲，是否有效，卽感困難；故薩氏於此，遂又主張不能再適用最後到著地法，應適用移轉所有權時之行爲地法是也。

【圖表三十】各國關於動產不動產之規定表

各國之立法例	動產不動產同法主義
	一般動產同法者
	同依所有人之本國法者（比民草案）
	同依物之所在地法者（比，日，德之一部分邦，門的內哥羅）
	常置動產同法者（亞爾然丁，烏拉圭）



動產不動產異法主義——不動產依所在地法

動產依所有人本國法者(意，奧，西)

動產依所有人住所地法者(英美判決例)

動產依所有人或占有人住所地法者(利威斯特克爾蘭德)

僅就不動產設規定者(瓦爾里斯民法第二條，關斯他利略民法第四條)

## (二)關於各物權及占有之法律適用

物權依物之所在地法，可稱爲現代國際民事法上一大原則。此原則適用之結果，則決定何種權利始爲物權；何種物始爲物權之標的物——僅限於有體物，抑兼無體物；標的物之中。將爲動產乎，抑不動產乎，爲通融物乎，抑不通融物乎；皆一律依物之所在地法。他如關於物權之取得原因，物權之移轉問題，以及物權之消滅與變更，亦莫不以物之所在地法定之。惟須注意者：所在地法之原則，乃關於物權自體之原則，歐陸法系學者認爲非適用關於物權

之債約的法則，故物權享有之權利能力，雖依所在地法定之，但物權之設定處分等行為能力，則仍從人之能力依其本國法之規定。惟英美判決例則以物權自體，既受所在地法之支配，關於設定或處分物權之行為能力，自亦以適用所在地法為當然，故仍採所在地法主義。我國法律適用條例第二十二條之解釋，應依歐陸法系之主張，無疑義也。

至於物權與繼承關係相牽涉時，除物權自體之法律關係，應依所在地法定之外，其他則皆屬於繼承之範圍，不能相混。法國之在摩洛哥法國人及外國人私法上地位法第十八條，曾明文規定曰：『在法國保護摩洛哥之區域內，為動產或不動產之繼承時，關於確定應繼承人之規定，繼承人之次序，應繼承，財產返還，自由處分之部分，及特留財產等，應依被繼承人之所屬國法』。可為參證。又波蘭國際上私法適用法第六條第三項云：『關於在波蘭之不動產物權之得喪變更，及由物權得喪變更之法律行為所生之義務，其方式及其發生效力之要件，適用波蘭法；但因親屬關係及繼承法上所生之義務，不在此限』。益可明瞭物權之依所在地法，並非凡與物權有直接間接關係之事項，皆依所在地法也。若而然者，則不免返於法則

區別說之時代，又爲『物法』之創立，並以動產劃入其範圍，不其更甚於先，而加倍復古乎？要之，物權依所在地法之原則，在大體上不外關於物權自體之原則，正如波蘭法第六條第一項『占有，及其他之物權，依物之所在地法』之所示者盡矣！茲分述之：

(甲)所有權 所有權爲其他各種物權之基礎，既有物權，未有不承認所有權者。然如所有權之性質，是否受法令之限制；所有權之範圍，是否及於物之全部或地之上下；所有權之讓與，是否須受一定之條件；所有權之標的物，是否皆有不動產於內；以及所有權之取得，應依何種方法（如無主物之占有，遺失物之拾得，埋藏物之發現。物之附合，混合，加工等），各國規定均不相同，其問題自係皆依物之所在地法定之。更再擇其要者，爲述數端：

第一，關於所有權之限制者。一國所認爲非私有品或禁制品者，他國不必皆然，但此物之是否非私有品或禁制品，因與其所在地之公安，所關甚大，故亦不能不依所在地法定之。例如甲國法律，不許人民有自衛手槍之攜帶，乙國人之在甲國者，雖依其本國法，而持有自衛手槍，除離開甲國外，即不許其對該手槍，得爲所有權之主張也。又一國對於外國人。在

所有權方面，特設之限制亦然。例如甲國不許外國土地所有權，或某項股票所有權，必依物之所在地法而認其無效是也。

第二，關於所有權之剝奪者。即所有物之沒收是。外國人不遵內國法令，而納其應納之稅金時，內國亦可根據法律之規定，沒收其在內國之所有物。又古昔，對於外國人死後遺在內國之財產，往往沒收於國庫；今雖廢止此例，然如有遺產稅之課時，亦不能因被繼承人之本國法無此規定，而否認之，蓋物依所在地法之原則，固如是焉。

第三，關於所有權之讓與者。某人依其本國法無移轉所有權之權利，或此項所有權根本禁止其讓與；苟其物仍在該國，自依該國法否認其有效；若輸出於他國時，則不問輸出原因之如何，概依新所在地法而決其性質。又若在中國以正當方法占有之動產，雖讓與人之本國法，視其人非所有權者，若其物仍在中國，則必依我民法第八百零一條之規定，而決定其有效，然說者亦有謂應依發生訴訟時，被告之住所地法者，當然不妥！

第四，關於所有權之回復者。如所有權回復之訴，其管轄權究應何屬之問題；不動產專

依所在地法，固無問題，動產則否。或有主張被告住所地國與物之所在地國，均有此權者，但動產回復之訴，乃對物而稱，倘以物之交付爲目的，則其管轄權自以專屬於物之所在地之法。院爲宜。

第五，關於所有權之共有者。物之共有者之權利，亦受物之所在地法之支配；然畢氏國際私法典第一一八條，則主張『凡共有，通常均依其當事人之同意或意思支配之，否則依地方法支配之』，略有不同。至於關於請求分析共有之物權。及其執行之儀式與條件，均始終適用地方法，即共有物之所在地法。

第六，關於所有權之種類者。如所謂工業所有權或智能所有權，因世界各國往往結有公約，加入而簽字批准者，自應受其限制。否則此等權利之取得與登記，以及其享受，皆依其給與之地方方法，給與之地方方法云者，即該無體物物權之所在地法也。

(乙)用益物權。其中如地上權，我國德國日本皆承認之，法國僅默認之，瑞士則以之爲役權。如永佃權日本稱之爲永小作權，德國僅於判例上認許之，法國於一九〇二年始以特別

法定之，如役權之在我國，僅承認地役權，在歐洲則並認人役權，所謂用益權，住居權，使用權是。他如日本又有入會權，永代借地權之例，我國特有典權之例，他國皆無之。關於此等物權之法律關係，亦皆依其所在地法定之。然在畢氏國際私法典上，則主張使用權與住居權，均依其設立當事人之意思支配之，至於用益權及地役權，依其特殊之情形，分別適用屬人法，地方法，或所謂私的秩序法。

(丙)擔保物權 爲擔保債權而設之物權，如抵押權，質權，留置權等皆是；然抵押權之種類，各國規定不同；質權有僅承認動產質權或並及權利質權者，有兼承認不動產質權者；留置權之在我國及日本固爲物權，在法國則視爲債權；此在原則上，當然皆以其所在地法定之。他若日本之先取特權，他國多視爲債權效力之一；德國之土地債務及定期土地債務，亞洲國家則罕承認之者；奈各依其所在地法定其存在與效力，自係通例如此。但如詳細研究，仍有可供特述者在：

第一，關於抵押權方面者 抵押權云者，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之

不動產，得就其賣得價金受清償之權也。換言之，債務人或第三人指不動產以作抵押，爲他日對債權人清償價金之擔保是也。顧此不過屬於「契約上抵押權」之解釋，日本所承認者只此一種而已！德國除契約上抵押權外，並承認「遺言上抵押權」，共兩種。遺言上抵押權云者，即將財產遺贈與某人，其人即對於該遺言之財產上有抵押權，以爲受遺言者利益之擔保耳。故如遺言人處分其財產時，必先清付受遺言者之部分，或財產變更時，受遺言者對之而有優先權是。比國除契約上抵押權，遺言上抵押權外，更承認「法律上抵押權」，共三種。法律上抵押權云者，以法律之力，於一定之關係上，不問當事人意思如何，當然視爲在特定人之不動產上，有抵押權之謂。例如監護人管理未成年人之財產，該未成年人即對監護人之財產上，有當然的抵押權。他如妻於夫之財產，國家或其他公共團體對於會計官吏之不動產亦然。法國無遺言上抵押權，但除契約上抵押權，法律上抵押權外，又有「審判上抵押權」，亦三種。審判上抵押權云者，判決某產業應歸強制執行，即對之而有抵押權是。夫抵押權之發生原因，既因國而異，應否仍依物之所在地法，殊有疑問。

按審判上抵押權，不過擔保判決之執行，非在物之所在地，無由執行，自限於所在地法之適用，不成問題。契約上抵押權，各國固皆承認，其內容則不一致，例如債務人總財產上，得否設定抵押權，有禁止者，有放任者，此亦惟依所在地法定之，始合於理。遺言上抵押權爲維持所在地法主義之精神，仍宜依所在地法，但學者中，亦有主張依遺言成立地之法律者。至於法律上抵押權不特應依所在地法，並須應依其本國法。換言之，當事人之本國法承認法律上抵押權，而物之所在地法不承認者，固難有效；物之所在地法雖承認之，而當事人之本國，無此法律，所在地法即無保護此權利之必要也。例如被監護人爲德國人，監護人爲法國人，前者對後者之財產，有無抵押權，首應問其財產在何國家；如在法國，但因被監護人之本國，德國，無此權利存在，則亦不必承認該德國人對於該法國人之財產上，有法律上抵押權也。

第二，關於質權方面者，質權亦物權之一，故關於質權之標的物，質權成立之要件，質權之效力，以及質權行使之程序等，皆應依物之所在地法，自係物權原則如此。然質權以質



權爲主，以物權爲從；換言之，質權原爲主債權之擔保，而處於從物權之地位者也。則關於其主債權之自體，必依支配債權關係之法律以爲決定，如巴爾（Bar）主張依行爲地法決定。倘此主債權依或國法爲無效，雖依物之所在地法爲有效，而以主債權不存在故，亦不得定質權，即依支配債權自體之法律，認其債權爲有效成立。然如質權標之物之所在地法，斷爲有反公益者，質權仍不得成立也。

若再就各種質權特別言之，又各有其問題：在所謂不動產質權方面，其標之物，如電燈公司之電線，自來水公司之水管，往往橫貫數國，不僅一境，究以何國之法律，爲其所在地法？學者及立法例，大都主張視其主物在於何國，即依主物所在地法。在動產質權方面，雖經內國承認成立之質權，若質權之標之物移轉於他國，而新所在地法認爲有牴觸其公益之規定者，則仍無效。蓋質權有物權之特質，除法律所認之原因外，固不得妄爲承認，故於新所在地法不認之質權，舊所在地法雖承認之，未可藉口於既得權之理由，而否認其歸於無效。但不與新所在地公益規定有牴觸之質權，當然仍可繼續存在耳。在權利質權方面，標之物如

爲證券，票據等，自依其所在地法定之；標的物如爲可讓與之債權時，學者通常主張依債權之準據法定之。至於轉質情事，學者亦主張依其標的物之如何而定。

第三，關於留置權方面者，同認留置權爲物權之國相互間，對於留置權之法律適用，各以一定之所在地法行之；以留置權爲債權效力之國，與認爲物權之國相互間，則前者之規定，不免依所在地法限制之。例如雖爲法國人之物，苟在中國者，自以所在地法論，依中國之法律是。

他若日本等國所承認之先取特權，關於如何之債權，始對在其國之動產不動產，有先取特權，皆依該國之法律爲定；至於爲其先取特權之債權自體，則不依物之所在地法，而依支配債權關係之法律。

(丁)占有 占有，有認之爲物權者，日本，法國是也；有認之爲單純事實者，我國，德國是也。但無論其果爲權利，抑爲事實，而占有通常則以物之執持，或有實際的管領力，爲其要素，則關於占有問題，自不能不依物之所在地法定之。換言之，占有之性質，占有之效

力，以及占有之標的物等，莫不依物之所在地法也。惟須注意者，他人侵害占有，被害人無請求損害賠償之權，及須如何程度始有此權，則非仍依物之所在地法，而適用其事實發生地之法律，蓋物權自體上之關係與自物權關係所生之債權關係，應分別之，故其所適用之法律，亦不能混同之也。

### (三)關於時效及其方式之法律適用

物權之取得，設定，喪失及變更，亦物權法中最主要者，依原則，自惟所在地法之是用。然成爲問題者，各國之物權法既承認『取得時效』之規定，則被占有之標的物，由甲國移至乙國時，究應依舊所在地法之時效規定，抑應依新所在地法之時效規定？又關於物權得喪與變更之方式，何以不受『場所支配行爲』一原則之支配，而仍依物之所在地法？其一切關係均如是歟？抑尚有相反之例歟？用分述之：

(甲)時效問題 爲物權得喪變更的原因之事實，本與時間問題無關，惟法律上爲確定社

會權利狀態計，往往許在或種事實中，苟繼續經過一定之時間，即認為有取得物權之效果，是即取得時效是也。取得時效既基於一國公益上之理由，認為取得物權之直接原因，則其所謂時效期間之長短，各國自難相同。不動產及所謂常置動產之取得時效之決定，依其所在地國之法律，固係當然。但最流動之標的物，在甲國尚未完成時效，又移至乙國，則將以何國為其所在國，俾得適用其應依之法律；同時關於時效期間之計算，又應依何種方法為之，皆成問題。茲先述

第一，關於時效期間之準據法。欲決定應依何國法律，定其時效之期間，惟有就時效之性質方面，求其結果。時效性質之如何，共有三種學說，於是決定時效期間問題，亦有三派見解，各異其準據法。

有唱訴訟地法主義者，英美等國是也。蓋以時效關係訴權之消滅，不為物權取得之原因；例如甲以所有之意思，一定年間和平公然占有乙之動產，所謂時效完成，不過乙消滅其物權上之訴權，非甲即因是而取得其物權也。縱認為係「取得時效」之性質，亦不過一證據問題

而已！既爲訴權消滅關係，既爲證據關係，其期間卽惟有以訴訟地法定之耳。按此種主義，不啻根本推翻取得時效之存在，而非所以謀時效期間問題之解決者，故早爲學者排斥之矣！

有唱舊所在地主義者，門的內哥羅財產法第七九一條所規定者是也。蓋以時效既爲物權取得原因之一，卽不可不從時效開始時承認之；因之，其時效如何完成，惟有依時效開始時物之所在地法——卽舊所在地法——定之。例如我國關於動產之取得時效，以五年爲其期間，法國以卽時爲其期間，若占有人在我國經過二年後，將其標的物移於法國時，依舊所在地法主義，非再經過三年，不能認爲時效完成是也。按此種主義，誤以時效進行與時效完成爲一事，不知取得時效之爲物權取得原因，特指完成時效而言耳。時效僅在開始進行中，不過爲將來可以取得其權利之希望，非卽取得權利也。換言之，時效開始進行之後，其標的物所在地法，所需要之期間，及其他條件，既已完成時，始可爲權利之取得也。

有唱時效完成時所在地主義者 日本法例第十條第二項，謂『依得喪之原因事實完成當時之標的物所在地法解決』，我法律適用條例第二十二條第二項做其例，謂『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；畢氏國際私法典第二百二十八條，亦謂「如動產在時效存續期間，變更所在地，則時效即依必要期限滿時動產所在地法支配之」；皆係採此主義者，蓋認物權由於時效之原因而取得，必待時效完成時故也。依此規定，並絕對反舊所在地法主義，亦非完全採新所在地法主義，故不能以其非舊所在地法主義，而即以新所在地法主義稱之，除非其時效期間，在舊所在地法未能完成，在新所在地法亦未成者，始以爭訟時其物之所在地法決定之，於茲場合，始見新所在地法主義之表現焉。

何以言之？時效完成時所在地法主義云者，無論依舊所在地法，或新所在地法，有一完成者，即依其完成之法律；皆未成者，依標的物最後所在地法，即新所在地法是也。蓋取得時效依舊所在地法而完成，是其權利已經確定，後雖轉移物之所在地，任何國家斷未能有否認既確定之權利者，故即依其時效完成地之法律。例如法國之占有動產爲即時時效，西班牙則爲三年時效，在法國以善意且無過失而公然占有之動產，持至西班牙，當依法國法，認爲權利取得；又如意國關於盜品遺失品取回之期爲二年，法國則爲三年，設在意國占有已過

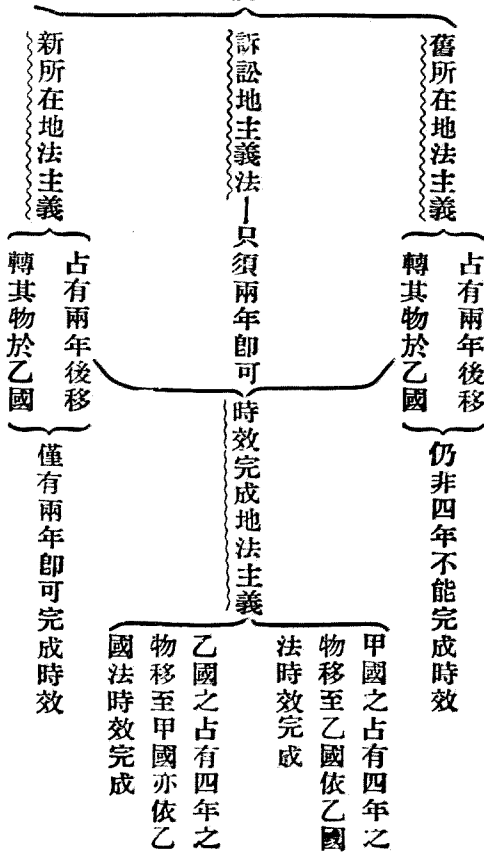
二年，待至法國，雖依法國法，時效並未完成，但原所有人不能取回，以依意國法時效期間已滿故也。按之，時效依舊所在地法雖未完成，而依新所在地法爲已完成者，亦自依新所在地法，以其爲時效完成地法耳。如前兩例，在西班牙以善意占有動產，持至法國時，必應依法國法；所以然者，新所在地法既基於公益上之理由，設此卽時取得或期間較短之規定，以保護善意占有者，苟非如是，則大有害於新所在地法之精神矣。又盜品遺失品之占有，在法國僅經過兩年，未能完成時效，但攜至意國時，又必依意國法，不許原所有人收回，所以然者，權利義務之關係，應早確定，故有一已完成者，卽依其完成之法律，固不問其爲舊所在地法，抑新所在地法也。至於皆未完成者，則依新所在地法定之。但如此解決，最後仍不失爲新所在地法主義，於是學者中又有覺其失於公允者，遂擬參合新舊所在地法，而從時效計算方面，謀其改革，詳如後述。

『圖表三十一』取得時效所準據之法律表

例如

甲國(舊所在地)時效期間……六年  
 乙國(新所在地)時效期間……四年  
 丙國(訴訟地)時效期間……二年

則依



其計算，應依何種方法為之？

第二，關於時效期間之計算法。動產由甲國移於乙國時，其時效既非中斷而繼續之，則有採前後通算主義者，即合舊所在地法之占有期間與新所在地法之占有期間而通算之是



也。詳言之，採新所在地法主義，其總數達新所在地法之有效期間，其時效則爲完成；反之，採舊所在地法主義，其總數達舊所在地法之有效期間，其時效亦爲完成；日本採此主義。例如甲國時效六年，乙國時效四年，占有者已在甲國三年占有，依甲國法則須在乙國再占有三年；依乙國法則須在乙國再占有一年，爲時效完成之期是也。此一主義，於實用上較爲便利，然甲乙兩國時效期間既不相同，則其同一時日之價值，殊難相等，而前後通算，於法理上終覺不盡適宜。

有採比例計算主義者，即將時效期間之較長者與較短者，爲同一價值之比例後，再與舊占有之期間，或新占有之期間，合而計算之是也。例如採新所在地法主義，舊所在地法爲六年，新所在地法爲四年，前者之一年僅當後者之八個月，舊占有雖爲三年，比例結果，只能作爲二年，依新國占有更須繼續二年，乃得完成時效。反之，採舊所在地法主義，因新所在地法之一年當舊所在地法之一年又六個月，則除去舊占有之三年外，新占有僅須兩年即完成時效矣。此一主義，於理論上較覺平允，然實用之，頗失於繁，故日本法例等等，皆排斥之。

有採平均計算主義者，即將舊所占之期間，與舊所在地法之時效年限，作一分數比；並以此分數比之結果，求得在新所地之將須占有期間，爲其時效完成之日是也。如前例，甲國時效六年，已占有三年，適當二分之一；故於乙國再經過四年期間之二分之一，即二年，其時效遂完成矣。此一主義，雖亦不失爲比例法之計算，然與所謂比例計算主義，則大異其趣。蓋其精神，不僅在期間之如何計算，始合理論，並參合新舊所在地法，擬爲舊所在地法主義，或新所在地法主義之代替，自樹一折衷主義者也。曼利 (Meili) 對此主義，備極推崇，其將來之發展，必有可觀！

(乙) 方式問題 法律行爲之方式，或原則上承認行爲地法主義，或例外上承認行爲地法主義；關於物權得喪變更之方式，亦爲法律行爲之方式之一，然始終不適用行爲地法，則又何故？蓋以物權排他性之程度極深，得對一般人而抗之，則物權行爲關於第三人之利害必甚大，須依所在地法定其方式，始得保障交易之安全，且關於物權之得喪變更，各國皆以登記

與交付，或爲成立之基本要素，或爲公示之絕對要件，其登記則限於所在地之官署，其交付則多出於所在地之行爲，故其方式，亦不可不依物之所在地法；惟所在地法云者，應依前所述，作爲依其原因事實完成時物之所在地法解釋之也。至於關於物權之遺囑方式，如合於遺囑成立地之法律所規定者，亦屬有效，又非所同。

## 第十四章 債

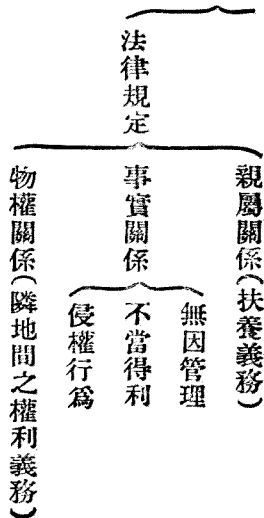
債的方面之法律適用，因債之發生原因不一，權利義務之發生地，又未必卽其義務之履行地，故不能如物權之有一普通原則，而支配其範圍內之一切權利也。兼之，債的關係之當事人，其國籍更不必盡同，而訴訟地又有時非同二者；於是欲決定債之成立條件及其效力，適用法律之問題，益形複雜。再進一步言之，債之成立與效力之準據法，雖各分別有所確定，但如債之移轉之效力，通常又另有其準據法，不與債之成立爲一致；債之消滅時效問題，復因學者對消滅時效解釋之異，而各有主張；此又其不能定一普通原則之原由耳。

債之發生原因，有法律行為及法律規定之兩種。法律行為中，如由契約而發生之債，由廣告懸賞而發生之債，是屬於雙方行為者；由遺囑或捐助行為而發生之債，由代理權之授與而發生之債，是屬於無相對人或有相對人之單獨行為者。法律規定中，如由婚姻而發生之夫婦間相互之債，由身分而發生之扶養義務之債，是屬於親屬關係者；由土地所有人與隣地所有人而發生之債，由不動產共有人相互間而發生之債，是屬於物權關係者；由無因管理而發生之債，由不當得利而發生之債，由侵權行為而發生之債，是屬於事實關係者。此各種原因所發生之債，為親屬關係者，應於親屬法適用論中研究之；為遺囑關係者，應於繼承法適用論中研究之；為物權關係者，以其所生之債，不能離開主物權而自獨立，故宜從物權之準據法而定之。故本章之所述者，惟限於法律行為及事實關係而發生者之數種而已！

『圖表三十二』債之發生原因表

法律行為	}	單獨行為	有相對人者(代理權之授與)
		雙方行為(契約)	無相對人者(遺囑，捐助行為)

## 債之發生原因



## (一) 債之發生

債的關係之成立要件，應依何種準據法，當視債之發生，為如何之原因而定。在應述之債中，分三大端以說明之：

(甲)因法律行為而發生之債 不曰契約而曰法律行為者，即單獨行為如捐助等，亦包含之是也。此之所說明者，在決定其實質的條件之準據法，若形式的條件之準據法，已於法律行為之方式一章述矣，故不再及其形式問題。債之適用法，固無一普通原則，然由法律行為

而發生之債，則有之，即契約自由之原則耳。惟此原則，在適用上頗不確定，有時常發生當事人意思不明之狀態；於是應依何之法律，以爲其準據法之問題，仍不得而免也。茲先言

第一，關於法律適用之原則者。因法律行爲而發生之債，近代國家大都採契約自由之原則，依當事人之意思，定其準據法，是謂自由選擇法主義，或稱合意法主義，又稱私的秩序法主義。自由選擇法云者，當事人就債之關係，依其自由意思，選擇其所欲適用之法律是也。合意法云者，僅因當事人意思之表示，解釋，或推定而適用之法律是也。私的秩序法云者，其所適用之法律，既非屬人法，而處於國內的公共秩序法之地位，亦非屬地法，而處於國際的公共秩序法之地位是也。此一原則，各國固皆承認之，但有明認之者，有默認之者。默認之者雖無明文之規定，然爲消極地承認，法國民法其一例也。明認之者，以明文規定而爲積極地承認也。其中又有廣義與狹義之分；我法律適用條例第二十三條第一項云「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」。是凡此類法律行爲之準據法，如贈與等，均得以自由意思選定，而不限於契約，乃廣義之規定者；日本法例第七

條亦然。波蘭國際上私法適用法第七條云『契約之當事人，得自由擇用其本國法，住所地法，訂約地法，履行地法，或物之所在地法』；法國在摩洛哥法國人及外國人私法上地位法第十三條第一項云『契約之根本條件及其效力，依當事人明示或默示而依照之法律定之』；是僅以契約爲限，乃狹義之規定者。然無論爲如何承認，爲如何規定，而依當事人之意思則一焉。

何以在此場合，必爲自由選擇法之適用？不能不略述契約自由之原則，法國革命之結果，公法的關係以民權與自由爲其基礎，私法的關係以法律行爲的自由爲其依據。法律行爲之自由云者，實含有個人意思表示的自由之意，如所謂契約自由，遺言自由，會社設立自由等是，故又有私法的自治之稱。其作用固爲近代物質文明之樞紐，其流弊則於自由競爭之過程中，演成貧富階級之懸殊。然現代各國，雖不絕對爲契約自由之主張，但如不違反國家之公益，及法律上禁止之規定，無論何種契約，甚或一定之單獨行爲，則亦認許個人得以自由意思爲之，此各國民法上關於債之設定，其規定所以較物權之設定爲稍寬也。契約自由之原則。

，既爲民法上所承認，國際私法遂亦受其影響，而爲一般之公認者。然精密言之，度穆朗在十六世紀已於法則區別說中，唱契約之實質，依當事人之意思，定其應從之法律一原則矣。後薩焚宜又分別法律爲強行法與任意法兩種，於是學者，關於所謂任意法，大都釋爲依當事人之意思定之，債之法律關係，其主要之事也。新意大利學派更設爲本國法主義之例外，其地位遂益顯其重要。然則所謂自由選擇法主義者，不外建於沿革上之理由也明矣！次再言

第二，關於法律適用之救濟者。自由選擇法主義之採用，必以當事人之意思爲標準，但如當事人之意思，既未明示，亦無默示，或雙方主張不同時，當從何地之法律，始爲最適合，或最能適合於當事人意思之法律乎？其答案頗不一致，有若下述：

(a) 法庭地法主義。謂此種債的關係，既因當事人意思不明，無由適用其所願適用之法律，而代爲之求一補替者；則當事人能於訴訟地之法院起訴，必可推知當事人有服從法庭地法之意思，故必依法庭地法。且法官僅有適用自國法律之職責，無絕對適用外國法律之義務，今既不知其自由選擇之法，惟有爲法庭地法之用，始合於此一理由也。唱此說者係英美一



部分之學者。

按此一主義，殊屬失當，不惜以偶然之事實，爲債的成立之確定，勢必有害於當事人之利益。換言之，訴訟之地既無限制，各可依其有利於己者，自由選擇之，他方即不免於損失矣。蓋如被告之普通審判籍，通例以住所定之；現無住所或住所不明者，以居所定之。被告雖在甲地有住所，但爲自己利益，豫選審判籍計，即可早先移其住所於乙地；反之，被告若有二以上之審判籍，原告亦可爲自己之利益，任擇其一，以圖適用有利於己之法律。歐陸學者及立法例上反對此一主義者，正係此故。

(b) 債務人之住所地法主義 謂債的關係之中心點，係以債務人之行爲與不行爲，爲其要素，當然與債務人之利害，有重大影響，故債法之設，其目的全在保護債務人之利益，而債務人所最能受其保護者，惟其住所地法，故此項債之成立問題不可不以住所地法定之。且契約等之最後目的，既在債務人之履行其義務，而履行地又恆與其住所地爲同一，故亦以適用住所地法爲便。即不謂然，履行地縱與住所各異，但債務人不履行時，關於債務之訴，

仍以債務人之住所地爲其審判籍，此又住所地法主義之一根據也。唱此說者，爲中古以來多數學者所主張，英美學派以住所地法爲屬人法，傾向其說，自屬當然，卽歐陸學者如薩焚宜會認爲應與履行地法主義並用，又巴爾等，亦極爲贊許之。

按此一主義，仍屬不宜。先就理論上言之，債的關係固不能專爲保護債權人而設，但亦非特爲保護債務人而設，持維雙方之平，乃普通之目的；縱有時偏於債務人之保護，亦不過在可能範圍內如此，非盡剝奪債權人之一切利益也。今依債務人之住所地法，使債權人服從漠不相關之法律，則其受有損失，不問可知。況債務人於訂約後，亦可任意選擇住所，爲有利於己之法律之企圖，更往往使債權人服從其不豫期之法律，豈僅通常損失而已哉！至以履行地法或審判籍與住所地同一之故，爲適用住所地法之理由，吾究不知契約履行地，債之管轄問題，與法律行爲之成立，果有何種關係，而必以住所之卽在其地，爲住所地法主義之張本也。次就實用上言之，遇有雙方契約或連帶債務之類，雙方皆爲債權人，同時亦皆爲債務人，將以某之住所地法定其準據法，不能無疑。巴爾雖曰，應將該契約析之爲二，依當事人

雙方之住所地法；然如一方債務人之住所地法，與他方債務人之住所地法有衝突時，則又如何，仍莫能定。至若債務人之住所不明，或無住所，尤爲此主義之根本難行之點。

(c) 債務人之本國法主義。此與前一主義之異，不外以本國法代替住所地法，理由大致相同。其主要點，謂關於債之規定，乃爲保護債務人之利益而設，斷不因債務人之在外國，偶然負有債務，卽失其保護，故其債之關係，一以債務人之本國法爲定。主其說者，多爲歐陸學者，基得爾曼(Zitelmann)卽其一也。

按此一主義，與住所地法主義同在屬人法主義之範圍，其自身上或不無此善於彼之關係，但用之於債之成立問題上，其失相同。

(d) 屬人法與訂約地法主義。摩洛哥法第十三條第二項云，「如當事人無所表示，而依契約之性質，當事人之關係，或物之所在地，均不能決定應適用之法律時，法院應參酌當事人共同住所地法；無公共住所地者，參酌其共同所屬國之法律；住所地及國籍均不同者，參酌其訂約地法」。是仍以住所地法主義爲自由選擇法之補充原則，而又以本國法主義爲住所

地法主義之救濟，最後更以訂約地法主義定之；訂約地法云者，即普通所稱之行爲地法也。

按此一主義，自較單獨適用住所地法主義，或本國法主義，在實用之便宜方面爲宜；然最後既用訂約地法，何不對於特定之契約，即開始以其訂約地法爲其唯一之準據法乎？至於一般之契約雖最後適用契約地法，往往仍有困難之發生，待觀後之所述，自明。

(e) 履行地法主義 謂債之最後目的，在契約之履行，而當事人之所注意者，亦惟在其履行；且履行之與契約的關係，能使當事人之權利義務，由猶豫而變爲確定；故當事人意思不明時，應依履行地法定之。主此說者，首爲薩焚宜然巴託路斯對於契約之不能履行者，亦曾爲依履行地法之主張。立法例上如智利，索遜，巴威略等地之民法，以及希臘判決例均採之。

按此一主義，實有本末顛倒之失！履行地不過與契約之履行有關，契約之履行於契約之成立後，始有所知，故欲知契約之果爲成立與否，而依履行地法，未免倒果爲因矣！況當事人無特約時，即欲求其履行地之所在，亦不易知。縱有所知，設有二個以上之履行地，尤其

在雙務契約爲易見之，究將依何履行地之法律，實成疑問。且契約之履行，往往在當事人。不預期之外國，又何能推定其有依外國法之意思。果有此意，則履行地必與訂約地爲一致，然而世固有甲地訂約而履行於乙地者。如爲同國籍之人，訂約於其內國，而反推其有依外國履行地法之意思，是更失之遠也。惟此略有問題者，苟不依履行地法，則其所準據之法律，與履行地法有衝突者，將如何辦理？依公安之原則，自應受其地特別禁止規定之限制，一般法律行爲如是，不僅債權行爲爲然，故亦不能作爲履行地法主義之論據。反之，履行地之國皆須當然承認其效力之所及，畢氏國際私法典第一百六十六條並有明文規定之曰：『凡契約所發生之債務，除本法典所設立之限制外，在各締約國間，皆有等法律之效力，並應依照該契約履行之』是也。

(f) 行爲地法主義 卽訂約地法主義。謂當事人意思不明時，求一適合於雙方並用之法律，惟有行爲地法：一則行爲地法爲雙方所共同者，其法律之內容如何，不難探知之，各人於其權利義務，早有注意，斷無偏失之虞。再則當事人苟無反對之意思表示，既於其地爲法

律行爲，則當事人有依行爲地法以成立債權債務之意思直可推定。三。則何地爲行爲地，又極明確，則依其地之法律，實較履行地法主義之適用，簡而易行。四。則契約成立之起算點，甚爲複雜，不依行爲地法，不影響於契約之成立，即損害當事人一方之利益。五。則國際貿易，於今爲盛，交易所之設立，無地無之，苟在交易所中，爲債約行爲，更非依行爲地法，莫由完成交易之效用，並維持雙方之公平。六。則契約不以收據等爲其形式條件之一，苟不依行爲地法，則與此例相反之法律國，直可宣布其無效，亦不妥。要之，關於法律行爲而生之債，其準據法除行爲地法外，別無其道也。此一主義之倡始，遠在十四世紀，巴託路斯首主張契約本體之效力，如能實現其結果，依訂約地法；並以遺囑之實質視同契約，亦主張依契約地法。持國際禮讓主義之荷比學派，雖極力保持屬地主義，但仍認契約依行爲地法，爲其原則之例外。他如薛夫那對於債之關係，主張依契約之成立地法，亦係祖述此說者。現今之立法例，若法，荷，瑞，日，西等國之法律，及英美之判決例，皆係採此主義者。

按此一主義，比較可用，然仍非完全無缺：一。則行爲地雖甚明確，而不知其行爲地之何

在者，亦未嘗無之；即知其行爲地，苦於其地之無法律可以準據者，更不能謂之絕無。再則同一國籍之人，意圖避免本國法律上禁止重利之規定，赴他國而結借貸契約，依行爲地法即無由救濟其失；三則一法律行爲而有二以上之行爲地時，究以某地爲其行爲地法之對象，殊難確定。有採受信主義者，但受信地之行爲地的解釋，仍不一致；德以承諾地擬之，法以承諾通知地擬之，意及波蘭以承諾之通知到著地擬之。有採發信主義者，我國及日本是，然承諾人不知發信地者，固可以任所地法救濟之，苟住所仍不明時，則又引入住所地法問題矣（參照我法律適用條例第二十二條第三項第四項）。然則行爲地法主義雖爲比較上之妥善主義，顧其適用也依然有困難之點，亦難爲諱，觀於法律適用總論之行爲地法一章所述者，當更瞭然！

(g) 本國法兼行爲地法主義。謂當事人之意思不明時，求其所應適用之法律，其標準惟在何之法律，爲當事人雙方共同之法律，行爲地法固如是矣，顧尤莫切於當事人共同之本國法；故當事人雙方爲同國人時，實有先於行爲地法，而適用其本國法規定之必要；且必如是

，更可免於避法舞弊之發生。倘當事人國籍不同時，自惟行爲地法之適用也。意大利比利時等國，以其學派係採本國法主義者，故該各國之民法，即採此一主義；我法律適用條例第二十三條第二項云：『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』，亦係做自此例。

按此一主義，較純粹行爲地法主義似爲周密，但學者對之，亦有不滿之批評；蓋以債的關係之準據法，既以自由選擇法爲原則，即知其與本國法無密切關係，今僅爲自由選擇法之補救，但適用行爲地法可矣，且其結果亦正合於自由選擇之意義。若於行爲地法之先，對同國籍者，爲本國法之適用，殊未知以何理由，而認爲國籍之僅同，即可影響於其準據法之採擇也。不甯惟是，此一主義之在適用上，亦多障礙。譬諸有兩日人，於比國爲買賣契約，後在日本法院發生訴訟，依日本法之行爲地法主義，自應適用比國法。但同時有兩比人，於日本爲買賣契約，後在比國法院發生訴訟，依比國法之本國法兼行爲地法主義，亦應適用比國法。事爲同一，而皆偏於比國法之適用，自非日本所願。說者雖主張應援反致法之例，日本



依其法之規定，應適用比國法，但依比國國際私法之規定，應適用日本法，即爲日本法之適用可也。然日本反致法之適用，限於人事，債權關係不能反致，判例上遇此情形，遂多直依法庭地法決之，行爲地法主義之精神遂不免破壞無餘。在日本，值此場合，舍行爲地法主義而依法庭地法主義，固極反常；在比國，形式上雖爲本國法主義之適用，實際上則以屬地法代替屬人法，面目全非，其所以兼依行爲地法之理論，亦爲之動搖矣！

(h)行爲地法兼本國法主義。或稱之爲折衷主義。謂凡在內國國外之法律行爲，無論其爲外國人間所爲，或內外國人間所爲，皆可爲其適用行爲地法；至在內國國內之法律行爲，如爲內國人間所爲，當然爲內國法之適用，且亦與行爲地法爲同一也。如爲外國人所爲，屬於雙務契約者，仍依內國法，但表示願服從他之法律者亦可；屬於片務契約者，則依內國法與義務人本國法中，擇其最有益之法律是也。採此主義者僅與國民法而已！

按此一主義，以行爲地之在內國，或在外國，分別爲內國法或外國法之適用，其實皆行爲地法耳。惟外國人之行爲地之在內國者，於雙務契約仍許外國人自擇其法，於片務契約，

則由法院代擇其最有利益之法，實例之僅見者，錄之姑作參考。

(i) 準據法列舉主義。請關於法律行為之債權，由當事人自由擇其適用之法律，固為一根本辦法；然當事人無此意思，而由法院代求其應適用之準據法時，自不能限於一種法律之適用，須依法律行為之性質分別定之。蓋當事人自由選擇其法律，既無限制，法院求其代用法時，又何能統一其適用法則？雖曰行為地法本國法等，堪稱其為雙方共同之法律，但法律上既許當事人自擇其共同之法律，今不自擇，或擇而非所一致，是已失此權利之根據，惟有依法行為之性質，分別為各種準據法之規定耳。愚鑒於波蘭國際上私法適用法第七條至第九條之規定，故作如是之主張。所注意者，波蘭法上列舉之精神，固應為吾人所推崇，至於某種契約關係，應否果依某種準據法，則係另一問題，留待異日，詳為批評。

〔圖表三十三〕波蘭國際上私法適用法第七條至第九條之規定表

關於不動產之契約……………依不動產所在地法  
關於零售貨物之契約……………依商店所在地法

約契

原則

當事人自由採用

本國法  
住所  
地法  
訂約地法  
履行地法  
物之所在地法

救補

第一  
部分

關於  
公家  
僱傭  
契約  
供給國家需要及建築契約  
依其官署所在地法

與其他公共團體訂約者：依團體所在地法

關於僱主與工人所訂之勞工契約：依商業之所在地法  
鑛工

關於保險之契約……依保險公司所在地法

……關於與外國代理機關在波蘭所訂之約：依波蘭法

公證人  
與律師  
所訂之契約：依其永久執行  
職務地法

其他有同類職業者

在交易場所  
公共商場  
訂立之契約……依其地之現行法

第二部

前各款以外之契約：依當事人住所地共同之法律

住所地非同國者

片面契約：依債務人住所地法

雙務契約：依訂約地法

非對話——依接受承  
契約者——諾地法

應依住所地法而住所不能確定時：依訂約地法

片面契約之債務人未自訂定其法律者：依其住所地法

無住所者：依訂約地法

商人關於其商行爲：以商店所在地法爲住所地法

商店有數所者……以該訂約之商店所在地法  
爲住所地法

「圖表三十四」關於由契約而生之債的適用法律總表

自由選擇法  
——當事人意思不明時

法庭地法主義(英美一部分學者之說)

屬人法主義

債務人住所地法主義(舊有原則)  
債務人本國法主義(基得爾曼之說)

屬人法及行爲地法主義(摩洛哥)

本國法兼行爲地法主義(中,比)  
行爲地法兼本國法主義(奧)

行爲地法主義(多數國家)

履行地法主義(薩焚宜之說)

住所地法兼行爲地法主義(波蘭法之一部)

(乙)因不法行爲而發生之債 侵權行爲云者，因故意或過失，不法侵害他人之權利，或故意以背於善良風俗之方法，加害於他人之謂也。我法律適用條例用『不法行爲』字樣，實質上之意義相同，故爲普通計，仍以『不法行爲』稱之。由不法行爲而發生之債，如動物加損害於他人者，其占有人在特定場合，應對被損害者，負賠償之責；不法毀損他人之物者，應向被害人賠償其物因毀損所減少之價額；此皆顯無契約之關係，自不能適用契約之原則。又如

關於賭博之債，畢氏國際私法典上稱爲僥倖契約，實則承認賭博爲正當行爲者，自係通常契約之性質，以賭博爲不法行爲者，其契約根本無效，亦不能進而研究其契約之內容如何，而決定其債之是否成立也。故不法行爲之債，實一事實關係，完全出自法律之直接規定者耳。現代各國法律，雖一律承認由不法行爲而發生之債，然如何之行爲，始爲不法行爲；如何之不法行爲，始直接負損害賠償責任；而賠償之程度若何，賠償之對象又若何；各國規定，均不一致。於是遇有債之發生於不法行爲者之問題，決定其果爲存在與否，則不能不注意於應依何之法律是決也。又隔地者間之不法行爲，法境以外之不法行爲，跨兩國國境之不法行爲，繼續於數國國境間之不法行爲，復依何之法律以爲決定，亦一問題。分兩大端述之：

第一，關於通常的不法行爲之債者。有甲國人，在乙國以不法行爲加害他人，其被害人在甲國，或在乙國，或在丙國，提起損害賠償之訴時，應依何國法律，決定其債權是否成立乎？有四說焉：

(a) 法庭地主義。謂不法行爲之規定，有關於其地之公共秩序及善良風俗，與刑罰之

規定有同一之性質。故在外國縱爲不法行爲，而於法庭地之法律，不爲不法行爲時，是覺其與公益無關，即不得謂爲可發生債之關係者；在外國雖爲適法行爲，而於法庭地之法律，竟爲不法行爲時，基於內國公安之必要，亦不妨謂爲可發生債之關係者。首唱此說者爲薩焚宜，即係認爲不法行爲之規定，爲絕對強行法之性質，則其在外國之行爲，苟內國認爲不法者，不得以外國認爲適法之故，即否認內國法之精神，因之於內國起訴時，惟有依內國法之規定也。自薩焚宜以後，在十九世紀頗爲一有力之學說。

按此一主義，僅有半面之真理，不足採也！何以言之？不法行爲之規定，固與內國之公共秩序善良風俗有關；然在刑事責任與民事責任上，則微不同。刑事責任之所以課者，自以維持公共秩序等爲其主要目的；民事責任之所以課者，則以損害賠償與維持公安兩目的並重，自不應獨重維持公安之目的，使一切不法行爲皆依內國法也。換言之，於內國爲行爲時，其行爲是否不法，或當發生如何之債，固不問內國人，或外國人，皆依內國法定之，此固絕對強行法之精神也。但如其行爲係在外國發生者，內國不過處於審判之地位，其所爭之目標

，純爲民事上之賠償責任問題，即不能絕對依公安關係之見地，完全取決於法庭地法。蓋在外國爲不法行爲，在訴訟地爲適法行爲，不得以不法行爲論，此因採承認主義，必反於內國立法之目的，誠爲得當。但在外國爲適法行爲，在訴訟地爲不法行爲，仍以不法行爲論，殊覺不合於理。以如是，人之在外國爲其行爲，因行爲地公安之關係，必求其所以免避不法之狀態，而注意於適法之性質，乃其後偶因訴訟地之異，竟變爲不法行爲，其所以反乎法庭地法之公安規定者，乃由於注意行爲地法之公安規定也。法庭地所在國苟必堅持其仍爲不法行爲之主張，除誘行爲人不爲行爲地法上公安關係之注意外，更何異強行爲地國之法律規定，須與我同，而直接侵犯其領土主權乎！抑尤有慮者：原有之行爲，既屬適法行爲，忽強作不法行爲，使當事人負損害賠償責任，不啻以適法行爲，爲法定債務之負，不特有失其平，且使個人法律關係陷於不確定之狀態矣！至於狡詐之徒，利用法庭地法主義，選擇有利於己之地之法律，得機向其法院對行爲人爲要求賠償之訴，又未嘗絕無此事也。

(b) 行爲地法主義 謂行爲之是否適法，是否不法，當人之爲行爲時，已由行爲地之國



家，依一切公安關係之規定，爲之認明。故不問當事人之有無負擔債務意思，或有無取得債權意思，惟依法律所定，認爲係不法行爲，即須負擔損害賠償責任。被損害人之有此債權，既係依照行爲地之法律，並具備其所規定之一切條件，則由他國視之，即亦不失爲既得權之性質。簡言之，不法行爲一旦發生，加害人之債務關係，被害人之債權關係，即已確定，固不問當事人之意思若何；而其損害賠償之範圍，亦由行爲地法爲之決矣。夫既爲一確定的債權債務關係，則各國以互尊重權之故，在各主權之下，所產生之權利，莫不仍然互相尊重；甲國之所保護者，乙國亦從而保護之；甲國之所否認者，乙國亦從而否認之，既得權之原則，正如是也。故凡行爲地法認爲適法行爲，不負何等責任者，無論何國，皆當認爲適法行爲，即依法庭地法對於在其國之同一行爲，應作不法行爲者，亦不得援例，而使其負擔損害賠償之責，蓋以所擬之受害人者，並未在其行爲地國，取得其既得權也。反之，凡行爲地法認爲不法行爲，須負擔賠償責任者，無論何國又皆當以不法行爲論，因受害人已在行爲地國取得其債權，各國自應爲之保護也。不法行爲依行爲地法之原則，羅馬會已通行，近世歐陸各國之立

法例，學說，判例等，採者甚衆；日本舊法例亦然。法國之摩洛哥法第十六條云：『在法國保護摩洛哥之區域內，因不法行爲或準不法行爲而發生之債務，依保護區域之法律』即行爲地主義之一例。

按此一主義，以保護既得權之理由，說明行爲地法主義之必要。既得權之原則應有如何問題，非此所論；然即以既得權言，其原則仍有兩種限制，一爲甲國某種權利所依據之法律制度，而爲乙國所無者，一爲在甲國所得之權利，乃爲違反乙國之公序者，各國既皆承認不法行爲之規定，是與第一限制無關；但何者爲不法行爲，何者非不法行爲，各依其公安上之理由，分別迎拒，則與第二限制相合。一國縱須維持既得權之原則，同時仍應兼顧內國之公益，倘於內國公共秩序有妨礙時，而仍爲行爲地法之適用，不特破壞內國立法之目的，抑且妨害內國存在之目的矣！故此一主義之結果，仍只有一半之正當。即依行爲地法認爲適法行爲者，他國亦不可不認爲適法行爲，根據吾人對法庭地法主義之批評，自屬當然如此，固不必問及與既得權有何關係也。至若行爲地法認爲不法行爲者，不問訴訟地之如何規定，亦必

從而不法行爲之，徒爲尊重既得權計，乃昧於內國公益關係，不知爲排斥條款之運用，又安可哉？

(○)行爲地法補救主義 因行爲地法之原則，苟絕對地適用，必妨害法庭地法之公安；故其主義之在今日，已失學者間之信仰，而謀有以救濟之。其方法亦不一致：或則主張損害賠償，應分爲民事上之制裁，與單純之損害賠償兩種；前者既近刑罰之性質，即不能依行爲地法，須依法庭地法；後者既純爲民事的責任，雖依行爲地法，亦無害於法庭地國之公益。或則主張在原則上爲行爲地法之適用，在例外上不爲行爲地法之適用。原則云者，此種行爲是否不法，不能依法庭地法而決定，須由行爲地法定之；例外云者，苟其所認爲之不法行爲，有關內國公益者，則亦限制行爲地法之適用。或則主張依行爲者之國籍以爲限制，若其雙方之當事人係同一國籍者，直不用行爲地法，爲之改用本國法，以在此一場合之訴訟地，多爲其本國故耳。縱係在第三國起訴，當事人之本國法認其爲不法行爲，訴訟地國反於其立法例而亦不法之，自較行爲地法認其爲不法行爲之結果，致損及訴訟地國之公益方面，意義爲

輕。

按此各種調和主義，本身是否有存在之價值，姑置不論；但皆未足調和前述兩原則之衝突點，實一通病。於是遂不能不推及：

(d) 行爲地法及法庭地法主義。謂既得權雖不能認爲絕對之原則，顧在不法行爲之債之成立方面，爲便於說明計，亦不妨根據既得權之理由，其行爲之適法或不法，自應依行爲地法定之，同時維持法庭地國公益之原則，亦爲法庭地國所認爲必要者，故不法行爲之債，縱認爲既得權之關係，亦僅於內國法所認之範圍內保護而已！於是行爲地法認爲不法行爲者，法庭地法苟認爲適法行爲者，仍爲適法行爲；行爲地法認爲適法行爲，法庭地法苟認爲不法行爲者，亦仍爲適法行爲，必行爲地法認爲不法行爲者，法庭地法亦認爲不法行爲者，始得定其爲不法行爲，使行爲人負損害賠償之責。此說向爲英美學者及判決例所採，一九〇〇年國際法協會亦承認此一主義；日本法例第十一條之規定亦然。

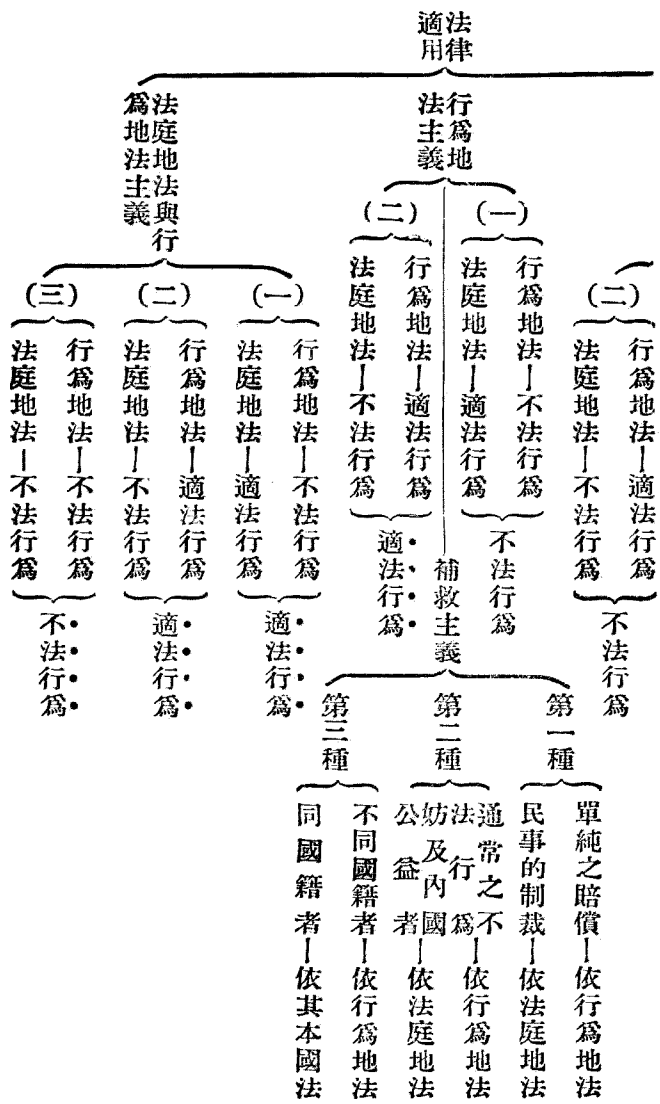
我法律適用條例第二十五條第一項云：『關於因不法行爲發生之債權，依行爲地法；但

依中國法不認爲不法者不適用之」。有人遂誤會中國係以行爲地法爲原則，而係採補救主義者，實則不然。試觀草案理由云：「……惟絕對採用行爲地法，於內國之公益，或多影響，故本條採用英美制，必雙方俱認爲不法行爲，乃許其提起訴訟」。即可瞭然。是故因不法行爲發生之債，依行爲地法及中國法俱認爲其行爲之不法者，方能成立。惟有一事須注意者，依行爲地法及中國法，固皆認爲不法行爲者，然同一不法行爲，亦未必兩國之法均認其發生損害賠償等責任；更未必皆須負同一限度之損害賠償，故我法律適用條例第二十五條第二項又規定曰：「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」。則凡非中國法所承認之應有處分及賠償，被害人亦不得當然請求之也。

『圖表二十五』通常的不法行爲之債的適用法律表

(一) 行爲地法——不法行爲  
法庭地法——適法行爲  
適法行爲

法庭地法主義



第二，關於特別的不法行為之債者。在隔地者間之不法行為，其不法行為地為原因地乎，抑為結果地乎？此與不法行為地法之適用頗有出入，詳見法律適用總論編，茲從略。所須研究者：

繼續於數國間之不法行為，應依何地法律定之？例如經過甲乙丙三國之港灣，而至丁國之船舶；有人焉，攜一犬，而不為相當注意之管束，致由甲境起，達丁境之時間內，連續加損害於他人之物，原因與結果同時並發於甲乙丙丁四國之境，其法律之如何適用，與隔地者間之不法行為，又自不同。說者謂應依發覺地之法律定之。故在丁地發覺者，即依丁地之法律。但如在乙地發覺者，依例固為乙地法律之適用矣；倘於丙地丁地仍有所損害則如何？此則視對於此種行為如何解釋而定；如作另一獨立之不法行為論，即應依第二次發覺地之法律，如作同一之不法行為論，自仍依第一次發覺地之法律。

跨兩國國界之不法行為，應依何地法律定之？例如有甲乙兩國之界河，以其中央為兩國之分界線，有船焉，突然停泊於此，致將他之船舶損害，苟依行為地法，則因行為地跨於兩

國，各有其法律，不可兼而用也。說者謂應依原告被告之各本國法定之。然原告與被告之各本國法不同時，即無由定之。於此場合，依法庭地法，或亦一不得已之辦法也。

在法·境·以·外·之·不·法·行·爲·，應依何地法律定之？例如在南北極附近之地損害不同國籍之人，或在公海內切斷海底電線，以行爲地之無法律，自不能依行爲地法；以當事人雙方非皆同一國籍之人，自不能依其本國法。英國採法庭地法主義，撒克遜依被害人住所地法主義，皆不失爲一種實際的辦法。

(丙)因無因管理及不當得利而發生之債 我民法所稱之無因管理，即舊稱之事務管理；謂未受委任，並無義務，而爲他人管理事務也。例如隣人外出，見其家屋將傾，爲之修理是。其債之發生，通常有兩種情形，管理人在一定場合，爲本人支出必要或有益之費用，或負擔債務，或受損害，得請本人償還其費用及自支出時起之利息，或清償其所負擔之債務，或賠償其損害，是立於債權者之地位。管理人於他之一定場合，而爲事務管理者，對於其管理所生之損害，雖無過失，亦應負擔賠償之責，是又立於債務者之地位。我民法所稱之不當得利



，即舊稱之不當利得；謂無法律上之原因而受利益，致他人受損害者也。例如甲有償以衣服付乙洗濯，後衣失去，乙賠其價，旋失而復得，返歸與甲，甲所領有之賠償，即不當得利。債之發生於此場合，不外指甲有向乙返還賠償之義務，倘本於該賠償更有所得者，往往依原則並應返還是也。此兩種債之關係，各國法律規定亦不相同。雖為無因管理，有賠償者，有不賠償者，更有由本人反為賠償者；雖為不當得利，有須返還利益者，有不須返還利益者，更有由第三人於特殊場合負一部之返還責任者，遇有此項債的關係之訴訟時，將依何種準據法乎？有數說焉：

第一，本國法兼事實發生地法主義。謂無因管理及不當得利，在法理上言之，與契約全然異其性質，然由其效果上言之，當事人雖無意思表示，固可認為默約，立法家以為當事人若能發表意思，其志願當復相同，故自羅馬法以來，即有準契約之稱，由準契約所生之債務關係，拉丁語特稱之曰『*Obbligatio quasi ex contractu*』，法國民法上之『比附契約』，亦係指此。夫既不外準契約之關係，其所準據之法律，自應與契約關係之準據法，同為一致。比利

時與我國之立法例，皆對契約關係採本國法兼行為地法主義；於是學者羅蘭即主張無因管理等之債權，法律上亦可推定當事人意思之存在，應適用當事人之本國法，倘雙方國籍不同時，則從事實發生地法。我法律適用條例草案第二十五條，依同一理由規定之曰：『因事務管理，不當利得發生之債權，當事人同籍者依其本國法；不同籍者，依事實發生地法』。現行條例反之，他亦未聞有此例者。

按此一主義之不當，早經巴爾批評之矣。其最大之錯點，不外以準契約之法理，解釋無因管理與不當得利之性質；一則其所發生之債，非由於當事人雙方之意思合致而然，尤其在不當得利，為無意思表示之法律關係，即不能以意思合致之契約為標準，使其適用關於契約之準據法。一則不法行為之債，固係全然違反當事人之意思，而由法律定之者，即無因管理等之債，又何嘗非依據法律之規定，為損害賠償之負擔，既在債之存在方面，承認法定之必要；即不能在法之適用方面，推知其約定之意思，比附於契約原則，以定其準據法。

第二，事實發生地法主義，為今日多數國家所採用者；我法律適用條例第二十四條「關

於因事務管理，不當利得發生之債權，依事實發生地法」，即此。何以在此場合須爲事實發生地法之採用？說者有主張意思推定說者，謂基於羅馬法以來之觀念，應認當事人有默示之意思，而推定行爲地法爲最合於當事人之意思者，事實發生地法云者，即行爲地法是也。然如是，則與前一主義同一旨趣，不當可知，有主張公益關係說者，謂依事實發生地法者，不外對於事實發生地之公益，有維持之必要故耳。然外國之公益，於內國無絕對保障之責，獨於此而須維持之，則亦費解！愚以爲無因管理與不當得利之債的關係，既係各地法律上之強制規定，其債權債務之發生，立在其事實發生之時，爲保護債權人爲債務人雙方之利益或公平，自應如此。立法例上不稱之爲『行爲地法』，而稱之爲『事實發生地法』者，可知其非如契約關係之適用行爲地法，乃以事實發生於其地之關係，爲行爲地法之適用耳。且此項債權債務之性質，與不法行爲之債，往往牽涉內國之公益問題者，又自不同，故亦不必如不法行爲之債，其準據法須行爲地法與法庭地法兼用也。試例明之：設有中國人在德國管理法國人財產，而以惡意受有利益；後在中國發生訴訟，依我民法第一八二條之規定，惡意受利益者

，並任損害賠償之責；然以其事實發生地在德國，即不能不依德國法，祇須返還現實利益及利息而已！

第三，無因管理與不當得利之分別準據法主義。謂對於他人事務之管理，依實行管理地法規定之；不當得利之返還，從當事人之共同屬人法，否則從給付地法。此輩氏國際私法典第二百二十條第二百二十一條所規定者也。其立法之用意，仍係根據準契約之理由而然，不過在分析上，較兩者同依一種之準據法，為清楚耳。

此外，德國民法草案，又曾擬以無因管理人之住所地法，代替事實發生地法；或更有主張此不當得利之債的關係，與不法行為者同，宜依法庭地法；皆無若何勢力，故就大體上言，事實發生地法終不失為一普通原則也。

## (二) 債之效力

債之普通效力，依狹義言之，僅指給付，遲延，保全，定金，違約金，不能之給付，對

待給付，以及契約之解除等事；依廣義言之，並指債權之讓與，債務之承擔，以及債之消滅等事。茲分爲四大端以述：

(甲)關於債的自體之效力者 此就債之狹義的效力而言，各國大都以成立要件與其效力，共同規定，適用同一之準據法（參照我法律適用條例第二十三條第一項）。詳言之，因債之發生原因，或爲法律行爲，或爲不法行爲，或爲無因管理，或爲不當得利，於是其所適用之法律，即因之而異。有從當事人意思定其準據法者；有因當事人意思不明，推定與當事人意思之法律或他之法律者；有依不法行爲地法兼法庭地法者；有採事實發生地法者；凡此各種準據法，不特各支配其債之成立關係，即效力問題，甚至消滅問題亦得適用。畢氏國際私法典會明白規定之。其第一百六十九條云：『各種債務之性質與效力，以及其消滅，均依該債務法支配之』即此。然在實際運用上，往往因特殊情形，亦未必絕對受此原則之拘束。

第一，總括的觀察 在日本，依其法例第三十條之規定，其準據法苟爲外國法，而在日本提起訴訟者，尤當從日本法律，以求達其立法之目的；又第十一條之規定，關於不法行爲

之債之訴，在日本雖亦認爲不法，然被害人非認日本法律之損害賠償，及其他處分，則不得請求之，皆足以使其效力之決定，有與原準據法分離之勢。在波蘭，其國際上私法適用法第十條云：『於第七條至第九條所列舉之情形，當事人仍受債務人住所地或債務履行地之國家，特別禁止規定之限制』。是債之關係雖依行爲等地之法律而成立，然因受有此種限制，其效力卽不能完全依其準據法之規定。例如行爲地法認爲『定金』，係一種手續費之性質，不再返還；履行地法則絕對禁止沒收定金，亦惟有返還之是也。在我國，雖明文規定成立要件與效力依同一準據法，但係限於因法律行爲而發生之債如是；至若不法行爲之債，同依行爲地法及中國法，而關於不法行爲之損害賠償及其他處分請求，則僅以中國法認許者爲限，固有明文爲之規定也。然卽以因法律行爲而發生之債論之，有時依第一條公安問題之規定，雖承認其債之成立，效力問題有與中國公安關係不容者，則亦不妨使之另從一準據法焉。此關於實際上之觀察者。

事實上，債之成立問題與債之效力問題，相互關聯者總居多數，其用各別之準據法者，

究屬例外。然學者間之見解，亦有謂成立問題與效力問題不必須合一之，蓋如不法行為之債，其成立條件須兼依行為地法與法庭地法，而效力關係只以法庭地法爲限，其爲各別之性質已極顯然。即法律行為之債，各國既在原則上許當事人自定其所適用之法律，必非限制當事人對於成立要件及效力，須自選有同一之準據法。法律行為之成立，既依當事人之自由意思，定其法律；法律行為之效力，亦應由當事人以自由意思任爲之，然後始合於意思自由之原則。故當事人對於成立問題依甲國之法律，對於效力問題依乙國之法律，皆絕對自由，爲毫無限制者；有如法律行為之方式，遵行爲地法之規定亦可，不必定須與支配行爲效力之法律相適合也。依其說，則我法律適用條例第二十三條第一項之規定，其解釋應作下語：『法律行為發生債權者，其成立要件，及其效力，各依當事人意思，定其應適用之法律』。此關於學說上之觀察者。

第二，各別的觀察。以給付論：債權雖依訂約地法或其他之法律而成立，然如爲何種方法之給付，苟爲金錢債權，又須以何種貨幣給付之，通例皆依給付地之法律。畢氏國際私法

典第一百七十條云：『凡付款條件及其應付貨幣，均依地方法制定之，不受債務法之支配』，即所明認者之一例。故依外國法律而成立之債，既未訂明應以外國通用貨幣爲給付；則其中國爲給付時，即不得不依我民法第二百零二條之規定，以外國通用貨幣定給付額者，債務人得按給付時給付地之市價，以中華民國通用貨幣給付之。以遲延論，巴託路斯曾主張遲延及過失應依法庭地法，今日則普通主張仍依債之自體法；然亦又有人主張依遲延或過失地法支配之。以不能給付論，巴託路斯曾主張依履行地法，今日固無宗之者，但亦有人主張以不能之給付爲契約標的者，致其契約爲無效之規定，即依無效原因所根據之法律，不限於債之自體法。以契約解除論，關於無能力或失蹤之解除契約，須依失蹤人或無能力人之屬人法定之，更係當然。

(乙)關於債的讓與之效力者 債的讓與云者，債權人將其債權讓與於所謂受讓人之謂也。羅馬古代法不承認債權之讓與；市民法之初期，受讓人僅爲讓與人之訴訟代理人，讓與人更有撤消委任之權，故受讓人之權利極爲薄弱；次期，受讓人爲讓與人之訴訟代理人，讓與



人即失債權行使權，故受讓人之權利，較爲確定；至大判官法，受讓人始純然爲讓與人之權利繼承人，對原債務人之請求清償，即以債權人之資格，行使自己之權利也。近代各國民法，認爲無論由何因而發生之債權，即屬債權人之財產權，得以自由處分之。故除一部分不許讓與者外，普通以得讓與於他人爲原則；所指之一部分云者，如爲保護債權人或債務人之利益不許讓與之債權；依當事人之特約不許讓與之債權，依執行律之規定不得扣押之債權等等是也。惟茲之所謂讓與者，僅指債權人之任意讓與其債權而言，至若依繼承法或破產法上之原因，使債權由一方而移轉於他人者，則屬另一問題耳。然則關於債的讓與之效力，應依何種法律乎？此當從其效力之各方面研究之：

第一，對於當事人間之效力。此之所謂當事人者，指債權人與受讓人而言，債務人不與焉。蓋讓與行爲乃別於其『標的債權』而生一獨立之債的關係，爲債權人與受讓人間之契約是；債務人有時雖得對讓與人或受讓人主張抗辯權，此不過爲對抗條件之性質，非讓與契約之成立要件也。願債權讓與雖爲特別契約關係，究非債的本體之變更，致有新債之發生，只

係債之主體之變更，仍係舊債之存在；則移轉債權之法律行為自體，自仍依其標的債權之準據法爲定。詳言之，何種債權得爲讓與，何種債權不得讓與，皆惟依其標的債權所由成立之法律是斷。標的債權之準據法爲行爲地法，此亦以該行爲地法決定其目的之可能不可能；標的債權之準據法爲債務人之住所地法，此亦以該住所地法決定其債權之得讓與不得讓與。縱不依債權讓與之性質論，而以債權讓與之行爲論，既爲別於標的債權之另一契約關係，則與其標的債權上之契約，固無所異。凡契約有同一之性質者，皆依同一之準據法定之，實爲不可爭之問題，故只就此兩種債權關係相連之結果而言，讓與之有效無效，亦惟有依其標的債權所適用之準據法而定之耳。不特在讓與行爲之成立問題，以此爲斷；抑且於讓與後，讓與人對於受讓人是否有說明該債權必要主張之義務，是否有交出公正證書之義務，是否有擔保債務人資力之責任，是否將擔保債權之權利絕對而一律地移轉，以及是否將強制執行或破產時之優先權亦隨同移轉等等問題，概如是辦理也。

第二，對於債務人之效力。日本民法上稱爲對於第三人之效力，其實債務人在債權讓與

之契約上，即居於第三人之地位也。其效力可分爲讓與人與債務人間之效力，及受讓人與債務人間之效力兩種。在前一效力，各國法律規定極不一致，有僅以債務人知其有讓與之事實爲已足者，德國民法之解釋是也；有須讓與人（受讓人亦可）向債務人爲讓與之通知者，我國民法之規定是也；更有須債務人之承諾者，日本民法有其明文是也。至於通知與承諾之進行，往往須負以確定之日期，及其他實現之方法，各國規定，仍不一致。在後一效力，例如債務人對於受讓人是否得以債權讓與後，關於讓與人間之確定判決相對抗；是否得以債權讓與當時，所對抗讓與人之事由相對抗；是否得以其對於讓與人所有債權主張抵銷；各國立法例上，亦無同一之規定。因以上所列種種效力問題，大部分爲一定的公示方法問題，恰與以物權移轉爲內容之物權契約酷似；故債權讓與契約，根本有準物權契約之稱，則其對於債務人之類似公示方式之有效條件，究應依何國法律決定，學者遂認爲在國際私法之關係上，即不能肯定地謂仍依債權自體之準據法也，惟須注意者，此一問題係專就「記名債權」而言，若「無記名債權」，普通應從動產同一之規定，依物之所在地法；「指示債權」，其關於對

債務人之效力，與對當事人間之效力同，皆依債權自體之準據法，則又一另外之問題也。然則在記名債權中，對於債務人之效力，應依何種準據法乎？

(a) 債權人住所地法主義 謂債權既可視為債權人之財產，得為讓與之標的，即係與動產具有同一之性質；而依動產從人之格言，認為其所在地不外債權人之住所地，故其讓與對於債務人之效力如何，不可不依其地之法律定之。或又謂債權之得為讓與與否，屬於債權人之財產的權利；此權利係存在於債權人之住所地，故同於他之財產，其移轉須有如何公示方法，始對第三人發生效力，自應依其所在地法；即債權人住所地法是。英美學說及判決例多採此說，歐陸在十八世紀以前亦然。

按此一主義，姑無論其理由是否正當，而謂債權之所在地為債權人之住所地，首即錯誤。蓋債權之效果，須賴債務人之行為而始發生，與其謂在債權人之住所地，無寧謂在債務人之住所地，較可通也。

(b) 債務人住所地法主義 謂債權讓與之對於債務人之效力問題，所以必具有一定之公

示方式者，全爲謀債務人之利益而然；蓋債務人於自己未嘗承諾或未受通知之際，而遇有債權讓與之事，殊非所利，法律上定有一定之公示程序者，意即在斯。此等通知與承諾之實現，自以依債務人住所地法，爲最合於保護債務人利益之目的。且債權行使之最終目的，其訴訟地大都爲債務人住所地之普通審判籍，則債權讓與之對債務人效力，於法律適用之便利上，又不可不依債務人住所地法也。此爲日本法例第十二條規定『債權讓與，對於第三人之效力，依債務人住所地法』之理由。

或又謂債權爲財產權之一種，其權利標的之債，正與物權標的之物同，而有所在地。此所在地多爲債務人之住所地，依照凡財產權適用所在地法之例，則其結果，此項債之對於債務人之效力，亦應依其所在地法，即債務人住所地法。此爲法意學者及英美學者中之一二名家主張債務人住所地法之理由。

按此兩種理由，自以日法例爲適當，此種對於第三人之效力，所以不依債權自體之準據法，而獨依債務人住所地法者，即在公示方式之關係而已！故日本法例關於債權自體之準據

法，既有意思不明者，依行爲地法之規定，獨於此一場合而設特別規定，無非以既須履行公示之方式，則惟有求其所以爲公示之目的，而決其準據法也。若依附於物依所在地法之原則，尙屬末端耳。

(c) 債權固有法主義 卽以支配債權契約成立之準據法，支配債權讓與之一切效力；換言之，債權讓與之對於債務人之效力，與對於當事人間之效力，皆依契約之原則定之是也。於是依此主義，亦

有唱債務人住所地法主義者，德國之學說是也。謂所以適用債務人住所地法者，實以債權自體之準據法，原依債務人住所地法；則債權讓與對於第三人之效力，亦作爲一部債權效力，而依其原準據法，卽債務人住所地法。此說結果是而理由誤也！故如債權自體之準據法一有改變，卽不得爲債務人住所地法之主張矣。又

有唱本國法兼行爲地法主義者，如我法律適用條例對於此一問題，既無明文規定，則在解釋上，自依契約之原則定之。但有時流弊甚多，例如在適用本國法之前，許當事人自己選

擇其適用之法律，則當事人故擇不利於債務人之法律，則亦不能不認其爲有效也。同國籍者依其本國法，結果亦同。不同國籍者依其債權讓與之行爲地法，則因債權讓與，純係債權人之自由，聽其讓與於任何地，均無不可，債務人所不得而豫知也。苟必依其法律，債務人須於已有不知而移轉之債權，亦應負其責任，此又大不利於債務人者也。更

有唱行爲地法兼法庭地法主義者，此則僅有一半爲債權固有法主義之適用。例如美國關於債之法律適用，爲行爲地法主義，故有數邦之判例上，故即認爲債權讓渡之對於債務人效力，自亦應行爲地法，然債務人爲內國人時，其行爲地縱在外國，而關於此項讓與之效力，例外使之適用法庭地法，即美國法。由此例外觀之，並知行爲地法之不利於債務人，故必設有例外以圖補救。但其例外，只便利於內國人，非公平之道，故較不問債權準據法之如何，對於此一場合，特採債務人住所地法主義，終遜一籌。

(丙)關於債的承擔之效力者 債的承擔云者，承擔人與債權人訂立契約，承擔債務人之債務；或與債務人訂立契約承擔其債務之謂也。債的承擔與債的讓與同，亦屬於不變更債之

內容，僅變更債之主體，別於其標的債務而形成一獨立之契約行爲耳。其當事人或爲承擔人與債權人，或爲承擔人與債務人，要視承擔人與何方爲契約行爲以定。於是在當事人間之效力，因各國立法例之不同，卽不能不求其所應適用之準據法以決定之。此種效力問題，有屬於承擔之根本效力者，例如日本民法無債務承擔之明文，解釋上則相當承認之；法國民法亦無規定，解釋上則多數否認之；德國民法及我國民法有明文承認，而瑞士債務法經一九一一年之修正亦承認之；其不同也如此。卽雖同承認之矣，然又有僅承認免除的債務承擔者，有兼承認參加的債務承擔者，有並承認概括的債之承擔者，亦不一致。至於某種債務得爲轉移，某種債務不得轉移；各國規定仍甚紛歧，其影響於承擔契約有效無效，自極重要有屬於承擔後之相互關係者，如從屬於債務之債務，若利息債務，違約金債務等，是否一律移轉於承擔人；契約上之擔保與法律上之擔保，是否因債務承擔，而一律消滅或不消滅；原債務人自己所設之擔保，是否因與承擔人爲承擔契約之故，亦隨同消滅；各國規定依然相異。欲解決此種種效力之如何，因債務承擔與債權讓與同屬於債之移轉，依債權讓與中所述之理由，當



然與爲其標的之債務，採同一之準據法，實無問題。

在對於第三人之效力，應分別論之：承攬人與債權人結承攬契約者，第三人爲債務人；因其爲有利於債務人者，故如我國民法第三百條，德國民法第四百十一條，前大理院上字六五八號判例等，皆主張不必問及債務人是否同意，曾否知悉，故亦無如何之公示方式。一切仍依債的自體之準據法，並無何害，承攬人與債務人結承攬契約者，第三人爲債權人，則債務人之更易，於債權人甚有利害關係，故各國皆規定須履行一定之公示方式，然因公示方式之種類及方法，各不同其規定，究應依何國法律是定之乎？如採債之固有主義，則係將債務承擔之成立，與其公示方式問題混之爲一，非所以達規定之公示之原來目的也。如採債務人住所地主義，則係特別重視債務人之額外利益，非所以達其保護債權人一定之利益也。如採行爲地法兼法庭地法主義，則係僅對於債權人之爲內國人者，始舍去行爲地法之適用，代之以內國法，非所以達法律上公平之旨趣也。故愚於此，援債權讓與關係上，爲保護債務人利益計，須依債務人住所地法之例，而主張在債務承擔關係上，爲保護債權人利益計，須

依債權人住所地法，或較合於法意耳。

(丁)關於債的消滅之效力者。債之消滅，依廣義言之，亦債的普通效力之一，故其消滅之原因如何，概從債的自體之準據法。故如我國對於債的自體之準據法，當事人無意思表示時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，則關於債之消滅，其所適用之法律，自亦同此。然債之消滅原因中，有所謂時效者，因消滅時效之性質，學者立說不同，於是其準據法之對象，遂有人於債的自體之準據法外，而另求之者。試述於下：

第一，法庭地主義。謂時效為關於訴訟之程序問題，非關於權利之實質問題；故債之消滅時效，對於債的自體之消滅原因並無關係，不過消滅其訴權而已！如是，一債權之已否罹於時效，惟有專依審判其訴訟之法院所在地法為定。依債的自體之準據法，其債權縱令依然存在，倘依法庭地法為既罹時效，則不得起訴；反之，依債的自體之準據法，其債權縱令已罹時效，倘依法庭地法猶有出訴之期限時，仍得行使其訴權。英美之判例及學說，以此說認為普通原則。

按此一主義，以消滅時效爲訴訟程序問題，既與消滅時效爲債的消滅原因之觀念，根本不合，已極明顯；即依其說之本身而論之，亦有一半之失當。蓋根據內國立法之目的，對於依內國法既罹時效之債權，不問其在原來準據法上，是否已達其時效之期間，而惟依內國法之規定，不許其起訴，此誠當然。但對於依原來準據法既罹時效之債權，即是一已經消滅之債權，反依內國法，許當事人行使其訴權，殊覺荒誕！所以然者，法院之判決，其使命僅在確定權利，非在創設權利，故使已消滅之債權，而仍有訴權，非創設權利而何？且更引起權利之不確利，又何貴乎法院之判決？英美學者如華東(Wharton)等，即因是故，不爲通說所囿，亦持反對之態度也。

第二，履行地主義。謂債權之消滅與其履行，極有關係，而時效又係義務履行之推定，故債權之果否因時效而消滅，不可不依履行地法。德國舊日之判決例，及推崇薩焚宜學說之一派學者，恆主張之。

按此一主義，在承認債權自體應探履行地法主義者，自係應有之論，不足爲奇。然債權

自體之準據法，既排斥履行地法之適用，獨於消滅時效，如再採承認之，則不免自相矛盾。故如比人羅蘭等皆對此說，有所不滿。

第三，債權人住所地法主義。謂債權同於動產，應有其所在地，其所在地即債權人住所地，故援物之權利消滅，依物之所在地法之原則，關於債權之消滅時效，亦不可不依債權人住所地法。

按此一主義，姑不論其他端，即以債權之所在地而言，亦非債權人之住所地。蓋債權非絕對之財產權，可以由自己直接支配之；須視債務人之資力而異其結果，故謂債權所在地為債務人之住所地，或尚可通。債權人之住所地，既非債權之所在地，則債權人住所地法主義根本失其基礎，無容再論。

第四，債務人住所地法主義。謂消滅時效之所以採用，其唯一目的在免除債務人之義務，並防止第三人對其不正當之誅求，而出自保護債務人之利益者。故其債權已罹時效與否，不可不依債務人住所地法定之。且不如是，則在債之發生地或履行地，不有時效制度時，債

權人雖經過若干年後，尙得對於債務人行使權利，更有害於債務人住所地之公益的規定焉。德法之判決例，曾採用之，而學者如巴爾等，亦極贊許之。

按此一主義，仍非完全確當。住所非一成不變者，倘債務人擇時效期間較短之地，設立新住所，當然於債權人大爲不利。於此，說者或必主張締約當時之債務人住所地法，似較妥當。但如是爲之，一方面債權人於締約時，既須注意其所應準據之法律，更須注意債務人之住所地法，不特使法律關係陷於繁雜，抑且妨及商業交易之靈活。一方面設債務人締約後，中途變更住所，而仍依原住所地法，則又失其所以爲債務人住所地法採用之目的矣。縱說者不以此種持論爲然，而如債務人自始卽爲重住所者，又將依何地之法律，亦一問題，其結果仍不易爲債務人原住所地法之適用也。

第五，債權準據法主義。謂債權之效力，當事人既得以自由意思定其準據法，時效在廣義上不失爲債權效力之一種，則未自定其準據法時，自當與債權消滅之其他原因，同依債的自體之準據法。蓋吾人既無從區別時效準據法與債的自體準據法所以差異之理由，而在債之

成立時，當事人即可確知時效期間之長短，無中途因一方意思而致變更之虞，故此一主義，固不必可稱之爲盡善，但亦不失爲較優之主張也。我法律適用條例及日本法例，關於消滅時效，皆無明文規定，願在解釋上均係採此一主義者。

於此有一事須注意者，即時效亦係關於公益之規定者，不能以當事人之意思自由延長之。故外國法之時效期間，較內國法爲長者，爲保全內國交易之安全，維持內國社會之秩序，當依內國法縮短之，以符內國法之規定。反之，外國法之時效期間，較內國法爲短者，是其債權既依外國法而消滅，內國自須承認之，亦不得援內國法之規定，而要求行使其訴權。要之，時效問題之種種，以依債權準據法爲其原則，但如其訴訟發生於內國者，仍不得超過內國法所定之時效期間，有所請求是也。

國際私法本論上冊完

